

Informe del Colegio de Escribanos  
de la Ciudad de Buenos Aires  
respecto del Proyecto de Código  
Civil y Comercial de la Nación

(aprobado por el Honorable Senado de la Nación  
el 28 de noviembre de 2013)



## Carta de la Presidente del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires

Buenos Aires, marzo de 2014

En el debate jurídico de los últimos dos años en la Argentina, el Proyecto de unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación probablemente ha sido el que mayor interés ha suscitado.

Esta iniciativa legislativa de sancionar un código unificado y moderno que defina paradigmas y principios jurídicos acordes a los cambios socio-culturales de las últimas décadas constituye no sólo una oportunidad histórica y trascendente para nuestra Nación, sino un complejo proceso que impone la participación y el compromiso de todas las instituciones y actores de la sociedad.

Desde la presentación del anteproyecto, redactado por la comisión de juristas encabezada por los doctores Highton, Kermelmajer y Lorenzetti, hasta el envío del proyecto final con las modificaciones introducidas por el Poder Ejecutivo al Honorable Congreso de la Nación y los posteriores debates en comisión, el Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires ha seguido este proceso con activa participación, promoviendo, a la vez, espacios de discusión para analizar las modificaciones proyectadas. Todo ello con la convicción de que es un deber del notariado efectuar aportes que contribuyan a enriquecer este Código a partir de nuestros conocimientos teóricos y del ejercicio práctico que ofrece la función notarial.

Valoramos el método ampliamente participativo adoptado por la comisión de juristas y por la comisión bicameral, oportunidad que nos permite exponer algunas de las opiniones planteadas en los debates generados en el seno de nuestra institución.

El texto aprobado por el Honorable Senado de la Nación ha plasmado los ejes fundamentales de la reforma. No obstante, en su redacción observamos algunas cuestiones específicas que –de sancionarse sin modificaciones– generarían inconvenientes y consecuencias que seguramente no son las queridas por la norma proyectada.

Por el presente trabajo, el Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires desea poner a disposición de los señores legisladores una síntesis de aquellas observaciones que consideramos de mayor importancia, así como nuestras recomendaciones y aportes para su subsanación.

Se ha elegido un criterio expositivo similar al utilizado en los debates de la comisión: en cada caso se cita el artículo observado y se ofrece una redacción alternativa, con los fundamentos principales de la modificación.

El Consejo Directivo de nuestra institución agradece especialmente al grupo de escribanos que se abocó a la elaboración de esta presentación, integrado por María T. Acquarone, Norberto R. Benseñor, Eleonora R. Casabé, Ángel F. Cerávolo, Francisco Cerávolo, Marcelo A. de Hoz, Jaime Giralt Font, Álvaro Gutiérrez Zaldívar, León Hirsch, Antonio A. Iapalucci, José M. R. Orelle, Horacio L. Pelosi y Osvaldo N. Solari Costa, cuya coordinación estuvo a cargo de Carlos M. D'Alessio. A todos ellos, el reconocimiento por la tarea cumplida. A los legisladores, el deseo de que ella sea fructífera para la labor que les corresponde cumplir.

MARÍA CECILIA HERRERO DE PRATESI

*Presidente*

Colegio de Escribanos  
de la Ciudad de Buenos Aires

# Informe



## 1. Registración de restricciones a la capacidad

José M. R. Orelle

### Texto proyectado

**Artículo 39. Registración de la sentencia.** La sentencia debe ser inscrita en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas y se debe dejar constancia al margen del acta de nacimiento. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 45, los actos mencionados en este capítulo producen efectos contra terceros recién a partir de la fecha de la inscripción en el Registro. Desaparecidas las restricciones, se procede a la inmediata cancelación registral.

### Texto propuesto

**Artículo 39. Registración de la sentencia.** *La sentencia debe ser inscrita en el Registro Nacional de Anotaciones Personales. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 45, los actos mencionados en este capítulo producen efectos contra terceros recién a partir de la fecha de la inscripción en el Registro. Desaparecidas las restricciones, se procede a la inmediata cancelación de dicha registración.*

### Texto proyectado

**Artículo 44. Actos posteriores a la inscripción de la sentencia.** Son nulos los actos de la persona incapaz y con capacidad restringida que contrarían lo dispuesto en la sentencia realizados con posterioridad a su inscripción en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas.

### Texto propuesto

**Artículo 44. Actos posteriores a la inscripción de la sentencia.** *Son nulos los actos de la persona incapaz y con capacidad restringida que contrarían lo dispuesto en la sentencia realizados con posterioridad a su inscripción en el Registro Nacional de Anotaciones Personales.*

### Texto proyectado

**Artículo 45. Actos anteriores a la inscripción.** Los actos anteriores a la inscripción de la sentencia pueden ser declarados nulos si perjudican a la persona incapaz o con capacidad restringida y se cumple alguno de los siguientes extremos:

- a) La enfermedad mental era ostensible a la época de la celebración del acto
- b) Quien contrató con él era de mala fe
- c) El acto es a título gratuito

### Texto propuesto

**Artículo 45. Actos anteriores a la inscripción.** Los actos anteriores a la inscripción de la sentencia pueden ser declarados nulos si perjudican a la persona incapaz o con capacidad restringida y si se cumplen algunos de los siguientes extremos:

- a) La enfermedad mental era ostensible a la época de la celebración del acto
- b) Quien contrató con él era de mala fe
- c) El acto es a título gratuito

**Artículo 45 bis.** Sólo puede hacerse valer la nulidad por falta o disminución de la capacidad contra los contratantes de buena fe y a título oneroso si la misma era notoria, haya habido o no sentencia.

### Fundamento de la propuesta

*Registración de restricciones a la capacidad. Necesidad de una regulación equilibrada de los intereses en juego*

El tema a considerar es el modo de tutelar los diversos intereses en juego en el caso de los bienes de personas con restricciones en su capacidad. Como consecuencia de la estructura de los ordenamientos jurídicos, las normas individuales que regulan la materia deben armonizarse con otros subsistemas, en especial el de la transmisión de bienes, que comprende actos jurídicos, contratos, derechos reales, etc. Estas normas deben integrar un sistema que sea equilibrado, justo, predecible y, además, en estos casos en especial, eficazmente operativo.

*Factores y circunstancias referidas a la contratación por personas con disminución de sus facultades*

Los factores y circunstancias son diversos:

- Tipo, intensidad, antigüedad y naturaleza de la afección.
- Grado de ostensibilidad de la afección.
- Existencia o inexistencia de periodos de lucidez y su duración.
- Si el paciente está atendido y tratado profesionalmente.
- Disponibilidad de acceso al dinero, cuentas bancarias, títulos de propiedad.
- Actitud y diligencia de los parientes.
- Buena o mala fe de quienes contratan con el incapaz.
- Si el incapaz compra o vende.
- Si se trata de actos onerosos o gratuitos.
- Si el contrato fue dañino para el incapaz o disminuido.
- Fecha y escenario de la legislación aplicable: criterios vigentes, estructura institucional respecto de la incapacidad, economía, circulación de bienes, existencia o inexistencia de información. Información a través de redes sociales.
- Diligencia desplegada por todos los implicados en el caso: partes, parientes, vecinos.
- El número de personas que trataron con el incapaz en ese negocio y si reconocieron la incapacidad.
- El lugar de domicilio, qué documentos tenía, etc. Estas cuestiones se vinculan con la diligencia de los parientes, que deberían retener los documentos.
- Si el enfermo operaba con bancos o financieras.
- Si actuó solo o con parientes.
- Si actuó a través de un apoderado.
- Lugar de realización del contrato y lugar de residencia del incapaz.
- Si el incapaz era empresario o simple ciudadano.

Este detalle –que no pretende agotar todas las circunstancias posibles– permite apreciar la dificultad del tema y la necesidad de contar con medios de publicidad eficientes. También pone en evidencia que el juzgamiento sobre la nulidad y la oponibilidad de tal nulidad debe ser contextualizada en cada caso, por lo cual las previsiones abstractas acerca de la validez o invalidez son relativas. A modo de ejemplo: la excepción a los principios generales en materia de testamentos, contenida en el artículo 3615 del Código Civil, que consagra la validez de

testamentos cuando éstos fueran efectuados durante intervalos prolongados de lucidez. *El riesgo principal es el desconocimiento de la declaración de incapacidad por parte tanto de los cocontratantes como de los terceros interesados.*

Los actos jurídicos otorgados por incapaces son nulos (art. 1041, C. Civ.). Debido a ello, la actuación de incapaces genera un riesgo considerable tanto para quienes contraten con ellos como para los terceros interesados (acreedores, legitimarios, etc.). Por sus características, se trata de una nulidad relativa, ya que ha sido consagrada en protección del incapaz.<sup>1</sup> Una situación especial es la de los subadquirentes de buena fe y a título oneroso, respecto de los cuales la invalidez del acto sólo puede esgrimirse si ésta hubiera podido ser detectada y si se actuara con la debida diligencia (art. 1051).

*Es excepcional el caso en el que el conocimiento o desconocimiento de la incapacidad es oponible tanto con respecto a quienes contratan con el incapaz como respecto de terceros interesados.*

Se advierte, además, una particularidad en el tratamiento de la incapacidad como factor de invalidez diferente: si el cocontratante no ha podido detectar la incapacidad, la nulidad no le es oponible. Por regla general, la invalidez de los actos por vicios jurídicos no depende de la probabilidad de conocimiento del vicio por parte del cocontratante. Según el artículo 1050 del Código Civil, “la nulidad pronunciada por los jueces vuelve las cosas al mismo o igual estado en que se hallaban antes del acto anulado”<sup>2</sup>.

Respecto de terceros interesados, la situación es diferente. En caso de existir un vicio, sólo será oponible al tercero interesado de buena fe y a título oneroso si, al actuar de modo diligente, ha podido conocer el vicio.<sup>3</sup>

En el caso de incapacidad por afecciones mentales, pueden advertirse dos excepciones al régimen general de la nulidad de los actos celebrados por incapaces:

- a) El régimen originario del Código antes de la reforma introducida por la Ley 17.711 en los artículos 473 y 474, incluso con relación a los cocontratantes, introducía como factor necesario para la oponibilidad de la invalidez el posible conocimiento del vicio. Es decir que ya existía la excepción.
- b) Producida la reforma de la Ley 17.711, el segundo párrafo del artículo 473 intensificó la incidencia del conocimiento: “Los anteriores a la declaración de incapacidad podrán

1. Sobre el tema, la doctrina es conteste. Para una descripción exhaustiva, ver RIVERA, Julio C., [comentario al artículo 141], en Belluscio, Augusto C. (dir.) y Zannoni, Eduardo A. (coord.), *Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado*, Buenos Aires, Astrea.

2. Ver CIFUENTES, José S., *Negocio jurídico. Estructura, vicios, nulidades*, Buenos Aires, Astrea, 1980, p. 64; y LLOVERAS DE RESK, Ma. Emilia en Bueres, Alberto J. (dir.) y Highton de Nolasco, Elena I. (coord.), *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Buenos Aires, Hammurabi.

3. Para una referencia extensa, ver LLOVERAS DE RESK, Ma. Emilia, [comentario al artículo 1051], en Bueres, Alberto J. (dir.) y Highton de Nolasco, Elena I. (coord.), ob. cit. (cfr. nota 2), t. 2C, p. 404.

ser anulados si la causa de la interdicción declarada por el juez existía públicamente en la época en que los actos fueron ejecutados. *Si la demencia no era notoria, la nulidad no puede hacerse valer haya habido o no sentencia de incapacidad, contra contratantes de buena fe y a título oneroso*” (en cursiva se destaca el texto agregado).

Esta diferencia ha sido defendida especialmente por Bor-da por razones de justicia contractual.

*El Código Civil consagra un sistema rígido, taxonómico, que no admite grados, de capaces o incapaces, sistema que ha dejado aislado de los avances doctrinarios y legislativos posteriores.* Este régimen único de incapacidades resultó una consecuencia lógica de las convicciones y posiciones doctrinarias vigentes en la época de su sanción. La división era tajante: capacidad plena o incapacidad total. En el plano jurídico no se reconocía la posibilidad de grados o de niveles de afección psíquica. Como consecuencia de avances científicos posteriores respecto de las enfermedades mentales, hubo una flexibilización correlativa de estos criterios jurídicos; así, la Ley 17.711 incorporó (art. 152 bis, C. Civ.) un estatuto diferencial (“inhabilitados”) con la siguiente caracterización:

- a) Casos de embriaguez habitual o uso de estupefacientes, que generen el riesgo de otorgar actos jurídicos perjudiciales respecto a su persona o patrimonio.
- b) Los disminuidos en sus facultades cuando, sin llegar al supuesto previsto en el artículo 141 del Código, el juez estime que del ejercicio de su plena capacidad puedan resultar presumiblemente daños a su persona o patrimonio.
- c) Los pródigos que expusiesen a su familia a la pérdida de su patrimonio. Sólo procede la inhabilitación en el caso de que el afectado tuviera cónyuge, ascendientes, descendientes y hubiera dilapidado una parte importante de su patrimonio. La acción para ejercer esta acción sólo corresponde al cónyuge, ascendiente o descendientes.

La doctrina ha destacado el tratamiento hoy ya arcaico del Código Civil respecto del modo tajante de dividir a las personas en capaces o incapaces, situación que fue profundamente modificada por la Ley 26.657, que luego comentaremos.<sup>4</sup>

*El régimen establecido por el Código Civil adoptó como elemento de publicidad de la incapacidad el dictado de la sentencia o la notoriedad de la afección. Éste es un sistema hoy superado.*

4. Una referencia amplia sobre los avances doctrinarios y la legislación comparada puede verse en MAYO, Jorge y TOBIAS, José W., “La nueva Ley 26.657 de salud mental. Dos poco afortunadas reformas al Código Civil”, en *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, Buenos Aires, La Ley, 2011, marzo, p. 153. Ver también DIANA, Jorge N. y KRAUT, Alfredo J., “Un breve panorama de la legislación, la jurisprudencia y el Proyecto de Código Civil y Comercial. Una imprescindible relectura del status jurídico de las personas con discapacidad mental”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, n° 2012-2, pp. 141-217.

El Código regula el sistema aplicable en el Libro Primero (“De las personas”) Título 13 (“De la curatela”) Capítulo 1: curatela de los incapaces mayores de edad. El subsistema que rige la validez o invalidez de los actos de esta clase de incapaces, que comprende también a los inhabilitados, surge de los artículos 472, 473 y 474, cuyas pautas son las siguientes:

- a) El dictado de la sentencia que declara incapaz al demandado tiene por efecto que los actos posteriores “serán de ningún valor” (art. 472).
- b) Respecto de los actos anteriores al dictado de dicha sentencia, debe distinguirse:
  - (i) En vida del incapaz, éste debe diferenciarse según el grado de notoriedad o de “existencia pública de la demencia” u “ostensibilidad” (Ley 17.711).
  - (ii) Fallecido el incapaz, debe distinguirse si la demanda de incapacidad ha sido interpuesta, en ese caso los actos posteriores serán inválidos. De no haberse interpuesto, los actos serán válidos, salvo el caso de que surja el vicio del mismo acto.

Este método legislativo es susceptible de generar las siguientes consideraciones:

- a) Hacer depender la validez o invalidez de los actos del dictado de la sentencia o de la interposición de la demanda desequilibra gravemente la posición jurídica tanto de quienes contraten con el incapaz, como de los sucesivos subadquirentes.
- b) El dictado de la sentencia o la interposición de la demanda no son susceptibles de ser conocidos, incluso por un cocontratante diligente y, menos aún, por un subadquirente. Esta solución privilegia de modo desmedido el factor de seguridad estática (el derecho individual) en desmedro de la seguridad dinámica.
- c) Agravia además el sistema general de equilibrio de las posiciones de los autores de actos y negocios jurídicos. Al referirse a los vicios de los actos jurídicos, el Código incluye como factores a ser considerados la actitud negligente o diligente de la otra parte (art. 929, referido al vicio de error; art. 932, referido al dolo que exige que no hay mediado dolo de ambas partes) y el grado de conocimiento (art. 943, que alude al caso de fuerza hecha por un tercero).

- d) Es importante recordar la fecha de sanción del Código (Ley 340, 25/9/1869) y la estructura de la sociedad y de la economía de ese momento, el número de habitantes, así como la ausencia de medios de publicidad y la extraordinaria expansión de los métodos jurídicos (especialmente las diversas modalidades de registros públicos), que actualmente permiten mejorar de modo exponencial la posibilidad de conocer los factores de impedimentos personales.<sup>5</sup>
- e) Como complemento del Código Civil, el artículo 637 quáter del Código de Procesal Civil y Comercial de la Nación establece que la sentencia de inhabilitación se inscribirá en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas, por lo cual el Anteproyecto –con todo acierto– ha incorporado este requisito a la legislación de fondo.

Este texto en parte mitiga las limitaciones descriptas respecto del Código Civil, pero no alcanza para estructurar un sistema equilibrado de los intereses en juego. En primer lugar, porque debido al rango que la doctrina establece respecto a las causales de inoponibilidad, debería surgir el requisito del mismo Código Civil. En segundo lugar, porque de entenderse que este requisito (solicitar un certificado al Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas) es imprescindible para configurar la buena fe de quienes contraten con el incapaz, obligaría a solicitar un certificado cada vez que se realiza un acto jurídico, lo que distorsiona gravemente el régimen de los actos jurídicos y de la circulación de los derechos.<sup>6</sup>

*La modificación introducida por la Ley 26.657, que modifica estructuralmente el régimen de la incapacidad, no modifica el sistema de publicidad del Código.* La Ley 26.657, sancionada el 25 de noviembre del año 2010 y promulgada el 2 de diciembre de ese mismo año, modificó sustancialmente la estructura jurídica referida a la incapacidad e inhabilitación. Con razón, los autores destacan que esta nueva legislación implica un fuerte cambio de paradigma respecto a las afecciones mentales,<sup>7</sup> pero respecto del tema en estudio no introduce modificaciones al régimen del Código.

5. Ver GORDILLO, Agustín, *Introducción al derecho*, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2000, capítulo V, p. V-5 ([www.gordillo.com](http://www.gordillo.com)). El autor menciona que, al examinar el texto de una norma, el jurista debe apreciar el contexto histórico, económico y social que le dio origen. Con otro enfoque, pero con la misma conclusión: POSNER, Richard A., *El análisis económico del derecho*, Fondo de Cultura Económica, 2013, p. 394.

6. Guillermo Borda ha sostenido en su tratado que a nadie puede exigírsele que antes de celebrar un contrato pida un informe al Registro Civil y agrega que el acto dictado luego de la sentencia inscripta es nulo, pero que el cocontratante tiene la posibilidad de probar que esa nulidad no le es oponible si acredita que la demencia no era notoria y que el acto fue oneroso (BORDA, Alejandro, "La incapacidad. Hacia un replanteo de la inhabilitación y la insania", en Ameal, Oscar J. y Gesualdi, Dora M. [coords.], *Derecho privado*, Buenos Aires, Hammurabi, 2001, pp. 273-296 [libro homenaje al Dr. Alberto J. Bueres]).

7. Ver nota extendida en p. 38.

*El Anteproyecto: régimen de invalidez de los actos otorgados por incapaces*

El Anteproyecto regula el efecto de los actos otorgados por la persona incapaz o con capacidad restringida, a partir del artículo 44. Consagra el siguiente sistema:

- a) Incapaz vivo no interdicto: desde el enfoque jurídico, goza de plena capacidad. Excepcionalmente (art. 45) los actos que haya otorgado pueden ser declarados nulos si:
  - (i) La enfermedad mental era ostensible a la época de la celebración del acto.
  - (ii) Quien contrató con el incapaz era de mala fe.
  - (iii) Si el acto fue a título gratuito.
- b) Incapaz vivo interdicto, con sentencia no inscrita: se aplica el mismo sistema descrito en el punto anterior, ya que la oponibilidad de la insania se genera sólo a partir de la inscripción de la sentencia.<sup>8</sup>
- c) Incapaz vivo interdicto, con sentencia inscrita: conforme al artículo 44, son nulos los actos otorgados por la persona incapaz y con capacidad restringida que contrarían lo dispuesto por la sentencia, realizados con posterioridad a su inscripción en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas.
- d) Persona fallecida:
  - (i) Como principio general, no pueden impugnarse los actos entre vivos anteriores a la inscripción de la sentencia.
  - (ii) Excepcionalmente, éstos son impugnables si la enfermedad mental surge del acto mismo, si la muerte aconteció después de promovida la acción para la declaración de incapacidad o capacidad restringida, si el acto es a título gratuito o si se prueba que quien contrató con ella actuó de mala fe.

*El Anteproyecto incorpora un principio trascendente: el de la publicidad y, en consecuencia, la oponibilidad de la afección surge de la inscripción de la sentencia. Pero debe integrarse el modo de inscripción (incorporando la necesidad de inscribir la sentencia en un Registro Nacional de afectaciones a la capacidad e interdicciones) para armonizar el sistema de publicidad con el sistema de transmisión de bienes.*

La decisión legislativa de incorporar un sistema más equitativo y tutelar de los posibles contratantes con incapaces y

8. BORDA, Alejandro, ob. cit. (cfr. nota 6).

otros terceros interesados queda lamentablemente disminuida en su eficacia, por los siguientes motivos:

1. *Falta de precisión sobre el tipo de actos que exigen la obtención del certificado o partida.* Resulta imposible de cumplir y, además, ocasionaría una parálisis contractual fulminante que se exija una certificación de salud mental para celebrar un contrato. Esta conclusión ha sido claramente expuesta por Guillermo Borda, tal como lo hemos señalado en el desarrollo del presente trabajo. Una alternativa, que sería acorde con la estructura del sistema de transmisión de bienes vigente, es considerarlo exigible para el caso de constitución y modificación de derechos reales sobre bienes registrables.

La hipótesis intermedia, el caso de contratos de trascendencia económica importante, marca un punto de inflexión, que plantea muchas aristas: ¿sobre la base de qué criterios o pautas objetivas se considera importante? ¿Se refiere al patrimonio de todos los sujetos involucrados? ¿Se encuentra vinculado con el monto por sí mismo? ¿El pedido de informes al Registro procede sólo en el caso de que algún contratante tenga su domicilio en otra provincia? ¿Es exigible tanto para personas físicas o también se aplica en el caso de contratos entre empresas? Sólo el planteo del tema y sus innumerables derivaciones alcanza para advertir la importancia de este aspecto.

Si bien es comprensible que toda reforma legislativa ocasione desconcierto y dudas, también es razonable que estos se reduzcan al mínimo, especialmente cuando está en juego el sistema contractual y de circulación de bienes.

