



cen

CENTRO DE ESTUDIOS NOTARIALES
de la Delegación Lomas de Zamora
del Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires

CUADERNO N°8

MARZO 2012

MARZO 2012



cen

CENTRO DE ESTUDIOS NOTARIALES
de la Delegación Lomas de Zamora
del Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires

CUADERNO N°8

MARZO 2012

2103 OSYAM



CENTRO DE ESTUDIOS NOTARIALES
de la Delegación Lomas de Zamora
del Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires

Director Académico: Rubén Augusto Lamber

Presidente: Eduardo Domingo Belmonte

Vice-Presidente: Oscar A. Margni

Secretaria: Silvina del Valle Colombo

Tesorera: Betiana Daniela Sini

Vocales Titulares: Lidia Beatriz Dopacio, Hugo Germinal López, Kelina Dinet López

Vocales Suplentes: Hilda Romero de Hefling, Susana Alicia Mariño y Federico José Rodríguez Acuña

Comisión Revisora de Cuentas: *Titular:* Maximiliano Ariel Flesler, *Suplente:* Néliida Haydeé González

Demás integrantes: María A. Ablático, Mariam Aramouni, Pablo A. Balero Reche, Daniela Belmonte, Jorge Biglieri, María Alejandra Borelli, Graciela Castelli, Enrique Guillermo Castro, Julián Castro, Rodolfo Luis Carballo, Roberto Alfredo Codegoni, Viviana Inés Charchir, Susana Copello, Maisa Di Leo Recalde, María de los Angeles Fernandez, Liliana Fernandez; Ana Lujan Genaro, Mariana Gómez Mariño, Gustavo Martin Gortari, Dora Gortari, Diego Ariel Hollmann, Laura Verónica Ison, María Gabriela Insúa, Carlos María Insúa, Cecilia Klachko, Leticia Krannichfeldt, Néstor Daniel Lamber, Carlos Alfredo A. Lauritsen Gargiullo, Mariano Lauritsen Gargiullo, Marina Lopez Pérez, Kelina Lopez, María Isabel Ludevid, Juan Carlos Melgarejo, Pablo Menutti, Ernesto Meydac, Javier Moreyra, Rubén Emir Otero, Cristina Ochoa, Marta Palomino, Marcelo Eduardo Perez Consentino, Sabina Podrez Yanis, Andrea Carla Poggi, Juan Ignacio Rabolini, María Alejandra Re, María de las Mercedes Rivas, Gabriel Rodríguez

Roda, Telma Rodríguez Jiménez, Carlos Romanatti, Pablo Rojas Paz, Enrique Pablo Rojas Paz, Viviana Saia, Matias Sanchez Fontan, Julian Segura, Fernando Serret, Andrea Riganti Sepich, Jose Soldevila, Eliezer Tala, Alejandro Turjanski, Jorge Turjanski, Gonzalo Vásquez, María José Vinagre, Amelia Teresa Viacava, Néstor Villar, Gladys Vivas, María Fernanda Zarich, Susana Noemí Zolotnik de Ferdgelis, Felipe Cruz Henestrosa, Marina Ojeda, Guadalupe Zambiazzo, Claudio Torem, Laura Rodriguez, Mariana Hefling, Diego Maggi, Diego Miguez, Jorge Natiello, Marcela Paronzini, Ivana Fontana, Alejandro Margni, Patricia Ruberto de Santos, Alejandra Mazzuchi, Daniel Baloni, Diego Narosky, Marina López y Ana María Cabrera de Rivas, Sandra Lac Prugent, Carla Mezzini, María Cecilia Fernandez Rouyet, Luciana Plaza Castelli, Alejandro José Longobucco, Gaston Néstor Villar, María Lucrecia Baloni, Uan Ignacio Melgarejo, Ramiro Cortes, Ezequiel streger, Elida Ortiz, María Teresa Iglesias.

