

**AÑO 10 \_ N° 10**

**Diciembre 2023**

**ISSN: 2362-3845**

**ISSN** versión online: en trámite

**REVISTA DE ESTUDIO**



*Saber y Saber Hacer*

REVISTA de ESTUDIOS de

# Derecho Notarial y Registral

JOURNAL OF STUDIES OF NOTARY and REGISTRATION LAW



REVISTA de ESTUDIOS *de*

# Derecho Notarial y Registral

---

*INSTITUTO DE INVESTIGACIÓN EN CIENCIAS JURIDICAS (IDI-CJ)*  
*UNIVERSIDAD BLAS PASCAL - CÓRDOBA, ARGENTINA*

---

*Año 10 · Nro. 10 · Diciembre 2023 // ISSN (Versión impresa): 2362-3845 - ISSN (Versión online): en trámite*



REVISTA de ESTUDIOS *de*

# Derecho Notarial y Registral

---

## **Consejo Editorial**

- **Director: Augusto Luis PICCON**
- **Sub Director: Guillermo FORD**
- **Editora: Maria Adriana GARAY**

## **Consejo Científico**

- **Domingo VIALE. UBP**
- **Néstor PISCIOTTA. UBP**
- **Juan APARICIO. Academia Nacional de Derecho. UNC. UBP.**
- **Alejandro FREYTES. UNC. UBP.**

## **Diseño y Diagramación**

- **Mauricio TAGLIAVINI, DG**

---

La revista de Estudios de Derecho Notarial y Registral es una publicación anual con referato realizada por el Instituto de Investigación en Ciencias Jurídicas (IDI-CJ) de la UBP. El Comité Editorial agradece a todos los evaluadores que intervinieron en la revisión de los artículos presentados en este número.

---



Copyright © 2023 by Editorial UBP  
Todos los derechos reservados

Director  
Néstor Pisciotta  
Av. Donato Álvarez 380  
CP X5147ERG Argüello, Córdoba  
Argentina  
Tel: 54 (0351) 414-4444  
Para mayor información  
contáctenos en [www.ubp.edu.ar](http://www.ubp.edu.ar)  
O vía e-mail a: [editorialUBP@ubp.edu.ar](mailto:editorialUBP@ubp.edu.ar)

Publicación editada e impresa en  
Córdoba, Argentina

La reproducción de esta revista,  
ya sea total o parcial, en forma idéntica  
o con modificaciones, escrita a máquina  
por el sistema Multigraph, mimeógrafo,  
impreso, etc., que no fuera autorizada por  
Editorial UBP, es violatoria de derechos  
reservados. Su infracción está penada por  
las leyes 11.723 y 25.446.

Toda utilización debe ser solicitada con  
anterioridad.

#### **Revista Derecho Notarial y Registral**

Publicación anual de la Sala de Derecho Civil del Instituto de Investigación en Ciencias Jurídicas (IDI-CJ) de la Universidad Blas Pascal.

E-Mail: [carrerasjuridicas@ubp.edu.ar](mailto:carrerasjuridicas@ubp.edu.ar)

ISSN (versión impresa): 2362-3485 - ISSN (versión online): en trámite

La Revista Derecho Privado no se responsabiliza por las opiniones vertidas en los artículos firmados, cuyas ideas responden exclusivamente a sus autores.

# ÍNDICE

---

<b>LA INOPONIBILIDAD DEL RÉGIMEN DE PROTECCIÓN DE LA VIVIENDA A GARANTÍAS PERSONALES</b> Elosia Baca Martínez; Vanesa Sepliansky; María Magdalena Tato .....	11
<b>LA MENSURA PREVIA OBLIGATORIA PARA LA ENAJENACIÓN DE INMUEBLES</b> José Berrotarán .....	23
<b>LA PRUEBA ELECTRÓNICA Y LAS ACTAS DE CONSTATAción NOTARIAL DE CONTENIDO DIGITAL</b> Cecilia Soledad Carrera .....	43
<b>ANÁLISIS PRÁCTICO NOTARIAL DEL PACTO DE RETROVENTA</b> Guillermo Juan Cassanegra .....	59
<b>VÍAS DE ESCAPE ANTE LA FALTA DE VOCACIÓN SUCESORIA DEL CONVIVIENTE</b> Mariel A Navarro .....	71
<b>PRINCIPIO DE VOLUNTARIEDAD. PRINCIPIO DE UNICIDAD. PRINCIPIO DE MISMIDAD EN EL RÉGIMEN DE VIVIENDA</b> Augusto Luis Piccon .....	81
<b>ADQUISICIÓN LEGAL DE DERECHOS REALES SOBRE COSAS INMUEBLES, POR SUB-ADQUIRENTE, DE BUENA FE Y A TÍTULO ONEROSO: UNA HERMENÉUTICA SISTEMÁTICA</b> Valeria Pollini Inaudi .....	109
<b>SECCIÓN DE PRÁCTICA NOTARIAL</b> .....	143



---

# *ESTUDIOS*

---



# LA INOPONIBILIDAD DEL RÉGIMEN DE PROTECCIÓN DE LA VIVIENDA A GARANTÍAS PERSONALES

---

Por **Elosia BACA MARTINEZ**; **Vanesa SEPLIARSKY**;  
**María Magdalena TATO**<sup>1</sup>

---

## RESUMEN:

Se analiza aquí, si es válida la declaración de inoponibilidad del régimen de protección a la vivienda celebrada por el titular dominial del inmueble afectado, instrumentada por acta notarial mediante escritura pública.

## ABSTRACT

It is analyzed here, whether the declaration of unenforceability of the housing protection regime signed by the proprietary owner of the affected property is valid, implemented by notarial act through public deed.

PALABRAS CLAVE: Inoponibilidad. Vivienda. Acta notarial.

---

KEY WORDS: Unenforceability. Proprietary. notarial act through public deed

## I. Introducción

En la situación imperante, el contrato de locación se ha vuelto una herramienta fundamental para solucionar los problemas habitacionales generados por la dificultad social de acceder a la vivienda propia. Motivo por el cual, la intención del presente trabajo es encontrar una posibilidad de flexibilizar y ampliar el cumplimiento de uno de los requisitos claves para consolidar la viabilidad del contrato de locación y del régimen de protección de la vivienda en forma simultánea.

Asimismo, sin dejar de lado la función clave que cumple el régimen de protección de la vivienda en la sociedad, podemos darle la posibilidad al propietario constituyente del mismo, de optar por ser garante de un contrato de locación y responder frente al mismo con el inmueble protegido.

Un ejemplo que consideramos en primer lugar es el caso de una familia con hijos mayores que quieren mudarse solos y cuyos padres, sin dejar de proteger la vivienda familiar

---

<sup>1</sup> Escribanas titulares registros Caba nros 2127, 687, 1553 respectivamente

de otras vicisitudes de la vida, quieren ser sus garantes al momento de alquilar. Totalmente actual y posible, en consecuencia, nuestra obligación es aplicar todos nuestros conocimientos para satisfacer las necesidades actuales de la familia y de la sociedad en sí, con algo tan básico y primordial como es la vivienda de ambos, los padres con el resto de sus hijos y de los hijos que emigran.

Otro ejemplo aplicable a la situación planteada podría ser la necesidad de cualquier individuo de iniciar una Pyme o un emprendimiento comercial, lo que implica, en la mayoría de los casos, necesitar alquilar el lugar donde desarrollarlo. En este caso, también podría surgir la necesidad de ser garante el mismo locador respondiendo con su propiedad afectada el régimen de protección de la vivienda. ¿Por qué no permitirlo sin tener que desafectar definitivamente la misma, con todos los riesgos que esta situación conlleva? A través del presente trabajo queremos demostrar que **ES VÁLIDA LA DECLARACIÓN DE INOPONIBILIDAD DEL RÉGIMEN DE PROTECCIÓN DE LA VIVIENDA A CUALQUIER CONTRATO QUE CELEBRE EL TITULAR DOMINIAL DEL INMUEBLE AFECTADO, SI LO EXPRESA ESPECIAL Y ESPECÍFICAMENTE POR ACTA NOTARIAL REALIZADA MEDIANTE ESCRITURA PÚBLICA.**

Atento las implicancias patrimoniales que esta declaración conlleva, consideramos como **condiciones imprescindibles para su validez**, que se cumplan los siguientes requisitos: 1. Que la declaración de inoponibilidad se otorgue por acta de manifestación, en escritura pública. 2. Que se identifique el bien que se encuentra protegido y los datos de la afectación al régimen de protección de la vivienda. 3. Que esté identificada la obligación contraída ante la cual será inoponible la afectación y el acreedor. 4. Que se solicite informe de inhibición del declarante e informe de dominio del inmueble. 5. Que cuente con el asentimiento conyugal o convivencial, si correspondiere.

Es **importante también**, aunque no imprescindible: 1. Que se incluya una manifestación de subsistencia para el caso de ejercicio del derecho de subrogación, 2. Que se incluya una declaración jurada del contrayente de la obligación, de no haber realizado una declaración de inoponibilidad frente a otros acreedores, o bien detallar las realizadas, para abonar al principio de buena fe.

A continuación expondremos los fundamentos legales que permiten la viabilidad de la figura.

### **EL FIN DE LA LEY: PROTEGER LA VIVIENDA**

El derecho a la vivienda es considerado uno de los derechos fundamentales del hombre, nacido de la vital necesidad de poder disfrutar de un espacio habitable, suficiente para desarrollar su personalidad; la posibilidad de desarrollo pleno del ser humano se materializa en un derecho sobre la vivienda, accediendo a la propiedad u otro derecho real o personal de disfrute.

Tiene reconocimiento no solo a nivel nacional, en el art. 14 de nuestra carta magna, sino también en diferentes tratados internacionales. La vivienda es considerada uno de los elementos fundamentales para el desarrollo del ser humano.

La garantía constitucional ampara no sólo el derecho de los dueños sobre la vivienda, sino también el derecho a la vivienda que gozan legítimamente quienes no lo son (conf. arts. 245, 456, 522, Cód. Civ. y Com.).

La modificación del Código Civil y Comercial de la Nación en esta materia ha hecho un gran avance, ya que consideró prioritaria la protección de la VIVIENDA, eliminando el requisito de que la misma sea *familiar*, lo cual permitió la afectación por un único titular o bien por varios condóminos que no guarden entre sí vínculo familiar alguno.

El Régimen de protección de la vivienda, establecido en el Código Civil y Comercial, en los artículos 244 a 256, permite al titular dominial extraer un bien inmueble determinado de su patrimonio, para protegerlo, y así excluirlo del principio legal que establece que el patrimonio del deudor es la prenda común de los acreedores, que se encuentra receptado en los artículos 242 y 743 del citado cuerpo legal.

Para obtener este beneficio el deudor deben cumplir los requisitos exigidos por la normativa.

1. Ser titular de dominio del bien
2. Que el inmueble sea destinado a vivienda, del constituyente y/o de los beneficiarios
3. Declarar expresamente la voluntad de someter al bien al amparo del régimen
4. Que la afectación se inscriba en el registro de la propiedad inmueble

Cumplidos los requisitos, los acreedores cuya deuda tuviere origen posterior a la inscripción del la afectación NO podrán ejecutar ese bien para saldar su acreencia.

Sin perjuicio de esto, la normativa establece que algunos acreedores determinados, puedan, a pesar del amparo legal dado por el régimen, ejecutar el bien.

Como se trata de una excepción, el artículo debe ser interpretado en forma restrictiva.

Pueden ejecutar el bien aquellos acreedores cuyos créditos se originen en: a ) obligaciones por expensas comunes, y por impuestos, tasas o contribuciones que lo gravan directamente; b) obligaciones con garantía real sobre el inmueble, constituida de conformidad a lo previsto en el art. 250; c) obligaciones que tienen origen en construcciones u otras mejoras realizadas en la vivienda; d) obligaciones alimentarias a cargo del titular a favor de sus hijos menores de edad, incapaces, o con capacidad restringida. (art 249 CCCN).

En los casos previamente detallados, el afectante NADA debe hacer para habilitar a los acreedores a la ejecución.

El requisito que exige una declaración expresa del titular dominial para poder quedar bajo el amparo legal proporcionado por el régimen es clave para determinar que el ordenamiento NO otorga una protección automática, ni siquiera es obligatorio.- En consecuencia determinamos que es un régimen opcional que tiene como fin proteger a un derecho fundamental del ser humano, como es la vivienda.

Al ser opcional, la protección legal otorgada por el régimen puede ser dejada de lado, siendo un derecho renunciable. En forma tácita, por la NO afectación.- En forma expresa, debiendo darse cumplimiento a determinados requisitos.

En esta línea de pensamiento es donde damos inicio el análisis de la normativa para sostener que es válida la declaración de inoponibilidad, no solo a la constitución de un derecho real de garantía, como establece expresa y específicamente el art. 249 inc b)

del CCCN, sino a cualquier obligación que el titular del beneficio quisiera contraer, NO siendo imprescindible la desafectación del inmueble del Régimen de protección y una nueva afectación una vez contraída la obligación. Dejando de lado todos los problemas, y perjuicios que este proceder conlleva, y que también desarrollaremos,

Tratándose la afectación de un inmueble a la protección dada por el régimen, un acto voluntario, expreso, que se materializa en un instrumento público, notarial o administrativo, todo instrumento que lo modifique debe tener el mismo rango legal. De aquí se desprende que la declaración de inoponibilidad debe ser otorgada por acta de manifestación, en escritura pública.- Pensamos que no sería viable la realización por acta administrativa, atento que la posibilidad de afectar en sede registral se basa exclusivamente en la obligación de la publicidad que debe darse, ya que el bien protegido es un inmueble que queda fuera del alcance de los acreedores. La declaración de inoponibilidad NO tiene vocación registral.- No debe tampoco tenerse en cuenta la forma del contrato respecto del cual se declara la inoponibilidad, sino, como hemos expresado, la forma del acto que se pretende modificar con la declaración.- El acta de manifestación en sede notarial es el instrumento público que, por la intervención del escribano, resulta la forma más segura de otorgar un acto de la relevancia patrimonial que tiene el que estamos planteando.

El art. 250 del CCCN establece que *“El inmueble afectado no puede ser objeto de legados o mejoras testamentarias, excepto que favorezcan a los beneficiarios de la afectación prevista en este Capítulo. Si el constituyente está casado o vive en unión convivencial inscripta, el inmueble no puede ser transmitido ni **gravado** sin la conformidad del cónyuge o del conviviente; si éste se opone, falta, es incapaz o tiene capacidad restringida, la transmisión o **gravamen** deben ser autorizados judicialmente”*.

¿Qué significa gravámen?. No desde el punto de vista registral, que implica un derecho real o una medida cautelar que pesa sobre un bien y se ve reflejado en el asiento registral. Sino desde el punto de vista más amplio del derecho general. La palabra *gravamen* deriva del latín *gravāmen*, y significa “carga”. Podemos decir que gravamen, en sentido jurídico, es una carga u obligación, que pesa sobre una persona o una cosa.

La idea propuesta en éste trabajo apunta a la carga que pesa sobre una persona cuando desea garantizar en forma personal una obligación.

El Código regula la inoponibilidad a la garantía real, en el artículo 249 inciso b), pero nada dice de la inoponibilidad en las garantías personales. Siguiendo uno de los principios que rige nuestro sistema legal, atento que no está expresamente prohibido, entendemos que está permitido, y, por aplicación de otro principio regulador de nuestro ordenamiento legal, quien puede desafectar puede declarar la inoponibilidad.

Es importante que se determine, en la declaración, el inmueble afectado con sus datos individualizantes, así como los correspondientes a la afectación de éste al régimen de vivienda.- Puede además darse el caso que una persona en su patrimonio cuente con más de un inmueble afectado. Es fundamental para el acreedor que queden especificados los datos, para poder alegar, si fuere necesario, en sede judicial, su derecho a la ejecución. Es importante solicitar informe de dominio sobre el bien, para que quede determinado el estado del mismo a la fecha de la declaración, atento que pueden existir embargos u otras medidas preexistentes. Debe solicitarse un informe de inhibición sobre el de-

clarante, atento que si este se encuentra inhibido consideramos que la declaración de inoponibilidad NO sería viable.

Entendemos que debe ser un acto especial y específico y creemos que es una solución que beneficia a ambas partes contratantes, por los puntos que a continuación desarrollaremos.

### **EL PERJUICIO DE LA DESAFECTACIÓN**

A diferencia de lo establecido en el artículo 38 de ley 14.394, que establecía que *“El Bien de Familia no será susceptible de ejecución o embargo ...”*, El régimen de protección de la vivienda incorporado al Código no impide trabar embargos sobre el bien afectado.

Esto implica que, como efecto principal de la afectación, el inmueble resulta **inejecutable** para los acreedores, quienes podrán solamente trabar un embargo, quedando a la espera de que se produzca la desafectación.

Pero NO cualquier desafectación, queda a la espera de una desafectación voluntaria.- Establece el artículo 249 en su último párrafo que *los acreedores sin derecho a requerir la ejecución no pueden cobrar sus créditos sobre el inmueble afectado, ni sobre los importes que la sustituyen en concepto de indemnización o precio, aunque sea obtenido en subasta judicial, sea ésta ordenada en una ejecución individual o colectiva”*

En consecuencia la desafectación por la ejecución de un acreedor al que le resultaba inoponible la afectación NO beneficia a todos los acreedores que tenga el deudor, ya que el remanente de la ejecución queda aún protegido por la afectación, y no puede ser atacado por estos últimos.

El régimen actual destierra toda posibilidad de aplicar la Tesis de la Desafectación absoluta, y siguió los lineamientos más modernos, que concuerdan con la importancia jurídica del derecho que protege.

Si, para garantizar una obligación, el titular dominial se ve obligado a desafectar del régimen el inmueble, esta desafectación deja al bien disponible para TODOS los acreedores, respondiendo a todas las deudas que el titular dominial posea, sea que existan embargos o no.

Cuando una persona desafecta del régimen de vivienda el inmueble para garantizar en forma personal un contrato, y lo vuelve a afectar “inmediatamente”, como es de práctica habitual por ejemplo, en los contratos de locación, ha dejado la puerta abierta a todos sus acreedores.

Esta desafectación y afectación legítima a todos los acreedores cuya acreencia tiene origen anterior a la nueva afectación, a pedir la desafectación, porque los ha colocado en el primer párrafo del artículo 249: *La afectación es inoponible a los acreedores de causa anterior a esa afectación.*

Es imprescindible tener muy clara la diferencia entre desafectación e inoponibilidad. Con la primer acción, como hemos dicho anteriormente, la inscripción del beneficio se cancela, dando vía libre a todo acreedor, sin distinción.- La inoponibilidad, por su parte, sólo permite el acceso a determinados acreedores, manteniendo la afectación para todos los

restantes.- En este caso, desde el punto de vista del acreedor, la desafectación es objetiva y la inoponibilidad subjetiva.

*"...Acreditada que la acreencia cuyo cobro se persigue es de fecha anterior a la constitución del bien de familia, no corresponde declarar la desafectación sino que basta con declararlo inoponible a la actora, pues aquella medida produce la cancelación de la inscripción en el registro inmobiliario y deja al bien vulnerable frente al ataque de cualquier acreedor, por cualquier causa o título, pudiendo causar un perjuicio innecesario e injustificado al titular dominial, que exceda el interés del peticionante..."* (Tribunal: Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Laboral de Rafaela, 26/03/2015, Partes: A., H. O. c. B., M. s/ desafectación bien de familia Publicado en: RDF 2015-VI, 175 Cita: TR LALEY AR/JUR/4556/2015)

**BENEFICIO DEL ACREEDOR: La afectación protege parte del patrimonio de su deudor de otros acreedores, y obtiene la legitimación para pedir la ejecución del bien**

Por lo expuesto hasta el momento es que sugerimos la figura de la inoponibilidad. Que se articula perfectamente con la normativa.

Recepta el código la regla general que establece que todo el patrimonio del deudor constituye la garantía común de los acreedores (art 743 CCCN), a excepción de aquellos excluidos expresamente. A continuación del artículo que recepta el principio legal, encontramos aquellos bienes que se encuentran excluidos de la garantía común. El artículo 744 enumera estos bienes, dentro de los cuales figuran los declarados inembargables o excluidos por otras leyes. Como por ejemplo la vivienda, que es declarada inejecutable por los artículos 249, 456 y 522.

Aquí es donde cobra especial preponderancia la especificidad, tanto en relación a la obligación garantizada personalmente, como respecto de quien es el acreedor que tendrá derecho de atacar el bien.

Estamos planteando una excepción a un ordenamiento legal que protege un derecho humano fundamental, dando permiso a un acreedor a atacar un bien que para todo el resto de los acreedores está vedado.- Es por ello que la determinación concreta y precisa de la obligación resulta fundamental, con los datos necesarios para que no quede lugar a duda, o deje la puerta abierta a que pueda ser confundida con otra obligación.

El mismo requisito recae sobre el acreedor, que será quien estará legitimado para actuar. Tiene que ser una persona determinada, no determinable, y deben surgir del acta de manifestación todos los datos que hacen a su individualización.

La declaración de inoponibilidad, que implica que la afectación no surte efectos para ese acreedor determinado protege a todas las partes del contrato, y tiene como fin agilizar la contratación entre las partes, atento que sólo se requiere un acta de manifestación, sin la realización de trámites administrativos. Cuida al deudor, cuya vivienda continúa en forma ininterrumpida al amparo del régimen, y beneficia al acreedor cuya obligación que le garantizan, no es registrable. Observamos que la desafectación, si bien permite al acreedor la ejecución de su deuda contra dicho bien, no le garantiza su cobro total ya que quedará sujeto al resto de las obligaciones que emerjan producto de dicha desafectación (más allá de la desprotección que se genera al titular del bien como ya hemos planteado). Sin embargo, si se opta por la declaración de inoponibilidad que planteamos en este trabajo, ambas partes se verán beneficiadas.

Según la jurisprudencia en el caso "BANCO MACRO S.A. C/ TRABAZO, PABLO MARTIN y ots. P/ Ejecución cambiaria EXPTE. N° 39.685 se establece que: "... la doctrina distingue los casos en que el bien de familia no es oponible respecto de determinados acreedores, de aquéllos en que la protección cesa por acaecimiento de determinados hechos que posibilitan la "desafectación", lo que conlleva la cancelación de la inscripción. "Cuando hablamos de "inoponibilidad" estamos aludiendo a determinados acreedores, como por ejemplo los acreedores anteriores a la constitución del bien de familia respecto de los cuales, la inscripción no produce ningún efecto, lo cual es lógico, dado que estos acreedores tuvieron en cuenta este bien en el patrimonio del deudor para contratar, o en su caso, el bien integraba el patrimonio del deudor al momento de producirse el nacimiento de la causa del crédito (acreedor extra-contractual). Las pautas para interpretar la inoponibilidad resultan de la ley 14.394, en sus artículos 35 y 38. De los mismos se extrae sin dificultad que existen algunos acreedores a los cuales el deudor constituyente del bien de familia, no podrá oponerles la inejecutabilidad, entre los cuales militan los acreedores anteriores y otros que, siendo posteriores, tienen créditos que no son alcanzados por razones de interés público o general (los impuestos) o por haber nacido como consecuencia de la incorporación de valor sobre el mismo bien, como es la "construcción o mejoras sobre el mismo o que hacen a su mantenimiento, como las expensas.". A criterio del autor, "esta inoponibilidad es objetiva y opera de pleno derecho. O sea, no se requiere otra cosa que acreditar estar incluido dentro del régimen de los exceptuados para que el acreedor pueda embargar y ejecutar el bien y opera desde el momento mismo del nacimiento del crédito y no desde el momento en que un juez lo disponga y en tal orden, la decisión judicial de embargar y llevar adelante la ejecución del bien, tiene efectos declarativos. No requiere —en principio— de un contradictorio previo, sino la verificación o constatación de las circunstancias legales, siendo la del crédito de causa anterior a la constitución, la de más fácil determinación." (Cfr. Raspall, Miguel A., "El bien de familia en el concurso preventivo, inoponibilidad y categorización", Sup. CyQ 2009 (noviembre), 41-LA LEY 2009-F, 1354)".... En el caso concreto, se ha esgrimido que el hecho generador de la obligación de la code mandada y titular del inmueble embargado, Sra. Natalia Carolina Rodríguez, es anterior al sometimiento al régimen de bien de familia, por lo que en caso de comprobarse dicha circunstancia, correspondería declarar su inoponibilidad al ejecutante. En este sentido se ha resuelto que no es procedente la desafectación total, lisa y llana del bien de familia, sino declarar su inoponibilidad frente al acreedor, subsistiendo la inscripción frente a otras deudas respecto de las cuales sea oponible. (CN.Civ., sala D, 22/04/1991, F., A. y ot. c/ M., H., LL 1991-D, 318 y DJ 1991-2, 655.)..."

De lo citado se desprende que si hay una inoponibilidad "objetiva", ya sea la derivada del tiempo de la afectación en relación a la deuda contraída o bien la taxatividad de los acreedores previstos en el CCC, ¿por qué no podría existir una inoponibilidad "subjetiva" determinada por la voluntad del titular del beneficio en pos de responder frente a una deuda determinada pero sin desproteger su vivienda frente a otros acreedores? y además ¿por qué no se toma en cuenta que de esta manera queda más protegido aún el acreedor al cual se plantea la inoponibilidad, ya que subsiste la protección frente a cualquier otra deuda que se quiera ejecutar contra el bien?.

## **ASENTIMIENTO**

El asentimiento es uno de los requisitos fundamentales que deben cumplirse obligatoriamente para que la declaración de inoponibilidad resulte viable.

El asentimiento debe ser dado por el cónyuge o el conviviente, según sea el estado de

familia del afectante, no solo porque este requisito surge explícitamente del artículo 250 antes transcripto, sino porque todo el plexo normativo exige este requisito para mantener protegida la vivienda familiar.

Lo encontramos también, fuera del articulado específico del Régimen de Protección de la Vivienda, en relación a las personas que han contraído matrimonio, artículo 456 CCC, y las que se encuentran unidas en convivencia, artículo 522 CCC. Para ambos casos la norma establece que la vivienda no podrá ser ejecutada por deudas contraídas luego de la celebración del matrimonio, o de la inscripción de la unión, excepto que ambos integrantes de la pareja sean los obligados, o lo hiciera uno solo de ellos con el asentimiento del otro.

El asentimiento es también un requisito para solicitar la desafectación y cancelación de la inscripción por voluntad del afectante (art. 255 inc a).

La interpretación armónica del articulado específico del Régimen de Protección de la vivienda, con los restantes artículos de la normativa, torna imprescindible la conformidad del cónyuge o del conviviente a la declaración de inoponibilidad.

### **LA SUBROGACIÓN y la declaración de inoponibilidad**

Previo a la sanción del Código Civil y Comercial fue la doctrina la que permitió encontrar respuesta en la hermenéutica judicial a la subrogación del bien de familia, por la obligación de pronunciarse de los magistrados, aún ante el silencio de la ley. (Caso "Kipperband", Caso "Botto", Caso "Gil",)

La modificación del CCCN trajo como novedad el derecho de subrogación de la protección, que puede ejercer el titular dominial, ante la transferencia del bien (art 248 CCC).- Reconociendo en forma clara y concreta lo que la doctrina y los fallos impulsaron y ya aplicaban.

La subrogación real es un supuesto de modificación objetiva y cualitativa de la relación jurídica en cuya virtud reunidos ciertos requisitos un objeto ocupa el lugar de otro en la situación patrimonial; y que cumple con las mismas condiciones jurídicas e idéntica afectación, respetando la validez y eficacia del acto jurídico que operó la subrogación real favoreciendo el tráfico económico sin provocar un obstáculo ni impedimento al progreso económico ni la frustración de planes de larga duración ni el inmovilismo ni perjuicio a terceros.

El bien subrogado recibe el mismo trato que tenía el anterior bien. Sobre él se aplica el privilegio o derecho persecutorio del acreedor, o la ventaja de inembargabilidad del deudor, o la cualidad de pertenencia a un patrimonio o masa diferenciada, cumpliendo con el fin técnico de impedir la confusión del tráfico jurídico cuya validez no se detendrá en beneficio de la seguridad jurídica dinámica y asegurando la permanencia de los destinos especiales de afectación.

Por lo expuesto anteriormente, entendemos que este derecho NO es incompatible con la declaración de inoponibilidad. En esta situación, y considerando que la declaración de inoponibilidad tiene como finalidad responder frente a una deuda concreta, entendemos que el contrayente de la misma responderá con todos sus bienes, y en particular,

y si es el único, con el que esté protegido por la afectación del régimen de vivienda. En resumen, se mantendrá la manifestación de inoponibilidad frente a un cambio del objeto afectado, SIEMPRE que así lo manifieste al momento de declarar la inoponibilidad.

El nuevo régimen es un fiel reflejo de la constitucionalización del derecho privado, al entronizar la protección de la vivienda; asignándole a ésta un concepto y un alcance que supera por completo lo referente al concepto estático y patrimonial de inmueble o propiedad, para considerarse la función vital y dinámica del hogar familiar, asiento que comprende incluso los muebles indispensables para satisfacer las diversas necesidades, sea mediante un derechos real o personal. Lo fundamental es la VIVIENDA bajo cualquier forma contractual y su protección vale también para cualquier tipo de ocupación.

Consideramos que resulta lo más adecuado, cuando un inmueble se encuentra afectado al régimen de vivienda, y extendiendo su utilidad en función de la necesidad que posea el propietario, el mismo pueda responder frente a una deuda determinada sin perder el beneficio de la protección, otorgue un acta de manifestación, por escritura pública, en la cual se indiquen claramente los elementos identificatorios de la deuda contraída a la cual le será inoponible la protección dada por la afectación; y que se promueva esta práctica para aplicar en casos cotidianos, tales como los contratos de locación, fianzas bancarias, y todo contrato que sea garantizable personalmente. Quedando protegidos, con esta práctica, el deudor y el acreedor.

Proponemos de lege ferenda que se modifique el Código Civil y Comercial y se establezcan estas pautas de modo expreso y claro, quedando reconocida al igual que sucedió con el derecho de subrogación.

Como enuncia Guastavino, toda regulación importa al interés público por el bien jurídico que defiende y, como consecuencia de ello, sus normas son de orden público. Las interpretaciones que se hagan de sus disposiciones deben tener el cuidado y fundamento que la institución exige. No deben ser amplias ni restrictivas, sino justas y actuales en virtud del desarrollo habitacional de la población. Sin dejar de lado, que hoy el 34 por ciento de la población alquila un inmueble, según la Dirección de Estadísticas y Censos de la Ciudad, en contraste con el 20 por ciento, que es el porcentaje promedio de otros países de la región, según el Banco interamericano de Desarrollo.

Por su parte Gil Dominguez sostiene que una vez que una persona alcanzó la situación de propietario de una vivienda adecuada como la máxima extensión posible de este derecho, ¿no es regresivo y absurdo que no se dote a dicha situación de la máxima tutela posible mediante los mecanismos más apropiados?.

Estas dos últimas reflexiones dan basamento a las ideas desarrolladas en este trabajo. Creemos que **la declaración de inoponibilidad es un mecanismo apropiado** para lograr un equilibrio entre los intereses que entran en conflicto al momento de querer afianzar un obligación personal y encontrarse amparado por el régimen de protección de la vivienda, atento que permite dar un resguardo a las partes involucradas, sin dejar de velar por el interés superior protegido; **siendo su aplicación el resultado de una interpretación justa del conjunto normativo.**

**- MODELO**

**ACTA DE MANIFESTACIÓN. \*\*\*.- ESCRITURA NUMERO \*\*.-** En la Ciudad de Buenos Aires, Capital de la República Argentina, a los \*\* días del mes de \*\*\* de dos mil \*\*\*, ante mí, Escribana Autorizante, comparece \*\* a quien identifico en los términos del artículo 306 inc. \*\* CCC.- Y EXPONE: 1. Que por escritura número \*\* de fecha \*\*, pasada ante el escribano de esta Ciudad \*\*, al folio \*\* del Registro \*\*\* a su cargo, / Acta número \*\*\* de fecha\*\*\* e inscripta en el Registro de la Propiedad Inmueble en la Matrícula \*\* el \*\*\* sometió al Régimen de Protección de la Vivienda el inmueble de su propiedad designado como LOTE \*\*\* / UNIDAD FUNCIONAL número \*\*\*, ubicada en el \*\*\* PISO, del inmueble sito en esta Ciudad, con frente a la calle \*\*\*\*\* -; cuyas medidas y linderos surgen de la relacionada escritura y se dan aquí por íntegramente reproducidos; NOMENCLATURA CATASTRAL: Circunscripción \*\*, Sección \*\*, Manzana \*\*, Parcela \*.- 2. Que será garante de un contrato de locación entre \*\*\*\* en calidad de locador y \*\*\*\*, en calidad de locataria; respecto del inmueble sito en la calle\*\*\*\*\* el que tiene vigencia desde el \*\*\*y hasta el \*\*\*.- 3. Que a los efectos de declarar inoponible la afectación al Régimen de Protección de la vivienda al que se encuentra afectada la propiedad, solicita de mí, Escribana autorizante, deje expresa constancia por medio de la presente de sus manifestaciones. Considerando que existe interés legítimo acepto el requerimiento.- Y \*\*\* MANIFIESTA: A. Que el Régimen de Protección de la vivienda al que hace referencia el punto 1 de la presente acta no es oponible al contrato de locación mencionado en el punto 2 de la presente acta.- B. Que la inoponibilidad a la que hace referencia el punto precedente incluye las prórrogas y/o nuevos contratos que se firmen entre las mismas partes, respecto del mismo bien locado, y en los que la aquí requirente suscriba en carácter de fiador y/o garante. C. Que como consecuencia de lo manifestado la propiedad podrá ser ejecutada a los efectos de que se abonen todos los importes que adeudare la parte locataria a la parte locadora por las obligaciones que surgen de dicho contrato de locación, sus prórrogas y/o nuevos contratos, quedando también incluidos los gastos y costas judiciales y extrajudiciales que se generen.- D. Que en el caso de ejercer el derecho de subrogación previsto en el artículo 248 del CCC se mantendrá la inoponibilidad de la afectación frente a la deuda relacionada respecto del nuevo bien.- E. Que la presente será válida tanto para el aquí declarante y el acreedor beneficiado, como para sus sucesores a título singular o universal.- F. Presente a este acto desde el comienzo \*\*\*\*\*, viene por la presente a otorgar su conformidad con la declaración realizada por su cónyuge / conviviente.- No teniendo nada más que manifestar, solicitan de mí, la autorizante, expida primera copia de la presente, para ser entregada al locador.- LEO los comparecientes, quienes FIRMAN de conformidad, todo por ante mí, doy fe.-

**REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

- Abella, Adriana Nélica. "La vivienda en el Código Civil y Comercial de la Nación"; p. 1-10. Buenos Aires: Academia Nacional del Notariado ; 2015. En Seminario Teórico Práctico Laureano Arturo Moreira, 70. Buenos Aires, 12-13 noviembre 2015
- Alterini, Jorge, Tobías, José, Código Civil y Comercial comentado – Tratado exegético -, 2º edición, 2016. Edit. Thomson Reuters La Ley
- Herrera, Marisa. Código Civil Y Comerc Comentado Ed. 2022.-

- Lorenzetti, Ricardo. Código Civil y Comercial de la Nación comentado
- Arraga Penido, Mario O.. "Vivienda protegida por afectación"; p. 1-3. La Ley. -- Buenos Aires :La Ley ; 21 septiembre 2016 ; tomo 2016-E; año 80 ; n. 179.
- González Zamar, Leonardo. "Vicisitudes procesales en la protección de la vivienda"; p. 297- 308. EN: Derecho de familia. Revista interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. -- Buenos Aires Abeledo Perrot; julio 2017; n. 80
- Guastavino, Elías P., "Derecho de familia patrimonial. Bien de familia", t. 1, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 1985, p. 386
- Gil Domínguez: "Supremacía convencional, inembargabilidad e inejecutabilidad de la vivienda adecuada y derecho común: una mirada distinta" - LL - Sup. Const. - 18/2/2014 - 37 - T. 2014-A - pág. 324
- Zavala, Gastón A. "Subrogación de vivienda. Interpretación del régimen en el contexto jurídico", DFyP 2018 (octubre), 16, LL AR/DOC/1590/2018
- Chiappini, Julio. "El bien de familia y las deudas potenciales"
- Junyent Bas, Francisco y Giménez, Sofía I. "La tutela de la vivienda en el Código Civil y Comercial", publicado en: RDF 80, 129, Cita: TR LALEY AR/DOC/3732/2017
- Puerta de Chacón, Alicia. "Vivienda. Traslación de la afectación. ¿Otro esfuerzo interpretativo?", RDF 2017-IV, 71, TR LALEY AR/DOC/3812/2017
- ALIMENTOS ~ ALIMENTOS ATRASADOS ~ ALIMENTOS EN FAVOR DE LOS HIJOS ~ CODIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN ~ DESAFECTACIÓN DE LA VIVIENDA ~ RÉGIMEN DE AFECTACIÓN DE LA VIVIENDA ~ VIVIENDA, Tribunal: Juzgado de Familia de 6a Nominación de Córdoba(Familia Córdoba)(6aNom), Fecha: 30/08/2016, Partes: R. N. B. c. F. M. A. s/ régimen de visita/alimentos-contencioso Publicado en: La Ley Online; Cita: TR LALEY AR/JUR/58926/2016
- DERECHO A VIVIENDA DIGNA ~ DESAFECTACIÓN DE LA VIVIENDA ~ PERSONA CON DISCAPACIDAD ~ RÉGIMEN DE AFECTACIÓN DE LA VIVIENDA ~ VIVIENDA ~ VIVIENDA FAMILIAR Tribunal: Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Laboral de Rafaela(CCivCom Lab Rafaela) Fecha: 26/03/2015, Partes: A., H. O. c. B., M. s/ desafectación bien de familia, Publicado en: RDF 2015-VI, 175 Cita: TR LALEY AR/JUR/4556/2015



# LA MENSURA PREVIA OBLIGATORIA PARA LA ENAJENACIÓN DE INMUEBLES

---

Por José BERROTARÁN<sup>1</sup>

---

## RESUMEN:

El trabajo analiza la necesidad de realizar mensuras en la transferencia de inmuebles en la normativa nacional y provincial.

## ABSTRACT

The work analyzes the need to carry out measurements in the transfer of properties in national and provincial regulations.

**PALABRAS CLAVE:** Mensura. Loteo. Código Civil y Comercial de la Nación.

**KEY WORDS:** Measurement. Lotto. Civil and Commercial of the Nation.

### 1.1. Antecedentes históricos

En el Código Civil proyectado por Dalmacio Vélez Sarsfield para la República Argentina, que entró en vigencia en 1871, sólo se estableció la inscripción de las Hipotecas para su oponibilidad a terceros, no extendiéndose este requisito para la oponibilidad de los demás derechos reales, por dos motivos: el primero, porque en todos los demás derechos reales (salvo en las servidumbres pasivas) la oponibilidad del Derecho Real frente a terceros resultaba de la publicidad posesoria.

Salvo en el caso de las Hipotecas y de las Servidumbres Pasivas, el Derecho Real solamente se constituía, por actos entre vivos, por título y modo, es decir que, para la transmisión del derecho era necesario, además del Contrato, la tradición de la posesión de la cosa que era su objeto.

El segundo motivo era que el legislador consideraba inconveniente trabar la libre circulación de la propiedad de los inmuebles con formalidades cuyo costo fuera superior al valor de estos inmuebles, y que harían necesario la creación, además de los Registros Hipotecarios, de otros Registros para todos los restantes Derechos Reales, y del Catastro Territorial, que ya era advertido por el legislador como un soporte para el funcionamien-

---

<sup>1</sup> Abogado. Ex Docente Privado V Facultad de Derecho UNC

to de los Registros de Derechos Reales sobre Inmuebles.

La parte final de la nota al artículo 3198 del CC. derogado, expresaba:

“En un país como el nuestro, donde el dominio de los inmuebles no tiene en la mayor parte de los casos títulos incontestables, la necesidad del registro público crearía un embarazo más al crédito hipotecario. El mayor valor que vayan tomando los bienes territoriales, irá regularizando los títulos de propiedad, y puede llegar un día en que podamos aceptar la creación de los registros públicos. Hoy en las diversas provincias de la República sería difícil encontrar personas capaces de llevar esos registros, y construir el catastro de las propiedades, y sus mil mutaciones por la división continua de los bienes raíces que causan las leyes de la sucesión, sin sujetar la propiedad a gravámenes que no corresponden a su valor para satisfacer los honorarios debidos por la inscripción o transcripción de los títulos de propiedad.”

### 1.2. La Constitucionalidad de los Registros de Derechos Reales sobre Inmuebles antes de la Ley N° 17711

Sin embargo, la realidad pronto impulsó a la creación de Registros para todos los demás Derechos Reales en las Provincias, los que, pese a su declaración de inconstitucionalidad en dos fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en 1935, siguieron funcionando, como lo señala Mariani de Vidal:

“Vélez adopta como medio de publicidad la tradición (salvo para la hipoteca, es claro, porque a su respecto no concurre la tradición). Empero, pronto se hizo sentir la insuficiencia de la tradición como medio de publicidad y las Provincias fueron adoptando a través de sus leyes un sistema de registro, aunque algunas de estas leyes incursionaban indebidamente en la adquisición del dominio –tema reservado al legislador nacional– por lo que su inconstitucionalidad fue decidida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación<sup>2</sup>. No obstante, los registros locales siguieron funcionando, constituyendo lo que nuestro gran jurista Rafael Bielsa llamó “feliz anomalía institucional”.<sup>3</sup>”

### 1.3. El problema del fraccionamiento de inmuebles sin previa Mensura:

El CC. derogado permitía que el propietario lo subdividiese y enajenase fracciones de una mayor superficie de su propiedad, sin realizar previamente, con intervención de un profesional habilitado, una mensura y subdivisión.

Esto ocasionaba serios problemas. Pongamos como ejemplo el caso del propietario de un campo de quinientas hectáreas que vendía una fracción de cien hectáreas a un tercero.

El vendedor acreditaba su dominio ante el escribano con la escritura correspondiente (que normalmente no estaba inscrita, ya que la inscripción del Dominio, hasta 1968, en que la Ley 17711 modifica el artículo 2505 del CC. Ley 340, y se sanciona la Ley 17801<sup>4</sup>, como dijimos anteriormente, era una “anomalía”), y legitimado por ese título, vendía al tercero una fracción de cien hectáreas, que debía ubicarse dentro de la mayor superficie del vendedor.

---

2 Nota en el texto citado: “CS. Causa “Jorba, J. c. Bambicha, F” sentencia del 25/11/1935, JA. -52-359, causa Papa, J. c. Testamentaria Susso c. Sociedad compagno Hnos.”, sentencia del 25/11/1935, LL. 3.528.

3 Mariani de Vidal, Marina y Abella, Adriana, “Derechos Reales en el Código Civil y Comercial”, Tomo 1, editorial Zavalía, Bs.As. 2016, ISBN: 978-950-572-912-8, Págs.. 50/51

4 Ley N° 17801, Sancionada y Promulgada 28/06/1968 (PEN).

Luego nuestro vendedor, vendía otra fracción de cien hectáreas a otro comprador, y otra fracción de igual superficie a otro, y así sucesivamente hasta cubrir sus quinientas hectáreas.

Suponiendo que el campo original hubiese tenido la cabida que resultaba del título, hasta aquí no habría ningún problema, salvo la ubicación de las cinco fracciones de cien hectáreas vendidas dentro de la mayor superficie de quinientas hectáreas, que se iba solucionando en la práctica a medida que los compradores tomaban posesión de sus lotes. Pero ocurría que en algún caso nuestro hipotético vendedor enajenaba una sexta fracción de cien hectáreas, que excedía la cabida original de su propiedad, que como dijimos, era de quinientas hectáreas.

En este caso, el conflicto entre los compradores debía resolverse considerando quienes hubieran recibido la tradición de la posesión primero, pero evidentemente alguno de ellos quedaba sin derecho real, y solamente con las acciones personales contra el vendedor por los daños ocasionados.

#### **1.4. Un caso curioso de venta de más fracciones de las que permitía la superficie de un inmueble, cuando no era obligatoria la Mensura previa**

He conocido profesionalmente la historia del fraccionamiento de un inmueble que se había hecho en una partición sucesoria, que voy a plantear con medidas imaginarias para facilitar la comprensión del caso: con un campo de quinientas hectáreas se hicieron seis lotes de cien hectáreas cada uno.

Este hecho ocurrió antes de entrar en vigencia de Ley Nacional de Catastro, a la que luego me referiré, pero sus consecuencias se prolongaron muchos años después.

La particularidad del caso es que, el último de estos lotes (que excedía la cabida del lote madre) se adjudicó a unos herederos menores, en tanto los herederos mayores tomaron posesión de los otros cinco lotes.

Años después, el lote adjudicado a los menores fue rematado, y lo compró un tercero, que tomó posesión del lote de un vecino que colindaba con el campo de la sucesión.

El vecino demandó por reivindicación, ganó el juicio en primera instancia, pero en segunda instancia la Cámara de Apelaciones interviniente revocó la sentencia y rechazó la reivindicación, alegando que el título del reivindicante, que venía de tres sucesiones aprobadas judicialmente, era defectuoso pues en una de esas sucesiones se había declarado heredera a una persona que en su partida de nacimiento figuraba como "Rosario Gerardina Palacio", en tanto en su partida de defunción figuraba como "Rosario Geraldina Palacio", y además en la partida de nacimiento de esta persona resultaba que su madre, que había muerto poco después del parto de fiebre puerperal, tenía cincuenta y cuatro años a la fecha del nacimiento.

Se planteó un recurso de Casación ante el Tribunal Superior de justicia de la Provincia de Córdoba, alegando que la cuestión no había sido introducida al litigio por la partes demandada, ni en primera ni en segunda instancia, que los jueces intervinientes en las sucesiones que el fallo de segunda instancia descalificaba, se habían aprobado por los jueces competentes, con intervención de los fiscales correspondientes, que se habían

publicado edictos citando a los herederos de la persona cuya identidad se cuestionaba como "Rosario Gerardina o Geraldina Palacio", y la reseña de un texto médico actual en el que se señalaba casos de embarazos que habían llegado a término felizmente en mujeres de hasta sesenta y cinco años de edad.

Pero el Tribunal Superior confirmó esta sentencia. Se planteó el recurso federal ante la Corte Suprema de Justicia, que no fue concedido por la Cámara de Apelaciones; y seguidamente fue interpuesto el Recurso Directo ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, pero el mismo no fue abierto.

### **1.5. La Mensura previa obligatoria para la subdivisión o unión de inmuebles fue establecida por la Ley Nacional de Catastro N° 14159 en 1952**

En 1952 la Ley Nacional de Catastro N° 14159, que en su artículo 23, estableció que no se podía vender parte de la mayor superficie de un inmueble (o sea lotes resultantes de su subdivisión), sin previamente haber sido realizada la mensura y subdivisión del mismo por un profesional habilitado, y que esta mensura debía ser "presentada" en el Catastro Territorial de la Provincia donde estuviese ubicado el inmueble que se pretendía fraccionar, para el otorgamiento de la Nomenclatura Catastral, "como requisito previo a cualquier acto de transferencia o enajenación".

Debido a la organización Federal de Estado Nacional Argentino, cada Provincia debía dictar su propia Ley de Catastro, pero siguiendo los lineamientos generales dados por la Ley Nacional, que unificaba las bases normativas para todos los Catastros Territoriales.

Como lo he señalado anteriormente con el entrecomillado, la Ley N° 14159 solamente establecía la "presentación" de la mensura al Catastro, y el otorgamiento de la "Nomenclatura Catastral".

Era un principio de solución para el problema señalado del fraccionamiento de inmuebles, quizá todavía técnicamente imperfecto. Veremos su evolución:

"En los casos de subdivisión o fraccionamiento de tierras, los propietarios -con la firma del profesional debidamente autorizado- presentarán los planos respectivos a la Dirección Nacional del Catastro, la que le asignará la nomenclatura correspondiente, como requisito previo a cualquier acto de transferencia o enajenación. (art. 23 Ley Nacional N° 14159<sup>5</sup>)

### **1.6. La Ley de Loteos N° 14005 de 1950 como antecedente de la Ley Nacional de Catastro N° 14159 de 1952**

En 1950, con anterioridad a la sanción de la Ley Nacional de Catastro 14159 de 1952, se había sancionado otra ley destinada a regular la subdivisión de inmuebles: Era una ley especial, que debía regular la venta de inmuebles fraccionados (loteos) a plazos, y que llevaba el N° 14005.

En esta Ley se establecía la exigencia, previo a la comercialización de los lotes resultantes del fraccionamiento de una mayor superficie, con precio de venta de pago diferido en cuotas periódicas, de la inscripción en el Registro de la Propiedad de una declaración de voluntad del propietario de proceder a esta modalidad de venta, acompañado de una

---

<sup>5</sup> Ley Nacional 14159, Sancionada 29/09/1952 y Promulgada 03/10/1952.

certificación notarial de la validez extrínseca del título (estudio de títulos), y del plano de mensura y subdivisión correspondiente:

“Los contratos que tengan por objeto la venta de inmuebles fraccionados en lotes, cuyo precio haya de ser satisfecho por cuotas periódicas, quedan sometidos, como forma esencial para su validez a las condiciones y requisitos establecidos en la presente ley cuando la escritura traslativa de dominio no se otorgue de inmediato.” (Ley 14.005, art. 1º)

Estas exigencias (mensura y estudio de títulos) no eran aplicables si la venta era al contado.

“El propietario de inmueble que desee venderlo en la forma prevista en el artículo anterior hará anotar en el Registro de la Propiedad Inmueble que corresponda a la ubicación del bien, su declaración de voluntad de proceder a la venta en tal forma, acompañando a la vez un certificado de escribano de registro sobre la legitimidad extrínseca del título y un plano de subdivisión con los recaudos que establezcan las reglamentaciones respectivas. Si comenzada la venta de lotes, el vendedor no hubiera cumplido con la anotación, luego de ser constituido en mora por cualquiera de los interesados podrán estos solicitarla directamente, soportando el incumplidor los gastos que demande la gestión, pudiendo ser descontadas las sumas invertidas de los saldos pendientes de pago al vendedor. La comisión de la anotación por parte del vendedor lo hará pasible, además, de una multa igual al importe total del impuesto inmobiliario del año en curso, de todos los lotes que comprenden el fraccionamiento.” (Ley N° 14.005, art. 2º)

En caso de que el propietario de un inmueble que hubiera sido fraccionado en lotes, comenzara a vender estos lotes con precio diferido en pagos periódicos y sucesivos, sin haber inscripto el plano de mensura (y su declaración de voluntad de realizar la venta fraccionada, y el estudio de título de los lotes y de la mayor superficie de cuya división resultaron los lotes), y no cumplimentase esta exigencia después de ser intimado a hacerlo por alguno de los compradores, éstos podrían hacer realizar la mensura y el estudio de títulos directamente por profesionales habilitados (agrimensor y escribano, según cada operación), siendo los costos de estas operaciones a cargo del vendedor, con más una multa a favor del subrogante, equivalente al valor total del impuesto inmobiliario del año en curso en que se realizó el emplazamiento, que correspondiese a todos los lotes que integraban el fraccionamiento, cuya venta había comenzado irregularmente.

Adviértase que, en esta norma, el requisito de la mensura previa a la escrituración de la enajenación de un inmueble, está establecida en forma indirecta en relación a la escrituración, ya que la obligación de mensurar e inscribir esta operación en el Registro de Propiedad, es previa al comienzo de la comercialización de los lotes resultantes del fraccionamiento, y sólo indirectamente resulta de la norma que no se podrá escriturar el lote si no está inscripta la mensura. Si no se podía vender ni siquiera por boleto privado, tampoco se podía escriturar.

### **1.7. La exigencia de la Mensura del terreno donde se ha construido un edificio, previa a que este inmueble se pueda afectar al Régimen de Propiedad Horizontal**

Un mecanismo similar al establecido en la Ley 14005 de Loteos, en cuanto a exigen-

---

6 Art. 1, Ley Nacional 14005, Sancionada 30/09/1950 y Promulgada 12/10/1950.

7 Art. 2, Ley Nacional 14005, ídem nota anterior.

cia previa a la comercialización de inmuebles, se presenta en la Ley N° 13512 de 1952 de Propiedad Horizontal, donde se exige, previo al comienzo de la comercialización de departamentos, u otra clase de Unidades Funcionales afectados a este sistema, que se haya otorgado por escritura pública, e inscripto en el Registro General de Propiedades, el Reglamento de Copropiedad y Administración correspondiente, escritura que no podrá ser otorgada si no se dispone de la mensura y subdivisión del edificio que se va a afectar al Sistema de Propiedad Horizontal.

Se trata de dos Mensuras diferentes: a.) una del terreno donde se ha construido el edificio, y otra de subdivisión de las partes de Dominio Exclusivo y de Dominio Común de lo edificado. Esta última es también el proyecto de la construcción, con final de obra.

Para la afectación de un edificio al Régimen de Propiedad Horizontal, la Ley N° 13512 establecía que el Consorcio, que es el conjunto de todos los propietarios, debía otorgar un reglamento:

“Al constituirse el consorcio de propietarios, deberá acordar y redactar un reglamento de copropiedad y administración por acto de escritura pública que se inscribirá en el Registro de la Propiedad. Dicho reglamento solo podrá modificarse por resolución de los propietarios, mediante una mayoría no menor de dos tercios. Esta modificación deberá también consignarse en escritura pública e inscribirse en el Registro de la Propiedad. El reglamento debe proveer obligatoriamente, por lo menos a los siguientes puntos: a) Designación de un representante de los propietarios, que puede ser uno de ellos o un extraño, que tendrá facultades, para administrar las cosas de aprovechamiento común y proveer a la recaudación y empleo de los fondos necesarios para tal fin. Dicho representante podrá elegir el personal de servicio de la casa y despedirlo; b) Determinar las bases de remuneración del representante y la forma de su remoción; debiendo nombrarse, en su caso, el reemplazante por acto de escritura pública; c) La forma y proporción de la contribución de los propietarios a los gastos o expensas comunes; d) La forma de convocar la reunión de propietarios en caso necesario, la persona que presidirá la reunión, las mayorías necesarias para modificar el reglamento y adoptar otras resoluciones, no tratándose de los casos en que en esta ley se exige una mayoría especial.” (art. 9, incs. a., b., c., y d., Ley N° 13512<sup>8</sup>)

### **1.8. El Decreto Reglamentario N° 18749 y la interpretación de la Ley de Propiedad Horizontal N° 13512**

El artículo 9 de La Ley de Propiedad Horizontal N° 13512 debía interpretarse atendiendo a su decreto reglamentario N° 18749 de 1949 (Bs. As. 06/08/1949), ya que del artículo 9 de la ley resulta que el legitimado para otorgar el Reglamento de Propiedad Horizontal es el Conjunto de los Propietarios (Consorcio), que puede no existir como ente colectivo si quien otorga la afectación al sistema es un propietario único, por lo que, el decreto reglamentario aclara que, además del Consorcio (la totalidad de los propietarios), está también legitimado para otorgar el Reglamento de Propiedad Horizontal una sola y única persona, humana o jurídica, siempre que sea propietaria exclusiva del inmueble:

“Sin perjuicio de la obligación de redactar e inscribir un reglamento de copropiedad y administración, impuesta al consorcio de propietarios por el art. 9 de la Ley 13.512, dicho reglamento podrá también ser redactado e inscripto en los registros públicos por toda

---

8 Art. 1 Ley 13512, Sancionada 30/09/1948, Promulgada 13/10/1948, Publicada en el B.O. 18/10/1948.

persona, física o ideal, que se disponga a dividir horizontalmente en propiedad -conforme al régimen de la Ley 13.512- un edificio existente o a construir y que acredite ser titular del dominio del inmueble con respecto al cual solicite la inscripción del referido reglamento." (art. 1 Decreto Reglamentario N° 18734<sup>9</sup>)

El decreto reglamentario también establece que, si no se inscribe el Reglamento de Propiedad Horizontal, no se inscribirán en el Registro de la Propiedad las escrituras u otros actos jurídicos por los que se constituyan o transfieran derechos reales sobre los departamentos o unidades funcionales que resulten de la subdivisión del edificio, que debe ser afectado para posibilitar la comercialización de este tipo de fraccionamiento.