2. *La característica local del Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas, sumada a la ausencia de un procedimiento actual de reserva de prioridad y de vigencia de los medios de publicidad que emite, torna inaplicable el sistema creado por el Anteproyecto.* De solicitarse un certificado o informe, debería ser tramitado en todas las provincias. La doctrina ha venido reclamando largamente la necesidad de instaurar un sistema de publicidad registral adecuado y completo de alcance nacional respecto de las declaraciones de incapacidad. Este sistema, entre otros eventos, fue sostenido en las XIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil (recomendación 6ª de *lege ferenda*).<sup>9</sup>

Claro está que el intérprete puede responder que por ello se ha previsto la anotación marginal en la partida de nacimien-

9. Ídem. Asimismo, se sostiene la misma opinión en MAYO, Jorge y TOBIAS, José W., ob. cit. (cfr. nota 4).

to, como un modo centralizado de obtener la información necesaria. No obstante el acierto de dicha centralización indirecta, cabe indagar si los Registros se encuentran preparados para semejante tarea. La anotación marginal en la partida es la consecuencia de un procedimiento previo, que no es ostensible a primera vista. *La anotación marginal supone la existencia –o mejor dicho la creación– de una estructura específica y especializada, propias de los Registros, cuyas inscripciones generan información oponible a terceros interesados.*

En consecuencia, la estructura a la que aludimos supone:

- Regular la clase de documentos que ingresan al Registro, su naturaleza y características.
- Los requisitos de dichos documentos.
- La naturaleza de la inscripción, si es constitutiva o declarativa.
- El plazo de ingreso de los documentos a partir del dictado de la sentencia.
- Las personas legitimadas para petitionar la inscripción.
- La extensión de la actividad calificadora del registrador.
- El procedimiento de inscripción (etapas), alternativas (rechazo, inscripción, observación).
- Las características del recurso administrativo, con sus etapas, derechos y deberes del registrador y de los peticionantes, así como los plazos procesales.
- El plazo de caducidad de las inscripciones.
- La sede material de los asientos.
- La descripción del contenido y la extensión de los asientos.
- La determinación de los diferentes documentos y las características de cada documento que expida el registro para publicitar los asientos.
- Las personas legitimadas para solicitar los informes, certificados u otros documentos.
- Si se establecerá un mecanismo de reserva de prioridad indirecta y, en caso afirmativo, sus plazos y modo de cómputo.
- El modo, extensión y características de la anotación marginal en las partidas de nacimiento.
- El modo de solicitar la partida de nacimiento.
- Si se admitirán inscripciones provisionales y/o notas complementarias.

- El procedimiento, plazos y modos de efectuar la rectificación de los asientos.
- El modo, características y plazos para efectuar cancelaciones de las inscripciones.
- Los procedimientos de legalización de los documentos emanados del registro.

Esta estructura hoy no existe. A modo de ejemplo, el caso del Registro de Estado Civil de la Ciudad de Buenos Aires (Ley 14.586); si bien crea una estructura básica de asiento, ésta no es adecuada para responder a la necesidad de emitir cientos de miles de documentos, ni tampoco para dar respuesta a un sistema de reserva de prioridad para certificados e informes. Es fácil de comprender que un registro creado y preparado para emitir básicamente partidas se vea completamente desbordado si tiene que responder a una permanente provisión de documentos para integrar los requisitos que la diligencia contractual exige para los millones de contratos diarios de un país.

*Reemplazar la inscripción en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las personas por la inscripción en un nuevo Registro Nacional de las Registraciones Personales.* Según hemos referido, la doctrina ha venido reclamando largamente la necesidad de crear un registro nacional de las registraciones personales, no sólo para el caso de los incapaces, sino también para la anotación de inhibiciones. Esta necesidad es evidente, ya que al ser locales los registros, queda esterilizada la publicidad; en los hechos resulta imposible el pedido de certificados en todas las provincias ni poder verificar en cada caso el domicilio de las personas.

En esta línea doctrinaria –que ha sido objeto de numerosos proyectos legislativos– se ha encuadrado el Proyecto de Código Civil-Decreto 685/95 (pilar fundamental del Anteproyecto que estamos comentando). En el punto 292 de los Fundamentos, al referirse al Capítulo III (registraciones personales), se expresa

... el régimen proyectado se puede concretar en un registro federal o en registros locales integrados, pero lo que es ineludible es la unificación de la información porque lo exige la ambulación de las personas, fenómeno totalmente diferente al de la inmovilización que es propia de los inmuebles.

Al proyectarse el Registro de Anotaciones Personales en el artículo 2186, el Proyecto de 1995 determina que

... deben inscribirse las siguientes situaciones jurídicas con relación a las personas: a) la declaración de interdicción, inhabilitación e inhibición y demás medidas cautelares que se decreten con relación a las personas para disponer libremente de sus bienes.

De modo congruente con la modificación que estamos proponiendo, es necesario resaltar que el Proyecto de 1995, en la sección destinada a los interdictos por causas psíquicas, en el artículo 37, regula que la inscripción de la sentencia de interdicción debe efectuarse en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas y la constancia asentarse en el margen del acta de nacimiento. No obstante, expande la necesidad de una plena publicidad, a través de la inscripción adicional en el Registro de Anotaciones Personales (art. 95).

En el Anteproyecto, en el texto del artículo 45, se advierte que, luego de haberse inscripto la sentencia en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas, quien queda más expuesto es el contratante de buena fe. En una primera lectura, un intérprete contestará que es lógico que así sea, porque jamás podrá tener buena fe quien, habiéndose creado el registro, no lo haya consultado. Sin embargo, lo que el Anteproyecto no regula ni los comentaristas han desarrollado es el impacto de esa exigencia en el régimen de hechos, actos, contratos, derechos reales y en el régimen de reivindicación. El sistema instaurado por el Anteproyecto implica que para todo contrato, sin importar su relevancia o trascendencia patrimonial, debe gestionarse el certificado registral, a la vez que supone que el registro estructurará un procedimiento con reservas de prioridad, plazos de vigencia, anotaciones preventivas, calificaciones, recursos, etc.

3. *La cuantificación de la posible demanda.* Es ineludible advertir que, apenas entrado en vigencia el Anteproyecto, habría una demanda avasallante de partidas y/o certificados al Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas de todas las provincias. Este previsible e imparable desborde no sólo sería imposible de ser encausado, sino que además originaría dudas e incertidumbre, con la consecuente inseguridad jurídi-

ca contractual. Por ello, el reemplazo que propiciamos, que la inscripción se efectúe solamente en un registro racional, brinda una solución viable, técnica y eficiente.

4. *Incidencia del factor económico de los cambios legislativos.* Es cierto que el derecho no debe equipararse a la economía, pero tampoco apartarse de las consecuencias económicas de un cambio de leyes. En una acepción amplia, puede sostener que el derecho común

... establece derechos de propiedad, regula su intercambio y los protege contra una interferencia irrazonable, todo ello con el fin de facilitar la operación del mercado libre...<sup>10</sup>

... si el derecho común es un cuerpo de doctrina unificado, informado por las mismas políticas subyacentes, entonces debiéramos esperar que los casos económicamente similares se decidieran en la misma forma.<sup>11</sup>

*Adicionalmente, debe mantenerse, con las precisiones necesarias, el criterio de flexibilización que surge del actual artículo 473 del Código Civil, reformado por la Ley 17.711.* El segundo párrafo del artículo 473 del Código Civil, reformado por la Ley 17.711, establece: “Si la demencia no era notoria, la nulidad no puede hacerse valer, haya habido o no sentencia de incapacidad, contra contratantes de buena fe y título oneroso”.

Este texto ha sido criticado por la doctrina, debido a que coloca al cocontratante en pie de igualdad con los terceros interesados. No obstante, existen aspectos trascendentes que justifican la solución adoptada por el legislador respecto al segundo párrafo del artículo 473:

- a) Si bien los demás vicios de los hechos y actos jurídicos (error, violencia, simulación, violencia, fraude, vicios de forma) generan la invalidez de hechos y actos, su naturaleza y características son de diferente esencia que las que plantea el caso de invalidez por demencia. Aquellos vicios, cuando generan la invalidez, obligan a la restitución de las prestaciones cumplidas por las partes (art. 1052). La estructura del sistema de las nulidades implica que, a través de dicha restitución (salvo la lógica excepción de mala fe o fraude), se restablece la posición original de las partes. Por ello, técnicamente no hay perjuicio.
- b) En el caso de la nulidad por incapacidad o capacidad disminuida, el artículo 1165 establece –como excepción del

10. Un excelente análisis puede observarse en POSNER, Richard A., ob. cit. (cfr. nota 5), p. 394.

11. Ídem, p. 397.

sistema general apuntado en el inciso anterior– que “declarada la nulidad del contrato, la parte capaz para contratar no tendrá derecho para exigir la restitución de lo que hubiese dado, o el reembolso de lo que hubiese pagado o gastado, salvo que probase que existe lo que dio, o que redundara en provecho manifiesto de la parte incapaz”. Esta severidad del escudo protector de los incapaces justifica el correlativo aumento de la protección del cocontratante. Esta severidad es razonable si hubiera conocimiento por parte de quien contrata con el incapaz, dado que si tal conocimiento existe, hay mala fe y el cocontratante no puede estar amparado por la ley. Pero si el paciente afectado por una dolencia psíquica ha actuado con discernimiento (los denominados intervalos lúcidos por la doctrina tradicional), resulta inaceptable tal severidad de trato.

- c) Por lo expuesto, consideramos que un argumento adicional a favor de la protección del cocontratante es la doctrina que surge del actual artículo 3615 del Código Civil: “Para poder testar es preciso que la persona esté en su perfecta razón. Los dementes sólo podrán hacerlo en los intervalos lúcidos que sean suficientemente ciertos y prolongados para asegurarse que la enfermedad ha cesado por entonces”. Esta directiva doctrinaria fortalece la posición jurídica del cocontratante de buena fe y corrobora nuestra propuesta acerca de la permanencia del aludido segundo párrafo del artículo 473 vigente.

#### Nota extendida

7. Ver GUAHNON, Silvia y SELTZER, Martín, “La sentencia en los juicios de insania e inhabilitación a la luz de la nueva Ley de Salud Mental”, en *Doctrina Judicial*, Buenos Aires, La Ley, 29/6/2011, p. 93; FINOCCHIO, Carolina L. y MILLÁN, Fernando, “Régimen de interdicción e inhabilitación a la luz de la nueva Ley de Salud Mental”, en *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, Buenos Aires, La Ley, 2011, septiembre, p. 194.

## 2. Régimen de las personas jurídicas. El concepto de persona jurídica

Norberto R. Benseñor

### Texto proyectado

**Artículo 141. Definición.** Son personas jurídicas todos los entes a los cuales el ordenamiento jurídico les confiere aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones para el cumplimiento de su objeto y los fines de su creación.

### Texto propuesto

**Artículo 141. Definición.** *Son personas jurídicas todos los entes a los cuales el ordenamiento jurídico les confiere aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones a los fines de su creación.*

### Fundamento de la propuesta

La personificación es una categoría jurídica que no se encuentra reservada exclusivamente a los seres humanos, dado que es posible atribuir aptitud para ejercer derechos y contraer obligaciones a sujetos que carezcan de corporeidad física. Así lo reconoce el artículo 30 del actual Código Civil al considerar persona a todo ente susceptible de adquirir derechos y contraer obligaciones.

En sentido similar, la filosofía del derecho ha destacado que la *actuación unificada* y la *imputación diferenciada* son aspectos que caracterizan la atribución de la personalidad.<sup>1</sup> La actuación unificada describe un efecto particular de la personalidad, que consiste en generar un único centro de imputación de los derechos y obligaciones. Así, los atributos de *persona* (patrimonio, denominación, capacidad, domicilio) quedan unificados en un solo sujeto y no diversificados en cada una de las personas individuales que compongan esa colectividad. En otras palabras, mediante la unificación, la persona jurídica en cuestión resulta titular de los beneficios, de las cargas y de los débitos resultantes de la actuación. A modo de ejemplo, vale la

1. Ver Kelsen, Hans, *La teoría pura del derecho*, p. 109; el autor introduce distinciones entre los vocablos *hombre* y *persona*, comprensivo este último de la personalidad jurídica.

pena comparar la diversidad que demuestra cuando actúa otra modalidad colectiva, como es el caso del condominio, el cual no se estructura mediante un contrato asociativo. El grupo que este derecho real conforma no supone crear una nueva personalidad ni tampoco un sujeto diferente de quienes lo componen, ya que cada partícipe es titular de su porción indivisa (arts. 2673, 2676, 2677, 2680, 2681 y ss. del C. Civ.) y, por lo tanto, habrá tantos centros de imputación como condóminos compongan esta relación.

La *imputación diferenciada* resuelve técnicamente la atribución de los efectos causados por las relaciones generadas, al imponer que aquellos recaigan sobre el patrimonio del sujeto de derecho y no sobre el de quien manifiesta la voluntad del conjunto asociativo, o, en todo caso, al concebir que el exponente es el vehículo de expresión, circunstancia que no se ve desnaturalizada por la eventual responsabilidad que podría asumir como consecuencia de su actuación o cargo (cfr. arts. 59 y 274 de la Ley 19.550) o de las responsabilidades derivadas del tipo respectivo (art. 125 y concordantes).

No obstante, existen otras posiciones que tienden a restringir el reconocimiento de la personalidad jurídica cuando se trata de entes ideales, mediante afirmaciones dogmáticas que, en más de una oportunidad, han sido suficientemente rebatidas en nuestra doctrina. Estas posiciones se apoyan fundamentalmente en el *principio de especialidad*, formulado en el artículo 35 del actual Código Civil. Según este principio, *para los fines de su institución*, las personas jurídicas pueden adquirir derechos establecidos por el Código y ejercer los actos que no les sean prohibidos por el ministerio de los representantes, que sus leyes o estatutos les hubiesen constituido. La expresión resaltada en cursiva podría constituir, según la interpretación que prevalezca, una limitación para el reconocimiento de dicha personalidad.

Sin embargo, no dudamos en sostener que *la calidad de sujeto de derecho se tiene o no. No resulta factible ni coherente entender la atribución de la personalidad en forma parcializada o a medias*, como si se pudiera sostener que, frente a ciertos actos, el efecto de la personalidad se desvanece y la entidad queda despojada de ese atributo, perdiendo de ese modo la calidad de sujeto de derecho, con la eventual consecuencia de alentar la idea de que, en esa oportunidad, su actuación no incorporó derechos ni asumió obligaciones. Más aún, la posibilidad de

que una sentencia disponga prescindir de la personalidad jurídica o decreta su inoponibilidad abona el concepto de que la entidad tiene, efectivamente, *personalidad*, pero que, en el caso concreto, ante la consecución de fines extrasocietarios o ajenos a la persona jurídica (según la redacción del art. 144 del Proyecto), esos actos sólo se imputen a los que la hicieron posible (socios, asociados, miembros o controlantes directos o indirectos), quienes responderán solidariamente, sin perjuicio de los derechos de los terceros de buena fe.

La aplicación de estos mecanismos excepcionales, mediante los cuales socios y controlantes resultan responsables solidaria e ilimitadamente por los daños producidos, no permite concluir que la personalidad jurídica de la sociedad es *limitada*, ni tampoco cuando por el tipo elegido o por derivaciones propias del ejercicio de un cargo social, el socio o los administradores devienen responsables personal e ilimitadamente por las obligaciones sociales o los daños causados.

Volviendo a la citada expresión “los fines de la institución”, debe recordarse que ésta ha merecido diversos alcances, según la extensión y la calidad de la capacidad jurídica. Sin profundizar en esta discusión, se admite que las personas jurídicas disponen de restricciones propias, derivadas de expresas disposiciones legales (como las prohibiciones concretas), y otras que nacen de la propia diferencia entre la naturaleza de las personas de existencia ideal con la de la persona física o humana (según la cual, por ejemplo, ninguna persona jurídica puede otorgar testamento, contraer matrimonio, reconocer hijos o adoptar). Pero al tiempo de brindar un sentido y contenido a la mención de los *fines*, una doctrina inicial asoció esa expresión con el objeto de la entidad o institución, con lo cual la atribución de personalidad estaría condicionada por la efectiva vinculación de los actos practicados con el objeto previsto estatutariamente.

Otro criterio y al cual nos adherimos, prefiere independizar la capacidad genérica de la sociedad de las limitaciones que impone el objeto, redefiniendo la hermenéutica empleada anteriormente. Éste sostiene que, cuando el artículo 35 del Código Civil menciona los fines de la institución *no se refiere al objeto social*, por cuanto éste último está formado por la descripción de la categoría o distintas categorías de actos que la persona jurídica se propone realizar de modo continuo y dinámico. *Los fines de la institución atienden, más bien, a los propósitos genéricos que movilizan a las personas a agruparse y actuar colectiva-*

2. VÍTOLO, Daniel R., "Limitaciones de la capacidad. Nuevos apuntes sobre la personalidad jurídica en las sociedades comerciales", en *Temas del derecho societario vivo*, Buenos Aires, Ad-Hoc, p. 10.

3. Cfr. OTAEGUI, Julio C., *Invalidez de actos societarios*, p. 59, y "Persona societaria. Esquema de sus atributos", en *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, Buenos Aires, 1974, pp. 285 y ss.; SUÁREZ ANZORENA, Carlos, "Personalidad de las sociedades", en Zaldívar, Enrique y otros, *Cuadernos de derecho societario*, t. 1, p. 129; MANÓVIL, Rafael M., "Actos que exceden el objeto social en el derecho argentino", en *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, Buenos Aires, 1978, p. 1052; BENSEÑOR, Norberto R. y FAVIER DUBOIS, Eduardo M. (h), "La representación orgánica en las sociedades anónimas", en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Capital Federal, n° 795, mayo-junio 1984, p. 633; BENSEÑOR, Norberto R., "Planteos contemporáneos en la representación societaria", en Benseñor, Norberto R. y Masri, Victoria S. (dirs.), *Negocios societarios*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1998, p. 176.

mente, independientemente del objeto concreto que se propongan desarrollar, el cual se reserva para funcionar como mecanismo de imputación y de la potestad de los representantes estatutarios. Las finalidades (o fines) devienen de la convicción que impulsa a las personas físicas a reunirse o juntarse para un logro común, frente a la creencia de que, en forma individual y sin la unión de dichos esfuerzos, sería imposible obtenerlos. Por otra parte, los fines también permiten apreciar las expectativas finales tenidas en cuenta al agruparse, o sea, sus resultados: la obtención de utilidades en las sociedades o los beneficios en las personas jurídicas (art. 1 de la Ley 19.550).

Esta posición se basa en que el reconocimiento de la personalidad jurídica por parte del ordenamiento ya no reposa en un acto de licencia ni de concesión del poder público. Las sociedades civiles y comerciales no requieren tener un objeto conveniente al interés público (requisito eliminado al derogarse el art. 318 del C. Com.), ya que sólo es suficiente su licitud y legalidad.

Pese a lo expuesto, en la actualidad se advierten algunos esfuerzos doctrinarios que vuelven al concepto limitativo al sostener que la capacidad de las personas jurídicas está restringida por su objeto,<sup>2</sup> independientemente de las limitaciones derivadas de su propia naturaleza, su finalidad o por expresas restricciones legales. Fundamentan esta posición en la referencia que el actual artículo 41 del Código Civil hace a la medida de la capacidad de derecho de la entidad. De seguir esta corriente, las personas jurídicas nunca podrían estar legitimadas para extender sus acciones en una esfera ajena a la de su objeto, por el denominado principio de especialidad, cuyo fundamento pretende basarse en que el ejercicio de operaciones extrañas al objeto de la institución implicaría un cambio de este objeto, el cual no es válido, sino en las condiciones y en los casos previstos en los estatutos.

Sin embargo, son mayoría quienes apoyan la postura opuesta, que sostiene contundentemente que ni la personalidad ni la capacidad son limitadas por el objeto. De esta manera, se facilita la contratación y la protección de los terceros, sin perjuicio de la responsabilidad de los administradores. En todo caso, debe ser tarea del operador del derecho reconocer cuáles son los mecanismos que le permiten instrumentar adecuadamente la concreción de actos exorbitantes del objeto y procurar evitar la ineficacia o invalidez del acto a celebrar.<sup>3</sup> Alguna doc-

trina y pronunciamientos judiciales sostuvieron enfáticamente esta posición.<sup>4</sup>

El objeto es un elemento normativo del estatuto, que cumple la tarea de enunciar o definir una o más categorías de operaciones, actuaciones, rubros o ramos que la entidad pretende realizar. *Si además de esta función le asignamos el rol de limitar la capacidad, cualquier acto extraño debería ser considerado como un episodio o evento proveniente de un sujeto incapaz de derecho.* El objeto social cumple la función de servir como mecanismo de imputación<sup>5</sup> y no delimita la capacidad de derecho de la sociedad,<sup>6</sup> ni siquiera frente a los actos notoriamente extraños al objeto social. En estos últimos habrá, en todo caso, un defecto de legitimación pero no de capacidad. El vehículo de imputación de los actos a la sociedad utiliza el parámetro del objeto social, que protege a los terceros contratantes al disponer que únicamente la sociedad sea irresponsable si el acto celebrado por el representante legal fuere notoriamente extraño, es decir, en los casos en los que la exorbitancia no haya sido advertida por el tercero. Precisamente, el artículo 58 de la Ley 19.550 excluye de la imputación el acto notoriamente extraño al objeto social y, *a contrario sensu*, imputa a la sociedad el acto extraño, lo cual priva de argumento la aplicación del invocado principio de especialidad.

En la mecánica de la Ley 19.550, el artículo 63 apartado 1 inciso d) permite contabilizar en el activo la realización de operaciones ajenas a la explotación de la sociedad,<sup>7</sup> las cuales en más de una oportunidad pueden ser sanos recursos de inversión y de protección del capital que permiten tomar participación en sociedades de diferente objeto (art. 31 de la Ley 19.550).

Quienes, para reforzar las tesis limitativas, vinculan estrechamente el objeto con la personalidad de la sociedad proclaman que ésta última solamente existiría para cumplirlo y el objeto sería la medida de su personalidad. La expresión de esta corriente de pensamiento es la doctrina del *ultra vires*, según la cual el sujeto societario no tendría capacidad genérica, sino una capacidad especial concebida para la consecución del objeto. Tal como fuera señalado anteriormente, la aplicación de esta doctrina permite propiciar la declaración de nulidad de los actos extraños al objeto social, aunque fueran autorizados por todos los socios en forma unánime. Quienes ven que la sociedad y la atribución de su personalidad no son más que una

4. Ver SUÁREZ ANZORENA, Carlos, ob. cit. (cfr. nota 3). El autor sostiene que el objeto no es un límite a la capacidad de las sociedades sino tan sólo un mecanismo de imputación de los actos. De igual modo, Enrique M. Butty fundamentó la posibilidad de reconducir un contrato social vencido en la circunstancia de que el objeto de una sociedad en liquidación no impedía la adopción de resoluciones genéricas por cuanto el objeto no era obstáculo a la capacidad (fallo de 1ª instancia firme "La Distribuidora Musical SRL").

5. SUÁREZ ANZORENA, Carlos, ob. cit. (cfr. nota 3).

6. CNCom., Sala B, 20/6/1995, "Galplamei SA c/ Fajan SA".

7. Cfr. OTAEGUI, Julio C., "Persona societaria. Esquema de sus atributos", en *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, Buenos Aires, 1974, p. 287; MANÓVIL, Rafael M., "Actos que exceden el objeto social en el derecho argentino", en *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, Buenos Aires, 1978, pp. 1047 y ss.

concesión graciosa del Estado que tolera su existencia pueden comulgar con esta tesis. Resulta preferible mantener –como fiel exponente– el reconocimiento genérico que disponen las personas jurídicas privadas, aunque no requieran autorización del Estado para funcionar (art. 33 inc. 2 y art. 46 del C. Civil, modificados por la Ley 17.711, arts. 1663, 1698 y concordantes del C. Civil).<sup>8</sup>

Por tal motivo, consideramos observable el texto proyectado del artículo 141 en cuanto introduce como condición el cumplimiento de su objeto.

8. COLOBRES, Gervasio R., *Derecho societario*, p. 111: la doctrina del *ultra vires* se ha mantenido ajena al derecho continental europeo. A todo evento, el exceso perjudica la responsabilidad de los administradores y presenta un problema de ineficacia en la relación, susceptible de ser ratificado por la asamblea. De tal modo, se traslada el concepto de *ultra vires* de la personalidad al organicismo; sin embargo, la traslación no es completa para la Ley 19.550, ya que admite la imputación social del acto extraño al objeto social sin notoriedad. En el derecho anglosajón se utilizó el *ultra vires* para defender a los accionistas contra el posible desvío del capital por parte los administradores en operaciones extrañas al objeto. En el Código Civil soviético el *ultra vires* fue consagrado en su artículo 26 al disponer que la persona jurídica tiene una capacidad civil fijada por su actividad, seguramente como un medio de evitar transgresiones a la planificación de la economía.