JUNTA EJECUTIVA

Presidente: Not. Marcelo Eduardo Perez Consentino

Vicepresidente I°: Not. Alicia Noemí Broccardo

Vicepresidente 2°: Not. Federico José Rodríguez Acuña

Secretario: Not. Rodolfo Luis Carvallo

Prosecretaria: Not. María Alejandra Borelli

Tesorero: Not. Julián Matías Castro

Protesorero: Not. Jorge Daniel Biglieri

Miembros: Not. Romeo Di Piero, Not. Ricardo Mariano Culler, Not. Rubén Emir Otero, Not. José Narciso Jaime Soldevila, Not. Eliézer Tala, Not. Mariana Clementina Molinari, Not. María Isabel Ludevid, Not. Armando Raúl Dal Lago, Not. Ernesto

Raúl Natoli, Not. Mariam Silvina Aramouni, Not. Ezequiel José Streger, Not. Leticia Emma Garello, Not. Diego Ariel Hollman, Not. María Enriqueta Fontan, Not. María de las Mercedes Rivas, Not. María Alejandra Re, Not. María Cecilia Fernández Rouyet.



EDITORIAL

Si capacitarse es un deber ético de todo profesional y además, un deber social de restituir con el mejor servicio a la comunidad lo que los profesionales recibimos en la enseñanza universitaria, podemos hoy decir, que en esta DELEGACION, estamos convencidos de tamaño logro.

Como Presidente de la DELEGACION LOMAS DE ZAMORA del COLEGIO DE ESCRIBANOS DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES, deseo manifestar que pocas veces he sentido tanto orgullo por aquellos colegas que cumplen con dicha premisa y saludo con mi más ferviente agradecimiento a todos aquellos que lo han conseguido a través del esfuerzo mancomunado realizado a través del CENTRO DE ESTUDIOS NOTARIALES (CEN) y la COMISION DE CONSULTA, ambos de la DELEGACION LOMAS DE ZAMORA del COLEGIO DE ESCRIBANOS DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES, que semana a semana, vienen realizando esta tarea de perfeccionamiento profesional, mediante debates, consultas, estudios, propuestas y todo tipo de análisis de la legislación vigente, proyectos de reforma a la misma, y estudio de la doctrina y jurisprudencia, para mejorar el ejercicio de la función notarial.

A través de la historia de nuestra DELEGACION, podemos ser conscientes de la defensa de los principios éticos y jurídicos, que llevaron a cabo nuestros antecesores y de su promoción de la incorporación de nuevos conocimientos y saberes que hicieran posible dar mejores respuestas a los requerimientos de los integrantes de nuestra comunidad. Sabemos, también, de figuras destacadas de la misma, que dejaron su huella desde las aulas, los Institutos y las Comisiones de estudios, hasta llegar a la Academia Nacional del Notariado, que hoy cuenta, dentro de sus miembros de número, a cuatro colegas de esta DELEGACION.

Cada uno de ellos, aún desde la diversidad de ámbitos de actuación, de ideas y de conceptos científicos, pueden ser testigos del respeto a su libertad intelectual, de expresión y de creación.

Y así, como consecuencia natural de ello, y gracias a la inagotable creatividad, tenacidad, generosidad y pasión por el saber que ostenta su mentor, el Notario Rubén Augusto Lamber, surgió un día, la idea de crear un espacio dentro de nuestra DELEGACION, abierto y dedicado exclusivamente a permitir que cada colega que asistiera, pudiera desarrollar su creatividad inmanente y a saciar sus ansias de saber en un mundo dinámico y exigente de nuevas habilidades y destrezas en nuestro actuar diario. Es ese mismo CEN

(Centro de Estudios Notariales), en donde sus integrantes renuevan su principal vocación de aglutinar en su seno, el mayor número posible de notarios y alentarlos a la actividad deslumbrante de la investigación, el estudio y el mejoramiento de su nivel profesional.

Asimismo, su labor, permitió que la DELEGACION LOMAS DE ZAMORA volviera a contar con una COMISION DE CONSULTAS, que tan ricos resultados diera a lo largo de su historia, permitiendo al colega tener un contacto personal con quien lo asesora y, debido a su acción colegiada, participar del intercambio de opiniones y puntos de vista, que permiten muchas veces analizar variadas soluciones a los interrogantes planteados.

Desde el día 2 de Enero de 2006, de forma ineludible y sostenida, el CEN invita a este esfuerzo del intelecto, superando las angustias de los tiempos exiguos con los que contamos en la elaboración del documento notarial.