Es decir que, si el Reglamento no estaba otorgado e inscripto, no se podían escriturar ni inscribir Derechos Reales sobre las unidades funcionales que resultaran de la subdivisión del edificio:

"No se inscribirán en los registros públicos, títulos por los que se constituya o transfiera el dominio u otros derechos reales sobre pisos o departamentos, cuando no se encontrare inscripto con anterioridad el reglamento de copropiedad y administración o no se lo presentare en ese acto en condiciones de inscribirlo." (art. 2 Decreto Reglamentario N° 18734<sup>10</sup>)

Además, se establecía como sanción por el incumplimiento del vendedor de unidades en Propiedad Horizontal, que vendiera unidades por boleto privado (estaba prohibido escriturar estas unidades si el Reglamento no estaba otorgado por escritura pública e inscripto en el Registro de la Propiedad Inmueble), que éste no podrá requerir a los compradores el saldo de precio adeudado hasta que él no hubiera otorgado inscripto la escritura de afectación al Régimen de Propiedad Horizontal del edificio (que a su vez requiere la realización de la mensura del terreno donde se edificó, y la mensura y subdivisión de lo edificado, es decir, el proyecto de construcción con final de obra aprobado):

### 1.9. La Mensura del terreno y la Mensura y Subdivisión de lo edificado en el CCCN.

En el CCCN. actualmente en vigencia, se establece expresamente que el Reglamento de Propiedad Horizontal debe contener necesariamente para su validez:

- a.) La mensura del terreno donde se ubica el edificio afectado;
- b.) La mensura y subdivisión de lo edificado;
- c.) La determinación, en la mensura y subdivisión de lo edificado de todas las unidades funcionales (por ejemplo, departamentos) y complementarias (por ejemplo, bauleras);
- d.) La determinación, en la mensura y subdivisión de lo edificado, de las partes propias y comunes del edificio:

"Contenido. El reglamento de propiedad horizontal debe contener: a) determinación del terreno; b) determinación de las unidades funcionales y complementarias; c) enumeración de los bienes propios; d) enumeración de las cosas y partes comunes.." (art. 2056 incs. a., b., c., y d., del CCCN.<sup>11</sup>)

<sup>9</sup> Art. 1 Decreto Reglamentario N° 18734, Bs.As. 06/08/1949.

<sup>10</sup> Art. 2 Decreto Reglamentario N° 18734, ídem nota anterior.

<sup>11</sup> Art. 2056, incs. a., b., c. y d., Capítulo IV –Reglamento de propiedad horizontal – Título V – Propiedad Horizontal – Libro IV – Derechos reales – del CCCN. Ley N| 26994.

### **2.1. La Obligación legal de realizar la Mensura y obtener el Certificado Catastral, previo al otorgamiento de escrituras u otros actos jurídicos que modifiquen Derechos Reales sobre inmuebles, establecida por la Ley N° 20440 en 1973:**

Señalados estos antecedentes legislativos que establecieron la obligatoriedad de la mensura previa a la comercialización de lotes resultantes del fraccionamiento de un terreno baldío para su venta a plazos, y de los departamentos u otras unidades funcionales que resulten de la subdivisión de un edificio (por ejemplo, cocheras, o locales en galerías u otros Centros Comerciales), en 1973 se sanciona la Ley Nacional N° 20440, que extiende la obligatoriedad de la mensura a toda escrituración o acto jurídico del que resulte la Transmisión, Constitución, Declaración, o Modificación de Derechos Reales sobre inmuebles:

“Los escribanos públicos no autorizarán escrituras por las que se constituyan, transmitan, declaren o modifiquen derechos reales sobre inmuebles, sin tener a la vista la certificación catastral y relacionar su contenido en el cuerpo de la escritura. Los jueces y demás autoridades no ordenarán inscribir en el registro de la propiedad inmueble documentos que surtan los efectos jurídicos mencionados en el párrafo anterior, sin tener a la vista la certificación catastral y relacionar su contenido en los oficios o testimonios pertinentes. Exceptúanse las escrituras que tengan por objeto cancelar derechos reales de uso, usufructo, servidumbres o gravámenes y las sentencias que pronuncien nulidades.” (art. 48 Ley N° 20440<sup>12</sup>)

Se advierte claramente que la prohibición de autorizar actos de Transmisión, Constitución, Declaración o Modificación de Derechos Reales sobre inmuebles alcanza a las escrituras autorizadas por escribanos públicos y a los actos que autoricen los jueces y otras autoridades, que tengan iguales efectos jurídicos, tales como aprobación judicial de particiones.

El Certificado Catastral es el documento que acredita la inscripción o protocolización de una Mensura aprobada en Catastro.

Se exceptúa de la exigencia de mensura previa a la Cancelación de Derechos Reales de uso, usufructo, servidumbres y gravámenes (como Hipotecas), la declaración de nulidades de Derechos Reales sobre inmuebles, y Medidas Cautelares sobre inmuebles.

### **2.2. Derogación parcial de la Ley N° 20440 por la Ley 22287 de 1980 (solamente se derogan los artículos 5 a 57)**

En 1980, por ley 22287<sup>13</sup> se derogan los artículos 5 a 57 de la Ley N° 20440, con las modificaciones que habían introducido la Ley N° 21848<sup>14</sup>.

### **2.3. Sanción, en 2006, de la Ley N° 26209, que deroga en su totalidad la Ley N° 20440 y sus modificatorias, y las sustituye íntegramente por un nuevo texto**

En 2006 se sanciona la Ley N° 26209<sup>15</sup> de la que debe mencionarse su definición de parcela como la representación en un documento cartográfico, registrado en el Organismo Catastral, de una extensión territorial continua, deslindada por una poligonal que corresponda a uno o varios títulos jurídicos, o a una posesión ejercida:

12 Ley Nacional 20440 de Catastro Territorial. Sancionada y Promulgada el 22/05/1973.

13 Ley 22287, Sancionada y Promulgada (PEN) 19/19/1980.

14 Ley 21848, Sancionada el 03/08/1978, Publicada en el BO. El 09/08/1978.

15 Ley 26209, Sancionada 20/12/2006 y Promulgada de hecho el 15/01/2007.

“A los efectos de esta ley, denominase parcela a la representación de la cosa inmueble de extensión territorial continua, deslindado por una poligonal de límites correspondiente a uno o más títulos jurídicos o a una posesión ejercida, cuya existencia y elementos esenciales consten en un documento cartográfico, registrado en el organismo catastral.” (art. 4 Ley 26209<sup>16</sup>)

La Mensura es la operación de agrimensura por la que se determina topográficamente una Parcela:

“La determinación de los estados parcelarios se realizará mediante actos de levantamiento parcelario consistentes en actos de mensura ejecutados y autorizados por profesionales con incumbencia en la agrimensura, quienes asumirán la responsabilidad profesional por la documentación suscripta, de acuerdo a lo dispuesto en la presente ley y en la forma y condiciones que establezcan las legislaciones locales.” (art. 6 Ley 26209<sup>17</sup>)

También se define en la Ley N° 26209 el Certificado Catastral, que es único modo de acreditación del Estado Parcelario, limitando su validez solamente durante el plazo de vigencia de dicho Certificado:

“El estado parcelario se acreditará por medio de certificados que expedirá el organismo catastral en la forma y condiciones que establezcan las legislaciones locales. Para la expedición de certificados catastrales en oportunidad de realizarse cualquier acto de constitución, modificación y/o transmisión de derechos reales, se deberá asegurar que el estado parcelario esté determinado y/o verificado y que no haya expirado el plazo de su vigencia.” (art. 11 Ley 26209<sup>18</sup>)

Para que un escribano o un juez puedan autorizar actos por los que se Transfieran, Constituyan, Declaren o Modifiquen Derechos Reales sobre inmuebles deberán:

- a.) Tener a la vista el Certificado Catastral Correspondiente;
- b.) Relacionar el Certificado Catastral en el cuerpo de la escritura, de la sentencia, o del acto jurídico que produzca la modificación o constitución de Derechos Reales sobre inmuebles;
- c.) El Certificado Catastral tendrá validez solamente dentro del plazo legal de su vigencia:

“En los actos por los que se constituyen, transmiten, declaren o modifiquen derechos reales sobre inmuebles, se deberá tener a la vista la certificación catastral habilitante respectiva y relacionar su contenido con el cuerpo de la escritura o documento legal correspondiente.” (art. 12, primera parte, de la Ley N° 26209<sup>19</sup>)

A diferencia de lo que disponía la Ley 20440, se exceptúa de este requisito a la Constitución de Bien de Familia, que no había sido exceptuado por la Ley N° 20440, pero la Ley N° 26209 no exceptúa de la exigencia del Certificado Catastral (que implica necesaria-

---

16 Art. 4 Ley N° 26209, Capítulo II – Estado Parcelario, constitución y verificación – Determinación de otros objetos territoriales legales - ídem nota anterior.

17 Art. 6 Ley 26209, ídem nota anterior.

18 Art. 11, Capítulo III – Certificación Catastral –Ley 26209.

19 Art. 12, primera parte, Capítulo III – Certificación Catastral – Ley N° 26209.

mente la previa mensura de la Parcela) para la Constitución de Gravámenes, tales como Hipotecas.

“No se requerirá la certificación catastral para la cancelación de derechos reales, y constitución de bien de familia, usufructo, uso y habitación, e inscripción de embargos y otras medidas cautelares.” (art. 12, segunda parte, de la Ley N° 26209<sup>20</sup>)

A diferencia de la Ley N° 22287 de 1980 que suspendía los arts. 5 al 57 de la Ley 20440 de 1973, la Ley N° 26209 deroga en su totalidad ambas leyes, y construye un nuevo sistema de exigencia del Certificado Catastral y de la Mensura previa de los inmuebles previo al otorgamiento de actos que modifiquen los Derechos Reales sobre éstos (salvo los expresamente excluidos).

#### **2.4. La Ley N° 26209 no tiene operatividad inmediata, siendo necesario, de conformidad al Sistema Federal de Gobierno de la República Argentina, que cada Provincia implemente su propia legislación y reglamentación para su aplicación inmediata**

Dice Mario Rodolfo Giménez comentando la operatividad de la Ley N° 26209:

“No es operativa, como surge la misma ley, sino que las legislaturas locales procederán a hacer operativas sus normas de forma gradual y progresiva; por ello faculta a las provincias a la regulación de temas como estado parcelario, constitución, registración, verificación de su subsistencia, certificado catastral, aunque los lineamientos generales son fijados en la ley nacional. Es por ello que se siente como una amenaza la facultad de la reglamentación, ya que dimensionar derechos es función propia de los jueces; sobre todo, si se trata de derechos adquiridos.” (Giménez, Mario Rodolfo<sup>21</sup>)

“Las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, deberán a través del Consejo Federal del Catastro, contribuir a la adecuada implementación de políticas territoriales, a la administración del territorio, al gerenciamiento de la información territorial y al desarrollo sustentable, en concordancia con el rol que compete al catastro como un componente fundamental para la infraestructura de datos espaciales del país.” (art. 16 Ley 26209<sup>22</sup>)

La Ley Nacional de Catastro, es esencial para la validez del sistema normativo, sin perjuicio de la necesidad de la adhesión a sus normas por las legislaciones locales para su operatividad, porque la exigencia del Certificado Catastral y de la Mensura previa a los actos de disposición de Derechos Reales sobre inmuebles modifica sustancialmente el régimen de la propiedad de estos bienes, que es materia exclusiva de legislación reservada al Código Civil.

A su vez, las leyes provinciales que establecen la exigencia del Certificado Catastral y de la Mensura previa para la disposición de Derechos Reales sobre inmuebles, requieren para su operatividad, su reglamentación por el Poder Ejecutivo local.

#### **2.5. Los Decretos Reglamentarios de las leyes Provinciales de adhesión a la Ley N° 26209**

20 Art. 12, segunda parte, Capítulo III – Certificación Catastral – Ley N° 26209.

21 Giménez, Mario Rodolfo, “Mensura Previa” en Revista Notarial de Córdoba 2008/02 N° 90.

22 Art. 16, Capítulo VI – Disposiciones complementarias o transitorias – Ley 26209.

En la Provincia de Córdoba, está vigente la Resolución 04 de 2006, que reglamenta la Ley Provincial de Córdoba N° 10432, que impone la mensura previa para los actos de disposición de Derechos Reales solamente para los inmuebles rurales:

“En el caso de Córdoba, se encuentra vigente la resolución 4/2006 de la Dirección de Catastro que impone la certificación catastral para todos los inmuebles rurales de la Provincia, la que se expedirá luego de la inscripción del plano de mensura correspondiente en la DGC Cba.51” (Giménez, Mario Rodolfo<sup>23</sup>).

## **2.6. Análisis crítico de la imposición legal de Mensura previa y Certificado Catastral para la autorización de actos de disposición de Derechos Reales sobre inmuebles – Caso de los lotes**

La exigencia del Certificado Catastral y de la Mensura Previa para los actos de disposición de Derechos Reales sobre inmuebles estaba totalmente justificada cuando el propietario pretendía modificar el objeto de su derecho. Esto es, cuando subdividía o unía inmuebles de su propiedad, ya fueran lotes baldíos (Ley N° 14005) o edificaciones que debían afectarse al Régimen de Propiedad Horizontal (Ley N° 13512, hoy CCCN.).

En el caso de los lotes esta exigencia solamente se impuso por la Ley N° 14005 cuando el precio de los lotes resultantes de una subdivisión iba a ser pagado en plazos sucesivos. En este sentido, pienso que la exigencia debe extenderse a todo fraccionamiento de inmuebles para venta masiva de lotes, cualquiera sea la modalidad convenida para el pago del precio, es decir, ya sea de contado, o en cuotas.

No solamente se modifica físicamente el inmueble fraccionándolo o uniéndolo con otro, sino que también se hace una oferta masiva al público de los lotes resultantes del fraccionamiento, cualquiera sea la forma convenida para el pago del precio, lo que representa una Relación de Consumo, donde no hay un contrato paritario entre vendedor y comprador (en el que ambas partes tengan igual capacidad de negociación), y donde como resultado de esta posición dominante del vendedor el comprador normalmente debe aceptar un contrato de adhesión.

La Ley N° 14005 se adelantó, en 1950, en esta regulación de protección al consumidor, a una tendencia que recién tendría soporte legal con la Ley N° 24440 de 1993<sup>24</sup>.

Sin embargo, la Ley de Protección al Consumidor N° 24440, solamente protege a los adquirentes de casas y lotes baldíos destinados a vivienda familiar, además de compradores de cosas muebles o usuarios de servicios, manteniéndose la tutela de todos los compradores en ventas masivas de lotes a plazos de la Ley N° 14005, cuyo alcance debería ser extendido a cualquier modalidad convenida para el pago del precio:

“Objeto. La presente ley tiene por objeto la defensa de los consumidores o usuarios. Se consideran consumidores o usuarios, las personas físicas o jurídicas que contratan a título oneroso para su consumo final o beneficio propio o de su grupo familiar o social: a) La adquisición o locación de cosas muebles; b) La prestación de servicios; c) La adquisición de inmuebles nuevos destinados a vivienda, incluso los lotes de terreno adquiridos con

---

23 Giménez, Mario Rodolfo, op. cit.

24 Ley 24440, Sancionada 22/09/1993 y Promulgada parcialmente el 13/10/1993.

el mismo fin, cuando la oferta sea pública y dirigida a personas indeterminadas.” (art. 1 Ley N° 24440<sup>25</sup>)

### **2.7. Caso de los edificios afectados al Régimen de Propiedad Horizontal**

En el caso de la Mensura del terreno donde se ha edificado, o se va a edificar un edificio, que se va a someter el régimen de Propiedad Horizontal, el caso es semejante al anterior, en cuanto se va a proceder a una subdivisión que generará nuevos Derechos Reales de Dominio sobre las unidades funcionales que resulten de la división, por lo que el propietario que quiere generar estos nuevos derechos no puede ampararse en los Derechos Adquiridos que resultan de su propiedad originaria para oponerse a que la división se haga previo a la mensura del terreno afectado, y otra mensura y subdivisión de las partes propias o comunes (proyecto de construcción, con final de obra aprobado).

### **2.8. Caso de Expropiaciones o Usucapiones de inmuebles**

Si la mensura se hace para expropiar un inmueble, esta operación técnica no se impone al propietario expropiado, sino al expropiante, justamente para garantizar los derechos del expropiado y sin afectar ningún derecho adquirido que le corresponda, por lo que la Mensura previa no afecta ningún derecho del propietario.

Si la mensura se hace para una usucapión, esto no afecta al titular del Dominio del inmueble que se pretende usucapir, sino que garantiza sus derechos y los de sus colindantes frente a la acción del usucapiente. En este caso, tampoco se afectan derechos adquiridos del propietario.

Incluso, cuando la usucapión es interpuesta como defensa contra una reivindicación, no se exige la mensura del inmueble, que por otra parte está en posesión del demandado, situación de hecho que es reconocida por el demandante, ya que solamente puede demandar por reivindicación el titular del Dominio o de otro Derecho Real sobre un inmueble contra quien lo está poseyendo ilegítimamente.

### **2.9. Caso de la exigencia de inscripción registral de los Derechos Reales sobre inmuebles**

Cuando al titular de Dominio, o de otro Derecho Real sobre un inmueble, es obligado a inscribir su derecho en el Registro de Propiedades para su oponibilidad a Terceros esto se hace para perfeccionar su derecho que adquiere, por la inscripción, esta forma de oponibilidad.

Después de la reforma del artículo 2505 del Código Civil por la Ley N° 17711, y de conformidad a lo dispuesto en los artículos 2 y 23 de la Ley N° 17801, se impuso a los titulares de Derechos Reales sobre inmuebles la inscripción en el Registro de la Propiedad:

“De acuerdo con lo dispuesto por los artículos 2505, 3135 y concordantes del Código Civil, para su publicidad, oponibilidad a terceros y demás previsiones de esta ley, en los mencionados registros se inscribirán o anotarán, según corresponda, los siguientes documentos: a) Los que constituyan, transmitan, declaren, modifiquen o extingan derechos reales sobre inmuebles; b) Los que dispongan embargos, inhibiciones y demás providencias cautelares; c) Los establecidos por otras leyes nacionales o provinciales. (art. 2, incs.

---

25 Art. 1, Título I – Normas de protección y defensa de los consumidores - Capítulo I – Disposiciones generales – Ley N° 24440.

a., b., y c., Ley N° 17801<sup>26)</sup>

Pero si un Derecho Real no está inscripto en el Registro de la Propiedad, el propietario no va a poder escriturar ningún acto de disposición de estos derechos sobre dicho inmueble:

“Ningún escribano o funcionario público podrá autorizar documentos de transmisión, constitución, modificación o cesión de derechos reales sobre inmuebles, sin tener a la vista el título inscripto en el Registro, así como certificación expedida a tal efecto por dicha oficina en la que se consigne el estado jurídico de los bienes y de las personas según las constancias registradas. Los documentos que se otorguen deberán consignar el número, fecha y constancias que resulten de la certificación.” (art. 23 Ley N° 17801<sup>27)</sup>

En este caso, no hay afectación de Derechos Adquiridos porque el beneficio que recibe el propietario con la inscripción que da oponibilidad frente a terceros a su título, justifica la restricción. La exigencia de inscripción es útil para el propietario.

### **3.1. Crítica de la expansión de la exigencia legal de Mensura previa para disponer de Derechos Reales sobre inmuebles, a otros supuestos**

Fuera de estos casos, no se justifica imponer la mensura de un inmueble, ni el Certificado Catastral que es la consecuencia de la inscripción de la Mensura en Catastro a inmuebles rurales ni urbanos que están inscriptos en el Registro General de Propiedades y que no han sido sometidos por sus propietarios a subdivisiones ni del suelo ni de lo edificado.

El Dominio es Perpetuo, y no se pierde por el paso del tiempo ni por exigencias administrativas, salvo razones de expropiación por ley fundada en causa de utilidad pública, o por usucapión:

“Perpetuidad. El dominio es perpetuo. No tiene límite en el tiempo y subsiste con independencia de su ejercicio. No se extingue, aunque el dueño no ejerza sus facultades, o las ejerza otro, excepto que éste adquiera el dominio por prescripción adquisitiva.” (art. 1942 del CCCN.<sup>28)</sup>

Por otra parte, si se restringe la facultad de disposición jurídica de Derecho Reales sobre un inmueble, como cuando se sujeta la escrituración de su venta, o de su hipoteca, a la realización de una mensura previa, y a la aprobación e inscripción de ésta en Catastro, se está confiscando este derecho de propiedad:

“Dominio perfecto. El dominio perfecto es el derecho real que otorga todas las facultades de usar, gozar y disponer material y jurídicamente de una cosa, dentro de los límites previstos por la ley. El dominio se presume perfecto hasta que se pruebe lo contrario.” (art. 1941 del CCCN.<sup>29)</sup>

La mensura previa para la disposición de Derechos Reales sobre inmuebles, no aporta

---

26 Art. 2, incs. a, b., y c., Capítulo I – Registro de la Propiedad Inmueble – Objeto – Documentos registrables – Ley N° 17801 Sancionada y Promulgada 28/06/1968 (PEN).

27 Art. 23 Ley 17801, ídem nota anterior.

28 At. 1942, Título III – Dominio – Capítulo I – Disposiciones generales – Del CCCN. Ley N° 26994.

29 Art. 1941 del CCCN., ídem nota anterior.

ningún beneficio, ni al adquirente, ni al enajenante.

En efecto, al no ser contradictoria la operación de Mensura, no es oponible a terceros. Cualquier problema de cabida o de ubicación del inmueble enajenado deberá ser resuelta en un juicio contencioso, donde ningún valor tendrá la Mensura unilateral contra la parte opositora, y deberá resolverse con una nueva Mensura Judicial, con un perito designado por el juez conforme al procedimiento correspondiente, con la posibilidad de que las partes designen otros peritos contraloretadores, y donde las operaciones de Mensura podrán ser impugnadas, luego valoradas en el alegato, y una vez que se haya dictado sentencia, podrán ser cuestionadas nuevamente en la apelación y en los recursos extraordinarios que pudieran corresponder.

### 3.2. Crítica de la Ley N° 10432 de la Provincia de Córdoba

La Ley N° 10432 de Córdoba, que establece en el territorio de esta Provincia la exigencia de Mensura Previa y Certificación Catastral del Estado Parcelario de un inmueble, previo a la escrituración u otros actos de disposición de Derechos Reales sobre el mismo, agrega además que, en caso de diferencia entre el título del inmueble mensurado, y la Mensura física realizada, si la diferencia supera las tolerancias permitidas por esta ley, se deberá citar a los colindantes para que puedan observar las operaciones, y en su caso, que Catastro resolverá las impugnaciones de los colindantes.

Es decir, se transforma en contenciosa la cuestión en Sede Administrativa, sustrayéndola de la jurisdicción judicial, e imponiendo al propietario y a los colindantes un pleito que ellos no han demandado:

“Citación de colindantes. En los supuestos enumerados en el artículo 4° de esta Ley, cuando la Dirección General de Catastro estimare que el profesional que realizó la mensura no ha dado razones suficientes de la diferencia o no ha aportado elementos que permitan evaluar que no se afectan derechos de terceros, puede requerir en forma previa a la visación la citación de los colindantes, reservándose la Dirección General de Catastro la facultad de resolver sobre la procedencia de la visación, conforme a las facultades conferidas por la legislación vigente y las normas técnicas aplicables al caso.” (art. 5 de la Ley N° 10432 de la Provincia de Córdoba<sup>30</sup>)

Esta norma es manifiestamente inconstitucional, porque los organismos administrativos dependientes del Poder Ejecutivo no pueden realizar funciones judiciales: ni citar a las partes (la “vocatio” es una facultad que surge de la jurisdicción de los jueces), ni conocer en el tema del conflicto (la “notio” es una facultad que surge de la jurisdicción de los jueces), ni decidir, ni hacer ejecutar su resolución. La jurisdicción es una potestad exclusiva del Poder Judicial del Estado, con calidad de Cosa Juzgada, es decir, que no pueda ser modificada por una nueva sentencia judicial:

“Una de las funciones que el Estado ejerce por medio de sus tres poderes es la función jurisdiccional, la cual está asignada exclusivamente al Poder Judicial. La jurisdicción se define como una potestad, como un dominio o como el ejercicio de poder. Afirma Cabanellas (1983) que “la palabra jurisdicción se forma de jus y de diere, aplicar o declarar el derecho, por lo que se dice jurisdicatio o jure dicendo”(173-174). Esa potestad la tiene

---

30 Art. 5, Capítulo II – Diferencia entre título y mensura - Ley 10432 de Córdoba, Sanción 15/03/2017, Publicación BO.- 19/04/2017.

el Poder Judicial por medio del (de la) juez(a) y lo entendemos como la capacidad de resolver los conflictos con autoridad de cosa juzgada. Es una potestad que se concreta no solo juzgando, sino también haciendo ejecutar el fallo y esto es posible cuando los(as) jueces(zas) están sometidos(as) únicamente a las leyes y a la Constitución.” (White Ward, Omar - Teoría General del Proceso<sup>31</sup>)

Si bien el autor citado es de Costa Rica, este concepto de la exclusividad de la función judicial está aceptado en todas las Naciones con Constituciones Republicanas, y en nuestra Constitución Nacional está establecido así:

“Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa.” (art. 18, primera parte, de la Constitución Nacional<sup>32</sup>)

“En ningún caso el presidente de la Nación puede ejercer funciones judiciales, arrogarse el conocimiento de causas pendientes o restablecer las fenecidas.” (art. 109 de la Constitución Nacional<sup>33</sup>)

### 3.3. Las normas del CCCN. que hacen innecesaria la Mensura Previa a la venta de Inmuebles

Por otra parte, en CCCN. (que sigue el modelo del CC. derogado), se establecen una serie de soluciones equitativas para los casos de falta de cabida de un inmueble que ha sido objeto de una compraventa:

Si se vende un inmueble de una superficie determinada en el Contrato de Compraventa, por un precio único, no determinado por unidad de medida (por ejemplo, no se conviene el precio a tantos pesos por metro cuadrado, o a tantos pesos por hectárea), se realiza la escritura del mismo y se entrega la posesión, y cuando el comprador realiza la mensura del mismo resulta que la superficie del inmueble es inferior a la que resulta del título, si esta diferencia supera el cinco por ciento (5% el CC. derogado expresaba lo mismo pero refiriéndose a “un vigésimo” (= 5%), el comprador puede demandar al vendedor el reembolso de la diferencia de precio.

Pero si la diferencia de superficie es mayor que la convenida en la compraventa, el comprador tiene que pagar un precio mayor, proporcional a la mayor superficie que tenga el inmueble vendido, o tiene la opción de Resolver el Contrato:

“Precio no convenido por unidad de medida de superficie. Si el objeto principal de la venta es una fracción de tierra, aunque esté edificada, no habiendo sido convenido el precio por unidad de medida de superficie y la superficie de terreno tiene una diferencia mayor del cinco por ciento con la acordada, el vendedor o el comprador, según los casos, tiene derecho de pedir el ajuste de la diferencia. El comprador que por aplicación de esta regla

31 White Ward, Omar A., Teoría General del proceso: temas introductorios para auxiliares judiciales 2ª. Ed. actualizada- Heredia, Costa Rica: Corte Suprema de Justicia. Escuela Judicial, 2008. ISBN 9968-757-33-0.

32 Art. 18 de la Constitución de la Nación Argentina, Texto modificado por Ley N° 24430, Sancionada el 15/12/1994, y Promulgada el 03/01/1995.

33 Art. 109 de la Constitución de la Nación Argentina, ídem nota anterior.

debe pagar un mayor precio puede resolver la compra.” (art. 1135 del CCCN.<sup>34</sup>)

Si la venta se ha hecho por un precio por unidad de superficie, determinando en el Contrato la superficie total del inmueble, y de la medida final resulta que hay un excedente de la superficie convenida mayor al cinco por ciento (5%) de la misma, el comprador, o paga la diferencia de precio proporcional a la mayor superficie real del inmueble, o tiene derecho a Resolver el Contrato:

“Precio convenido por unidad de medida de superficie. Si el precio es convenido por unidad de medida de superficie, el precio total es el que resulta en función de la superficie real del inmueble. Si lo vendido es una extensión determinada, y la superficie total excede en más de un cinco por ciento a la expresada en el contrato, el comprador tiene derecho a resolver.” (art. 1136 del CCCN.<sup>35</sup>)

Como se ve, el CCCN. (cuya fuente en estas normas es el CC. derogado) adhiere a la seguridad dinámica: no trabar la compraventa con cuestiones que pueden resultar litigiosas en el futuro, y establecer una tolerancia que impida el reclamo:

Las partes no están obligadas a realizar la Mensura previa del inmueble previo a contratar, lo que permite la celeridad del tráfico jurídico.

Se escritura, se cobra el precio y se entrega la posesión. Si hay una diferencia de superficie en más o en menos, esto podrá dar lugar a reclamos posteriores, fundamentados en las normas antes señaladas, y si no se logra un acuerdo, se podrá llegar a un pleito donde, para resolver el problema de diferencia de cabida, si es que ésta supera la tolerancia legal, se deberá producir una prueba pericial de agrimensura dentro del proceso judicial, realizándose la Mensura con intervención de las partes, por el perito oficial que designe el juez, y con intervención de los peritos de control que propongan las partes.

No tiene justificación trabar la escrituración de los inmuebles sobre los que se transmiten o constituyen Derechos Reales, imponiendo a las partes un litigio eventual que sería improcedente si no hubiera diferencias de superficie, o si, habiéndolas, las mismas no superaran el cinco por ciento (5%) de la superficie del inmueble del que se trate.

Este pleito innecesario no solamente producirá una dilación en la titulación definitiva de Derechos Reales sobre inmuebles, creando una gravísima inseguridad jurídica, que atenta contra la seguridad estática de los Derechos Reales, y un incremento de los costos de comercialización de inmuebles, cuando, aun existiendo diferencias de superficie que excedan la tolerancia legal, las partes podrían no involucrarse en un litigio costoso, y de resultados inciertos, si decidieran no judicializar la cuestión.

Pero mientras tanto, se persiga o no una compensación por la falta, o por el excedente de superficie, el derecho del comprador estaría garantizado por la escrituración e inscripción registral a su nombre del Derecho Real.

La Ley N° 26209, y las leyes provinciales que, como la N° 10432 de Córdoba, imponen la

---

34 Art. 1113, Sección III – Precio – Capítulo I – Compraventa – Título IV – Contratos en particular – del Libro III – Derechos Personales – del CCCN. Ley N° 26994.

35 Art. 1136 del CCCN., ídem nota anterior.

Mensura y el Certificado Catastral como condición administrativa para poder escriturar, u otorgar actos que modifiquen Derechos Reales sobre inmuebles, derogan innecesariamente, y de hecho, los arts. 1113 y 1136 del CCCN. inaplicando la tolerancia que estos artículos establecen para las diferencias de superficie en los inmuebles que son objeto de una compraventa, y privando al comprador de su libre elección de no interponer un litigio aun cuando la diferencia de superficie supere dicha tolerancia.

Las razones por las que el comprador de un inmueble puede renunciar al reclamo judicial pueden ser varios: o porque conocía antes de contratar la diferencia de superficie entre el título y la fracción en posesión del vendedor, o porque el excedente o el faltante de superficie apenas superan mínimamente la tolerancia legal, o porque las bondades del inmueble son más satisfactorias para el comprador que la diferencia de superficie, etcétera.

#### **3.4. Crítica de otras Restricciones Administrativas o Fiscales que pueden trabar o demorar la libre circulación de los Derechos Reales sobre Inmuebles**

Del mismo modo, otras leyes locales pueden exigir Estudios de Títulos, o la obtención del libre deuda fiscal como condición para el otorgamiento de actos que modifiquen los Derechos Reales sobre inmuebles, lo cual dejaría sin propósito las normas del CCCN. sobre evicción y saneamiento, restringiría la libertad de contratación, y crearía obstáculos innecesarios a la libre circulación de los Derechos Reales sobre inmuebles, desconociendo el sabio principio que fuera establecido, en 1968, en el art. 41 de la Ley 17801:

“No podrá restringirse o limitarse la inmediata inscripción de los títulos en el Registro mediante normas de carácter administrativo o tributario.” (art. 41 Ley 17801<sup>36</sup>)

En cuanto al aspecto Tributario, debo señalar que los organismos recaudadores del Estado tienen suficientes medios judiciales para perseguir a los contribuyentes incumplidores, y que una mayor circulación de Derechos Reales sobre inmuebles generaría mayores ingresos en la población, que ampliarían la base para la determinación y recaudación de los impuestos vigentes.

#### **3.5. Conclusiones Finales**

Como conclusiones finales creo que serían beneficioso para la libre circulación de los Derechos Reales sobre inmuebles, la derogación de la Ley Nacional N° 26209, y de todas las Leyes y Decretos Reglamentarios locales que imponen la Mensura previa de los inmuebles y la presentación e incorporación de los Certificados Catastrales como exigencia para escriturar u otorgar otros actos de disposición de Derechos Reales sobre inmuebles, debiendo ser voluntarios estos actos de Mensura, sin perjuicio de la Protocolización por Catastro de estas Mensuras voluntarias, y su consulta por los interesados, manteniéndose la garantía de Libre Contratación para los Derechos Reales sobre inmuebles, y el Principio de Seguridad Dinámica en la inmediata escrituración e inscripción de los títulos de Derechos Reales sobre inmuebles, sin restricciones Administrativas o Tributarias.

Sin perjuicio, por supuesto, de mantenerse la obligatoriedad de la Mensura Previa y del Certificado Catastral para los Fraccionamientos Masivos de Inmuebles (Loteos) que debe extenderse a todas la modalidades de contratación del pago del precio, y para las afec-

---

36 Art. 41, Capítulo X – De la organización de los registros – Ley N° 17801 VER NOTA 3.

taciones de inmuebles edificados al régimen de Propiedad Horizontal, Conjuntos Inmobiliarios y sus modalidades.

---

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

---

- Ahumada, Daniel Eduardo; "Ley Registral Inmobiliaria – Ley 5771 y Disposiciones Técnico Registrales", Editorial Alveroni, Córdoba 2002.
- Alves Miranda, Marcone – La importancia de la actividad notarial y de registro en el proceso de desjudicialización de las relaciones sociales" - en Revista *Ámbito Jurídico* – Brasil N° 166 – año XX – noviembre 2017 – ISBN 1518 -0360
- Berrotarán, José Ignacio, "Problemas de Interpretación y las Acciones Posesorias" edic. Elías, Córdoba 1.991.
- Berrotarán, José Ignacio, "Sistema de Preferencias en la constitución o transmisión de los Derechos Reales sobre inmuebles por actos entre vivos en el nuevo CCCN Ley 26994", publicado en "Revista de Estudios de Derecho Notarial y Registral de la Universidad Blas Pascal" ISBN 2362 -3845, editorial UBP Córdoba 2016, Volumen 3 pág. 72 a 96.
- Berrotarán, José Ignacio, "Publicidad de las medidas cautelares judiciales inherentes a la propiedad, posesión o tenencia de las cosas", publicado en "Revista de Estudios de Derecho Notarial y Registral de la Universidad Blas Pascal" ISBN 2362 -3845, editorial UBP Córdoba 2017, Volumen 4.
- Bucai, Silvia y Lasagna, Lidia "El plano de mensura y su relación con la técnica escrituraria" en Revista Notarial de Córdoba, año 2001 N° 80.
- Garay, María Adriana, "Conjuntos Inmobiliarios en el marco de la situación actual", en "Revista de Estudios de Derecho Notarial y Registral – Journal of Studies of Notary and Registration Law", Editorial Universidad Blas Pascal, ISBN 2362 – 3845, Córdoba año 2017, N° 4, pág. 33 y ss.
- Highton, Elena; "Derechos Reales – Vol. 1: Posesión", Editorial Ariel, Bs. As. 1979. Jiménez, Mario Rodolfo "El Plano de Mensura y la Publicidad Inmobiliaria" en Revista Notarial de Córdoba, año 2008/2 N° 90.
- Kiper, Claudio; "Tratado de Derechos Reales – Código Civil y Comercial de la Nación – Ley 26994", Editorial Rubinzal – Culzoni, Santa Fe 2016.
- Laquis, Manuel Antonio; "Derechos Reales", Editorial Depalma, Bs. As. 1975.
- Lafaille, Héctor; "Derecho Civil - Tratado de los Derechos Reales", Editorial Ediar, Bs. As. 1943.
- López de Zavalía, Fernando J.; "Derechos Reales", Editorial Zavalía, Bs. As. 1989, ISBN 950-572-186.
- Mariani de Vidal, Marina y Abella, Adriana, "Derechos Reales en el Código Civil y Comercial", Tomo 1, editorial Zavalía, Bs.As. 2016, ISBN: 978-950-572-912-8.
- Moisset de Espanés, Luis; "Clases de Derechos Reales", Editorial Advocatus, Córdoba, 1998.
- Moisset de Espanés, Luis; "Publicidad Registral", Editorial Advocatus, Córdoba, 1991.
- Musto, Néstor Jorge; "Derechos Reales". Editorial Rubinzal – Culzoni, Imprenta de la Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, 1981.
- Papaño, Ricardo José; Kiper, Marcelo Claudio; Dillon, Gregorio Alberto y Causse, Jorge Raúl; "Derechos Reales", Editorial Depalma, Bs. As. 1989.

- Salvat, Raymundo M.; "Tratado de Derecho Civil Argentino (Derechos Reales)" Tomo I; Editorial F. Pereyra e hijos – Editores", Bs. As. 1927.
- Salvat, Raymundo M.; "Tratado de Derecho Civil Argentino (Derechos Reales)" Tomo 2 – Segunda Parte Propiedad; Editorial Jesús Menéndez, Bs. As. 1930.
- Ventura, Gabriel B.; "Ley 17801 – Registro de la Propiedad Inmueble – Comentada – Anotada", Editorial Hammurabi, Bs. As. 2009.
- White Ward, Omar A., Teoría General del proceso: temas introductorios para auxiliares judiciales 2ª. Ed. actualizada– Heredia, Costa Rica: Corte Suprema de Justicia. Escuela Judicial, 2008. ISBN 9968-757-33-0.
- Ventura, Gabriel "Acciones Reales según el Código Civil y Comercial", Editorial Zavalia, Bs. As. 2017, ISBN 978-950-572-931-9.



# LA PRUEBA ELECTRÓNICA Y LAS ACTAS DE CONSTATAción NOTARIAL DE CONTENIDO DIGITAL

---

Por **Cecilia Soledad CARRERA**<sup>1</sup>

---

**RESUMEN:** Uno de los espacios en que se encuentran el Derecho Procesal y el Derecho Notarial es el relativo a la prueba. En este artículo se analizarán las actas notariales de constatación de contenido digital como medio probatorio en el proceso civil. Para ello, en primer término, se hará un repaso de los conceptos generales: prueba, función notarial y acta notarial. Después, se realizará un estudio de la prueba electrónica y de su ingreso al juicio mediante actas notariales. Finalmente, se propondrá un modelo de acta notarial de constatación de contenido digital.

**SUMMARY:** Evidence is one of several spaces in which Procedural Law and Notarial Law meet. In this paper, notarial deeds of digital content verification will be analyzed as evidence in civil proceedings. To do this, first there will be a general concepts review: evidence, notarial function and notarial deeds. Then, will be considered the electronic evidence and its entry into the trial. Finally, a model for a notarial deed related digital content will be proposed.

**PALABRAS CLAVE:** prueba – prueba electrónica – función notarial – actas notariales.

**KEY WORDS:** KEY WORDS: evidence – electronic evidence – notarial function – notarial deeds.

## I. Introducción

La disrupción tecnológica ha revolucionado todos los aspectos de la vida humana y el Derecho no escapa a esta realidad. El impacto se proyecta en las aspectos individuales y sociales de la persona, y por ello el ordenamiento jurídico tiene que adaptarse. Muchos conceptos están siendo repensados a los efectos de que los derechos sean garantizados. Sin duda, la Humanidad está inmersa en un profundo proceso de cambio social.

La masificación del uso de la Internet, el surgimiento y proliferación de intermediarios de servicios web – v.gr. plataformas de mensajería multimedia e instantánea, *e-com-*

---

<sup>1</sup> Abogada y Notaria, por la Universidad Blas Pascal, Argentina. Maestranda en Derecho por la Universidad del Atlántico, España. Especialista en Derecho Judicial y de la Judicatura por la Universidad Católica de Córdoba, Argentina. Prof. Tutora en Educación a Distancia, Derecho Registral I, Universidad Blas Pascal, Argentina. Prof. Tutora en Educación a Distancia, Práctica Notarial, Universidad Blas Pascal, Argentina. Prof. Ayudante en Derecho Político, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Córdoba, Argentina. Correo electrónico: ceciliasc2002@yahoo.com.ar.

*merce*, plataformas bancarias, dispositivos vinculados al cuerpo y a las cosas (*wearables*, *surroundables*, *augmentables*, *viohaclables*), sistemas de almacenamientos de datos en la nube (*cloud computing*)–, las redes sociales y la Inteligencia Artificial dan lugar a interacciones cotidianas que pueden generar conflictos en torno a los derechos y obligaciones que configuran las relaciones jurídicas. Frente a ellos, se plantea la necesidad de modificar la forma de pensar y actuar de los operadores jurídicos. Por ello, los nuevos fenómenos que se presentan deben ser analizados desde nuevas ópticas y por todas las disciplinas del derecho, porque las soluciones clásicas no logran captar la totalidad de nuevos escenarios.

En el marco sincréticamente planteado existe un punto en el que se encuentran el Derecho Procesal y el Derecho Notarial. Él es *la prueba*. Si bien el tema de la *prueba informática* no es nuevo, sí es vigente, desde que sin ella no se puede generar en un juez o jueza la razonable convicción de que una pretensión es la correcta y debe ser admitida en un juicio. La configuración de presupuesto de hecho de una norma tiene que ser probada para que a través de una derivación razonada se dicte una sentencia que aplique o no la consecuencia jurídica prevista por aquella. La facultad de ofrecer y producir pruebas es una de las aristas del derecho de acceso a la justicia, en su manifestación del derecho de defensa en juicio.

Por lo tanto, referirse a la prueba electrónica<sup>2</sup> no es superfluo. Por tal razón, en este artículo, después de recordar algunas nociones generales sobre la prueba y las funciones notariales, se abordará cómo se introduce la prueba informática en el proceso civil mediante el empleo de actas de constatación de contenido digital labradas por un escribano o una escribana. Ello porque, como se ha dicho, *la prueba digital se ha tornado en nuestros días una materia de vital importancia para el derecho procesal civil, no tanto por las particularidades del soporte documental de la prueba en sí (por tratarse de documentos digitales que reflejen la actividad humana, materializados en un enorme conjunto de bits alojados en un soporte digital), sino por tratarse de conductas sociales que se producen solamente en ese ámbito digital*" (Bielli et. al, 2021 (a), p. 25-26).

Finalmente, se propondrá un modelo de acta notarial de constatación de contenido digital.

## II. Prueba y Prueba electrónica

### (i) La prueba en el proceso civil

El proceso civil supone actos sistematizados, que conforman distintos procedimientos y que se conglutinan en etapas. De ordinario, estas fases son: (a) la introductoria –traba de la *litis contestatio*–, (b) la probatoria (subdividida en las de ofrecimiento y diligenciamiento probatorio), (c) la discusoria –alegatos– y (d) la decisoria –resolución–. Puede añadirse como una quinta etapa la recursiva.

Entre las distintas fases del procedimiento, la *actividad probatoria* es significativa para las partes y para el juez o la jueza. Ello porque hace posible la comprobación de los hechos esgrimidos por las primeras y permite formar la convicción del juzgador o la juzgadora. Entonces, la prueba es un presupuesto sentencial material (Ferreya de De La Rúa y Gon-

2 Sobre las distintas denominaciones se puede consultar: (1) Cosola, S. J. y Schmidt, W. C. (2021). *El derecho y la tecnología*. Tomo I. La Ley. (2) Bielli, G. E., Ordoñez, C. J y Qadri, G. H. (Dir.) (2021). *Tratado de la Prueba Electrónica*, Argentina: La Ley. (3) Maina, N. (2021). *Prueba Electrónica Digital*. Advocatus.

zález de la Vega de Opl, 2005 (a), pp. 78-79) del que depende el éxito o la frustración de las pretensiones de las partes.

Devis Echandía dice que “probar es aportar al proceso, por los medios y procedimientos aceptados en la ley, los motivos o las razones que produzcan el convencimiento o la certeza del juez sobre los hechos” (1970, p. 34). Luego, la actividad probatoria es *reconstructiva*, al decir de Dellepiane (1919, s/p), ya que permite determinar qué aconteció, qué pudo producir un efecto específico, quién intervino en el hecho, todo retrospectivamente. De allí que la prueba sea “un método de averiguación y comprobación de la verdad de los hechos afirmados” (Ferreyra de De La Rúa y González de la Vega de Opl, 2005 (b), p. 163).

En la sentencia el juzgador o la juzgadora debe realizar la operación lógica denominada silogismo judicial. En términos simples, los presupuestos de hecho que deben subsumirse a la norma jurídica para arribar a la conclusión tienen que ser demostrados. Sólo a través de la acreditación de los hechos, es posible su conocimiento, ya que el juez o la jueza no puede hacer una calificación del sustrato fáctico en base al principio *iura novit curia*, que alcanza sólo al Derecho.

Dicho de otro modo, sin la prueba, no se lograría la comprobación de los hechos esgrimidos por las partes, siendo imposible subsumir el caso al sistema u ordenamiento jurídico vigente y, por ende, dictarse resoluciones justas que pongan fin al proceso. Se deduce, entonces, que “[el] indispensable contacto con la realidad de la vida sólo se obtiene mediante la prueba, único camino para que el juez conozca los hechos que le permitan adoptar la decisión legal y justa para cada caso concreto” (Devis Echandía, 1970, p. 14).

De lo hasta aquí expuesto se sigue que todo derecho necesita de la prueba, esté consagrada legalmente o no, ya que el ejercicio de la jurisdicción sería difícil, sino imposible, sin ella. La alocución latina *idem est non esse et non probari*<sup>3</sup> lo sintetiza. Sin evidencia es improbable la formación de certeza en el juzgador o la juzgadora sobre la verdad de un hecho, deviniendo estéril toda afirmación que de él se haga. *Mutatis mutandis*, esa es su función judicial procesal.

Ahora bien, ¿para qué se prueba? Existen diferentes tesis sobre el fin de la prueba judicial.

Para una primera posición, la prueba es un medio para descubrir la verdad (Devis Echandía (b), 2007, p.119). Sus opositores sostienen que ello es imposible ya que la verdad es un concepto ontológico, objetivo, que se corresponde al ser mismo de la cosa o del hecho, que exige identidad ente la idea y el conocimiento, conformidad que puede estar ausente. Concluyen que el resultado de la prueba puede no corresponder a la verdad, aun cuando lleve al juez o a la jueza el convencimiento suficiente para resolver (Devis Echandía, 1970, p. 239), desde que el conocimiento logrado es subjetivo y puede no coincidir con la verdad objetiva.

Otros autores dicen que el objeto de la prueba es producir el convencimiento o llevar certeza subjetiva al juez, es decir la actividad probatoria está orientada a la persuasión del magistrado respecto de la plataforma fáctica esgrimida por las partes<sup>4</sup>. Para sus sos-

---

3 “Tanto vale no tener un derecho, cuanto no poder probarlo”.

4 Sostienen esta postura Chioyenda, Couture, Devis Echandía, entre otros.

tenedores, la verdad es objetiva y la certeza del juez está fundada en los hechos acreditados, aunque la realidad quede relegada. Señala Masciotra (2013) que el pronunciamiento judicial se convierte en una justificación de la verdad encontrada, aunque ésta no sea cierta; pero como ha logrado inclinar la balanza de la justicia hacia un lado, es suficiente para garantizar la finalidad del proceso y afianzar la justicia.

Una tercera tesitura opina que el propósito de la prueba es fijar los hechos en el proceso, y efectúa una distinción entre la verdad formal y la verdad material. En el marco de un juicio, sólo la primera es alcanzable, desde que la determinación de los hechos afirmados por las partes es posible a través de las reglas que rigen la prueba.

Por otra parte, se encuentran quienes sostienen que el conocimiento de una verdad relativa es el objeto de la actividad probatoria desplegada en el proceso judicial. Taruffo, su principal exponente, explica en el proceso sólo cabe hablar tan sólo de verdades relativas pues, desde hace tiempo, las verdades absolutas son patrimonio exclusivo de alguna metafísica o religión integrista. Pero la verdad procesal es relativa también en otro sentido muy importante: en el de que la misma se funda exclusivamente en las pruebas obtenidas en el proceso. En consecuencia, es "relativa" porque está en relación con el grado de confirmación que las pruebas pueden atribuir a los enunciados sobre los hechos del pleito. Por lo tanto, pueden darse distintos niveles de verdad en la comprobación de los hechos, según el fundamento que las pruebas atribuyan a la afirmación de que esos hechos son verdaderos o falsos (Taruffo *et. al.*, 2009, pp. 28-30).

Por último, se dice que el fin de la prueba es conocer la verdad jurídica objetiva. Esta teoría es una creación pretoriana de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, expuesta en el caso "Colalillo Domingo c/España y Río de la Plata" (CSJN, Fallo 238:550). Su fundamento se encuentra en los principios constitucionales del debido proceso y del derecho de defensa en juicio, y se erige como una reacción ante el excesivo rigorismo formal.

En el fallo, el Tribunal Cintero expuso que "es condición de validez de un fallo judicial que él sea conclusión razonada del derecho vigente con particular referencia a las circunstancias comprobadas en la causa" (CSJN, Fallo 238:550) pero ello no excusa la indiferencia de éstos respecto de su objetiva verdad". A continuación, afirmó que el proceso "no puede ser conducido en términos estrictamente formales. No se trata ciertamente del cumplimiento de ritos caprichosos, sino del desarrollo de procedimientos destinados al establecimiento de la verdad jurídica objetiva, que es su norte (CSJN, Fallo 238:550).

La posición adoptada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación es una reacción ante el exceso ritual manifiesto, que puede provocar el dictado de resoluciones judiciales arbitrarias y, por consecuencia, no solucionar un litigio. Al respecto se ha explicado que es un estándar que prescribe un modelo de conducta que indica que el proceso no puede ser conducido mediante un ritualismo que oculte la verdad jurídica objetiva, ya que aquel está destinado a la obtención de esa verdad, a la cual debe dársele primacía y a la cual no debe renunciar conscientemente, renuncia que estaría configurada por todo apartamiento, voluntario y con pleno conocimiento –por parte de quien lo hace– de la consideración de datos procesales que, al tiempo de aparecer patentes, resulten esenciales por su relevancia y evidencia para la resolución de casos judiciales (Bielli *et. al.* (a), 2021, p. 62).

Más allá de las discusiones que se presentan en torno a la finalidad de la prueba, lo cierto es que para que el juez o la jueza pueda ejercer su función jurisdiccional precisa conocer el sustrato fáctico de la acción y de la defensa, esto es los hechos, sus características, las circunstancias. Sólo así podrá aplicar la norma y adoptar una decisión para el caso concreto.

Por ello, en el marco del análisis propuesto, deviene necesario distinguir entre objeto de prueba, fuente de prueba y medio de prueba. El primero está conformado por los hechos a probar, que son aquellos controvertidos, esto es los hechos esgrimidos por las partes en sus pretensiones y desconocidos por la contraria.

La *f fuente de prueba*, en tanto, refiere a los datos de la realidad que aportan el conocimiento de aquellos hechos – *objeto de prueba*. Es el hecho exterior a probar y que sirve al juez o a la jueza para realizar la operación lógica de deducción. En otras palabras, la fuente de prueba puede consistir en hechos representativos o simplemente expresivos de sí mismos, entendiendo por tales las cosas o los objetos, los acontecimientos físicos o naturales, las conductas y relaciones humanas y aún las personas, de donde el juez pueda deducir la prueba de otros hechos o de ellos mismos: son los hechos que constituyen la fuente del conocimiento que el juez obtiene para los fines del proceso (Bielli *et. al.* (a), 2021, p. 138).

Por último, el *medio de prueba* es la vía o medio técnico por el que se incorporan los datos relativos a los hechos controvertidos al proceso judicial, es decir la fuente de prueba. Por ello, se ha explicado que se trata de los modos aceptados en cada ley procesal como vehículos de prueba, gracias a los cuales el juez llega a conocer el hecho fuente, del cual deduce el hecho que se va a probar, así sea en forma directa e inmediata, si el hecho fuente es el mismo hecho que quiere probarse (Bielli *et. al.* (a), 2021, p. 138).

Habiendo repasado hasta aquí nociones generales, se está en condiciones de avanzar al siguiente apartado. Será dedicado al análisis de la prueba electrónica.

## **(ii) Prueba electrónica**

La prueba electrónica ha sido conceptualizada como aquella prueba cimentada en la información o datos, con valor probatorio, que se encuentran insertos dentro de un dispositivo electrónico o que hubiera sido transmitida por un medio afín, a través de la cual se adquiere el conocimiento sobre la ocurrencia o no de hechos que las partes hayan afirmado como fundamento de sus derechos, o cuestionados, y que deban ser invocados dentro de un proceso judicial" (Bielli *et. al.* (a), 2021, p. 8).

Como puede verse, se trata de material probatorio, pero con características especiales, tanto técnicas como jurídicas. El material probatorio se revela mediante un soporte electrónico en el que se producen, coleccionan, almacenan y analizan datos o información con valor demostrativo de hechos o de actos jurídicos con relevancia para el derecho. El soporte de esa evidencia tiene un formato determinado, que requiere la adaptación de medios de prueba con notas particulares para ser introducido en el proceso judicial.

La realidad señalada impone que los operadores jurídicos adquieran conocimiento informático, a los efectos de poder comprender los fenómenos actuales y poder ofrecer, diligenciar, cuestionar y valorar la evidencia electrónica. Sólo así será posible que los

abogados y abogadas puedan diseñar una estrategia procesal adecuada, tanto previa al inicio del juicio como durante su sustanciación. Al mismo tiempo, el juez o la jueza podrá realizar una adecuada ponderación del material probatorio aportado a la causa judicial, entrelazándolo con el ordenamiento jurídico vigente. Por ello, se impone como exigencia comprender el funcionamiento de un determinado *hardware*, de un *software*, de una plataforma de internet o de un servicio electrónico.