### 3. Liquidación de la persona jurídica

Norberto R. Benseñor

#### Texto proyectado

**Artículo 167. Liquidación y responsabilidades.** Vencido el plazo de duración, resuelta la disolución u ocurrida otra causa y declarada en su caso por los miembros, la persona jurídica no puede realizar operaciones, debiendo en su liquidación concluir las pendientes. La liquidación consiste en el cumplimiento de las obligaciones pendientes con los bienes del activo del patrimonio de la persona jurídica o su producido en dinero. Previo pago de los gastos de liquidación y de las obligaciones fiscales, el remanente, si lo hay, se entrega a sus miembros o a terceros, conforme lo establece el estatuto o lo exige la ley. En caso de infracción, responden ilimitada y solidariamente sus administradores y aquellos miembros que, conociendo o debiendo conocer la situación y contando con el poder de decisión necesario para ponerle fin, omiten adoptar las medidas necesarias al efecto.

#### Texto propuesto

**Artículo 167. Liquidación y responsabilidades.** *Vencido el plazo de duración, resuelta la disolución u ocurrida otra causa y declarada en su caso por los miembros, la persona jurídica atenderá los asuntos urgentes y debe adoptar las medidas necesarias para iniciar la liquidación. La liquidación consiste en el cumplimiento de las obligaciones pendientes, la realización del activo y la cancelación del pasivo. Previo pago de los gastos de liquidación y de las obligaciones fiscales, el remanente, si lo hay, se entrega a sus miembros o a terceros, conforme lo establece el estatuto o lo exige la ley. Cualquier operación ajena hace responsables ilimitada y solidariamente a sus administradores y aquellos miembros que, conociendo o debiendo conocer la situación y contando con el poder de decisión necesario para ponerle fin, omiten adoptar las medidas necesarias al efecto.*

### Fundamento de la propuesta

La disposición proyectada *prohíbe que la persona jurídica realice operaciones* luego de acontecida una causal de disolución; al hacerlo genera una gravosa situación de riesgo, que podría originar graves consecuencias jurídicas.

Efectivamente, en una mayoría de supuestos, al tiempo de disolverse la persona jurídica, subsisten obligaciones de cumplimiento impostergradable y también relaciones jurídicas que no pueden interrumpirse, mientras los órganos correspondientes asumen las tareas liquidatorias y realizan el activo, en cuyo caso, para mantener una ejecución normal, se requiere conservar la operatividad funcional.

Con esa prohibición, resulta contradictorio que el artículo 166 del Proyecto autorice que la propia persona jurídica pueda reconducirse mientras la liquidación no haya concluido, ya que se le imponen limitaciones que harían inviable económicamente la reconducción autorizada.

El modo en que está redactado el artículo retrotrae la cuestión a épocas ya superadas por las doctrinas contemporáneas, las que –siguiendo las enseñanzas de Vivante– han proclamado *la tesis de la identidad de la persona jurídica después de su disolución y el mantenimiento de la personalidad jurídica, su organicismo y la imputación*, sin perjuicio de las responsabilidades que tienen los administradores por las desviaciones que se produzcan.

Por otro lado, debe tenerse en cuenta que esta norma integra un capítulo aplicable a la totalidad de las personas jurídicas y, por lo tanto, a las sociedades, y contradice las disposiciones de la Ley 19.550. Dada la especialidad de esta última norma, en lugar de un proceso de integración normativa, se impulsa la inaplicabilidad inmediata de la regla al régimen societario, circunstancia que se propone evitar mediante el texto propuesto, adaptado a cánones reales y a situaciones cotidianas.

Cabe destacar que el riesgo normativo se agrava cuando, en el segundo párrafo del artículo, se plantea que *el cumplimiento de las obligaciones pendientes deberá atenderse con los bienes del activo del patrimonio de la persona jurídica o su producido en dinero*, ya que impide recurrir a medios alternativos, frente a una imposibilidad transitoria de realizar los bienes inmediatamente y expone a la entidad a una eventual declaración de quiebra.

Las causas de disolución son multifacéticas y, por lo tanto, pueden producirse en medio de actividades en marcha. Ante la prohibición terminante de encarar nuevas operaciones, se veda la posibilidad de recurrir al crédito en general y al bancario en particular, lo que impide superar situaciones de iliquidez temporal, aunque el patrimonio disponga de respaldo suficiente.

## 4. Protección de la vivienda

Eleonora R. Casabé y Antonio A. Iapalucci

### Texto proyectado

**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. Esta protección no excluye la concedida por otras disposiciones legales.

La afectación se inscribe en el registro de la propiedad inmueble según las formas previstas en las reglas locales y la prioridad temporal se rige por las normas contenidas en la Ley Nacional del Registro Inmobiliario.

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.

### Texto propuesto

**Artículo 244. Afectación.** *Puede afectarse al régimen previsto en este capítulo un inmueble destinado a vivienda, por su totalidad o hasta parte de su valor. Esta protección no excluye la concedida por otras disposiciones legales.*

*La afectación se inscribe en el registro de la propiedad inmueble según las formas previstas en las reglas locales y la prioridad temporal se rige por las normas contenidas en la Ley Nacional de Registro Inmobiliario.*

*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.*

*Los inmuebles que se encontraren afectados al régimen de bien de familia con destino explotación o mixto a la fecha de entrada en vigencia del presente Código continuarán alcanzados por los beneficios que se establecen en este capítulo.*

### Texto proyectado

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

### Texto propuesto

**Artículo 245. Legitimados.** *La afectación debe ser solicitada por el titular dominical; si el inmueble está en condominio, deben solicitarla todos los titulares 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 interesados o del Ministerio Público, o de oficio si hay incapaces o con capacidad restringida.*

*La afectación 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 existiere algún incapaz o con capacidad restringida.*

### Fundamento de la propuesta

El Proyecto prevé en los artículos 244-256, dentro del Libro Primero, Sección Tercera, Capítulo 3, el régimen de lo que denomina “vivienda”, sustituyendo la normativa vigente que establece la Ley 14.394 en sus artículos 34 y siguientes, destinados a la regulación del denominado “bien de familia”.

En líneas generales, las normas proyectadas recogen parte de las conclusiones de la jurisprudencia y doctrina mayoritarias e incluso las interpretaciones que han hecho algunos registros de la propiedad.

Es necesario modificar la expresión referida al titular registral, pues, tratándose de una afectación al régimen por es-

critura pública, bien puede darse el supuesto de simultaneidad de actos (compra y sometimiento al régimen), con lo que el legitimado para hacerlo sería el titular de dominio y no el titular registral.

Resulta llamativo que, al caracterizar la naturaleza del inmueble en el artículo 244, cuando establece que puede afectarse un inmueble destinado a *vivienda*, se suprime el destino para explotación o mixto que hoy prevé la Ley 14.394. Aun cuando entendemos que su inclusión debería obedecer a cuestiones de una naturaleza más política que jurídica, cabe recordar la importancia que reviste actualmente la posibilidad de someter al régimen de bien de familia el inmueble destinado al desarrollo de la actividad profesional o comercial.

Si se mantiene la exclusión de los bienes destinados a esas actividades, sería conveniente incorporar al Proyecto una norma que establezca la subsistencia de la protección para aquellos supuestos anteriores a la vigencia del nuevo cuerpo normativo, pues resultaría de flagrante inequidad que la desafectación se produjera en forma automática.

El Proyecto añade a los supuestos hoy vigentes de afectación por acta administrativa, por escritura pública o por testamento la afectación judicial al establecer esa posibilidad en caso de divorcio o de conclusión de la convivencia si hay beneficiarios incapaces o con capacidad restringida. En tal sentido, la redacción del último párrafo del artículo 245 debería ser modificada para evitar una imprecisión conceptual (los beneficiarios no existen hasta que la afectación no nace) y para recoger la amplia mayoría doctrinaria y jurisprudencial que actualmente permite la subsistencia del bien de familia aunque haya un solo beneficiario.

## 5. Instrumento público. Falta de firma

José M. R. Orelle

### Texto proyectado

**Artículo 290. Requisitos del instrumento público.** Son requisitos de validez del instrumento público:

- a) La actuación del oficial público en los límites de sus atribuciones y de su competencia territorial, excepto que el lugar sea generalmente tenido como comprendido en ella.
- b) Las firmas del oficial público, de las partes y, en su caso, de los representantes; si alguno de ellos no firma por sí mismo o a ruego, el instrumento carece de validez para todos.

### Texto propuesto

**Artículo 290. Requisitos del instrumento público.** Son requisitos de validez del instrumento público:

- a) *La actuación del oficial público en los límites de sus atribuciones y de su competencia territorial, excepto que el lugar sea generalmente tenido como comprendido en ella.*
- b) *Las firmas del oficial público, las partes y, en su caso, de sus representantes. Si alguno de ellos no firma por sí mismo o a ruego, queda al arbitrio judicial la determinación de las consecuencias de la omisión, conforme a las circunstancias del caso.*

### Fundamentos de la propuesta

*Necesidad de un criterio flexible por sus características y por su proyección sobre el tráfico jurídico*

El tema exige una solución flexible por parte del legislador. La situación abarca una gran variedad de intereses: de quienes han intervenido, de sus acreedores, cónyuges, legitimarios, titulares de otros derechos y subadquirentes. Todo ello en un marco de circunstancias muy diversas: cantidad de firmantes, escenario del acto, grados de complejidad, presiones, posiciones dominantes, apuros, horarios más o menos rígidos (caso de actos realizados en locales bancarios), buena o mala fe de los sujetos,

tipo de acto (judicial, notarial, administrativo), trascendencia e importancia del acto, si es unilateral o bilateral, lícito o ilícito, comercial o familiar, causas del defecto (error o mala fe simple o dolosa), etc.

El error es un factor presente en todo acto humano y, por ello, el ordenamiento debe brindar soluciones. No sólo afecta a las partes, sino a terceros inocentes. Las causas:

*Escenario complejo con muchos intervinientes.* Es frecuente que en casos de actos con intervención de muchas personas incidan cuestiones como el apuro, los compromisos y diferentes tipos de presiones, y que se generen distracciones, errores y factores que disminuyen la potencialidad de las precauciones adoptadas (por ejemplo, la firma de acuerdos concursales o de actos societarios con muchos intervinientes, la división de condominios con muchos titulares de partes indivisas, numerosos apoderados cuya extensión de facultades deben ser examinadas, etc.).

*Distracciones originadas por circunstancias imprevistas:* personas que se descompensan, discusiones que generan tensiones, interrupciones de servicios de luz, horarios muy rígidos (casos de actos celebrados en bancos), confusiones de quienes deben intervenir y no han respetado las consignas previas, etc.

*Excepcionalmente, mala fe de un interviniente* que aprovecha algún descuido generado o acontecido y se retira a pesar de haber intervenido; en otro extremo, quien dolosamente omite su firma, guiado por una finalidad engañosa.

El error no es un factor ocasional ni improbable; por el contrario, es un elemento permanente de la convivencia social. En el plano jurídico, Gordillo ha resaltado con sabiduría este hecho: “Hay que aprender a ver que el error es nuestra condición humana, no un fracaso personal. Hay innumerables ejemplos de error y no deben verse con censura ni rubor”<sup>1</sup>. Esta causal de invalidez afecta todos los instrumentos públicos: judiciales, notariales, administrativos.

Un punto previo consiste en determinar si el artículo 988 comprende todas las clases de instrumentos públicos. Una corriente doctrinaria, sustentada por Llerena, Carminio Castagno, Segovia, Piñón, Spota, afirma que sólo es aplicable a aquellos instrumentos públicos que instrumentan actos jurídicos, sobre la base de las expresiones utilizadas en los artículos 979 (respecto de los actos jurídicos) y 988 (cointeresados simplemente mancomunados o solidarios).<sup>2</sup>

1. GORDILLO, Agustín, *Introducción al derecho*, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2000, p. E-9 ([www.gordillo.com](http://www.gordillo.com)).

2. ORELLE, José M. R. en Belluscio, Augusto C. (dir.) y Zannoni, Eduardo A. (coord.), *Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado*, t. IV, p. 523.

Otra tendencia amplía el campo de aplicación a todo instrumento público. Así es el caso “Ramírez, Sandro A.”<sup>3</sup>, en el que se había impugnado un acta de debate por carecer de la firma del funcionario. La Sala III de la Cámara Nacional de Casación Penal, invocando el artículo 988 y concordantes, sostuvo la nulidad del instrumento por carecer de la firma del funcionario judicial. En su apoyo, citó además similares decisiones, tomadas en los casos “Bellegi José A. s/ recurso de casación” y “Levebre, Carlos A. s/ recurso de casación”. En otro antecedente judicial, la Sala VIII de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo resolvió, por aplicación analógica de las disposiciones del artículo 988 del Código Civil, que la asistencia de un letrado al acto de la audiencia, transcurridos diez minutos desde su iniciación, no impedía considerar el acto público como una unidad.<sup>4</sup> Si bien no refiere al caso de la falta de firma, éste sí constituye un precedente respecto de la aplicación de la normativa de los instrumentos públicos a los actos judiciales. En la misma tendencia jurisprudencial, en autos “Cresseri, Artidorio c/ Sadaic”<sup>5</sup>, en los que se había aducido que un informe presentado por un funcionario de un instituto era un instrumento público, la Sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil sostuvo que, aun suponiendo que lo fuera, la falta de firma de los interesados era causal de su invalidez.

Respecto a los documentos administrativos, la Sala G de la Cámara Nacional Civil sostuvo que si la Dirección del Registro Civil decidió acordar la autorización requerida por el padre para inscribir el nacimiento de su hija fuera de término, no era necesario que en dicha decisión se impusiera la firma del peticionario del acto (como lo indica el art. 988 del C. Civ.); era suficiente la petición que había efectuado el solicitante en el expediente, que fue decidido por aquel pronunciamiento administrativo.<sup>6</sup> Técnicamente, el instrumento público no firmado supone que el omitido ha comparecido y actuado: sólo falta su firma.

De modo genérico, el desarrollo de los actos públicos presupone un procedimiento público, cuyas características esenciales son las siguientes:<sup>7</sup>

- 1) Que el acto ha sido realizado en el lugar y la fecha que se consigna en el instrumento.
- 2) Que han intervenido y han estado presentes todos quienes técnicamente deben actuar.

3. *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, t. 2000-B, p. 449.

4. *Revista Derecho del Trabajo*, Buenos Aires, La Ley, t. 1985-A, p. 360.

5. *La Ley*, Buenos Aires, La Ley t. 1979-B, p. 112.

6. Fallo de fecha 2/7/1985, publicado en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, t. 1985-D, p. 186; citado por FISSORE, Diego en Medina, Graciela y Rivera, Julio C. (dirs.), *Código Civil comentado. Doctrina, jurisprudencia, bibliografía. Hechos y actos jurídicos*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2005, p. 525.

7. ORELLE, José M. R., *Actos e instrumentos notariales*, Buenos Aires, La Ley, 2008, pp. 45, 55, 67 y 89.

- 3) Que se han producido las declaraciones y/o entregas que el acto exige.
- 4) Que se ha redactado el instrumento de modo coetáneo por el agente.
- 5) Que se ha leído el instrumento.
- 6) Que se han practicado las adecuaciones que las partes puedan haber requerido.
- 7) Que ha sido firmado por quienes han intervenido y por el oficial público.
- 8) Que ha sido resguardado en sus elementos matrices (expediente, protocolos, tomos u otros procedimientos).

Esta descripción pormenorizada da cuenta de que la falta de firma (salvo el caso excepcional de acto fraudulento, que supone la connivencia de todos quienes hayan intervenido y del propio agente) descarta totalmente la hipótesis de ausencia del sujeto cuya firma no consta, ya que si el omitido no ha intervenido en el acto el agente ha debido abstenerse de desarrollar las fases apuntadas. La estructura del acto público impide que alguien esté ausente; es más, si se produjera la ausencia de algún interviniente y el agente iniciara el acto, estaría incurriendo en el vicio de falsedad ideológica,<sup>8</sup> ya que debe narrar todos los hechos, comenzando por la comparecencia, que exige la presencia de todos quienes intervienen. En otras palabras, la ausencia de un interviniente impide el comienzo del acto.

Si alguno de los intervinientes se retira durante la realización del acto, el agente debe proceder a interrumpir dicha realización y labrar un acta en la que narre el retiro y la suspensión del acto.

La invalidez afecta no sólo a las partes (seguridad estática), sino a terceros (seguridad dinámica). El tema de la validez o invalidez de los actos no sólo genera consecuencias de extrema importancia para las partes, sino también para los terceros interesados. Una de estas consecuencias –particularmente relevante para el tema en examen– es la situación de los subadquirentes.

Existen casos en los cuales la detección del vicio de falta de firma es muy difícil debido al trazo (cuyas particularidades no permiten muchas veces saber con precisión si es una firma o dos) y ello genera una falsa apariencia de legalidad formal que permite negocios posteriores (muchas veces numerosos).

8. Este aspecto es específicamente señalado por ZINNY, Mario A., "Escritura a la que falta una firma", en AA. VV., *Anales de la Academia Nacional del Notariado*, Buenos Aires, Academia Nacional del Notariado, 200, pp. 27-42.

*La oportunidad de una reforma legislativa debe ser aprovechada por el legislador para mejorar la legislación existente*

La protección de la validez de los actos jurídicos, además de constituir un principio básico del ordenamiento (principio de conservación de los actos jurídicos<sup>9</sup>), constituye una garantía entre las muchas que un Estado de derecho debe proporcionar a los ciudadanos. Está vinculada, también, con los principios constitucionales de libertad para contratar (arts. 10 y 11, Constitución Nacional) y, dentro de la acepción amplia del derecho de propiedad (art. 17, Constitución Nacional), para ejercer el comercio (art. 14, Constitución Nacional), con el libre desarrollo de la autonomía de la voluntad y con el principio de circulación de los bienes y derechos (arts. 7 y 10, Constitución Nacional). De allí que el impacto positivo o negativo de la regulación jurídica de validez e invalidez de los actos supere con holgura el interés individual y la conservación de los actos deba propiciarse en todas sus expresiones.

El Código Civil actual (art. 988) brinda una solución que puede ser optimizada pero que el Proyecto, en lugar de mejorar, agrava. La literalidad del artículo 988 permite inferir las siguientes consecuencias:

- 1) La nulidad total sólo se produce en el caso en el que el instrumento contenga un acto que haya generado obligaciones simplemente mancomunadas o solidarias. El fundamento técnico es razonable, ya que esta clase de obligaciones no permite aplicar el efecto de las nulidades parciales porque la inseparabilidad de las obligaciones no lo permite.
- 2) Si el acto jurídico contenido en el instrumento generara obligaciones divisibles (el legislador utiliza el vocablo “separables” en el art. 1039, que refiere a la nulidad parcial de los actos), la falta de firma no tendría el efecto de la nulidad total o plena del instrumento. Este aspecto es remarcado por quienes adoptan una posición más flexible: Solari Costa, Zinny, Lamber, Carminio Castagno.
- 3) En este caso, la separabilidad de las relaciones jurídicas permitiría que el instrumento fuera válido respecto de aquellas en las cuales los obligados hayan firmado, tesis a la que adhiero.
- 4) Se admite, entonces, la validez e invalidez parcial del instrumento.

9. LLOVERAS DE RESK, Ma. Emilia en Bueres, Alberto J. (dir.) y Highton de Nolasco, Elena I. (coord.), *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Buenos Aires, Hammurabi, t. 2C, p. 245.

- 5) La hipótesis del caso que hemos descrito evidencia que ha existido un acto jurídico (criterio de realidad), que se han desplegado algunas secuencias de su instrumentación y que el error o vicio debe focalizarse en la falta de firma, que no implica falta de presencia, ni de actuación, ni de consentimiento. Si se admiten soluciones al estilo de “nada ha ocurrido, nada se habrá hecho”, se genera una negación respecto de la existencia de conductas humanas y una injusta solución del caso.
- 6) La naturaleza del acto instrumentado también incide respecto de los efectos secundarios del instrumento no firmado, ya que los defectos instrumentales varían según sea el tipo de solemnidad *ad solemnitatem* o *ad probationem*.
- 7) La posición jurídica del sujeto cuya firma falta. La mención que el legislador hace de los obligados por el acto o negocio jurídico permite sostener que, si un interviniente no es técnicamente parte del acto negocial (caso de un testigo de conocimiento, un perito, un síndico), ya que su intervención ha conestado por otras razones, en estos casos tampoco cabría sostener la nulidad total del instrumento sino parcial respecto del ausente.

Otro factor relevante para integrar una solución justa es el caso en el que, a pesar de la falta de firma de instrumento, las obligaciones que genera el acto jurídico queden íntegramente cumplidas al celebrarlo. A modo de ejemplo, un contrato de mutuo en el cual el deudor hubiera firmado luego de recibir el dinero pero el acreedor se hubiera olvidado de firmar y no lo hubiera controlado el oficial público. En este caso, al haberse cumplido una de las obligaciones del contrato, sancionar con nulidad plena el instrumento implica una injusticia flagrante, ya que el perjudicado fue quien cumplió totalmente, mientras que quien recibió el dinero jamás podría argumentar, como lo plantea Marcadé, que él no hubiera firmado sin la concurrencia de la otra firma.

La diversidad de opiniones doctrinarias sobre el régimen de las nulidades, especialmente respecto de las nulidades instrumentales, agrava el panorama e impide en muchas situaciones aplicar el criterio flexibilizador de las nulidades parciales.

Los debates sobre los principios rectores en materia de ineficacia de los actos jurídicos también contribuyen a dificultar la previsibilidad de la solución aplicable al caso en examen.

Desde la perspectiva de la situación de los terceros interesados y, especialmente, la posición de los subadquirentes, la gran diversidad de criterios sobre cada una de las características que componen la estructura del régimen actual de las nulidades contribuye a postular la necesidad de contar con un criterio amplio y flexible. La teoría de las nulidades está destinada a proteger a los ciudadanos y a la sociedad y, por ello, no debe convertirse –por rigidez de sus preceptos– en una causal de inseguridad y falta de estabilidad de las relaciones jurídicas.

Una situación muy frecuente en materia doctrinaria es la afirmación abstracta y genérica acerca de la validez o invalidez, prescindiendo de la convergencia de factores del caso concreto, que varían la hipótesis. En nuestro caso, es casi generalizada la opinión respecto de la nulidad del instrumento con falta de firma.<sup>10</sup> Como luego veremos, las postulaciones abstractas ceden ante la singularidad del caso –y es lógico que así sea–.<sup>11</sup>

Respecto de la calificación absoluta o relativa, pueden perfectamente sostenerse ambos criterios de modo simultáneo. Puede afirmarse que las pautas de validez de los actos públicos que comprenden la creación de instrumentos públicos están en el campo del interés general, por tratarse nada menos que de los criterios aplicables a actos públicos.<sup>12</sup> Por otro lado, también es perfectamente lógico sostener que los actos públicos negociales, regidos por el Código Civil, se refieren a actos en los cuales intervienen los particulares y las pautas respecto de su validez han sido implementadas para la protección de los ciudadanos, para ampararlos en el desarrollo de ciertos actos considerados trascendentes por el legislador.