Producto de su actividad y como vestigio de su labor cotidiana, me siento muy honrado de escribir estas líneas, presentando el octavo volumen de este aporte del CENTRO DE ESTUDIOS NOTARIALES de la DELEGACION LOMAS DE ZAMORA del COLEGIO DE ESCRIBANOS DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES, a la reflexión y al acceso a nuevos conocimientos, que fomenta de esta manera, nuestra contribución a su tarea.

Este número especial y extraordinario, pone de manifiesto el éxito contundente que los notarios de esta DELEGACION LOMAS DE ZAMORA han logrado en las últimas Jornadas Notariales Bonaerenses, no sólo por los premios obtenidos, sino también por la importante participación en todas las comisiones. Y este objetivo, anhelado por las autoridades de la DELEGACION LOMAS DE ZAMORA, no se podría haber alcanzado, sin la invaluable contribución que su CENTRO DE ESTUDIOS NOTARIALES hace en forma intensa y denodada.

Valoramos y agradecemos tan importante aporte al desarrollo de la investigación y capacitación del notariado, porque desde el conocimiento que tenemos de cada uno de sus participantes, sabemos positivamente que, de nuestra parte, todos merecen el mayor reconocimiento de sus colegas.

Mis felicitaciones a todos ellos y mi agradecimiento a los Notarios Rubén Augusto Lamber, Néstor Daniel Lamber y Eduardo Domingo Belmonte, que hago extensivo a todos aquellos que, con esfuerzo, pero con gran pasión y voluntad, siguen sosteniendo la actividad de esta fuente de saberes y conocimientos.

Desde aquí mi humilde exhortación a continuar en tal valiosa tarea.

Not. Marcelo Eduardo PEREZ CONSENTINO

Presidente

DELEGACION LOMAS DE ZAMORA

COLEGIO DE ESCRIBANOS DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES



SUMARIO

I. DOCTRINA ■■■

INTERPRETACION NORMATIVA

I- AUTORIZACION A MENORES PARA EL EGRESO O INGRESO AL PAIS Y LA INTERVENCION NOTARIAL: COMENTARIO DE LA DISPOSICION 2656/2011 de la DIRECCION NACIONAL DE MIGARACIONES

Por Nestor Daniel LAMBER

2- CERTIFICACION DE DOCUMENTOS NO FIRMADOS Y ELECTRONICOS

EL CONCEPTO DE DOCUMENTO en el art 171 inc. 1º de la LEY 9020/78 y la posibilidad de certificar copias de documento no firmados y electrónicos

Por Nestor Daniel LAMBER

II. JORNADAS NOTARIALES ■■■

XXXVII JORNADA NOTARIAL BONAERENSE

JUNIN, 3 al 5 de noviembre de 2011

TEMA I : ROL DEL NOTARIO EN MATERIA DE DERECHO DE FAMILIA

COORDINADOR: Not Sebastián Justo COSOLA

SUB COORDINADOR: Not. Antonio Miguel BERRO MADERO

“NUEVOS ENFOQUES SOCIALES DE LA FAMILIA Y LA PARTICION DE BIENES DE LA SOCIEDAD CONYUGAL”

**TRABAJO PRESENTADO POR LA DELEGACION LOMAS DE ZAMORA
AUTORES:**

Not. Maisa Lorena DI LEO RECALDE

Not. Ana Luján GENARO

Not. Néstor Daniel LAMBER

Not. Javier Hernán MOREYRA



TEMA II: PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y CALIFICACION REGISTRAL.

COORDINADORA: María Fernanda ZARICH

**“LA PUBLICIDAD INMOBILIARIA: INEXACTITUDES REGISTRALES Y
LIMITES A LA CALIFICACION REGISTRAL.”**

AUTORES:

Eduardo Domingo BELMONTE.

Silvina del Valle COLOMBO.

Graciela Inés DEMARTINI

Mónica Elizabeth MOSAGNA



TEMA III: PROPIEDAD HORIZONTAL.

PROPIEDAD HORIZONTAL.

**MAS PREGUNTAS, MAS RESPUESTAS, MAS
RESPUESTAS, MAS PREGUNTAS.**

COORDINADORES:

Coordinadora general: Not. Elba María de los Angeles FRONTINI.