También es imprescindible conocer las características particulares de la prueba electrónica. Entre estas destacan la inmaterialidad, la cualidad técnico-científica, la asimetría –entre el titular o administrador de un recurso informático y el usuario–, la volatibilidad, la mediatez –dada la necesidad de usar un hardware y un software para su obtención–, y la potencial invasión respecto de la intimidad.

Dadas tales peculiaridades, el medio de prueba que adquiere mayor relevancia en el ámbito de la prueba informática es el documento. Este podrá tener diversas fuentes: correos electrónicos, mensajes de texto, mensajes generados en mensajerías instantáneas –WhatsApp, Telegram, Skipe, etc.–; bases de datos de registros electrónicos; fotografías, páginas web, redes sociales –Instagram, Facebook, X, TikTok, Threads–, plataformas de reproducción de música y videos –YouTube, Spotify, etc.–, aplicaciones móviles –geolocalizadores, Maps, etc.–; plataformas bancarias –Modo–, billeteras virtuales –Ualá, Mercado Pago, Burbank, etc.– monederos virtuales, historias clínicas digitales, facturas electrónicas, libros de comercio electrónicos, títulos valores electrónicos, entre otros.

Las posibilidades de desaparición, adulteración o contaminación de las fuentes probatorias electrónicas conllevan la necesidad de captación y conservación de los datos, lo que se logra a través de documentos. Éstos permiten obtener una representación objetiva de la evidencia, es decir, de los datos o información relativa a hechos o actos jurídicos (v.gr. publicación en una página web de una fotografía, o de un comentario en una red social). La preconstitución de la prueba aparece, entonces, como necesaria, para presentar evidencias ante la contraria en una instancia prejudicial y, también, en una judicial. En razón de ello se ha dicho que determinar la autoría – autenticidad, garantizar la integridad – genuinidad del dato que se aportará al proceso, asegurar la estabilidad del dato en cuanto a la dificultad de su hallazgo que puede desaparecer en segundos, impone imaginar nuevos procedimientos para su eficaz captación, debiéndose preconstituir prueba la que luego se ofrecerá en el proceso (Bielli, *et. al* (a), 2021, p. 12).

También es necesaria la reconstitución de prueba informática cuando se trata de documentos digitales sin firma digital certificada. Ello porque si el documento tiene firma digital, cuyo certificado fue otorgado por un certificador de firmas digitales licenciado, la autoría y la integridad se presume, a la luz de la Ley N° 25.506 y del art. 288, 2° párrafo del Código Civil y Comercial Argentino. Luego, su incorporación a un proceso judicial como prueba documental no presenta escollos. Son ejemplos de documentos con firma digital certificadas las actas expedidas por los Registros de Estado Civil y Capacidad de las Personas, el Certificado emitido por el Registro Nacional de Reincidencia, los Títulos del Automotor, las Apostillas de la Convención de La Haya, las escrituras públicas digitales, y los oficios judiciales de las jurisdicciones que implementan la firma digital.

Retomando lo afirmado en el párrafo precedente, hay que tener en cuenta que los documentos digitales son definidos como “el conjunto de bits alojados en un soporte digital

(materialidad) que conforman la expresión del pensamiento (grafía) del hombre (autoría), representando de esta manera el hecho humano con relevancia jurídica" (Bielli *et. al.* (b), 2021, p. 39). En otros términos, el documento digital es aquella información que consta en un soporte informático –por ejemplo, un disco rígido– expresada en unidades informáticas, que pueden traducirse al lenguaje convencional mediante un programa de computación, y cuyo contenido es de carácter intelectual –texto, fotografías, sonidos, etc.–.

El inconveniente que plantean los documentos digitales radica en la dificultad para determinar la autoría y la integridad cuando adolecen de firma digital. Ello da lugar a que entren en juego las *actas notariales de constatación de contenidos digitales*. Éstas aparecen como uno de los medios más adecuados a los que se puede recurrir para preconstituir prueba, en virtud del valor y la eficacia probatoria que esos instrumentos públicos tienen.

La actuación del escribano o escribana será requerida, frente a un documento digital, para fijar con la mayor precisión posible, por un lado, el modo en que se accede a dicha información (detallando con minuciosa precisión cada uno de los pasos llevados a cabo por el notario para acceder al contenido digital del que se trate), y por el otro, el modo en que dicha información se conserva para posibilitar su análisis posterior, resguardando determinados elementos digitales que permitan su observación por parte de peritos informáticos, en caso de que la prueba sea cuestionada por la contraparte (Bielli *et. al.* (b), 2021, p. 41).

Surge, así, la relación entre la prueba informática con la función notarial, la que se expondrá en los apartados siguientes.

### III. La función notarial y las actas protocolares

#### (i) La función notarial

El escribano es un profesional del derecho en ejercicio de una función pública. Consecuencia de ello, la actividad más importante que desarrolla es la de suministrar fe pública, es decir, dar autenticidad de lo que ante él ocurre. Es, asimismo, el encargado de que las relaciones entre los particulares se desenvuelvan en un marco de legalidad (referido a la validez jurídica del contrato) y de legitimación (referido a la legitimidad de las partes para otorgar un determinado acto jurídico). También es su función dar seguridad, valor y permanencia a hechos, sean humanos o naturales.

Se ha conceptualizado a la función notarial como la función profesional y documental autónoma, jurídica, privada, calificada, impuesta y organizada por ley para procurar seguridad, valor y permanencia, de hecho y de derecho, al interés jurídico de los individuos, patrimonial o extrapatrimonial, entre vivos o por causa de muerte en relaciones jurídicas concurrentes o convergentes y en hechos jurídicos, humanos o naturales, mediante su interpretación y configuración, autenticación y resguardo confiada a un notario (Álvarez, 2018, p. 509).

En el caso de Córdoba, tales funciones se encuentran contempladas en el art. 10 de la Ley N° 4183. El art. 10 dice:

*El escribano de registro es el profesional de derecho y el funcionario público instituido para recibir y redactar conforme a las leyes, los actos y contratos que le fueren enco-*

*mendados y para dar carácter de autenticidad a los hechos, declaraciones y convenciones que ante él se desarrollaren, formularen o expusieren, cuando para ello fuere requerida su intervención.*

De la definición y de la norma arriba transcriptas se desprende que la función notarial es conformadora y autenticadora. Por un lado, el escribano o escribana tiene que darle forma al acto que va a documentar, se trate de hechos, de actos jurídicos o de negocios jurídicos, según sea requerido para constatar los primeros –en el caso de las actas– o para instrumentar los segundos –actos jurídicos unilaterales (como testamentos) o negociales (contratos, por ej.)–, en aras de su resguardo. Para cumplir esta función llevará a cabo una serie de tareas o actividades como el juicio de juridicidad, el asesoramiento imparcial, la interpretación de la voluntad de las partes, la configuración del negocio jurídico específico, la mediación entre los intereses de las partes, y el examen de legalidad y de legitimación.

Por otra parte, cumple con la función *autenticadora* cuando da fe de aquello que percibe con sus sentidos. Ésta se cumple realizando las operaciones de documentación, de formalización –dación de forma pública– y de autorización –dación de fe pública, propiamente dicha–. La autenticidad resultante se configura en tres planos: el subjetivo –autoría–, el objetivo o corpóreo –documento–, y el ideológico –hechos y declaraciones–.

En torno a los hechos, la labor del escribano o la escribana se limita a la descripción de aquello que es percibido por los sentidos –vista, oído, tacto, olfato o gusto–. Narra lo que oye y percibe, dejándolo documentado conforme el principio de legalidad, y adjudicándole legitimidad, validez, eficacia, autenticidad y fuerza probatoria. Por ello, su función específica es la de comprobación de un estado de la realidad, la que deja exteriorizada y fijada en la redacción jurídica del acta.

### **(ii) Actas notariales**

Habiendo dejado sentado en qué consiste la función del notario, es dable proseguir con el tema de este apartado. Las actas notariales son un tipo de documento notarial auténtico y autónomo que el derecho positivo ha receptado en los arts. 289 inc. b, y arts. 310 a 312 del Código Civil y Comercial Argentino. Se trata de un instrumento público notarial, ya que es autorizado o labrado por un oficial público –escribano o escribana– en ejercicio de su función fedante y con las formalidades establecidas por ley.

Estas actas pueden ser *protocolares* o *extra protocolares*. Pertenecen al primer grupo las que se encuentran en el Protocolo Notarial, junto con las escrituras públicas, y tienen por objeto hechos pasados por ante el escribano o la escribana. En tanto, son actas extra protocolares aquellas que no se labran en el protocolo notarial, que sólo tienen por contenido un hecho y cuya finalidad es la de producir un efecto jurídico a futuro, no actual y directo. Ejemplo de ellas son las actas de certificación de firmas o de certificación de copias.

El art. 289 del Código Civil y Comercial Argentino contiene la enunciación de los instrumentos públicos y, si bien no menciona a las actas en forma expresa, éstas quedan comprendidas en el inc. 2 de la norma. Éste señala como instrumentos públicos a los “que extienden los escribanos ... con los requisitos que establecen las leyes”.

Por su parte, el art. 310 del mismo cuerpo legal conceptualiza a las actas notariales pro-

TOCOLARES como “los documentos notariales que tienen por objeto la comprobación de hechos”. Comenta la doctrina que las matrices de estos documentos notariales, que son escrituras públicas que obran en el Protocolo, tienen por propósito “constatar la verdad de un hecho” (Caramelo et al, 2015, p. 499). Ergo, no contienen negocios o actos jurídicos.

Por ello se ha dicho que el objeto de las actas es la comprobación de hechos (o sus resultados) acaecidos en presencia del notario, quien ve, oye o percibe, y cuya finalidad es la de resguardar la prueba documental resultante del acta para ulteriores instancias, que pueden o no ser judiciales (Álvarez, 2008, p. 544).

Los hechos constatados quedarán fijados en un instrumento auténtico y podrá ser incorporado en un proceso judicial como medio de prueba documental.

Por su naturaleza, las actas notariales deben reunir los recaudos generales que la ley prescribe para las escrituras públicas. Sin embargo, dadas sus especiales características, el art. 311 del CCyCN regula los requisitos particulares, prescribiendo:

*Las actas están sujetas a los requisitos de las escrituras públicas, con las siguientes modificaciones: a) se debe hacer constar el requerimiento que motiva la intervención del notario y, en su caso, la manifestación del requirente respecto al interés propio o de terceros con que actúa; b) no es necesaria la acreditación de personería ni la del interés de terceros que alega el requirente; c) no es necesario que el notario conozca o identifique a las personas con quienes trata a los efectos de realizar las notificaciones, requerimientos y otras diligencias; d) las personas requeridas o notificadas, en la medida en que el objeto de la comprobación así lo permita, deben ser previamente informadas del carácter en que interviene el notario y, en su caso, del derecho a no responder o de contestar; en este último supuesto se deben hacer constar en el documento las manifestaciones que se hagan; e) el notario puede practicar las diligencias sin la concurrencia del requirente cuando por su objeto no sea necesario; f) no requieren unidad de acto ni de redacción; pueden extenderse simultáneamente o con posterioridad a los hechos que se narran, pero en el mismo día, y pueden separarse en dos o más partes o diligencias, siguiendo el orden cronológico; g) pueden autorizarse aun cuando alguno de los interesados rehúse firmar, de lo cual debe dejarse constancia.*

Ahora bien, el aspecto que más interesa en esta oportunidad es la eficacia y el valor probatorio de las actas. El art. 312 del CCyCN dice:

Valor probatorio. El valor probatorio de las actas se circunscribe a los hechos que el notario tiene a la vista, a la verificación de su existencia y su estado. En cuanto a las personas, se circunscribe a su identificación si existe, y debe dejarse constancia de las declaraciones y juicios que emiten. Las declaraciones deben referirse como mero hecho y no como contenido negocial.

Esta norma no puede dejar de correlacionarse con el art. 296 del mismo cuerpo legal civil. Su texto dice:

*El instrumento público hace plena fe: a) en cuanto a que se ha realizado el acto, la fecha, el lugar y los hechos que el oficial público enuncia como cumplidos por él o ante él hasta que sea declarado falso en juicio civil o criminal; b) en cuanto al conte-*

*nido de las declaraciones sobre convenciones, disposiciones, pagos, reconocimientos y enunciaciones de hechos directamente relacionados con el objeto principal del acto instrumentado, hasta que se produzca prueba en contrario.*

Explica la doctrina que el valor probatorio de las actas coincide con el valor probatorio de los instrumentos públicos en general. No obstante, el artículo se refiere al valor probatorio de las actas como una especie del género instrumento público. Se sostiene que las actas prueban los hechos que el escribano tiene a la vista. Es decir, el escribano puede dar fe solamente de aquello que percibe por sus sentidos y del conocimiento que adquiere sensorialmente; por eso, verifica la existencia de lo que observa y escucha. Constata el estado de un acontecimiento. Con relación a las personas requirentes o convocantes del escribano para que se labre el acta, es función principal la identificación de aquellos y también asentar en la hoja de protocolo sus declaraciones. Estas resultan meros hechos que carecen de contenido negocial (Caramelo et al, 2015, p. 3).

Entonces, tratándose las actas notariales protocolares de instrumentos públicos auténticos, se erigen como un medio de prueba de hechos por sí mismas, sin necesidad de elementos adicionales o externos, evitando que se pierda el dato de la realidad que capta o que se tenga que recurrir a pruebas más complejas. El alcance de esta fuerza probatoria, que comprende la existencia, legitimidad o veracidad del hecho pasado en presencia del escribano o de la escribana, y a la constancia documental, es amplio, proyectándose respecto del requirente, a quienes hayan intervenido en la diligencia y, también, de terceros. Cabe aclarar, no obstante, que la eficacia probatoria arriba señalada se debe predicar respecto de los hechos cumplidos por el escribano o escribana o que ocurrieron en su presencia. Para atacar ese instrumento deberá argüírsele de falso, en lo que respecta a la verdad material o a la existencia del acto que cumplió o presenció el notario. En tanto, respecto de otro tipo de constancias, sólo hacen plena fe, pero la eficacia probatoria de ello puede ser atacada por prueba en contrario.

En síntesis, el valor probatorio de las actas notariales se ciñe a los hechos que el notario percibe de *visu et auditu*, a la verificación de su existencia y su estado. En cuanto a las personas, se circunscribe a su identificación si existe, y debe dejarse constancia de las declaraciones y juicios que emiten, pero sólo como hechos y no con virtualidad para dar lugar a un acto o negocio jurídico.

#### **IV. Incorporación de la prueba electrónica digital en el proceso: acta notarial de constatación de contenido digital**

El camino recorrido en los apartados precedentes permite llegar a este apartado, en el que se tratará de responder a la pregunta formulada en la Introducción: ¿cómo se introduce la prueba informática en el proceso civil? Este resultado se logrará empleando como medio probatorio un acta notarial de constatación de contenido digital.

Como ya se explicó arriba, debido a que en innumerables ocasiones los datos a probar no se encuentran en poder de las partes, sino en un servidor, como sucede con publicaciones en páginas web, o en redes sociales o en plataformas de mensajería, se precisa recurrir a un medio de prueba que permita el ingreso de esa evidencia al proceso. También se dijo que uno de los medios a emplearse es la prueba documental.

A través del acta notarial de constatación se puede, de manera extrajudicial, obtener una

constancia de la prueba electrónica, y así preservarla. Ahora bien, como se ha señalado “el escribano podrá constatar el proceso de acceso al documento y la existencia del documento electrónico en determinado momento, pero no dar fe de la autenticidad del documento electrónico” (Maina, 2021, p. 76). Esto significa que mediante ese instrumento público no se autenticará la autoría e integridad.

El acta protocolar es similar a una escritura pública, en lo formal. Así resulta de la remisión a los requisitos de las escrituras públicas que realiza el art. 311 del Código Civil y Comercial Argentino. Empero, la misma norma refiere a peculiaridades relativas a la conformación estructural y recaudos que deben cumplirse. En líneas generales, en las actas protocolares a *primera parte* cuenta con el epígrafe, el encabezado (tiempo y lugar), la presentación del notario, la comparecencia, el juicio de identidad, y la intervención. A ello le sigue el requerimiento, esto es, el pedido de intervención notarial. Luego consta la aceptación de lo requerido por el escribano o escribana, y la firma del requirente.

Al requerimiento le sigue la *segunda parte* del acta, que es el acto de diligenciamiento. En esta sección, deben hacerse constar las circunstancias de tiempo y lugar en que tiene lugar la ejecución de lo requerido; la presentación del escribano o escribana y del objeto de su intervención al o a los requeridos –si hubiere–; la práctica de la diligencia; la invitación a firmar formulada al o a los requeridos; y la firma del escribano o escribana.

Ahora bien, cuando se trata de un acta de constatación de contenido digital, en lo que hace a una regla de buena técnica notarial, el escribano o la escribana debe dejar una constancia pormenorizada de ciertos aspectos de la actividad desplegada al cumplir con su diligencia, los efectos de la trazabilidad de la prueba y de asegurar su valor convictivo (Maina, 2021, p. 75). En este punto, deberá tenerse en cuenta cuál es el objeto de la constatación –contenido digital de acceso público o contenido digital de acceso privado–, y cuál es la fuente de prueba –página web, correo electrónico, WhatsApp, Telegram, Facebook, X, Instagram, TikTok, YouTube, plataformas de videoconferencia, audios, videos, imágenes digitales u otros archivos informáticos, etc.–.

El *contenido digital de acceso público* se caracteriza porque “su emisor será quien tenga el control de aquél, de manera que es presumible pensar que, ante la existencia de un pleito judicial que lo involucre, existirá cierto peligro en que el mismo sea suprimido por la parte demandada” (Bielli et al (b), 2021, p. 41). Dada, entonces, la volatilidad y las posibilidades de alteración, modificación o eliminación del contenido digital, podría no encontrarse disponible al tiempo de tener que producir la prueba en el marco de un proceso judicial.

En tanto que el *contenido digital de acceso privado* refiere a toda aquella información que requiere bien de credenciales de acceso para ingresar a un sistema determinado (Facebook, Instagram, cuentas de correo electrónico, etc.), bien de aplicaciones móviles que requieran contar con el dispositivo físico para acceder a su contenido (mensajes de texto –SMS– WhatsApp, etcétera) (Bielli et al (b), 2021, p. 45).

En estos casos, deben tenerse en cuenta las posibilidades de alteración o eliminación; empero existe otro aspecto relevante y se relación con el derecho a la intimidad, debido a que se trata de contenido privativo de una persona.

Entonces, en estos casos “es muy importante en todas las actas el qué se dice, el cómo se dice y en qué contexto, es decir el cuándo se dice” (Dárdano y Dárdano (h), 2013, p. 76). Por ende, de acuerdo al contenido digital y al tipo de fuente de prueba serán los datos que deberá consignar el escribano o la escribana para describir el procedimiento seguido en el acto de diligenciamiento.

En términos generales, existe consenso en la doctrina en que, al cumplir la diligencia, el escribano o la escribana deberá hacer constar en el acta desde qué dispositivo accedió al contenido digital, el tipo de conexión a la red de Internet, cada uno de los pasos que ejecutó desde que se accedió al dispositivo hasta que concluyó la diligencia, el buscador, *software* o aplicación empleado, si se han realizado o no capturas de pantallas, si se ha grabado información en algún tipo de soporte –CD, memoria USB, disco rígido portátil, etc.–, si ha exportado un chat –por ej. de Whatsapp–, si se ha requerido la intervención de un profesional técnico, y cuál y cómo ha sido su intervención, así como todo detalle vinculado con las condiciones de tiempo, lugar y modo. Además, se recomienda obtener y conservar el código fuente<sup>5</sup> del sitio de la Internet al que se accedió, y todo otro dato que contribuya a aportar certeza respecto del contenido digital y, a la postre, coadyuve con la tarea valorativa de la prueba.

En particular, cuando se trata de constataciones de contenido digital de acceso privado, se ha puntualizado que “se deberá dejar constancia de que es el requirente quien introduce, a instancias del notario, sus credenciales de acceso en el sitio o plataforma de que se trate, permitiéndole así al notario ingresar al contenido da constatar” (Bielli *et al* (b), 2021, p. 50). En tanto, que, si el acceso es desde un dispositivo móvil, se deberá consignar el IMEI o número de identidad internacional del equipo, y que el requirente entregó el aparato y permitió el acceso al escribano o escribana voluntariamente para que efectuara la constatación.

Por su parte, la jurisprudencia ha considerado acertado que en la constatación de contenido digital el escribano o la escribana debe requerir el auxilio de un profesional informático, a los fines de dotar de solidez el acta. En este sentido, se puntualizó que lo constatado por el notario debió articularse con la colaboración de un experto en pericias informáticas, con el objeto de garantizar su validez y evitar (como ocurrió en los presentes) las impugnaciones y las observaciones vertidas en el fallo en revisión. Ello, en tanto, si bien son reales ciertos cuestionamientos despachados en torno a algunas debilidades que puedan endilgarse a la tarea notarial, —tal como lo remarca el voto conformado por la minoría— ello no habilita a desconocer la eficacia probatoria del instrumento público en cuestión (STEntreRios, SalalIcyc, 2022).

Lo mismo ha señalado la doctrina, al expresar que “conforme al grado de especificidad técnica que requiere la materia, hemos establecido en infinidad de ocasiones la necesidad de que la constatación notarial se efectúe con la asistencia de un especialista y adjuntándose un acta técnica, a efectos de otorgar a dicho acto un mayor contenido científico” (Bielli y Ordoñez, 2022, s/p).

Ahora bien, en igual fallo se dijo que “debía reconocerse valor probatorio a las actas notariales, aún cuando el escribano o la escribana hayan prescindido del auxilio técnico. Se

---

<sup>5</sup> El código fuente de un programa o de una página web, en términos amplios, es un texto informático que contiene los datos de programación que permiten ejecutar o acceder a ellos.

dijo, al respecto, que “las capturas de pantalla que en copias certificadas se agregaron al acta notarial, merecen ser calificadas como un indicio revelador del hecho descrito en la demanda y que diera origen a la promoción de los presentes” (STEntreRios, SalallCyC, 2022). A lo que se agregó:

el valor probatorio del acta se limita a lo que el notario pudo percibir a través de sus sentidos (la vista), y así es que constató la existencia de una publicación, en la plataforma y con las características ya descriptas. Ahora bien, esto no abarca la autenticidad del posteo pero sí, es un indicio que se ha podido ver corroborado con otros y de cuya conjunción permite inferir la existencia de este hecho no percibido, esto es: la presunción de su autenticidad (STEntreRios, SalallCyC, 2022).

Todos los recaudos señalados, y otros que se pudieren adoptar de acuerdo al tipo de contenido digital, conlleva que el diligenciamiento de la constatación resulte complejo de practicar, pues todo detalle tiene que dejarse asentado en el acta y, de ser posible, realizarse con la asistencia de un técnico informático. Por consiguiente, el escribano o la escribana deben extremar los recaudos, ya que tiene que procurar que el acta produzca en el futuro el efecto buscado, que es “revestirlas de la eficacia probatoria necesaria para que luego puedan ser valoradas por el juzgador” (Bielli y Ordoñez, 2022, s/p).

#### **V. Propuesta modelo de acta de constatación de contenido digital.**

En este último apartado se propone, como se anticipó en la Introducción, un modelo de acta de constatación de contenido digital de una página web.

ESCRITURA NÚMERO ..... – SECCIÓN B. En la ciudad de Córdoba, Provincia de Córdoba, República Argentina, a los ..... días del mes de ..... del año ....., ante mí ..... Escribano/a Público/a Titular / Adscripto/a al Registro Notarial N°, COMPARECE ....., de nacionalidad argentina, nacido/a el , titular del documento nacional de identidad número ....., con domicilio en calle ....., N° ....., de ....., nacido el ....., hijo de ....., de estado civil ....., persona mayor de edad, hábil, a quien identifico conforme el art. 306 inc. a del Código Civil y Comercial Argentino, con el documento idóneo que me exhibe y cuya fotocopia certificada por mí agrego en cabeza de la presente, doy fe. El requirente INTERVIENE por sí y en ejercicio de sus propios derechos. EXPONE que tomó conocimiento de las publicaciones efectuadas en el diario digital “xxxxx”, de fecha y , tituladas “xxxxx” y “xxxxx”, en las cuales se ha efectuado un uso indebido y no autorizado de su imagen al tiempo en que se publican contenidos y comentarios de visitantes que afectan su honor, reputación y privacidad, provocando un grave daño, todo en violación a los derechos personalísimos tutelados en la Constitución Nacional ya que exceden los límites de los derechos de libertad de prensa, expresión e información. En consecuencia, SOLICITA que proceda a: **I) CONSTATAR:** por acto público y en forma expresa lo existente en la dirección de Internet: <http://xxxxx.com.ar>; y **II) CERTIFICAR:** las copias impresas de los contenidos existentes en la dirección de Internet antes mencionada. Requerimiento que ACEPTO. Leo el contenido de esta escritura al compareciente, quien firma de conformidad, por ante mí, de todo lo que doy fe. -

ACTO SEGUIDO, siendo las xxxxx horas, del día de la fecha, yo, la AUTORIZANTE en cumplimiento del fin encomendado y en presencia del / de la requirente, procedo a posicionarme frente a mi computadora personal, en la sede de la Escribanía, la que se encuentra conectada a Internet y realizó los procedimientos que a continuación se describen:

siendo las 9:22 horas en el reloj del ordenador, en primer lugar, procedo a eliminar el historial de navegación y los archivos del cache de la computadora y a vaciar la *papelera de reciclaje*. Luego, ingreso al navegador web y al buscador Google Chrome. En el espacio de búsqueda ingreso el texto *www. (nombre).com.ar*, que me señaló el / la requirente; luego presiono la tecla "enter". Accedo a la página web de inicio, en la que se lee ..... (URL .....). Tomo captura de pantalla. A continuación, con el botón derecho del mouse clickeo en la pestaña ....., ubicada en la parte superior izquierda. Se despliega un menú que tiene las opciones ....., ....., ..... y ..... (URL .....). Con el mouse selecciono la opción ..... Se abre una pantalla cuyo contenido coincide exactamente con la imagen a la que asigno el número uno que impresa me entregó el requirente (URL .....). Tomo captura de pantalla. Inmediatamente, hago click con el botón izquierdo del *mouse* en la opción ....., ubicado en el menú de la parte superior derecha de la pantalla, que dirige el navegador a una nueva página donde se encuentran dos gráficos que coinciden exactamente con las imágenes a las que asigno los números dos y tres, que me fueron entregadas impresas por el requirente (URL .....). Debajo de los gráficos se observan, bajo el título "COMENTARIOS", las siguientes leyendas: "xxxxx", de fecha; "xxxxx", de fecha; y "xxxxx", de fecha. Tomo captura de pantalla. A continuación, presionando las teclas CTRL + U obtengo el código fuente del sitio de Internet, el que se copia y se pega en un documento Word que guardo con el nombre "URL Escritura N° - (fecha)", y procedo a grabar -también- en un CD al que coloco en un sobre blanco con una etiqueta con el mismo título, cierro, firmo y sello, agregando el sobre que contiene el original en cabeza de la presente y entregando copia del CD con idénticos datos al / a la requirente. Y yo Escribano/a autorizante HAGO CONSTAR que certifico las impresiones correspondientes a la dirección de Internet antes relacionada. Siendo las 9:50 horas en el reloj de la pantalla, procedo a salir de la página web, haciendo click con el botón derecho del mouse en el símbolo X ubicado en el vértice superior derecho de la pantalla del monitor. No siendo para más y siendo las xxxxx horas, doy por concluida el acta. Leo al / a la requirente, quien lo aprueba y firma en prueba de conformidad, ante mí, doy fe. -

## VI. Conclusiones

La revolución tecnológica trajo consigo significativos cambios en los aspectos individual y social de las personas, antes lo que el Derecho no puede permanecer inmutable. Los juristas se han visto obligados tanto a repensar conceptos jurídicos tradicionales para adaptarlos a los tiempos que corren, a dejar atrás a los obsoletos y crear nuevos.

Concomitantemente, en los juicios actuales rara vez se puede prescindir de algún tipo de prueba electrónica. Un diálogo sostenido en alguna plataforma de mensajería, el intercambio de correos electrónicos, la información publicada en una página *web*, conflictos resultantes del comercio electrónico, entre otros, suponen hechos que requieren conocer cómo se ofrece e incorpora al proceso judicial la prueba sobre ellos.

Por tal motivo, los dos primeros apartados comenzaron con un análisis general de la prueba en el proceso civil, de la función notarial y de las actas notariales protocolares. Una vez realizado ese examen, se pasó a los temas específicos: prueba electrónica y actas de constatación de contenido digital. Después, se puso esos dos ámbitos en relación, explicando cómo la última opera como medio para introducir al proceso judicial la prueba informática. Por último, se propuso un modelo de acta notarial de constatación de contenido digital.

Se trató, en definitiva, de abordar el análisis de la prueba electrónica, sin pretender agotar la temática, pero que sirven para dar elementos esenciales y concretos que coadyuvan al desempeño profesional. Ello porque orienta la búsqueda de soluciones frente al caso en concreto que se pudiere presentar.

---

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALVAREZ, G. Las nuevas tecnologías. Reflexiones sobre su impacto en las actas notariales"; Revista Notarial N° 959, Buenos Aires, 2008. Recuperado el 27 de septiembre de 2023 de <https://www.colescba.org.ar/ics-wpd/revista/Textos/RN959-2008-una-alvarez.pdf>
- BIELLI, G. E. y ORDOÑEZ, C. J. Actualidad sobre certificaciones notariales en materia de prueba electrónica; E-Book TR 2022 (RJBA-104), 43, La Ley, 2022.
- BIELLI, G. E., ORDOÑEZ, C. J y QADRI, G. H. (Dir.) (2021). (a) Tratado de la Prueba Electrónica. Tomo I. La Ley. (b) Tratado de la Prueba Electrónica. Tomo I. La Ley.
- CAMELO, G., PICASSO, S. y HERRERA, M. (2015). Código Civil y Comercial de la Nación comentado. Tomo I. Infojus.
- CSJN, "Colalillo Domingo c/España y Río de la Plata", Fallo 238:550.
- DÁRDANO, A. A y DÁRDANO, A. A (h). Actas sobre páginas web u otros medios y actas de depósito cuyo requerido es el escribano autorizante. Recuperado el 26 de septiembre de 2023 <https://www.colegio-escribanos.org.ar/biblioteca/cgi-bin/ESCRIBI/ARTICULOS/63199.pdf>
- DELLEPIANE, A. (1919). Nueva Teoría General de la Prueba. Valerio Abeledo.
- DEVIS ECHANDÍA, H. (1970). Teoría general de la prueba judicial". Zavallia.
- FERREYRA de DE LA RÚA, A. y GONZÁLEZ de la VEGA de OPL, C. (2005) (a) Teoría General del Proceso". Tomo I. Advocatus. (b) Teoría General del Proceso". Tomo I. Advocatus.
- Ley 25.506. 14 de diciembre de 2001 (Argentina).
- Ley 26994 [Código Civil y Comercial Argentino]. Arts. 288, 289, 296, 310, 311 y 312. 08 de octubre de 2014 (Argentina).
- Ley 4183. Art. 10. 17 de junio de 1975 (Córdoba: Argentina).
- MAINA, N. (2021). Prueba Electrónica Digital. Advocatus.
- MASCOTRA, M. La finalidad de la prueba en el proceso civil. La Ley 2013-C, 1146, (11/06/2013).
- STEntreRios, SalallCyC, 12/04/2022, "G., C. R. c. S., G. s/ Ordinario daños y perjuicios", LALEY AR/JUR/39795/2022
- TARUFFO, M., IBÁÑEZ, P. A. y CANDAU PÉREZ, A. (2009). Consideraciones sobre la prueba judicial. Fundación Coloquio Jurídico Europeo.



# ANÁLISIS PRÁCTICO NOTARIAL DEL PACTO DE RETROVENTA

---

Por **Guillermo Juan CASANEGRA**<sup>1</sup>

---

RESUMEN: La publicación aborda las cláusulas más usuales del pacto de retroventa.

SUMMARY: The publication addresses the most common clauses of the resale agreement.

PALABRAS CLAVE: pacto de retroventa. Cláusulas. Registración.

---

KEY WORDS: resale agreement. Clause. Registration.

## I. Introducción

En el presente se pretende analizar brevemente al pacto de retroventa desde un punto de vista práctico notarial, planteando algunos de los posibles escenarios y proponiendo la redacción de las cláusulas principales, por ello el desarrollo se hará siguiendo la estructura de la escritura de compraventa bajo este pacto.

El artículo 1163 del C.C.C.N. define al pacto de retroventa como *“aquel por el cual el vendedor se reserva el derecho de recuperar la cosa vendida y entregada al comprador contra restitución del precio, con el exceso o disminución convenidos.- El contrato sujeto a este pacto se rige por las reglas de la compraventa sometida a condición resolutoria.”*

La institución completa su regulación en los artículos 1164 a 1169 C.C.C.N. y con la eventual remisión al artículo 1965 y subsiguientes en caso de ser un supuesto de dominio revocable.

## II. Encabezado, comparendo y exposición

La reputación del instituto dista de ser la mejor y no faltan los autores que se pronuncian categóricamente en su contra debido a que frecuentemente fue utilizado en préstamos usurarios para encubrir una suerte de *garantía real*. Así Borda expresa que *“Aunque teóricamente se puede concebir un contrato de venta sincero, en el que el vendedor se reserva la facultada de recuperar el dominio, en la realidad económica estos pactos encubren muchas veces un préstamo de dinero...”*<sup>2</sup>. La jurisprudencia nacional refleja lo dicho en numerosos fallos<sup>3</sup>. Pero su frecuente utilización indebida no debe conducirnos a rechazar la cláusula

---

<sup>1</sup> Escribano público titular por concurso del Registro Notarial 273 Córdoba Capital desde 2017. Docente adjunto interino de Práctica Notarial II en la Carrera de Notariado de la Universidad Católica de Córdoba desde 2020

<sup>2</sup> BORDA Alejandro, “Derecho Civil – Contratos”, Buenos Aires, La Ley, 2017, pág. 358

<sup>3</sup> A título de ejemplo: Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Rosario - Sala I, Las dos Hermanas SRL c/Letto, Miriam N

de manera general, sino a aceptarla como una opción válida en la que se deben extremar los recaudos para minimizar eventuales cuestionamientos, o en última instancia si estos se presentasen lograr su rechazo.

La audiencia notarial juega un rol fundamental para valorar si la intención de las partes es real y lícita, y en caso afirmativo obtener la información necesaria para dotar al instrumento de la máxima solidez posible. Es necesario conocer íntegramente el acto jurídico y sus motivaciones. La incorporación en la escritura de estas últimas es fundamental para facilitar su posterior análisis, también es una oportunidad inmejorable para pre constituir la prueba de su veracidad.

En el presente se propone un caso que puede servir para tener presente al estudiar de cada uno de los puntos bajo análisis, se plantea un supuesto donde el titular de un inmueble planea emigrar, pero considerando que existe la posibilidad de retornar en el mediano plazo, quiere dejar prevista la opción de recuperar el inmueble que le resulta particularmente apreciado desde lo sentimental. Lo expresado pone de manifiesto lo importante de explicitar esa motivación.

*Y el señor X manifiesta que planea emigrar del país para radicarse de manera definitiva en la República del Paraguay y en virtud de ello es que se está desprendiendo de todos los bienes que no desea o puede trasladar, entre ellos el inmueble objeto de la presente, agrega que en dicho inmueble nacieron sus hijos y que ante la eventualidad de tener que regresar al País le gustaría poder recuperarlo.*

Considerando el supuesto propuesto, y a modo de ejemplo, se podrían citar datos precisos como el futuro domicilio en el país vecino, el nombre de la empresa en donde trabajará el vendedor, la fecha y datos de los vuelos, entre otros; también podría ser recomendable agregar documentación que acredite tales afirmaciones.

### III. El Contrato de compraventa

El pacto de retroventa debe integrar el contrato de compraventa lo que surge con claridad del título de la sección séptima<sup>4</sup> *“...cláusulas que pueden ser agregadas al contrato de compraventa”* y del texto del artículo 1166 del C.C.C.N. *“...Los pactos regulados en los artículos precedentes pueden agregarse a la compraventa (...) son oponibles a terceros interesados si resultan de los documentos”* (el subrayado me pertenece).

Distinto es el supuesto en el cual con posterioridad se pacta algo similar a lo previsto por la cláusula ya que en principio no tendrá iguales efectos que los previstos en la Sección 7. Una correcta técnica de redacción no dejará lugar a dudas, pero en caso contrario se podría dar lugar a planteos respecto a la independencia del acuerdo. A modo de ejemplo, si en el instrumento se perfeccionara la venta, y luego de ello se consignara un acuerdo con una finalidad semejante al pacto bajo estudio podría dar margen a una interpretación diferente a lo pretendido por las partes.

A diferencia de lo observado en algunos modelos, se considera que la referencia a la existencia de este tipo de cláusula debe ser inserta de manera ostensible, destacándola des-

s/Demanda Declarativa de Nulidad por Simulación, 28-07-2020, N° de Resolución: 505/20, Cita IJ-MIX-470

4 Capítulo 1, Título IV, Libro III del C.C.C.N.

de el primer momento como elemento determinante de la compraventa, lo que resulta acorde a las nuevas corrientes del lenguaje jurídico. En ciertos modelos se observa que luego del comparendo el acto jurídico se denomina compraventa sin ninguna aclaración, luego el objeto y las demás cláusulas para recién allí<sup>5</sup> incorporar el pacto en cuestión. Es decir, se utiliza la estructura tradicional de una compraventa con la única diferencia de incorporar la retroventa en la parte final el instrumento.

Se considera más prudente consignarlo como un elemento determinante de la compraventa; y de esta manera se facilita a cualquiera que analice el documento que pueda advertir la existencia del pacto de manera inmediata y evidente.

Y el señor X, en adelante denominado "el Vendedor", **VENDE CON PACTO DE RETROVENTA** al señor Z, en adelante denominado "el Comprador", el siguiente inmueble a saber ...

#### IV. Legitimación

Respecto a la legitimación objetiva, esta compraventa no presenta ninguna particularidad. Distinto es lo que sucede en el caso de que la retroventa tuviere lugar, ya que esta no modifica el título original de adquisición de su titular, pese a haber existido una transferencia temporaria del dominio revocable, así la doctrina ha dicho que *"Por tratarse de un dominio revocable, el título de adquisición será el de origen, no el proveniente de la retroventa; del mismo modo, el carácter propio o ganancial del bien"*<sup>6</sup>.

En relación a la legitimación subjetiva en el supuesto de pluralidad de vendedores de una cosa indivisible para el ejercicio de la opción se considerar acertado lo señalado por Borda<sup>7</sup> de que cualquiera de ellos podría ejercerlo sin que fuera necesario que lo hagan de manera conjunta, por aplicación de lo regulado para las obligaciones indivisibles. No obstante ello, se considera prudente que en tal supuesto las partes establezcan las condiciones para el ejercicio o la unanimidad.

#### V. Certificados e Informes

Corresponde solicitar todos los certificados necesarios para una compraventa ordinaria, sin particularidades destacables por el pacto objeto del presente.

#### VI. Precio

Para su cuantificación se deben considerar diversas cuestiones vinculadas entre sí. En primer lugar, resulta determinante que solo se transfiera el dominio revocable, por lo que el adquirente debe que ejercerlo con las limitaciones propias de este hasta que se perfeccione; en tal sentido el plazo pactado por las partes es fundamental para la determinación del precio (son escenarios muy distintos el hablar de un mes o cinco años).

En segundo lugar, resulta normal que su inclusión determine un menor precio respecto al valor de mercado de la transferencia del dominio pleno, pero es recomendable que

<sup>5</sup> En algunos modelos bastante al final del acto

<sup>6</sup> RULLANSKY Gustavo F, "Libro Tercero. Derechos Personales. Título 4. Contratos en particular. Capítulo 1 Compraventa" en CLUSELLAS, Eduardo G. "Código Civil y Comercial de la Nación", Tomo 4, Buenos Aires, Editorial Astrea, 2015, pág. 254

<sup>7</sup> BORDA Alejandro, "Derecho Civil - Contratos", Buenos Aires, La Ley, 2017, pág. 349

ello sea explicado, y de ser posible se incluyan los parámetros o tasaciones utilizados para su determinación.

El tercer elemento es evaluar la conveniencia de fijar el precio en moneda extranjera como en toda operación a plazo en un sistema jurídico donde subsiste una insólita prohibición de indexar que choca con una inflación permanente, elevada y variable.

*Continúa expresando el Vendedor que realiza esta venta por el precio único y convenido de **Dólares Estadounidenses cien mil (USD100.000)**, que recibe en este acto de manos del Comprador, en efectivo y a su entera satisfacción, ante mí de lo que doy fe, razón por la cual le otorga recibo y carta de pago en forma.*

### VII. Transferencia de dominio revocable

Conforme lo adelantado en el apartado precedente y tal como expresa el segundo párrafo del artículo 1163 del C.C.C.N. “*El contrato sujeto a este pacto se rige por las reglas de la compraventa sometida a condición resolutoria.*” y de conformidad con el artículo 1965 del C.C.C.N, que consigna “*Dominio revocable. Dominio revocable es el sometido a condición o plazo resolutorios a cuyo cumplimiento el dueño debe restituir la cosa a quien se la transmitió.*” por lo que no hay discusión de lo que en principio se transfiere es el dominio revocable. Se reitera la conveniencia de enfatizar de manera gráfica el tipo de derecho que se trasmite a fin de evitar dudas o confusiones.

*En consecuencia, le transmite al Comprador el dominio revocable sobre el inmueble objeto de la presente y sus accesorios, así como todos los derechos inherentes a este y a la posesión que sobre lo vendido tenía, a la vez que se obliga por saneamiento del título.*

### VIII. El pacto de retroventa

Destacada doctrina señala que las condiciones de validez del pacto de retroventa serían que: “*a) Debe recaer sobre bienes inmuebles o muebles. b) Su plazo no puede exceder el fijado por el artículo 1167. c) Debe estipularse en el mismo acto de la venta*”<sup>8</sup>, a lo que otros agregan que es necesario que se haya hecho *tradición de la cosa*, debido a que la norma habla de recuperar la cosa vendida y entregada al comprador<sup>9</sup>.

En relación a lo expresado en el apartado “a” convendría ser más precisos y referirse a cosas en lugar de bienes, en virtud de la distinción del artículo 16 y lo prescripto por en el artículo 1123 del C.C.C.N.

Respecto al apartado “b” se considera relativa su trascendencia ya que si el plazo fuera mayor la consecuencia sería la reducción del mismo al límite legal (tal como lo prescribe el artículo 1167 del C.C.C.N.) y si no se hubiera pactado plazo alguno se consideraría realizado por el máximo legal. Es decir que su ausencia o exceso no sería una condición de validez y sería integrado por aplicación del Código.

<sup>8</sup> BORDA Alejandro, “Derecho Civil – Contratos”, Buenos Aires, La Ley, 2017, pág. 347

<sup>9</sup> DI CHIAZZA Iván G., “Contratos, parte especial”, Buenos Aires, Abeledo Perrot S.A., 2016, pág. 122

El apartado “c” ha sido desarrollado en el punto “III” del presente y respecto a “que se haya hecho tradición” es una condición de ejercicio, pero no de validez. Claramente lo expresa DI CHIAZZA “No debe confundir el pacto de retroventa con la cláusula de rescate que implica el derecho del vendedor a arrepentirse. En el supuesto de la cláusula de retroventa se debe haber concretado la tradición de la cosa ya que se alude, y lo propio hacía el Código Civil en su redacción anterior, al recupero de la cosa, lo cual presupone que la cosa vendida ya ha sido entregada al comprador.”<sup>10</sup>

En virtud de ello se consideran condiciones de validez: a) el recaer sobre cosas inmuebles o muebles; y b) ser estipulado en el mismo acto de la venta.

Las partes incorporan a esta compraventa el siguiente **PACTO DE RETROVENTA**:

Cumplidas las condiciones de validez, y con la intención principal de evitar o limitar eventuales conflictos, se deben establecer las pautas para su ejercicio. Además, existiendo cuestiones controvertidas en la doctrina se recomienda dejar expresada cual es la posición adoptada por las partes en el marco de la autonomía de la voluntad. En las cláusulas propuestas en el presente se intenta desarrollar las principales cuestiones, y aunque algunas podrían parecer la simple reiteración de lo establecido en el C.C.C.N., se estima que su inclusión en el instrumento es útil a fin de minimizar la posibilidad de discusión o debate, y adicionalmente cumple con una función informativa para las partes.

#### **a) Contenido y plazo**

Lo primero que se pacta es el derecho del Vendedor a recuperar el bien y el plazo para su ejercicio, que debe respetar el máximo legal según el tipo bien de que se trate. También se establece la consecuencia de la falta de ejercicio oportuno.

**Primera:** *el Vendedor se reserva el derecho de recuperar el inmueble vendido e individualizado precedentemente dentro del plazo de tres años a contar desde el día de la fecha. Si transcurriera el plazo sin que el Vendedor ejerza la retroventa, el dominio quedará definitivamente perfeccionado para el Comprador*

#### **b) Oportunidad y forma de ejercicio**

La norma establece que “el vendedor se reserva el derecho de recuperar la cosa...” a fin de evitar situaciones discutibles (que podrían derivar de interpretaciones diversas del pacto, su forma de ejercicio y las condiciones del mismo) se estima que es fundamental establecer algunas cuestiones de manera expresa. De esta manera se considera fundamental dejar expresamente previsto que tanto la opción como su comunicación deben cumplirse antes de que se cumpla el plazo establecido.

En relación a la forma de la notificación se observa que algunos modelos plantean como alternativas principales las de “medio fehaciente” y “carta documento”. La primera se con-

<sup>10</sup> DI CHIAZZA Iván G. Ob. Citada pág. 121

sidera adecuada mientras que la segunda podría presentar dificultades prácticas en el diligenciamiento. Se considera recomendable realizarla por acta notarial.

**Segunda:** *Para ejercer este derecho el Vendedor, dentro del término expresado, deberá notificar de su voluntad de readquirir el dominio del inmueble por acta notarial al Comprador.*

### c) Domicilio de destinatario

También se estima conveniente consignar de manera expresa cual es el domicilio en donde debe realizarse la notificación. La mayoría de los modelos analizados eligen al “inmueble objeto de la compraventa”. En la práctica la cuestión debiera ser resuelta adecuadamente en las audiencias notariales, pero para el plano teórico proponemos que las partes consignen un domicilio especial en donde notificar y en caso de no hacerlo de esta manera, se estima prudente notificar tanto al domicilio del Comprador como al del inmueble, en virtud de la trascendencia de la misma. También puede resultar conveniente dejar prevista la alternativa, condiciones y forma para modificar dicho domicilio.

**Tercera:** *La notificación deberá ser cursada al domicilio del Comprador y también al inmueble objeto de la presente compraventa. El Comprador debe notificar cualquier cambio de domicilio de manera fehaciente al domicilio especial del Vendedor. El Comprador debe notificar cualquier cambio de domicilio de manera fehaciente al domicilio especial del Vendedor.*

### d) Restitución del precio

La parte que percibió el precio debe restituir el mismo importe salvo que se hubiere acordado un valor diferente en exceso o disminución. El artículo 1163 C.C.C.N. la establece como una contraprestación esencial expresando que “(...) recuperar la cosa vendida y entregada al comprador *contra restitución del precio*, con el exceso o disminución convenidos...” (el subrayado me pertenece). Lo dicho en cuanto al precio se reproduce en este punto, reiterando que la fijación en moneda extranjera puede ser una de las mejores alternativas para evitar desequilibrios. En tal caso también puede ser recomendable la incorporación de cláusulas especiales que prevean la injerencia estatal en el valor o el acceso a las divisas extranjeras.

Para la determinación del monto es conveniente analizar y tomar postura respecto a diversas cuestiones, entre otras:

a) Intereses y frutos: La pretensión de intereses compensatorios en principio se puede considerar compensada con la percepción de los frutos y/o el disfrute de la cosa, pero nada obsta a que las partes acuerden de manera especial en la materia.

El caso concreto puede presentar cuestiones a tener en cuenta respecto de las que pueden pactarse otras soluciones en ejercicio de la autonomía de voluntad, en tal

sentido Borda<sup>11</sup> destaca que en determinados casos sería conveniente que Comprador pudiera recuperar los costos de producción<sup>12</sup>.

b) Gastos de transferencia: las partes pueden discriminar quién se hace cargo de los gastos de cada una de las escrituras y en qué porcentaje, así también como la determinación del profesional a intervenir (más allá de las previsiones básicas del Código).

c) Mejoras: las partes podrían optar por considerarlas comprendidas en el importe a restituir, establecer la aplicación de las reglas generales del 1938, o pactar otra solución.

**Quinta:** *En oportunidad de suscribir dicha escritura el Vendedor restituirá en efectivo, en Dólares Estadounidenses billetes el precio consignado en la presente. Esa suma importará para el Comprador compensación suficiente por todo concepto y comprensiva de todas las mejoras, arreglos, reparaciones de cualquier tipo que haya realizado en el inmueble, y extinguirá cualquier pretensión, reclamo y/o derecho al respecto. Los frutos quedarán para la parte que los hubiera percibido. Los gastos y honorarios de dicha escritura son íntegramente a cargo del Vendedor.*

#### e) Constituto posesorio legal

La doctrina de manera uniforme reconoce que en el supuesto de ejercicio de la opción se presenta un caso de constituto posesorio legal, por el que el Comprador pasará tener la cosa en nombre del Vendedor, en virtud de lo prescripto por el artículo 1968 C.C.C.N. que establece *“Readquisición del dominio perfecto. Al cumplirse el plazo o condición, el dueño revocable de una cosa queda inmediatamente constituido en poseedor a nombre del dueño perfecto...”* (el subrayado me pertenece).

No obstante lo expresado algunos modelos establecen que el comprador *“...deberá restituir la posesión...”* o expresiones similares que se consideran equivocadas ya que, tal como se expresó, la posesión se ha transmitido por imperio de la ley y lo que deberá restituir es la tenencia de la cosa.<sup>13</sup>

**Sexta:** *Recibida la notificación el Comprador quedará inmediatamente constituido en poseedor a nombre del Vendedor y deberá otorgar la escritura referida, restituir la cosa y percibir el importe pactado.*

#### f) Estado del bien

Las cosas se aumentan o perecen para su dueño quien asume tal riesgo, aunque las partes pueden pactar sobre el particular. En el supuesto propuesto como ejemplo que

11 BORDA Alejandro, “Derecho Civil – Contratos”, Buenos Aires, La Ley, 2017, pág. 353

12 Ejemplo de ello podría ser que el caso de un sujeto que habiendo adquirido con pacto de retroventa un campo lo prepara, siembra, y realiza oportunamente todas las actividades necesarias, pero antes de la cosecha el Vendedor ejerce el derecho de retroventa sería injusto que el comprador perdiera todo lo invertido.

13 El C.C.C.N. toma posición y resuelve un debate doctrinario que existía por la redacción del art. 1371, inc. 2º; que para algunos exigía la tradición para que el vendedor recuperase el dominio.

el vínculo afectivo o emocional con la cosa puede ser determinante y en virtud de ello recuperarla en idénticas condiciones puede ser parte del acuerdo como obligación personal, en tal caso y al ser el estado del bien algo eventualmente discutible, se estima que se podría realizar un inventario o relevamiento del estado del bien.

**Séptima:** *El Comprador deberá restituir el inmueble en el estado en que se encuentra y que se consigna en el relevamiento de estado realizado por instrumento privado que se agrega a la presente en original, conste.*

### g) Efectos. Los actos de administración

Durante la vigencia del Código Civil de Vélez Sarsfield se planteó el debate respecto a los efectos del ejercicio de la opción, y de si esta extingüía o no los actos de administración. Con la reforma algunos autores consideran que se ha resuelto la cuestión (de manera concordante con su postura, claro está), pero la discusión se mantiene por la tensión que existe entre dos de los artículos del C.C.C.N.

De tal forma se observa que la postura mayoritaria parte del artículo 348 del Código que prescribe que *“Si se hubiese determinado el efecto retroactivo de la condición, el cumplimiento de ésta obliga a la entrega recíproca de lo que a las partes habría correspondido al tiempo de la celebración del acto. No obstante, subsisten los actos de administración y los frutos quedan a favor de la parte que los ha percibido.”* (el subrayado me pertenece) por lo que los actos de administración mantienen su vigencia; y completan su fundamentación con otras argumentos como su menor “gravedad” o los intereses de la sociedad que pueden ponerse en juego, entre otros<sup>14</sup>.

En este sentido se pronuncia Kiper quien sostiene que *“Esto tiene su razón de ser en que en los actos de administración son menos graves, y en ellos no existe obligación legal de exhibir título del transmitente, como ocurre, por ejemplo cuando se presenta el locador como dueño.”*<sup>15</sup>, y también García Hamilton al expresar que *“De esta manera, el artículo 348 también se aplicaría al dominio revocable y los actos de administración permanecerían firmes una vez extinguido el mismo, ya que al ser estos menos gravosos no requieren la exhibición del título ni el análisis de la situación registral del inmueble y el tercero no podría haber conocido la existencia de la condición o plazo”*<sup>16</sup>

La doctrina cita como ejemplo paradigmático a la locación con destino de vivienda en la cual el inquilino no suele requerir la exhibición del título (muchas veces ni siquiera se encuentra en la posición negocial de solicitarlo) en la cual, si se extinguieran los actos de administración podría ver afectados derechos protegidos por el C.C.C.N. y leyes especiales<sup>17</sup>. No obstante ello los autores que sostienen esta postura advierten que la duración máxima de los contratos de alquiler podría dar lugar a situaciones de abuso del derecho deberían ser resultas judicialmente a fin de evitarlo<sup>18</sup>.

14 Como la de los contratos de alquiler para vivienda que podrían hacer necesaria una reforma legislativa para garantizar su protección  
15 KIPER, Claudio, *“Tratado de derechos reales – Código Civil y Comercial de la Nación. Ley 26.994 – Tomo I”*, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 2016, Pág. 388

16 HAMILTON GARCÍA, Inés, *“Dominio Revocable”*, Revista del Notariado, - Número 933,01-09-2018, Cita: IJ-DCCXL-586

17 Nuevamente planteando como principal ejemplo a las locaciones urbanas para vivienda.

18 Sobre el presente resulta interesante recordar lo prescripto por el artículo 691 del C.C.C.N. “Contratos de locación. La locación de

En este sentido se destaca que para algunos autores que en determinadas condiciones los actos de administración podrían significar un abuso del derecho cuestionable judicialmente<sup>19</sup> en tal sentido Kiper destaca que "... el Código permite pactar locación por plazos más largos (entre 20 y 50 años, según el destino, art. 1197), lo que puede ser ruinoso si se mantiene. Quizás, ante este tipo de situaciones, el dueño perfecto podría invocar la configuración de un caso de ejercicio abusivo (art. 10)."<sup>20</sup> Otros autores sostienen que una locación por 20 años difícilmente puede ser considerado como un mero acto de administración y se aproximan a un acto de disposición.