A este panorama puede sumársele otro aspecto que lo torna aún más complejo si combinamos el tema de la nulidad con el de la inoponibilidad. Para mayor claridad expositiva, imaginemos el caso de un acto compuesto, integrado por varios negocios independientes y con un gran número de intervinientes. Asumamos que las firmas, por las características de su trazo, ofrecen la apariencia de estar completas, debido a la complejidad de las rúbricas. En síntesis, sólo una investigación de extraordinaria profundidad –reconociendo además que no siempre puede ser precisa por la ausencia de cuerpos de escritura con los cuales hacer comparaciones– podría detectar la ausencia de una firma. En tal situación aparece un fenómeno jurídico con apariencia paradójal: el acto en sí mismo adolece de un vicio instrumental. La apariencia es tan convincente que no

10. ORELLE, José M. R., [comentario al art. 988], Belluscio, Augusto C. (dir.) y Zannoni, Eduardo A. (coord.), ob. cit. (cfr. nota 2), t. 4, p. 522. Allí, cito las opiniones de Piñón, Salvat, López Olaciregui, Spota, Arauz Castex, Llambías, Borda y Boffi Boggero.

11. Ver nota extendida en p. 60.

12. ARAUZ CASTEX, Manuel, *Derecho civil. Parte general*, Buenos Aires, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1974, t. II, p. 463. También: Buteler Cáceres, Cifuentes, Lloveras de Resk y López Olaciregui, citados por LLOVERAS DE RESK, Ma. Emilia en Bueres, Alberto J. (dir.) y Highton de Nolasco, Elena I. (coord.), ob. cit. (cfr. nota 9), t. 2C, p. 333.

permite descubrir el vicio, salvo que se realice una investigación extraordinaria (ajena a cualquier diligencia exigible) que permita descubrirlo. En estos casos se produce una situación jurídica en la cual la apariencia respecto del tercero interesado (por ejemplo, un subadquirente) tiene prevalencia sobre la realidad. La apariencia con rasgos invencibles (respecto de la normal diligencia) lo inviste al subadquirente como pleno titular (art. 1051, C. Civ.). Esto lleva a la paradoja de que el acto en sí mismo sea nulo. No obstante, la posición jurídica del subadquirente es la de titular pleno. Coexisten conceptualmente la invalidez de la adquisición del enajenante y la plenitud de la adquisición del subadquirente. Esta situación constituye una prueba adicional de la relatividad de los conceptos jurídicos abstractos frente a la *realidad* de los casos concretos.

### *El Proyecto*

El inciso b) del artículo 290 establece que son requisitos de validez del instrumento público “las firmas del oficial público, de las partes y, en su caso, de los representantes” y que “si alguno de ellos no firma por sí mismo o a ruego, el instrumento carece de validez para todos”. El texto sorprende por su rigidez, ya que excede ampliamente el criterio –también rígido– del actual Código Civil, que restringe la invalidez a la firma de las partes y sólo para el caso de obligaciones simplemente mancomunadas o solidarias.

A partir del estudio realizado en los párrafos precedentes, pueden sintetizarse los siguientes fundamentos para propiciar una norma más flexible:

- 1) La falta de firma en los instrumentos públicos presenta una estructura compleja de causas, factores relevantes y una proyección sobre la seguridad individual (seguridad estática) y la seguridad de tráfico (seguridad dinámica) que exige una solución flexible, que permita integrar esta cuestión con la incidencia de los intereses implicados.
- 2) La cantidad de estos casos en la experiencia cotidiana demuestra que no es un caso de extrema negligencia, sino la consecuencia de un hecho irrefutable: la existencia del error como elemento innegable de la vida en convivencia, que se extiende a toda clase de actos y a todos los ciudadanos, cualquiera sea su posición jurídica.

- 3) Es necesario separar el acto (como exteriorización física de la voluntad de los sujetos negociales) del instrumento (como resultado de la acción de fijar, redactar y obtener una sede material de lo narrado). Asimismo, la omisión de firma tiene diferente trascendencia según la naturaleza del acto, o sea, la implicancia de las solemnidades *ad probationem* y *ad solemnitatem*.
- 4) La incidencia de este vicio o defecto se observa en todas las clases de instrumentos: judiciales, notariales, administrativos.
- 5) La falta de firma en un instrumento público no sólo es causal de invalidez del acto (para alguna doctrina con carácter de absoluta), sino que se proyecta, alterando la circulación de bienes.
- 6) Según la estructura de los actos públicos, la ausencia de firma es un vicio parcial, ya que el sujeto: a) ha comparecido, b) ha intervenido, c) ha efectuado las declaraciones y operaciones propias del acto, d) ha escuchado la lectura y (por error, confusión, o dolo) no ha firmado. En otras palabras, quedan eliminadas las hipótesis de falta de comparecencia o de ausencia en el acto, porque en tales casos el oficial hubiera debido suspender el acto y consignar tales hechos. Por ello, no puede sostenerse, como parecería suceder en la redacción del artículo 988, que nada ha sucedido, sino que se trata de una omisión parcial dentro de un conjunto de etapas que se han sucedido y han tenido lugar con intervención de todos, incluso de quien no ha firmado y el oficial público.
- 7) El Código Civil, en el artículo 988, aunque consagra la nulidad del instrumento, permite sostener la validez parcial en el caso de actos que generan obligaciones separables e incluso en el caso de sujetos cuya comparecencia es separable de los requisitos de validez de los actos (sujetos ocasionales, tales como directores de sociedades que comparecen al solo efecto de aceptar su nombramiento). Más allá de esta flexibilidad, que no es unánime en la doctrina, la complejidad del caso pone en evidencia la necesidad de una mayor flexibilidad, que debería tenerse en cuenta en la reforma.
- 8) *A contrario sensu*, la reforma establece un texto extremadamente rígido, que consagra la nulidad total del instru-

mento sin siquiera mantener la parcial flexibilidad del Código actual.

Por todo lo expuesto, se sugiere la sanción de un texto que deje librado al arbitrio judicial la incidencia del vicio, según las circunstancias del caso.

#### **Nota extendida**

11. Sobre este tema, es decir, las descripciones dogmáticas y su variabilidad en los casos concretos, ver GORDILLO, Agustín, *Tratado de derecho administrativo*, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2003, t. I. En el punto I-2, el autor señala su resistencia frente al conceptualismo, en tanto en cuanto se pretende que implemente reglas para deducir axiomáticamente consecuencias. Expresa que debe trabajarse analizando los hechos de cada caso, con una orientación axiológica e interpretativa de los grandes principios de derecho. Agrega (I-24) que el derecho es una ciencia de problemas singulares y concretos y que los principios de valoración y de orden que se extraen de la ley son siempre descubiertos y contrastados en una problemática concreta, de modo que es el problema y no el sistema en sentido racional lo que constituye el centro del pensamiento jurídico.

## 6. Libre circulación de los instrumentos públicos en toda la Nación

Carlos M. D'Alessio

### Texto proyectado

**Artículo 293.** Los instrumentos públicos extendidos de acuerdo con lo que establece este Código gozan de entera fe y producen idénticos efectos en todo el territorio de la República, cualquiera sea la jurisdicción donde se hayan otorgado.

### Texto propuesto

**Artículo 293.** *Los instrumentos públicos extendidos de acuerdo con lo que establece este Código gozan de entera fe y producen idénticos efectos en todo el territorio de la República, cualquiera sea la jurisdicción donde se hayan otorgado. Las leyes locales no podrán establecer diferencias de tratamiento fundadas en el domicilio de las partes, en el lugar de cumplimiento de las obligaciones o en el funcionario interviniente.*

### Fundamento de la propuesta

El artículo proyectado, que consagra la denominada autenticidad externa del instrumento público, reproduce el último párrafo del artículo 980 del Código vigente, agregado por la Ley 24.441, pero omite el último párrafo del artículo 997 del mismo Código, que también fue incorporado en esa oportunidad y que constituye un complemento necesario de la norma reproducida.

El instrumento público debe generar sus efectos propios por su mera exhibición. La circunstancia de que emane de un oficial público basta para que goce de una presunción de certeza sin requerir ningún recaudo adicional. Es competencia de las provincias fijar las pautas formales y de seguridad de tales instrumentos. Respecto de las escrituras públicas, los Estados provinciales han delegado esta facultad en los colegios de escribanos de las distintas demarcaciones. Así, la normativa local

regula aspectos tales como los papeles a utilizar, recaudos de seguridad de las mismas escrituras, etc. Sin embargo, estas reglamentaciones no pueden significar un obstáculo para la libre circulación.

En un país federal como el nuestro, contribuye a la unidad nacional que los efectos de los instrumentos otorgados en una provincia se extiendan a todo el territorio nacional en forma similar, sin que sea necesario cumplir ningún otro recaudo más que los que fija el Congreso de la Nación en ejercicio de las facultades que la norma constitucional le atribuye. Esta norma constituye una clara aplicación del principio contenido en el artículo 7 de la Constitución Nacional. Así lo estipula: “Los actos públicos y procedimientos judiciales de una provincia gozan de entera fe en las demás; y el Congreso puede por leyes generales determinar cuál será la forma probatoria de estos actos y procedimientos, y los efectos legales que producirán”. Esta cláusula constitucional, que reconoce su origen en la Constitución de los Estados Unidos de América (art. IV, Sección 1ª) y que fue incluida por Alberdi en el artículo 6 de su *Proyecto de Constitución para la Confederación Argentina*, integra los preceptos que tienden a afianzar la unidad indivisible del territorio de la República, junto con los artículos 9 a 12, que consagran la circulación territorial libre de toda aduana interior y todo derecho que grave el tránsito. Del mismo modo, la *cláusula comercial* contenida en el artículo 75 inciso 13) confiere competencia exclusiva al Congreso de la Nación para reglar el comercio de las provincias entre sí. La doctrina ha considerado que el término *comercio* es comprensivo de todo desplazamiento de bienes, comunicaciones, noticias, etc.<sup>1</sup>

El principio del artículo 7 constituye una norma operativa de la Constitución que les sustrae a las provincias toda competencia para regular la cuestión. El Congreso ha ejercido la facultad constitucional de determinar la forma probatoria que garantice la circulación (originariamente, a través de la Ley 44, complementada luego por la Ley 5133; ambas normas fueron reemplazadas por el Decreto-ley 14.983/57, ratificado por la Ley 14.467, hoy vigente). Esta norma regula el procedimiento de legalización de los instrumentos, cumplido el cual los efectos de un instrumento público deben extenderse a todo el territorio nacional con la misma amplitud que en la demarca-

1. GELLI, Ma. Angélica, *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada*, Buenos Aires, La Ley, 2003, 2ª ed., p. 567.

ción en que fue otorgado. La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha aplicado este principio en numerosas oportunidades.<sup>2</sup> Es muy ilustrativo lo que el Tribunal ha dicho en uno de esos pronunciamientos:

... el precepto no se refiere sólo a las formas intrínsecas de los actos sino que el respeto debido a estas prescripciones de la ley y de la Constitución exige que se les dé también los mismos efectos que hubieren de producir en la provincia de donde emanen, toda vez que el territorio de la República debe considerarse sujeto a una soberanía única.<sup>3</sup>

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha establecido que toda norma provincial que cercene de algún modo los efectos de los actos otorgados en otras demarcaciones evidencia una clara extralimitación del ejercicio del poder de policía local al ingresar en el ámbito reservado al Estado Nacional.

El párrafo suprimido del artículo 997 del Código les prohíbe expresamente a las provincias establecer discriminaciones de carácter tributario o administrativo que limiten de algún modo la libre circulación de los documentos que han sido otorgados en un territorio para producir efectos en otro. Puede entenderse, en consecuencia, que la modificación introducida sería intrascendente, dado que la clara redacción del artículo 293 proyectado les prohíbe a las provincias dictar normas que discriminen por cualquier medio a documentos que fuesen otorgados fuera de ellas. Sin embargo, consideramos que es conveniente mantener el texto vigente porque clarifica una situación que ha sido motivo de controversias, puesto que los Estados provinciales han violado –en algunos casos– el principio de libre circulación al establecer, por ejemplo, un tratamiento tributario más gravoso cuando el acto que debe surtir efectos en su territorio fuera otorgado fuera del mismo. Esto implica el establecimiento de una verdadera aduana interior, expresamente prohibida por el artículo 126 de la Constitución Nacional.

Por otra parte, este tipo de discriminaciones atenta contra la libre concurrencia y el derecho de los usuarios y consumidores a una transparente relación de consumo y a la libre elección del profesional en igualdad de condiciones, consagrada por los artículos 16, 42 y 43 de la Constitución Nacional –derecho que el Proyecto se propone resguardar, tal como surge de los fun-

2. Fallos 136: 359, 174: 105, 183: 765, 186: 97, 191: 260, 194: 144, 195: 144, 199: 637 y 273: 50.

3. CSJN, 19/12/1986, "Molina, Isaac c/ Pcia. de Bs. As.", *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, t. 1987-A, p. 612. En igual sentido: "Pinto c/ Pcia. de Bs. As.", 6/12/1988, *La Ley On Line*, AR/JUR/2487/1988; y "Abud y ots. c/ Pcia. de Bs.As.", 1/10/1991, *La Ley On Line*, AR/JUR/2653/1991.

damentos agregados por los autores del Anteproyecto-. Cualquier diferencia de tratamiento tributario implicaría una forma de distorsión de los mercados, expresamente vedada por el artículo 42 de la Carta Magna.

## 7. Impresión digital en los instrumentos privados

Carlos M. D'Alessio

### Texto proyectado

**Artículo 313. Firma en los instrumentos privados.** Si alguno de los firmantes de un instrumento privado no sabe o no puede firmar, puede dejarse constancia de la impresión digital o mediante la presencia de dos testigos que deben suscribir también el documento.

### Texto propuesto

**Artículo 313.** *En los casos previstos en forma expresa por la legislación especial, si alguno de los otorgantes de un instrumento privado no sabe o no puede firmar, podrá dejarse constancia de la impresión digital estampada en presencia de dos testigos que deben suscribir el documento.*

### Fundamento de la propuesta

En el Código Civil vigente, la firma es requisito esencial de los instrumentos privados (art. 1012). Quienes deban otorgar un acto jurídico que requiriera forma escrita y se encuentren imposibilitados de firmar deberán recurrir al instrumento público en el cual se prevé la firma a ruego por un tercero (art. 1001). La impresión digital no pudo ser prevista en la actual legislación ya que la aparición de este medio de identificación ocurrió mucho después de su sanción. Con posterioridad, algunas normas locales le han impuesto al funcionario público la obligación de agregarle a la firma a ruego –prevista en la ley de fondo– la impresión digital del otorgante. Este recaudo asegura, de algún modo, que el otorgante se encontraba presente en el momento en que se otorgó el documento.

En el actual Código Civil se asegura que quien está imposibilitado de firmar haya expresado su voluntad en presencia del oficial público, a quien le compete controlar su grado de comprensión del acto, y que su voluntad haya sido manifestada con discernimiento, intención y libertad; es decir, que el consenti-

miento no se encuentre viciado. La jurisprudencia consideró, en forma unánime, que la impresión digital no permite reemplazar la firma, requisito indispensable del instrumento privado.<sup>1</sup> Con posterioridad, se sancionó la Ley de Contrato de Trabajo, que en su artículo 59 admitió que en algunos actos se reemplazara la firma del trabajador por su impresión digital, pero la misma norma condiciona los efectos del acto otorgado de ese modo a los demás elementos de prueba. Es decir, en modo alguno asimila este requisito a la firma.

El Proyecto mantiene la firma como requisito esencial de los instrumentos privados, ya que es lo que los distingue del resto de los instrumentos particulares (art. 287). A su vez, dispone que la firma sea la prueba de la autoría de la declaración de voluntad expresada en el texto en la que se estampa (art. 288). Por otra parte, el mismo Proyecto, en el artículo 314, limita los efectos del documento otorgado mediante impresión digital, considerándolo un mero principio de prueba por escrito y permitiendo impugnar su contenido. Entendemos, por lo tanto, que el texto del artículo 313 proyectado provoca confusión porque permite interpretar que la impresión digital y la firma son sucedáneas. Esta posibilidad entraña un serio peligro.

Debe tenerse en cuenta que tanto en la ley vigente como en la proyectada el principio en materia de forma es el de la libertad. Es decir, en la medida en que la ley no requiera el cumplimiento de determinadas solemnidades, lo que hace en un escasísimo número de actos, las partes pueden expresar su voluntad por el medio que deseen. En ese campo de libertad de formas, el instrumento privado es el medio por excelencia. Por eso, la ley quiere que quienes suscriban el instrumento en forma privada estampen su firma, elemento que precisamente es expresión de la decisión voluntaria del otorgante. La firma exterioriza lo querido o consentido y lo transforma en jurídico exigible. La firma es el sello de conformidad más auténtico e irremplazable.<sup>2</sup>

Además, es necesario distinguir la situación de quien, sabiendo leer, se encuentra imposibilitado de firmar, en cuyo caso el reemplazo de la firma por la impresión digital merecería menos observaciones, dado que quien la colocó tuvo posibilidad de conocer el texto respecto del cual prestó conformidad, y la de quien no firma por ser analfabeto. Respecto de este último, debe tenerse en cuenta que firmar no implica sólo ejecutar el

1. SC Buenos Aires, 19/10/1993, *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, t. 1994-D, p. 477; CNCom, Sala A, 9/3/1979, *La Ley On Line AR/JUR/5078/1979*; CNCiv, Sala C, 3/6/1980, *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, t. 1981-D, p. 594; CNCiv, Sala B, del 15/11/1982, *La Ley On Line AR/JUR/572/1982*.

2. ZANNONI, Eduardo A., "La impresión digital y sus efectos frente a los documentos privados así signados", en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, t. 114, p. 400.

hecho material de estampar un determinado signo al pie de un documento, sino, fundamentalmente, prestar conformidad con su contenido que quien lo otorga ha podido conocer.<sup>3</sup> Cómo se va a permitir a alguien otorgar un documento mediante el mero acto físico de estampar su impresión digital si no ha tenido posibilidad de leer el documento. Distinta es la situación en el instrumento público, en el que es obligación del oficial público leer y explicar al otorgante el contenido del acto.

No cabe duda de que la impresión digital permite determinar con absoluta precisión que fue estampada por una persona determinada, pero lo que no prueba es el acto voluntario del otorgamiento, ya que debe tenerse en cuenta que la impresión puede ser tomada contra la voluntad de la persona, encontrándose ésta inconsciente o, aun, fallecida. Por lo tanto, debe ser considerada como un elemento que acredita la identidad del sujeto, no su voluntad, con lo cual no satisface una de las funciones de la firma en los instrumentos privados.<sup>4</sup>

No parece que la presencia de dos testigos que firmen el documento sea suficiente resguardo para los derechos de quien se encuentra imposibilitado de firmar. Por otra parte, la redacción del artículo proyectado es confusa al respecto, ya que une la posibilidad de dejar constancia de la impresión digital y la de la presencia de dos testigos con la conjunción disyuntiva *o*, con lo que pareciera que los requisitos son alternativos. *Si lo que se quiere decir es que la impresión digital debe ser estampada en presencia de dos testigos, habrá que cambiar la redacción según lo propuesto más arriba.*

En definitiva, es nuestra opinión que el artículo proyectado crea una categoría híbrida de documentos, ya que la aparente equivalencia entre firma ológrafa e impresión digital que pareciera resultar del artículo 313 queda descartada por el artículo 314. Por la aplicación de esta norma, si el documento para cuyo otorgamiento se hubiera recurrido a la impresión digital fuera un contrato formal, podrá recurrirse para su prueba a cualquier otro medio (art. 1020 del Proyecto).

Por lo tanto, el artículo debería suprimirse o bien, como proponemos, limitarse a los supuestos previstos en leyes especiales, las que, según la naturaleza del acto de que se trate, habrán de regular los efectos específicos del documento.

3. *Ibidem.*

4. RIVERA, Julio C., *Instituciones de derecho civil*, Buenos Aires, LexisNexis, 2007, 4ª ed., t. II, p. 709.

## 8. Requisitos para el otorgamiento del asentimiento conyugal

Jaime Giralt Font

### Texto proyectado

**Artículo 457. Requisitos del asentimiento.** En todos los casos en que se requiere el asentimiento del cónyuge para el otorgamiento de un acto jurídico, aquél debe versar sobre el acto en sí y sus elementos constitutivos.

### Texto propuesto

**Artículo 457. Requisitos del asentimiento.** *En todos los casos en los que se requiere el asentimiento del cónyuge para el otorgamiento de un acto jurídico debe individualizarse el bien de que se trate.*

### Fundamento de la propuesta

La expresión “elementos constitutivos” del acto jurídico no resulta apropiada respecto de los requisitos que debería establecer la norma para la manifestación del asentimiento. Una interpretación estricta de esta frase exigiría que en el acto de otorgamiento de la conformidad del cónyuge se incluya el monto de la contratación, el plazo para el pago, los intereses y las demás condiciones trascendentes.

Por supuesto, esto no generará inconvenientes cuando el cónyuge preste su asentimiento en forma coetánea con la celebración del negocio. En cambio, si quien deba conferir su asentimiento necesite formalizarlo previamente o deba conferir un poder para que un tercero lo exprese en su representación, el sistema previsto atentará contra la posibilidad de celebrar el negocio. En efecto, es frecuente que algunas de las condiciones de la operación –en especial el precio y la forma de pago– se convengan en el acto en que el negocio se concreta, ya que son el fruto de una negociación que puede extenderse hasta el momento mismo de la celebración de la operación. Cerrado así el negocio y fijados sus *elementos constitutivos*, será frecuente que

el asentimiento ya otorgado de acuerdo con la norma proyectada haya perdido eficacia, dado que los datos originariamente incluidos no coincidirán con los finalmente acordados. Esto frustrará la celebración del acto jurídico.

No se propone la admisión del asentimiento general anticipado (respecto de todos los bienes que integren el patrimonio conyugal), lo que, si bien luego de la reforma de 1968 al artículo 1277 fue admitido por la doctrina notarial,<sup>1</sup> no fue aceptado por numerosos autores y por la jurisprudencia.<sup>2</sup> En cambio, se postula que el asentimiento se refiera a un bien determinado, lo que es aceptado en forma unánime por la doctrina y la jurisprudencia. Como es obvio, nada obstará que en el caso particular en que el otorgante del asentimiento quiera limitarlo, lo haga fijando taxativamente las condiciones a las que deberá sujetarse el acto. Se entiende que es inconveniente que se establezca esta restricción en forma imperativa.

El texto del artículo 375 del Proyecto ratifica la modificación sugerida, que expresa:

Poder conferido en términos generales y facultades expresas. Las facultades contenidas en el poder son de interpretación restrictiva. El poder conferido en términos generales sólo incluye los actos propios de administración ordinaria y los necesarios para su ejecución. Son necesarias facultades expresas para: [...] b) otorgar el asentimiento conyugal si el acto lo requiere, caso en el que deben identificarse los bienes a que se refiere.

Esta disposición limita los requisitos a cumplir para conferir un poder que tenga por objeto expresar el asentimiento a la naturaleza del acto para el que es otorgado y a la individualización del bien. Lo expuesto demuestra la contradicción existente entre ambas normas, resultando jurídicamente más apropiada la última transcripta, porque nada obsta que quien deba asentir lo haga estableciendo el cumplimiento de determinadas condiciones si las circunstancias así se lo aconsejan. Lo que no corresponde es que tal actitud sea impuesta legalmente.

Debe considerarse que, por otra parte, se crearía una situación de difícil solución cuando quien confiera el poder para asentir lo haga en los términos del citado artículo 375, refiriéndose sólo al acto para el cual documenta su decisión, omitiendo referirse a los elementos constitutivos. Así, podría interpretarse que el poder, correctamente conferido en los términos

1. SPOTA, Alberto G., *Sobre las reformas al Código Civil*, Buenos Aires, Depalma, 1969, p. 48; MAZZINGHI, Jorge A., *Derecho de familia*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1972, §273, p. 350. CNCiv., Sala A, 6/6/1979, "Peisajovich, Mario L. c/ Riva de P. Haydée R.", en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Capital Federal, n° 767, p. 1916. CNCiv., Sala A, 26/9/1995, "De Nicola, Francisco c/ Del Valle, Jaime", en *Revista Notarial*, La Plata, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, n° 925, p. 866.