Subcoordinador: Not. Federico Hernán DIAZ FALOCCO.

CATEGORIA: Trabajo por Delegación.

DELEGACION: Lomas de Zamora.

AUTORES:

Not. María Cecilia FERNANDEZ ROUYET.

Not. Sabina PODREZ YANIZ.

Not. Gonzalo Matías VASQUEZ.



**TEMA IV: “EL ROL DEL NOTARIO EN LA CONTRATACION
AGRARIA ACTUAL”**

El rol del notario frente a diversas situaciones negociales de la ley de arrendamientos y aparcerías rurales (ley I3.246, texto ordenado por las leyes 21.452 y 22.298)

Categoría: Trabajos de Delegaciones

AUTORAS:

María Leticia KRANNICHFELDT

María de las Mercedes RIVAS

Delegación: Lomas de Zamora

III. JURISPRUDENCIA ■ ■ ■







I. DOCTRINA

INTERPRETACION NORMATIVA

1. AUTORIZACION A MENORES PARA EL EGRESO O INGRESO AL PAIS Y LA INTERVENCION NOTARIAL: Comentario de la Disposicion 2656/2011 de la Dirección Nacional De Migraciones

Por Nestor Daniel LAMBER

La Dirección Nacional de Migraciones, ha dictado la Disp. 2565/2011, publicada en el Boletín Oficial el 7/11/2011, por la cual – como enuncia en sus considerandos- tiene el propósito de unificar la normativa referida al egreso e ingreso de menores de edad, adecuando sus preceptos al interés superior del menor, conf. Ley 2606I, y la modificación del art. 126CC, fijando la mayoría de edad a los 18 años.-

Cierto que una disposición administrativa, no puede modificar leyes y normas de orden jerárquico superior, pero tiene el loable fin de unificar las reglamentaciones de procedimientos a seguir por los agentes administrativos al respecto, y en general puede anticiparse que las mismas se ajustan a las normas del Código Civil y leyes en materia de menores.-

Es decir, que en primer término es una norma procesal para la Administración Pú-

blica, y no tiene directa fuerza legal sobre la actividad notarial, pero al establecer lo que debe hacer el agente de migraciones y control de fronteras al momento de ingresar o salir un menor del país, ello deberá ser tenido especialmente en cuenta por el notario interviniente en una autorización para salida o ingreso de menor a la República Argentina.-

I.- GENERALIDADES

1.- APLICACIÓN DEL NUEVO PROCEDIMIENTO

La Disposición en su art. 1º deroga todo el régimen anterior de procedimientos establecidos por esta Dirección, en la DNM 2895/85 y sus modificación y complementarias, fijando en su Anexo I el nuevo procedimiento.-

Como dicen sus considerandos, se busca por la presente la UNIFICACIÓN de la normativa en la materia, que comenzó a regir el 1º de diciembre de 2011 para todas las autorizaciones otorgadas a partir de dicha fecha (art. 9º de la Disposición).-

Tratándose de la reglamentación de normas del Código Civil, en cuanto a los derechos de los menores a salir e ingresar del país, se aplica la norma del art. 3º de este código, que establece la vigencia temporal de las leyes desde su vigencia “aun a las consecuencias de las relaciones o situaciones jurídicas existentes”.-

Por lo cual, las autorizaciones otorgadas con anterioridad que se adecuen a los requisitos de la nueva reglamentación, tendrán plena vigencia, aún cuando no hubieren cumplidos los recaudos de la anterior normativa.-

No se está ante un supuesto de aplicación retroactiva, imponiendo los requisitos del acto constitutivo, sino que dado que si sus consecuencias son las ahora admitidas, esta nueva norma ampara tales efectos, confiriendo ahora eficacia al acto.-

A la misma conclusión cabe arribar en cuanto a considerarla como una norma que tiende a prevenir el delito de sustracción internacional de menores, por cuanto, se trata de una ley más benigna que la anterior

normativa hasta ahora vigente, es que queda sin efecto la segmentación en edades que se venía aplicando, con requisitos diferentes para cada una de ellas, según el menor saliese solo o acompañado, y si el acompañante era uno de sus progenitores u otra persona.-