Por otro lado, la postura minoritaria sostiene que la claridad del artículo 1969 del C.C.C.N. exime de un mayor análisis al expresar: "*Efectos de la retroactividad. Si la revocación es retroactiva el dueño perfecto readquiere el dominio libre de todos los actos jurídicos realizados por el titular del dominio resuelto; si no es retroactiva, los actos son oponibles al dueño.*" (el subrayado me pertenece).

Autores de importancia se pronuncia por esta postura tales como Marcelo E. Urbaneja<sup>21</sup> quien sostiene "*Cuando se produzca la re adquisición del dominio en virtud de haber ocurrido la causal resolutoria, tanto los derechos reales como los personales que hubiese constituido el comprador se extinguirán, pues el régimen imperante no distingue en función de la naturaleza de estos (art. 1969).*" Continúa expresando "*Cabe hacer notar que este régimen en materia de dominio revocable es una excepción a la regla general del art. 348 (...) El art. 1969, al no efectuar distinciones, proyecta los efectos de la resolución con mayor amplitud, innovando saludablemente respecto al ordenamiento precedente, que seguía lo que hoy es el principio general*"

El análisis sistemático del Código lleva a dar razón a la segunda postura ya que el artículo 348 ubicado en el Capítulo 7 regula de manera general a los hechos y actos jurídicos (Título IV) mientras que el artículo 1969, Capítulo 3 Dominio imperfecto dentro del Título III Dominio es la norma específica para la situación bajo análisis. Se considera excesivo la aplicación de la norma general a un supuesto tan específico como este en donde el Legislador ha tenido particularmente en cuenta la transcendencia de la revocación del dominio.

Pero más allá del debate teórico y la postura que se decida adoptar se podría establecer que el comprador está obligado a informar a la otra parte, por escrito y de manera previa a la celebración de cualquier contrato vinculado al bien, sobre a las características y límites de su dominio para garantizar la debida información de los terceros interesados. La cuestión puede prever una sanción especial para el caso de incumplimiento y también puede obligarse el comprador a incorporar en todos los contratos<sup>22</sup> una cláusula de expresa de resolución para este supuesto.

---

bienes del hijo realizada por los progenitores lleva implícita la condición de extinguirse cuando la responsabilidad parental concluya<sup>2</sup> respecto de los que no se plantea la conveniencia de su continuación.

19 ITURBIDE, Gabriela A., "*El dominio revocable en el Código Civil y Comercial*", Publicado en: RCCyC 2016 (septiembre), 207, Cita: TR LALEY AR/DOC/2671/2016

20 Kiper, Claudio, ob. Cit. Pág. 389

21 URBANEJA, Marcelo Eduardo, "*Práctica notarial de contratos usuales*", Buenos Aires, 2017, Pág. 121

22 En los que fuera jurídicamente viable.

**Octava:** Las partes acuerdan que la revocación tendrá efecto retroactivo y, por tanto, el Vendedor readquirirá el dominio libre de todos los actos jurídicos realizados por el Comprador. El Comprador se obliga a informar por escrito a los terceros con los que vaya a celebrar cualquier tipo de contrato la naturaleza y características de su derecho e incluir en dichos contratos una cláusula de resolución expresa siempre que ello fuera jurídicamente viable. El Comprador y responderá por cualquier perjuicio que por causa de los mismos pueda sufrir el Vendedor.

## h) Incumplimientos

Se considera de gran importancia dejar establecidas las sanciones para el incumplimiento de las obligaciones que surgen de la cláusula en análisis.

**Novena:** El incumplimiento de concurrir a instrumentar la escritura o en entregar la tenencia del bien en las condiciones pactadas hace incurrir al Comprador en mora de pleno derecho y faculta al Vendedor a consignar judicialmente el importe referido y a demandar el cumplimiento íntegro de las obligaciones a cargo del Comprador incluso mediante la ejecución forzada con más una cláusula penal de cien dólares estadounidenses diarios (USD 100) por cada día de retraso en el cumplimiento de las obligaciones convenidas y hasta el efectivo e íntegro cumplimiento. Las partes acuerdan que a pedido del Vendedor las sumas así devengadas podrán compensarse con el importe que correspondiere al Comprador.

## IX. Registración

Para la oponibilidad a terceros del pacto de retroventa conforme el artículo 1.166 sería suficiente que resultara de los *documentos inscriptos en el registro correspondiente*<sup>23</sup> (publicidad cartular), pero considerando las restricciones que en la práctica existen para que los terceros interesados accedan al contenido de una escritura y que el interés de las partes no es el único involucrado en relación a los bienes adquiridos con esta cláusula se considera que sería fundamental una publicidad más amplia, por ello que se piensa que hubiera sido preferible que el legislador estableciera la publicidad registral.

La normativa registral de Córdoba prescribe en el apartado 106<sup>24</sup> del Digesto que son objetos de registración los pactos de retroventa si ello fuera solicitado de manera expresa, no obstante ello se considera que todas estas cláusulas deberían ser publicitadas de oficio, independientemente del pedido del interesado.

23 ARTÍCULO 1166 C.C.C.N.- Pactos agregados a la compraventa de cosas registrables. Los pactos regulados en los artículos precedentes pueden agregarse a la compraventa de cosas muebles e inmuebles. Si la cosa vendida es registrable, los pactos de retroventa, de reventa y de preferencia son oponibles a terceros interesados si resultan de los documentos inscriptos en el registro correspondiente, o si de otro modo el tercero ha tenido conocimiento efectivo.

Si las cosas vendidas son muebles no registrables, los pactos no son oponibles a terceros adquirentes de buena fe y a título oneroso.

24 Resolución General 04 de 2015: Apartado 106. Serán susceptibles de registración, en la medida que sean rogadas expresamente, las siguientes cláusulas en materia de contratos de compraventa inmobiliaria instrumentados por escritura pública, a saber: a) pacto de retroventa (artículo 1163 del Código Civil y Comercial de la Nación); b) pacto de reventa (artículo 1164 del Código Civil y Comercial de la Nación); y c) pacto de preferencia (artículo 1165 del Código Civil y Comercial de la Nación).

Los pactos referidos deberán constar en la escritura de adquisición y ser rogados expresamente a los fines de su registración, conforme lo prescripto por el artículo 1.166 del Código Civil y Comercial de la Nación, siendo menester aclarar que se registrará sólo la cláusula mas no el término de la misma [de cinco (05) años (artículo 1167 del Código Civil y Comercial de la Nación)].

La misma norma establece que la cláusula debe necesariamente constar en la escritura de adquisición lo que se estima superfluo, conforme lo analizado en el apartado tercero del presente.

Tampoco parece correcta la referencia a que se *“registrará sólo la cláusula mas no el término de la misma [de cinco (05) años (artículo 1167 del Código Civil y Comercial de la Nación)]”* ya que, en primer lugar, el plazo de vigencia es un elemento particularmente importante para los terceros interesados; y en segundo lugar la referencia a “cinco años” es incorrecta ya que dicho plazo es el máximo, pero siempre puede pactarse uno menor.

### **X Conclusión**

El pacto de retroventa se considera una herramienta útil y válida para conseguir determinadas consecuencias jurídicas, su infiel utilización no debe destacarla. La jurisprudencia referida en el presente debe servir como advertencia para extremar cuidados y adoptar los recaudos necesarios para fortalecer a los contratos celebrados legítimamente y persiguiendo fines lícitos.

---



# VIAS DE ESCAPE ANTE LA FALTA DE VOCACION SUCESORIA DEL CONVIVIENTE

---

Por **Maríel A. NAVARRO**<sup>1</sup>

---

RESUMEN: El trabajo plantea las posibles soluciones que el Código Civil y Comercial de la Nación regula ante la falta de vocación sucesoria del conviviente.

ABSTRACT: The work presents the possible solutions that the Civil and Commercial Code of the Nation regulates in the face of the lack of inheritance vocation of the cocubine.

PALABRAS CLAVE: Sucesión. Conviviente. Código Civil y Comercial de la Nación.

KEY WORDS: Succession. Concubine. Civil and comercial of the nation.

## I. Introducción

Los tiempos han cambiado, las familias tradicionales también. En este marco, las personas unidas por vínculos afectivos a través del matrimonio van quedando relegadas por nuevas formas de pareja de distinto o igual sexo que se unen con el único fin de transitar sus vidas juntas pero decidiendo no enlazarse por medio de la institución del matrimonio, el que hoy inclusive cuenta con dos formas de régimen patrimonial matrimonial, de comunidad y de separación de bienes.

En el marco de la constitucionalización del derecho privado y el reconocimiento de la autonomía personal, se ha pasado de considerar un modelo único y rígido a múltiples formas reconocibles de organización familiar. Así, se habla de la sustitución del "derecho de familia" por el "*derecho de las familias*"<sup>2</sup>.

El Código Civil y Comercial de la Nación hizo eco de estos cambios y reconoció y reguló a las hoy llamadas uniones convivenciales, incorporando esta nueva figura en el derecho de familia a partir de su artículo 509. Así, los convivientes mayores de edad que tienen esta unión singular, pública, notoria, estable y permanente y que deben haber convivido por un plazo mínimo de dos años para obtener efectos legales, hoy poseen derechos, deberes y obligaciones dentro del vínculo familiar.

---

1 Navarro, Maríel A., Abogada y Notaria (UPB). Adscripta en Derecho Notarial I y II UBP en el año 2016, adscripta en Practica Notarial II en la UCC en el año 2021. Docente particular de Reales, Contratos, Registral, Notarial y Desarrollo Profesional. Fundadora del Taller Concurso Registro Notarial Córdoba

2 Zulma A. Dodda y Natalia Martínez Dodda. "*Posibles alternativas ante la falta de vocación sucesoria del conviviente*". XXXIV JORNADA NOTARIAL ARGENTINA -4 al 6 de mayo de 2023- Mar del Plata -Provincia de Buenos Aires. TEMA I: PLANIFICACION PATRIMONIAL FAMILIAR. Coordinadoras: Not. Karina Vanesa Salierno. Sub-coordinadora: Not. Solange Jure Ramos.

Uno de los temas más frecuentes que se presenta en Argentina es la cantidad de personas que deciden vivir en pareja de manera informal sin pasar por el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas, con los consecuentes efectos que conlleva dicha situación a los convivientes al momento del deceso de uno de ellos<sup>3</sup>. El Código Civil y Comercial tuvo algunos avances en esta temática, como por ejemplo al reconocer al conviviente superviviente como legitimado para ser parte en el reclamo de indemnización por daños no patrimoniales acaecidos sobre su compañero o compañera fallecido o incapacitado en los artículos 1741 y 1745 (que guardan su correlación con los artículos 1078, 1084 y 1085 del Código Civil que lo desconocían), y también al reconocerle al conviviente, con adquisición de origen legal en virtud del artículo 1894, el derecho real de habitación gratuito por el plazo máximo de dos años sobre el inmueble que fue propiedad de su compañero o compañera con los demás requisitos que exige el artículo 527. Pero aún así, la legislación Civil y Comercial continúa sin otorgarles a los convivientes vocación hereditaria en las sucesiones intestadas como sí la posee el cónyuge superviviente.

El objetivo de la presente investigación es adentrarnos un poco en las alternativas de regulación anticipada que tengan por objeto prevenir futuras controversias ante el cese de la unión convivencial causada por la muerte de uno de los convivientes y la posibilidad de prever una planificación sucesoria ante la falta de vocación hereditaria del conviviente.

Las herramientas jurídicas sobre las que podríamos profundizar son muchas, diversas y exceden el objeto del presente trabajo. Solo como motores de curiosidad y futuros análisis, podríamos mencionar a los pactos de herencia futura (regulados en el artículo 1010 del C.C.C.N.); el contrato de renta vitalicia; los poderes con validez post mortem (o más precisamente, que subsisten y no se extinguen por muerte del representado); dentro de los testamentos, al fideicomiso testamentario o inclusive al contrato al fideicomiso con trazabilidad sucesoria; la partición por ascendientes, entre otras. En el presente trabajo nos proponemos desarrollar brevemente el derecho real de usufructo por vía contractual y testamentaria y los pactos de convivencia con consecuencias sucesorias.

Generalmente, las parejas no casadas que conviven y que se acercan a la Escribanía manifiestan preocupación sobre situaciones futuras (más que presentes) de la pareja y sus miembros y, sobretodo, en torno al supuesto de muerte de uno de los convivientes, que está consagrado como causal de cese de la unión convivencial en el artículo 523 inciso a) del C.C.C.N. Lo que más inquieta es la eventualidad del fallecimiento de aquel que cumple el rol de proveedor de recursos económicos y/o el que tiene la titularidad de los bienes adquiridos durante la vigencia de la unión convivencial. En la práctica, el pacto de convivencia con previsiones para la vida de la unión o el cese voluntario de la misma no es una inquietud frecuente de los requirientes.

Como nuestro Código Civil y Comercial no le reconoce vocación hereditaria al conviviente en la sucesión intestada, solo es pasible de llamamiento testamentario, como heredero o legatario, o como beneficiario de diversos institutos propios de la planificación sucesoria, pero como cualquier tercero, como si nunca hubieran mantenido algún vínculo de tipo familiar con el causante. Es más, si quien falleció convivió toda su vida con su pareja pero no previó la transmisión de su patrimonio y no tiene parientes en grado sucesible, su patrimonio será reputado vacante.

3 Torno, Héctor Martín. "La vocación hereditaria del conviviente superviviente: un debate que continúa". Trabajo Final de Grado. Universidad Siglo XXI. Abogacía. 2019.

La intervención notarial tendrá como norte, fundamentalmente, evitar futuros conflictos entre los herederos y el conviviente supérstite.

En el ámbito del “derecho convivencial”, la autonomía de la voluntad alcanza su máxima expresión reduciéndose al mínimo el límite impuesto por las normas imperativas y de orden público, con mucho mayor libertad de autorregular el régimen económico patrimonial que en el matrimonio. Solo ante la falta de pacto se aplica la regulación legal, siendo entonces esta, supletoria o subsidiaria, como así lo establecen distintas normas que especifican que las soluciones legales allí previstas se establecen “a falta de pacto” (artículos 518 y 528 del C.C.C.N.).

*Como primer instrumento jurídico* al que podríamos acudir para estructurar la planificación patrimonial que rijan la unión convivencial y trayendo a colación una charla brindada por la Escribana Lidia Lasagna recientemente en una de las reuniones del Instituto de Cultura Notarial en nuestra Ciudad y Provincia de Córdoba en relación a la Instrucción de Trabajo 3/2023 emitida por el Registro de la Propiedad Inmueble de la Capital Federal<sup>4</sup>, podemos imaginarnos el caso de **convivientes condóminos** del inmueble que es sede de la vivienda familiar. Uno de los condóminos puede constituir derecho real de **usufructo** sobre su parte indivisa a favor del otro condómino o puede cada uno de ellos gravar con usufructo su parte indivisa a favor del otro condómino de manera recíproca. Puede ocurrir, entonces, que uno de los convivientes condóminos muera. En tal caso, sus herederos serán continuadores del derecho de condominio, pero el usufructo constituido a favor de su causante se extinguirá por efecto de su muerte. Pero respecto del conviviente y condómino supérstite, los herederos del fallecido deberán respetar el derecho de usufructo que este tiene constituido a su favor sobre la alícuota del difunto por el plazo pactado o hasta su fallecimiento. Entonces podemos encontrar en esta herramienta jurídica, un acto de planificación patrimonial y una forma de proteger al otro conviviente condómino. De igual manera, nada impide que cada uno de los condóminos transmita al otro por testamento (por supuesto, un testamento otorgado por cada condómino), el usufructo de su parte indivisa. Mas adelante analizaremos el legado de usufructo.

*Otro instrumento jurídico* regulado por el Código Civil y Comercial al que podemos acudir para estructurar la planificación patrimonial que rijan la unión convivencial y que, también como dijimos, se puede proyectar *tanto para la vida de los convivientes como con eficacia sucesoria*, es el **pacto de convivencia** regulado en los artículos 513 a 517 del C.C.C.N.

Es positivo agregar como corolario a la autonomía de la voluntad que impera entre los convivientes, que entre ellos rige el principio de libertad de contratar receptado en el artículo 990 del C.C.C.N. Esta libertad se encuentra vedada para los cónyuges que no opten por el régimen patrimonial matrimonial de separación de bienes. Así, los convivientes ven en este artículo una ventana abierta para poder organizar sus relaciones jurídicas tanto en vida como para luego de su muerte.

Los límites que existen para esta autonomía de la voluntad de los convivientes derivan de tres parámetros que no podrán soslayarse y que están previstos en el artículo 515

---

<sup>4</sup> Según la instrucción de trabajo mencionada, ello genera una nulidad absoluta porque “se estaría cediendo lo que el otro ya posee y recibiendo del otro lo que ya se tiene” (opinamos que dicha solución no es exacta ya que lo que cada uno cede al otro es lo que le falta, no lo que ya tiene o posee). No puede saber el registrador con antelación qué causas subyacen y motivaron al acto jurídico que consideran viciado de nulidad absoluta.

del Código Civil y Comercial: que lo pactado no vulnere el orden público, que no sea contrario al principio de igualdad entre los convivientes y que no afecte sus derechos fundamentales.

Dijimos que ante la falta de pacto para regular la unión que conforman de manera convencional, que es lo que comúnmente sucede (es decir, que no celebren pacto de convivencia), el legislador ha previsto un *régimen supletorio*. Dijimos también, que una de las causales de cese de la unión convivencial que prevé el artículo 523 del C.C.C.N. (artículo al que el Código Civil y Comercial remite en varias de las restantes normativas de regulación de ésta temática) es la muerte de uno de los convivientes. Bueno, este régimen supletorio se aplica a *todas* las causales de cese de la unión (nosotros hacemos hincapié en la muerte) porque el Código Civil y Comercial no distingue entre disolución voluntaria o extinción por causa de muerte.

Dicho régimen establece que, en caso de cese de la unión, y ante la falta de pacto, se aplicarán las siguientes reglas: 1) Los bienes adquiridos durante la vigencia de la unión permanecerán en el patrimonio de quien los hubiera adquirido (artículo 528 C.C.C.N.), ello sin perjuicio de la posibilidad de probar enriquecimiento sin causa, interposición de persona, entre otros; 2) Derecho a solicitar compensación económica por el desequilibrio económico causado en la convivencia y por su ruptura (artículo 524 C.C.C.N.), y 3) La posibilidad de invocar el derecho de atribución de la vivienda familiar (artículo 526 y 527 del C.C.C.N.), donde sí aparece una distinción en cuanto a la causa del cese, en tanto el artículo 527 que regula el derecho real de habitación, regula exclusivamente el caso de muerte de uno de los convivientes.

Una pregunta que podemos hacernos, ya que mencionamos antes la posible *eficacia sucesoria de los pactos de convivencia*, es: ¿Puede el pacto de convivencia contener cláusulas de planificación patrimonial con proyección sucesoria? El artículo 514 del Código Civil y Comercial, que establece el contenido de los pactos de convivencia, comienza diciendo que "Los pactos de convivencia pueden regular, *entre otras cuestiones:...*", lo que indica claramente que la enumeración que sigue a continuación no tiene carácter taxativo. El límite lo encontramos en el artículo 513 del C.C.C.N. que establece que el pacto no puede dejar sin efecto lo dispuesto en las normas de carácter tutelar que hacen referencia a los deberes de asistencia, de contribución a los gastos del hogar, a la responsabilidad por las deudas frente a terceros y a la protección de la vivienda familiar mediante el asentimiento convivencial. Por lo que el pacto de convivencia puede contener previsiones tanto para durante la convivencia como para el caso de cese de la misma y más específicamente, tanto para la vida de la convivencia como para el caso de fallecimiento de uno de los convivientes.

Así, la muerte como causal de cese de la convivencia o de la unión convivencial va a hacer producir los efectos o las consecuencias establecidas en el pacto de convivencia, de la misma manera que lo haría el cese voluntario en vida, tornándose exigible el pacto a ese respecto. Si el cese de la unión convivencial se produce por muerte de uno de los convivientes obligados al pago, el cumplimiento de las obligaciones fijadas deberá requerirse por el conviviente supérstite acreedor ante el sucesorio del fallecido porque es una deuda del causante-conviviente, o si el causante otorgó a favor del conviviente un poder que reúne los requisitos para no extinguirse por la muerte del representado, podrá este, sin más trámite, ejecutar directamente como apoderado la manda. Su cumplimiento se transmite a los herederos.

Por lo que podemos concluir que el pacto de convivencia celebrado en vida de los convivientes, producirá consecuencias sucesorias, por haberse producido el cese de la unión convivencial por muerte de uno de los convivientes.

La pregunta que puede surgir a consecuencia de lo anteriormente expuesto sería: *¿este pacto requerirá forma testamentaria?* La respuesta es: dependerá de la causa del pacto. Si la causa es la asignación de una recompensa en virtud del desequilibrio que genera la ruptura de la unión convivencial para su recomposición, o es el reconocimiento del esfuerzo común para la adquisición de los bienes que son de titularidad de uno solo de los convivientes, o es el pago por las tareas realizadas por uno de ellos, el fundamento es convencional, no hay una liberalidad, el conviviente supérstite tendrá un derecho creditorio en expectativa que ya está en su patrimonio, porque se reconoció que participó en la generación de esa riqueza y que producirá efectos o consecuencias en caso de cese de la unión convivencial por cualquiera de las causas previstas por el Código Civil y Comercial, incluso, como dijimos, la muerte. Entonces, el pacto no requerirá forma testamentaria. Ahora, si la causa es viabilizar una liberalidad sobre el patrimonio, una atribución patrimonial de uno a favor del otro para después del fallecimiento, con eficacia sucesoria o para el caso de muerte, entonces sí, sólo en ese caso, deberemos recurrir a la forma del testamento.

*La otra vía de escape* que nos proponemos desarrollar en el presente trabajo, ante la falta de vocación hereditaria en la sucesión intestada del conviviente, es la opción de la *vía testamentaria*, a la que ya dijimos también que se debe recurrir en cuanto a su forma, cuando lo que quiere un conviviente es realizar una liberalidad a favor del otro conviviente que produzca efectos causados o a consecuencia de su muerte.

Estas disposiciones no podrán violentar el límite impuesto por la legítima hereditaria, en virtud de lo establecido por los artículos 2444 y 2447 del C.C.C.N. que se establecen en protección de los legitimarios o herederos forzosos del testador, en caso de que estos existan. Así, el conviviente podrá: ser *instituido como heredero* universal, si el testador carece de herederos forzosos o, si los tiene, podrá instituirlo como heredero de cuota, en cuyo caso podrá disponer solo de su porción disponible, la que será de un tercio o la mitad, si posee descendientes o ascendientes, respectivamente, conforme lo establecen los artículos 2445 y 2446 del C.C.C.N. También hay doctrina que dice que el testador podría, además de instituirlo como heredero o legatario, entre otros, disponer la ampliación del plazo de solo dos años que la ley reconoce al conviviente para ejercer el derecho real de habitación ante el cese de la unión. También podrá ser beneficiario por el establecimiento de indivisiones forzosas que disponga el testador. O también, podría beneficiarlo a través de un legado sobre un bien o bienes particulares mediante el *legado de usufructo* a su favor. Si el objetivo es darle al conviviente supérstite la seguridad de que podrá seguir habitando el inmueble que fue asiento de la unión convivencial en forma vitalicia, podría entonces disponer por vía de legado, la constitución de usufructo sobre ese inmueble a su favor.

Respecto a este último supuesto, el *usufructo* se constituirá, entonces, por *vía testamentaria* y vamos a tener dos derechos reales independientes entre sí y con titulares distintos: el derecho real del heredero nudo propietario, para el que la cosa es propia y el del usufructuario, para el que la cosa es ajena, teniendo cada uno sus condiciones propias de existencia y ejercicio<sup>5</sup>. La constitución del usufructo por vía testamentaria no la en-

---

5 Dra. Liliana E. Abreut de Begher. "Comisión n°5, Usufructo. El usufructo: Sus caracteres frente al nuevo Código Civil y Comercial".

contramos expresada como modo de constitución en el artículo 2134 del C.C.C.N. pero la encontramos en el artículo 2137 del C.C.C.N. cuando establece "... si el usufructo se constituye por testamento...". La constitución del derecho real de usufructo por testamento se puede materializar por tres formas diferentes: 1) legando solamente el uso y goce de la cosa con reserva de la nuda propiedad a favor del heredero; 2) legando a uno la nuda propiedad y al otro el uso y goce, o 3) legando la nuda propiedad al legatario quedando implícitamente en cabeza del heredero el derecho real de usufructo<sup>6</sup>. El testador va a poder establecer la constitución del usufructo por un plazo determinado o constituir el usufructo de manera vitalicia para que su duración se extienda durante toda la vida del conviviente usufructuario. De todas maneras, aunque el testador haya establecido un plazo de duración del usufructo, si el usufructuario fallece antes del vencimiento del plazo, el usufructo se extinguirá por su carácter de intransmisible por causa de muerte. Esta consolidación en cabeza del nudo propietario se produce ipso iure, constituyendo al ya no usufructuario, en tenedor a nombre del nudo propietario y ahora titular del dominio. El conviviente tendrá, como características generales, este derecho real temporario, en virtud del cual el conviviente supérstite usufructuario va a tener el derecho a usar y gozar, es decir su dominio útil, y va a poder también, si quiere, disponer jurídicamente de su derecho por actos entre vivos, por su carácter de ser hoy transmisible, y pudiendo constituir en su carácter de usufructuario, derechos reales o personales sobre el bien objeto del usufructo. Va a poder recaer, en cuanto a su objeto, sobre una cosa mueble o inmueble ajena (como bien material) o sobre un derecho también ajeno (como bien inmaterial, cuando el derecho estuviere instrumentado, como por ejemplo el mismo derecho de usufructo cuando el usufructuario lo transmite, una marca, un crédito, acciones o cuotas sociales, etc.), y va a tener la carga de respetar la sustancia (materia o destino de la cosa, o menoscabo del derecho), y deberá restituir, al culminar este usufructo, la misma cosa recibida con el desgaste o deterioro normal producido por el paso del tiempo al heredero o al nudo propietario que tenga derecho a la restitución. El usufructuario para el que, como legatario, su derecho va a nacer en el momento mismo de la muerte del testador, tendrá entonces este derecho de uso y goce de manera directa, una vez que haya tomado posesión del bien usufructuado luego de que el o los legitimarios cumplan con el "deber de entrega" de la cosa, como consecuencia de este derecho ya nacido, y podrá obtener los beneficios económicos de la misma sin injerencia del nudo propietario<sup>7</sup>. Sabemos que respecto de terceros y en materia de inmuebles o muebles registrables, va a tornarse oponible con su inscripción registral. Dijimos que el usufructo puede tener objetos variados establecidos en el artículo 2130 del C.C.C.N. (una cosa no fungible o un conjunto de animales como cosa no fungible, un derecho o el todo o parte indivisa de una herencia, en este último caso cuando el usufructo se constituye por testamento), pudiendo ejercerse sobre la totalidad o una parte material de la cosa o por una parte indivisa o una alícuota del derecho. Podrá constituirlo el dueño, el titular del derecho de Propiedad Horizontal, el superficiario o el condómino solo sobre su parte indivisa y sin el concurso de los restantes condóminos, quedando el usufructo subordinado al resultado de la partición del condominio.

Tenemos un cambio en relación a la presunción de su constitución de manera onerosa o gratuita, porque hoy el Código establece que su constitución se presumirá onerosa sin distinguir las vías de constitución (como presunción iuris tantum, salvo prueba en

6 Cámara Nacional Civil, Sala I, 5-2-98, en autos "Carcacha, Raquel P. c/ Carcacha de Perlo, Olga D. y otro", J.A. 1998-II-334).

7 Roberto Malizia. "Derechos Reales Sobre Cosa Ajena de Uso y Aprovechamiento". Aplicación Notarial del Código Civil y Comercial de la Nación. Tomo III. Claudio Kiper (Director) y Luis O. Daguerre (Coordinador). Rubinzal-Culzoni, 2015.

contrario), cuando en el Código Velezano el artículo 2819 establecía que en caso de duda se presumía oneroso el usufructo constituido por contrato y gratuito el constituido por disposición de última voluntad.

El artículo 2134 del C.C.C.N. al que recurrimos para encontrar la constitución del usufructo por vía testamentaria, regula el deber, previo a entrar en el uso y goce del bien el usufructuario, de inventariar y determinar el estado del objeto del usufructo, que en el caso de esta constitución por vía testamentaria, configura una obligación no dispensable del designado como usufructuario y que debe realizarla indefectiblemente por escritura pública. También podría el testador estipular que, previo al ingreso en el uso y goce por el usufructuario, este otorgue garantía suficiente por la conservación y restitución del bien usufructuado una vez que el usufructo se extinga y a favor de quien adquiera el carácter de nudo propietario. También podría no establecer manifestación alguna en relación con la garantía y entenderse esta omisión como manifestación tácita de la voluntad de dispensarlo.

De esta manera, el conviviente usufructuario podrá continuar viviendo en el inmueble que fue sede del hogar familiar y que es de titularidad del conviviente fallecido, durante el resto de su vida y ante la prohibición de turbación o daño alguno en el goce del usufructuario por parte de los legitimarios nudo propietarios, estos no podrán cambiar la forma de la cosa gravada con usufructo, no podrán levantar construcciones nuevas o ampliar las existentes, destruir cosa alguna, entre otras.

Ahora bien, dijimos que al constituirse el usufructo por vía testamentaria debe respetarse la legítima de los herederos forzosos. De ahí es que, ingresando por último, al análisis del artículo 2460 del C.C.C.N., este dispone que "Si la disposición gratuita entre vivos o el legado son de usufructo, uso, habitación o renta vitalicia, el legitimario o, en su caso, todos los legitimarios de común acuerdo, pueden optar por cumplirlo o entregar al beneficiario la porción disponible." Este artículo tiene su fuente en el artículo 3603 del Código Civil, que a su vez, se inspiró en el artículo 917 del Código Francés y que sostenía que si la disposición testamentaria era de un usufructo o de una renta vitalicia, cuyo valor excediera la cantidad disponible por el testador, los herederos legítimos tendrían la opción de ejecutar la disposición testamentaria o de entregar al beneficiario la cantidad disponible. Advertimos en este artículo, como quedó redactado en el C.C.C.N., que, además de agregar que no solo aplica a disposiciones testamentarias sino también a disposiciones en vida a título gratuito, lo que no es menor, omite mencionar que la opción se activará en caso de que el valor del usufructo exceda la porción disponible del patrimonio del testador. Hay doctrina que establece que si se trata de un usufructo sin plazo, durará tanto como la existencia del titular, por lo cual se presenta el problema acerca de cómo establecer su valor para saber si excede o no de la porción disponible del testador. Como dicho valor siempre dependerá de la duración de la vida del beneficiario, el valor no podrá ser determinado de antemano. Así, concluyen que, en virtud de la omisión, esta norma permitiría evaluar al o los legitimarios la opción que les parezca más oportuna, optando luego por entregar la porción disponible, desobligándose del usufructo, o esperando que el usufructo se extinga. Dicen que si bien es verdad que esta solución altera lo dispuesto por el causante, suprime los problemas que de otra manera se presentarían si los legitimarios debieran probar que el valor del usufructo excede la porción disponible<sup>8</sup>.

---

8 Cámara Nacional Civil, Sala I, 5-2-98, en autos "Carcacha, Raquel P. c/ Carcacha de Perlo, Olga D. y otro", J.A. 1998-II-334.

El Código Civil y Comercial no fija término alguno para hacer uso de la opción, de manera que el heredero conservará ese derecho hasta tanto el legatario lo intime para que la ejerza. Si el legatario intima judicialmente el cumplimiento del legado como se estableció en el testamento, el heredero podría hacer uso de la opción al contestar la demanda.

Entonces por un lado, marquemos la necesidad, en caso de que sean varios los legitimarios, de que todos estén de acuerdo con la opción elegida. En caso de conflicto, la hipótesis de conflicto deberá ser resuelta por el legatario, pues este acuerdo previo es indispensable para dar cumplimiento a la disposición testamentaria de la que se trate. Y por otro lado, acerca de la prueba sobre el exceso de la porción disponible, se perfilaron dos teorías: una que establece que este artículo es de carácter excepcional, por lo cual el heredero, para tener derecho a la opción, deberá demostrar que el legado excede de la porción disponible, para lo cual se encontrará con el problema de establecer el monto del usufructo, o de lo contrario, estará obligado a cumplir el legado como lo estableció el testador. Y la otra sostiene que no es necesaria la demostración, liberando al legitimario de la necesidad de establecer el valor del usufructo. En razón de esta última doctrina que se establece que debe ser considerada hoy como mayoritaria, nosotros vemos coartada esta vía de escape. Estamos ante otro medio especial de extinción del usufructo, en su variante de usufructo constituido por vía testamentaria y esto se da porque la ubicación metodológica de esta norma, su letra y la de los artículos 2496 a 2499 del Código Civil y Comercial fuerzan a concluir que el usufructo puede extinguirse por decisión del o de los legitimarios al hacer uso estos de la opción de no cumplir con el legado y entregar la porción disponible al legatario<sup>9</sup>.

“La exclusión normativa unida a la preponderancia del principio de la autonomía de la voluntad, en materia de uniones convivenciales, crean el ámbito propicio para que el notario pueda ejercer su función asesora con más creatividad que nunca”<sup>10</sup>.

---

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- XXXIV JORNADA NOTARIAL ARGENTINA -4 al 6 de mayo de 2023- Mar del Plata –Provincia de Buenos Aires. “Posibles alternativas ante la falta de vocación sucesoria del conviviente”. Zulma A. Dodda y Natalia Martínez Dodda. *TEMA I: PLANIFICACION PATRIMONIAL FAMILIAR*. Coordinadora: Not. Karina Vanesa Salierno. Sub-coordinadora: Not. Solange Jure Ramos.
- “La vocación hereditaria del conviviente supérstite: un debate que continúa”. Torno, Héctor Martín. Abogacía. 2019. Trabajo Final de Grado. Universidad Siglo XXI.
- “Derechos Reales Sobre Cosa Ajena de Uso y Aprovechamiento”, por Roberto Malizia. Aplicación Notarial del Código Civil y Comercial de la Nación. Tomo III. Claudio Kiper (Director) y Luis O. Daguerre (Coordinador). Rubinzal-Culzoni, 2015.
- El usufructo: Sus caracteres frente al nuevo Código Civil y Comercial. Autor: Dra. Liliana

---

9 Marcelo Eduardo Urbaneja. “Comisión n° 5, Reales: “Usufructo” CAUSAS DE ADQUISICIÓN Y DE EXTINCIÓN DEL USUFRUCTO EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN”.

10 Zulma A. Dodda y Natalia Martínez Dodda. “Posibles alternativas ante la falta de vocación sucesoria del conviviente”. XXXIV JORNADA NOTARIAL ARGENTINA -4 al 6 de mayo de 2023- Mar del Plata –Provincia de Buenos Aires. *TEMA I: PLANIFICACION PATRIMONIAL FAMILIAR*. Coordinadoras: Not. Karina Vanesa Salierno. Sub-coordinadora: Not. Solange Jure Ramos.

- E. Abreut de Begher. Comisión n°5, Usufructo. XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil. 01, 02 y 03 de Octubre de 2015. Bahía Blanca, Argentina. Universidad Nacional del Sur.
- CAUSAS DE ADQUISICIÓN Y DE EXTINCIÓN DEL USUFRUCTO EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN. Autor: Marcelo Eduardo Urbaneja. Comisión n° 5, Reales: "Usufructo". XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil. 01, 02 y 03 de Octubre de 2015. Bahía Blanca, Argentina. Universidad Nacional del Sur.
  - Código Civil y Comercial de la Nación Comentado. Marisa Herrera - Gustavo Caramelo - Sebastián Picasso Directores. Tomo VI. Libro Quinto y Libro Sexto. Artículos 2277 a 2671.
  - Usufructo entre Condóminos. Revista-Notariado.org.ar. 28/07/2023. Claudio M. Kiper.



# PRINCIPIO DE VOLUNTARIEDAD. PRINCIPIO DE UNICIDAD. PRINCIPIO DE MISMIIDAD EN EL REGIMEN DE VIVIENDA

---

Por **Augusto Luis PICCON**<sup>1</sup>

---

**RESUMEN:** Este trabajo analiza la vivienda como uno de los derechos fundamentales del hombre regulados constitucionalmente y su recepción en la normativa nacional y registral.

**ABSTRACT:** This work analyzes living place as one of the constitutionally regulated fundamental rights of man and its reception in national and registry regulations.

**PALABRAS CLAVE:** Vivienda. Constitución. Normativa nacional y registral.

**KEY WORDS:** living place. Constitucion. National and registry regulations.

## I. Introducción

### **Derecho a la vivienda - Derecho humano -**

Es importante ver de dónde viene este Régimen de Vivienda que vamos a estudiar, analizar y desmenuzar en estas jornadas, no solo en cuanto a su origen histórico, sino en cuanto a su fundamento jurídico, o sea la raíz que sostiene su existencia. Y por ello no podemos dejar de tener presente, aquí el derecho a la vivienda, que es un derecho humano, y como todo derecho humano busca la dignidad del hombre, pero además este derecho humano, tiene cierta jerarquía, pues es un derecho base para otros derechos.

El derecho a la vivienda es “un derecho humano que constituye la base para el disfrute de todos los derechos económicos, sociales y culturales y está vinculado en su integridad a otros derechos humanos, ... lo que pone de resalto que resulta indivisible respecto de todos los demás derechos y esencial para un enfoque que toma como base la dignidad, la igualdad y la seguridad de las personas.”<sup>2</sup>

“Pero debe remarcar que, aunque hoy concibamos como natural la idea de tutelar

---

<sup>1</sup> Piccon, Augusto Luis, Escribano. Profesor titular de Práctica Notarial II de la UCC, Profesor Titular de Derecho Notarial I de la UBP, Profesor Adjunto de Práctica Notarial de la UNC.

<sup>2</sup> “La afectación a la vivienda como expresión de la dignidad humana”  
<https://repositorio.uca.edu.ar/bitstream/123456789/10765/1/afectacion-vivienda-expresion-dignidad.pdf>

la vivienda como uno de los elementos esenciales en la vida del hombre, en verdad la necesidad de su protección plasmada en la legislación de derecho privado, de manera eficiente y directa, es relativamente reciente. Como bien expresa Kemelmajer, la vivienda en sí, como base material de la vida humana, que da cobijo y protección física, frente a los riesgos de la intemperie, recién comienza a verse reflejada en el ámbito del derecho privado, en la segunda mitad del siglo pasado”<sup>3</sup>.

Sin embargo hoy cuando hablamos del derecho a la vivienda, no nos referimos a este concepto de vivienda básico, sino un concepto más amplio. En cuanto lo concebimos como un derecho humano base, lo relacionamos con los otros derechos humanos, porque ese es el espacio para que el hombre pueda desarrollar su vida íntima, y también atender a las exigencias de la vida de relación, poder lograr una salud física y psicológica, espacio vital íntimo en donde se desarrolla el ser humano, es decir, el ámbito donde se transmiten las pautas culturales. Aquí es importante que recordemos que la definición amplia de salud adoptada por la OMS en 1946, según la cual, ésta no debe ser entendida como la mera ausencia de enfermedad sino como el estado de completo bienestar físico, psíquico y social de los individuos.

“Salomón destaca que la protección constitucional de la vivienda familiar busca preservar el deber de asistencia entre los miembros de la familia, promover la estabilidad y cohesión entre sus integrantes, y resguardar la protección económica y jurídica del grupo familiar”.<sup>4</sup>

Nuestra antigua carta magna no poseía un precepto en relación a la vivienda, sino que en 1949, durante la presidencia del Gral. Juan Domingo Perón, se reformó la constitución de 1853 incorporando ciertos derechos sociales “En esa época se hacía notar el auge del Constitucionalismo Social que ganaba terreno en todas o la mayoría de los pueblos, impregnando sus principios en las normativas constitucionales de los Estados y Argentina no fue ajena a esa influencia”<sup>5</sup>

“El constitucionalismo social surge en la primera posguerra del siglo XX, encuentra expresión en la constitución de México de 1917 y cobra ejemplaridad universal cuando lo difunde la constitución alemana de Weimar de 1919... y se maneja con una pluralidad de lineamientos tales como:

a) inclusión en las constituciones formales de una declaración de derechos "sociales" y "económicos", que abarcan el ámbito de la educación, la cultura, la familia, el trabajo, la asociación profesional o sindical, la propiedad, la economía, la minoridad, la ancianidad, la seguridad social, etc.;

b) Regulaciones en torno de la llamada cuestión social, que se refiere a: b') la situa-

3 VENTURA, Gabriel “AFECTACIÓN DE LA VIVIENDA - Art 244 CCCN” Derecho de Familia, Revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia, N° 80, Abeledo-Perrot, Bs. As, 2017, págs. 73 y siguientes.

4 ZAVALA Gastón, en su trabajo presentado en las XXVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, año 2022 que será publicado próximamente en la Revista de Derecho Notarial y Registral de la UBP “LA SOCIOAFECTIVIDAD FRENTE A LA VIVIENDA FAMILIAR Y LAS SOCIEDADES”, citando a Salomón, SALOMON, M.J.: “Bien de familia y derecho sucesorio: reflexiones desde la constitución nacional”, p. 393. Revista de Derecho Privado y Comunitario 2011-1. Bien de Familia. Rubinzal Culzoni Editores. Santa Fe. 2011.

5 “Zaragoza, M. M. (2016). Historia, evolución y actualidad de los derechos sociales [en línea] Documento inédito. .Universidad Católica Argentina. Facultad “Teresa de Ávila”. Departamento de Derecho. Disponible en: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/contribuciones/historia-evolucion-derechos-sociales.pdf>

ción del hombre en función del trabajo; b") las relaciones entre capital y trabajo, clases sociales y factores de producción, empleadores y trabajadores, sindicatos y estado.

.... se preocupa por estructurar un orden social y económico a efectos de que la remoción de obstáculos permita a todos los hombres una igualdad de oportunidades y un ejercicio real y efectivo de las libertades y los derechos subjetivos".<sup>6</sup>

Hay claramente dos etapas bien diferenciadas, mientras que en la primera, el constitucionalismo clásico, marcaba claramente la necesidad de derechos individuales, en esta segunda etapa, el constitucionalismo social, incorpora una nueva categoría de derechos, mencionados en la doctrina entonces como "de segunda generación" que son los sociales, incorporando en la normativa constitucional cláusulas de tipo económico, social y cultural.

Pero lo más importante, es destacar que la incorporación de estos derechos de segunda generación, cambia claramente la concepción del Estado, "Estos contenidos de tipo social incorporados progresivamente... llevará de a poco ... a la concesión de un nuevo papel para el Estado: **una relación diferente entre derecho y economía**. Este fenómeno se produce como resultado de lo sucedido a partir del industrialismo y de sus consecuencias, que produce realidades que eran totalmente desconocidas en el siglo XVIII y principios del XIX. Es así como surge la necesidad imperiosa de proteger a determinados grupos vulnerables por su condición social, franja etaria (niños, ancianos), género (consideración de la maternidad), posición desventajosa (discapacidad), entre otras situaciones que requieren de una asistencia particular, sólo destinada a esos sectores, a diferencia de lo que ocurren en el terreno de los derechos individuales, que son conferidos a todas las personas por igual."<sup>7</sup>

Si bien esa constitución de 1949 no duró muchos años ya que bajo el gobierno de facto del Gral. Aramburu, se decidió derogar la reforma anterior, o sea la de 1949 y por medio "...de la proclama del 27 de abril de 1956 especificaba: "Declarar vigente la Constitución Nacional sancionada en 1853, con las reformas de 1860, 1866, 1898 y exclusión de la de 1949..." pero "...no obstante el desconocimiento y desdén a la reforma de 1949, se incorporó el artículo 14 bis a la Constitución, manteniendo en cierta manera la performance social que se había aportado en la reforma anterior"<sup>8</sup>

Hay que remarcar que "El derecho a la vivienda se lo incluye en las declaraciones internacionales de derechos del hombre (Declaración Universal de los Derechos del Hombre -arts. 16 a 25-; Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; Convención Americana sobre Derechos Humanos -Pacto de San José de Costa Rica-; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; Convención Internacional sobre

6 GOMEZ ZAVAGLIA, Tristán "El derecho humano a una vivienda adecuada" Marzo de 2013

"La sentencia constitucional: una importante llave para el acceso a la vivienda adecuada", en la obra "Derecho Procesal Constitucional"; Asociación Colombiana de Derecho Procesal Constitucional. ISBN: 978-958-57887-0-1 VC-Editores Ltda. Bogotá Colombiana, Id SAJ: DACF170395

7 GOMEZ ZAVAGLIA, Tristán "El derecho humano a una vivienda adecuada" Marzo de 2013

"La sentencia constitucional: una importante llave para el acceso a la vivienda adecuada", en la obra "Derecho Procesal Constitucional"; Asociación Colombiana de Derecho Procesal Constitucional. ISBN: 978-958-57887-0-1 VC-Editores Ltda. Bogotá Colombiana, Id SAJ: DACF170395

8 "Zaragoza, M. M. (2016). Historia, evolución y actualidad de los derechos sociales [en línea] Documento inédito. .Universidad Católica Argentina. Facultad "Teresa de Ávila". Departamento de Derecho. . Disponible en: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/contribuciones/historia-evolucion-derechos-sociales.pdf>

la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial -art. 5°; Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer -art. 3°; Convención sobre los Derechos del Niño -art. 27, inc. 3°; Convención Americana sobre Derechos Humanos art. 26-)<sup>9</sup> Todos pactos ratificados por nuestro estado y que en virtud de nuestra actual constitución forman parte de la Carta Magna.

La Constitución de la Nación Argentina en su articulado 14 bis dice que: El Estado otorgará los beneficios de la seguridad social, que tendrá carácter de integral e irrenunciable. En especial, la ley establecerá: el seguro social obligatorio, que estará a cargo de entidades nacionales o provinciales con autonomía financiera y económica, administradas por los interesados con participación del Estado, sin que pueda existir superposición de aportes; jubilaciones y pensiones móviles; la protección integral de la familia; la defensa del **bien de familia**; la compensación económica familiar y el **acceso a una vivienda digna**.

Un antecedente que menciona Kemelmajer es la figura del HOMESTEAD “expresión que los portorriqueños traducen como hogar seguro y es definida en el diccionario legal Black’s como el derecho sobre propiedad inmueble, creado por la ley para proteger la posesión y el disfrute de su dueño contra reclamaciones de sus acreedores mediante el retiro de la propiedad de la ejecución y venta forzada, siempre y cuando la propiedad sea utilizada para vivienda. Existe la creencia popular de que esta figura jurídica fue creada por Abrahán Lincoln en 1862, sin embargo según ciertos autores, su origen se remonta a 1820 cuando el gobierno federal norteamericano comenzó a ceder las tierras públicas bajo ciertas condiciones a los colonos que las ocupaban y las cultivaban. La primera ley sobre el homestead se promulgó en Texas, en 1839 y luego se incorporó a la constitución de ese estado en 1845”.<sup>10</sup>

Ahora, si bien no podemos dejar de mencionar este antecedente, más teniendo en cuenta el prestigio de su autora, y la calidad de su trabajo. Entiendo que más importante es ver la raíz en la evolución de nuestro derecho constitucional, porque aunque esas ideas hayan ayudado al legislador para ver cómo dar cabida práctica a ciertos derechos, en realidad lo importante es que este vio la necesidad de incorporar ciertos derechos para lograr la dignidad del hombre, que los derechos individuales no conseguían del todo.

Volviendo a nuestra Constitución y la incorporación de este artículo 14 bis, tenemos que decir que, el legislador sabía que en lo práctico, esto no bastaba. Más allá de la discusión acerca de si una norma es operativa o programática, muchas veces no basta que un derecho está establecido en la constitución de un país, para lograr su efectivo goce, sino que para la eficacia del precepto se necesita de un desarrollo legislativo que determine más precisamente el mecanismo concreto de protección, estableciendo claramente su contenido, y la manera fáctica de acceder y gozar a la prerrogativa legal. Por esa razón, y en ese marco, del auge del constitucionalismo social, y con la constitución de 1949 vigente, se dicta una norma para hacer efectivo ese derecho a la protección de la vivienda familiar, la ley 14394 de protección al Bien de familia sancionada el 22/12/54.

El régimen de vivienda que vamos a analizar hoy, indudablemente tiene su raíz en este

9 ABELLA, Adriana N. y SABENE Sebastián, en Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado, Anotado y Concordado, Coordinador: Eduardo Gabriel CLUSELLAS, Tomo I ASTREA FEN 2015.

10 KEMELMAJER DE CARLUCCI Aida, “Protección jurídica de la vivienda familiar” Ed Hammurabi - Jose Luis Depalma Buenos Aires 1995.

régimen de bien de familia, y eso también no podemos dejar de tenerlo en cuenta al exponer hoy nuestras ideas. Vamos a analizar y ver que operativamente el mecanismo para su afectación es muy similar y la protección que brinda también, aunque más amplia, porque no es necesario ya la existencia de una familia, o sea va de lleno a proteger el derecho a la vivienda de cualquier persona, independientemente de que posea o no una familia, sin embargo sigue teniendo conexión con la familia, a través de la institución de los beneficiarios de dicha afectación, de la exigencia del Art 250 para la conformidad en caso de disposición del inmueble afectado por parte del cónyuge, o las limitaciones testamentarias que tiene el afectante. Como dice Zavala "... también sienta las bases inquebrantables para que esa persona que adquirió su vivienda, pueda protegerla y conservarla (derecho sobre la vivienda); derecho subjetivo que se expande en cuanto a su beneficio y legitimación a cada uno de los integrantes del grupo familiar (denominados beneficiarios dentro del régimen de vivienda)".<sup>11</sup>

"El artículo 3° Ley 26994 derogó la Ley 14394, que regulaba el instituto del bien de familia en su capítulo V. Esta circunstancia no desvaneció una situación de hecho ineludible: aún existen inmuebles afectados a dicho régimen. En los fundamentos del anteproyecto del CCyC, se establece que el actual régimen sustituye al anterior con las modificaciones que se introdujeron.... La protección no se extingue de pleno derecho porque implicaría la aplicación retroactiva de la ley. Tampoco puede subsistir en todos sus aspectos porque resultaría en la ultra actividad de la norma. Cuando el inmueble afectado al régimen de bien de familia cumpla con los requisitos que exige el CCyC para su afectación al régimen de vivienda actual, puede beneficiarse de la protección y sus efectos"<sup>12</sup>.

Podemos afirmar claramente y según entiende la mayor parte de la doctrina, que el régimen de vivienda, es parte de la privatización del derecho de raigambre constitucional a la vivienda, por supuesto un aspecto de este derecho humano, porque lógicamente no comprende el acceder a la misma, sino que una vez obtenido este derecho le sea protegido, de nada serviría que el Estado pusiera todo su empeño en lograr que la persona pueda conseguir una vivienda y luego le sea fácilmente arrebatada. Como dijo Marisa Herrera "Finalmente, la protección de los derechos humanos ingresa de lleno en el ámbito del derecho privado. Sin lugar a dudas, la vivienda constituye uno de los derechos humanos fundamentales: ¿de qué sirve garantizar, por ejemplo, el derecho al desarrollo de la personalidad si su titular ni siquiera tiene un hábitat digno para llevar adelante su existencia?"<sup>13</sup>

Sin embargo, la protección de la vivienda y su íntima relación a la base de toda sociedad, que es la familia, o sea la vivienda familiar no tiene solo una normativa particular, sino que está dispersa en varias normas de nuestro derecho privado además de esta afectación al régimen, por eso nos gusta la idea de hablar de la transversalidad de la figura, como dice el Dr. Bono. Él en su trabajo hace un análisis exhaustivo, de distintos institutos diseminados por el Código Civil y Comercial donde podemos ver la intención del legislador de proteger el derecho a la vivienda y que también es útil tener en cuenta

---

11 ZAVALA Gastón, en su trabajo presentado en las XXVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, año 2022 que será publicado próximamente en la Revista de Derecho Notarial y Registral de la UBP "LA SOCIOAFECTIVIDAD FRENTE A LA VIVIENDA FAMILIAR Y LAS SOCIEDADES", citando a Salomón, SALOMON, M.J.: "Bien de familia y derecho sucesorio: reflexiones desde la constitución nacional", p. 393. Revista de Derecho Privado y Comunitario 2011-1. Bien de Familia. Rubinzal Culzoni Editores. Santa Fe. 2011.

12 CHEJANOVICH - Ian Nicolás "Régimen de vivienda (bien de familia)" Revista del Notariado 940 (abr - jun 2020).

13 HERRERA, Marisa y PELLEGRINI María Victoria, "La protección a la vivienda familiar en el nuevo Código Civil y Comercial",

para analizar e interpretar las normas que hoy estamos estudiando. Como la exclusión de la garantía común de los acreedores de la vivienda familiar<sup>14</sup>, la inejecutabilidad del derecho real de habitación, la exigencia del asentimiento conyugal o convivencial para disponer de los derechos sobre a vivienda familiar, la prohibición específica prevista en el Art 459 para otorgar un apoderamiento al cónyuge para dar ese asentimiento (en el caso del Art 456), contemplar que dentro de la obligación alimentaria se incluye el deber de proveer de una solución habitacional, en fin, solo a manera de ejemplo dejamos aquí la lista, y remitimos al trabajo del autor para analizar todos los supuestos. Lo importante como dijimos al comienzo del párrafo, es tener en cuenta que el régimen de vivienda no está solo para proteger este derecho, hay toda una normativa diseminada por el Código y es necesario tener en cuenta para interpretarla en conjunto.

## II. Principio de voluntariedad

### 1) afectación voluntaria y judicial

En principio la afectación al régimen de vivienda tiene que ser voluntario "El legislador no sustrae de la garantía el bien tutelado por imposición, sino que, como regla general, hay una voluntad de su propietario directamente encaminada a lograr ese beneficio... Debe tenerse presente que sacar del ámbito de la garantía de los acreedores una parte importante del patrimonio de un sujeto, y de manera imperativa, impuesta por la ley, lejos de beneficiar al deudor, disminuye su solvencia patrimonial, amén de chocar de plano con la Constitución Nacional (art. 17). La función de garantía de los bienes, incluida la vivienda, constituye parte de las prerrogativas que brinda el derecho real de dominio a sus titulares (art. 242 CCC)"<sup>15</sup> Remarcamos que la misma ley, comienza diciendo en el artículo 244 "puede afectarse".

Por eso entres las muchas críticas que se hicieron al Art 58 de la Constitución provincial de Córdoba y su ley reglamentaria 8067<sup>16</sup>, que establecía la inembargabilidad de la vivienda única, era el que este dispositivo legal no precisaba de la voluntad del sujeto para excluir a la vivienda única como parte del patrimonio que era garantía común de todo acreedor, de prepo la ley lo dejaba al sujeto sin este bien, muchas veces el más importante que tenía, y como bien criticaba Ventura con relación a esta ley provincial, no es lógico establecer un derecho constitucional, que por el ámbito donde se establece es de orden público, y la ley luego le dé la posibilidad a renunciar a ese derecho.