2. BELLUSCIO, Augusto C. (dir.) y ZANNONI, Eduardo A. (coord.), *Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado*, t. 6, p. 177; BOSSERT, Gustavo A. y FASSI, Santiago C., *Sociedad conyugal*, t. II, p. 56, §17, 1978. Cám. 1ª de Apel. Mar del Plata, Sala 2ª, 5/10/1971, "Pennisi, Antonio y otros c/ Maffei, Orlando y otra", en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Capital Federal, n° 721, p. 183. CNCiv., Sala A, 19/4/1974, "Polesel de Tolaba, Irene c/ Videla, Humberto C. y otros", en *El Derecho*, Buenos Aires, UCA, t. 55, p. 337.

del Proyecto, no sería suficiente para cumplir su objeto sobre la base de lo dispuesto en el artículo 457 por no incluir el criticado requisito.

En síntesis, es necesario el asentimiento especial que ver-se sobre el acto en sí, pero no la especificidad de todos sus elementos.

## 9. Mandato entre cónyuges

Jaime Giralt Font

### Texto proyectado

**Artículo 459. Mandato entre cónyuges.** Uno de los cónyuges puede dar poder al otro para representarlo en el ejercicio de las facultades que el régimen matrimonial le atribuye, pero no para darse a sí mismo el asentimiento en los casos en que se aplica el artículo 456. La facultad de revocar el poder no puede ser objeto de limitaciones.

Excepto convención en contrario, el apoderado no está obligado a rendir cuentas de los frutos y rentas percibidos.

### Texto propuesto

**Artículo 459. Mandato entre cónyuges.** *Uno de los cónyuges puede dar poder al otro para representarlo en el ejercicio de las facultades que el régimen matrimonial le atribuye. Para darse a sí mismo el asentimiento en los casos en que se aplica el artículo 456 se requiere poder especial que individualice el bien. La facultad de revocar el poder no puede ser objeto de limitaciones.*

*Excepto convención en contrario, el apoderado no está obligado a rendir cuentas de los frutos y rentas percibidos.*

### Fundamento de la propuesta

El artículo 456 proyectado no admite que un cónyuge confiera poder al otro con el objeto de que manifieste el asentimiento requerido para disponer “de los derechos sobre la vivienda familiar, ni de los muebles indispensables de ésta, ni transportarlos fuera de ella”.

Esta limitación enerva la autonomía de la voluntad y desconoce que habitualmente el cónyuge puede ser la persona que genere mayor confianza en una persona para celebrar un acto que atañe a la vivienda familiar.<sup>1</sup> Es por eso que debería permitirse que sea el propio miembro de la sociedad conyugal quien decida a quién facultar para prestar el asentimiento. Con la finalidad de no admitir una total renuncia a la facultad de contralor que la exigencia de asentimiento conyugal supone, se

1. CAPARELLI, Julio C., “Protección de la vivienda matrimonial en el Proyecto del Código Civil y Comercial de la Nación”, en *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, Buenos Aires, La Ley, nº 10, noviembre 2012, p. 27.

propone que el poder que se confiera al esposo se refiera a un bien determinado.

Resulta una contradicción que un cónyuge pueda conferirle al otro un poder para disponer de todos sus propios bienes sin limitación alguna, lo que implica confiarle su patrimonio, pero no para prestar su asentimiento para disponer de los bienes referidos en el artículo 456.<sup>2</sup>

2. Cfr. MEDINA, Graciela, "El régimen patrimonial del matrimonio en la reforma al Código Civil y Comercial", en *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, Buenos Aires, La Ley, n° 10, noviembre 2012, p. 3.

## 10. Protección de la vivienda en la unión convivencial

Antonio A. Iapalucci

### Texto proyectado

**Artículo 522. Protección de la vivienda familiar.** Si la unión convivencial ha sido inscrita, ninguno de los convivientes puede, sin el asentimiento del otro, disponer de los derechos sobre la vivienda familiar, ni de los muebles indispensables de ésta, ni transportarlos fuera de la vivienda. El juez puede autorizar la disposición del bien si es prescindible y el interés familiar no resulta comprometido.

Si no media esa autorización, el que no ha dado su asentimiento puede demandar la nulidad del acto dentro del plazo de caducidad de seis meses de haberlo conocido, y siempre que continuase la convivencia.

La vivienda familiar no puede ser ejecutada por deudas contraídas después de la inscripción de la unión convivencial, excepto que hayan sido contraídas por ambos convivientes o por uno de ellos con el asentimiento del otro.

### Texto propuesto

**Artículo 522. Protección de la vivienda familiar.** Si la unión convivencial ha sido inscrita, ninguno de los convivientes puede, sin el asentimiento del otro, disponer de los derechos sobre la vivienda familiar, ni de los muebles indispensables de ésta, ni transportarlos fuera de la vivienda. El juez puede autorizar la disposición del bien si es prescindible y el interés familiar no resulta comprometido.

Si no media esa autorización, el acto será inoponible para el que no hubiera dado su asentimiento, siempre que continuase la convivencia.

La vivienda familiar no puede ser ejecutada por deudas contraídas después de la inscripción, excepto que hayan sido contraídas por ambos convivientes o por uno de ellos con el asentimiento del otro. A los efectos de la aplicación del presente y para su oponibilidad frente a terceros, será necesaria la inscripción del destino de vivienda familiar en el registro de la propiedad correspondiente al inmueble de que se trate.

### Fundamento de la propuesta

Más allá de la problemática del registro en el que se inscribirán las uniones convivenciales y los conflictos que suscita la inexistencia de un centro de anotaciones a nivel nacional, es indispensable para la oponibilidad requerida de la protección legal que la inscripción-destino de la vivienda familiar en los supuestos de uniones convivenciales se efectúe en el registro de la propiedad de la demarcación donde se encuentra el inmueble, es decir, en el sector destinado a las inscripciones vinculadas con éste. Ello permitirá que el acceso a la información sea rápido y cumplirá los mismos efectos que la actual anotación de la afectación a bien de familia.

Asimismo, y dado que el acto de disposición de dicho inmueble requiere del asentimiento del otro conviviente, el que puede ser suplido por la autorización judicial, coincidiendo con la jurisprudencia mayoritaria en materia de asentimiento conyugal, la ineficacia resultante de la falta de autorización será la inoponibilidad al conviviente que no asintiera y no la nulidad que generaría consecuencias gravosas para los terceros.

La solución que se propone se compadece con la propia previsión del Proyecto. El artículo 526 establece, para el caso de finalizada la convivencia, que a petición de parte interesada el juez puede establecer: una renta compensatoria por el uso del inmueble a favor del conviviente a quien no se atribuye la vivienda; que el inmueble no sea enajenado durante el plazo previsto sin el acuerdo expreso de ambos; que el inmueble en condominio de los convivientes no sea partido ni liquidado, agregando *que la decisión produce efectos frente a terceros a partir de su inscripción registral*.

Si el destino de vivienda familiar resulta publicitado en el registro de la propiedad, se habrá cumplido el objetivo de la oponibilidad frente a terceros interesados de buena fe. En caso de cesación de la convivencia, deberá también inscribirse la decisión judicial que así lo determina.

## 11. Obligaciones contraídas en moneda extranjera

Eleonora R. Casabé

### Texto proyectado

**Artículo 765.** La obligación es de dar dinero si el deudor debe cierta cantidad de moneda, determinada o determinable, al momento de constitución de la obligación. Si por el acto por el que se ha constituido la obligación se estipuló dar moneda que no sea de curso legal en la República, la obligación debe considerarse como de dar cantidades de cosas y el deudor podrá liberarse dando el equivalente en moneda de curso legal.

**Artículo 766.** El deudor debe entregar la cantidad correspondiente de la especie designada.

### Texto propuesto

**Artículo 765.** *La obligación es de dar dinero si el deudor debe cierta cantidad de moneda, determinada o determinable, al momento de la constitución de la obligación. Si por el acto por el que se ha constituido la obligación se estipuló dar moneda que no sea de curso legal en la República, la obligación debe considerarse como de dar sumas de dinero.*

**Artículo 766.** *El deudor debe entregar la cantidad correspondiente de la especie designada.*

### Fundamentación de la propuesta

La redacción de los artículos ha sufrido modificaciones incorporadas al Anteproyecto originario por el Poder Ejecutivo Nacional, que afectan sensiblemente la coherencia de la redacción elaborada por los autores de la reforma.

La problemática de la contratación en moneda extranjera ha sufrido diversas interpretaciones a lo largo de los años, incluso hasta la sanción de la Ley de Convertibilidad y las modificaciones introducidas por ésta al Código Civil en los artículos 617, 619 y 623.

La redacción original del Código Civil en sus artículos 617 y 619 generó en la mayoría de la doctrina la convicción de que al ser considerada la moneda extranjera como *cosa*, su tratamiento debía ser diferente al régimen del dinero.

Con la valiosa distinción que realizara Arthur Nussbaum entre *deudas pecuniarias* y *deudas monetarias*, la jurisprudencia comienza a admitir la voluntad de las partes cuando consideran como *esencial* la entrega de la moneda pactada. En marzo de 1984, la Sala F de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal, en autos “Sciumbre, Pedro A. c/ Dibar, Carlos M. s/ resolución de contrato”, admitió que el vendedor incumplidor de un boleto de compraventa debía, por la resolución del contrato aceptada en sede judicial, reintegrar en dólares la cantidad recibida en esa moneda. El 25 de septiembre de 1985, la Sala G de la misma Cámara, en autos “Oks Silberman, Berta c/ Achaval y Cía. SA y otro”<sup>1</sup>, resolvió, en igual sentido, la frustración de la compra de un departamento condenando a la firma que había recibido la reserva en dólares a restituir los mismos al oferente. Sin embargo, seguramente la resolución del 26 de noviembre de 1985 dictada por la Sala C en autos “Vignola, Nidia A. c/ Colombo Marchi, José”<sup>2</sup> es la que marcara el camino hacia una correcta interpretación. En una operación de compraventa cuyo precio fuera pactado en dólares, se condena al comprador a abonar el saldo de precio en la moneda pactada. Argumenta el doctor Durañona y Vedia, con adhesión de los doctores Cifuentes y Alterini:

En el caso de autos no hay duda que la gran diferencia entre el cambio oficial y el de otras plazas confirma que respondió a un libre acuerdo entre las partes la estipulación expresa de que debe pagarse inexorablemente en dólares. En esa estipulación, que *es ley para las partes* según principio de la autonomía de la voluntad (art. 1197, Cód. Civ.), no puede verse ninguna lesión a principios de orden público. Puede el Estado regular el cambio de moneda en ejercicio de su soberanía, pero sin lesionar la garantía constitucional de la propiedad (art. 17, Carta Fundamental). Si bien están restringidas las operaciones de cambio en el mercado financiero, las monedas extranjeras no son cosas fuera del comercio y los particulares pueden hacer con ellas sus negocios y contratos dándoles el valor real que a sus intereses convenga.

1. *El Derecho*, Buenos Aires, UCA, t. 117, p. 483.

2. *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, t. 1986-B, p. 301.

Citamos estos antecedentes para remarcar que el sustento ideológico de todos ellos se basó en la convicción de que, aun cuando el Código incluía a las obligaciones de dar moneda extranjera como de dar cantidades de cosas, aquella debe ser considerada como *dinero* y, al decir de Alterini, el dinero siempre es una cosa.

Pactar una obligación en moneda que no sea de curso legal y forzoso no le quita a ésta su carácter dinerario y el deudor sólo se desobliga entregando la moneda convenida. De lo contrario, no sólo se pone en juego el principio de autonomía de la voluntad en la contratación y la supremacía de lo acordado, que es ley para las partes, sino también el respeto al principio de identidad del pago previsto por el artículo 740 del Código Civil. Al respecto, la jurisprudencia ha dicho:

Al cambiarse el objeto en forma total o parcial, se conmueve la identidad. Si se da en pago otra especie o calidad de moneda, hay una modificación del objeto.<sup>3</sup>

La tesis de que la moneda extranjera reviste carácter dinerario fue ampliando su recepción tanto en doctrina como en jurisprudencia y tuvo repercusiones importantes no sólo en el ámbito de los derechos personales, sino también en el marco de los derechos reales y, fundamentalmente, del derecho hipotecario.

Sin embargo, es a partir del dictado de la Ley 23.928, llamada Ley de Convertibilidad, y, fundamentalmente, la modificación introducida a los artículos 617 y 619 que la moneda extranjera adquiere, en forma definitiva y por la letra expresa de la ley, el carácter indiscutiblemente dinerario. Entendemos que esta modificación legal implica la admisión de que toda moneda extranjera, no sólo el dólar estadounidense, tiene curso legal, al considerarse toda obligación contraída en otra moneda como de dar sumas de dinero.

La comisión creada para la elaboración del Proyecto de reforma, actualización y unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación eleva el Anteproyecto, reemplazando los actuales artículos 617 y 619 por los artículos 765 y 766, que establecían lo siguiente:

Artículo 765. La obligación es de dar dinero, si el deudor debe cierta cantidad de moneda, determinada o determinable, al mo-

3. CNCiv.yCom Esp., Sala 1, 22/12/1982, "De Stefano, Miguel A. c/ Elías, Horacio L. M. y otra", *Jurisprudencia Argentina*, 1984, t. 1, p. 534.

mento de la constitución de la obligación. Si por el acto por el que se ha constituido la obligación, se estipuló dar moneda que no sea de curso legal en la República, la obligación debe considerarse como de dar sumas de dinero.

Artículo 766. El deudor debe entregar la cantidad correspondiente de la especie designada.

Como se advierte, el propósito de los autores del Anteproyecto, explicitado asimismo en los fundamentos de su elevación, era mantener el sistema consagrado por la reforma introducida al Código Civil con la Ley de Convertibilidad, no previendo alteraciones sustanciales en su redacción.

La nueva redacción de los artículos trae aparejadas problemáticas interpretativas que pueden generar conflictos e incluso la necesidad de pronunciamientos judiciales, con el consabido desgaste, tiempo y costos para las partes involucradas.

La vuelta a la consideración de la moneda que no sea de curso legal como de *dar cantidades de cosas* implica retornar al régimen originario del Código Civil, pero sin advertirse que esa categoría de obligaciones desaparece del articulado del Proyecto, lo que puede acarrear diferentes posturas en cuanto al régimen aplicable. Pero lo más relevante es la aparente contradicción entre la nueva redacción del artículo 765 y el subsistente artículo 766. El artículo 766 establece que “el deudor debe entregar la cantidad correspondiente de la especie designada”, sin perjuicio de que el nuevo artículo 765 establece que el deudor puede “liberarse dando el equivalente en moneda de curso legal”.

Esta contradicción plantea el interrogante de saber cómo y de qué manera se desobliga el deudor y si, aun en el supuesto de aplicar las soluciones elaboradas por la jurisprudencia con anterioridad a la reforma del Código Civil en el sentido de aceptar la entrega de la cantidad suficiente de moneda de curso legal para adquirir la moneda pactada, subsisten las limitaciones para el libre acceso a ésta que fueran impuestas a partir del año 2012 y que, con algún grado de flexibilidad reciente, implican restricciones severas a su libre adquisición.

También se plantea el interrogante de saber si las partes pueden dejar de lado lo dispuesto por el artículo 765 y establecer, de manera expresa, que el pago debe hacerse en determinada moneda, lo que lo hace legalmente exigible.

Este régimen, así expresado, ¿reviste el carácter de orden público o las normas son supletorias y permanece el principio de autonomía de la voluntad?

Consideramos que las modificaciones introducidas por el Poder Ejecutivo no han tenido en cuenta un análisis sistemático de la totalidad del Proyecto y, en el caso concreto, no resulta saludable volver a la consideración de la moneda extranjera como cosa, para evitar interpretaciones disímiles o jurisprudencia contradictoria. Deberá tenerse en cuenta especialmente la actual coyuntura económica y las particulares y complejas situaciones que se presentan en la actualidad, motivadas por los altibajos y devaluaciones sufridas por la moneda de curso legal y forzoso, las consecuencias que acarrearía el incumplimiento de las obligaciones asumidas en contratos en curso de ejecución y concertados en moneda extranjera a la luz de las normas vigentes, y el fuerte impacto en la comunidad ante la falta de certeza sobre los alcances de la normativa propuesta.

Recientemente, la jurisprudencia ha tenido ocasión de pronunciarse acerca de la validez de las cláusulas establecidas por las partes en contrataciones en moneda extranjera, teniendo en cuenta la especial circunstancia por la que atraviesa nuestro país y las normas restrictivas de acceso al dólar:

Por su parte, se ha venido resolviendo en criterio compartido por esta Sala, que si las partes al contratar han contemplado el posible acaecimiento de las circunstancias apuntadas y argumentadas, esto es, la imposibilidad para la adquisición de la mentada divisa extranjera y, para ello, en el mutuo que celebraran han previsto otros mecanismos, distintos al estricto pago de dólares estadounidenses, para calcular la paridad de dicha moneda y efectuar el pago debido en pesos, es a ellos a los que debe ceñirse las partes (arg. art. 1197 del Código Civil).<sup>4</sup>

Cuando las partes han previsto y consensuado una alternativa contractual para cancelar la deuda en moneda nacional –en el caso, a la cotización del dólar en el mercado de Nueva York o Montevideo– es absolutamente irrelevante todo lo relacionado a las normas dictadas por la AFIP y BCRA con posterioridad a la celebración del mutuo en relación a la regulación del Mercado Único de Cambios. De tal suerte, son las propias partes quienes acordaron dar una solución equitativa al tema planteado respecto de la imposibilidad de acudir al mercado.<sup>5</sup>

En el caso, es claro que se contrató en dólares, puesto que de la lectura de las cláusulas del contrato de mutuo, las que son ley

4. CNCiv., Sala M, 7/11/2013, “Guarnera, Norma Iris c/ Villalba, Vanesa Elisa s/ ejecución hipotecaria”.

5. Sumario n° 22776 de la base de datos de la Secretaría de Jurisprudencia de la Cámara Civil; tipo de fallo R, Sala G, Expte. N° g084706, 15/5/2013; tribunal de origen 6, “Nicolini, Enrique c/ Livingston, Jorge Alejandro s/ ejecución hipotecaria”.

para las partes (art. 1197, CC), éstas previeron expresamente que el pago del capital dado en préstamo así como los intereses debían cancelarse en dólares estadounidenses y la facultad de la acreedora de optar por distintas alternativas de cambio para el caso de que al momento del pago existieran restricciones a la adquisición de dólares (cláus. 3° y 5°). De lo expuesto se colige que la obligación de dar sumas de dinero fue pactada en moneda extranjera o su equivalente a la cantidad de divisas en la forma convenida.<sup>6</sup>

Sobre esta cuestión, se ha venido resolviendo –en criterio compartido por esta Sala–, que si las partes al contratar han contemplado el posible acaecimiento de las circunstancias apuntadas y argumentadas, esto es, la imposibilidad para la adquisición de la mentada divisa extranjera y, para ello, en el mutuo que celebraran han previsto otros mecanismos, distintos al estricto pago de dólares estadounidenses, para calcular la paridad de dicha moneda y efectuar el pago debido en pesos, es a ellos a los que debe ceñirse las partes (arg. art. 1197 del Código Civil).<sup>7</sup>

Cuanto más claras y coherentes son las normas, más fluido es el tráfico contractual y más certeza adquieren las partes acerca de los efectos y consecuencias que pueden producir los incumplimientos a las obligaciones pactadas.

Creemos que la redacción elevada por los autores del Anteproyecto respetaba la larga y profusa experiencia adquirida por la doctrina y jurisprudencia a lo largo de tantos años y se compadecía armónicamente con la sistematicidad de la modificación en general y con el carácter que las partes atribuyen a la moneda extranjera en sus contrataciones.

Desconocer que el carácter dinerario es esencial para los contratantes es perder de vista la realidad social y económica imperante. *Entendemos que la redacción incluida en el Proyecto producirá, sin duda, una paralización de la contratación con consecuencias económicas imprevisibles.*

6. CNCiv., 3/12/2013, Sala M, "Rutois Gregorio c/ Calzolari Raul Alberto s/ ejecución hipotecaria".

7. Sumario n° 22828 de la base de datos de la Secretaría de Jurisprudencia de la Cámara Civil; CNCiv., Sala E, Expte. n° E621813, 19/6/2013, "Belluccia, Marcelo Abel c/ Michelli de Brizuela".

## 12. Incapacidad genérica para contratar de los cónyuges bajo comunidad de bienes

León Hirsch

### Texto proyectado

**Artículo 1002. Inhabilidades especiales.** No pueden contratar en interés propio: [...] d) los cónyuges, bajo el régimen de comunidad, entre sí.

### Texto propuesto

**Artículo 1002. Inhabilidades especiales.** *No pueden contratar en interés propio: [...] d) los cónyuges entre sí, bajo el régimen de comunidad, en todo contrato que implique una transferencia de bienes que modifiquen o alteren dicho sistema matrimonial.*

### Fundamento de la propuesta

La temática relacionada con la contratación entre cónyuges es realmente compleja. En el derecho comparado, las legislaciones modernas no han sido uniformes en sus criterios con respecto a la libertad de los cónyuges de contratar entre sí. Algunas de ellas prohíben la celebración de todo tipo de contratos; otras autorizan la celebración de determinados contratos y prohíben otros; algunas se inclinan por conferir la plena capacidad de los cónyuges para contratar entre sí; incluso, algunas legislaciones, en forma genérica, no prohíben ni autorizan la celebración de contratos entre esposos. Como podemos observar, el panorama es variado.

Actualmente, la contratación entre cónyuges no se encuentra regulada, es decir, no hay una norma genérica que los permita o prohíba. No obstante, de la lectura de los artículos 1217, 1218, 1219 y concordantes del Código Civil, que establecen el carácter imperativo de nuestro régimen patrimonial del matrimonio, se deriva la prohibición de efectuar convenciones que alteren el mismo. Además, los artículos 1358 y 1807 inciso 1 establecen prohibiciones explícitas para la celebración en-

tre cónyuges de los contratos de compraventa y de donación, respectivamente. La prohibición respecto de la compraventa se extiende, por remisión, a otros supuestos como los contratos de permuta y de cesión de derechos.

Dado que tales restricciones se limitan a algunos contratos en particular, y teniendo en cuenta que en nuestro derecho impera el *principio de libre contratación* (arts. 14, 17 y 19 de la Constitución Nacional, y arts. 53, 1197 y concs. del C. Civ.), los cónyuges pueden celebrar entre sí cualquier otro tipo de contratos: así, son habituales el de mandato, el de locación de obra o de servicios, etc. En ninguno de ellos se plantea la prohibición en cuanto no se afecta el régimen patrimonial del matrimonio.

Establecer una restricción general viola el *principio de libertad* que impone que toda prohibición o restricción legal debe estar debidamente fundada, so pena de incurrir en inconstitucionalidad por irrazonabilidad.

En las primeras épocas del derecho romano, ni el estado de las costumbres ni la organización jurídico-familiar permitieron que se suscitaran cuestiones relativas a la validez de los contratos entre cónyuges. La prohibición de contratación entre cónyuges era algo casi imposible. Normalmente, al celebrarse el matrimonio, este iba acompañado por la *conventio in manu*, según la cual la mujer era sometida al poder del *pater familias*. En este régimen era inconcebible pensar que la mujer, *loco filiae* y sometida al poder absoluto del *pater*, pudiera celebrar contratos de cualquier naturaleza con su marido. La cuestión aparece con el cambio de las costumbres y la consiguiente transformación de la organización jurídica de la familia romana. La independencia personal y jurídica de la mujer, que ya en la época de Gayo había hecho de la *tutela perpetua* una vana formalidad, unida a la paulatina desaparición de la *manus*, hace que la mujer adquiera en el último estadio del derecho una capacidad y autonomía e independencia personal desconocidas hasta entonces.