El art. 5º parr. 3º del Anexo I de la Disp. 2565/II expresamente dice: “De acuerdo con la voluntad de los padres la autorización podrá ser amplia y autorizar a su hijo a viajar a todos los países del mundo, hasta que alcance la mayoría de edad”.- La norma no deja lugar a dudas de su amplitud tanto espacial como temporal.-

La nueva normativa -a diferencia de la derogada-, no establece necesidad de compañía o recepción en el lugar de destino, por lo cual también se admite la posibilidad del viajar solos, como era en el régimen anterior.-

Se armoniza con la reforma del art. 126 C. Civil que establece la mayoría de edad a los 18 años, y no se establecen categorías para la salida del país a los menores por edad o compañía en la salida.-

En cambio para el ingreso de menores al país sólo se requiere autorización para los menores impúberes (menores de 14 años) que no viajasen acompañados o no sean aguardados por quien o quienes ejercen la patria potestad o por un terceros por estos autorizado.-

2.- AUTORIZACION AMPLIA PARA SALIR DEL PAIS.-

La mayor novedad con respecto a la

2.1.- ¿QUIENES PUEDEN OTORGAR LA AUTORIZACION AMPLIA?

Esta posibilidad de autorización amplia, se da SOLO en los supuestos de autorización

EXPRESA y CONFERIDA POR QUIENES EJERZAN LA PATRIA POTESTAD, en concordancia con la autoridad y cuidados sobre los hijos que tiene éstos como deber legal según el art. 265 CC, dado que el artículo 5º del Anexo I de la Disposición se refiere a la voluntad de los padres, que debe interpretarse como quienes ejerzan la patria potestad, carácter en que le corresponde incluir tanto a los padres biológicos como a los adoptantes sea en forma plena (art. 323CC), como simple (art. 329CC), conforme a la primera parte del art. 240CC.-

La autorización para salir del país es un derecho-deber que tiene quien ejerce la patria potestad sobre la persona del menor (art. 264 acápite), conjugado con la obligación de este de permanecer en la casa de sus padres salvo permiso de estos (art. 275 y 276 CC), que si bien se refiere a la residencia permanente en otra casa, también es extensivo a la ausencia temporal o transitoria.-

Cuando los padres ejercen la patria potestad, estando casado (art. 264 inc. 1º CC), no estado casados pero habiendo ambos reconocido al menor (art. 264 inc. 5º CC), o estado separados de hecho, separados personalmente, divorciados o existiendo nulidad del matrimonio (art. 264 inc. 2º CC), ambos deberán prestar el expreso consentimiento a tal autorización amplia o restringida según la concurrente y coincidente voluntad (art. 264 quater inc. 4º CC).-

En caso de ejercicio plural de la patria potestad es obligatorio el permiso de ambos -en acto conjunto o en actos separados-, lo

cual no se requiere cuando sea de ejercicio unipersonal, como los siguientes supuestos previstos en el art. 264 del CC:

a) Fallecimiento o ausencia con presunción de fallecimiento de uno de los padres, caso en que la patria potestad queda sólo en cabeza del que sobrevive (inc. 3º), que se acreditará con la partida o certificado de defunción o testimonio de la sentencia judicial en su caso.-

b) Suspensión o privación del ejercicio de la patria potestad a uno de los progenitores, quedando sólo la patria potestad en el otro (inc. 3º), que se acreditará con el testimonio de la sentencia judicial, o registro de la misma que surge de la partida de nacimiento.-

c) Hijo extramatrimonial reconocido por uno solo de los progenitores (inc. 4º), que se acreditará con la partida o certificado de nacimiento expedida con un plazo menor a seis meses de la salida del país (conf. Art. 3º inc. c) del Anexo I de la Disposición).-

Por lo cual, este supuesto se podrá otorgar la autorización para salir del país, pero una vez pasado los 6 meses de la expedición de la partida de nacimiento, se deberá presentar ante la autoridad de contralor, la autorización conferida (aún con más de 6 meses de antigüedad) y una nueva partida con menos de ese plazo a fin de acreditar la vigencia de la autorización.-

El código civil ha conferido el deber a los padres biológicos o adoptivos de cuidar a los menores, y también la autoridad sobre ellos de conformidad a la expresa norma

del art. 265CC; en consecuencia, se ha delegado en estos el juicio y la decisión sobre la salida del país como reconoce el art. 5º parr. 3 del Anexo I de la Disposición; pero en los restantes casos a los enumerados, es decir, cuando no haya acuerdo entre los padres o no exista quien ejerza este deber, se deberá recurrir a la autorización judicial supletoria.-

2.1.1.- SUPUESTOS DE AUTORIZACION RESTRINGIDA EXCLUSIVA.