14 "Conforme las previsiones del Código Civil y Comercial, a partir de la celebración del matrimonio, o desde el momento de la inscripción de la unión convivencial, la vivienda familiar no puede ser ejecutada salvo que se trate de deudas contraídas por ambos miembros de la pareja o por uno de ellos con el asentimiento del otro (arts. 456 -tercer párrafo- y 522 -tercer párrafo-, CCC)", BONO, Gustavo, "La protección de la vivienda en relación a los derechos reales, y una interpretación extensiva del artículo 245 del Código Civil y Comercial" RDF N°80 Abeledo Perrot

15 VENTURA, Gabriel "AFECTACIÓN DE LA VIVIENDA - Art 244 CCCN" Derecho de Familia, Revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia, N° 80, Abeledo-Perrot, Bs. As, 2017, págs. 73 y siguientes.

16 Más allá de que Jurisprudencialmente a sido tachada de inconstitucional porque incursiona en materia propia de la ley nacional. Se hacen muchas críticas como las que menciona el Escribano Ventura "colocar en igualdad de condiciones a dos institutos entre sí, como son la vivienda única con sus particularidades y el régimen de bien de familia. Otro error grave, es el que se refiere a la automaticidad de la inscripción como bien de familia a partir de la entrada en vigencia de la ley... si sabemos que la norma constitucional es de orden público, con el efecto de ser irrenunciable, nos encontramos con que se dispone su renuncia siempre que se cumplan condiciones establecidas en el reglamento.... Al poner el legislador " la inembargabilidad ", pensó erróneamente que la medida cautelar no ingresaría al Registro, y ello no es así, entonces, en el supuesto de una vivienda única y cumplimentado lo que la ley exige, encontrándose aún embargada, no puede ejecutarse en subasta pública." (artículo de 3 de Octubre de 1991, REVISTA SEMANARIO JURIDICO Nro. 857, pág. 259) y como dice María Pia Bertilotti "Con tan desprolija reglamentación las consecuencias prácticas resultan nefastas, entre ellas por ejemplo, que las personas no afectan al régimen de bien de familia sus propiedades creyendo que se encuentran protegidos por los preceptos provinciales."

Hay dos formas o procedimientos para que esta voluntad logre la afectación, una de tipo administrativo, ante el Registro General de la provincia que es también la autoridad de aplicación en este caso de esta ley, o por instrumento público notarial o sea por escritura pública.

Si bien la regla es la afectación voluntaria, también tenemos excepciones a la regla, que hay que interpretarlas como tales. En este caso la ley establece la posibilidad de que la afectación sea ordenada judicialmente en contra de la voluntad del propietario. Sin embargo, vamos también a ver que la excepción no es tan excepción a veces.

*ARTÍCULO 245.- Legitimados. La afectación puede ser solicitada por el titular registral; si el inmueble está en condominio, deben solicitarla todos los cotitulares conjuntamente.*

*La afectación puede disponerse por **actos de última voluntad**; en este caso, el juez debe ordenar la inscripción a pedido de cualquiera de los beneficiarios, o del Ministerio Público, o de oficio si hay beneficiarios incapaces o con capacidad restringida.*

*La afectación también puede ser decidida por el juez, a petición de parte, **en la resolución que atribuye la vivienda en el juicio de divorcio** o en el que resuelve las cuestiones relativas a la conclusión de la convivencia, si hay beneficiarios incapaces o con capacidad restringida.*

Los primeros supuestos de afectación judicial son en el ámbito sucesorio, cuando la voluntad es del testador, y los beneficiarios lo solicitan. Allí podríamos decir que es también voluntario, o doblemente voluntario, y la excepción no es excepción, porque parecería que si no existió la voluntad del testador no se podría solicitar, y a su vez si existió la voluntad del testador pero los beneficiarios no la solicitan al juez no cabría la afectación.

Sin embargo hay que destacar que no es un supuesto innecesario, lo primero que pensamos es relacionar a los beneficiarios con los herederos, y estos podrían solicitarla por tracto abreviado. Pero aquí hay que hacer varias aclaraciones, en primer lugar que el conviviente que es uno de los beneficiarios, no es un heredero, salvo que el testador lo instituya como tal, y en este caso se amplían los supuestos. Además porque no sería necesario la solicitud de todos ellos sino de alguno o algunos, a diferencia de la afectación cuando es por tracto abreviado, en la que lógicamente (al igual que en el supuesto del condominio o cualquier otra copropiedad) la afectación deberían solicitarla todos los herederos. Allí vemos más clara la excepción a la voluntariedad, porque algunos beneficiarios podrían estar en contra de la misma, y aún así el juez ordenarla.

También con respecto a este párrafo, cabe otra acotación, y es que podría interpretarse el término beneficiario de dos maneras distintas, una es tomar la definición que da este capítulo 3 del libro primero del Código, pero también podemos entenderlo, como un beneficiario como lo hace en el Título XI del libro quinto del Código, sobre sucesiones testamentarias, porque la norma está regulando en relación a un testamento, podría referirse a cualquier beneficiario de él, aunque no sea uno de los establecidos por este Régimen de vivienda, y allí el supuesto es mucho más amplio. No dudo de que el juez pueda en este caso también a solicitud de unos de ellos, y ante la voluntad del testador, ordenar su inscripción. Más teniendo en cuenta de que esta sería una situación transitoria hasta lograr la partición de los bienes.

Siempre la norma parte del supuesto de la voluntariedad del testador, que se completa por la voluntariedad de algún beneficiario, o la ley menciona la posibilidad de que lo so-

licite también el Ministerio público y hasta da la posibilidad de establecerlo de oficio por el mismo juez si hay beneficiarios incapaces o con capacidad restringida. Ahora nosotros entendemos que la ley debería haber sido más amplia en este último supuesto, porque no deberíamos necesitar siempre la voluntad del testador, aquí la ley debería haber prescindido de ella, o sea en cualquier proceso sucesorio debería permitirse al juez ordenarla de oficio cuando hay beneficiarios incapaces o con capacidad restringida.

La última parte del 245 hace referencia a otra afectación por orden judicial, cuando se atribuye la vivienda en un juicio de divorcio o cuando hay conclusión de la convivencia. El supuesto parecería ser una afectación por decisión judicial a petición de parte y solo si hay beneficiarios incapaces o con capacidad restringida, pero no lo entendemos así al supuesto. Entendemos que hay que combinarlo con el análisis de los Art 444 y 526. Es más claro en esto el Art 444 porque allí vemos que lo que decide el juez a pedido de parte, es la atribución de la vivienda, no la afectación o no del inmueble, pero luego para lograr los efectos deseados por la ley con esta atribución contra terceros se necesita la afectación al régimen, y lo impone como un mandato legal a cumplir "La decisión produce efectos frente a terceros a partir de su inscripción registral".

Como sabemos no hay una inscripción de inmueble como vivienda atribuida, ni están establecidas reglas que regulen sus efectos, por lo tanto el legislador no ha querido otra cosa que establecer los efectos del régimen de vivienda. Allí no hay una solicitud de parte de afectar, hay una solicitud de parte de que le sea atribuida la vivienda familiar, y el juez por consecuencia debe ordenar la inscripción de la afectación a vivienda para lograr los efectos establecidos en la ley. La voluntad está dada por la solicitud de la atribución de vivienda, y lo demás viene como necesariamente añadido, para que sea protegida con los alcances que busca la ley.

En el mismo sentido Ventura dice que "No nos quedan dudas pues, que ese "efecto respecto de terceros" aludido en la parte final del primer párrafo del art. 444, apunta a la afectación a vivienda de lo que fue sede del hogar. Es decir que, además de atribuirse al cónyuge el derecho a la vivienda, en los casos en que corresponda, esa especial asistencia si el beneficiado lo solicitare, podría ir acompañada de la afectación prevista en el art. 244, motivo de nuestro análisis, para tutelar también ese destino frente a toda la comunidad" y es lógico que la ley le de esta posibilidad al "atribuido", porque el mismo no va a ser un "titular registral de derecho real alguno sobre el inmueble".

Se puede entender que de la combinación de ambas normas y por el principio de que la afectación debe ser voluntaria, es necesaria la solicitud de parte para afectar a vivienda. Pero esto es en principio, yo entiendo que el juez no puede esperar esta solicitud de afectación al Régimen, porque al establecer la atribución de la vivienda al cónyuge no propietario, debe necesariamente ir de la mano de su publicidad, para conocimiento de terceros, sino quedaría a la merced de maniobras del propietario para eludir esa atribución. Y como no hay una regulación específica de la atribución y lo efectos que la ley menciona son los de la afectación a vivienda, es necesario que el juez ordene la misma, no le queda otra si busca esos efectos, de lo contrario no lo va a conseguir.

Tampoco entendemos como necesario que haya beneficiarios incapaces o con capacidad restringida, quizás quedó mal redactado el artículo y quiso darle la posibilidad de la decisión de afectarla de oficio, como en el supuesto anterior. Entiendo que no es neces-

ria la exigencia de beneficiario incapaces o de capacidad restringida para lograr realmente que la atribución de la vivienda no quede desdibujada por las deudas del cónyuge o de la pareja titular o mejor dicho propietaria del inmueble a quien no se atribuyó el mismo. Además porque varios son los supuestos de atribución de la vivienda que no involucran incapaces, y aún así pueden buscarse los efectos del 444 como que no se pueda vender la vivienda sin acuerdo de ambos.

### a) Legitimación para otorgar el acto de afectación

Dejando ya de lado la afectación judicial, veamos en la afectación voluntaria quienes son los que pueden solicitarla. El Código Civil y Comercial en el Art 245 habla del "TITULAR REGISTRAL" lo cual ha sido criticado por la doctrina, por diversas razones. Lo primero que es evidente al estudiar toda la normativa es que quien afecta no necesita estar registrado como titular de un derecho, pues la ley misma permite al momento de adquirir un derecho de propiedad, afectar en el mismo acto el inmueble al régimen, no solo por una aplicación de la ley registral y el tracto abreviado del art 16 (por actos simultáneos), sino también por la sustitución de la afectación del art 248. Ahora lo más grave de la norma al poner el énfasis en lo registral, como bien dice Ventura "... pareciera pasar por alto que la registración de inmuebles es declarativa y no constitutiva, con lo cual pretender que el solo titular registral pudiera afectar, implica desconocer la dinámica constitutiva de los derechos reales"<sup>17</sup>

Con la sola exigencia de la titularidad Registral, además nos quedamos cortos, porque no podemos pensar que se trate de cualquier titularidad registral, a la vista nos chocaría plantearnos que un titular del derecho real de hipoteca, por más que sea un titular registral no podría afectar ese inmueble al régimen. Pero aunque resulte obvio que el titular de un derecho de dominio lo pueda afectar al inmueble, y lo podamos explicar a este porque el art 244 exige la unanimidad de los condóminos para afectar al régimen, o sea si pueden todos con más razón el titular de dominio único. También podemos decir que no lo dijo la ley y no queda claro que este titular registral sea el único, ¿podrá el titular de otro derecho real hacerlo?

De todas maneras si bien en varios pasajes habla de titular registral, también habla como en la ley de bien de familia en algunos pasajes del "**propietario** intelección que encuentra apoyo en las expresiones de los arts. 246 "inc. a" (donde se alude al propietario constituyente), y 249 (en cuanto esta norma prevé que si el inmueble se subasta, el remanente se entrega al propietario) del mismo cuerpo legal<sup>18</sup> y con este término, que le gusta utilizar a Ventura, pareciera que entiende que es alguien más que el solo titular de dominio el que puede hacerlo.

Nos parece correcta la interpretación que hace el Dr. Bono de la normativa y que concluye entendiendo que "puede afectarse al régimen de vivienda todo derecho real sobre inmueble que reúna las dos siguientes condiciones: (1) que admita por su contenido estatutario la destinación de vivienda; y (2) que sea ejecutable, es decir, susceptible de transmisión forzosa."<sup>19</sup> Como bien lo explica el autor la base para esta postura es "un cri-

---

17 VENTURA, Gabriel "AFECTACIÓN DE LA VIVIENDA - Art 244 CCCN" Derecho de Familia, Revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia, N° 80, Abeledo-Perrot, Bs. As, 2017, págs. 73 y siguientes.

18 BONO, Gustavo, "La protección de la vivienda en relación a los derechos reales, y una interpretación extensiva del artículo 245 del Código Civil y Comercial" RDF N°80 Abeledo Perrot

19 BONO, Gustavo, "La protección de la vivienda en relación a los derechos reales, y una interpretación extensiva del artículo 245 del

terio de interpretación sistemático,... en tanto el derecho real sobre el inmueble incluya como contenido idóneo el destino de vivienda, entonces debe considerarse legitimado a su titular para acogerse al régimen;" o sea mientras el titular del derecho puede valerse del mismo para utilizar el inmueble como su vivienda podrá afectarlo, así un titular de un derecho real de garantía no podrá afectarlo porque no podrá por la regulación del mismo, utilizar el inmueble para vivienda, y como bien dice Ventura "a finalidad del instituto es tutelar la vivienda del sujeto no simplemente sus inmuebles"<sup>20</sup> pero además necesita también tenerse en cuenta otro aspecto fundamental, "... desde una perspectiva teleológica, la legitimación debe estar considerada en función de la finalidad del régimen de que se trata, esto es la exclusión del derecho real de que se trate de la regla o principio de garantía común de los acreedores, es decir, proteger ese derecho de la ejecución de los acreedores de su titular"<sup>21</sup> o sea que además ese derecho real pueda ser ejecutable porque de no serlo, no tendría sentido permitirle a su titular acceder a la afectación, por ejemplo en el caso de un derecho real de habitación, que es un derecho real que permite a su titular vivir en el inmueble, pero al no ser ejecutable el mismo, carece de sentido esta protección.

#### **b) Usufructo, Uso, Superficie.**

El Registro cordobés anteriormente solicitaba que en caso de haber usufructuarios, el nudo propietario afectara el inmueble con la conformidad de los usufructuarios, manifestando que todos vivían en el inmueble, no se entendía posible la sola afectación por parte de los usufructuarios. Lo cual era lógico, pues el usufructo aunque permitía a su titular el destino de vivienda del mismo, no permitía su transferencia y por ende tampoco su ejecución. Pero la situación ha cambiado con el nuevo Código, pues el usufructo, hoy en día es transferible y es ejecutable. Por lo tanto es tan digno de tutela el titular de un derecho de dominio que destina el inmueble para su vivienda como un titular del derecho de usufructo que utiliza su inmueble para vivienda.<sup>22</sup>

*Afectación al régimen de protección de la vivienda: El usufructuario puede afectar el inmueble objeto de su derecho al régimen de vivienda previsto por los arts. 244 y ss. del CCyC, si concurren los requisitos exigidos por dichas normas. En tal caso, la afectación al régimen de vivienda durará solo mientras exista el usufructo, salvo que el dominio se consolide en cabeza del usufructuario.*

Conclusión por unanimidad de las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Bahía Blanca, 2015).

Lo mismo pasa con el uso, es también un derecho donde " las facultades materiales que conceden admiten perfectamente la aplicación de una finalidad habitacional en tanto el objeto cumpla con los recaudos correspondientes (v.gr.: existir una edificación o estructura estable apta para morar en ella, etc.), de manera que la idoneidad de estos derechos no parece discutible" Y además también se da transmisibilidad voluntaria o forzosa, porque aunque no esté "prevista expresamente su transmisibilidad, ... además

---

Código Civil y Comercial" RDF N°80 Abeledo Perrot

20 VENTURA, Gabriel "AFECTACIÓN DE LA VIVIENDA - Art 244 CCCN" Derecho de Familia, Revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia, N° 80, Abeledo-Perrot, Bs. As, 2017, págs. 73 y siguientes

21 BONO, Gustavo, "La protección de la vivienda en relación a los derechos reales, y una interpretación extensiva del artículo 245 del Código Civil y Comercial" RDF N°80 Abeledo Perrot

22 BONO, Gustavo, "La protección de la vivienda en relación a los derechos reales, y una interpretación extensiva del artículo 245 del Código Civil y Comercial" RDF N°80 Abeledo Perrot

de no negarse expresamente la misma (como sí ocurre con el derecho de habitación) y regir en el caso la norma general del art. 1906, surte apoyo para admitir la transmisión la remisión supletoria del art. 2155 del nuevo Código a las normas del usufructo. Y aún más, el uso debe ser entendido como usufructo si no median limitaciones en el título (art. 2154, CCC), de manera que, en nuestro criterio, el uso es transmisible y ejecutable en igual medida y condiciones que el usufructo, por lo que afirmamos la procedencia de la tutela del régimen de vivienda”

Con relación a la superficie, el Código nuevo tiene una regulación distinta para este derecho del que poseía anteriormente. Antes su estatuto nos limitaba a la forestación pero actualmente se amplió ese destino no solo a la forestación, y plantación sino también a la construcción, y por lo tanto está la posibilidad de que su titular lo utilice para morar en él. Por lo tanto se cumple el primer requisito que es la posibilidad de su destino a vivienda y en cuanto al otro requisito, ya sabemos que la superficie es transferible, más aún que el usufructo, porque también se transmite mortis causa, y por lo tanto es importante poder proteger esta vivienda de los acreedores, al igual que en los casos anteriores. El hecho que sea un derecho temporal, no hace caer a ninguno de los requisitos, al igual que si tuviera un derecho de dominio revocable, es más “incluso contempla la constitución de derechos reales de garantía (arts. 2120, 2206 y 2213 CCC), de donde es evidente la eventual transmisibilidad forzosa con motivo de una ejecución (por ejemplo, de la hipoteca constituida por el superficiario)”<sup>23</sup>.

## **Principio de Unicidad**

### **c) Condóminos**

Anteriormente en el Régimen de bien de Familia decía el Art 43 “Si hubiere condominio, la gestión deberá ser hecha por todos los copropietarios, justificando que existe entre ellos el parentesco requerido por el artículo 36.” O sea solicitaba que todos afecten, no se puede afectar una parte indivisa y también requería un parentesco entre ellos. Hoy no hay ese segundo requisito, y aunque todos tienen que afectar el inmueble, el 244 establece que “No puede afectarse más de un inmueble. Si alguien resulta ser propietario único de dos o más inmuebles afectados, debe optar por la subsistencia de uno solo en ese carácter dentro del plazo que fije la autoridad de aplicación, bajo apercibimiento de considerarse afectado el constituido en primer término.” Entendemos entonces que el condómino o cotitular de otro derecho real susceptible de afectación, puede ser titular de dos o más inmuebles afectados al régimen, porque la ley específicamente aclara que no se puede ser propietario UNICO de dos inmuebles, pero si podría serlo en conjunto con otro.

“La posibilidad de que un condómino pueda afectar más de un inmueble sirve de fundamento para evitar situaciones injustas. Veamos el caso: A es titular único de un inmueble afectado donde reside y, a su vez, es condómino con B de un inmueble donde este reside. Si A no pudiese afectar el inmueble en condominio con B al régimen de vivienda, se le estaría negando a B el derecho a proteger su vivienda”<sup>24</sup>.

---

23 BONO, Gustavo, “La protección de la vivienda en relación a los derechos reales, y una interpretación extensiva del artículo 245 del Código Civil y Comercial” RDF N°80 Abeledo Perrot

24 CHEJANOVICH - Ian Nicolás, “Cuestiones prácticas del régimen de vivienda especial”, Revista del Notariado 940 (abr - jun 2020) Publicado: 2022-02-09

Hay siempre una única vivienda a proteger, pero eso es independiente de la cantidad de propietarios. Si bien todos deben estar de acuerdo en afectarlo por las limitaciones a la disposición y el sacarlo de la garantía común de sus acreedores, no es necesario que sea la vivienda de todos y cada uno de los copropietarios podrá tener una vivienda diferente.

#### **d) Dos Inmuebles una sola vivienda**

Una situación que pasa seguido en la práctica y que le ha pasado inadvertida al legislador es cuando la edificación que permite al sujeto tener una vivienda, está asentada en dos lotes de terreno. La ley establece la posibilidad de afectar un inmueble

*ARTÍCULO 244.- Afectación. Puede afectarse al régimen previsto en este Capítulo, **un inmueble** destinado a vivienda, por su totalidad o hasta una parte de su valor... **No puede afectarse más de un inmueble**. Si alguien resulta ser propietario único de dos o más inmuebles afectados, debe optar por la subsistencia de uno solo en ese carácter dentro del plazo que fije la autoridad de aplicación, bajo apercibimiento de considerarse afectado el constituido en primer término.*

Ya el legislador provincial en el caso de Córdoba tuvo en cuenta el supuesto, cuando dictó en su momento la ley provincial reglamentaria del Bien de Familia para el caso de las Parcelas horizontales que tenían una unidad complementaria

*Artículo 3. (ley provincial Cba 6074) .... El departamento en propiedad horizontal con su cochera, baulero, servidumbre y demás locales de servicio del mismo, será considerado como un solo inmueble a los fines del bien de familia."*

Así también el anterior Digesto Registral de Córdoba (del 2011) tenía una norma muy útil que ha desaparecido en el actual y deja un vacío enorme. El registro era claro, porque estaba expresamente admitido, que cuando la edificación estaba asentada en dos inmuebles, la situación se salvaba con el típico certificado de a cabalgamiento dado por Catastro. De esta manera quedaban ambos inmuebles afectados.

*Edificación que afecta más de una fracción de terreno urbana*

*8. Cuando la edificación afecte a más de una fracción de terreno urbana, procederá la afectación una vez acreditado tal extremo mediante certificación expedida por la Dirección General de Catastro.*

Nosotros entendemos, que ante el vacío legal existente, estas normas que regulaban el anterior régimen de Bien de Familia, están subsistentes, son las que debemos emplear a falta de regulación expresa para el caso. Pero además por una cuestión de lógica de interpretación del régimen de vivienda. Sino se pudiesen afectar ambos inmuebles, uno de ellos podría ser ejecutado y el otro no, dándonos en la práctica con la pérdida de la cocina y el baño, y conservando el living y los dormitorios, y entonces ... ¿podemos decir que se ha protegido la vivienda? Pues no, se desdibuja en este caso la protección que se quiere brindar y tiramos por la borda, todo lo escrito, pues no se cumpliría con el objeto principal que busca la ley.

Entendemos, y sobre todo a tenor de la última parte del artículo, que el legislador lo que ha querido expresar es, que no puede un sujeto tener varias afectaciones a vivienda, pero no varios inmuebles afectados. Es más en esa última parte del artículo habla de

afectaciones en distintos tiempos, sucesivas, pero aquí estamos hablando de una única afectación en un mismo tiempo. Por eso el legislador esta previendo la situación de un cambio de vivienda, sin la posibilidad de dejar subsistente la anterior.

Ventura hace una muy útil apreciación con relación a la terminología, "Viene bien a estos efectos, efectuar una distinción ontológica entre vivienda y parcela. La parcela como tal, aquella definida en el art. 4 de la ley 2620912, no debe aplicarse al concepto de vivienda utilizada en el art. 244 y ss., que claramente hacen funcionar el amparo respecto de "una vivienda". Así, bien puede concebirse que el objeto del amparo recaiga sobre dos o más parcelas."<sup>25</sup>

Podemos ver que la vivienda tiene que ser protegida por completo, no solo una parte de ella, porque de lo contrario podría dejar de ser tal. Si me pueden quitar una parte de ella, quizás ya no sea apta para ser mi vivienda. Hay aquí una idea que surge y es el de la unicidad de la vivienda. Es como la unidad que naturalmente no permite su división, porque de lo contrario pierde su entidad de tal. De aquí que podamos hablar del principio de unicidad de la vivienda. Hay un ente singular que no admite divisiones y que a su vez este ente singular no coincide con lo singular o no del ente que le sirve de sustrato físico (el inmueble).

## **Principio de Mismidad**

### **2) Subrogación real**

#### **a) Fundamento**

El nuevo régimen que nos trae el Código, tiene una concepción distinta de la vivienda, ya no se piensa en un objeto, estático y permanente, sino con cierta posibilidad de cambio. Como bien se dijo, "esta figura jurídica implica un cambio en la concepción del derecho en juego, que pasa de un enfoque objetivo que prioriza el bien sobre el cual se lo ejercita o predica, a uno subjetivo, que permite o tolera su supervivencia más allá de la fluctuación del o de los elementos materiales sobre los cuales se ejerce (conf. Alterini, Jorge H. "Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado", T. II, pág. 92)"<sup>26</sup>.

Lo primero que podríamos pensar, es que influye en este cambio de concepción nuestra cultura del consumo, o sea la posibilidad de mejorar y lograr una mejor vivienda, en un lugar mejor, con más comodidades: pero este no es, a mi modo de ver, el principal factor que seguramente ha tenido el legislador para incorporar legalmente la figura. También podríamos pensar en un cambio de paradigma, de raigambre latino, sobre la conexión extremadamente fuerte del lugar en el mundo en el que el sujeto se afincan, con la personalidad e identidad del mismo, su estabilidad emocional, que está cambiando a un pensamiento de tipo más pragmático, para que el inmueble acompañe las necesidades del momento que le está tocando vivir. O sea, para que se entienda, cada vez vemos más en nuestras escribanías a un ciudadano que ya no piensa en construir una casa para toda la vida, sino para las necesidades del momento, y vemos también como personas de la tercera edad, venden el inmueble que les ha quedado grande, cuando no tienen familia,

---

25 VENTURA, Gabriel "AFECTACIÓN DE LA VIVIENDA - Art 244 CCCN" Derecho de Familia, Revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia, N° 80, Abeledo-Perrot, Bs. As, 2017, págs. 73 y siguientes.

26 Fallo de fecha 19/10/20 del Poder Judicial de la Nación, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial 37.446 / 2013 ALBONIGA JUAN JOSE s/ QUIEBRA, tomado de [https://trivia.consejo.org.ar/ficha/502708-alboniga\\_juan\\_jose\\_s\\_quiebra](https://trivia.consejo.org.ar/ficha/502708-alboniga_juan_jose_s_quiebra)

para adquirir un departamento, en un lugar más céntrico, más seguro y fácil de cuidar.

Creo sin embargo, que el legislador ha tenido en cuenta algo más profundo, y al pensar nuestro derecho a la vivienda como un derecho humano conectado con otros, su movilidad a veces es indispensable para lograr la protección de esos otros derechos, como progresos o cambios en su trabajo, situaciones familiares, cambios en el entorno que hacen peligrar la salud (con un concepto amplio de la misma), etc. Además caso contrario, no posibilitarlo sería como pensar que el legislador quisiera obligar al sujeto a residir indefinidamente en el mismo lugar y esto también implicaría ir en contra de otros derechos de raigambre constitucional, "la imposibilidad de elección de domicilio coartaría de modo grave la libertad de la persona (art. 344 CCCN)"<sup>27</sup>.

Estos fragmentos se pueden ver como una etapa muy teoría de este trabajo, pero sin duda conocer el fundamento de esta institución y especialmente la posibilidad de la sustitución de la vivienda, van a ser indispensables a la hora de interpretar la normativa.

## b) Regulación de la Subrogación real

*ARTÍCULO 248.- Subrogación real. La afectación se transmite a la vivienda adquirida en sustitución de la afectada y a los importes que la sustituyen en concepto de indemnización o precio.*

Este nuevo instituto creado por el Código permite el cambio o sustitución de la vivienda afectada. No es que antes no se diera la posibilidad de primero afectar un inmueble y más adelante el sujeto pudiera afectar otro, sino que lo más importante en la figura, es que queda establecido por ley, que "ese traspaso registral de la afectación no le hace perder la prioridad ganada en la primera afectación (art. 248 CCC)"<sup>28</sup>, por supuesto cumpliendo ciertos requisitos. Ese es el punto más importante de la figura, porque anteriormente, con el bien de familia, el sujeto debía desafectar el inmueble que enajenaba y afectar el que adquiriría, pero esta última afectación, era una nueva afectación, con los efectos temporales propios. Como bien dice Ortolani "se incorpora al Código la regulación de este instituto, como una forma de receptor una realidad fáctica que se relaciona principalmente con la movilidad de la familia ...evitando así "fisuras" temporales en su resguardo".<sup>29</sup>

Pero, lo más novedoso de la figura es que, la ".. subrogación se extiende, no solo a la vivienda adquirida en sustitución o los importes que la sustituyen en concepto de indemnización, sino también a los importes correspondientes al precio de la enajenación. La subrogación, por consiguiente, comprende tanto la indemnización proveniente de una expropiación por causa de utilidad pública o la otorgada por la aseguradora en respuesta de algún siniestro, sino también el precio derivado de la venta del bien. La extensión al precio se podría justificar con un dato de la realidad: las operaciones de compra y venta de inmuebles pueden requerir, en ocasiones, el transcurso de un intervalo de tiempo entre la enajenación y la adquisición."<sup>30</sup>

27 Fallo de fecha 19/10/20 del Poder Judicial de la Nación, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial 37.446 / 2013 ALBONIGA JUAN JOSE s/ QUIEBRA, tomado de [https://trivia.consejo.org.ar/ficha/502708-alboniga\\_juan\\_jose\\_s\\_quiebra](https://trivia.consejo.org.ar/ficha/502708-alboniga_juan_jose_s_quiebra)

28 VENTURA, Gabriel "AFECTACIÓN DE LA VIVIENDA - Art 244 CCCN" Derecho de Familia, Revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia, N° 80, Abeledo-Perrot, Bs. As, 2017, págs. 73 y siguientes.

29 ORTOLANI, Luciana "Régimen de Vivienda: principales cambios" (Publicado en Revista Notarial 2016/1, N° 93, Edición especial en homenaje a la profesora escritora Amara Bittar de Duralde

30 ORTOLANI, Luciana "Régimen de Vivienda: principales cambios" (Publicado en Revista Notarial 2016/1, N° 93, Edición especial

Es muy importante que la ley reconozca esta posibilidad, pero también no hay que perder de vista que ya la doctrina y jurisprudencia, si bien no con una postura mayoritaria, han venido reconociendo esta posibilidad en algunos trabajos y en algunas resoluciones jurisprudenciales, con relación al antiguo Bien de Familia, que no tenía norma alguna sobre subrogación.

Así cuando el deudor con un inmueble afectado al antiguo Régimen de Bien de familia, tenía deudas anteriores a la afectación y otras posteriores, se podía entender que había dos masas diferentes de bienes frente al concurso tal como lo muestra Kemelmajer, una .."de la que se cobran sólo los acreedores anteriores a la afectación, pero no los posteriores..."<sup>31</sup> O como decía Rosana Gimeno cuando ... "El bien de familia es liquidado. De su producido cobran los acreedores de fecha anterior y se declara la indisponibilidad e inembargabilidad del remanente por un plazo cierto hasta la adquisición por el fallido de un nuevo inmueble, que sustituirá al anterior en su función de vivienda familiar, manteniendo su misma situación jurídica."<sup>32</sup> Esta postura que en doctrina se confrontaba con otras, que no viene al caso traer aquí, tenía en ese momento argumentos que venían de afuera de las normas del bien de familia, entre otros la doctrina menciona el Art 245 de la ley de Concurso con relación a los privilegios especiales en concordancia con el art 269 de la misma ley que menciona concretamente la subrogación real de los créditos con prioridades especiales, el art 1266 del anterior Código civil sobre el principio de rogación para las relaciones patrimoniales matrimoniales, además de fundamentos que tienen su base en la justicia que lleva para todos, en cuanto que no se le da de menos a los acreedores anteriores, no se les quita nada ni se les agrega nada a los posteriores y lo más importante alcanza, el fin buscado por la ley de lograr que el afectante, terminado el proceso, conserve una vivienda y con las ventajas de conservar el privilegio temporal de la afectación inicial.

"La adquisición de otro inmueble con el remanente del precio obtenido por la venta del anterior autorizada en la quiebra facultará al fallido a mantener bajo el mismo régimen la vivienda adquirida. Dicho inmueble ocupará idéntica situación jurídica que el anterior, conservando sus efectos desde la fecha originaria de constitución y permitiendo la continuidad de la protección otorgada por la Ley 14.394. Sólo de este modo no se tornará ilusorio el derecho a la vivienda de jerarquía constitucional y supranacional que la ley ampara"<sup>33</sup>

Lo importante de destacar aquí, es que, estos juristas, han visto la posibilidad de analizar las normas, con un funcionamiento de conjunto, de ver un Derecho en su integridad y completitud, sin estudiar compartimentos estancos, y por sobre todo teniendo en cuenta una escala de valores, que hacen que ciertas normas prevalezcan sobre otras. No nos olvidemos que por un lado estamos protegiendo un derecho de propiedad de los acreedores y por otro lado estamos garantizando la protección del derecho sobre la vivienda.

Aunque minoritaria en su momento, esta doctrina y la jurisprudencia que la siguió son muy importantes, porque nos muestra la idea de proteger el derecho a la **vivienda en**

---

en homenaje a la profesora escritora Amara Bittar de Duralde

31 KEMELMAJER DE CARLUCCI Aida, "Protección jurídica de la vivienda familiar" Ed Hammurabi - Jose Luis Depalma Buenos Aires 1995, pág 139.

32 GIMENO, Rosana, "El bien de familia y la quiebra del constituyente" en Revista del Notariado 913 del año 2013, pag 41.

33 GIMENO, Rosana, "El bien de familia y la quiebra del constituyente" en Revista del Notariado 913 del año 2013, pag 41.

**movimiento**, que ha llegado a plasmarse en la letra del nuevo régimen. Hay que pensar en que la ley trata de regular los mecanismos para efectivizar ese derecho consagrado por el legislador, pero no siempre es completa, de allí la importancia del estudio del fundamento de la norma, el fin de la ley, todos elementos que permiten interpretarla y por consiguiente aplicarla de manera correcta y sobretodo, justa. Por eso me gusta traer a colación el caso Alboniga Juan José s/Quiebra, porque aquí los jueces de la Cámara aplicaron la figura de subrogación real al Bien de Familia, para un caso de venta en el 2013 de inmueble afectado en 1994 (previa desafectación que lógicamente necesitó hacer) a un inmueble comprado cinco días después de dicha venta, mencionando que el origen del dinero era la venta anterior y también afectando dicho inmueble al régimen de Bien de Familia. Vemos aquí, que la Cámara fue a lo sustancial, tomo cartas en el asunto porque estaba ante "... un derecho fundamental del hombre..." y con tantos argumentos para protegerlo y para permitir su movilidad "... el silencio de la ley anterior deja de ser un obstáculo para admitir la sustitución del bien de familia retrotrayendo los efectos a la primitiva inscripción"<sup>34</sup>.

### **Principio de Mismidad**

Como vemos, lo que hizo la ley, fue receptar estas ideas, o sea la aplicación concreta del principio de subrogación real que existe en el derecho, en relación a este régimen. Pero también creo que la norma fue más allá, porque al establecerlo, cambió la noción de vivienda que estábamos manejando. Porque el concepto de vivienda, trasciende al inmueble donde originalmente es establecida, es un concepto no tan material, sino más etéreo a manera como hablamos en nuestro lenguaje cotidiano del hogar. El hogar no es un lugar físico estanco, por eso podemos volver al hogar, aunque el mismo esté en una dirección diferente. Podemos hacer un paralelismo, con este concepto para entender mejor al concepto de vivienda, y entonces vemos como esta se traslada con el sujeto, no hay una nueva vivienda, sino que es la misma vivienda, pero un lugar físico diferente.

De allí que podamos hablar del Principio de Mismidad, quizás queda grande el hablar de un principio para este pequeño conjunto de normas, pero lo cierto es que de nuestro estudio científico debemos hacer una síntesis, y si podemos hacer que esa condensación, se concentre en una idea, en una simple palabra, nos es puede ser muy útil.

Mismidad en el diccionario Real Academia Española, tiene varias acepciones entre ellas "1. f. Fil. Condición de ser uno mismo. 2. f. Fil. Aquello por lo cual se es uno mismo. f. Fil. Identidad personal." Si bien estas definiciones nos dan una idea, creo que es por el lado de la filosofía por donde podemos buscarle una mejor explicación, así "se entiende por mismidad la idea que apela a la unicidad del ser y no a la condición que adquiere por el hecho de devenir, como sugiere, en cambio, el concepto de ipseidad. Desde la perspectiva de la identidad, la mismidad es aquello que no fluctúa en el proceso que va, por ejemplo, de la semilla al árbol. En otras palabras, mientras la mismidad alude a la dimensión estructural del ser, a lo que perdura a pesar del tiempo"<sup>35</sup>. Hay algo que perdura en este cambio, hay un traslado de la vivienda, pero la vivienda es la misma, el lugar físico es otro, el inmueble es otro, pero lo que la ley busca proteger está siempre presente, y se traslado de un lugar a otro. El legislador no busca proteger un inmueble

34 BRESSO, Laura I. y otros, "El bien de familia y la quiebra", en Bergel, Salvador D. y otros (dirs.), Derecho concursal argentino e iberoamericano. Ponencia en el III Congreso Argentino de Derecho Concursal. Congreso Iberoamericano sobre la Insolvencia (Mar del Plata, 1997), Buenos Aires, Ad-Hoc., 1997-1998, tomo 3, pag. 501

35 Wikipedia

del patrimonio del sujeto, busca proteger una vivienda. Es fundamental para el legislador que el inmueble sea vivienda, quizás más importante esto último que lo primero, porque actualmente la ley solo permite la protección de un inmueble destinado a vivienda, pero también podemos imaginarnos una vivienda en otro caso que no sea un inmueble, por ejemplo una embarcación, y podemos pensar en la continuidad del régimen, pero no podemos imaginarnos la protección de un inmueble, sin que sea vivienda.

### c) Límites a la Subrogación

Como bien señala Ortolani hay dos temas relación a la subrogación que debemos estudiar en profundidad “por un lado, la ausencia de límite en el valor del inmueble que se adquiere en sustitución, y por el otro, la extensión de la protección a sumas de dinero sin fijar plazo para la adquisición de una nueva vivienda”<sup>36</sup>

**Límite del valor:** Esta normativa no establece límites como la anterior en cuanto al valor del inmueble afectar, y por ende aquí también es lógico que no lo establezca, pero el asunto es cuando el bien en sustitución tiene un muy diferente valor, ¿es justo que continúe con la misma protección? La ley no pone un límite como dijimos, pero la doctrina analiza y surgen dos posturas: “Un sector doctrinario señala que la afectación beneficia a la totalidad del inmueble pues el fundamento de la protección recae en un derecho constitucionalmente protegido, como es el acceso a una vivienda y su seguridad. Para esta postura, los acreedores posteriores a la fecha de afectación originaria no pueden ejecutar el inmueble adquirido por la diferencia de valores ya que la protección es retroactiva a la afectación inicial. Otra postura entiende que se deben individualizar y separar a los acreedores anteriores a la constitución originaria de los intermedios entre la venta del inmueble afectado y la adquisición de la nueva vivienda en un valor mayor”<sup>37</sup>. O sea que algunos pueden entender que se puede ejecutar la vivienda para obtener esa diferencia.

Personalmente entiendo que siempre es factible que el juez permita la ejecución de la vivienda si la afectación se traduce en un abuso del derecho, o sea la propiedad suntuosa, lujosa, de un valor que excede lejos, lo que es la necesidad de una vivienda digna, que es fin de lo que se pretende garantizar. O cuando la figura se utiliza fraudulentamente para excluir de su patrimonio la mayor cantidad de bienes posibles, como sería subrogar la afectación sobre mi casa, cuando compro un edificio de departamentos, pero solicito al dueño anterior que lo desafecte del régimen de propiedad horizontal, para considerarlo un solo inmueble a los efectos de continuar con mi afectación sobre todo el edificio. Siempre para estas trampas a la ley, la justicia también tiene sus herramientas.

No participo de la idea de algunos, que entienden que en este tema se podría aplicar la parte inicial del 244, cuando permite afectar por una parte del valor (Art 244 CCC “por su totalidad o hasta una parte de su valor”). Por lo tanto la afectación constaría de dos partes, una por subrogación (que está protegida desde la fecha originaria) y otra desde la actual por la diferencia de valor. Esta solución sería incongruente con la posibilidad que le da ley, sería decir: te permito el cambio de vivienda pero no te protejo en este cambio, por ende sería más un no te permito el cambio.

---

36 ORTOLANI, Luciana “Régimen de Vivienda: principales cambios” (Publicado en Revista Notarial 2016/1, N° 93, Edición especial en homenaje a la profesora escritora Amara Bittar de Duralde

37 CHEJANOVICH - Ian Nicolás, “Cuestiones prácticas del régimen de vivienda especial”, Revista del Notariado 940 (abr - jun 2020) Publicado: 2022-02-09

Aquí continuamos aplicando el principio de Unicidad pero combinado con el de Mismidad. Al sujeto que tiene LA vivienda protegida, se le permite que esta vivienda cambie en algún aspecto, y como es la misma continúa protegiéndola en todo el iter de cambio hasta la nueva situación a la que llega, y no con medias tintas.

En esto sigo a Ventura, que ve como claramente se desdibuja la figura por este camino “es preferible tolerar la posibilidad patológica aislada de un deudor que, menoscabando su garantía ante un acreedor, venda su vivienda de escaso valor subrogándolo por uno más valioso, antes que hacer posible que “ab initio” se afecte solo una parte alícuota del inmueble. Con ello se altera la finalidad misma del instituto “vivienda”..... si el inmueble sale a ejecución, aun cuando lo sea por un valor inferior a su totalidad, toda ella será transferida al adquirente en la subasta, y ello determinará que dejará de ser la vivienda del que al había afectado, por lo que en el sentido más elemental de la expresión, dejará de cumplir su función. Por más que se reserve y proteja del monto obtenido en su realización la proporción que estaba afectada, la vivienda en su materialidad, como cobijo y lugar de residencia del propietario o de éste y su familia, ya no se encontrará en el patrimonio de su titular”<sup>38</sup>

La figura no tiene en miras proteger parte del patrimonio de un sujeto, como dijimos, un patrimonio base, o mínimo, sino una VIVIENDA, y es más... entiendo que la figura va más allá, no quiere brindar seguridad en que el sujeto tenga UNA vivienda, sino que el sujeto conserve LA vivienda, o su vivienda. Con esto quiero decir que la norma quiere brindarle una tranquilidad al sujeto, pero no es que este va a tener donde vivir cuando termine el proceso, sino que no va a poder ser molestado en ese lugar donde está desarrollando su vida, no va necesitar cambiar sus vecinos, sus rutinas, el colegio de sus hijos, etc., porque tan valioso es posibilitar el cambio de vivienda cuando es necesario como conservarla con los mismos objetivos.

Esta interpretación del Art 244 cuando hace referencia a parte de su valor, es muy importante, porque también pueden colarse otros casos similares, ya no por un único propietario, sino cuando el propietario subrogante adquiere en condominio con otro no subrogante. Por ej. cuando un titular vende el inmueble y adquiere una parte indivisa con otro que podría ser su cónyuge o pareja, o también porque no con otro sujeto cualquiera. Aquí consecuentemente tenemos que pensar de la misma manera, como dice Zavala “No encontramos disposición alguna que inhiba la posibilidad de sustituir el régimen protectorio de una vivienda de titularidad de uno a una vivienda que sea de propiedad de ambos cónyuges o convivientes y viceversa.” Aquí también sería una inconsistencia del sistema si podemos decir que alguien afecta por una parte del valor, porque si fuera así solo se afectaría una parte del inmueble y otra parte tendría una afectación anterior, por lo tanto hay dos afectaciones distintas, de distintas fechas, cuando en realidad la misma ley, si hay condóminos no lo permite, o sea no podrían hacerlo sino es en forma conjunta y al mismo tiempo.<sup>39</sup> Podemos volver entonces a la idea central, el sustento de la normativa no está en proteger el patrimonio de un sujeto sino su vivienda, y entonces todo tomaría esta fecha o de lo contrario si tomáramos fechas distintas y en ese caso por la ejecución de la mitad indivisa pondríamos en riesgo la vivienda del primero.

38 VENTURA, Gabriel “AFECTACIÓN DE LA VIVIENDA - Art 244 CCCN” Derecho de Familia, Revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia, N° 80, Abeledo-Perrot, Bs. As, 2017, págs. 73 y siguientes.

39 ZAVALA Gastón “Sustitución de vivienda” LXXV Seminario Teórico - Práctico Laureano Arturo Moreira - 12 Y 13 de julio de 2018 -,

*Limite en el tiempo*: No hay establecido un plazo para realizar la nueva adquisición, y entonces esto, que se entiende como excepcional, porque es proteger parte del patrimonio del sujeto, que actualmente no es el elemento que brinda cobijo a su vida, podría ser extendido por un plazo muy amplio. Por eso debería ser limitado por el legislador.

“El anteproyecto de reformas al Código Civil y Comercial de 2018 (Decreto 182/2018) propone incorporar en los requisitos de la subrogación que ... el titular debe reinvertir el importe –producto de la venta o indemnización– en la adquisición y afectación al régimen de vivienda de un nuevo inmueble en el plazo de caducidad de un año.”<sup>40</sup>

“La finalidad de la norma es proteger los importes en el proceso de la nueva adquisición, pero no con el objetivo de que queden fuera del radar de los acreedores eternamente. Zavala expone que ... cuanto más se dilate la reinversión de los fondos y menos trazable sea en ese período su empleo o destino, mayor será el riesgo que corra la continuidad del régimen de vivienda, lo que la hace susceptible de ser cuestionada judicialmente por los acreedores.”<sup>41</sup>

#### **d) Reserva**

(Conexión del principio de mismidad con el principio de voluntariedad)

En el caso de una permuta, donde se da automáticamente una subrogación real en el patrimonio de un inmueble por otro, en todo aspecto, (así por ej. lo tenemos en cuenta para analizar la calidad de ganancial o propio en cuanto al régimen de comunidad de bienes del matrimonio, sin necesidad de manifestación expresa para esa calidad) podríamos pensar que no es necesaria, mención alguna. Al respecto, parte de la doctrina señala en este aspecto que “El artículo 248 CCyC prescribe que la afectación “se transmite”. Eso significa que, si nada se señalara al respecto, la misma opera de pleno derecho”<sup>42</sup>

Sin embargo, como vimos anteriormente entendemos nosotros que es importante aquí respetar una exigencia que se puede excogitar de la ley, y es que en principio la afectación al régimen de vivienda tiene que ser voluntaria, Principio de Voluntariedad.

Por lo tanto, y ante los argumentos para sostener este principio, debería estar expresa en el instrumento su intención para que el nuevo inmueble, esté también fuera de la garantía común de todos los acreedores, además porque puede cambiarlo por un inmueble que no sea destinado a su vivienda.

El problema principal está quizás en la subrogación con el dinero que, es el precio de la operación, allí ya es más difícil pensar en una protección automática, no sabemos qué piensa hacer el sujeto con el dinero, si lo va a emplear para adquirir una nueva vivienda o si lo va a emplear con otros fines, porque dejarlo automáticamente fuera de la garantía común de los acreedores, más teniendo en cuenta la falta de límites temporales y el carácter excepcional de la protección (ya que no es precisamente un techo lo que se está protegiendo).

---

40 CHEJANOVICH - Ian Nicolás, “Cuestiones prácticas del régimen de vivienda especial”, Revista del Notariado 940 (abr - jun 2020) Publicado: 2022-02-09

41 CHEJANOVICH - Ian Nicolás, “Cuestiones prácticas del régimen de vivienda especial”, Revista del Notariado 940 (abr - jun 2020) Publicado: 2022-02-09

42 CHEJANOVICH - Ian Nicolás, “Cuestiones prácticas del régimen de vivienda especial”, Revista del Notariado 940 (abr - jun 2020) Publicado: 2022-02-09

“Las normas registrales de las distintas demarcaciones son disímiles respecto de la necesidad de efectuar la reserva en la escritura de desafectación. En la Ciudad de Buenos Aires, no es necesario efectuar esta reserva, según lo establecen la Disposición técnico registral 4/2016 y la Instrucción de trabajo 6/2016. En la Provincia de Córdoba, el Registro General exige efectuar dicha reserva, de acuerdo con la Resolución general 4/2015 (normativa técnico-registral unificada t. o. 2015, art. 8 del título II).”<sup>43</sup>

El reglamento registral de Córdoba, dispone en el art. 8 del título II: *“afectación al Régimen de Vivienda que: Se admite la sustitución de la vivienda afectada por otra, la cual puede ser adquirida simultáneamente con la venta del inmueble afectado o con posterioridad, siendo menester en ambos casos obrar de la siguiente manera:*

*1. En el primer caso, junto con la compraventa se deberá rogar la sustitución en cuestión mediante el código de acto que se creará al efecto (SUS). En el documento debe surgir en forma clara la identificación de la primitiva afectación, la cual deberá ser trasladada al inmueble que se adquiere con sus mismos datos. El inscriptor deberá controlar los datos del Bien de Familia sustituido en la inscripción antecedente previo a efectuar su traslado.*

*2. En el que caso que se pretenda sustituir la afectación a vivienda con posterioridad a la venta del inmueble primitivamente protegido, se calificará los siguiente:*

*a) En la escritura de compraventa por la cual se desafectó a vivienda, deberá surgir la reserva de sustituir o subrogar la vivienda en los términos del art.248C.C.C.*

*b) En la escritura de adquisición, el Notario deberá referenciar la reserva anteriormente indicada, consignando todos los actos de la primitiva afectación. Se deberá rogar la registración mediante el código que se creará al efecto. En dicho caso, el inscriptor deberá controlar los datos del bien de Familia sustituido en la inscripción antecedente previo a su traslado.*

La LII Reunión Nacional de Directores de Registros de la Propiedad Inmueble (La Plata 2015), en su recomendación al Tema 1 punto 3, expresó: “En relación al art. 248 corresponde verificar que en el instrumento de transferencia de la vivienda afectada se haya hecho “reserva del derecho de subrogar”, para dejar constancia en el folio real de tal circunstancia”.<sup>44</sup>

### **e) Reserva y Cancelación tácita**

Dice el Digesto Registral de Córdoba:

*7.1. La voluntad de cancelar la afectación a vivienda (bien de familia) debe manifestarse expresamente, no admitiéndose las cancelaciones tácitas. La manifestación de voluntad destinada a cancelar el bien de familia podrá estar contenida en instrumento privado con certificación notarial de firmas.*

*Cuando la cancelación provenga de autoridad judicial, deberá estar contenida en auto o sentencia*

43 CHEJANOVICH - Ian Nicolás, “Cuestiones prácticas del régimen de vivienda especial”, Revista del Notariado 940 (abr - jun 2020) Publicado: 2022-02-09

44 DIEZ, Lilia N., “Protección de la vivienda. Desencuentros entre la vivienda afectada y la vivienda que se quiere afectar para sustituirla. ¿Una relación imposible?” (online), en Revista Argentina de Derecho Civil, Buenos Aires, IJEditores, N.º 9 (noviembre 2020), 13/11/2020, IJ-CMXXXIII-434, <https://ar.ijeditores.com/pop.php?option=articulo&Hash=c83ead484e8951904029861785090387>, última consulta: 27/5/2021.

Así como se entiende que la afectación tiene que ser voluntaria, el registro entiende que la desafectación también, por eso la exigencia, en uno de los pocos puntos que se encargó de reglamentar en relación al Código. O sea la venta del propietario con el asentimiento del cónyuge del inmueble, no la va a tomar como una cancelación tácita de la afectación a la vivienda. Pero afectación y desafectación son totalmente distintas, y no podemos transpolar los argumentos vertidos.

Además el Código es claro al respecto, para transferir la propiedad del inmueble afectado lo único que exige es la conformidad del Cónyuge o conviviente inscripto (Art 250), pero nada dice de solicitar expresamente, previa o en el mismo momento, la desafectación al régimen, (y podría haberlo hecho).

Ahora, esta exigencia toma un tono de formalismo vacío, porque la observación de una escritura de venta en este sentido, no se entiende. Ya que el propietario, por el art 250 efectivamente a transferido el inmueble. ¿Puede venir después quien no es propietario a desafectarlo? ¿La afectación sigue presente en el inmueble para el nuevo propietario aunque no la haya solicitado expresamente?

Además esta interpretación es anacrónica, la situación en relación al Régimen de Bien de Familia era distinta, con una redacción distinta de la norma. Había un punto luego de la primer oración en el art 37 de la ley de bien de familia, entonces de su lectura surgía que el afectante debía desafectar el inmueble para disponer de él.

*"ARTICULO 37. - El "bien de familia" **no podrá ser enajenado** ni objeto de legados o mejoras testamentarias. Tampoco podrá ser gravado sin la conformidad del cónyuge; si éste se opusiere, faltare o fuese incapaz, sólo podrá autorizarse el gravamen cuando mediare causa grave o manifiesta utilidad para la familia."*

Pero la redacción actual del Art 250 es distinta

*"ARTÍCULO 250.- Transmisión de la vivienda afectada..... Si el constituyente está casado o vive en unión convivencial inscripta, el inmueble **no puede ser transmitido ni gravado sin la conformidad** del cónyuge o del conviviente..."*;

Además como último argumento es que, las normas tienen que tener cierta congruencia, si se solicita expresamente la reserva ante la venta del inmueble, como entendemos que debe hacerse, porque su continuidad (ya sea en el dinero o en otro inmueble, no se da sin la voluntad del sujeto en ese sentido), de la mano de ello la "no reserva" o sea la falta de ella debe terminar necesariamente con esta afectación, además porque al no trasladarse, no puede dejar afectado un inmueble del que no va a ser mas su propietario, sin la voluntad del nuevo dueño de querer afectarlo.

## **f) Trazabilidad**

Volviendo al tema de la sustitución por la suma obtenida como precio o indemnización, como bien sabemos, el dinero es una cosa fungible, y va a ser difícil saber si una suma embargada es o fue parte de ese precio. En otros países como Uruguay se exige su depósito en un banco oficial del estado (Banco Hipotecario), en una cuenta especial al efecto. Por eso con nuestra ley es muy importante para el sustituyente que pueda guardar pruebas de la trazabilidad del dinero, como bien dice Ortolani "La prueba de la identidad de

las sumas obtenidas con las reinvertidas recae sobre el afectante; por ello, la operación debería hacerse por transferencia bancaria, o de ser necesario depositar el importe en una cuenta bancaria especial, lo que facilitará la prueba e impedirá la traba de medidas cautelares que entorpezcan la disponibilidad.” Además permitirá esta trazabilidad, proteger el valor de ese bien, en una actualidad económica en que la moneda pierde a diario gran parte de su valor. Vamos a tener casos en que los afectantes quieran protegerse realizando un plazo fijo, o cambiando de moneda, de allí que todo lo que se pueda hacer para lograr, dejar pruebas de este camino que siguió el precio van a ser muy útiles ante un acreedor que desconozca esta posibilidad.

Entendemos que, esta protección de la afectación, sobre el dinero tiene carácter excepcional, y por eso entendemos que no cabría la posibilidad de realizar alguna inversión intermedia para proteger la depreciación de la moneda, como la compra de acciones, vehículos, terrenos, etc., pero si como dijimos antes el cambio a otra moneda, pues seguimos teniendo dinero, no es moneda de curso legal, pero es un bien con la misma naturaleza, tanto es así que si la hubiera obtenido de entrada no dudaríamos en decir que entra de lleno en el supuesto. Con relación a un plazo fijo, podríamos pensar que los intereses, son solo el pago por el uso del dinero que hace un tercero, pero en nuestro país generalmente ese interés solo logra mantener el valor real del mismo, es difícil que alguien pueda pensar que allí hay una ganancia, por eso entendemos que en la situación actual, los intereses que se vayan capitalizando, también están protegidos por la afectación.