El antiguo derecho francés o *droit coutumier* tendía a impedir todos los contratos en virtud de los cuales una de las partes pudiera aventajar a la otra, hasta un extremo tal en el que existía una verdadera presunción de fraude o simulación que acompañaba a todos los contratos a título oneroso. Corresponde tener en cuenta que en todo momento estaba presente el criterio de mantener los bienes en las familias; por lo tanto, siempre estaba latente el temor de que ciertos contratos pudieren

servir para hacer pasar los bienes de una familia a otra. Sólo estaban permitidos los contratos a título oneroso necesarios, tales como la partición.

Actualmente, ninguno de estos argumentos puede sostenerse y es por ello que en varias legislaciones del grupo romano-germánico se han eliminado o se han atenuado. En efecto, ya en el derecho español anterior al Apéndice Foral de Aragón, según el antiguo cuerpo de *Fueros y observancias* (observancias 1ª y 58), *De jure dotium* y *Sentencias del T.S.* (5 de mayo de 1892), la mujer casada y el marido tenían libertad para venderse bienes suyos. Actualmente, se mantiene tal criterio, según el artículo 1323 del Código Civil. También, en Suiza (art. 177); Panamá (art. 1167); Francia (a partir de la reforma de 1985); Venezuela, con limitaciones (art. 1481); Ecuador (art. 1782); Bélgica (art. 1595), etc. Sin embargo, varias legislaciones han conservado las prohibiciones, entre las cuales se encuentra la nuestra.

Como las razones que explicaban las prohibiciones en el derecho histórico no pueden sostenerse en la actualidad, deben buscarse otros fundamentos. Así, Gatti<sup>1</sup> enseña que se ha sostenido: a) que es de la esencia del contrato la igualdad de las partes para contratar y para obligarse; y en los convenios entre cónyuges, en muchas ocasiones falta la debida independencia para prestar el consentimiento, que es fundamental para la validez de los contratos (una máxima de Ulpiano señala los riesgos de un engegucimiento conyugal, que no siempre es recíproco: “*ne mutuato amore in vicem spoliarentur*” [leyes 1 y 3, O. 24,1]); b) que la potestad marital y la situación de subordinación de la mujer a su marido determinan especialmente con relación a la mujer, una situación incompatible con la libertad de que deben gozar las partes contratantes; c) que, invocando la teoría de la *unitas carnis*, se ha llegado a negar, especialmente los autores antiguos, la existencia misma del contrato entre cónyuges; d) que introducir cuestiones de orden pecuniario en las relaciones conyugales podría falsear el espíritu del matrimonio y comprometer la unidad del hogar; e) que, finalmente, lo que tales prohibiciones persiguen es evitar modificaciones o alteraciones al régimen patrimonial imperativo, provocando indebidos cambios en la calificación de bienes y su régimen de administración en desmedro de uno de los cónyuges o de otros legitimarios o de terceros acreedores.

1. GATTI, Hugo E., *Contratación entre cónyuges*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, p. 21.

Tales fundamentos han sido objeto de refutación y crítica; incluso, prestigiosos autores, tanto en la doctrina antigua como en la más reciente y con ciertas atenuaciones pero como principio general, admiten la posibilidad de celebrar válidamente contratos entre cónyuges.

El Proyecto de 1998 eliminó toda prohibición para celebrar contratos entre cónyuges. El actual, que en su redacción originaria también siguió tal orientación, fue modificado al considerarse que la eliminación de la prohibición de contratar propicia conductas fraudulentas. No se ve de qué modo puede afectar a los esposos ni a los terceros la celebración de contratos que no implican desplazar la titularidad de bienes del patrimonio de uno de los cónyuges al del otro. ¿Queremos prohibir que entre marido y mujer se puedan otorgar un poder, lo que implicará habitualmente la celebración del contrato de mandato?

No se pueden desconocer las transformaciones sociales y económicas que tuvieron como consecuencia inevitable la consagración del principio de la igualdad jurídica de los cónyuges y facilitaron la contratación entre ellos. De esta manera, le imponen a los juristas el deber de encauzar esa contratación por caminos que permitan mantener incólume la unión del hogar, evitando que se susciten cuestiones que puedan constituir elementos disolventes del grupo familiar.

Es fundamental preguntarse si la prohibición genérica de la contratación entre cónyuges, tal como está planteada en el Proyecto –modificado en la forma aludida–, constituye el medio idóneo y adecuado para evitar estas situaciones. Consideramos que no, pues –coincidiendo con Mazzinghi– “al fraude hay que atacarlo ante situaciones concretas y no prevenirlo en abstracto con prohibiciones genéricas”<sup>2</sup>.

Por otra parte, los derechos de los acreedores están suficientemente amparados por las acciones de simulación y de fraude, las cuales, siendo los contratantes cónyuges, le facilitarán al acreedor perjudicado la acreditación de los extremos que hacen procedente tales acciones.

No obstante, si se admiten como razonables los fundamentos para mantener la prohibición, la misma debe limitarse o reducirse en sus alcances, pues las prohibiciones genéricas y absolutas pueden llegar a provocar interpretaciones que abarquen situaciones que no se compadezcan con el fin buscado por la ley.

2. MAZZINGHI, Jorge A., *Derecho de familia*, Buenos Aires, Ábaco, 1996, t. 2, p.463.

Por lo tanto, se estima que la prohibición debe estar dirigida concretamente a aquellos contratos que apunten a la transferencia de un bien de un cónyuge a otro, que alteren o modifiquen la inmutabilidad del régimen patrimonial adoptado.

## 13. Régimen de donaciones y titulación inmobiliaria

Ángel F. Cerávolo y Francisco Cerávolo

### Texto proyectado

**Artículo 2386. Donaciones inoficiosas.** La donación hecha a un descendiente o al cónyuge cuyo valor excede la suma de la porción disponible más la porción legítima del donatario, aunque haya dispensa de colación o mejora, está sujeta a reducción por el valor del exceso.

### Texto propuesto

**Artículo 2386. Donaciones inoficiosas.** *La donación hecha a un descendiente o al cónyuge cuyo valor excede la suma de la porción disponible más la porción legítima del donatario, aunque haya dispensa de colación o mejora, está sujeta a colación, debiendo compensarse la diferencia en dinero.*

### Texto proyectado

**Artículo 2458. Acción reipersecutoria.** El legitimario puede perseguir contra terceros adquirentes los bienes registrables. El donatario y el subadquirente demandado, en su caso, pueden desinteresarse al legitimario satisfaciendo en dinero el perjuicio a la cuota legítima.

### Texto propuesto

**Artículo 2458. Acción reipersecutoria.** *Mediando donaciones no comprendidas en el artículo 2386, previa excusión de los bienes del donatario, el legitimario puede perseguir contra terceros adquirentes los bienes registrables. El donatario y el subadquirente demandado, en su caso, pueden desinteresarse al legitimario satisfaciendo en dinero el perjuicio a la cuota legítima.*

## Fundamento de la propuesta

### I. *Donaciones a herederos forzosos. Acción reivindicatoria. Inconveniente solución del Proyecto*

Tratado como superación de ardua polémica doctrinal, se introduce en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación aprobado por el Senado una trascendente modificación de la vigente sustantividad jurídica. Su aplicación ocasionará una grave perturbación en la circulación de la riqueza canalizada en los negocios inmobiliarios y, paralelamente, una irrazonable limitación al poder dispositivo de quienes, a título oneroso y con buena fe, adquirieron inmuebles cuyos antecedentes dominicales reconocen donaciones a herederos legitimarios con una antigüedad que no alcanza a cubrir el lapso exigido para la prescripción adquisitiva veintenaal. Es necesario poner énfasis en destacar que millares de títulos se hallan hoy en esa situación.

La referida modificación resulta de los términos en que se halla redactado el artículo 2386 del Anteproyecto, mantenido en la sanción del Senado: “La donación hecha a un descendiente o al cónyuge cuyo valor excede la suma de la porción disponible más la porción legítima del donatario, aunque haya dispensa de colación o mejora, está sujeta a reducción por el valor del exceso”. La norma es casi idéntica a la del artículo 2340 del Anteproyecto de 1998 –antecedente inmediato–, ya que sólo sustituye las expresiones “está sujeta a colación, debiendo compensarse la diferencia en dinero” por las de “está sujeta a reducción por el valor del exceso”. De manera coherente, el artículo 2458 prevé la viabilidad de acción de carácter reipersecutorio; su texto dispone: “El legitimario puede perseguir contra terceros adquirentes los bienes registrables. El donatario y el subadquirente demandado, en su caso, pueden desinteresarse al legitimario satisfaciendo en dinero el perjuicio a la cuota legítima”. Por su parte, el artículo 2457 ordena: “La reducción extingue, con relación al legitimario, los derechos reales constituidos por el donatario o por sus sucesores”.

Es claro que el Proyecto en estudio dirime la controversia doctrinaria, excluyendo toda distinción entre donaciones a legitimarios y las hechas a quienes no revistan esa calidad. Asimismo, se abstrae de toda consideración respecto de la buena fe del adquirente a título oneroso.

## II. *Los antecedentes de la cuestión*

Para esclarecer el tema, es necesario puntualizar que el referido disenso doctrinal radica en la viabilidad o improcedencia de la acción que el heredero afectado en su porción legítima podría intentar contra el tercero que, a título oneroso y de buena fe, adquirió el inmueble –u otro bien registrable– del coheredero legítimo, sin necesidad de previa excusión de los bienes del donatario.

Ha sido notoriamente mayoritaria, por un lapso prolongado, la doctrina de nuestros más autorizados tratadistas en el sentido de que en ningún caso la acción de colación trasciende la órbita de herederos forzosos y de que no puede un coheredero legítimo ser sujeto pasivo de una acción de reducción. No existe hoy en día, en casos de donaciones a legítimos, acción contra el tercer adquirente a título oneroso, salvo que fuera de mala fe. Los argumentos que la sostienen se sintetizan a continuación:

- 1) El texto del artículo 3477, en la medida en que deben reunirse a la masa hereditaria los valores dados en vida por el causante.
- 2) La nota del Codificador a ese precepto, confirmatoria de su texto, en la que se destaca el apartamiento del Código francés:

La donación fue un contrato que transfirió la propiedad de la cosa al donatario y éste ha podido disponer de ella como dueño. Este contrato no se revoca por la muerte del donante, y los frutos de la cosa donada deben pertenecer al donatario aun después de abierta la sucesión.

- 3) El distanciamiento del proyecto de García Goyena –fuente directa del artículo 3477–, en tanto Vélez no incorporó a su obra un texto similar del artículo 891 del proyecto del jurista español. Éste, no obstante haber previsto en su artículo 971 una disposición cuyo concepto es similar al de nuestro 3955, entendió necesario atender a la particularidad de las donaciones a herederos legítimos. Dicho artículo 891, ubicado en el capítulo “De la donación y partición”, dice: “Cuando el inmueble o inmuebles donados excedieran el haber del donatario, y éste los hubiese enajenado, los coherederos sólo podrán repetir contra el

tercer poseedor por el exceso y previa excusión de los bienes del donatario”<sup>1</sup>. Vélez no coincidió con ese criterio y, por tal motivo, no incorporó a su obra dicho precepto ni estableció alguna regla similar. Desechó tal solución por contraria a su pensamiento, pues habría de ser suficiente garantía la aplicación de las reglas de la colación, fundadas en el respeto al padre donante y en la responsabilidad y recíproco afecto de los hermanos, por lo que las relaciones entre los legitimarios no podrían traspasar la órbita familiar.

- 4) El espíritu del legislador argentino quedó confirmado por el hecho de no exigir la previa excusión de los bienes del donatario, como lo hizo respecto de la fianza en el artículo 2012 y, en materia de cesión de créditos, en el artículo 1481, máxime cuando al legislar sobre el tema tuvo en su mesa de trabajo, como obras de cabecera, el Código Civil francés y el proyecto de García Goyena. El primero, en su artículo 930, y el segundo, en el citado artículo 891, obligan la previa excusión.

### III. *La doctrina vigente del fallo de las Cámaras Civiles en pleno en autos “Escary c/ Pietranera”*

Se han cumplido más de cien años del fallo plenario que sentó esta doctrina:

Un heredero no tiene sino una acción personal contra su coheredero obligado a colacionar el valor de los bienes dados en vida por el causante.

El doctor Emilio Giménez Zapiola, camarista que votó en primer término, dijo:

No es para mí dudoso que, tratándose de colación entre coherederos, tal acción reivindicatoria no existe y no puede, por tanto, ser ejercitada contra terceros adquirentes de los bienes donados. El texto del artículo 3477 es expreso y su alcance no puede discutirse en presencia de la nota que lo ilustra. Pero la acción de reducción, acordada contra el donatario que no es heredero forzoso por inoficiosidad de la donación, está regida por principios distintos a los que informan la colación entre coherederos. La colación tiene por objeto mantener la igualdad de las porcio-

1. GARCÍA GOYENA, Florencio, *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, Madrid, 1852, t. II.

nes legítimas entre coherederos forzosos; la reducción por inoficiosidad ha sido creada para resguardar la institución misma de la legítima y defender a los hijos de liberalidades excesivas a favor de extraños a la familia o de parientes de un grado más remoto.

En la ocasión, otro de los miembros del tribunal, José M. Zapiola, expresó:

Un heredero no tiene sino una acción personal contra su coheredero obligado a colacionar el valor de los bienes dados en vida por el causante. Pero otra cosa sucede y debe suceder cuando se trata de una donación hecha por el causante no a uno de sus herederos sino a un extraño.

Igual criterio inspiró el voto del doctor Jorge de la Torre, al afirmar que la colación legislada en el artículo 3477

... es una institución que no crea relaciones de derecho sino entre los coherederos (art. 3468); es acordada puramente al heredero contra su coheredero [...] Se explica así que esta institución que nada tiene que ver y es extraña a toda idea o concepto de perjuicio a la legítima y de reducción, dado que tiene lugar en todo caso de donación a heredero forzoso independientemente de que la parte disponible del donante haya sido o no ultrapasada y de que se haya afectado la legítima de los coherederos del donatario, a diferencia de lo que pasa con las donaciones hechas a terceros, es decir, a personas que no revistan el carácter de herederos forzosos, se explica, repito, que no implique ni pueda llevar consigo acción de género alguno contra los terceros adquirentes de los bienes sujetos a colación.<sup>2</sup>

En definitiva, la doctrina que diferencia las donaciones a legítimos de las hechas a quienes no tengan esa calidad queda sentada por la mayoría de cinco de los nueve miembros del tribunal; los cuatro camaristas restantes se pronunciaron por la improcedencia de la acción reipersecutoria en todos los casos, es decir, sin distinción entre donaciones a herederos legítimos o a extraños.

La doctrina del plenario permanece vigente, conforme a lo dispuesto por el artículo 303 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y la doctrina plenaria en autos "Kartopapel SA c/ Municipalidad de la Capital"<sup>3</sup>.

2. *Jurisprudencia Argentina*, año III, n° 31.

3. CNCiv. en pleno, 15/7/1977, "Kartopapel SA c/ Municipalidad de la Capital"; allí se estableció que "los fallos plenarios no pierden vigencia por el mero transcurso del tiempo".

#### IV. Adhesión de la gran mayoría de nuestros tratadistas

La jerarquía del tribunal, las razones en que fundaron sus opiniones quienes integraron la mayoría y la firmeza de las convicciones, expuestas sin eufemismos, movilizaron adhesiones a la posición triunfante. Fue lógico, pues, que una pléyade de juristas de auténtico lustre no demorara en manifestar su coincidencia con aquellas conclusiones, más allá de matices diferenciales susceptibles de ser advertidos. En esa corriente militaron Rébora<sup>4</sup>, Fornieles<sup>5</sup>, Salvat<sup>6</sup>, De Gásperi<sup>7</sup>, Martínez Paz, Arauz Castex<sup>8</sup>; también, con posterioridad, Maffía<sup>9</sup> y Saux<sup>10</sup>; entre los notarialistas, Baldana y Mustapich.<sup>11</sup>

Destaca Fornieles que, de acuerdo con el artículo 3477, nuestro Código ha organizado la colación en forma tal que las cosas donadas a un heredero forzoso quedan irrevocablemente de su propiedad y sólo se considera el valor de ellas en la cuenta de partición.

En sentencia del 23 de septiembre de 1954, la Sala A de la Cámara Civil de la Ciudad rechazó la demanda interpuesta por un comprador por boleto, quien fundó la acción en la supuesta imperfección del título, con antecedente en donación a heredero forzoso. En su voto, luego de referir largamente el recordado plenario, el camarista Arauz Castex dijo:

... tratándose de acciones entre legitimarios deben aplicarse los principios de la colación, que es acción meramente personal y que sólo tiene por objeto obligar al heredero a colacionar, es decir, a incorporar a la masa sucesoria los valores que ha recibido en vida del causante [...]. Si el pago de los bienes alcanzara para dar de ellos al accionante el importe de su porción hereditaria, todo consistirá en una simple operación contable. Si no alcanzan, surgirá un crédito del perjudicado contra los coherederos, pero sin acción real contra terceros adquirentes...<sup>12</sup>

#### V. La posición del ex Banco Hipotecario Nacional, coincidente con la mantenida por el Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires

El entonces Banco Hipotecario Nacional, que durante muchos años gravitó intensamente en la negociación inmobiliaria, consagró reiteradamente la doctrina que se viene exponiendo a través de enjundiosos dictámenes de su Dirección de Asuntos

4. RÉBORA, Juan C., *Derecho de las sucesiones*, Buenos Aires, Bibliográfica Argentina, 1952, 2ª ed., t. 2, pp. 79, 102 y 103.

5. FORNIELES, Salvador, *Tratado de las sucesiones*, t. 2, p. 124.

6. SALVAT, Raymundo M., *Tratado de derecho civil argentino. Fuentes de las obligaciones*, t. 2, §1657, p. 161.

7. DE GÁSPERI, Luis, *Tratado de derecho hereditario*, t. III, p. 457.

8. CNCiv., Sala A, 23/9/1954, *La Ley*, Buenos Aires, *La Ley*, t. 77, p. 382.

9. MAFFIA, Jorge O., *Tratado de las sucesiones*, t. II, §881, p. 532.

10. SAUX, Edgardo I., en Llambías, Jorge J. y otros, *Código Civil anotado. Doctrina. Jurisprudencia*, t. V-C, p. 733.

11. BALDANA, Juan, *Derecho notarial argentino*, t. 9, p. 420. MUSTAPICH, José M., *Tratado teórico práctico de derecho notarial*, Buenos Aires, Ediar, 1957, t.3.

12. *La Ley*, Buenos Aires, *La Ley*, t. 77, p. 382.

Legales, a cargo del prestigioso jurista Lázaro Trevisán. Por su parte, los dictámenes del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, con fundamento en los pronunciamientos judiciales y en las conclusiones de la doctrina reseñados precedentemente, mantuvieron, sin alteración, la posición que afirma la improcedencia de acción persecutoria contra el tercer adquirente a título oneroso y de buena fe.

#### VI. *La doctrina adversa a la tradicional*

Borda, al tratar el instituto de la colación, luego de sostener que la restitución en valor sólo se concibe en épocas de estabilidad económica, a la injusticia que importa en tiempos de inflación la sustitución de la cosa por el valor que ella tenía en el momento de la donación añade:

No obstante lo dispuesto por el art. 3477, pensamos que también el heredero debe hacer la restitución en especie [...] En primer lugar, frente al texto del art. 3477, tenemos otros de los que surge claramente que la reducción debe hacerse en especie, arts. 1831, 3601 y 3955. Estos preceptos no establecen distinción alguna entre la hipótesis de donaciones hechas a extraños y a herederos.

#### Concluye que los terceros adquirentes

... sufren los efectos de la acción reipersecutoria y deben restituir el bien en la medida que exceda la porción disponible [...] No importa que esta subadquisición sea hecha a título oneroso o a título gratuito; de cualquier modo, el efecto reipersecutorio afecta la adquisición del tercero.<sup>13</sup>

La tesis de Borda resulta inaceptable en la medida en que viola una regla de oro en la interpretación, la que veda al intérprete llegar a la abrogación lisa y llana de un texto legal claro e imperativo, ratificado, además, inequívocamente, en la respectiva nota del Codificador. Por otra parte, el concepto aparece rectificado en la novena edición de la obra (2008), actualizada por Delfina M. Borda, en la que se aprueba la colación en valores, expresándose que nuestro Código optó por el sistema más justo y conveniente y que “La colación en valor brinda seguridad, no sólo al donatario, sino también a los terceros”. Cabe desta-

13. BORDA, Guillermo A., *Tratado de derecho civil. Sucesiones*, t. II, §903.

car que en la misma edición se hace referencia “al momento en que se calcula el valor de la cosa”, y se recuerda que

... la solución del Código, en cuanto establecía ese momento como el de la fecha de la donación, podía considerarse justa en épocas de estabilidad económica pero no en tiempos de inflación, problema que resolvió la Ley 17.711, disponiendo que los valores entregados en vida por el difunto deben calcularse al tiempo de la apertura de la sucesión.<sup>14</sup>

La tesis de Borda no hizo camino, pero no puede desconocerse que, como impugnación a la doctrina mayoritaria, ejerció influencia en estudios posteriores, en los que no se cuestiona la regla de la colación en valores, establecida por el artículo 3477, sino que se le ponen límites:

Este principio –dice Zannoni– merece ser precisado en particular, según que el valor de la donación exceda o no la cuota de legítima del heredero beneficiario de la donación [...] si la mejora excede la porción disponible y, además, la cuota de legítima del heredero, el exceso estará sujeto a reducción por el valor del exceso.<sup>15</sup>

La opinión de Zannoni, compartida por otros autores, fundó el criterio de la Sala H de la Cámara Nacional Civil en autos “Yebra, Patricia E. c/ Gasparini de Roca, Marta E. y otros s/ acción de reducción”. La sentencia del 12 de mayo de 1998 hizo lugar a la acción y el tribunal se afilió claramente a esa doctrina; no obstante, se hicieron consideraciones acordes con los hechos y circunstancias del caso concreto, probados en las constancias del expediente. Así, en el voto del doctor Kiper, al que adhirieron los otros camaristas, se destacó que, tratándose de una condición resolutoria implícita y *teniendo en cuenta las dudas que suscita el caso de reducción de donaciones*, “hay que examinar si el tercero conoció o pudo haber conocido, actuando con diligencia, los hechos que justifican la procedencia”, y que “quien pretenda resistir a una reivindicación debe acreditar su buena fe”.

En el caso judicial relacionado precedentemente, se demostró la mala fe de la supuesta compradora, donde, lisa y llanamente, se configuró un negocio jurídico absolutamente simulado, probado por la reunión de presunciones gravísimas y concordantes, tales como el precio venal, la continuación de

14. BORDA, Guillermo A., *Tratado de derecho civil. Sucesiones*, Buenos Aires, La Ley, 2008 [9ª ed.], t. 1, §642, p. 499, y §§643 y 644.

15. ZANNONI, Eduardo A., *Derecho de las sucesiones*, t. 2, §983 y ss.

la ocupación del inmueble por la supuesta transmitente y su familia, y la fatal inacción de quien aparecía como compradora, puesto que, debidamente notificada, ni siquiera se presentó en el juicio. Queda claro, pues, cómo la mala fe de las partes fue determinante del fallo.