Ante la falta de quienes ejerzan la patria potestad, el Estado que ejerce el patronato o representación promiscua de los menores a través de los jueces, debe resolver la conveniencia o no para el caso particular, es decir para cada salida del país, por lo cual SOLO PODRA SER RESTRINGIDA en los casos que enumera el inc. e) del art. 3º del Anexo I de la Disposición:

a) Falta de acuerdo entre los padres (inc. e) ap. 3º).- En caso de desacuerdo entre ambos progenitores o la imposibilidad de tener el consentimiento de otro, p. ej. en caso de ausencia, el juez deberá resolver según lo más conveniente para el interés del menor (conf. Art. 264 ter CC), que en principio deberá ser restringida; dado que la amplia implicaría una privación parcial del ejercicio de la patria potestad y la consiguiente imposibilidad implícita al progenitor de revocarla por su sola voluntad.- Aquí es necesario distinguir del supuesto de privación del ejercicio de la patria potestad que es facultad de ser resuelta por S.S. (art.

307 y cons. CC), que implica la modificación del régimen de patria potestad; así como del caso de desacuerdos reiterados o cualquier causa que entorpezca gravemente el ejercicio de la patria potestad, el juez podrá atribuirle total o parcialmente a uno de ellos o distribuir sus funciones por un plazo no mayor de 2 años (art. 264rer CC 2º parte).-

En ambos supuestos se modifica el ejercicio de la patria potestad a unipersonal (art. 264 inc.3ºCC), y este único titular (definitivo o temporal) es el que podrá conferir una autorización amplia, y no el juez.- Esta situación se diferencia del presente caso en que el juez suple la falta de acuerdo temporario en un caso particular, que merituará en miras al interés superior del menor, frente a la desavenencia de los padres, o desidia de uno de ellos.-

b) Cuando el menor se encuentre bajo tutela, curatela o guarda (inc. e) ap. I).- Esta norma no hace más que aplicar el art. 432CC en materia de tutela que dispone que el tutor “no podrá tampoco mandar a los pupilos fuera de la República o a otra provincia, ni llevarlos consigo, sin autorización del juez”, aplicable por la remisión del art. 475CC a la curatela.-

Con toda lógica, también se incluyen a los supuestos genéricos de menor en guarda como puede ser el caso de la guarda dada por autoridad judicial con fines de adopción.- Pero debe distinguirse de la guarda conferida en forma convencional o judicial, prevista en el inc. 5º del art. 264 CC, que es la que tiene uno de los dos progenitores

no casados y que han reconocido ambos al menor, en que se aplica el art. 264 quater inc. 4º CC, es decir que ambos (quien detenta la guarda y el otro progenitor) deben otorgar la autorización, y siendo voluntad conjunta de ambos pueden otorgarla en forma amplia.-

c) El menor que fuera hijo de uno o ambos padres de menores de 18 años de edad (inc. 3 ap. 4).-En el caso se prevé el este supuesto de la segunda parte del art. 264bisCC, por el que al hijo extramatrimonial de padres menores de edad no emancipados, el juez discierne la tutela a favor de quien ejerce la patria potestad de uno de los padres menores.-

La propia terminología legal hace referencia que se está ante un supuesto de tutela, al regula la subsistencia “en tal caso esa tutela aun cuando el otro progenitor se emancipe o cumpla la mayoría de edad”.- Al estar ante un supuesto de tutela se debe remitir a las normas de estas y al citado art. 432CC en particular.-

En correcta reglamentación de este art. 264 bis CC referido, dice este inc. 3, ap. 4. i: “Cuando se trate de la salida del país de un menor de edad, cuyo padres sean a su vez menores de edad no emancipados, será necesario en todos los casos contar con la debida Autorización Judicial que supla la incapacidad de ambos para prestar consentimiento”