#### **g) Sustitución en otro inmueble ya existente en el patrimonio**

Una situación que no se contempla es el supuesto de traslación de la afectación entre dos inmuebles que ya existen en el patrimonio del titular. No sería un caso técnicamente de subrogación real, ya que el no hay un egreso e ingreso al patrimonio, sino que el supuesto sería trasladar la afectación primera sobre otro inmueble que ya está en el Patrimonio del sujeto.

Respecto de la negativa a sustituir una vivienda afectada por otra que existe en su patrimonio a la cual se trasladaría retroactivamente la afectación, Zavala, considera, muy inteligentemente que: “Una hermenéutica de esta naturaleza se encuentra distante del derecho protegido- la vivienda y la familia-: se circunscribe a tecnicismos jurídicos y formalidades administrativas. En esencia sólo se admitiría la conservación de la afectación en caso de permuta y sobre el precio percibido la indemnización recibida. Nada más. Obsérvese que tampoco deberían admitir que la afectación se trasladase luego del precio percibido- supuesto contemplado en el art. 248 in fine- al inmueble adquirido en subrogación y sobre el que se asentará la nueva vivienda, porque el Código no dejó expresamente estipulado la conservación de la afectación en el traspaso del precio al inmueble sucesivo. Asumir una hermenéutica en tal sentido es inadmisiblemente, irrazonable e injusta, por atentar contra la protección de la vivienda y de la familia”<sup>45</sup>

Sin dudas muy inteligente la interpretación que hace Zavala, pero lo mejor que nos dice es que siempre la norma tiene que ser interpretada, y aquí volvemos a necesitar los fundamentos y las conclusiones a las que hemos arribado, por eso, y para ser más simples,

---

45 DIEZ, Lilia N., “Protección de la vivienda. Desencuentros entre la vivienda afectada y la vivienda que se quiere afectar para sustituirla. ¿Una relación imposible?” (online), en Revista Argentina de Derecho Civil, Buenos Aires, IJEditores, N.º 9 (noviembre 2020), 13/11/2020, IJ-CMXXXIII-434, <https://ar.ijeditores.com/pop.php?option=articulo&Hash=c83ead484e8951904029861785090387>, última consulta: 27/5/2021.

necesitamos la aplicación del Principio de Mismidad, que nos lleva a la necesidad de proteger, el inmueble a donde se traslado la vivienda, siempre que reúna las condiciones legales para trasladar la afectación y respetando el Principio de Voluntariedad.

“Los Registros de la Propiedad Inmueble suelen anticipar mediante Disposiciones Técnico Registrales (DTR) los criterios de calificación que aplicarán a determinados supuestos. Algunos aceptan la sustitución de un inmueble afectado por otro existente en el patrimonio del afectante, y lo han reglamentado; como los Registros de la Propiedad Inmueble de Rosario (Orden de Servicio N° 1/2003) y Chaco (DTR 25/2020 del 6/3/2020). Otros no se refieren a este supuesto como los Registros de la Propiedad Inmueble de Río Negro, (DTR 1/16); La Pampa, (DTR 9/2015); Córdoba (Resolución General 4/2015 y Orden de Servicio 9 del 30/7/2015); San Luis, (DTR 4/2015 del 9/10/2015); Neuquén (DTR 3/2015 del 31/7/15); Santa Fe, (DTR Conjunta N° 15 del 21/11/16); Buenos Aires, (DTR 10/2016); Misiones, (DTR 10/16 del 11/11/16); San Juan (DTR 36/15 del 18/9/2015). Y otros Registros no lo reglamentarán por entender que la norma del art. 248 del C. C. y C. es clara. De dichas normas advertimos que las opiniones acerca de la sustitución de la vivienda afectada por otra ya existente en el patrimonio del titular, entre los registradores de la propiedad, no son pacíficas”<sup>46</sup>

#### **h) La subsistencia**

Otro supuesto no contemplado en la ley, pero que si es contemplado en el Digesto de la Provincia de Córdoba, es el caso de subsistencia de la afectación en los procesos de partición, situación muy útil, porque si bien la titularidad del bien muda, no muda la vivienda que existe en él.

Dice el digesto provincial:

*12.1. Cuando en los procesos sucesorios, liquidación de sociedad conyugal o divisiones de condominio se manifieste la voluntad de mantener el beneficio De afectación a vivienda (bien de familia), siempre que subsistan los requisitos legales, se practicarán únicamente las notas marginales pertinentes en el asiento de anotación de la afectación a vivienda (bien de familia) Las notas que se realicen deberán contener las modificaciones respecto del asiento principal.*

*12.2. Igual procedimiento al reglado en el artículo anterior se cumplirá respecto de la subsistencia de la afectación a vivienda (bien de familia) en materia de documentos notariales.*

#### **i) Unión, anexión o subdivisión**

Otra situación similar no contemplada en la ley, y que puede prestarse a dudas es la unión con otro inmueble. Algunos podrían pensar que en estos casos habría que desafectar el inmueble y afectar el nuevo inmueble. Otros podrían pensar que en realidad no es otro inmueble nuevo (aunque tenga un nuevo nombre) sino que es el mismo inmueble pero aumentado (algunos discutirán que el aumentado es el otro, o que hay un ente nuevo, creado por la unión de otros, etc.). Pero nosotros entendiendo que lo más importante es la vivienda y no el inmueble, y conociendo que la ley ha establecido el principio de mismidad, no nos quedan dudas que sigue siendo la misma vivienda del sujeto, con

---

46 DIEZ, Lilia N., “Protección de la vivienda. Desencuentros entre la vivienda afectada y la vivienda que se quiere afectar para sustituirla. ¿Una relación imposible?” (online), en Revista Argentina de Derecho Civil, Buenos Aires, IJEditores, N.º 9 (noviembre 2020), 13/11/2020, IJ-CMXXXIII-434, <https://ar.ijeditores.com/pop.php?option=articulo&Hash=c83ead484e8951904029861785090387>, última consulta: 27/5/2021.

una situación diferente en su soporte físico, y así podíamos interpretar que continua la misma afectación.

Esta base de interpretación es también muy importante, porque agrega un argumento más para coincidir con el planteo que hicimos anteriormente, cuando mencionamos que una sustitución por un inmueble mayor, hace continuar la afectación por el todo del inmueble y no por una parte indivisa, o sea aquí también deberíamos seguir la misma lógica, y deducir aquí que no solo se puede mejorar la vivienda cambiándola por otra, sino agregando más terreno a la parcela, y no por ello pasamos a tener una afectación por una parte del inmueble. En ambos casos, en el patrimonio del sujeto pasa a haber un inmueble destinado a vivienda mayor que antes, pero sigue siendo la misma vivienda del sujeto y que merece seguir conservando la misma protección, aunque vaya mudando su sustrato material.

A este respecto dice el Digesto Registral de Córdoba

*14. En los casos de unión, anexión o subdivisión de lotes por planos se procederá a extender o reducir el bien de familia<sup>47</sup> siempre que se verifiquen o subsistan las condiciones de afectación a dicho régimen*

Es lógico interpretar lo mismo en el supuesto inverso en el que se subdivide el inmueble, porque quizás es demasiado grande, o por alguna otra razón y los propietarios optan porque continúe en uno solo de esos inmuebles la vivienda. Aquí es clara la conservación de la misma afectación, porque principalmente no se ha cambiado la vivienda ni siquiera de lugar, quizás podrá estar más reducida pero sustancialmente sigue siendo el mismo centro de vida del afectante. Por supuesto que esta opción, esta voluntad de decidir donde continúa la afectación debe ser expresa.

El caso de la anexión, es algo que ya no maneja el afectante con su libre voluntad, sino que el Estado vincula dos inmuebles de su propiedad de los cuales no puede disponer independientemente, y esto puede surgir de un plano hasta de simple mensura, como lo explica el Dr. Bono, "la anexión de inmuebles traduce un vínculo jurídico de carácter inter-objetivo que relaciona dos (o más) inmuebles en función del destino conjunto o integrado al que están afectados, y por el cual, sin perder su individualidad (cabe destacar que no hay unión, por lo que los inmuebles siguen siendo objetos territoriales distintos que, incluso, pueden no ser contiguos) no obstante, tampoco pueden ser objeto de actos de una disposición separada"<sup>48</sup> y justamente como no pueden ser objeto de actos de disposición separada, tampoco podrá legalmente ejecutarse uno independientemente del otro por lo cual esta situación hace incongruente la afectación de un inmueble sin el otro, o en este caso particular la subsistencia de la afectación en el inmueble sin trasladarla al inmueble que se le anexa. Claramente vinculado el principio de unicidad de la vivienda, cuando hablamos de la posibilidad de afectar dos inmuebles al régimen, con la salvedad de que aquí hay una vinculación de los inmuebles que no permite la ejecución por separado de los mismos.

---

47 El registro de la provincia de Córdoba sigue mencionando la institución como bien de familia, en varios pasajes de la reglamentación del régimen de vivienda, en otros utiliza ambos nombres y en la página de internet para acceso del público sigue mencionando la afectación como Bien de familia, en este último caso puede ser entendible porque el público en general todavía desconoce el cambio, pero no en la reglamentación que se entiende que está destinada a los operadores de derecho.

48 BONO, Gustavo, "Los cónyuges frente al condominio y la unión, anexión o subdivisión de inmuebles" Revista Notarial 2016/1, N° 93, Edición especial en homenaje a la profesora escritora Amara Bittar de Duralde

### III. Palabras finales

Quizás es muy pretencioso hablar de principios, cuando no estamos siquiera frente a una rama del derecho. Debo confesar que fue un poco adrede, para llamar la atención, a manera de esos titulares que nos llevan a abrir un artículo, que mueven a la curiosidad y con ello espero haber logrado que eso motivara la lectura de este trabajo, para poderles transmitir mis puntos de vista sobre la materia que tratamos. Pero luego me di cuenta que, trabajar con ellos es muy útil, un buen trabajo científico puede consistir en lograr armar, organizar, sistematizar el conocimiento. Por esa razón es interesante cuando luego de toda una labor de estudio, podemos fundir, condensar en unas pocas palabras, una serie de ideas que organizan toda una institución, y que nos permiten movernos con claridad en la interpretación que vayamos a hacer de cualquier situación problemática que se nos plantee. Por supuesto que podemos agregar más, discutirlos, cambiarlos, modificarlos, los principios son hipótesis, como decía Pelosi<sup>49</sup> que generan proyecciones automáticas que hacen de una ciencia tal ciencia, y no un explicación singular para cada caso y por supuesto no se va a agotar en ellos toda la problemática, pero puede ser interesante plantearlos, y hasta plantear su negación.

También lo que destaco con ello es tenemos la posibilidad de analizar las normas, con un funcionamiento de conjunto, sin estudiar compartimentos estancos que nos reducen a artículos.

Pero lo más importante para toda interpretación que podamos hacer, es que no podemos dejar de tener en cuenta, en esa escala axiológica, el valor del derecho con el cual estamos trabajando, su fundamento. Esta protección del derecho sobre la vivienda, es parte de ese derecho constitucional, de ese derecho humano que es la vivienda.

### IV. Conclusiones

-Se destacan en el Régimen de Vivienda los principios de Voluntariedad, Unicidad y Mismidad, que se pueden extraer de la normativa, del estudio en torno a la misma y principalmente del los fundamentos que dan lugar a la protección de la vivienda.

- Principio de voluntariedad: La afectación al régimen de vivienda es voluntaria, con las excepciones expresamente previstas en la ley

- Debe interpretarse el párrafo final del Art. 245, que establece la afectación por orden judicial, cuando se atribuye la vivienda en un juicio de divorcio o cuando hay conclusión de la convivencia, en conjunto con los artículos 444 y 526, ya que es todo un solo mecanismo de protección de la vivienda.

- La voluntariedad en el último párrafo del Art 245, está dada por la solicitud de la atribución de la vivienda, que implica también su afectación. Porque para lograr los efectos deseados contra terceros se necesita de la afectación, y esta está impuesta como un mandato legal a cumplir por el juez.

-Principio de Unicidad: La vivienda es una y no es posible afectar una parte indivisa.

- El condómino o cotitular de otro derecho real susceptible de afectación, puede ser titu-

---

49 PELOSI, Carlos A. "EL DERECHO NOTARIAL COMO DERECHO AUTÓNOMO" Revista del Notariado 729 del año 1973 "Por otra parte generan proyecciones automáticas que hacen de una ciencia tal ciencia, que permiten valorarla como un sistema organizado de juicios y conceptos. Si hubiera que forjar una explicación singular para cada caso, no habría ciencia sino una recopilación de observaciones, no habría más que casuística. Concluye con la certera indicación de que el principio es más principio por lo que de él sale que por de dónde viene. Lo que importa es una base discursiva, sobre la cual la ciencia pueda montar y desarrollar, en un alcance mayor o menor, sus contenidos conceptuales. En la llamada "Carta de Buenos Aires" aprobada en el 1er. Congreso de Derecho Registral realizado en Buenos Aires, a fines del año pasado, se brindó la definición más simple sobre los principios al declarar que son las orientaciones fundamentales que informan esa disciplina y dan la pauta en la solución de los problemas jurídicos planteados."

lar de dos o más inmuebles afectados al régimen

-Principio de Mismidad: Se entiende que la vivienda es la misma aunque pueda cambiar el sustrato material o físico donde se asienta.

- El nuevo régimen cambió la noción de vivienda que estábamos manejando. No es un objeto, estático y permanente. El concepto de vivienda, trasciende al inmueble donde originalmente es establecida, es un concepto más etéreo, que permite el cambio y el traslado con el sujeto. Por eso podemos decir que no hay una nueva vivienda, sino que es la misma vivienda, pero con una configuración física diferente o en un lugar físico diferente.

-La movilidad de la vivienda es indispensable para lograr la protección de otros derechos humanos, como progresos o cambios en su trabajo, situaciones familiares, cambios en el entorno que hacen peligrar la salud (con un concepto amplio de la misma), etc.

-Se permite que esta vivienda cambie en algún aspecto, y como es la misma continúa protegiéndola en todo el iter de cambio hasta la nueva situación a la que llega, siempre por el todo como una única entidad. (Principio de unicidad y mismidad)

- Cuando el propietario subrogante (o sea con una afectación anterior) adquiere en condominio con otro no subrogante, la afectación protege la vivienda de ambos en forma total y no por una parte de su valor. La solución contraria sería una inconsistencia del sistema, porque posibilitaría dos afectaciones distintas, de distintas fechas, cuando en realidad la misma ley, si hay condóminos no lo permite.

- Se necesita la reserva expresa para la subrogación aun en el caso de permuta, por el principio de voluntariedad.

-No es necesaria la desafectación para la transmisión del inmueble, ella se da tácitamente ante la no reserva de subrogación.

-Puede interpretarse claramente que la ley permite la sustitución del inmueble afectado a vivienda por otra ya existente en el patrimonio del propietario.

---

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABELLA, Adriana N. y SABENE Sebastián, en Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado, Anotado y Concordado, Coordinador: Eduardo Gabriel CLUSELLAS, Tomo 1 ASTREA FEN 2015
- BERTILOTTI, María Pía, REVISTA SEMANARIO JURIDICO Nro. 857, artículo de 3 de Octubre de 1991, pág. 259
- BONO, Gustavo, "La protección de la vivienda en relación a los derechos reales, y una interpretación extensiva del artículo 245 del Código Civil y Comercial" RDF N°80 Abeledo Perrot
- BONO, Gustavo, "Los cónyuges frente al condominio y la unión, anexión o Subdivisión de inmuebles" Revista Notarial 2016/1, N° 93, Edición especial en homenaje a la profesora escritora Amara Bittar de Duralde
- BRESSO, Laura I. y otros, "El bien de familia y la quiebra", en Bergel, Salvador D. y otros (dirs.), Derecho concursal argentino e iberoamericano. Ponencia en el III Congreso Argentino de Derecho Concursal. Congreso Iberoamericano sobre la Insolvencia (Mar del Plata, 1997), Buenos Aires, Ad-Hoc., 1997-1998, tomo 3, pag. 501
- CHEJANOVICH - Ian Nicolás "Régimen de vivienda (bien de familia)" Revista del Notariado 940 (abr - jun 2020).

- DIEZ, Lilia N., "Protección de la vivienda. Desencuentros entre la vivienda afectada y la vivienda que se quiere afectar para sustituirla. ¿Una relación imposible?" (online), en Revista Argentina de Derecho Civil, Buenos Aires, IJEditores, N.º 9 (noviembre 2020), 13/11/2020, IJ-CMXXXIII-434, <https://ar.ijeditores.com/pop.php?option=articulo&Hash=c83ead484e8951904029861785090387>, última consulta: 27/5/2021.
- GIMENO, Rosana, "El bien de familia y la quiebra del constituyente" en Revista del Notariado 913 del año 2013, pag 41
- GOMEZ ZAVAGLIA, Tristán "El derecho humano a una vivienda adecuada" Marzo de 2013, "La sentencia constitucional: una importante llave para el acceso a la vivienda adecuada", en la obra "Derecho Procesal Constitucional"; Asociación Colombiana de Derecho Procesal Constitucional. ISBN: 978-958-57887-0-1 VC-Editores Ltda. Bogotá Colombiana, Id SAIJ: DACF170395
- HERRERA, Marisa y PELLEGRINI María Victoria, "La protección a la vivienda familiar en el nuevo Código Civil y Comercial"
- KEMELMAJER DE CARLUCCI Aida, "Protección jurídica de la vivienda familiar" Ed Hammurabi - Jose Luis Depalma Buenos Aires 1995
- MAZZEI, Juana Beatriz, "Afectación del inmueble al régimen de vivienda. Cuestiones registrales" Publicado en: RCCyC 2017 (febrero), 03/02/2017, 113, Cita Online: AR/DOC/3983/2016
- MESQUIDA, Silvina M. y KOON, María Lucila "La protección de la vivienda en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación" Publicado en: DFyP 2014 (noviembre).
- ORTOLANI, Luciana "Régimen de Vivienda: principales cambios" (Publicado en Revista Notarial 2016/1, N° 93, Edición especial en homenaje a la profesora escritora Amara Bittar de Duralde
- PELOSI, Carlos A. "EL DERECHO NOTARIAL COMO DERECHO AUTÓNOMO" Revista del Notariado 729 del año 1973
- PUERTA DE CHACÓN, Alicia "Vivienda. Traslación de la afectación. ¿Otro esfuerzo interpretativo?, Publicado en: RDF 2017-IV, 08/08/2017, 71 Cita Online: AR/DOC/3812/2017
- SZMUCH, Mario G. "Pot pourri de régimen de vivienda con toques de DTR 4/2015 y OS 45/2015 y adición de constitución, legitimación y frutos" RdN 919, año 2015
- VENTURA, Gabriel "AFECTACIÓN DE LA VIVIENDA - Art 244 CCCN" Derecho de Familia, Revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia, N° 80, Abeledo-Perrot, Bs. As, 2017, págs. 73 y siguientes..
- ZAVALA Gastón "Sustitución de vivienda" LXXV Seminario Teórico - Práctico Laureano Arturo Moreira - 12 Y 13 de julio de 2018 -,
- ZAVALA Gastón, en su trabajo presentado en las XXVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, año 2022 que será publicado próximamente en la Revista de Derecho Notarial y Registral de la UBP "LA SOCIOAFECTIVIDAD FRENTE A LA VIVIENDA FAMILIAR Y LAS SOCIEDADES"



# ADQUISICIÓN LEGAL DE DERECHOS REALES SOBRE COSAS INMUEBLES, POR SUB – ADQUIRENTE, DE BUENA FE Y A TÍTULO ONEROSO: UNA HERMENÉUTICA SISTEMÁTICA

---

Por Valeria POLLINI INAUDI<sup>1</sup>

---

RESUMEN: El presente ensayo tiene por objeto el estudio del supuesto de adquisición legal de derechos reales sobre cosas inmuebles por *sub-adquirente* a título oneroso y de buena fe, a la luz de una directiva interpretativa sistemática. El punto de partida analítico consistirá en deslindar conceptualmente las dinámicas funcionales subyacentes al supuesto de adquisición legal analizado y al supuesto de adquisición legal por adquirente de buena fe a título oneroso, de cosas muebles no registrables, que no hayan sido hurtadas/robadas o perdidas. A partir de allí, se intentará realizar un abordaje integral del instituto bajo estudio, con el objeto de responder a una serie de interrogantes vinculados al efecto no convalidante del registro inmobiliario, la aplicabilidad del supuesto a la adquisición de derechos reales que se ejerzan o no por la posesión, derechos reales principales y accesorios, como así también la posibilidad de recurrir a modalidades abreviadas del tracto sucesivo. Finalmente, en torno a los supuestos de ineficacia de los actos jurídicos a los que el supuesto se aplica.

ABSTRACT<sup>2</sup>: The purpose of this essay is to study the case of legal acquisition of rights in rem over real property by a sub acquirer for valuable consideration and in bona fide, in the light of a systematic interpretative guideline. The analytical starting point will be to conceptually delineate the functional dynamics underlying the legal acquisition assumption analyzed and the legal acquisition assumption by a bona fide acquirer for valuable consideration, of non-registrable movable things, which have not been stolen or lost. From there, an integral approach of the institute under study will be attempted, with the purpose of answering a series of questions related to the principle of non-validation of the real estate registry, the applicability of the case to the acquisition of rights in rem that are exercised or not by possession, main and accessory rights in rem, as well as the possibility of resorting to abbreviated modalities of the successive tract. Finally, with respect to the cases of ineffectiveness of the legal acts to which the assumption applies.

---

1 Abogada por la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba (Designada “Egresado Sobresaliente”) - Maestranda en “Derecho Civil Patrimonial” Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba - Docente Ayudante 1° con Dedicación Simple de Derecho Privado V “Derechos Reales” (Cátedra “A”) en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba - Diplomada en Derechos Reales en el Nuevo Código Civil y Comercial y cuestiones prácticas en materia registral por el Club de Derecho de la Ciudad de Córdoba - Posgrado en “Seminario sobre Derechos Reales en el Código Civil y Comercial de la Facultad de Derecho Universidad Nacional de Córdoba – Posgrado en “Ciclo de conferencias: Temas de derechos reales. Abordajes Interdisciplinarios” de la Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Córdoba – Autora de artículos varios doctrinarios relativos a los derechos reales

2 Nota de la autora: en agradecimiento a la Dra. Lucía Cafferata por su generosa colaboración en la corrección de la traducción al idioma inglés.

PALABRAS CLAVE: Derechos reales – Adquisición legal – Sub-adquirente de buena fe y a título oneroso - Inmuebles.

KEY WORDS: Real rights – Legal acquisition – Sub acquirer in good faith and for consideration - Rights in rem.

## I. Introducción

La *teoría general de los derechos reales* regulada en el Libro IV “*Derechos Reales*”, Título I “*Disposiciones Generales*” Capítulo I “*Principios comunes*” del Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante CCC) prevé **supuestos de adquisición legal** de derechos reales en los siguientes términos: artículo 1894: “*Adquisición legal. Se adquieren por mero efecto de la ley, los condominios con indivisión forzosa perdurable de accesorios indispensables al uso común de varios inmuebles y de muros, cercos y fosos cuando el cerramiento es forzoso, y el que se origina en la accesión de cosas muebles inseparables; la habitación del cónyuge y del conviviente supérstite, y **los derechos de los adquirentes y subadquirentes de buena fe***”

Subyace a la norma *supra* transcripta el orden público imperante en la *teoría general de los derechos reales*, en tanto regular sustancialmente un especial modo de adquisición de derechos reales; todo ello de conformidad con las expresas prescripciones del artículo 1884 CCC que reza “*Estructura. La regulación de los derechos reales en cuanto a sus elementos, contenido, **adquisición**, constitución, modificación, transmisión, duración y extinción **es establecida sólo por la ley**. Es nula la configuración de un derecho real no previsto en la ley, o la modificación de su estructura*”. Nótese que sobre el punto en los Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación la Comisión redactora se sirvió sentar los siguientes lineamientos: “*Respecto de la estructura, en tanto no todas las normas que regulan los derechos reales son de orden público, sino solamente **aquéllas que lo hacen sustancialmente**, se plantea que tienen ese carácter las que se refieren a sus elementos y contenido y en cuanto a su **adquisición**, constitución, modificación, transmisión, duración y extinción*”<sup>3</sup>

Abordaremos el presente ensayo a la luz de una directiva interpretativa sistemática haciéndonos eco de las prescripciones del Título Preliminar CCC que en su artículo 2 reza: “*Interpretación. La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, **de modo coherente con todo el ordenamiento***”

Al respecto sostiene la doctrina especializada que “*El derecho es un todo sistemático cuyas diversas partes se coordinan y armonizan entre sí. La determinación del significado de una norma determinada que forma parte del sistema, por ello, requiere valorar su relación con las demás o en otros términos, que para decidir el significado de una norma, no se observa esa disposición en forma aislada sino en el contexto más general de otras disposiciones en la que aquélla está inserta. Es lo que predica el art. 2 cuando dice que la ley debe ser interpretada “de un modo coherente” con todo el ordenamiento. Esa consideración sistemática que contribuye a encontrar el sentido de una norma, se denomina criterio (de interpretación) sistemático: tratándose de la comprensión de una norma jurídica, ella ha de*

3 Anónimo, *Proyecto de Código civil y comercial de la Nación*, Infojus, Buenos Aires, 2012, p. 698

*colocarse en conexión con las restantes del conjunto (no aisladamente)."*<sup>4</sup>

En idéntico sentido *"el pensamiento sistemático percibe al Derecho como un conjunto estructurado de normas jurídicas, racionalmente elaborado que, además de un orden externo, tiene una conexión conceptual interna y encierra en sí mismo todas las soluciones posibles a los problemas que se plantean en la vida social"*<sup>5</sup>

Ello guarda correspondencia con la inveterada doctrina jurisprudencial del Tribunal cívico en el sentido de que *"para interpretar la ley debe computarse la **totalidad de sus preceptos** de manera que armonicen con el ordenamiento jurídico restante y con los principios y garantías de la Constitución Nacional, evitando darles un sentido que ponga en pugna sus disposiciones, destruyendo las unas a las otras y adoptando como verdadero, el que las concilie y deje a todas con valor y efecto."*<sup>6</sup> En otro precedente *"en consecuencia, la tarea de esclarecer la inteligencia de las normas **no se agota con acudir a su texto**, sino que debe indagarse lo que jurídicamente han querido mandar, razón por la cual deben computarse la totalidad de sus preceptos (incluyendo los antecedentes parlamentarios) **de modo armónico con el ordenamiento jurídico restante y con los principios y garantías de la Constitución Nacional.** La interpretación debe, asimismo, evitar asignar a la ley un sentido que ponga en pugna sus disposiciones y destruya las unas por las otras y adoptar como verdadero un criterio que las concilie y suponga su integral armonización"*<sup>7</sup>

Sentada la premisa hermenéutica que ha de guiar nuestra labor, podemos concluir que una interpretación sistemática de artículos 1894, 1895, 760, 392 y 2260 CCC nos permite sistematizar la existencia de:

- a) Un supuesto de adquisición legal de derechos reales por **adquirente** de buena fe a título oneroso, de cosas muebles no registrables, que no hayan sido hurtadas/robadas o perdidas con regulación normativa en los artículos 1894 *in fine*, 1895 primer párrafo, 760 y 2260 primer párrafo, CCC. Se advierte que el abordaje conceptual que de este supuesto se realiza en el presente ensayo lo será a los únicos fines de deslindar conceptualmente su ámbito de aplicación con respecto al supuesto de adquisición legal que constituye el objeto de análisis del presente.
- b) Un supuesto de adquisición legal de derechos reales por **sub-adquirente** de buena fe, a título oneroso, de cosas muebles registrables, que no hayan sido hurtadas/robadas o perdidas, regulado por los artículos 1894 *in fine*, 1895 segundo y tercer párrafo, 392 y 2260 segundo párrafo CCC. Se advierte que este supuesto no será objeto de estudio del presente ensayo.
- c) Finalmente, un supuesto de adquisición legal de derechos reales por **sub-adquirente** de buena fe, a título oneroso, de cosas inmuebles regulado por los artículos 1894 *in fine*, 392 y 2260 segundo párrafo, CCC; sienta este es el supuesto que constituye el objeto específico de análisis del presente ensayo.

Ahora bien, considerando que el objetivo del presente ensayo (tal como lo indica su tí-

4 TOBIAS, José W., *Tratado de Derecho Civil, Parte General*, Tomo II, Thompson Reuters La Ley, Buenos Aires, 2018, p. 310

5 LORENZETTI, Ricardo Luis, *Sentencia. Teoría de la decisión judicial*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2022, p. 104

6 Corte Suprema de Justicia de la Nación; "Recurso de hecho deducido por Víctor Manuel Montti (fiscal ante la Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata) en la causa Sigra S.R.L. s/ ley 23.771 -Causa N° 2953"; 25 de Septiembre de 1997

7 Corte Suprema de Justicia de la Nación, "Porchetto, Marcelo Patricio c/ Aerovías Nacionales de Colombia S.A. y otros s/ cobro de asistencia y salvamento"; 26 de Junio de 2012, Fallos 335:1157

tulo) consiste en el estudio del especial modo de adquisición legal de derechos reales por parte de los **“subadquirentes de buena fe”** a que refiere el artículo 1894 *in fine*, es condición hermenéutica inicial, deslindar conceptualmente el mismo, del supuesto de adquisición legal de derechos reales por parte de los **“adquirentes de buena fe”** a que refiere idéntica norma, **con el objeto de determinar si la dinámica funcional de ambos supuestos es asimilable o si, por el contrario, resultan disímiles**. De concluirse que nos encontramos frente a este último supuesto, habremos avocarnos a formular precisiones en torno a la dinámica funcional del supuesto de adquisición legal bajo estudio para, a renglón seguido, proceder a responder una serie de interrogantes que nos hemos formulado, a saber:

- ¿Configura el supuesto de adquisición legal bajo estudio, una excepción al *efecto no convalidante* del registro inmobiliario regulado en el artículo 4 de la Ley Nro. 17.801 de *Registro de la Propiedad Inmueble*?
- ¿Resulta el supuesto de adquisición legal bajo estudio aplicable únicamente ante supuestos de ineficacia del acto jurídico por una causal de nulidad? O, por el contrario ¿resulta asimismo aplicable ante supuestos de ineficacia en sentido estricto del mismo (particularmente el supuesto de ineficacia relativa u *inoponibilidad*)? En este mismo ámbito, ¿resulta el supuesto de adquisición legal bajo estudio aplicable a ambos tipos de ineficacia del acto jurídico por nulidad (léase absoluta y relativa)?
- ¿Resulta el supuesto de adquisición legal bajo estudio aplicable al supuesto de enajenaciones *“a non domino”*?
- ¿Resulta el supuesto de adquisición legal bajo estudio aplicable cuando en la cadena de actos dispositivos se ha recurrido a una modalidad abreviada del tracto sucesivo a que refiere el artículo 16 de la Ley 17.801 *Registro de la Propiedad Inmueble*?
- A la luz del supuesto de adquisición legal bajo estudio ¿Pueden adquirirse todos los derechos reales que integran el *numerus clausus*, o únicamente los derechos reales principales que se ejerzan por la posesión?

Nos avocamos al análisis.

## **II. Adquisición legal de derechos reales por adquirente de buena fe, a título oneroso, de cosas muebles no registrables, que no hayan sido hurtadas/robadas o perdidas**

### **a. Regulación normativa del supuesto**

Como se ha mencionado supra, el supuesto bajo estudio se encuentra regulado sistemáticamente por artículos 1894 *in fine*, 1895 primer párrafo, 760 y 2260 primer párrafo, reflejando la máxima **“la posesión vale título”**. Transcribimos las normas pertinentes:

Artículo 1895 *“Adquisición legal de derechos reales sobre muebles por subadquirente. La posesión de buena fe del subadquirente de cosas muebles no registrables que no sean hurtadas o perdidas es suficiente para adquirir los derechos reales principales excepto que el verdadero propietario pruebe que la adquisición fue gratuita (...)”*. Ubicación metodológica de la norma: Libro IV, *“Derechos Reales”*, Título I *“Disposiciones Generales”*, Capítulo I *“Principios comunes”*

Artículo 760: *“Entrega de la cosa a quien no es propietario. Bienes no registrables. Con relación a terceros, cuando la obligación de dar cosas ciertas tiene por fin resti-*

*tuir las a su dueño, si la cosa es mueble no registrable y el deudor hace, a título oneroso, tradición de ella a otro por transferencia o constitución de prenda, el acreedor no tiene derecho contra los poseedores de buena fe, sino solamente cuando la cosa le fue robada o se ha perdido. En todos los casos lo tiene contra los poseedores de mala fe".* Ubicación metodológica de la norma: Libro III "Derechos Personales", Título I "Obligaciones en general", Capítulo III "Clases de obligaciones", Sección 1º "Obligaciones de dar", Párrafo 3º "Obligaciones de dar para restituir"

Artículo 2260 "Alcance. La acción reivindicatoria de una cosa mueble no registrable no puede ejercerse contra el subadquirente de un derecho real de buena fe y a título oneroso excepto disposición legal en contrario; sin embargo, el reivindicante puede reclamarle todo o parte del precio insoluto". Ubicación metodológica de la norma: Libro IV, "Derechos Reales", Título XIII "Acciones posesorias y acciones reales", Capítulo 2 "Defensa del derecho real", Sección 2º "Acción reivindicatoria".

## **b. Requisitos de procedencia y dinámica funcional del supuesto de adquisición legal analizado**

El estudio del presente supuesto adquisitivo se realizará a la luz del abordaje de una serie de ejes, a saber: a) idoneidad del objeto, b) sujetos intervinientes y conducta que despliega cada uno; c) posesión; d) Buena fe del adquirente; e) onerosidad de la adquisición, f) que la cosa no sea hurtada, robada o perdida; todo ello conforme la directiva interpretativa sistemática ya propuesta. Nos explayamos.

En cuanto a la **idoneidad del objeto**, el supuesto bajo estudio resulta aplicable únicamente cuando de cosas muebles no registrables se trate. A esos fines debe recurrirse a los criterios sentados por artículos 227 que define a las cosas muebles como aquéllas que "pueden desplazarse por sí mismas o por una fuerza externa" y que, conforme artículo 1890 serán no registrables cuando "los documentos portantes de derechos sobre su objeto no acceden a un registro a los fines de su inscripción".

Por su parte, debe tratarse de cosas que, siendo muebles no registrables, a su vez, no hayan sido *hurtadas, robadas o perdidas*.

Consideramos que a esta exigencia legal (además de los fundamentos que clásicamente esgrime la doctrina al respecto) subyace una concreta aplicación del enfoque del *Análisis Consecuencialista del Derecho* en la instancia de la redacción normativa (labor legislativa) con el objeto de evitar que las propias normas que integran el ordenamiento jurídico alienen conductas reprochadas por el mismo.

Y es que tal como sostiene ATIENZA<sup>8</sup> analizando la teoría de la argumentación de MACCORMICK: "**la argumentación jurídica** —dentro de los límites marcados por los principios de universalidad, consistencia y coherencia— **es esencialmente una argumentación consecuencialista**", ello en la medida en que una de las reglas fundamentales<sup>9</sup> del discurso

8 ATIENZA, Manuel. *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*. Instituto de investigaciones jurídicas, México, 2005, p. 123

9 "Las reglas que definen el discurso práctico racional son de distinto tipo (...) Las reglas fundamentales. La validez del primer grupo de reglas es condición de posibilidad de cualquier comunicación lingüística en que se trate de verdad o corrección" ALEXY, Robert, *Teoría de la Argumentación Jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, Palestra, primera reimpresión de la Tercera edición (2017), Lima, 1978, p. 265 y 266

práctico general<sup>10</sup> (del que el discurso jurídico no es sino, un caso especial<sup>11</sup>) implica que *“1.3. todo hablante que aplique un predicado F a un objeto “a” debe estar dispuesto a aplicar F también a cualquier otro objeto igual a “a” en todos los aspectos relevantes (...) se refiere a la coherencia del hablante (...) es una formulación del principio de universalidad de HARE”*<sup>12</sup>. En dicho sentido, no puede sino concluirse que las consecuencias jurídicas devengadas de una norma determinada, **deben ser susceptibles de generalización**.<sup>13</sup>

Sentada dicha premisa, resulta prístino que si el supuesto adquisitivo aquí estudiado resultara asimismo procedente si se tratase de cosas muebles no registrables, que hubieren sido hurtadas, robadas o perdidas, con la mentada generalización de las consecuencias jurídicas derivadas de un supuesto de adquisición legal como el previsto, el ordenamiento jurídico estaría alentando la comisión de los delitos de hurto y robo, que son reprochados por el ordenamiento civil (la posesión adquirida en dichas circunstancias es ilegítima, de mala fe, viciosa, art. 1921) y penados por el ordenamiento penal (véase el TÍTULO VI, *“Delitos contra la propiedad”*, Capítulo I *“Hurto”* y Capítulo II *“Robo”* del Código Penal). Por su parte, se estaría alentando legalmente al incumplimiento del deber de desplegar las diligencias necesarias para la restitución cosas perdidas (artículos 1955, 1956 CCC como así también artículo 175 inciso *“1”* CP); todo lo que no puede ser de recibo.

Así las cosas, una generalización (por imperio del *principio de universalidad* de Hare, *supra* referido) de conductas como las referidas más arriba, producidas como directa consecuencia de una norma como la analizada en la hipótesis (que el supuesto de adquisición legal operase asimismo en relación a cosas muebles no registrables que hubiesen sido hurtadas, robadas o perdidas) propendería a que los ciudadanos destinatarios de la misma, incurrieran en comportamientos desaprensivos de la propiedad privada, que goza en nuestro ordenamiento de raigambre constitucional y convencional (artículos 14 bis, 17 C.N. y respectivo bloque de constitucionalidad), colisionando asimismo con otras normas infra constitucionales de naturaleza penal, civil y administrativa, todo lo que tornaría a la misma, en ineficiente desde el punto de vista de su análisis consecuencialista del derecho.

Desde otro eje de análisis, debe resaltarse, que el supuesto fáctico subyacente a la adquisición legal de que se trata implica la **intervención de tres sujetos**, a saber: el propietario, al que denominaremos *primigenio/primitivo*, un intermediario (tenedor) y el adquirente que protagonizará la adquisición legal dadas ciertas circunstancias legalmente fijadas.

10 *“Los discursos son conjuntos de acciones interconectadas en los que se comprueba la verdad o corrección de las proposiciones. Los discursos en los que se trata de la corrección de las proposiciones normativas son discursos prácticos”* *Ibidem*, p. 254 y 255

11 *“Anteriormente se estableció la tesis de que el discurso jurídico es un caso especial el discurso práctico general. Esto se fundamentaba: 1) en que las discusiones jurídicas se refieren a cuestiones prácticas, es decir, a cuestiones sobre lo que hay que hacer u omitir, o sobre lo que puede ser hecho u omitido, y 2) estas cuestiones son discutidas desde el punto de vista de la pretensión de corrección. Se trata de un caso especial, porque la discusión jurídica 3) tiene lugar bajo condiciones de limitación del tipo mencionado (...) El discurso jurídico (...) tiene lugar bajo condiciones limitadoras como la ley, la dogmática y el precedente”* *Ibidem*, p. 295, 296 y 255

12 *“HARE parte de la universalidad de las expresiones descriptivas para la fundamentación del principio de universalidad (PU) (...) Por universalidad de expresiones descriptivas entiende HARE el hecho de que una proposición como “a es rojo” obliga a decir igualmente de cualquier objeto que se parezca a “a” en todos los aspectos relevantes, que es rojo (...) el que “a” tenga las propiedades mencionadas es la razón (reason) para la afirmación de que “a” es .... El PU exige que esta razón rija en todos los casos. De esta manera establece una conexión entre la afirmación “a es...” y la razón que tenemos para la misma”* *Ibidem*, p. 405, 268, 269 y 109

13 En palabras de PRIETO SANCHIS *“cualquiera que sean las razones o motivos de una decisión, ésta se considera lo suficientemente buena como para aceptar su generalización; y supone asimismo que toda persona situada en el lugar del intérprete que cuente con la misma preparación, competencia e información, adoptaría la misma conclusión”* PRIETO SANCHIS, Luis, *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992, p. 163 y 164

Cada uno de estos sujetos despliega una conducta determinada a los fines de que la adquisición legal pueda operar.

En primer lugar, el *propietario primigenio/primitivo*, se *desapodera/desprende voluntariamente* de la cosa mueble no registrable (nótese que el mecanismo no aplica cuando el desapoderamiento es involuntario, ello es, si ha mediado hurto, robo o pérdida de la cosa) a la luz de un **contrato a título gratuito u oneroso** a favor del *intermediario*. Prescribe al respecto el artículo 967 CCC *“Los contratos son a título oneroso cuando las ventajas que procuran a una de las partes les son concedidas por una prestación que ella ha hecho o se obliga a hacer a la otra. Son a título gratuito cuando aseguran a uno o a otro de los contratantes alguna ventaja, independiente de toda prestación a su cargo.*

Con motivo del mencionado desprendimiento voluntario de la cosa por parte del propietario *primigenio/primitivo*, éste efectúa tradición de la cosa (conforme artículos 1923, 1924 concordantes y correlativos CCC) a favor del intermediario. Dicha tradición tendrá efectos traslativos de tenencia, de lo que se colige que el intermediario adquiere sobre la cosa una relación de poder tenencia (de conformidad con artículos 1909, 1910, concordantes y correlativos CCC), en virtud de la que reconoce un *señorío superior* sobre la cosa, en cabeza el propietario primigenio/primitivo.

Mencionamos ejemplificativamente como susceptibles de encuadrar en el supuesto analizado los contratos de depósito (artículo 1356 y siguientes CCC), locación (artículo 1187 y siguientes CCC), comodato (artículo 1533 y siguientes CCC), leasing (artículo 1227 y siguientes). Asimismo consideramos que quedan comprendidos en el supuesto bajo estudio, todos los contratos nominados o innominados en virtud de los que la tradición de la cosa tenga efecto traslativo de la tenencia (y no de la posesión).

Atento a que el intermediario, como se ha mencionado, adquiere una relación de poder tenencia, tendrá como principal obligación *“restituir la cosa a quién tenga derecho a reclamarla (...)”* (conforme artículo 1940 inc. “c” CCC). Sin embargo, en el supuesto fáctico de marras, el intermediario (tenedor) no solamente incumple con su principal obligación (restitución de la cosa), sino que *intervierte su título* (conforme artículo 1915 segunda parte CCC) convirtiéndose en un poseedor (artículos 1908, 1909 CCC), ilegítimo (artículo 1916 CCC), de mala fe (artículo 1918 a contrario sensu), viciosa, en tanto haber incurrido en el vicio de *abuso de confianza* (artículo 1921 CCC), en cuya calidad enajena la cosa a favor de un adquirente mediante un contrato a título **oneroso** (artículo 967 CCC).

Sobre la exigencia de la onerosidad se ha afirmado que *“en la tensión de intereses que la situación presenta, como se dijo, el adquirente a título gratuito solo se verá privado de un incremento patrimonial (lucro captando), mientras que el adquirente a título oneroso detenta un interés superior, consistente en el daño que se debe evitar (danno vitando).”*<sup>14</sup>

A los fines de que el adquirente a título oneroso protagonice el supuesto de adquisición legal analizado, debe ser de **buena fe** (creencia, artículo 1918 CCC) calidad que revestirá en la medida en que esté persuadido de la *legitimidad* de su adquisición por haber incurrido en un error de *hecho* (el error de derecho es inexcusable ya que ordenamiento jurídico se presume conocido por todos conforme artículo 8 CCC), *esencial* (léase vincu-

---

14 TOBIAS, José W., *Tratado de Derecho Civil, Parte General*, Tomo III, Thompson Reuters La Ley, Buenos Aires, 2018, p. 1225

lado a la persuasión de la legitimación del enajenante para disponer de la cosa –que era propietario de la misma) y *excusable* (atento no haber conocido -ni podido conocer- que el enajenante no estaba legitimado a tales efectos ello es que no era el propietario de la cosa -artículos 399 y 878 CCC- como consecuencia de la equivocidad de la publicidad suficiente *meramente* posesoria que rige en materia de cosas muebles no registrables).

Por su parte, la tradición que el intermediario efectúa a favor del adquirente, debe ser traslativa de la relación de poder *posesión* (con sus dos elementos: subjetivo *animus domini*; objetivo: corpus, en el sentido de disponibilidad material de la cosa –contacto o posibilidad de establecerlo-). Ventura en sus clases, sostiene asimismo que esta posesión debe ser REAL y EFECTIVA, no resultando el supuesto aplicable a las denominadas *tradiciones abreviadas* (*constituto posesorio* y *traditio brevi manu*).

Para el caso de que el intermediario efectuara una tradición de la cosa a favor de un tercero, cuyo efecto traslativo fuera la relación de poder *tenencia* y no la posesión (léase que a su vez diera la cosa en depósito, locación, etc) no se produciría supuesto de adquisición de derechos reales legal alguno, conservando el propietario primigenio/primitivo la acción peticoria pertinente tendiente al recupero de la cosa.

A modo de *silogismo kantiano* cabría afirmar que habiendo protagonizado en los hechos (premisa menor), los presupuestos normativamente impuestos (premisa mayor), el derecho real de que se trate, habrá sido adquirido por el adquirente a título oneroso y de buena fe de la cosa mueble no registrable, que no fue hurtada, robada o perdida, de forma automática y con causa eficiente legal (síntesis).

Nótese que conforme lo descrito, la adquisición de que se trata en cabeza del adquirente, no se produce por transmisión alguna efectuada por el intermediario. Nótese que ello se ve impedido por el principio *nemo plus iuris...* actualmente receptado en el artículo 399 CCC el que debe complementarse hermenéuticamente con artículo 878 de idéntico cuerpo normativo. Por el contrario, la adquisición que protagoniza el adquirente se debe estrictamente a que la ley así lo ha dispuesto. Y la ley así lo dispone como un mecanismo tendiente a solucionar el conflicto de intereses que el supuesto fáctico analizado produce entre el propietario primigenio/primitivo (en cuya protección se erige la seguridad jurídica estática) y el adquirente (en cuya protección se erige la seguridad jurídica dinámica).

Resulta interesante resaltar que, como consecuencia de operarse en el caso, una adquisición legal del derecho real de que se trate, devienen inaplicables al mismo las normas que regulan la *venta de la cosa total o parcialmente ajena* (artículos 1132, 1008, 1022, 1026 CCC), y es que, como sostiene la doctrina *“La adquisición que realiza el tercero no es derivada sino **originaria**, ya que no se basa en el contrato que lo liga con el enajenante a non domino sino en la voluntad de la ley. **Hay que tener en cuenta que ningún vínculo jurídico existe entre el tercero y el anterior dueño; por el contrario, el tercero adquiere contra o a pesar de la voluntad de dicho dueño (...)** Como consecuencia de ser la adquisición originaria, el tercero no adquiere el derecho del anterior propietario sino **uno nuevo y distinto**, de ahí que, en principio, no deba cargar con los derechos reales que pudiese haber constituido el anterior propietario sobre la cosa”*<sup>15</sup>

15 KIPER, Claudio; *Tratado de Derechos Reales. Código Civil y Comercial de la Nación Ley 26.994*; Tomo I, Rubinzal Culzoni Editores; Santa Fe; 2016, p. 204

La adquisición legal del derecho real de que se trate en cabeza del adquirente, produce como lógico corolario, la pérdida del mismo en cabeza del propietario *primigenio/primitivo*, quién, por consiguiente, dejará de ser legitimado activo a los fines de la acción de reivindicación de la cosa.

Sin perjuicio de ello, podrá incoar las acciones personales correspondientes (v.gr. incumplimiento contractual con más los daños y perjuicios ocasionados) en contra de aquél en quién *depositó su confianza* (intermediario, tenedor).

Por su parte, y para el caso de que existiera saldo de precio adeudado por el adquirente al intermediario en virtud de la adquisición de la cosa, el propietario *primigenio/primitivo* podrá reclamarle directamente su cobro, lo que resulta una solución justa, indudablemente.

Nótese por su parte, que *“una vez consumada la adquisición legal, todas las transmisiones que el nuevo propietario haga de la cosa, así sean a título gratuito o a terceros de mala fe, no podrán ser atacadas por haber sido efectuadas por el propietario actual de la cosa.”*<sup>16</sup>

Finalmente, a la luz de una interpretación sistemática de artículos 1895 que reza *“La posesión de buena fe del subadquirente de cosas muebles no registrables que no sean hurtadas o perdidas es suficiente para adquirir los derechos reales principales (...)”* y 760 que reza *“Con relación a terceros, cuando la obligación de dar cosas ciertas tiene por fin restituirlas a su dueño, si la cosa es mueble no registrable y el deudor hace, a título oneroso, tradición de ella a otro por transferencia o constitución de prenda (...)”*, podemos concluir que a la luz del supuesto bajo análisis se pueden adquirir tanto derechos reales principales como el derecho real accesorio de prenda. En sentido coincidente KIPER quién afirma que *“esta norma, deja a salvo a quien recibió en prenda una cosa que debió ser restituida a su verdadero dueño.”*<sup>17</sup>

### **c. Prevalencia de la seguridad jurídica dinámica -Fundamento jurídico subyacente**

El fundamento subyacente a la prevalencia, en el supuesto legal analizado, de la protección de la seguridad jurídica dinámica frente a la seguridad jurídica estática (ámbito de imperio del principio *nemo plus iuris...* art. 399 CCC), radica en que en materia de cosas muebles no registrables, la publicidad meramente posesoria es considerada por el ordenamiento como *suficiente* a los fines de la oponibilidad (artículo 1893 segundo párrafo CCC) razón por la cual, al desprenderse el propietario *primigenio/primitivo*, voluntariamente de la cosa por haber depositado su confianza en el intermediario/tenedor, ha colaborado con la generación de un estado de *apariencia*, que ante la ausencia de otro mecanismo de publicidad “menos equívoco” (léase publicidad registral) indujo al adquirente a incurrir en el error (invencible por cierto) que lo persuadió de la legitimidad de su adquisición.

*“El ejemplo clásico es el siguiente: A, dueño de un libro, se lo presta a B. B, en lugar de devolverlo, se lo vende a C, quién ignora que el libro era de A y estaba convencido de adquirir correctamente. Planteado el conflicto entre A y C, el Código protege al segundo, para garantizar la seguridad dinámica. En efecto, la norma analizada sólo es aplicable cuando el propietario*

16 MARIANI DE VIDAL, Marina; ABELLA, Adriana, *“Derechos reales en el Código Civil y Comercial”*, T1, Zavalia, Buenos Aires, 2016, p 147

17 KIPER, Claudio; *de Derechos Reales. Código Civil y Comercial de la Nación Ley 26.994; Tomo I, op. cit.*, p. 206

*de la cosa mueble voluntariamente la entrega a quien, traicionando su confianza y comportándose como si fuese su dueño, la transmite; ello, en virtud de la apariencia que se crea por estar en contacto con la cosa*<sup>18</sup>

#### **d. Precisión terminológica: “adquirente” no “sub-adquirente”**

Finalmente, nos resta formular una precisión terminológica, en torno a la expresión “*subadquirente*” utilizada por el legislador para tipificar el supuesto bajo análisis, con la que disentimos. Consideramos que, en rigor de verdad, lo técnicamente correcto es referirse al *adquirente* de buena fe, a título oneroso de cosas muebles no registrables, que no hayan sido hurtadas, robadas o perdidas (y no, al *subadquirente*, como hacen las normas supra reseñadas). Ello en la medida en que, ningún derecho real sobre la cosa ha adquirido el intermediario (tenedor) que intervierte su título convirtiéndose de tenedor en poseedor ilegítimo, de mala fe, viciosa por el vicio de *abuso de confianza*.

Así las cosas, en la sucesión de eventos que ocurren entre el desprendimiento voluntario de la cosa por parte del *propietario primitivo* y la adquisición por parte del tercero, existe, técnicamente hablando, una **única adquisición** (legal) y es la del *adquirente* de buena fe, a título oneroso de cosas muebles no registrables, que no hayan sido hurtadas, robadas o perdidas, lo que así pregonamos terminológicamente (a diferencia de lo que acaece en los restantes supuestos). Es por ello que consideramos que la terminología correcta en el caso estudiado refiere a un supuesto de adquisición y no de sub-adquisición.

### **III. Adquisición legal de derechos reales principales por sub-adquirente de buena fe a título oneroso, de cosas inmuebles**

Nos avocaremos, ahora sí, al estudio del supuesto que configura el objeto del presente ensayo.

#### **a. Regulación normativa del supuesto**

Como se ha mencionado *supra*, el supuesto bajo estudio se encuentra regulado sistemáticamente por artículos 1894 *in fine*, 392 y 2260 segundo párrafo CCC. Transcribimos a continuación las normas pertinentes:

Artículo 392: “*Efectos respecto de terceros en cosas registrables. Todos los derechos reales o personales transmitidos a terceros sobre un inmueble (...), por una persona que ha resultado adquirente en virtud de un acto nulo, quedan sin ningún valor, y pueden ser reclamados directamente del tercero, excepto contra el subadquirente de derechos reales o personales de buena fe y a título oneroso. Los subadquirentes no pueden ampararse en su buena fe y título oneroso si el acto se ha realizado sin intervención del titular del derecho*”.<sup>19</sup> Ubicación metodológica de la norma: Libro I “*Parte General*”, Título IV “*Hechos y actos jurídicos*”, Capítulo 9 “*Ineficacia de los actos jurídicos*”, SECCION 4ª “*Efectos de la nulidad*”

Artículo 2260, segundo párrafo: “(...) El subadquirente de un inmueble (...) no puede ampararse en su buena fe y en el título oneroso, si el acto se realiza sin

18 *Ibidem*, p. 201

19 El antecedente normativo del artículo bajo estudio se encuentra en el artículo 1051 CC que rezaba: “*Todos los derechos reales o personales transmitidos a terceros sobre un inmueble por una persona que ha llegado a ser propietario en virtud del acto anulado, quedan sin ningún valor y pueden ser reclamados directamente del poseedor actual; salvo los derechos de los terceros adquirentes de buena fe a título oneroso, sea el acto nulo o anulado*” (Artículo sustituido por art. 1º de la Ley N° 17.711 B.O. 26/4/1968. Vigencia: a partir del 1º de julio de 1968.)

intervención del titular del derecho" Ubicación metodológica de la norma: Libro IV, "Derechos Reales", Título XIII "Acciones posesorias y acciones reales", Capítulo 2 "Defensa del derecho real", Sección 2º "Acción reivindicatoria".