#### VII. *La imprescindible superación de las doctrinas contradictorias*

Elementales razones de certeza jurídica imponen la necesidad de que toda nueva ley contemple, entre otros muy importantes aspectos, la superación de las divergencias originadas en la interpretación de la que se intenta sustituir o modificar. Así lo entendió la comisión redactora del Proyecto de Código Civil unificado con el Código de Comercio designada por Decreto 685/95, integrada por los doctores Héctor Alegría, Atilio Aníbal Alterini, Jorge Horacio Alterini, María Josefa Méndez Costa, Julio César Rivera y Horacio Roitman. El Proyecto, presentado el 18 de diciembre de 1998, dirime la cuestión que nos ocupa en los términos de su artículo 2340: “La donación hecha a un descendiente o al cónyuge cuyo valor exceda la suma de la porción disponible más la porción legítima del donatario, aunque haya dispensa de colación o mejora, está sujeta a colación, debiendo compensarse la diferencia en dinero”. El párrafo 227 de la exposición de fundamentos explicita las razones que inspiraron la norma con estas palabras:

Es muy importante la modificación que se propicia en punto a las donaciones inoficiosas. El Proyecto, en este capítulo, se limita a calificar como tales a las donaciones que excedan la porción disponible del patrimonio del donante, pero remite a la aplicación de los preceptos relativos a la porción legítima. Allí se aclara que las donaciones a terceros, esto es, quienes no sean herederos legitimarios, son reducibles sólo si se han hecho en los diez años anteriores a la muerte del donante, y la acción prescribe a los dos años contados desde la muerte del donante. *De este modo se escucha el reclamo de la doctrina y de la realidad social, que pretenden un régimen que permita colocar en el tráfico los títulos en los que aparece una donación.*

El Proyecto remitido a la Cámara de Diputados de la Nación adopta una posición diametralmente contraria a la propugna-

da por su antecedente inmediato, que prevé la viabilidad de la acción reivindicatoria sin diferenciación entre donaciones a legitimarios o a extraños. De este modo, en tanto no opere el instituto de la prescripción, todos los títulos entre cuyos antecedentes existan donaciones serán observables y, por lo tanto, inaceptables en las negociaciones de inmuebles o de otros bienes registrables, excepto los automotores, cuyo régimen contempla los efectos constitutivos de la registración.

La exposición de fundamentos que acompaña al Anteproyecto que redactó la comisión integrada por los juristas Ricardo Luis Lorenzetti, Elena Highton de Nolasco y Aída Kemelmajer de Carlucci se limita a las siguientes expresiones sobre el tema:

Se proyecta solucionar un problema oscuro en la doctrina nacional: el de si las donaciones que exceden la suma de la porción disponible y la porción legítima del donatario están sujetas a reducción o si sólo se debe el valor del excedente a modo de colación. Se ha estimado *preferible* la solución según la cual, aunque haya dispensa de colación o mejora, esa donación está sujeta a reducción por el valor del exceso.

### VIII. *La elección del legislador*

Con relación al tema que nos ocupa, los juristas redactores del Anteproyecto fundamentan la solución adoptada respecto de lo que denominan “problema oscuro en la doctrina nacional” expresando, simplemente y en forma impersonal, que “se ha estimado preferible”; nada se dice acerca de las razones de esa preferencia, que, así, aparece como eminentemente subjetiva.

Cuando la regulación de un instituto o de los efectos de determinados negocios o situaciones jurídicas ofrece la posibilidad de optar por una de dos o más alternativas, la elección compete al legislador. La decisión del legislador impone la meditación para ponderar los previsibles resultados de la solución escogida. Deberá tenerse en cuenta que la cuestión no se reduce a dirimir controversias sobre la base de asignar o restar méritos a una u otra de las posiciones doctrinarias y a sus argumentos, es decir, dar razón a la mitad de la biblioteca que la otra mitad niega. No se trata de imponer preferencias emanadas de convicciones personales, por arraigadas que ellas

fueran, sino de reflexionar serenamente, sin ataduras ni prejuicios, en pos de lograr la mejor solución, la más acorde con la realidad de la sociedad en el momento actual. En el pensamiento unánime de los juristas, toda legislación debe atender a esa realidad, máxime cuando se trata de un cuerpo normativo de fundamental importancia como lo es, indudablemente, un Código Civil y Comercial.

#### IX. *El reducido objeto de la solución del Proyecto*

La solución del Proyecto tiene como exclusivo objeto la exagerada extensión del amparo al instituto de la legítima, en tanto se busca proteger al legitimario que resultare burlado en su derecho por la eventual conducta dolosa de un coheredero, también legitimario (básicamente, hermano del burlado), a quien el causante benefició con la donación de inmueble o bien registrable. La preocupación que se manifiesta no refiere al obligado a colacionar sino, claro está, a la situación del tercer adquirente de buena fe y a título oneroso.

En aras de una doctrina que reconoce fuertes lazos con la legislación francesa –que no se ha modificado al respecto desde la sanción del Código Napoleón y cuyas normas fueron avaladas por las opiniones de sus brillantes exégetas, aunque no receptadas por Vélez en punto a colación–, el Proyecto propugna una solución cuyo objeto aparece muy reducido, ya que pretende el traslado de aquella legislación a nuestro derecho positivo. Éste está fundado en la idiosincrasia y en las costumbres del país, que no sufrieron mella ni cuando asomaron y luego buscaron consolidación las impugnaciones a la doctrina tradicional, sostenida con ardor por una autorizada pléyade de juristas, maestros de varias generaciones de abogados y escribanos. La opción por la que se define el Proyecto entra en franca colisión con nuestra realidad, que, por haberse mantenido incólume hasta nuestro días, ha llegado a constituir una verdadera y monolítica conciencia social.

Además de dar la espalda a esa realidad indiscutida, la solución que se propone para resolver conflictos hipotéticos y excepcionales ofrece el grave inconveniente de que, hasta la sanción del nuevo ordenamiento, su aplicación traerá aparejadas las peligrosas perturbaciones del orden jurídico vigente que se puntualizan más adelante.

### X. *La realidad social que debe atenderse*

Es regla en toda legislación, consensuada universalmente, respetar las buenas costumbres de la comunidad social vigentes al momento de su dictado, máxime cuando ellas no originaron inconveniente alguno. En el contexto socio-cultural de la familia argentina, la donación a los hijos es, desde antiguo, una práctica frecuente, tan generosa como saludable, que, por tales virtudes, merece ser adecuadamente considerada. En ese contexto, la realidad –excepcionalmente desmentida– demuestra que los padres profesan igual cariño a todos sus hijos y ello hace que, en todo caso, no se otorgue a uno de ellos lo que se niega a los otros. Esa igualdad en el amor paterno se refleja en el tratamiento igualitario a la hora de decidir la distribución de parte de su patrimonio por medio de donaciones equivalentes. Formados los hijos en ese ámbito familiar, social y cultural, el sentimiento de solidaridad que se nutre del lazo de amor fraternal, inculcado por sus padres, torna excepcional entre ellos todo reclamo de carácter material.

Particulares circunstancias justifican que, en ocasiones, el anticipo de herencia a uno de los hijos no sea compensado con donaciones de valores equivalentes al otro u otros de ellos. Un caso típico es la donación al hijo que vive una estrechez económica en tiempos en que sus hermanos gozan de holgadas posiciones, lo que impulsa a éstos a concretar su espíritu de fraternal solidaridad hasta el punto de auspiciar, más que aprobar, la decisión de sus padres. Se halla implícito en tal conducta el compromiso moral de no efectuar reclamaciones que resultarán procedentes en el futuro.

Las apreciaciones vertidas en los párrafos antecedentes tienen base en la larga experiencia que acuerda a los notarios su estrecha y directa vinculación con las partes, determinada por la naturaleza misma de su intervención funcional.

La visión de la realidad suministrada por datos empíricos, pasibles, tal vez, de cuestionamientos, se ve confirmada por hechos ampliamente conocidos, de muy fácil comprobación. Es la realidad plasmada en los decenas de miles de donaciones de inmuebles hechas a hijos desde hace más de un siglo, claras expresiones de la voluntad de muchísimos padres que, llegados a cierta edad, anticipan la herencia, total o parcialmente, motivados, muchas veces, por el deseo de promocionar la actividad del joven hijo en el inicio de su vida laboral y otras, por

ejemplo, por la voluntad de proveer la vivienda que el hijo, al menos momentáneamente, no puede adquirir por sus propios medios. La generosa y saludable costumbre de la donación al hijo se mantuvo inalterable, a pesar de algunos embates doctrinales. Los títulos provenientes de esas donaciones se consideran perfectos y, como tales, fueron plenamente aceptados en la negociación inmobiliaria por las partes o por la totalidad de las instituciones bancarias y financieras del país.

La otra parte de esa realidad está constituida por el hecho de que en tan prolongado lapso hubo muy pocos y excepcionales casos –si es que los hubo– en los que haya prosperado la acción reipersecutoria contra el tercero que, de buena fe y a título oneroso, adquirió del donatario legitimario o de sus sucesores. Y aun en esas ocasiones se dio la particularidad de que resultara manifiesta la mala fe del supuesto adquirente; hubo dolo.

La fundamental tarea del legislador no debe sufrir el encandilamiento producido por doctrinas aparentemente seducidas o coherentes en su estructura pero alejadas de la realidad vivida y aceptada por la sociedad. Se impone tener en cuenta que, en casi todos los órdenes de la vida, los resultados eficientes y comprobados de prácticas mantenidas durante largo tiempo pueden confirmar, pero también erosionar, doctrinas cuidadosamente elaboradas con seriedad científica pero que han necesitado la verificación de su verdad o acierto en el terreno de los hechos, es decir, en la ineludible confrontación con la realidad que tales hechos configuran con fuerza incontrastable.

#### XI. *Exclusivo fin del régimen proyectado y las graves perturbaciones consecuentes*

El exclusivo fin del régimen proyectado es, insistimos, el de proteger la cuota de legítima de un heredero frente a la posibilidad lejana, eventual, meramente hipotética, de ser burlado en su derecho por la conducta dolosa del coheredero, también legitimario, que obtuvo el inmueble u otro bien registrable por donación del causante. Para asegurar ese fin, le acuerda acción reipersecutoria contra el tercer adquirente a título oneroso, aunque fuera de buena fe, sin siquiera prever la excusión de los bienes del donatario previa o simultáneamente con la acción contra ese tercero.

Nada se pensó acerca de las graves perturbaciones que traerá aparejadas la aplicación de ese régimen. En primer lugar, el efecto inmediato de la ley sobre “las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes”, ordenado en el artículo 7 del Proyecto (concepto igual al del art. 3 del Código vigente), será el axiomático guillotinado de la gran cantidad de títulos provenientes de donaciones realizadas a legitimarios durante la vigencia del Código que se sustituirá, títulos que –insistimos– circularon normalmente en el tráfico jurídico. Ello es así en la medida en que no se hubiesen cumplido los plazos requeridos legalmente para que sea aplicable el instituto de la prescripción. En razón de la aplicación inmediata de la nueva normativa, se conferirán efectos reipersecutorios a la acción entre coherederos legitimarios con relación a donantes que fallezcan con posterioridad a su vigencia, afectando retroactivamente las donaciones a legitimarios otorgadas con anterioridad a esa fecha.

Debe advertirse cómo, de manera imprevista, se transformarán en imperfectos los títulos que durante tantos años se han juzgado perfectos de conformidad con las conclusiones de la doctrina autorizada y las decisiones judiciales que arriba recordamos. Tal consecuencia puede ser considerada como un verdadero escándalo jurídico.

En cuanto a su proyección en el futuro, la aplicación de la normativa proyectada no es menos grave, ya que, en los hechos, se veda la posibilidad de donar a los hijos, práctica generosa difundida en nuestra sociedad e instrumento coadyuvante al fortalecimiento de la siempre deseable movilidad social. Decimos que prácticamente se prohíbe porque, obviamente, nadie buscará crear títulos que sólo hallarán posibilidad de entrar en el tráfico inmobiliario normal cuando transcurra un lapso extenso: ¿quién habrá de donarle a los hijos si éstos no podrán disponer del bien ni siquiera a los efectos de obtener un crédito hipotecario?

La conclusión a la que el Proyecto arriba puede resumirse de la siguiente manera: todo título proveniente de donación, a legitimarios o a extraños, es observable, salvo prescripción adquisitiva o liberatoria, así fuera hipotéticamente ínfima la eventual afectación de la legítima, ya que ello no podrá determinarse hasta el fallecimiento del donante.

## XII. *Interrogantes que deberá hacerse el legislador*

¿No es, acaso, merecedora de auspicio la finalidad social de la donación a los hijos? ¿No tendría que ser promovida por la legislación, en lugar de prohibida en forma indirecta? Son éstas preguntas que debería hacerse y contestar el legislador.

También compete al legislador juzgar si el exclusivo y reducido objeto de la solución que adopta el Proyecto puede, de algún modo, justificar las serias perturbaciones del orden jurídico que se han puntualizado.

## XIII. *La buena fe del tercer adquirente por contrato oneroso*

En la exposición de fundamentos, los redactores del Anteproyecto destacan la regulación de la buena fe como principio general aplicable al ejercicio de los derechos, recordando que la buena fe, como una cláusula general, fue introducida en el Código Civil mediante la reforma de la Ley 17.711 “y sus resultados han sido satisfactorios y ampliamente elogiados por la doctrina”. Estos conceptos son ampliamente compartidos.

El principio rector de la buena fe, consagrado universalmente en el derecho contemporáneo, es aplicable a todas las relaciones y situaciones jurídicas; es, además, un faro poderoso, cuyas luces iluminan en toda su extensión el campo del derecho privado, y, como tal, debe ocupar el lugar que le corresponde para esclarecer la cuestión. La correcta protección del subadquirente reclama la aplicación de ese principio.

La situación de quien adquiere del donatario legitimario –heredero anticipado– es similar a la del tercero que adquiere del heredero aparente, regulada en el artículo 2315 del Proyecto, y conceptualmente igual a la norma del artículo 3430 del Código vigente. Requieren, por tanto, solución análoga, dejando a salvo de la acción reipersecutoria al adquirente a título oneroso y de buena fe, desconocedor de la existencia de herederos de igual o mejor derecho que el donatario legitimario, repetimos, heredero anticipado.

Cabe destacar que la gravitación del principio de la buena fe determinó la profunda innovación plasmada en la redacción que la Ley 17.711 impuso al actual artículo 1051 del Código, por el que se extendió el amparo al tercer adquirente a título oneroso frente al acto nulo o anulable.

Se ha expresado en distintas oportunidades<sup>16</sup> que la solución contemplada en el Proyecto de 1998, en la medida en que no admite a los coherederos como sujetos pasivos de la acción de reducción, es la más ajustada a la incontrastable realidad que se ha destacado. Consecuentemente, auspiciamos las modificaciones a los textos formulados.

#### XIV. *La necesidad de una norma de derecho transitorio*

Conscientes de que la adopción de una postura u otra es una cuestión de política legislativa, entendemos que si no se recepcionase nuestra propuesta y se insistiese en los textos proyectados, será necesario disponer de una norma transitoria que preserve y contribuya a salvaguardar la bondad de los innumerables títulos entre cuyos antecedentes obra una donación a hijos, forma hasta ahora habitual como parte de una costumbre ya arraigada en nuestra sociedad que el legislador no puede desconocer. La finalidad de la norma requerida es dejar a salvo de futuras acciones de índole reipersecutorio las donaciones a legitimarios ya efectuadas, ya que, de lo contrario, una parte muy importante de los títulos hoy en circulación resultará observable en forma automática, con las nefastas consecuencias que ello generaría en el tráfico inmobiliario. La aplicación inmediata de la ley generaría esa consecuencia seguramente no querida, atento a que el nacimiento de la acción se produce en el futuro, al fallecer el donante, con consecuencias retroactivas a donaciones efectuadas con anterioridad a la sanción de la reforma. Por supuesto, la norma de derecho transitorio limitaría su aplicabilidad exclusivamente a las donaciones realizadas a favor de legitimarios, por cuanto las efectuadas a terceros extraños, de acuerdo con la doctrina y jurisprudencia antes citadas, originan títulos observables por ser pasibles de acción reipersecutoria (reducción) con el Código vigente.

#### **Propuesta de norma transitoria**

**Artículo \*\*\*.** *La acción reipersecutoria prevista en el artículo 2458 sólo podrá ejercerse contra el donatario legitimario y su subadquirente cuando los bienes comprendidos en ella hayan sido donados a partir de la vigencia del presente Código.*

16. Ver CERÁVOLO, Ángel F., "Donaciones inoficiosas y títulos observables. Una reforma necesaria y urgente", en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 18/4/2006.

## 14. Inscripción del contrato de fideicomiso

Marcelo A. de Hoz

### Texto proyectado

**Artículo 1669. Forma.** El contrato, que debe inscribirse en el Registro Público que corresponda, puede celebrarse por instrumento público o privado, excepto cuando se refiere a bienes cuya transmisión debe ser celebrada por instrumento público. En este caso, cuando no se cumple dicha formalidad, el contrato vale como promesa de otorgarlo. Si la incorporación de esta clase de bienes es posterior a la celebración del contrato, es suficiente con el cumplimiento, en esa oportunidad, de las formalidades necesarias para su transferencia, debiéndose transcribir en el acto respectivo el contrato de fideicomiso.

### Texto propuesto

**Artículo 1669. Forma.** *El contrato puede celebrarse por instrumento público o privado, excepto cuando se refiere a bienes cuya transmisión debe ser celebrada por instrumento público. En este caso, cuando no se cumple dicha formalidad, el contrato vale como promesa de otorgarlo. Si la incorporación de esta clase de bienes es posterior a la celebración del contrato, es suficiente con el cumplimiento, en esa oportunidad, de las formalidades necesarias para su transferencia, debiéndose en el acto respectivo transcribir o agregar el contrato de fideicomiso.*

### Fundamento de la propuesta

Ni el Código Civil vigente, ni la Ley 24.441 en su Título I, ni el Proyecto en su versión inicial contemplaban la inscripción del contrato de fideicomiso, entendiendo que el régimen normativo fiduciario vigente y originalmente proyectado era suficiente en miras a la protección de los derechos de los terceros contratantes con el fiduciario.

Creemos que nuestra Ley 24.441 no consagró la registración de los contratos de fideicomiso expresamente, entendiendo que la aplicación de los principios generales sobre la inscripción de los bienes registrables incorporados al patrimonio

fiduciario constituyen publicidad suficiente a tal fin. Incluso, en estos casos, aspectos fundamentales que hacen a la validez de los actos fiduciarios, tales como el plazo del contrato o la limitación de las facultades de gravar o disponer del patrimonio fideicomitido, consiguen suficiente publicidad para advertir a los terceros contratantes. Si a ello se le suma la acción de fraude en contra del fiduciante, la ausencia de los efectos retroactivos de la revocación fiduciaria, la expresa consagración del principio de subrogación real fiduciaria y, especialmente, la necesidad del cumplimiento de los fines del fideicomiso en cada uno de los actos otorgados por el fiduciario, se pone a salvo a los terceros contratantes de buena fe de cualquier riesgo posible.

La correcta actuación fiduciaria, prevista por nuestra legislación como un “buen hombre de negocios”, y la obligatoriedad de la rendición de cuentas, por lo menos anual, conllevan el deber de información y publicidad con relación a las otras partes contractuales, a los consumidores, proveedores y terceros en general. No hay registro alguno que pueda contra la actuación infiel de un fiduciario.

Por otra parte, la actuación prudente y diligente del tercero, incentivada por nuestro ordenamiento jurídico en el análisis de la documentación del fiduciario, sin necesidad de una *due diligence* ni de convertirse en un *investigador teleológico contractual*, lo coloca en la categoría de *tercero de buena fe* a salvo de acciones que puedan perjudicarlo.

El hecho de que el contrato fiduciario cree un patrimonio de afectación pero no una persona jurídica distinta al fiduciario guarda cierta lógica con la necesidad de su inscripción impositiva, contable y fiscal y la prescindencia de cualquier otra inscripción pública. La existencia de registros contractuales voluntarios, la inscripción y control de los fideicomisos financieros y la referida inscripción de los bienes fiduciarios transmitidos, adquiridos o reemplazados que así lo requieran marcan aún más la innecesariedad de la inscripción del pacto de fiducia.

Se entiende que nada de esto nos puede asegurar la creación de un Registro de Contratos de Fideicomiso, no convalidante ni saneatorio de los contratos que en él se inscriban. Sólo se conseguirá más burocracia, más concentración y más gastos, totalmente contrarios al espíritu legislativo actual y a la celeridad de los negocios que han optado por la instrumentación fiduciaria para su desarrollo. En todo caso, si se quisiera dispo-

ner algún tipo de inscripción, habría que limitarla a los fideicomisos financieros, excluyendo de tal requisito a fideicomisos de índole privada, respecto de los cuales no se agregaría seguridad alguna.

Es de destacar la escasa cantidad de conflictos judiciales que el fideicomiso ha generado en los diecisiete años de vigencia del instituto. Esta circunstancia, de la que dan fe los repertorios de jurisprudencia, demuestra la innecesariedad de la reforma proyectada.

Respecto de la transcripción en las escrituras de transmisión del dominio fiduciario de bienes respecto de los cuales es necesaria la escritura pública, entendemos que puede ser suplida eficazmente por el agregado al protocolo de copia auténtica, tal como establece el artículo 1003 del Código vigente para la documentación que acredita representación.

## 15. Modificaciones a la Ley 19.550 de Sociedades Comerciales

Norberto R. Benseñor

### I. Generalidades

La modificación parcial de la Ley de Sociedades 19.550 es consecuencia directa de la unificación de los Códigos Civil y Comercial y tiene la finalidad de adaptar sus disposiciones a esta realidad legislativa, que propicia unificar el régimen societario. De este modo, queda suprimida la sociedad civil, prevista en los artículos 1648 y siguientes del Código Civil, y se sustituye la denominación de la Ley 19.550, conocida como Ley de Sociedades Comerciales, por la de Ley General de Sociedades. Además, el Proyecto de Código Civil y Comercial incorpora entre sus disposiciones los contratos asociativos que no provocan el nacimiento de un sujeto de derecho, tales como los acuerdos de colaboración y los negocios en participación (sociedad accidental o en participación), que son desplazados de su actual ubicación dentro de la Ley 19.550.

### II. Observaciones sobre artículos afectados por la reforma

#### Texto proyectado

##### Concepto

**Artículo 1.** Habrá sociedad si una o más personas, en forma organizada, conforme a uno de los tipos previstos en esta ley, se obligan a realizar aportes para aplicarlos a la producción o intercambio de bienes o servicios, participando de los beneficios y soportando las pérdidas.

La sociedad unipersonal sólo se podrá constituir como sociedad anónima. La sociedad unipersonal no puede constituirse por una sociedad unipersonal.

## Texto propuesto

### *Concepto*

**Artículo 1.** *Habrá sociedad si una o más personas, en forma organizada, conforme a uno de los tipos previstos en esta ley, se obligan a realizar aportes para aplicarlos a la producción o intercambio de bienes o servicios, participando de los beneficios y soportando las pérdidas.*

*Las sociedades de responsabilidad limitada y las sociedades anónimas pueden ser constituidas por una sola persona. La sociedad anónima unipersonal no puede ser constituida por otra sociedad unipersonal. La sociedad de responsabilidad limitada unipersonal sólo puede ser constituida por una persona humana.*

## Fundamento de la propuesta

Se propone admitir la *unipersonalidad* también para la sociedad de responsabilidad limitada. Sin embargo, se estima conveniente limitar esta posibilidad a las personas humanas, atento a que la finalidad en mira es la de facilitar la actuación de empresarios individuales que no necesitan una estructura como la de la sociedad anónima. La propuesta es pertinente en la medida en que este tipo social se adapta con mayor facilidad a las necesidades de las pequeñas y medianas empresas y a los emprendimientos con expectativas familiares. La unipersonalidad societaria no constituye ningún contrasentido, ya que, aun cuando se adopte esta modalidad, se mantienen las características plurilaterales asociativas, permitiendo que ella se recomponga con sólo incorporar un socio al emprendimiento.