A continuación prevé que en caso que alguno de los dos alcance la mayoría de edad, subsistirá el requisito de autorización judicial, lo que es congruente por analogía con

la última parte del art. 264bis CC referida.-

Debe tenerse presente que no existe la posibilidad de este supuesto en caso de ser un hijo matrimonial, pues el art. 131CC establece la EMANCIPACION POR MATRIMONIO que ha quedado vigente –y que necesitará el menor la licencia judicial previa para contraer nupcias (art. 167CC).- Es decir, el menor es emancipado por la causal de matrimonio y tiene capacidad plena, salvo para los casos en que expresamente le este restringido, por lo que no está comprendido en la norma reglamentaria ni en la del derecho de fondo.-

Por ello no debe quedar duda que los acápite ii y iii del ap. 4, inc. e, art. 3º del Anexo I de la disposición comentada sólo se pueden aplicar al caso de padres menores no emancipados (no casados).-

Estas dos normas prevén con sentido de lógica jurídica que si uno de los padres es mayor y otro menor, basta con la autorización del mayor, si el hijo menor sale con el progenitor menor (que puede ser amplia); pero que si el hijo menor sale con el padre mayor, se requerirá autorización judicial para suplir la voluntad del progenitor menor (que debe ser restringida).-

Este último supuesto que no está expresamente previsto en la ley de fondo, tiene un tratamiento en la reglamentación, que opta por la norma más prudente de analogía con el art. 264bisCC, y el principio del consentimiento de ambos progenitores, basado en el pleno discernimiento, intención y libertad.-

d) El menor que se hallare a disposición de un Juez, bajo protección judicial o bajo la

guarda de instituciones nacionales o provinciales de protección al menor (inc. e ap. 2).- Se está ante supuestos excepcionales en que el Estado asume el cuidado o protección del menor, situación que no puede ser permanente, sino hasta encontrar un adecuado lugar para el menor, como puede ser una futura adopción; por lo cual no cabe una autorización amplia, sino en atención al caso particular.-

e) La otorgada por quienes ejerzan la patria potestad ante Funcionarios de la Dirección Nacional de Migraciones (art. 4º inc. e) Anexo I).-

En este caso se admite conferir la autorización ante estos funcionarios especialmente habilitados para casos de urgencia, como existe en el Aeropuerto de Ezeiza, y en modo alguno la norma promueve.-

Por ello, expresamente dice la norma reglamentaria que “serán de carácter excepcional” y “tendrán validez para un solo viaje”.-

3.- AUTORIZACION RESTRINGIDA

Como es lógico, el mismo art. 5º párr. 3 citado, también prevé que puede ser conferirla la autorización de marras con las limitaciones o restricciones que estimen, siempre que respeten las normas de orden público.-

Las restricciones a imponer quedan al libre arbitrio de los padres, no estableciendo modalidades tasadas, como dice claramente la norma: “De acuerdo con la voluntad de los padres la autorización podrá... ser res-

tringida expresando especificaciones sobre la vigencia de la autorización y/o el país de destino del viaje y/o datos del acompañante en caso de autorizar al menor a viajar acompañado”

Si bien no hace referencia expresa al límite temporal, a continuación impone a la autoridad de control el deber de verificar la vigencia de la autorización al momento del viaje, denotando la habitual restricción en el tiempo. Podrán otorgar la autorización restringida quienes pueden otorga la amplia y los supuestos exclusivos analizado en el punto 2.I.I.-

4.- REVOCACION DE LA AUTORIZACION PARA INGRESO O SALIDA DEL PAIS

La otra novedad importante que trae esta Disposición, también en el final del parr. 3 del art 5º de su Anexo I, es la obligación de NOTIFICAR a la Dirección Nacional de Migraciones la REVOCACION otorgada por uno o ambos padres (biológicos o adoptivos) de la autorización para salir del país previamente conferida.-