### **b. Requisitos de procedencia y dinámica funcional del supuesto de adquisición legal analizado**

El punto de partida analítico del supuesto bajo estudio, será una directiva interpretativa literal por cuanto "**Toda interpretación de un texto ha de comenzar con el sentido literal. Por tal entendemos el significado de un término o de una unión de palabras en el uso general del lenguaje o, en caso de que sea constatable un tal uso, en el uso especial del lenguaje de quién habla, aquí en el de la ley respectiva (...).** El legislador se sirve del lenguaje general porque y en tanto se dirige a los ciudadanos y desea ser entendido por ellos. Además de ello, se sirve ampliamente de un lenguaje técnico-jurídico, en el que se puede expresar más precisamente, cuyo uso le ahorra múltiples aclaraciones circunstanciales. También este lenguaje técnico se apoya, sin embargo, todavía en el lenguaje general, ya que el Derecho, que se dirige a todos y a todos atañe no puede renunciar a un mínimo de comprensibilidad general (...) Por este motivo, el lenguaje de las leyes no puede alejarse tanto del uso general del lenguaje como ocurre con el lenguaje de algunas ciencias (...) **Por consiguiente, el sentido literal inferible del uso general del lenguaje o, siempre que exista, del uso especial del lenguaje de la ley o del uso del lenguaje jurídico general, sirve a la interpretación, en primer lugar, como primera orientación; en segundo lugar señala, en cuanto posible sentido literal –bien sea según el uso del lenguaje de entonces, bien según el actual- el límite de la interpretación propiamente dicha.** En cierto modo amojona el campo en el que se lleva a cabo la ulterior actividad del intérprete."<sup>20</sup>

Sobre este punto se resalta que la directiva interpretativa literal ha integrado la doctrina jurisprudencial del tribunal cimero desde antaño, en palabras de la Corte: "**La primera fuente de interpretación de la ley es su letra, sin que sea admisible una inteligencia que equivalga a prescindir del texto legal si no media debate y declaración de inconstitucionalidad, ya que el examen de la norma, aun con el fin de adecuación a principios y garantías constitucionales, debe practicarse sin violación de su letra o de su espíritu.**"<sup>21</sup>

De la lectura de las normas en juego a la luz de la directiva interpretativa propuesta, resulta prístino que la dinámica fáctica subyacente a la adquisición legal de cosas muebles no registrables (descrita en el punto II. del presente), **resulta inaplicable al caso de marras**, por la sencilla razón de que aquélla implica un supuesto de **transmisión a non domino**, incompatible con la exigencia de intervención del titular del derecho imperante en el supuesto bajo análisis.

Prescriben las normas bajo análisis "**Los subadquirentes no pueden ampararse en su buena fe y título oneroso si el acto se ha realizado sin intervención del titular del derecho**" (artículo 392 CCC), "**(...) El subadquirente de un inmueble (...) no puede ampararse en su buena fe y en el título oneroso, si el acto se realiza sin intervención del titular del derecho**" (artículo 2260).

Así las cosas, habremos de avocarnos a la identificación del supuesto fáctico subyacente

20 LARENZ, Karl, *Metodología de la ciencia del derecho*, Ed. Ariel S.A., Barcelona, 1994, p. 316/320

21 Corte Suprema de Justicia de la Nación "Aguilar, Mario Alfredo y otros c/ Estado Nacional (Estado Mayor General del Ejército) s/ retiro militar y fuerzas de seguridad", 14 de Octubre de 1997, Fallos:320:2131.

a la dinámica adquisitiva analizada.

Es el artículo 392 CCC el que arroja claridad a los fines de sistematizar los requisitos de procedencia del supuesto bajo estudio, el que abordaremos a la luz de los siguientes lineamientos, a saber: a) idoneidad del objeto, b) sujetos intervinientes y conducta que despliega cada uno; c) buena fe del sub-adquirente, d) onerosidad de la adquisición del sub-adquirente; e) inscripción a nombre del sub-adquirente, f) nulidad de un acto jurídico.

En cuanto a la **idoneidad del objeto**, el supuesto bajo estudio resulta aplicable a cosas inmuebles, que son, ontológicamente registrables. A esos fines debe recurrirse a los criterios sentados por artículo 225 CCC que define a las cosas inmuebles como aquéllas que *"Son inmuebles por su naturaleza el suelo, las cosas incorporadas a él de una manera orgánica y las que se encuentran bajo el suelo sin el hecho del hombre"* como así también por artículo 226 que define a los inmuebles por accesión como *"las cosas muebles que se encuentran inmovilizadas por su adhesión física al suelo, con carácter perdurable. En este caso, los muebles forman un todo con el inmueble y no pueden ser objeto de un derecho separado sin la voluntad del propietario"* los que, conforme artículo 1890 serán registrables cuando *"la ley requiere la inscripción de los títulos en el respectivo registro a los efectos que correspondan (...)".*

Asimismo, y a tenor de la literalidad del artículo 392 CCC en cuanto refiere que el sub-adquirente, adquiere de una persona *"que ha resultado adquirente en virtud de un acto nulo"*, es dable afirmar que el supuesto fáctico subyacente a la adquisición legal de que se trata implica la **intervención de tres sujetos**, a saber: el propietario, al que denominaremos *primigenio/primitivo*, un *adquirente* en virtud de un título cuya nulidad es declarada con posterioridad a la adquisición y el *sub-adquirente*, quién protagonizará la adquisición legal dadas ciertas circunstancias legalmente fijadas. Se ha precisado que *"la expresión empleada por el artículo –"subadquirente (...)– se refiere al sucesor particular del derecho real (...) en virtud de un acto posterior al del acto inválido"*<sup>22</sup>

Cada uno de estos sujetos despliega una conducta determinada a los fines de que la adquisición legal pueda operar.

En primer lugar, el *propietario primigenio/primitivo*, realiza un acto de disposición (que adolece de una causal de ineficacia, lo que a la postre será declarado) a título oneroso o a título gratuito de la cosa inmueble de su propiedad a favor del adquirente cumpliendo con el modo suficiente (artículo 1892 CCC, 1922, 1923, 1924 concordantes y correlativos CCC). Resaltamos en este punto, que atento que el objeto del negocio jurídico lo constituye una cosa inmueble, el acto dispositivo deberá ser otorgado mediante escritura pública (supuesto en que la forma del instrumento es impuesta legalmente, artículo 1017 inciso "a" CCC).

Por su parte y atento a que en materia inmobiliaria la *publicidad suficiente* (que se erige asimismo como condición de la oponibilidad a los terceros interesados de buena fe) es **registral** (conf. artículo 1893 CCC y artículo 2 de la Ley 17.801 de *Registro de la Propiedad Inmueble*), como así también en la medida en que el supuesto de adquisición legal analizado exige que el *sub-adquirente* sea de buena fe, consideramos que para que el

22 TOBIAS, José W., *Tratado de Derecho Civil, Parte General*, Tomo III, op. cit., p. 1226

mismo pueda operar, el adquirente bajo análisis debe inscribir a su nombre, puesto que *“El sujeto de la relación de poder es de buena fe si no conoce, ni puede conocer que carece de derecho, es decir, cuando por un error de hecho esencial y excusable está persuadido de su legitimidad”* (artículo 1918 CCC) y *“la buena fe requerida en la relación posesoria consiste en no haber conocido ni podido conocer la falta de derecho a ella. **Cuando se trata de cosas registrables, la buena fe requiere el examen previo de la documentación y constancias registrales**”* (artículo 1902 CCC).

Resulta prístino, que a los fines de que el supuesto adquisitivo analizado acaezca, el vicio de que adolece el acto dispositivo celebrado entre propietario *primigenio/primitivo* y adquirente, **no debe resultar manifiesto/ostensible** del instrumento con vocación registral que se inscribe, puesto que, de lo contrario, el mismo difícilmente lograría colocación registral en tanto el vicio manifiesto u ostensible habría sido presumiblemente detectado y observado por el registrador en el ejercicio de su **función calificadora** (artículo 8 concordantes y correlativos de la Ley Nro. 17.801). Nótese en este punto que ***“es la calidad no manifiesta u ostensible del vicio y no las formas extrínsecas, donde se halla la limitación que tiene el registrador en su labor calificadora”***<sup>23</sup>

**En dicho contexto, el adquirente realiza a su vez, un acto dispositivo a título oneroso (conf. art. 967 CCC) del inmueble de que se trata, a favor del sub-adquirente, quién adquiere de buena fe, en los términos supra mencionados (a los que adicionamos que no haya conocido la realidad extrarregistral, léase la causal de ineficacia del acto), todo ello a la luz de un título suficiente** (artículos 1892, 259, 284, 969 *in fine*, 1015, 285, 969, 1017 inciso “a”, 1018 CCC) y **modo suficiente** (artículos 1892, 259, 284, 969 *in fine*, 1015, 285, 969, 1017 inciso “a”, 1018 CCC), **con más publicidad suficiente (inscripción a su nombre) que torne oponible la adquisición de que se trata a los terceros interesados de buena fe (léase en el caso al propietario primigenio/primitivo)** (conf. artículo 1893 CCC y artículo 2 de la Ley 17.801 de *Registro de la Propiedad Inmueble*) Sobre el requisito de la onerosidad de la adquisición se remite a lo afirmado en el supuesto precedente, por resultar igualmente aplicable a los fines del presente.

En este punto resaltamos que de manera contraria a lo que acaece con la adquisición legal de cosas muebles no registrables (analizada en el punto II del presente), en que tanto el artículo 1895 como el artículo 760 refieren a la posesión como un requisito de procedencia del supuesto adquisitivo, **ninguna de las normas que regulan el supuesto analizado en este acápite, enuncia a la posesión como requisito de procedencia del mecanismo adquisitivo.**

De ello colegimos al menos dos conclusiones.

La primera es que la protección del sub-adquirente a título oneroso y de buena fe de inmuebles comprendería la adquisición de derechos reales principales que se ejerzan O NO por la posesión (pensamos en el supuesto de la servidumbre negativa), siempre que gocen de publicidad suficiente a los efectos de su oponibilidad a terceros interesados de buena fe.

La segunda será objeto de profundización en el punto III.g. del presente, y se vincula

23 Cámara Nacional Civil en pleno *in re* “Feldman”, Plenario de fecha 27.7.1977, LL 1977-C-392

con la posibilidad de que el mecanismo adquisitivo estudiado comprenda no solamente la sub-adquisición de derechos reales principales, sino también de derechos reales accesorios que tengan por objeto el inmueble de que se trata, al que nos remitimos en *brevitatis causae*.

Coincidentemente con nuestra postura, sostiene la doctrina que el *subadquirente* NO tiene que haber **“sido parte del acto o negocio traslativo de la propiedad defectuoso o ineficaz, sino que eventualmente haya adquirido su derecho de quién participó en aquél (o, lo que es lo mismo, que se trate de un “tercero”, como sucesor en los aludidos derechos) b) Que haya consumado su adquisición de buena fe, que no consiste solamente en la mera creencia de obtener el derecho de su titular, sino cumplir también con los recaudos legales y los usos y costumbres que rigen en las transmisiones de esas cosas (v.gr., en materia inmobiliaria, adquirir de quién figura inscripto como propietario en el Registro Inmobiliario, realizar el estudio de los títulos<sup>24</sup> que sirvan de sustento a la adquisición y de los que no se desprendan defectos o vicios evidentes y manifiestos, rogar a su vez, la toma de razón del instrumento público que contiene dicha adquisición a su nombre); c) Que la obtención de su derecho se haya cumplido a título oneroso (v.gr., compraventa, permuta, dación en pago, aporte para la constitución de una persona jurídica, etc.); d) A todas estas exigencias, el precepto añade que no se trate de una transmisión a non domino<sup>25</sup>, es decir celebrada sin la participación del verdadero titular del derecho real sobre la cosa registrable objeto de la contratación”<sup>26</sup>**

Ahora bien, sucede que el acto jurídico en virtud del que el *adquirente* adquirió el inmueble de manos del propietario *primigenio/primitivo*, es declarado (judicialmente) **nulo**, por las causales legalmente admisibles (piénsese ejemplificativamente en los vicios de los actos jurídicos que pueden dar lugar a declaración de nulidad de los mismos, a saber: lesión –art. 332 CCC- y simulación –art. 333 y siguientes CCC-).

Ahora bien, en condiciones “normales” (permítasenos la expresión) y a tenor del principio rector que estatuye el efecto no convalidante del registro inmobiliario argentino a la luz de lo prescripto por artículo 4 de la Ley Nro. 17.801 que reza **“La inscripción no convalida el título nulo ni subsana los defectos de que adoleciere según las leyes”** el supuesto analizado produciría los efectos a que refiere el artículo 390 CCC **“Restitución. La nulidad pronunciada por los jueces vuelve las cosas al mismo estado en que se hallaban antes del acto declarado nulo y obliga a las partes a restituirse mutuamente lo que han recibido. Estas restituciones se rigen por las disposiciones relativas a la buena o mala fe según sea el caso,**

24 Se resalta que no toda la doctrina nacional coincide en que la realización del estudio de títulos sea presupuesto necesario a los fines de poder predicar la buena fe de la adquisición inmobiliaria.

25 “El supuesto de las transmisiones a non dominio consiste en la creación de un instrumento público falso, no verdadero, o en la alteración del contenido de alguno de los elementos del acto que se instrumenta -por supresión o agregado-, mediante el cual se transmite o crea un derecho por un sujeto distinto del verdadero titular de él. En todos los casos hay una ausencia del *verus dominus*. A esta transmisión a non domino pueden seguir una o varias transmisiones posteriores del mismo derecho, por lo que esta denominación “transmisión a non domino” se aplica por extensión de todas ellas. La figura de la transmisión a non domino se caracteriza por la ausencia del verdadero titular del derecho que se transmite, derecho que es adquirido por una persona que actúa de buena fe, confiada en la apariencia jurídica que se le presenta como auténtica, aunque en la realidad medie en todos los casos un instrumento público materialmente falso. La falsedad puede provenir por ejemplo de la actuación del oficial público interviniente, o de la actividad de los particulares, partes en el acto jurídico instrumentado, o sus representantes. En las adquisiciones a non domino se plantea para el orden jurídico un enfrentamiento entre el interés del verdadero titular del derecho, ajeno completamente al acto de transmisión, y que ve desaparecer su derecho sin un acto de su autoría, y por otra parte el derecho de un tercero de buena fe que ha adquirido a título oneroso, confiando en una apariencia jurídica que se le presenta como verdadera y válida”. COLAZO, Ivana Inés, “Reivindicación de inmuebles en la esfera de las llamadas “adquisiciones a non domino”, SAJ: DACF110028, Junio 2011, Cita Online: [http://www.sajj.gob.ar/doctrina/dacf110028-colazo-reivindicacion\\_inmuebles\\_en\\_esfera.htm#:~:text=1051%20C%3%BAltima%20parte%20del%20C%3%B3digo,salvo%20los%20derechos%20de%20los](http://www.sajj.gob.ar/doctrina/dacf110028-colazo-reivindicacion_inmuebles_en_esfera.htm#:~:text=1051%20C%3%BAltima%20parte%20del%20C%3%B3digo,salvo%20los%20derechos%20de%20los)

26 SAUCEDO, Ricardo J., en GURFINKEL DE WENDY, Lilian Nora, *Derechos Reales*, Tomo 2, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2015, p 1345, 1346

de acuerdo a lo dispuesto en las normas del Capítulo 3 del Título II del Libro Cuarto". Esto es, implicaría que el *adquirente* **restituyera** el inmueble al propietario *primigenio/primitivo*, encontrándose éste obligado a restituir a su vez, de corresponder, lo que se hubiere abonado como contraprestación. Para el supuesto de que el inmueble no se encontrara en dicha instancia ya en poder del *adquirente*, el propietario *primigenio/primitivo* amparado por el *ius perseguendi*, podría perseguir la cosa en poder de quién se encuentre, tendiente a su recuperación (artículos 1882, 1886 concordantes y correlativos) sirviéndose de las acciones posesorias o petitorias legalmente reguladas.

Sin embargo, a la luz los artículos 392 y 2260 CCC, los efectos propios de la declaración de nulidad del acto jurídico primigenio de disposición (léase el celebrado entre el propietario *primigenio/primitivo* y el *adquirente*) serán inoponibles al *sub-adquirente de buena fe y a título oneroso*, quién, habiendo protagonizado en los hechos el supuesto de adquisición legal analizado, podrá repeler exitosa la acción de reivindicación que eventualmente intentara el propietario *primigenio/primitivo* en su contra.

### c. El supuesto bajo estudio no configura una excepción al efecto no convalidante del registro inmobiliario

Tiene dicho la doctrina que *"el principio registral relacionado con la convalidación de las situaciones o derechos registrados se conoce como la fe pública registral. Conforme a este principio, y en provecho de terceros adquirentes de buena fe, la ley reputa exacto el contenido de los asientos aun en los supuestos en los que fueran inexactos, sin admitir prueba en contrario. Por eso, en los llamados sistemas convalidantes, tanto en su versión pura como en aquéllos sistemas que se han definido como convalidantes impuros, la fe pública registral ha sido recibida plenamente. En estos sistemas se objetiviza el concepto, considerando como tercero de buena fe a quién ha obrado basado en la información contenida en los registros, sin admitir que se lo perjudique en sus derechos por otras circunstancias. Protege decisivamente las adquisiciones derivadas de un negocio jurídico celebrado en la confianza de la registración (...) Se genera una ficción de veracidad que no admite prueba en contrario, que implica que los asientos se reputan exactos y completos (...) Eso significa, entre otras derivaciones, que si alguien que no es propietario de un inmueble lo enajena, quién lo compra e inscribe creyendo que lo era, confiando en la apariencia resultante de las constancias registrales, queda protegido (...)"*<sup>27</sup>

La Ley Nro. 17.801 de *Registro de la propiedad inmueble* en su artículo 4 prescribe: *"La inscripción no convalida el título nulo ni subsana los defectos de que adoleciere según las leyes"*.

Al respecto se ha afirmado que *"El Registro se limita a publicitar los actos tal como son, sin purificar los vicios que pudiesen contener. Según esta norma, si por circunstancias relativas a una calificación ineficaz un título viciado hubiera alcanzado emplazamiento registral y provocado un cambio en la titularidad, ello no obsta a la subsistencia del vicio ni mejora el título inválido. La toma de razón de un título en semejantes condiciones sólo prueba que el título existe y que está registrado. El asiento en el Registro de un título inválido no tiene la virtualidad de eliminar los vicios incurridos (...) Esta concepción de la ley argentina confirma el apartamiento del principio de fe pública registral, ya que no es posible confiar ciegamente en lo que informa el Registro cuando la propia ley advierte que es potencialmente posible que ingrese un título con vicios y que en ese caso el título sigue"*

27 KIPER, Claudio; *Tratado de Derechos Reales. Código Civil y Comercial de la Nación Ley 26.994; Tomo II*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2016, p. 690

**en esas condiciones.** Si bien el registrador realiza una calificación del título, cualquiera sea la postura sobre las facultades que se le reconozcan (sólo las formas o también el fondo), lo cierto es que sólo puede examinar lo que surja del título (arts. 8° y 9°, ley 17.801). **No puede ir más allá del documento y de las constancias registrales; si el vicio no es manifiesto, el Registro lo inscribirá y al hacerlo habrá ingresado un título viciado, cuyo vicio no es saneado por la inscripción**<sup>28</sup>

En palabras de LÓPEZ DE ZAVALÍA: “Les he dado un caso de inscripción declarativa, la preclusiva. Ahora tengo que darles otro tipo de inscripción declarativa. Es la llamada inscripción inmunizante, saneatoria o convalidante, donde la **inscripción cobra fuerza positiva**. Porque en la preclusiva tenía fuerza negativa: rechazaba al no inscripto. En esta inmunizante, tiene fuerza positiva. Y vamos a dar un ejemplo: X enajena a A; y A a B y C. Para decidir el conflicto entre C y B ya hemos visto que basta la fuerza preclusiva. Pero supongamos que el conflicto es entre X y C, porque X invoca la nulidad de la transmisión que ha efectuado a A. Cuando el registro es con fuerza inmunizante, C invoca que habiendo confiado en el registro que daba como dueño a A, no puede ser atacado por la demostración de que A, según Derecho sustantivo, no era dueño porque la transmisión era nula. Ahora hay un delicado problema. Que nuestro Registro Inmobiliario tiene fuerza preclusiva, no hay duda. Pero ¿tendrá fuerza inmunizante? Lamentablemente, hay un artículo. Y lamentablemente hay otro más después. El primer artículo es el 4° de la Ley Registral (...) La inscripción de A no convalida la nulidad de su título emanado de X. Si no lo convalida, **no es dueño. Si no es dueño no puede transmitir a C**. Es lo que resulta del art. 4°. Ahora viene el otro artículo, el 1051 del Código Civil. Por el 1051 todos los derechos reales o personales transmitidos a terceros sobre un inmueble por una persona que ha llegado a ser propietaria en virtud del acto anulado quedan sin ningún valor. Hasta allí, coincidente con la solución del art. 4°. Pero agrega: “salvo los derechos de los terceros adquirentes de buena fe a título oneroso”. Es decir, C está protegido. Pero protegido ¿por qué? Protegido por el 1051, **protegido por la adquisición extraregstral. Nada más que para la oponibilidad de esa adquisición extraregstral tiene que inscribir su título. Es decir, nuestra inscripción no será saneatoria, inmunizadora, inunicante, pero sí es declarativa de una inmunización producida extraregstralmente** (...) La primera causa particular de inexactitud posible es que el documento mismo que llega ya sea inexacto y es inexacto cuando tiene un vicio de nulidad. Lo que el documento dice no coincide con la realidad material. El documento es una apariencia, pero no es la realidad y, en consecuencia, cuando el Registro recepta ese documento y lo asienta, tiene, por vía refleja, una inexactitud. El Registro es exacto en cuanto dice que el documento dice tal cosa, pero como el documento mismo es inexacto, la inexactitud se contagia al asiento, a menos que sea una oficina organizada con el sistema de la inscripción convalidante o saneatoria; pero nuestro Registro Inmobiliario no es de ese tipo porque el art. 4, de la Ley 17.801, nos dice (...). Vale decir que los **vicios del documento se trasladan al asiento**”<sup>29</sup>

Por nuestra parte, sostenemos que el supuesto de adquisición legal estudiado (en que, en post de la seguridad jurídica dinámica protectoria del sub-adquirente a título oneroso y de buena fe, se sacrifica en el caso concreto la seguridad jurídica estática a que subyace la protección del propietario *primigenio/primitivo*) no configura una excepción al efecto no convalidante consagrado por el artículo 4 de la Ley Registral. Por el contrario, la necesidad de su regulación obedece precisamente a que la Ley Registral consagra el mencionado efecto **no convalidante** de la registración, en el sentido de que la misma no

28 *Ibidem*, p. 701, 702

29 LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J., *Curso Introductorio al Derecho Registral*, Zavallía, Buenos Aires, 1983, p. 313, 314, 363

implica saneamiento alguno del acto nulo.

**En virtud del efecto no convalidante de la inscripción del acto nulo que ha consagrado la Ley Registral, la situación del sub-adquirente a título oneroso y de buena fe debe sanearse por un mecanismo extraregistral, consistente en la adquisición legal analizada.** De lo contrario, la declaración judicial de nulidad del acto, conduciría per se a la aplicación de los efectos a que refiere el artículo 390 CCC, habilitando al propietario primigenio/primitivo reivindicar la cosa en poder de quién se encontrara.

En otras palabras, el límite a la acción de reivindicación del propietario *primigenio/primitivo*, no se funda en que la inscripción de la adquisición del adquirente, haya tenido efecto convalidante del vicio causal de la nulidad del acto de disposición primigenio (porque no lo tuvo a tenor de lo prescripto por artículo 4 de la Ley Registral), sino que se funda en la adquisición legal protagonizada por el *sub-adquirente*, en las condiciones legalmente establecidas por artículos 392 y 2260 CCC<sup>30</sup> (a cuyo estricto cumplimiento subyace el orden público).

#### **d. Precisiones en torno a la aplicabilidad del mecanismo de adquisición legal analizado a supuestos de ineficacia de los actos jurídicos por nulidad (absoluta y relativa) e ineficacia relativa por inoponibilidad**

El presente acápite tiene por objetivo determinar si el supuesto de adquisición legal bajo estudio resulta aplicable, si el acto jurídico celebrado entre propietario *primigenio/primitivo*, es ineficaz a razón de cualquiera de las categorías de ineficacia legalmente reconocidas, o si, por el contrario, lo es únicamente ante supuestos de ineficacia en razón de su nulidad.

El artículo 382 CCC prevé: "*Categorías de ineficacia. Los actos jurídicos pueden ser ineficaces en razón de su nulidad o de su inoponibilidad respecto de determinadas personas*" (Ubicación metodológica de la norma: Libro I "Parte General", Título IV "Hechos y actos jurídicos", Capítulo 9 "Ineficacia de los actos jurídicos", Sección 1ª "Disposiciones generales").<sup>31</sup> Es que "*el fin del acto jurídico es producir efectos de esa naturaleza: tanto etimológicamente como en el ámbito del derecho ese carácter se denomina "eficacia". Si por cualquier circunstancia el acto no produce los efectos que le son propios hay que decir que es "ineficaz"; ella -la ineficacia- puede provenir de fallas en la estructura misma del acto - es el supuesto de la invalidez- o de causas extrínsecas a la estructura del acto*"<sup>32</sup>

A la luz del artículo referido, TOBÍAS<sup>33</sup> se sirve precisar que la *ineficacia* de los actos jurí-

30 "En lo que al tercero que adquiere del titular inscripto, la protección definitiva no la encuentra en el Registro, sino en la regulación de los efectos de las nulidades, en especial de las reglas sentadas por el artículo 392 del Código Civil y Comercial. Ello, claro está, si es de buena fe (la que se presume) y a título oneroso. Esto no significa desconocer la importancia que tiene la obtención de los certificados que emite el Registro, ni la importancia que tiene la actuación del tercero que se apoyó en ellos, pero su protección definitiva dependerá de que no se demuestre su mala fe, ya sea porque conocía la discordancia entre la realidad registral y la extraregistral, ya porque debió conocerla si hubiese actuado con diligencia y cuidado (v.gr.: estudio de títulos). KIPER, Claudio; *Tratado de Derechos Reales*. Código Civil y Comercial de la Nación Ley 26.994; Tomo II, op. cit., p. 695

31 Se ha criticado que la norma receptara únicamente dos especies de ineficacia (en sentido amplio): la nulidad y la inoponibilidad omitiendo enunciar "indebidamente a la ineficacia simple, la que abrió camino a la distinción conceptual entre ineficacia e invalidez: esa categoría no está contemplada por el artículo no obstante su importancia (tal es el caso de la condición suspensiva (...)) Tampoco menciona la ineficacia sobreviniente (con sus subespecies, la rescisión, la resolución y la revocación) (...) en un artículo (...) cuyo título es "Categorías de ineficacia" era esperable que aludiera a todas las categorías reguladas a lo largo del Código" TOBIAS, José W., *Tratado de Derecho Civil, Parte General*, Tomo III, op. cit., 2018, p. 1096

32 *Ibidem*, p. 1097

33 *Ibidem*, p. 1099/1129

dicos (en sentido general) comprende a su vez, dos categorías. Por un lado, la ineficacia (en sentido estricto) de la que se tres tipos básicos, a saber: ineficacia simple, ineficacia relativa e ineficacia sobreviniente. Por el otro, la invalidez/nulidad. Nos explayamos.

### Ineficacia en sentido estricto: Tipos

1) *Ineficacia simple* en donde “*el acto jurídico es válido pero no produce sus efectos propios por un impedimento extrínseco, ajeno al esquema estructural del acto*”, v.gr.: el testamento cuyos efectos advendrán recién con la muerte del testador; la condición y el plazo suspensivos (artículos 343 y 350 CCC) entre otros. Como puede observarse se trata de supuestos que se encuentran dispersos a lo largo del CCC.

2) *Ineficacia relativa* (o “*inoponibilidad*”).

Sobre esta categoría de ineficacia se ha afirmado que “*una característica central de la inoponibilidad es la de ser de estricta creación legal*”<sup>34</sup>

Dentro de este tipo de ineficacia se encuentran a su vez, dos sub-especies, a saber: una es la *inoponibilidad positiva* y la otra es la *inoponibilidad negativa*.

En la *inoponibilidad positiva*, “*el acto jurídico (válido) es eficaz entre las partes y respecto de los terceros, salvo respecto de algunos terceros a los que no les resulta oponible*”.

Por nuestra parte, consideramos que la adquisición de un derecho real sobre un inmueble, por un título y un modo, suficientes, antes de su inscripción (que en la materia tiene efecto declarativo) configura un supuesto de ineficacia en sentido estricto por *inoponibilidad positiva*.

Ello en la medida en que el derecho real así adquirido, tendrá plena validez entre las partes y será oponible a: **a)** los terceros no interesados, **b)** los terceros interesados de mala fe y **c)** quiénes hayan conocido efectivamente la mutación jurídico real (quiénes por dicha razón no podrían alegar ser de buena fe). Resaltamos en este último supuesto los artículos 1893 in fine que reza: *No pueden prevalecerse de la falta de publicidad quienes participaron en los actos ni aquellos que conocían o debían conocer la existencia del título del derecho real*, 297 que reza: “*Incolumidad formal. Los testigos de un instrumento público y el oficial público que lo autorizó no pueden contradecir, variar ni alterar su contenido, si no alegan que testificaron u otorgaron el acto siendo víctimas de dolo o violencia*” y 20 de la Ley 17.801 que reza: “*Las partes, sus herederos y los que han intervenido en la formalización del documento, como el funcionario autorizante y los testigos en su caso no podrán prevalecerse de la falta de inscripción y respecto de ellos el documento se considerará registrado*”

Sin embargo, mientras carezca de la publicidad suficiente (que en materia inmobiliaria es registral) el derecho real de que se trata, será inoponible a los **terceros interesados de buena fe**.

Nótese sobre este punto, que el propio título que el legislador ha asignado al artículo 1893 CCC, abona la postura aquí esgrimida. “**Inoponibilidad**. *La adquisición o transmisión de de-*

---

34 X Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Corrientes 1985)

*rechos reales constituidos de conformidad a las disposiciones de este Código **no son oponibles a terceros interesados y de buena fe** mientras no tengan publicidad suficiente (...)*"

El otro supuesto está dado por la *inoponibilidad negativa* a la luz de la que el acto es inválido "pero su invalidez es inoperante frente a ciertos terceros."

Un ejemplo de ello está dado por el artículo 315 CCC que reza: "Documento firmado en blanco. El firmante de un documento en blanco puede impugnar su contenido mediante la prueba de que no responde a sus instrucciones, pero no puede valerse para ello de testigos si no existe principio de prueba por escrito. **El desconocimiento del firmante no debe afectar a terceros de buena fe**". Ello ya que "la invalidez declarada no puede hacerla valer el firmante del documento contra los terceros que hubieran contratado con la otra parte, con el solo recaudo de la buena fe"<sup>35</sup>

Coincidimos con el sector doctrinario que entiende que el supuesto de adquisición legal objeto del presente análisis, es el ejemplo más significativo de inoponibilidad negativa por cuanto "no le resulta oponible al subadquirente de buena fe y a título oneroso de bienes inmuebles o de muebles registrables no robados ni perdidos, la nulidad del acto por el cual su transmitente detentó el bien"<sup>36</sup>

Nótese que el artículo 396 CCC prescribe "Efectos del acto inoponible frente a terceros. El acto inoponible no tiene efectos con respecto a terceros, excepto en los casos previstos por la ley" (más adelante habremos de volver sobre este artículo).

### 3) Ineficacia sobreviniente (o sucesiva o eventual)

En este caso, "el acto jurídico es válido y eficaz (desde su origen o desde que acaezca el hecho externo al que se supeditó su eficacia), pero por circunstancias sobrevinientes puede perder su eficacia", v.gr.: casos de rescisión, revocación o resolución, tratados en el título de los contratos en general, capítulo 13, *Extinción, modificación y adecuación del contrato* (artículos 1076 y siguientes CCC)

### Invalidez/nulidad

El autor precisa que terminológicamente considerará como sinónimos los términos invalidez y nulidad por haber suprimido el Código Civil y Comercial la distinción conceptual entre actos nulos y anulables.

Sostiene TOBIAS que la categoría de ineficacia analizada, léase invalidez/nulidad, "es ubicable en una **deficiencia u omisión en la estructura constitucional del acto**" perfilándose con base a "un acto acaecido en la realidad histórica que, confrontado con el supuesto de hecho (*fattispecie*) de una o más normas, o aun, del supuesto de hecho resultante de la consideración del ordenamiento jurídico en su totalidad, **no alcanza a completar los presupuestos y elementos previstos para que advengan los efectos jurídicos contemplados por el orden jurídico**". En la doctrina clásica, BORDA se servía definir a la nulidad como "la sanción legal que priva de sus efectos normales a un acto jurídico, en virtud de una causa originaria, es decir existente en el momento de su celebración"<sup>37</sup>

<sup>35</sup> TOBIAS, José W., *Tratado de Derecho Civil, Parte General*, Tomo III, op. cit., p. 1246

<sup>36</sup> *Ibidem.*, p. 1247

<sup>37</sup> *Ibidem.*, p. 1103

Ahora bien, sentados dichos lineamientos, si guiásemos nuestro análisis a tenor de la ubicación metodológica del artículo 392 CCC (Libro I “*Parte General*”, Título IV “*Hechos y actos jurídicos*”, Capítulo 9 “*Ineficacia de los actos jurídicos*”, Sección 4ª “*Efectos de la nulidad*”) como así también de su literalidad en el tramo que reza “(...) *por una persona que ha resultado adquirente en virtud de un **acto nulo** (...)*”, podríamos apresurarnos a concluir –equivocadamente– que el mecanismo de adquisición legal analizado resulta inaplicable a supuestos en que el acto jurídico celebrado entre el propietario *primigenio/primitivo* y el adquirente fuera ineficaz (en sentido estricto) a razón por ejemplo, de su inoponibilidad (ineficacia relativa) (piénsese ejemplificativamente, en los actos jurídicos viciados por fraude –art. 338 y siguientes CCC-)³⁸

Sin embargo, si nos servimos complementar la directiva interpretativa literal supra referida con otra de índole sistemática, no podemos sino concluir que la protección del sub – adquirente a título oneroso y de buena fe aquí analizado se proyecta legalmente asimismo a supuesto en los que el acto jurídico celebrado entre propietario *primigenio/primitivo* y adquirente, sea ineficaz por causales de ineficacia estricta (piénsese en supuestos de ineficacia relativa: inoponibilidad). Recuérdese que en torno a los efectos del acto inoponible en relación a terceros el artículo 396 CCC reza: “*Efectos del acto inoponible frente a terceros. **El acto inoponible no tiene efectos con respecto a terceros, excepto en los casos previstos por la ley***”

Considérese ejemplificativa e hipotéticamente el supuesto en que el acto jurídico celebrado entre propietario *primigenio/primitivo* y adquirente, estuviera viciado con el **vicio de fraude**³⁹, que lo tornara susceptible de ser declarado inoponible (ineficacia relativa), a los acreedores del enajenante y así lo fuera judicialmente. Consideramos que a la luz del supuesto de adquisición legal analizado, dicha declaración de inoponibilidad, sería a su vez, inoponible al sub-adquirente a título oneroso y de buena fe del inmueble en cuestión, a tenor de expresa previsión que al respecto realiza el artículo 340 “(...) *La acción del acreedor contra el subadquirente de los derechos obtenidos por el acto impugnado **sólo procede si adquirió por título gratuito, o si es cómplice en el fraude; la complicidad se presume si, al momento de contratar, conocía el estado de insolvencia***” (...).”

De la norma prescripta puede colegirse que al sub-adquirente a título oneroso y de buena fe le resulta inoponible la declaración de inoponibilidad del acto jurídico fraudulento por el que el propietario *primigenio/primitivo* enajenó el inmueble a favor del adquirente, declarada a favor de los acreedores del propietario *primigenio/primitivo*.

38 En este sentido se ha pronunciado de manera genérica cierto sector de la doctrina: “*Así, en el negocio ineficaz no cabe la figura de la confirmación por cuanto es presupuesto de ella la nulidad del acto (art. 393), la tutela del subadquirente de buena fe y a título oneroso solo funciona en la hipótesis de la nulidad del acto antecedente y no en los casos de ineficacia, siendo dudoso si es posible la conversión del acto jurídico ineficaz* *Ibidem*, p. 1101.

En el mismo sentido: *Ocurre que la excepción prevista en el artículo 392 se aplica a los actos nulos, y no para los actos inoponibles, también llamados inexistentes, en los cuales no hay autoría del verdadero propietario, aunque los terceros sean de buena fe y a título oneroso (...) Nadie pierde sus derechos reales sobre inmuebles (...) sin un acto en el cual haya intervenido como autor. Al contrario, lo que hagan o dispongan terceros no puede privarle de aquellos derechos y le es inoponible. En este sentido, no se debe perder de vista que la llamada teoría de la propiedad aparente basada en el error común, no obstante sus múltiples aplicaciones, es de todos modos un supuesto de excepción, ya que la regla la configura la protección del verdadero titular del derecho. Quién adquiere de la persona que no es el verdadero titular, que no está legitimada para transmitir, tiene un justo título y puede escapar a la acción reivindicatoria, si es de buena fe, si se consuma la prescripción breve de diez años (...) de inmuebles (...) (arts. 397, 1898, 1902, -...-)” KIPER, Claudio; *Tratado de Derechos Reales. Código Civil y Comercial de la Nación Ley 26.994; Tomo II, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2016, p. 509**

39 Código Civil y Comercial de la Nación, artículo 338 “*Declaración de inoponibilidad. Todo acreedor puede solicitar la declaración de inoponibilidad de los actos celebrados por su deudor en fraude de sus derechos, y de las renunciaciones al ejercicio de derechos o facultades con los que hubiese podido mejorar o evitado empeorar su estado de fortuna*”

En este sentido, en el particular caso ejemplificado el acto declarado judicialmente inoponible a los acreedores del propietario *primigenio/primitivo*, tendrá efectos frente a ciertos terceros, en el caso, el sub-adquirente a título oneroso de buena fe, en la medida en que el mismo sea subsumible en artículos 392 y 2260 CCC.

En conclusión, en los casos en que legalmente esté previsto, el acto jurídico inoponible producirá efectos en relación al tercero, sub-adquirente a título oneroso y de buena fe. De ello se colige que el supuesto de adquisición legal analizado, resulta aplicable (en los casos legalmente previstos) a supuestos de ineficacia de los actos jurídicos por nulidad e ineficacia en sentido estricto, particularmente la ineficacia relativa (inoponibilidad).

Finalmente, coincidimos con el sector doctrinario que entiende que, en tanto no distinguir el artículo 392 CCC, el supuesto ***“se aplica tanto a casos de nulidad absoluta como de nulidad relativa”***<sup>40</sup>. Y es *“otra vez, la controversia plantea el dilema de cuál ha de ser el interés a priorizar: el general que se ha visto afectado en valores superiores –y que no puede sanearse ni por confirmación ni por prescripción- o el principio de la buena fe combinado con el de la seguridad dinámica del tráfico negocial (...) Es de suponer que frente a la importancia del debate que la cuestión había suscitado bajo la vigencia del sistema anterior, el legislador, si lo hubiera querido, habría excluido de modo expreso el amparo del subadquirente cuando el acto antecedente estaba viciado de nulidad absoluta. No lo ha hecho, y ello es indicativo que ha entendido abarcar en el artículo ambas especies de invalidez; recoge, así, el criterio que parte de la consideración de que el subadquirente es ajeno al acto y sus vicios o defectos, por repudiables que sean, no pueden ser invocados para excluir su tutela (...)”*<sup>41</sup>

Sobre el adagio ***“ubi lex non distinguit non distinguere debemus”***, ha sostenido la Excm. Corte Suprema de Justicia de la Nación que ***“encuentra su razón de ser en que, si el legislador hubiera querido hacer distinciones, lejos de expresarse en términos generales, hubiese hecho las salvedades o excepciones pertinentes”***<sup>42</sup>

De ello se concluye que si bien, a tenor de lo prescripto por artículo 387 CCC, la nulidad absoluta no puede *“sanearse por la confirmación del acto ni por la prescripción”*, su declaración resulta inoponible al sub-adquirente a título oneroso de buena fe del inmueble en cuestión a tenor de previsión expresa que en dicho sentido realiza el artículo 392 CCC.

#### **e. De la inaplicabilidad del supuesto a enajenaciones “a non domino”**

Ponderamos positivamente que la redacción de los artículos 392 y 2260 CCC haya venido a zanjar la discusión doctrinaria y jurisprudencial existente en torno al artículo 1051 CC vinculada a su aplicabilidad (o no) a supuestos de enajenaciones a *non domino*, en tanto no ser dicho extremo precisado por la norma, a diferencia de los actuales artículos 392 y 2260 que expresamente establecen como premisa la intervención del titular del derecho.

Se afirmaba mayoritariamente en vigencia del Código velezano *“Para la doctrina y jurisprudencia mayoritaria, la que compartimos, el art. 1051 actúa en el supuesto de adquisiciones cuando intervino el propietario en el acto y ocurrió un vicio (violencia, error, dolo, inca-*

40 KIPER, Claudio; *Tratado de Derechos Reales. Código Civil y Comercial de la Nación Ley 26.994*; Tomo II, *op. cit.*, p. 501

41 TOBIAS, José W., *Tratado de Derecho Civil, Parte General*, Tomo III, *op. cit.*, p. 1229

42 Corte Suprema de Justicia de la Nación in re “Borré, Guillermo Roberto v. Córdoba Provincia s/ desalojo por vencimiento de contrato”, Sentencia de fecha 19.02.1976; Fallos 294:74

*pacidad, etc.), en tales casos basta la adquisición a título oneroso y de buena fe en el tercero adquirente para paralizar la acción reivindicatoria del propietario, aunque haya mala fe en el enajenante; empero cuando el propietario no intervino, debe tenerse en cuenta que nos encontramos frente a una acción delictiva que no podría tener virtualidad suficiente como para hacer perder su derecho al propietario que no intervino en el acto (...)*<sup>43</sup>

Al respecto coexistían teorías que calificaban al acto como inexistente, inoponible o nulo. *“Cualquiera sea la postura sustentada por el sentenciante al resolver, sea que se trate de un acto inoponible, inexistente o nulo, cuando se pone en juego el interés del propietario que ha sido ilegítimamente sustituido por un tercero y el del tercero adquirente de buena fe y a título oneroso, la solución ha de inclinarse por la no aplicabilidad del art. 1051 última parte del C.C., ya que no parece lógico que al titular del dominio que fue falsamente sustituido, pueda verse privado de su derecho de propiedad”*<sup>44</sup>

La autora citada sistematiza jurisprudencia relevante al respecto en el sentido de que *“en todos aquellos casos en que falta la autoría del verdadero propietario, resulta evidente que no hubo de su parte un desprendimiento voluntario de la posesión de la cosa, razón por la cual es justo que el tercer adquirente se encuentre afectado por la acción reivindicatoria, aun cuando fuere de buena fe”*<sup>45</sup>

Sistematiza VENTURA: *“Tal como lo vimos en materia de inmuebles, el segundo párrafo del artículo 2260 del CCyC termina con la discusión (...) Se deja aclarado así, y de manera contundente, que en materia de inmuebles y de muebles registrables, no procede el efecto convalidador de una nueva adquisición de buena fe y a título oneroso, cuando el acto no ha procedido del verdadero dueño; es decir cuando se ha tratado de una transferencia a non domino. Es un principio rector sentado contundentemente no solo en el artículo 2260 (...) sino también de manera más genérica al regular los efectos de las nulidades en el segundo párrafo del artículo 392 CCC. Recordemos, por otra parte, tal como ya hemos expresado, que esta era la doctrina mayoritaria que se había generado en torno al artículo 1051 del código derogado”*<sup>46</sup>

A tenor de la directiva interpretativa literal propuesta, no existe a la luz de los artículos 392 y 2260 posibilidad de subsistencia de la mencionada discusión, siendo prístino que si se trata de una transmisión a *non domino* el *sub-adquirente* (aun cuando sea a título oneroso y de buena fe) no podrá repeler la acción de reivindicación del propietario *primigenio/primitivo*.

Consideramos atinada la solución, ya que el sacrificio de la seguridad jurídica estática (y principio *nemo plus iuris...* que subyace a la misma) solamente se justifica en actos en que el propietario *primigenio/primitivo* haya tenido una intervención activa, y es que *“la tutela del tercero no tiene suficiente relevancia como para justificar el pesado sacrificio que supone para el titular del derecho, cuando ha mediado ausencia de autoría”*<sup>47</sup>

Lo hasta aquí dicho, nos permite concluir que el supuesto de adquisición legal bajo aná-

43 COLAZO, Ivana Inés, “Reivindicación de inmuebles en la esfera de las llamadas “adquisiciones a non domino”, *op. cit.*

44 *Ibidem*

45 CNCiv., Sala A, 23/06/83, ED, 106-657. Primera Cámara Civil. Cir 1 Mendoza 2000/06/06, “Cerro Largo S.A y otro s/ ordinario” Fallo 190035. El Dial MC6EB, Suprema Corte de Justicia de Bs.As 43.223, “Ramos Roberto Martín contra Bagnari Martín - Acción reivindicatoria” 17/11/92.

46 VENTURA, Gabriel B., *Acciones reales: según el Código Civil y Comercial*, Zavallia, Buenos Aires, 2017, p. 136 y 137.

47 TOBIAS, José W., *Tratado de Derecho Civil, Parte General*, Tomo III, *op. cit.*, p. 1225

lisis se erige como un mecanismo de saneamiento (en cabeza del sub-adquirente) del justo título por el cual el propietario primigenio/primitivo hubiera dispuesto del inmueble a favor del adquirente, únicamente para el supuesto en que el primero hubiere carecido de capacidad suficiente, no así cuando hubiere carecido de legitimación, puesto que en esta hipótesis se estaría frente a una enajenación a non domino no admitida por artículos 392 y 2260 CCC. A los efectos de esta conclusión, considérese el artículo 1902 CCC que define al justo título como *"el que tiene por finalidad transmitir un derecho real principal que se ejerce por la posesión, revestido de las formas exigidas para su validez, cuando su otorgante no es capaz o no está legitimado al efecto"*.

*"Si el otorgante es incapaz o no está legitimado para tal fin, habrá "justo título". Por lo tanto, el justo título se asemeja al título suficiente en cuanto al concepto: es el acto jurídico idóneo para transmitir un derecho real (v.gr. compraventa, permuta, etc) y, además, reúne la forma requerida, pero tiene una falla en los recaudos de fondo que lo diferencian. Ocurre que el justo título emana de una persona para transmitir (v.gr. venta de cosa ajena) o que no tenía capacidad para otorgar el acto (v.gr. enfermedad mental)"<sup>48</sup>*

Es en este punto en que cobra especial relevancia práctica la concepción de ALLENDE<sup>49</sup> en el sentido de que el adquirente en virtud de un justo título es propietario (si hubo tradición) y, como todos los propietarios, lo es *erga omnes*, con una limitación, que es la persona del anterior propietario quién podrá reivindicar la cosa con la excepción de que acaezca en cabeza del adquirente la confirmación (artículo 393 CCC) o la prescripción adquisitiva breve (si es de buena fe).

Así las cosas, si el adquirente adquiere el inmueble en virtud de un justo título emanado del propietario *primigenio/primitivo* que no tenía la capacidad suficiente para otorgar el acto dispositivo (insistimos, el supuesto es inaplicable al justo título en el marco de enajenaciones a *non domino*) y a su vez, enajena el inmueble a un sub-adquirente de buena fe y a título oneroso, éste habrá protagonizado el supuesto de adquisición legal que operará en los hechos como un mecanismo de saneamiento (si se nos permite la expresión) de ese justo título, pudiendo por consiguiente, el sub-adquirente repeler la acción reivindicatoria del propietario *primigenio/primitivo*.

#### **f. De la aplicabilidad del supuesto a casos de tracto sucesivo abreviado**

A continuación, nos cuestionamos acerca de la posibilidad de que el mecanismo de adquisición legal estudiado se produzca en el marco del supuestos en que se haga uso del denominado tracto sucesivo abreviado a que refiere el artículo 16 de la Ley Nro. 17.801 de Registro de la propiedad inmueble, que reza: *"No será necesaria la previa inscripción o anotación, a los efectos de la continuidad del tracto con respecto al documento que se otorgue, en los siguientes casos: a) Cuando el documento sea otorgado por los jueces, los herederos declarados o sus representantes, en cumplimiento de contratos u obligaciones contraídas en vida por el causante o su cónyuge sobre bienes registrados a su nombre; b) Cuando los herederos declarados o sus sucesores transmitieren o cedieren bienes hereditarios inscriptos a nombre del causante o de su cónyuge; c) Cuando el mismo sea consecuencia de actos relativos a la partición de bienes hereditarios; d) Cuando se trate de instrumentaciones que se otorguen en forma simultánea y se refieran a negocios jurídicos que versen sobre el mismo inmueble,*

48 KIPER, Claudio; *Tratado de Derechos Reales. Código Civil y Comercial de la Nación Ley 26.994; Tomo II, op. cit.*, p. 609

49 Citado por KIPER. *Ibidem*, p. 690.

*aunque en las respectivas autorizaciones hayan intervenido distintos funcionarios. En todos estos casos el documento deberá expresar la relación de los antecedentes del dominio o de los derechos motivo de la transmisión o adjudicación, a partir del que figure inscripto en el Registro, circunstancia que se consignará en el folio respectivo"*

En primer lugar, hemos de precisar que, a tenor de la literalidad de la norma bajo estudio, el denominado "tracto abreviado" no configura una excepción al principio registral de tracto sucesivo regulado en el artículo 15 de la Ley Nro. 17.801 que reza: "No se registrará documento en el que aparezca como titular del derecho una persona distinta de la que figure en la inscripción precedente. De los asientos existentes en cada folio deberán resultar el perfecto encadenamiento del titular del dominio y de los demás derechos registrados, así como la correlación entre las inscripciones y sus modificaciones, cancelaciones o extinciones"

Tiene dicho la doctrina que el "tracto sucesivo figura entre la nómina de principios que informan el derecho registral e importa la exigencia de que los distintos asientos existentes en cada folio guarden un perfecto encadenamiento lógico-jurídico, no sólo en relación a las sucesivas titularidades dominiales del inmueble, sino también respecto del total de las inscripciones o anotaciones que a él se refieren (...) Esta exigencia en el ámbito registral encuentra –a su vez– sustento y razón de ser en un principio fundamental que campea en todo el ordenamiento jurídico, este es el del "nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse haberet" consagrado en el art. 3270 CC.<sup>50</sup> El Registro debe reflejar ordenadamente el historial jurídico del inmueble y presupuesto de ese orden en las distintas titularidades, desmembraciones, afectaciones, etcétera, es que nadie puede transmitir a otro un derecho mejor ni más extenso que el que posee (...)"<sup>51</sup>

Y es que, tal como prescribe el artículo 16 "en todos estos casos el documento deberá expresar la relación de los antecedentes del dominio o de los derechos motivo de la transmisión o adjudicación, a partir del que figure inscripto en el Registro, circunstancia que se consignará en el folio respectivo".

En dicho sentido, el denominado tracto sucesivo "abreviado" **configura una excepción al principio de previa inscripción.** "Luego, el llamado tracto sucesivo "abreviado" o "comprimido" no importa una excepción al principio del "nemo plus iuris..." ya aludido, sino **una modalidad formal del tracto sucesivo consistente en la sola dispensa de la previa registración del antecedente**, basada en razones de economía inscriptoria por la exigua temporalidad del asiento o asientos intermedios entre el titular inscripto y el definitivo adquirente del derecho de que se trate"<sup>52</sup>

Por su parte, la doctrina es conteste en la naturaleza meramente enunciativa del artículo analizado: "el artículo transcrito no tiene que interpretarse como una disposición que contenga una enumeración taxativa de los únicos supuestos posibles de tracto sucesivo abreviado, pues existen otros casos semejantes a los que en él se expresan, que sin violentar el ordenamiento, ni la finalidad del tracto, pueden ser comprendidos dentro de los elementos

50 Nota de la autora: El artículo 3270 C.C. se corresponde con el actual artículo 399 CCC que reza: "Regla general. Nadie puede transmitir a otro un derecho mejor o más extenso que el que tiene, sin perjuicio de las excepciones legalmente dispuestas"

51 BONO, Gustavo Alejandro, "Tracto Abreviado: Límite temporal a las instrumentaciones simultáneas", *Foro de Córdoba*, Año X, Nro. 56, 1999, p. 15

52 *Ibidem*, p. 16

*estructurales que permitieron la formulación de esta regla especial, evitando de esta manera que se practiquen asientos por separado de carácter puramente formal y de naturaleza transitoria; que no desnaturalizan la continuidad del tracto sucesivo; no se afectan a la finalidad superior de la publicidad registral; y permiten mayor agilidad y economía al comercio jurídico inmobiliario, haciendo más rápidas y menos onerosas muchas inscripciones o anotaciones de esta naturaleza.”<sup>53</sup>*

Así es que, encumbrada doctrina sostiene que el supuesto bajo análisis devendría asimismo aplicable “respecto de todos los actos de constitución, modificación o extinción de derechos reales sobre inmuebles, **en los supuestos de comunidades**”<sup>54</sup> (v.gr. para la liquidación de la comunidad de gananciales ante su extinción por la causal de divorcio, como así también para los supuestos de liquidación societaria).

En un segundo eje de análisis, destacamos que los incisos “a”, “b” y “c” del artículo 16 de la Ley Nro. 17.801, son meridianamente claros, y no han presentado en la doctrina actualmente consolidada, conflictos interpretativos relevantes. No puede predicarse lo mismo del inciso “d” que a tenor de la expresión “*instrumentaciones que se otorguen en forma simultánea*” utilizada por la norma, se han generado divergencias hermenéuticas en la doctrina especializada en la materia, que nos servimos sistematizar a continuación.