## Texto originario de la Ley 19.550 no modificado por el Proyecto

**Artículo 7.** La sociedad sólo se considera regularmente constituida con su inscripción en el Registro Público de Comercio.

## Texto propuesto

### *Período fundacional*

**Artículo 7.** *Las sociedades que adopten alguno de los tipos previstos en el Capítulo II obtienen su regularidad con la inscripción*

*en el Registro Público. A los actos cumplidos durante el período fundacional se les aplicará lo dispuesto en los artículos 183 y 184.*

### **Fundamento de la propuesta**

Las modificaciones introducidas en la Ley 19.550 no han reformado el artículo 7, que dispone que la sociedad sólo se considera regularmente constituida con la inscripción en el Registro Público de Comercio. Esta disposición fue considerada en distintos congresos de la especialidad y la doctrina contribuyó a su interpretación, lo que permitió elaborar, entre otras, las siguientes conclusiones. En primer lugar, se determinó que la regularidad no importaba para atribuir la personalidad jurídica o la calidad de sujeto al derecho, porque ésta se obtenía desde la constitución (art. 2, Ley 19.550). También se precisó que, una vez obtenida, la regularidad no se perdía; por tal razón, la continuación de la actividad luego de acontecida una causal disolutoria no transformaba la sociedad en una sociedad irregular, sino que tan sólo se agravaba sustancialmente la responsabilidad de los administradores y la de los socios que consentían la exorbitancia. Asimismo, se concluyó que la sociedad en formación no era una sociedad no constituida regularmente y, aunque no hubiera alcanzado la inscripción registral, en modo alguno había que someterla al régimen de las sociedades irregulares. Sólo habría que considerar una sociedad en formación como sociedad no constituida regularmente cuando hubiera abandonado definitivamente el iter registral.

En el Proyecto, la Sección IV de la Ley de Sociedades, referida a las sociedades no constituidas regularmente, sufre sustanciales reformas al suprimirse toda referencia a la falta de regularidad. La enfática declaración del artículo 7, que proclama la obtención de la regularidad sin que haya norma alguna que regule la irregularidad, necesariamente queda sin sustento y fuera de contexto.

Desde ya, aceptamos la orientación del legislador en el sentido de propiciar que las sociedades que no se adapten a los tipos previstos dispongan de un régimen residual que no las condene *ab initio* de nulas por atipicidad. Sin embargo, sería prudente reservar la noción de regularidad para las sociedades que adopten los tipos previstos en la ley, preservando la doctrina y las aplicaciones jurisprudenciales efectuadas al respecto.

Por otra parte, toda esta evolución legislativa no puede desconocer la situación de la sociedad que actúa durante el denominado período fundacional, al cual se refiere la Ley 19.550 en los artículos 38, 183 y 184 vigentes, que no se modifican.

El texto propuesto respeta la orientación del Proyecto de reformas a la Ley 19.550 de los años 2004/2005 con algunas adaptaciones relacionadas con el artículo 142 del Proyecto de Código Civil y Comercial, que reconoce la existencia de la persona jurídica privada a partir de su constitución.

### **Texto proyectado**

#### **Sociedades incluidas**

**Artículo 21.** La sociedad que no se constituya con sujeción a los tipos del Capítulo II, que omita requisitos esenciales o que incumpla con las formalidades exigidas por esta ley, se rige por lo dispuesto por esta sección.

### **Texto propuesto**

#### **Sociedades incluidas**

**Artículo 21.** *Las sociedades que no se constituyan con sujeción a los tipos del Capítulo II, las que omitan requisitos esenciales tipificantes, las que no tengan contrato escrito y las que incumplan las formalidades exigidas por esta ley se rigen por lo dispuesto por esta sección. También quedarán sujetas a las mismas disposiciones las sociedades que, habiendo adoptado uno de los tipos previstos, no obtengan la inscripción registral y aquellas que omitan requisitos esenciales no tipificantes y no los subsanen dentro del término de tres meses de su impugnación judicial.*

### **Fundamento de la propuesta**

El artículo 21 proyectado incluye expresiones ambiguas y de dificultosa interpretación, amén de una importante omisión. Según la actual legislación, los requisitos esenciales son de dos clases: tipificantes o no tipificantes. El artículo 17 de la Ley 19.550 vigente distingue acabadamente ambas categorías y establece que el vicio de atipicidad produce la nulidad de la sociedad, mientras que la omisión de los no tipificantes solamente ocasiona la anulabilidad, la que podrá subsanarse mien-

tras no medie impugnación judicial. La cuestión es importante porque la jurisprudencia ha declarado que la omisión de modificar una denominación social declarada homónima provoca la nulidad de la sociedad que incurrió en tal infracción, al carecer de designación inconfundible. Aunque puedan interpretarse soluciones sobreentendidas, esta circunstancia queda sin adecuada consideración en el Proyecto. Por tal motivo, se estima prudente mejorar técnicamente la redacción, introduciendo una previsión en tal sentido.

Por otra parte, inexplicablemente, la norma proyectada no menciona las sociedades que no dispongan de contrato escrito (sociedades de hecho). Éstas constituyen una realidad innegable e imposible de soslayar, cuya regulación debe efectuarse pese a que, seguramente, una fecunda tarea interpretativa se esfuerce para incluirlas en la norma, asimilándolas a las que incumplan las formalidades exigidas por la ley.

La redacción propuesta retoma la calidad de sociedad no inscrita regularmente solamente para las sociedades que, habiendo adoptado alguno de los tipos previstos, no se inscriban, en cuyo caso deberían tener un régimen de responsabilidad diferenciado –se considera más adelante–.

## Texto proyectado

### Régimen aplicable

**Artículo 22.** El contrato social puede ser invocado entre los socios. Es oponible a los terceros sólo si se prueba que lo conocieron efectivamente al tiempo de la contratación o del nacimiento de la relación obligatoria y también puede ser invocado por los terceros contra la sociedad, los socios y los administradores.

## Texto propuesto

### *Régimen aplicable*

**Artículo 22.** *El contrato social puede ser invocado entre los socios. Es oponible a los terceros sólo si se prueba que lo conocieron efectivamente al tiempo de la contratación o del nacimiento de la relación obligatoria. A su vez, los terceros pueden invocar, en cualquier tiempo, las cláusulas del contrato contra la sociedad, los socios y los administradores.*

### Fundamento de la propuesta

El artículo 23 actualmente vigente de la Ley 19.550 dispone que ni la sociedad ni los socios podrán invocar, respecto de cualquier tercero o entre sí, derechos o defensas nacidos del contrato social, pero la sociedad podrá ejercer los derechos emergentes de los contratos celebrados. Si bien el sistema imperante permite el ejercicio de los derechos y, por consiguiente, la posibilidad de accionar contra terceros, consagra la ininvocabilidad absoluta de todas las cláusulas del contrato social, imponiendo un rigorismo excesivo al impedir que las mismas partes aleguen el contenido del mismo, vulnerando garantías y derechos patrimoniales de rango constitucional. La situación se modifica sustancialmente en el Proyecto al admitirse la oponibilidad de las cláusulas a los terceros siempre y cuando éstos las conozcan, permitiendo también que los terceros las puedan oponer a la sociedad, a los socios y a los administradores.

El texto propuesto distingue claramente la oponibilidad del contrato a los terceros del supuesto en que éstos puedan invocar el contrato contra la sociedad, los socios y los administradores, e incluye la posibilidad de que aquéllos puedan oponer sus cláusulas en cualquier tiempo, las hayan conocido o no al tiempo de la contratación.

### Texto proyectado

#### Representación: administración y gobierno

**Artículo 23.** Las cláusulas relativas a la representación, la administración y las demás que disponen sobre la organización y gobierno de la sociedad pueden ser invocadas entre los socios. En las relaciones con terceros cualquiera de los socios representa a la sociedad exhibiendo el contrato, pero la disposición del contrato social le puede ser opuesta si se prueba que los terceros la conocieron efectivamente al tiempo del nacimiento de la relación jurídica.

#### Bienes registrables

Para adquirir bienes registrables, la sociedad debe acreditar ante el Registro su existencia y las facultades de su representante por un acto de reconocimiento de todos quienes afirman ser sus socios. Este acto debe ser instrumentado en escritura

pública o instrumento privado con firma autenticada por escribano. El bien se inscribirá a nombre de la sociedad, debiéndose indicar la proporción en que participan los socios en tal sociedad.

### **Prueba**

La existencia de la sociedad puede acreditarse por cualquier medio de prueba.

### **Texto propuesto**

#### ***Representación: administración y gobierno***

**Artículo 23.** *Las cláusulas relativas a la representación, la administración y las demás que disponen sobre la organización y gobierno de la sociedad pueden ser invocadas entre los socios. En las relaciones con los terceros cualquiera de los socios representa a la sociedad. Si existe contrato social escrito, sus disposiciones son oponibles a los terceros si se prueba que la conocieron efectivamente al tiempo del nacimiento de la relación jurídica.*

#### ***Bienes registrables***

*Para adquirir bienes registrables, la sociedad debe acreditar ante el Registro su existencia y las facultades de su representante por un acto de reconocimiento de todos quienes afirman ser sus socios. Este acto debe ser instrumentado en escritura pública o instrumento privado con firma autenticada por escribano. El bien se inscribirá a nombre de la sociedad, debiéndose indicar la proporción en que participan los socios en tal sociedad. En caso de omisión se entiende que participan en partes iguales.*

### **Prueba**

*La existencia de la sociedad puede acreditarse por cualquier medio de prueba.*

### **Fundamento de la propuesta**

La propuesta mejora sensiblemente las condiciones de oponibilidad de la representación en tanto las cláusulas del contrato pueden ser opuestas a los terceros a partir de su existencia y del conocimiento efectivo.

Se establece como regla general que cualquiera de los socios representa a la sociedad. Su omisión en el texto del Proyecto dejaba sin consideración la actuación de las sociedades que carezcan de contrato escrito o que no lo exhiban, perjudicando a los terceros contratantes.

Finalmente, se aclara que cuando una sociedad de las incluidas en esta sección adquiriera bienes registrables y omita exteriorizar la participación de cada socio se entiende que lo hacen en partes iguales.

### **Texto proyectado**

#### **Responsabilidad de los socios**

**Artículo 24.** Los socios responden frente a los terceros como obligados simplemente mancomunados y por partes iguales, salvo que la solidaridad con la sociedad o entre ellos, o una distinta proporción, resulten:

- 1) De una estipulación expresa respecto de una relación o un conjunto de relaciones.
- 2) De una estipulación del contrato social, en los términos del artículo 22.
- 3) De las reglas comunes del tipo que manifestaron adoptar y respecto del cual se dejaron de cumplir requisitos sustanciales o formales.

### **Texto propuesto**

#### *Responsabilidad de los socios*

**Artículo 24.** *En la sociedad que no tenga contrato escrito y en aquellas que, habiendo adoptado un tipo, ingresen en la irregularidad, los socios responden ilimitada y solidariamente por las obligaciones sociales. En los demás casos, los socios responden frente a los terceros como obligados simplemente mancomunados y por partes iguales, salvo que la solidaridad con la sociedad o entre ellos, o una distinta proporción, resulten:*

- 1) De una estipulación expresa respecto de una relación o un conjunto de relaciones.*
- 2) De una estipulación del contrato social, en los términos del artículo 22.*

## Fundamento de la propuesta

El régimen proyectado no ha considerado específicamente el régimen de las sociedades de hecho, aunque podría suponerse que estarían incluidas entre las que no hubieran cumplido con las formalidades impuestas. Por lo tanto, la responsabilidad emergente de su actuación se rige por las disposiciones del sistema residual. Ahora bien, en razón de que la propuesta menciona expresamente a tales sociedades dentro del régimen supletorio, se ha previsto agravar la responsabilidad derivada de la actuación bajo esta modalidad asociativa, dado que sus características justifican un rigor mayor frente al de los otros casos. La propuesta también acentúa la responsabilidad de quienes, habiendo adoptado uno de los tipos previstos, ingresen en la irregularidad como consecuencia de haber abandonado el iter registral, lo que coincide con la actual orientación jurisprudencial.

Por ello, se suprime el inciso 3) del artículo, que asociaba una mayor responsabilidad si ésta resultaba del tipo que manifestaron adoptar y respecto del cual dejaron de cumplir los requisitos sustanciales o formales, dado que podría originar situaciones anómalas; a modo de ejemplo, esta situación se podría dar cuando una sociedad anónima, por ejercer actos del objeto durante el período fundacional, convierte a todos los directores y fundadores como responsables solidarios e ilimitados junto con la sociedad en formación (art. 183 *in fine*), pero, de abandonar definitivamente el iter, pasa a estar sometida al régimen residual de la Sección IV, en cuyo caso ve disminuir la responsabilidad de fundadores y directores por aplicar las reglas del tipo que adoptaron (sociedad anónima), mediante la cual la responsabilidad se ve limitada a la integración del capital suscrito (art. 163, Ley 19.550).

## Texto proyectado

### Subsanación

**Artículo 25.** En el caso de sociedades incluidas en esta sección, la omisión de requisitos esenciales, tipificantes o no tipificantes, la existencia de elementos incompatibles con el tipo elegido o la omisión de cumplimiento de requisitos formales pueden subsanarse a iniciativa de la sociedad o de los socios

en cualquier tiempo durante el plazo de la duración previsto en el contrato. A falta de acuerdo unánime de los socios, la subsanación puede ser ordenada judicialmente en procedimiento sumarísimo. En caso necesario, el juez puede suplir la falta de acuerdo, sin imponer mayor responsabilidad a los socios que no lo consientan.

El socio disconforme podrá ejercer el derecho de receso dentro de los diez (10) días de quedar firme la decisión judicial, en los términos del artículo 92.

### **Disolución. Liquidación**

Cualquiera de los socios puede provocar la disolución de la sociedad cuando no media estipulación escrita del pacto de duración, notificando fehacientemente tal decisión a todos los socios. Sus efectos se producirán de pleno derecho entre los socios a los noventa (90) días de la última notificación.

Los socios que deseen permanecer en la sociedad deben pagar a los salientes su parte social.

La liquidación se rige por las normas del contrato y de esta ley.

### **Texto propuesto**

#### *Subsanación*

**Artículo 25.** *En el caso de sociedades incluidas en esta sección, la omisión de requisitos esenciales, tipificantes o no, la existencia de elementos incompatibles con el tipo elegido, la falta de contrato escrito o la omisión de cumplimiento de requisitos formales pueden subsanarse a iniciativa de la sociedad, de los socios o a instancia judicial en cualquier tiempo durante el plazo de la duración previsto en el contrato o dentro de los diez días de requerida la disolución. A falta de acuerdo unánime de los socios, la subsanación puede ser ordenada judicialmente en procedimiento sumarísimo. En caso necesario, el juez puede suplir la falta de acuerdo, sin imponer mayor responsabilidad a los socios que no lo consientan. El socio disconforme podrá ejercer el derecho de receso dentro de los diez (10) días de quedar firme la decisión judicial, en los términos del artículo 92. La subsanación deberá inscribirse de acuerdo lo dispuesto en el artículo 6.*

#### *Disolución. Liquidación*

*Cualquiera de los socios puede provocar la disolución de la sociedad cuando no media estipulación escrita del pacto de duración, notificando fehacientemente tal decisión a todos los socios. Sus*

*efectos se producirán de pleno derecho entre los socios a los noventa (90) días de la última notificación.*

*Los socios que deseen permanecer en la sociedad deben pagar a los salientes su parte social.*

*La liquidación se rige por las normas del contrato y de esta ley.*

### **Fundamento de la propuesta**

El texto propuesto admite la posibilidad de obtener la subsanación a instancia judicial, admitiendo que la subsanación también pueda ser impulsada por terceros interesados. Además, contempla la posibilidad de subsanar el defecto instrumental de una sociedad que no disponga de contrato escrito. Esta situación es ignorada por el Proyecto.

### **Texto proyectado**

#### **Exclusión en sociedad de dos socios**

**Artículo 93.** En las sociedades de dos socios procede la exclusión de uno de ellos cuando hubiere justa causa, con los efectos del artículo 92; el socio inocente asume el activo y pasivo sociales, sin perjuicio de la aplicación del artículo 94 bis.

### **Texto propuesto**

#### **Exclusión en sociedad de dos socios**

**Artículo 93.** *En las sociedades de dos socios, procede la exclusión de uno de ellos cuando hubiere justa causa, con los efectos del artículo 92; el socio único es responsable ilimitada y solidariamente por las obligaciones sociales contraídas desde el cese de la pluralidad, sin perjuicio de la aplicación del artículo 94 bis.*

### **Fundamento de la propuesta**

La asunción del activo y del pasivo social no es un modo de adquirir según las disposiciones generales, motivo por el cual no es aconsejable introducir esta previsión. En realidad, la norma debe procurar acentuar la responsabilidad del socio sin acudir a recursos artificiosos y manifiestamente inaplicables. La asunción propuesta no esclarece ni identifica certeramente a quién

pertenece la titularidad del patrimonio a partir de tal circunstancia: a la sociedad o al socio inocente. Nos preguntamos si este sencillo expediente no excluye la responsabilidad social y modifica, sin más, la titularidad de los bienes registrables, y de qué forma serán anoticiados los acreedores sociales, que, por este curioso método, deberán concurrir a la percepción de sus acreencias junto con los acreedores particulares del socio inocente. También, parece que esta modalidad pretende eludir el régimen de disolución y liquidación mediante un curso o adjudicación automática, lo cual se contradice con la remisión al artículo 94 bis.

### **Texto proyectado**

#### **Disolución: causas**

**Artículo 94.** La sociedad se disuelve: [...] 7) Por su fusión, en los términos del artículo 82.

### **Texto propuesto**

#### *Disolución, causas*

**Artículo 94.** *La sociedad se disuelve: [...] 7) Por su fusión, en los términos del artículo 82, y por la escisión-división, en los términos del artículo 88, apartado III.*

### **Fundamento de la propuesta**

El agregado responde a la circunstancia de que el inciso 7) del artículo 94 no fue actualizado cuando la Ley 22.903 incorporó la escisión-división como causal disolutoria de la sociedad que la realiza.

### **Texto proyectado**

#### **Reducción a uno del número de socios**

**Artículo 94 bis.** La reducción a uno del número de socios no es causal de disolución, imponiendo la transformación de pleno derecho de las sociedades colectivas, en comandita, simple o por acciones, y de capital e industria en sociedad anónima

unipersonal si no se decidiera otra solución en el término de tres (3) meses.

### Texto propuesto

#### *Reducción a uno del número de socios*

**Artículo 94 bis.** *La reducción a uno del número de socios no es causal de disolución, imponiendo la transformación de las sociedades colectivas en comandita, simple o por acciones, y de capital e industria en sociedad de responsabilidad limitada unipersonal, si no se decidiera otra solución, en el término de tres (3) meses. Dentro del mismo término deberá instrumentarse la transformación con cumplimiento de los requisitos del tipo, la que deberá ser presentada para su inscripción en el plazo establecido en el artículo 6. El incumplimiento producirá la disolución de la sociedad.*

### Fundamento de la propuesta

Se explica la modificación por cuanto, de admitirse la posibilidad de que la sociedad de responsabilidad limitada pueda ser unipersonal, resulta coherente determinar que sea ese el tipo social impuesto, salvo que el socio único dispusiera voluntariamente transformarse en sociedad anónima. De todos modos, la transformación de pleno derecho es meramente declarativa, ya que por ese medio no se adecua o modifica el estatuto ni se designan gerentes o directores o las reglas del tipo. Por ese motivo se incluye la obligación de instrumentar la transformación y presentarla para su inscripción en el Registro Público, bajo apercibimiento de disolver la sociedad, previsiones que no figuran en el texto proyectado.

**Textos propuestos** (estos artículos no han sido modificados por el Proyecto, pero se sugiere su consideración)

#### *Denominación*

**Artículo 147.** *La denominación puede incluir el nombre de uno o más socios y debe contener la indicación “sociedad de responsabilidad limitada”, su abreviatura o la sigla SRL. La sociedad de responsabilidad limitada unipersonal, mientras mantenga esa*

*condición deberá adicionar a su denominación la expresión “unipersonal”, su abreviatura o la letra U a la sigla SRL.*

### **Suscripción íntegra**

**Artículo 149.** *El capital debe suscribirse íntegramente en el acto de constitución de la sociedad.*

*Aportes en dinero. Los aportes en dinero deben integrarse en un veinticinco por ciento, como mínimo, y completarse en un plazo de dos años. En la sociedad de responsabilidad limitada unipersonal el capital se integrará totalmente en el acto constitutivo.*

*Aportes en especie. Los aportes en especie deben integrarse totalmente y su valor se justificará conforme al artículo 51. Si los socios optan por realizar valuación por pericia judicial, cesa la responsabilidad por la valuación que les impone el artículo 150.*

### **Fundamento de la propuesta**

Las modificaciones introducidas en la Ley 19.550 no han afectado los artículos 147 y 149. No obstante, si se admite la modificación del artículo 1 de modo tal que se permita que la sociedad de responsabilidad limitada también pueda ser unipersonal, corresponde incluir estas previsiones.

### **Texto proyectado**

#### **Denominación**

**Artículo 164.** *La denominación social puede incluir el nombre de una o más personas de existencia visible y debe contener la expresión “sociedad anónima”, su abreviatura o la sigla SA. En caso de sociedad anónima unipersonal deberá contener la expresión “sociedad anónima unipersonal”, su abreviatura o la sigla SAU.*

### **Texto propuesto**

#### **Denominación**

**Artículo 164.** *La denominación social puede incluir el nombre de una o más personas de existencia visible y debe contener la expresión “sociedad anónima”, su abreviatura o la sigla SA. La sociedad anónima unipersonal, mientras mantenga esa condi-*

*ción, deberá adicionar a su denominación la expresión “unipersonal”, su abreviatura o la letra U a la sigla SA.*

### ***Omisión. Sanción***

*La omisión de estas menciones hará responsables ilimitada y solidariamente a los representantes de la sociedad, juntamente con ésta, por los actos que se celebren en esas condiciones*

### **Fundamento de la propuesta**

Frente a la posibilidad de que una sociedad se constituya inicialmente como unipersonal y, en el transcurso de su vigencia, recomponga la pluralidad, la propuesta sugiere que la indicación de la condición de unipersonal en la denominación sea un aditamento y no una consigna integrante de la misma, para evitar que se deba acudir a reformas estatutarias al respecto. De igual modo, el regreso a la unipersonalidad nuevamente exigiría reformar la denominación.

### **Texto proyectado**

**Artículo 299.** [...] 7) Se trate de sociedades anónimas unipersonales.

### **Texto propuesto**

En el texto proyectado por la reforma, no agregar el inciso 7).

### **Fundamento de la propuesta**

Pretender que cualquier sociedad anónima unipersonal disponga de una sindicatura plural (comisión fiscalizadora) y de un directorio con un mínimo de tres integrantes es, lisa y llanamente, desalentar la constitución de anónimas unipersonales. Parecería que la norma se encuentra dirigida exclusivamente a los grandes emprendimientos multinacionales, que no sólo disponen de recursos suficientes para afrontar esa estructura, sino que la misma se adapta funcionalmente a sus necesidades.