Sostiene la doctrina que de la lectura de la norma se desprenden como elementos necesarios para la aplicación del supuesto “1) **Pluralidad de actos**: es necesario que existan dos o más negocios jurídicos de naturaleza registral que involucren el mismo inmueble; 2) **Pluralidad de instrumentos**: A su vez, deben existir dos o más instrumentos receptores de los distintos actos causales. Como indica la norma, pueden ser autorizados por el mismo o por distintos funcionarios (...) Si bien el supuesto legal de mínima para que sea aplicable el precepto (...) requiere que sean al menos dos los actos y que éstos sean instrumentados separadamente, de allí en más podrá reunirse más de un acto en cada instrumento, ilimitadamente; 3) **Simultaneidad**. La polémica deviene en torno de la significación y alcance que debe darse al giro “*instrumentaciones simultáneas*” (...)”<sup>55</sup>

En cuanto a los supuestos fácticos subyacentes a la previsión normativa se ha afirmado

53 FALBO, Miguel Norberto “El principio de prioridad registral en la Argentina”, *Revista del Notariado*, 811,1239, Cita: TR LALEY AR/DOC/6507/2011

54 MOISSET DE ESPANÉS, Luis; VENTURA, Gabriel B. “Aplicación amplia del tracto sucesivo abreviado”, Ponencia XIVº Congreso Nacional de Derecho Registral comisión TEMA 2”, <https://www.acaderc.org.ar/2006/03/23/aplicacion-amplia-del-tracto-sucesivo-abreviado/>

En palabras de los autores: “para la **sociedad conyugal**, cuando ésta se disuelve, hasta que se realiza la liquidación se produce la llamada “**comunidad de gananciales**”, y respecto de esta situación, en el art. 1313 del Código Civil se establece que “Disuelta la sociedad conyugal por muerte de uno de los cónyuges, se procederá al inventario y división de los bienes como se dispone en el Libro 4 de este Código, para la división de la herencia”. La doctrina y la jurisprudencia, glosando este dispositivo, afirman que no sólo será aplicable para los supuestos de disolución por muerte de uno de los cónyuges, **sino también en los casos de divorcio**. Otro tanto ocurre con lo referido a las **sociedades**, cuando en el art. 1788 del Código Civil se determina que “En la división de la sociedad se observará, en todo lo que fuere aplicable, lo dispuesto en el Libro 4 de este Código, sobre la división de las herencias, no habiendo en este Título disposiciones en contrario”. Ello no significa que no deba procederse como se reglamenta en la ley 19550 (art. 101 y ss), partiendo de un balance con pasivo cero, aprobado por los socios y depósito en el Registro Público de Comercio Lamentablemente en la ley de sociedades 19550 nada se establece en cuanto a las reglas a seguir para su liquidación, a pesar de que en el Código de Comercio, art. 447, se sentaba idéntica regla a la mentada más arriba (remitía a las normas de partición en las sucesiones). No obstante se ha sostenido que, aun no contemplándose de manera expresa en la ley 19550, las reglas serán las mismas, tanto para la sociedad civil, como para la comercial. Así concluimos si no por la vieja norma del Código de Comercio, que habría quedado en el espíritu de la nueva legislación, por los principios de las leyes análogas propuestos por el art. 16 del Código Civil. En definitiva, lo que tratamos de dejar sentado es que la remisión que las normas efectúan a la partición de los bienes de la herencia en todos estos supuestos de comunidades o indivisiones, nos permite fundar válidamente que dicha remisión también nos introduce en el mecanismo del tracto abreviado surgido del inciso c) del art. 16 de la ley 17.801. Por esta razón, respecto de todos los actos de constitución, modificación o extinción de derechos reales sobre inmuebles, en los supuestos de comunidades, será dable proceder conforme a las reglas de dicha norma”

55 BONO, Gustavo Alejandro, “Tracto Abreviado: Limite temporal a las instrumentaciones simultáneas”, *op. cit.*, p. 17 y 18

que “el caso más típico y corriente de “*escrituras simultáneas*” se presenta cuando una persona adquiere un inmueble, para lo cual otorga la correspondiente escritura traslativa de dominio en la que se documenta el negocio derivativo-traslativo y, en ese mismo momento, por otra escritura, hipoteca el inmueble que adquiere a favor de un acreedor (en muchos casos, una institución crediticia del Estado) que le facilita el dinero en préstamo para financiar la compra, o para construir sobre el terreno un edificio, o para ampliar el edificio existente”<sup>56</sup>

En torno a la hermenéutica de la expresión “*instrumentaciones que se otorgan en forma simultánea*” utilizada por la norma, BONO<sup>57</sup> sistematiza las distintas posturas esbozadas:

1) Conforme una postura existe simultaneidad en las instrumentaciones cuando sean realizadas en el mismo momento, es decir “*contemporáneamente: en el mismo día y en la misma hora*” (FONTBONA);

2) Para otra postura la simultaneidad se cumple si las instrumentaciones se realizan **en el mismo día y en la misma “audiencia notarial”**;

3) Conforme otro sector doctrinario encabezado por LÓPEZ DE ZAVALÍA<sup>58</sup>, la simultaneidad de instrumentaciones se producen cuando se realizan en el “*mismo momento jurídico*”, esto es **en el mismo día**, por cuanto “*las escrituras no expresan horas sino días, y éstos se cuentan de media noche a media noche (...)*”. Dentro de este grupo, debe tenerse presente la opinión de FALBO<sup>59</sup>, y asimismo la de ANDORNO y la de MARCOLÍN DE ANDORNO, quiénes adicionan además un “*límite espacial*” al considerar el primero de ellos que las escrituras deben otorgarse en “*igual fecha y lugar*” y los segundos aceptan que “*pueden autorizarse en dos ciudades distintas dentro de una misma provincia*”;

4) Finalmente, y con otra perspectiva, VENTURA reduce la interpretación del giro “*instrumentaciones simultáneas*” al concepto de “*presentaciones simultáneas*”, en tanto considera que el tracto sucesivo sustancial no se altera por razón del tiempo transcurrido entre los distintos actos instrumentales si luego se presentan en conjunto al registrador para su inscripción, supuesto en el que reaparece la utilidad de la modalidad abreviada o comprimida en la confección del asiento.

56 FALBO, Miguel Norberto “El principio de prioridad registral en la Argentina”, *Revista del Notariado*, 811,1239, Cita: TR LALEY AR/DOC/6507/2011

57 BONO, Gustavo Alejandro, “Tracto Abreviado: Límite temporal a las instrumentaciones simultáneas”, *op. cit.*, p. 21/23

58 Sostiene el autor: “El caso más interesante –como ustedes se imaginarán– es el de la instrumentación simultánea donde intervienen diversos funcionarios. Yo he buscado una definición de “instrumentación simultánea” que interesa para este texto y para el art. 26. Y la he encontrado en el art. 40, del decreto reglamentario 2080 de la Capital Federal (...) dice: “Se entenderá por instrumentaciones simultáneas las autorizadas en el mismo momento” ¡Caramba! Si voy a tomar la expresión “en el mismo momento”, literalmente, tengo que que imaginarme un acto notarial que se parece mucho a una consulta de médicos, en que estén los dos escribanos presentes, en que estén todos los clientes presentes y en que nadie entienda nada porque los dos notarios tienen que leer al mismo tiempo, y las partes tienen que firmar con una mano en una escritura y con la otra mano en la otra escritura. Porque si no, yo no sé cómo se produce “el mismo momento” Pero lo que pasa es que no hay que jugar con las palabras en forma tan tremenda. Los momentos son siempre momentos jurídicos. Yo creo que las escrituras son simultáneas cuando transcurren en el mismo momento jurídico. Y el momento jurídico está definido a priori por el Código Civil, como el día, porque los plazos se cuentan por días. De medianoche a medianoche (art. 24). Y son simultáneas todas las escrituras que se otorgan en el mismo día. Como las escrituras no indican horas, sino indican días, cuando se presentan al Registro las dos son simultáneas (...) Pero quedamos, en mi opinión, con que escrituras simultáneas son las otorgadas en el mismo día y, bromas aparte para nosotros, en todas las latitudes, el día es de 24 horas.” LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J., *op. cit.*, p. 350, 351

59 Sostiene el autor: “Dichas escrituras (la que documenta la adquisición del inmueble y la que formaliza el mutuo con garantía hipotecaria) se denominan “simultáneas” en razón de que los dos actos documentadores y los documentos se verifican en un mismo lugar y a un mismo tiempo, ambos naturalmente —lugar y tiempo— considerados como unidad relativa, desde que el segundo (o ulterior, si hay más de dos actos y documentos) resulta eficaz por su relación con el anterior —anterior acto y escritura, se entiende— del que, en definitiva, depende” FALBO, Miguel Norberto, *op. cit.*

Por nuestra parte, resaltamos que despacho de la Mayoría en el XII Congreso Nacional de Derecho Registral, Tema 4 “*Tracto Abreviado: Escrituras simultáneas*” se expidió (en sentido coincidente con la postura de LOPEZ DE ZAVALÍA) afirmando que “*Escrituras simultáneas son las autorizadas **en el mismo día, con relación a un mismo inmueble, pudiendo intervenir distintos notarios.** El legislador utiliza el término simultaneidad (artículo 16 Ley 17.801) en su acepción técnica y no en el lenguaje vulgar, por cuanto su utilización en el último sentido haría materialmente imposible el otorgamiento de ambas escrituras. En consecuencia las escrituras son simultáneas cuando transcurren en el mismo momento jurídico. Dicho momento jurídico o unidad de medida temporal está definido por el Código Civil, como el día (Art. 24 del CC). A ello corresponde agregar que las escrituras deberán indicar bajo pena de nulidad el día en que fuesen hechas (Art. 1001 y 1004 del CC), no siendo obligatorio consignar la hora. Una conclusión contraria (que las escrituras son simultáneas cuando se otorgan en presencia de todos sus intervinientes) deja vacía de contenido la posibilidad brindada por el Art. 26 de la Ley 17.801, que permite verificar directamente, no sólo la escritura matriz antecedente, sino también su testimonio. La simultaneidad permite al notario excepcionarse de dos obligaciones: la de tener el título inscripto a la vista, y la de solicitar el certificado de ley (Art. 23 de la Ley 17.801), habilitándose a inscribir la escritura consecuente sin tener a la vista el título antecedente inscripto (Art. 16 primera parte Ley 17.801) y a utilizar la información que al respecto contenga la certificación de la escritura que antecede. Esa excepción impone que el concepto de simultaneidad deba interpretarse restrictivamente, no pudiéndose aplicar a las denominadas escrituras sucesivas no simultáneas (autorizadas en distintos días). En tal caso la reserva de prioridad obtenida para la primera escritura se agota con la utilización del certificado al momento de su otorgamiento. En consecuencia, la segunda escritura no podrá beneficiarse con la reciprocidad”<sup>60</sup>*

Por su parte, BONO<sup>61</sup> descartando una hermenéutica literal de la norma bajo análisis, fija su postura, a la luz de una interpretación teleológica de la misma. En dicho sentido distingue según exista (o no) un certificado (artículo 23 Ley Nro. 17.801) expedido por el Registro de la Propiedad, a la luz del que se reserve la prioridad de los actos jurídicos a celebrarse respecto del mismo inmueble.

En este sentido, entiende que la necesidad y utilidad de fijar un límite temporal a la noción de “*instrumentaciones simultáneas*” solamente se observa ante la existencia del mentado certificado puesto que rigiendo el bloqueo registral “*no sólo el primero sino también el segundo y siguientes negocios jurídicos-reales van a gozar de dicha reserva, desplazando “en conjunto” a otros documentos que hubiesen ingresado con carácter condicional en relación al mismo inmueble*”.

Así las cosas, en aquellos supuestos en que el Registro haya expedido un certificado (produciendo los efectos propios de reserva de prioridad y bloqueo registral) en virtud del cual se realicen negocios jurídicos que versen sobre el mismo inmueble “*debe entenderse por instrumentaciones simultáneas la **celebración de dichos actos dentro del plazo de vigencia del certificado.** De manera que el plazo que unos fijan en una misma hora, otros en una misma audiencia notarial y la mayoría en un mismo día, **nosotros lo identificamos con el plazo de la reserva de prioridad para la cual se solicitó el correspondiente certi-***

60 XII Congreso Nacional de Derecho Registral, Tema 4 “*Tracto Abreviado: Escrituras simultáneas*”, Despacho de la Mayoría: fuente online: <https://www.rpba.gob.ar/files/Normas/Revista/2001-3/2001-3-4-022-XII-CNDR.pdf>

61 BONO, Gustavo Alejandro, “*Tracto Abreviado: Límite temporal a las instrumentaciones simultáneas*”, *op. cit.*, p. 23/29

*ficado por cuanto la omisión de la norma del art. 16 inc. d de la ley registral de fijar un límite temporal expreso al supuesto, exige buscarlo, superado su sentido literal, según la “razón y sentido” de la previsión legal”.*

Por el contrario, considera que la importancia del instituto desaparece en aquéllos supuestos en que no exista reserva de prioridad *“(porque no se solicitó certificación o bien porque peticionada ésta no obstante se venció)”* por la sencilla razón de que quedarán regidos por la prioridad directa obtenida por la presentación de cada uno de los documentos otorgados.

El motivo por el que nos hemos centrado en la sistematización de la postura de Bono radica en que la misma ha sido reflejada en la Resolución General Nro. 04/2015 del Registro General de la Provincia de Córdoba (B.O. 02.12.2015 con vigencia a partir del 09.12.2015) que al pronunciarse sobre el sentido y alcance que es dable atribuir a las instrumentaciones simultáneas, prescribe: *“16. De acuerdo a lo dispuesto por el Decreto N° 726/2010, respecto de lo normado en el inciso d) del artículo 16 de la Ley N° 17.801 en lo concerniente a la “simultaneidad de instrumentaciones”, podrá haber transcurrido cualquier tiempo, siempre que el certificado registral esté vigente. En el caso de no existir certificado vigente se estará a lo dispuesto por el artículo 19 de la Ley N° 17.801”*, lo que nos exige de mayores precisiones.

Retomando el cuestionamiento que nos formuláramos supra en el sentido de si era posible que el mecanismo de adquisición legal estudiado se produjera en el marco de supuestos de tracto sucesivo abreviado a que refiere artículo 16 de la Ley Nro. 17.801, consideramos que, mientras la situación de buena fe del sub-adquirente exista, no existe razón aparente a los fines de justificar una respuesta negativa.

En este sentido, concluimos que en la medida en que la modalidad abreviada del tracto garantiza su sucesión (ello es el cumplimiento del principio de tracto sucesivo está garantizado), el hecho de que se haya recurrido a la modalidad abreviada del tracto sucesivo, sea en la celebración del acto jurídico primigenio entre propietario *primigenio/primitivo* y adquirente (posteriormente declarado nulo/inoponible), sea en la celebración del acto jurídico entre adquirente y sub-adquirente a título oneroso y de buena fe, no constituye obstáculo alguno a los fines de que éste protagonice, de cumplir la totalidad de los requisitos exigibles, el supuesto de adquisición legal aquí estudiado.

### **g. De la aplicabilidad del supuesto a la adquisición de derechos reales principales y accesorios**

Como hemos ya, en el supuesto de adquisición legal por parte del adquirente a título oneroso, de buena fe, **de cosas muebles no registrables**, no hurtadas/robadas /perdidas (analizado en el punto II del presente) el artículo 1895 CCC establece que el mecanismo regulado solamente posibilita la adquisición de **derechos reales principales** sobre la cosa. Por el contrario, el artículo 760 CCC estatuye que el mecanismo también comprendería un particular supuesto de adquisición legal de un derecho real **accesorio** cuando reza: *“el deudor hace, a título oneroso, tradición de ella a otro por transferencia o **constitución de prenda**, el acreedor no tiene derecho contra los poseedores de buena fe, sino solamente cuando la cosa le fue robada o se ha perdido”*. Ello ha conducido a la doctrina a sostener, en posición que compartimos, que “esta norma, deja a salvo a quien recibió en

prenda una cosa que debió ser restituida a su verdadero dueño"<sup>62</sup>

Ahora bien, en lo atinente al supuesto de adquisición legal bajo estudio en el presente acápite, **ninguna de las normas que lo regula, formula distinción alguna al respecto**, prescribiendo el propio artículo 392 que quedarían comprendidos en el mecanismo de que se trata **TODOS LOS DERECHOS REALES** (se comprendería así, tanto a los derechos reales principales como accesorios). Reza la norma "*Efectos respecto de terceros en cosas registrables. **Todos los derechos reales** (...) transmitidos a terceros sobre un inmueble (...), por una persona que ha resultado adquirente en virtud de un acto nulo, quedan sin ningún valor, y pueden ser reclamados directamente del tercero, excepto contra el **subadquirente de derechos reales** (...) de buena fe y a título oneroso. Los subadquirentes no pueden ampararse en su buena fe y título oneroso si el acto se ha realizado sin intervención del titular del derecho*"

Esto nos ha llevado a cuestionar en el presente acápite, si el mecanismo estudiado, resulta aplicable únicamente a los fines de la adquisición de derechos reales principales sobre inmuebles, o comprendería también la posibilidad de adquisición de derechos reales accesorios que tengan por objeto cosas inmuebles. Nos avocamos al análisis.

El artículo 1889 CCC prevé que son "*Derechos reales principales y accesorios. Los derechos reales son principales, excepto los accesorios de un crédito en función de garantía. Son accesorios la hipoteca, la anticresis y la prenda*".

Por su parte, el artículo 2186 prescribe: "*Accesoriedad. Los derechos reales de garantía son accesorios del crédito que aseguran, son intransmisibles sin el crédito y se extinguen con el principal, excepto en los supuestos legalmente previstos. La extinción de la garantía por cualquier causa, incluida la renuncia, no afecta la existencia del crédito.*" La interpretación de este artículo debe realizarse sistemáticamente con el artículo 857 CCC que reza "*Efectos. La extinción, nulidad o ineficacia del crédito principal, extinguen los derechos y obligaciones accesorios, excepto disposición legal o convencional en contrario.*"

Sobre el carácter esencial de accesoriedad de los derechos reales de garantía a que refiere el artículo 2186, sostiene KIPER que "*la relación causal de la accesoriedad se establece entre el derecho real de garantía y un derecho personal (...) no puede haber derecho real de garantía sin crédito al que acceda. Como lo accesorio sigue la suerte de lo principal, si se extingue el crédito se extingue el derecho real que lo garantiza. En cambio, puede extinguirse el derecho real sin que se extinga el crédito.*"<sup>63</sup>

MARIANI DE VIDAL y ABELLA sistematizan como consecuencias de la accesoriedad, las siguientes: "*1) el **crédito principal debe existir para hacer valer el accesorio** (arts. 2186, 2187, 2188, 2190, 2193 y concordantes); 2) La **cesión del crédito por actos entre vivos o por causa de muerte comprende la de los derechos accesorios** (arts. 2186 y 1625 CCC); 3) La **extinción del principal sucedida por alguno de los modos designados para la extinción de las obligaciones extingue la garantía** (artículo 2186), salvo excepciones legales (v.g. si existe confusión deudor y fiador la garantía perdura); 4) La **nulidad de la obligación principal produce de pleno derecho la nulidad del derecho de garantía accesorio**. Es de resaltar que la*

62 KIPER, Claudio; de *Derechos Reales. Código Civil y Comercial de la Nación Ley 26.994*; Tomo I, op. cit., p. 206

63 KIPER, Claudio; *Tratado de Derechos Reales. Código Civil y Comercial de la Nación Ley 26.994*; Tomo II, op. cit., p. 202

*inversión de la ecuación no produce los mismos efectos, es decir que la nulidad del derecho accesorio no arrastra al principal. O sea que la nulidad del derecho real de garantía (por vicios o defectos propios) no provoca la nulidad del crédito principal, que seguirá subsistiendo, aunque privado de la garantía real).*<sup>64</sup>

Tiene dicho al respecto la jurisprudencia cordobesa que *“El derecho real de hipoteca es el derecho de garantía que recae en uno o más inmuebles del constituyente, los que continúan en su poder, otorgando al acreedor las facultades de persecución y preferencia para cobrar su crédito garantizado. De ahí que el elemento característico es el de servir de garantía al crédito, que conforma la principal obligación de la relación. Justamente por la relación accesoria del crédito la pretensión de cobrarse del inmueble solo puede ser cumplida merced a la exigibilidad del crédito, que si se encuentra ausente, carece de validez por no tener la garantía vida autónoma.*<sup>65</sup>

Ahora bien, atento la expresa previsión del artículo 2186 en el sentido de que el derecho real de garantía *“se extinguen con el principal, excepto en los supuestos legalmente previstos”*, se han identificado como supuestos en que, la extinción del crédito no extingue el derecho real de garantía en los supuestos de:

- a) extinción de la obligación por novación, si el acreedor formula reserva impidiendo la extinción de las garantías reales, normados por artículo 940 CCC que reza: *“Efectos. La novación extingue la obligación originaria con sus accesorios. El acreedor puede impedir la extinción de las garantías personales o reales del antiguo crédito mediante reserva; en tal caso, las garantías pasan a la nueva obligación sólo si quien las constituyó participó en el acuerdo novatorio”*;
- b) pago por subrogación regulado por el artículo 918 CCC que reza *“Efectos. El pago por subrogación transmite al tercero todos los derechos y acciones del acreedor, y los accesorios del crédito. El tercero subrogante mantiene las acciones contra los coobligados, fiadores, y garantes personales y reales, y los privilegios y el derecho de retención si lo hay.”*
- c) que el deudor consigne el importe debido al acreedor en el que *“la extinción del gravamen se verifica cuando el acreedor lo acepte o una sentencia con efecto de cosa juzgada le dé fuerza de pago”*<sup>66</sup>

En un segundo eje de análisis, y a la luz de los derechos reales de garantía que integran el *numerus clausus* de la teoría general de los derechos reales (léase derechos reales de prenda, hipoteca y anticresis) corresponde identificar, los tipos jurídicos reales que hipotética y ontológicamente podrían protagonizar el supuesto de adquisición legal bajo estudio. En este sentido descartamos de plano (y por razones ontológicas) al derecho real de prenda, en tanto tener por objeto una cosa mueble (sea o no registrable, según sus variantes). No puede procederse en idéntico sentido en relación a los derechos reales

---

64 MARIANI DE VIDAL, Marina; ABELLA, Adriana, *“Derechos reales en el Código Civil y Comercial”*, T2, Zavalia, Buenos Aires, 2016, p 90

65 Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Octava Nominación de la Ciudad de Córdoba *in re*: “García, Diego Sebastián c/ Bertolotto, Ruben Antonio y Otro - Ordinario - Cumplimiento/Resolución de Contrato” (Expte. Nro. 5998237), Sentencia Nro. 147 de fecha 07.11.2017. (Magistrados: Graciela M. Junyent Bas, Héctor Hugo Liendo y José Manuel Díaz Reyna)

66 MARIANI DE VIDAL, Marina; ABELLA, Adriana, *“Derechos reales en el Código Civil y Comercial”*, T2, op. cit., p 90

de hipoteca<sup>67</sup> y de anticresis<sup>68</sup> (cuando tuviere por objeto un inmueble) que no pueden descartarse *prima facie*, razón por la que, el análisis se centrará en los mismos.

En este sentido, conforme artículo 2185 que prevé el carácter esencial de convencionalidad de los derechos reales de garantía prescribe “*Convencionalidad. Los derechos reales de garantía sólo pueden ser constituidos por contrato, celebrado por los legitimados y con las formas que la ley indica para cada tipo*”. En este sentido conforme artículo 2206 CCC están legitimados a los fines de la constitución del derecho real de hipoteca, “*los titulares de los derechos reales de dominio, condominio, propiedad horizontal, conjuntos inmobiliarios y superficie*” y conforme artículo 2213 CCC están legitimados para constituir el derecho real de anticresis “*los titulares de los derechos reales de dominio, condominio, propiedad horizontal, superficie y usufructo*”. Por su parte, no puede soslayarse que a tenor de lo prescripto por artículo 2199<sup>69</sup> CCC el legitimado activamente a los fines de la constitución de los derechos reales de garantía mencionados, podría gravar el inmueble, en garantía de un crédito ajeno (figura del propietario no deudor).

Ahora bien. Si de identificar el supuesto fáctico en que podría protagonizarse un supuesto de adquisición legal de un derecho real de hipoteca o de anticresis corresponde formular la siguiente distinción:

Resulta prístino que si el derecho real de hipoteca o de anticresis, ha sido constituido a favor del propietario primigenio/primitivo en garantía del cumplimiento de las obligaciones emergentes del crédito instrumentado en el acto jurídico celebrado entre propietario *primigenio/primitivo* y adquirente, la declaración de nulidad del mismo (que como hemos precisado hasta aquí, es un presupuesto de funcionamiento del mecanismo de adquisición legal analizado) implicará la extinción del derecho real de garantía de que se trate, por imperio del carácter esencial de accesoriedad a que hemos referido, por cuanto, extinguido el principal, lo accesorio corre idéntico destino jurídico.

En esta hipótesis, debe adicionarse asimismo que, en el supuesto fáctico bajo estudio, estamos frente a un derecho real de garantía constituido a favor del propietario *primigenio/primitivo* (léase, para garantizar el cumplimiento del crédito emergente del acto jurídico celebrado con el adquirente, piénsese ejemplificativamente en la constitución de hipoteca sobre el inmueble transmitido, para garantizar el pago del saldo de precio). En este sentido y como corolario de la declaración de nulidad del acto jurídico dispositivo celebrado entre propietario primigenio/primitivo y adquirente, el primero recobraría el dominio perfecto sobre el inmueble, con lo que, por imperio de la máxima *nemini res sua servit* (que representa una de las connotaciones del carácter exclusivo del dominio) a que refiere el artículo 1943<sup>70</sup> CCC *in fine*, no podrían subsistir como de su titularidad el derecho real de dominio y el de hipoteca o anticresis. Y es que “*así como no pueden coexistir*

67 Artículo 2205 CCC: “*Concepto. La hipoteca es el derecho real de garantía que recae sobre uno o más inmuebles individualizados que continúan en poder del constituyente y que otorga al acreedor, ante el incumplimiento del deudor, las facultades de persecución y preferencia para cobrar sobre su producido el crédito garantizado*”

68 Artículo 2212 CCC: “*Concepto. La anticresis es el derecho real de garantía que recae sobre cosas registrables individualizadas, cuya posesión se entrega al acreedor o a un tercero designado por las partes, a quien se autoriza a percibir los frutos para imputarlos a una deuda*”

69 Artículo 2199 CCC: “*Responsabilidad del propietario no deudor. El propietario no deudor, sea un tercero que constituye la garantía o quien adquiere el bien gravado, sin obligarse en forma expresa al pago del crédito asegurado, responde únicamente con el bien objeto del gravamen y hasta el máximo del gravamen*”

70 Artículo 1943 CCC: “*(...) Quien adquiere la cosa por un título, no puede en adelante adquirirla por otro, si no es por lo que falta al título*”

*dos derechos de dominio sobre la misma cosa (salvo que haya condominio), **tampoco pueden concurrir el dominio y otro derecho real en cabeza de la misma persona.** Así, por ejemplo, si alguien es dueño, no tiene sentido que también sea usufructuario de esa cosa. Ya por ser dueño tiene las más amplias facultades, no precisa de otras. Justamente, los derechos reales de disfrute o de garantía **deben recaer sobre cosa ajena**<sup>71</sup>*

Por las razones esbozadas, el supuesto fáctico bajo análisis, está sustancialmente excluido de la adquisición legal que es objeto del presente ensayo.

Distinto resulta el supuesto en que, una vez que el “adquirente” adquiere el inmueble de manos del propietario *primigenio/primitivo*, se sirve constituir sobre el mismo un derecho real de hipoteca o de anticresis, en garantía del cumplimiento de las obligaciones emergentes de un crédito (válido y subsistente) que el “adquirente” tiene con un tercero (ello es, un sujeto distinto al propietario *primigenio/primitivo*) o de un tercero (caso en el que el “adquirente” revestiría la calidad de constituyente/propietario *no deudor*). En este supuesto, cumpliendo con el carácter esencial de convencionalidad que caracteriza a los derechos reales de garantía (conf. art. 2186 CCC).

El interrogante que se plantea en este supuesto es, si la declaración de nulidad del acto jurídico por el que el “adquirente” adquirió el inmueble de manos del propietario *primigenio/primitivo*, produce la extinción de la garantía real constituida por el adquirente en los términos descriptos, o si por el contrario, el titular de la misma ha protagonizado el supuesto de adquisición legal del derecho real accesorio de que se trata (a cuyos fines son condiciones de procedencia, en primer lugar que haya sido de buena fe -ello es que no haya conocido ni podido conocer los vicios que adolecía el acto jurídico por el que el adquirente adquirió el inmueble del propietario *primigenio/primitivo*- y en segundo lugar que haya inscripto el derecho real de garantía a los fines de su oponibilidad a los terceros interesados de buena fe, -en el caso el propietario *primigenio/primitivo*).

Consideramos que, siendo que en materia inmobiliaria la publicidad suficiente es registral (con lo que no constituye un obstáculo que la hipoteca no se ejerza por la posesión), no existen razones suficientes para privar de la protección estatuida por el mecanismo adquisitivo al sub-adquirente de un derecho real accesorio (sea hipoteca, sea anticresis). Nótese que si el ordenamiento brinda protección al sub-adquirente del derecho real de dominio, lo que en los hechos culminaría por privar al propietario *primigenio/primitivo* de toda posibilidad de recuperar la cosa, por qué habría de vedársela al sub-adquirente del derecho real accesorio, en cuyo caso, el propietario *primigenio/primitivo*, recuperaría el dominio imperfecto (gravado) del inmueble revistiendo la calidad de propietario no deudor al que, en caso de ejecución se le aplicara la normativa pertinente (artículos 2199/2202 CCC).

En este sentido, concluimos que a la luz de una directiva interpretativa literal del artículo 392 CCC que expresamente refiere a “**todos los derechos reales**”, con más una aplicación analógica al caso analizado, del artículo 760 CCC que en materia de adquisición legal de cosas muebles no registrables, comprende la protección de la adquisición legal en cabeza del adquirente del derecho real de prenda (cuando de cosas muebles no registrables se trata), la adquisición legal aquí estudiada protege a sub-adquirentes de derechos rea-

---

71 KIPER, Claudio; *Tratado de Derechos Reales. Código Civil y Comercial de la Nación Ley 26.994; Tomo I, op. cit.*, p.252

les principales y accesorios (hipoteca y anticresis).

#### IV. Conclusiones

En respuesta al interrogante planteado como punto de partida analítico, estamos en condiciones de afirmar que el supuesto de adquisición legal por sub-adquirente de buena fe y a título oneroso de cosas inmuebles se encuentra regulado sistemáticamente por artículos 1894 *in fine*, 392 y 2260 segundo párrafo CCC. Al mismo le resulta inaplicable la dinámica funcional del supuesto de adquisición legal por adquirente de buena fe y a título oneroso de cosas muebles no registrables que no hayan sido hurtadas, robadas o perdidas. Por el contrario, subyace al supuesto bajo estudio una dinámica funcional propia que supone la intervención de tres sujetos, a saber, el propietario *primigenio/primitivo* del inmueble, el adquirente y el sub-adquirente a título oneroso y de buena fe; cada uno de los que despliega una serie de conductas, descritas a lo largo del presente, que se erigen en condición de procedencia sustancial del acaecimiento del mecanismo adquisitivo analizado (recuérdese que en tanto implicar un mecanismo adquisitivo de derechos reales, subyace al mismo el orden público imperante en la *teoría general de los derechos reales*).

Frente al interrogante planteado: *¿Configura el supuesto de adquisición legal bajo estudio, una excepción al efecto no convalidante del registro inmobiliario regulado en el artículo 4 de la Ley Nro. 17.801 de Registro de la Propiedad Inmueble?* Concluimos que el supuesto de adquisición legal estudiado no implica excepción alguna al efecto no convalidante receptado por el artículo 4 de la Ley Nro. 17.801 de *Registro de la Propiedad Inmueble*. Por el contrario, precisamente por imperio del efecto no convalidante referido, la situación jurídica del sub-adquirente a título oneroso y de buena fe del inmueble, debe sanearse a través de un mecanismo legal extrarregistral, que está dado en el caso, por el supuesto de adquisición legal analizado.

Ante el interrogante planteado: *¿Resulta el supuesto de adquisición legal bajo estudio aplicable al supuesto de enajenaciones "a non domino"?* Concluimos que conforme prescripción legal expresa, el mecanismo resulta inaplicable ante supuestos de enajenaciones a *non domino*, de lo que se colige que la dinámica funcional del supuesto fáctico subyacente supone (a diferencia del supuesto de adquisición legal de cosas muebles no registrables) la declaración de ineficacia del acto jurídico de disposición del inmueble celebrado entre el propietario *primigenio/primitivo* y el adquirente, acaecido con posterioridad a que el inmueble fue a su vez enajenado por parte del adquirente a favor del al sub-adquirente de buena fe y a título oneroso.

En respuesta al interrogante planteado *¿Resulta el supuesto de adquisición legal bajo estudio aplicable únicamente ante supuestos de ineficacia del acto jurídico por una causal de nulidad? O, por el contrario ¿resulta asimismo aplicable ante supuestos de ineficacia en sentido estricto del mismo (particularmente el supuesto de ineficacia relativa u inoponibilidad)? En este mismo ámbito, ¿resulta el supuesto de adquisición legal bajo estudio aplicable a ambos tipos de ineficacia del acto jurídico por nulidad (léase absoluta y relativa)?* Concluimos que el mecanismo adquisitivo estudiado comprende la declaración de ineficacia de dicho acto jurídico, tanto por una causal de nulidad, como por una causal de ineficacia en sentido estricto (especialmente el caso de la ineficacia relativa por *inoponibilidad*). Finalmente, afirmamos que en tanto no haberlo distinguido el legislador, el supuesto comprende tanto la declaración de nulidad relativa como absoluta del acto jurídico referido.

Respecto al interrogante planteado *¿Resulta el supuesto de adquisición legal bajo estudio aplicable cuando en la cadena de actos dispositivos se ha recurrido a una modalidad abreviada del tracto sucesivo a que refiere el artículo 16 de la Ley 17.801 Registro de la Propiedad Inmueble?* Concluimos que el hecho de que se hubiere recurrido a la utilización de la modalidad abreviada del tracto sucesivo, sea en la celebración del acto jurídico primigenio entre propietario *primigenio/primitivo* y adquirente; sea en la celebración del acto jurídico entre adquirente y sub-adquirente a título oneroso y de buena fe, no constituye un obstáculo a los fines de que éste protagonice la adquisición legal regulada.

Finalmente, en torno al interrogante planteado consistente en determinar si a la luz del supuesto de adquisición legal bajo estudio *¿Pueden adquirirse todos los derechos reales que integran el numerus clausus, o únicamente los derechos reales principales que se ejerzan por la posesión?* Concluimos que el mismo comprende la posibilidad de adquirir derechos reales principales, como así también derechos reales accesorios o de garantía; que se ejerzan o no por la posesión. En torno a los derechos reales de garantía susceptibles de ser adquiridos legalmente y atento a que el mecanismo estudiado supone un inmueble como objeto, se comprenden únicamente los derechos reales de hipoteca y anticresis (cuando tenga por objeto un inmueble) descartándose ontológicamente al derecho real de prenda.

---

---

*SECCIÓN DE  
PRACTICA NOTARIAL*

---



# TESTAMENTOS

## (Con herederos y legatarios de cuota)

### PRIMER CASO

#### HEREDERO DE CUOTA

Concurre a su escribanía el señor Horacio FONTENERA, que es de estado civil soltero y no tiene hijos. Él tiene varios sobrinos, con algunos de ellos tiene una relación cercana, con otros no tanto, y con otros ningún tipo de relación. También hay algunos a los que quiere ayudar más porque la vida le ha sido un poco más adversa que a otros. Por esa razón quiere dejarle a Javier FONTENERA la mitad de todos sus bienes, a Pedro FONTENERA una cuarta parte, a Rodolfo FONTENERA una octava parte y Juan FONTENERA una octava parte de todos sus bienes. Redacte el testamento por acto público en la forma adecuada.

**ESCRITURA NUMERO .....**: En la ciudad y Pedanía de Alta Gracia, Departamento SANTA MARIA, Provincia de CORDOBA, República ARGENTINA, a los .....días del mes de .... de dos mil .....; ante mí: ....., Escribano Titular del Registro Notarial Número ....., comparece: Horacio FONTENERA, argentino, nacido el cinco de agosto de mil novecientos sesenta y dos, Documento Nacional de Identidad número diecisiete millones ochenta y un mil doscientos veintitrés (DNI N° 17.081.223), soltero, con domicilio en Calle José Hernández N° 855, de barrio Cámara de esta ciudad, persona de mi conocimiento doy fe. Y el señor **Horacio FONTENERA** DICE: Que es su voluntad testar por acto público y que con ese propósito, procede a darme en forma verbal sus datos de filiación y sus disposiciones de última voluntad, que redacto en la siguiente forma: Que es hijo de Anacleto FONTENERA y Dalmacia PEREZ ambos ya fallecidos y que no tiene hijos. Continúa diciendo que es su voluntad instituir como únicos y universales herederos<sup>1</sup> de todos sus bienes a **Javier FONTENERA**, argentino, nacido el 16/09/83, DNI N° 32.166.420, soltero, con domicilio en Calle Pedro Gutierrez N° 855, de barrio Cámara de esta ciudad., **Pedro FONTENERA** argentino, nacido el ....., DNI N°....., soltero, con domicilio en Calle ... N°....., de esta ciudad, **Rodolfo FONTENERA** argentino, nacido el ....., DNI N°....., soltero, con domicilio en Calle ... N°....., de esta ciudad, y **Juan FONTENERA** argentino, nacido el ....., DNI N°....., soltero, con domicilio en Calle ... N°....., de esta ciudad. A su vez manifiesta que ellos heredarán en las siguientes proporciones<sup>2</sup> Javier FONTENERA la mitad indivisa o lo que es lo mismo cuatro

1 Hay dos posibilidades según nuestro ordenamiento legal de establecer sucesores por testamentos: herederos o legatarios. Antiguamente el Código de Velez por la redacción del 3719 entendía que no constituía institución de heredero la disposición por la cual el testador hubiese legado la universalidad de sus bienes con asignación de partes. “Art.3719.- No constituye institución de heredero la disposición por la cual el testador hubiese legado la universalidad de sus bienes con asignación de partes” y aunque era discutida en doctrina la interpretación de este artículo, el nuevo Código Civil a contrario sensu de lo que establece, deja en claro en el Art 2486 que puede haber herederos instituidos con asignación de parte, “ARTÍCULO 2486.- Herederos universales. Los herederos instituidos sin asignación de partes suceden al causante por partes iguales y tienen vocación a todos los bienes de la herencia a los que el testador no haya dado un destino diferente.”

2 Art 2486 primer párrafo “ARTÍCULO 2486.- Herederos universales. Los herederos instituidos sin asignación de partes suceden al causante por partes iguales y tienen vocación a todos los bienes de la herencia a los que el testador no haya dado un destino diferente.” Para Velez no existía el heredero de cuota, sino que se trataba de un legatario “ARTÍCULO 3719 .- No constituye institución de heredero la disposición por la cual el testador hubiese legado la universalidad de sus bienes con asignación de partes.” De todas

octavas partes indivisas (4/8)<sup>3</sup>, Pedro FONTENERA una cuarta parte o lo que es lo mismo dos octavas partes indivisas (2/8), a Rodolfo FONTENERA una octava parte indivisa (1/8)<sup>4</sup> y Juan FONTENERA una octava parte indivisa (1/8) siempre en relación a todos sus bienes y con vocación al todo como herederos universales que son <sup>5,6,7</sup>.- Se encuentran presentes en este acto también, desde el comienzo del mismo, los testigos **Analia PERRO-NE**, argentina, nacida el 23/11/90, Documento Nacional de Identidad número treinta y ocho millones cuatrocientos setenta y un mil ciento ochenta y cinco (DNI N° 38.471.185), soltera, con domicilio en Calle Lepri N° 1547, de barrio Norte, de esta ciudad y **Marisa MENDEL**, argentina, nacida el 04/08/87, Documento Nacional de Identidad número veinticinco millones quinientos ochenta y un mil trescientos veintiocho (DNI N° 25.581.328), soltera, con domicilio en Calle Arzobispo Castellanos N° 1665, de barrio Sur, de esta ciudad personas de mi conocimiento, doy fe. Y yo Escribano autorizante dejo constancia de que procedo a leer en alta voz este testamento, los nombrados testigos ven al testador en el momento de la lectura del testamento y lo oyen manifestar conformidad en todos los términos de este instrumento, que firman, el testador y los nombrados testigos, todo lo que sucede en el mismo acto que pasa sin interrupción alguna, por ante mí, que doy fe.

## SEGUNDO CASO

### LEGATARIO DE CUOTA (sin derecho a acrecer)

---

maneras parte de la doctrina interpretaba “que no debía leerse literalmente, pues de lo contrario significaría que el testador no podría nunca establecer instituciones hereditarias con asignación de partes desiguales, lo que contrariaba lo dispuesto asimismo en los arts. 3721 y 37271” MOREYRA Javier, en Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado, Anotado y Concordado Coordinador: Eduardo Gabriel CLUSELLAS, Tomo 8 ASTREA FEN 2015, pág 513.

3 \_Es bueno colocar los números fraccionarios con igual denominador (aunque la fracción se pueda reducir) para evitar confusiones y ver claramente que no nos pasemos del entero. Si hubiere un heredero instituido sin parte aunque nos pasemos del entero la ley prevee que hacer en estos casos, no es bueno que se genere esa situación dice el “ARTÍCULO 2486.- ..... Si éstas absorben toda la herencia, se reducen proporcionalmente, de manera que cada heredero sin parte designada reciba tanto como el heredero instituido en la fracción menor.”

4 Podría haber puesto como una cuestión de redacción “para Rodolfo FONTENERA y Juan FONTENERA una cuarta parte o dos octavas partes indivisas” pero esto podría ser interpretado como una posibilidad de establecer un derecho a acrecer entre ellos dos, Porque al establecer la misma cuota para ambos, se entiende el derecho a acrecer en virtud de lo que dice la ley “ARTÍCULO 2489.- Derecho de acrecer. Cuando el testador instituye a varios herederos en una misma cuota, o atribuye un bien conjuntamente a varios legatarios, cada beneficiario aprovecha proporcionalmente de la parte perteneciente al heredero o legatario cuyo derecho se frustra o caduca.”

5 Redacción de la institución de herederos universales por Javier Moreyra “*TERCERO: Que por medio de la presente instituyo como herederos universales a mis mejores amigos, Juan Pedro Ramos, DNI ... , Y don Eustaquio José Pérez, DNI ... en la proporción de dos sextos para el primero y cuatro sextos para el segundo*”. MOREYRA Javier, en Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado, Anotado y Concordado Coordinador: Eduardo Gabriel CLUSELLAS, Tomo 8 ASTREA FEN 2015, pág 513.

6 Redacción de la institución de herederos de cuota tomada del libro de D’alesio “.. *comparece A. .. Interviene por sí y expresa: Que ha resuelto otorgar su testamento por acto público; a tal efecto transcribo en forma ordenada las disposiciones que me manifesté verbalmente y que desea que aquel contenga: PRIMERA: Que se llama como dijo ... SEGUNDA: Que sus padres han fallecido en fechas ... TERCERA: Que contrajo nupcias con ... , quien falleciera en fecha ... CUARTA: Que de su unión nacieron dos hijos, ... y ... QUINTA: Que instituye a . . . como heredero de cuota por la sexta parte de los bienes que resultaren al momento de su fallecimiento...*” tomado del libro de TEORÍA Y TÉCNICA DE LOS CONTRATOS, INSTRUMENTOS PÚBLICOS Y PRIVADOS 2da Edición actualizada y ampliada. CARLOS MARCELO D’ALESSIO (DIRECTOR) MARÍA T. ACQUARONE, NORBERTO R. BENSEÑOR, ELEONORA R. CASABÉ, Editorial La ley, Bs As 2015.

7 Redacción de la institución de herederos de cuota tomada del Taller de redacción de cláusulas 2019 realizada por Karina SALIERNO “Institución de herederos. . Modelo de institución de Heredero de cuota con posibilidad de vocación expansiva al todo: “*CUARTO: Por la presente instituyo a don César Rodríguez D.N.I....en los 3/4 de mi herencia; instituyo a mi mejor amigo don Ariel Giménez D.N.I....en el cuarto restante, ambos a título de heredero de cuota, y especialmente establezco respecto de los citados la posibilidad de expandir su vocación al todo de mis bienes de acuerdo a lo previsto en el artículo 2488 del Código Civil y Comercial*”. El problema es que no es lo mismo la expansión que establece el 2488 que la que nosotros proponemos, como heredero universal.

Concurre a su escribanía el señor Horacio FONTENERA, que es de estado civil soltero y no tiene hijos. Él tiene 4 hermanos (todos vivos) y les quiere dejar la herencia casi como corresponde por ley, porque primero quiere que dos sobrinos, que son casi como sus hijos, tengan la posibilidad de recibir parte de esa herencia. Específicamente quiere dejarle la cuarta parte de su herencia a Lucas FONTENERA, la otra cuarta parte a Alexis PERALTA, sobrinos hijos de su hermano mayor. El no quiere que por esto sus hermanos pierdan sus derechos como herederos que por ley les corresponde, sobre todo para el caso de que sus sobrinos no quieran o no puedan aceptar la herencia. Redacte el testamento por acto público en la forma adecuada.

**ESCRITURA NUMERO .....**: En la ciudad y Pedanía de Alta Gracia, Departamento SANTA MARIA, Provincia de CORDOBA, República ARGENTINA, a los .....días del mes de .... de dos mil .....; ante mí: ....., Escribano Titular del Registro Notarial Número ....., comparece: **Horacio FONTENERA**, argentino, nacido el cinco de agosto de mil novecientos sesenta y dos, Documento Nacional de Identidad número diecisiete millones ochenta y un mil doscientos veintitrés (DNI N° 17.081.223), soltero, con domicilio en Calle José Hernández N° 855, de barrio Cámara de esta ciudad, persona de mi conocimiento doy fe. Y el señor Horacio FONTENERA DICE: Que es su voluntad testar por acto público y que con ese propósito, procede a darme en forma verbal sus datos de filiación y sus disposiciones de última voluntad, que redacto en la siguiente forma: Que es hijo de Anacleto FONTENERA y Dalmacia PEREZ ambos ya fallecidos y que no tiene hijos. Continúa diciendo que es su voluntad realizar los siguientes LEGADOS DE CUOTA<sup>8</sup>: a favor de su sobrino a **Lucas FONTENERA**, argentino, nacido el 16/09/83, DNI N° 32.166.420, soltero, con domicilio en Calle Pedro Gutierrez N° 855, de barrio Cámara de esta ciudad, UNA CUARTA PARTE indivisa de todos sus bienes, y a **Alexis PERALTA** argentino, nacido el ....., DNI N°....., soltero, con domicilio en Calle ... N°....., de esta ciudad, UNA CUARTA PARTE indivisa de todos sus bienes<sup>9,10</sup> sin derecho a acrecer. Ambos sobrinos quedan establecidos como los llamados por nuestra legislación como “herederos de cuota” sin vocación al todo, salvo para el caso de que no acepten la herencia los herederos establecidos por ley.<sup>11</sup>- Se encuentran

8\_Hay dos posibilidades según nuestro ordenamiento legal de establecer sucesores por testamentos: herederos o legatarios. Aunque nuestro Código Civil y Comercial no utilice el término “legatario de cuota” en el 2488 sino “heredero de cuota” para referirse a este sujeto que no tiene vocación al todo, nosotros preferimos utilizar el término que mejor hace referencia a esta consecuencia, para evitar confusiones, marcamos así claramente que estos sujetos no van a tener vocación al todo. \_

9 Otro modelo de la doctrina dice “*comparece A ... Interviene por sí y expresa: Que ha resuelto otorgar su testamento por acto público; a tal efecto transcribo en forma ordenada las disposiciones que me manifestó verbalmente y que desea que aquel con-tenga: PRIMERA: Que se llama como dijo ... SEGUNDA: Que no ha tenido descendencia alguna y que sus padres han fallecido. TERCERA: Que lega a su sobrino... , en carácter de legado de cuota, la sexta parte de todos sus bienes que resultaren al momento de su fallecimiento.*” tomado del libro de TEORÍA Y TÉCNICA DE LOS CONTRATOS, INSTRUMENTOS PÚBLICOS Y PRIVADOS 2da Edición actualizada y ampliada. CARLOS MARCELO D’ALESSIO (DIRECTOR) MARÍA T. ACQUARONE, NORBERTO R. BENSEÑOR, ELEONORA R. CASABÉ, Editorial La ley, Bs As 2015.

10 Por su parte Javier Moreyra en su modelo dice “*CUARTO:Por la presente instituyo a don César Rodríguez, DNI ... en los tres cuartos de mi herencia; e instituyo a mi mejor amigo don Ariel Giménez, DNI ... en el cuarto restante, ambos a título de heredero de cuota, y especialmente establezco respecto de los citados que no puedan expandir su cuota, negando desde ya la vocación al todo de mis bienes de acuerdo a lo previsto en el artículo 2488 del Código Civil y Comercial*” Si bien nosotros no mencionamos el art del Código civil y comercial, queda claro por la redacción que no tienen vocación al todo, ni entre ellos con la mención a la carencia del derecho a acrecer, y con relación al resto de los herederos. Por último dejamos en claro que tendrá los mismos efectos que el 2488 pese a no mencionar el artículo, o sea que sino hubiere herederos legítimos tienen (estos herederos de cuota según la ley y legatarios de cuota según nosotros) vocación al todo, pero no lo dejamos librado a la sola mención del artículo, sino que lo mencionamos expresamente, para que quede claro esa es la voluntad del testador, no solo para quien lea luego el testamento, sino para que el testador sepa que va a pasar con su patrimonio, porque de seguro el no maneja la ley como nosotros, y menos un artículo tan complicado como el 2488.

11 No es recomendable a nuestro entender hacer un “legado de remanente” como se propone hacer en la mencionada obra de D’alesio que en su modelo dice “*TERCERA: Que lega a su hermano... el inmueble que se designa como... CUARTA: Que lega a su sobrino... el remanente de todos sus bienes que resultaren al momento de su fallecimiento.*” ya que como el mismo autor lo menciona sería un legatario que tiene vocación al todo y entonces entendemos que directamente es mejor técnica instituirlo heredero, es más en nuestro CCCN art 2487 establece que se considera un heredero universal (con vocación al todo) inc b “el legado de lo que reste despues de

presentes en este acto también, desde el comienzo del mismo, los testigos **Analía PERRONE**, argentina, nacida el 23/11/90, Documento Nacional de Identidad número treinta y ocho millones cuatrocientos setenta y un mil ciento ochenta y cinco (DNI N° 38.471.185), soltera, con domicilio en Calle Lepri N° 1547, de barrio Norte, de esta ciudad y **Marisa MENDEL**, argentina, nacida el 04/08/87, Documento Nacional de Identidad número veinticinco millones quinientos ochenta y un mil trescientos veintiocho (DNI N° 25.581.328), soltera, con domicilio en Calle Arzobispo Castellanos N° 1665, de barrio Sur, de esta ciudad personas de mi conocimiento, doy fe. Y yo Escribano autorizante dejo constancia de que procedo a leer en alta voz este testamento, los nombrados testigos ven al testador en el momento de la lectura del testamento y lo oyen manifestar conformidad en todos los términos de este instrumento, que firman, el testador y los nombrados testigos, todo lo que sucede en el mismo acto que pasa sin interrupción alguna, por ante mí, que doy fe.

## TERCER CASO

### LEGATARIO DE CUOTA (con derecho a acrecer)

Concurre a su escribanía el señor Horacio FONTENERA, que es de estado civil soltero y no tiene hijos. Él tiene 4 hermanos (todos vivos) y les quiere dejar la herencia casi como corresponde por ley, porque primero quiere que dos sobrinos, que son casi como sus hijos, tengan la posibilidad de recibir parte de esa herencia. Específicamente quiere dejarle la mitad de su herencia a Lucas FONTENERA, y Alexis PERALTA, sobrinos hijos de su hermano mayor. El no quiere que por esto sus hermanos pierdan sus derechos como herederos que por ley les corresponde, sobre todo para el caso de que sus sobrinos no quieran o no puedan aceptar la herencia. Redacte el testamento por acto público en la forma adecuada.

**ESCRITURA NUMERO .....**: En la ciudad y Pedanía de Alta Gracia, Departamento SANTA MARIA, Provincia de CORDOBA, República ARGENTINA, a los .....días del mes de .... de dos mil .....; ante mí: ....., Escribano Titular del Registro Notarial Número ....., comparece: **Horacio FONTENERA**, argentino, nacido el cinco de agosto de mil novecientos sesenta y dos, Documento Nacional de Identidad número diecisiete millones ochenta y un mil doscientos veintitrés (DNI N° 17.081.223), soltero, con domicilio en Calle José Hernández N° 855, de barrio Cámara de esta ciudad, persona de mi conocimiento doy fe. Y el señor Horacio FONTENERA DICE: Que es su voluntad testar por acto público y que con ese propósito, procede a darme en forma verbal sus datos de filiación y sus disposiciones de última voluntad, que redacto en la siguiente forma: Que es hijo de Anacleto FONTENERA y Dalmacia PEREZ ambos ya fallecidos y que no tiene hijos. Continúa diciendo que es su voluntad realizar los siguientes LEGADOS DE CUOTA: a favor de su sobrino a **Lucas FONTENERA**, argentino, nacido el 16/09/83, DNI N° 32.166.420, soltero, con domicilio en Calle

---

cumplidos los demás legados<sup>7</sup>. Hay que entender que este es una regla de interpretación sobre todo para la posibilidad de una persona que hace un testamento ológrafo y luego hay que interpretar, nosotros no podemos dejar que las cláusulas del testamento que hace el testador que requirió nuestros servicios tenga dudas en su interpretación, si queremos que tenga la vocación al todo tratemos de llevarlo a la institución de heredero universal.

Pedro Gutierrez N° 855, de barrio Cámara de esta ciudad, y a **Alexis PERALTA** argentino, nacido el ....., DNI N°....., soltero, con domicilio en Calle ... N°....., de esta ciudad, la MITAD INDIVISA de todos sus bienes, con derecho a acrecer entre ellos<sup>12</sup>. Ambos sobrinos quedan establecidos como los llamados por nuestra legislación como "herederos de cuota" sin vocación al todo, salvo para el caso de que no acepten la herencia los herederos establecidos por ley.<sup>13</sup>- Se encuentran presentes en este acto también, desde el comienzo del mismo, los testigos **Analía PERRONE**, argentina, nacida el 23/11/90, Documento Nacional de Identidad número treinta y ocho millones cuatrocientos setenta y un mil ciento ochenta y cinco (DNI N° 38.471.185), soltera, con domicilio en Calle Lepri N° 1547, de barrio Norte, de esta ciudad y **Marisa MENDEL**, argentina, nacida el 04/08/87, Documento Nacional de Identidad número veinticinco millones quinientos ochenta y un mil trescientos veintiocho (DNI N° 25.581.328), soltera, con domicilio en Calle Arzobispo Castellanos N° 1665, de barrio Sur, de esta ciudad personas de mi conocimiento, doy fe. Y yo Escribano autorizante dejo constancia de que procedo a leer en alta voz este testamento, los nombrados testigos ven al testador en el momento de la lectura del testamento y lo oyen manifestar conformidad en todos los términos de este instrumento, que firman, el testador y los nombrados testigos, todo lo que sucede en el mismo acto que pasa sin interrupción alguna, por ante mí, que doy fe.

---

12 Si bien al establecer la misma cuota para ambos, se entiende claramente el derecho a acrecer en virtud de lo que dice la ley "ARTÍCULO 2489.- Derecho de acrecer. Cuando el testador instituye a varios herederos en una misma cuota, o atribuye un bien conjuntamente a varios legatarios, cada beneficiario aprovecha proporcionalmente de la parte perteneciente al heredero o legatario cuyo derecho se frustra o caduca." También aquí queremos que quede claro, esta situación para el testador, quizás el no sabe de esta situación porque no tiene en cuenta esta interpretación que hace la ley de su voluntad al establecer una cuota conjunta para ambos. Fijarse también que establecer el derecho de acrecer en la cuota no es lo mismo que conferirle vocación al todo. Si los hubieramos establecido como herederos universales (además de excluir a los herederos legítimos, o sea los hermanos) tendrían vocación al todo y no sería necesario establecer un derecho de acrecer, pero son dos cosas distintas.

13 No es necesario establecer una sustitución de herederos, aunque el caso plantee "que los sobrinos no quieran o no puedan aceptar la herencia" porque al establecerlos la ley a los hermanos como herederos universales, y los sobrinos no tener vocación al todo, como si la tendrán ellos, el efecto claro que va a tener su no aceptación es que los herederos universales van a tener vocación al todo, y en este caso en particular como se estableció con derecho a acrecer entre los legatarios, la no aceptación de uno en principio va a beneficiar al otro legatario de cuota, y luego entonces los herederos ab-instituto que tenían solo la mitad de la herencia, podrán tenerla en su totalidad.







UNIVERSIDAD  
**Blas Pascal**



*Saber y Saber Hacer*

**0810 1 22 33 827**  
**[www.ubp.edu.ar](http://www.ubp.edu.ar)**