La autorización implica un acto unilateral de cada padre, y la expresión consentimiento expreso de ambos padres del art. 264quater CC no puede interpretarse como mutuo consentimiento propio de la materia contractual, en la que integra una voluntad común mediante una sucesión de ofertas, contraofertas y aceptación, sino más propiamente como dos voluntades paralelas, concurrente y coincidentes en un

mismo o único acto y fin.-

Por ello la revocación de un acto unilateral será por otro acto unilateral del que la prestó oportunamente, con independencia de la voluntad del otro.- La autorización se formó y necesito de dos voluntades, y la revocación posterior de una hace perder el requisito del art. 264quater inc. 4º CC, e implica la revocación de la autorización misma.-

Esta revocación deberá ser por la forma que se haya otorgado el acto originario, como lo era hasta la fecha, pero la novedad de esta Disposición es imponer a quien la hace de NOTIFICAR a la Dirección Nacional de Migraciones, para “surtir efectos”.-

La norma reglamentaria acierta en no imponerla como condición de validez, pues la revocación será válida aún cuando no se notifique, y tendrá efecto para quien conozca la misma o deba conocerla.-

Pero establece que para tener debida publicidad y efecto se debe notificar a la Dirección Nacional de Migraciones, la que deberá arbitrar los medios para que la misma sea conocida en los puntos de salida del país; y con el debido contralor de vigencia, se impida la salida del país invocando una autorización revocada.-

El deber de notificar es a cargo de quien revoca, y la omisión de este deber es bajo su responsabilidad y con la consecuencia de no tener plenos efectos.-

No se trata de un supuesto de inscripción en un registro de revocaciones de autorizaciones a menores para salir del país, que no existe ni se crea, por lo cual el notario que interviene en estos actos, no tiene obligación

de inscripción del art. 35 inc. 8º Dec-Ley 9020/78, ni tampoco de notificar.-

Sin perjuicio de ello, será prudente el poner en conocimiento al revocante de su deber de notificar a la Dirección Nacional de modo expreso y por escrito, a fin de acreditar el debió asesoramiento notarial, en especial cuando el acto se otorgue bajo la forma escritura pública, liberando al notario autorizante de tal acto.-

II.- MODALIDADES DE AUTORIZACIONES.

El capítulo IV del Anexo I de la Disposición se refiere a formas de la autorización, como las modalidades de su otorgamiento -y no como la forma del acto-, así la clasifica en tácita (art. 4 del Anexo I) y expresa (art. 5 del Anexo I) que es la que hemos venido analizando.-

5 AUTORIZACION TACITA.

La autorización tácita es aquella que otorgan quienes están en ejercicio de la patria potestad al momento de efectuarse el control de salida, y cuando el menor viaje acompañado por éstos.-

De ser conjunto el ejercicio de la patria potestad se cumplirá por ambos en ese momento; y en caso de viajar con uno sólo de ellos, éste la cumplirá de modo tácito, que completará la autorización expresa que habrá dado previamente el otro.-

Es este último un supuesto de dar la

autorización en momentos diferentes, pues como se dijo, no se trata de la integración o conformación de una única voluntad común, sino que se está ante dos voluntades concurrentes que pueden darse en momentos, modalidad y formas del acto diferentes.-

La norma reglamentaria señala que en ese momento de efectuarse el contralor por la Autoridad de Aplicación, el otorgante que acompaña al menor deberá acreditar la filiación por los medios de prueba del art. 3º del Anexo I de la Disposición.-

Debe tenerse presente que se confiere a la Autoridad una flexible apreciación de prueba o acreditación de la filiación, en especial en el caso de otorgarse conjuntamente por ambos padres.- El inc. a) de este artículo, prevé tener por acreditada la filiación, no sólo por la libreta de familia, partidas o certificados que emita el Registro Civil, o el testimonio de la sentencia de adopción; sino que también remite a la suficiencia de las constancias obrantes en el certificado de nacionalidad, pasaporte, o cualquier otro instrumento público que dé plena fe del vínculo invocado.-

La norma reglamentaria hace excepción y contradice el principio derivado del art. 246CC, de que el estado de familia se prueba por los documentos expedidos por el Registro Civil o resolución judicial por excepción; y admite la disposición en análisis otros documentos públicos que hagan referencia a estos y los hayan acreditado en el cuerpo del mismo.-

Este desapego a la norma de jerarquía

legal superior es criticable por la violación directa al art. 31 de la Constitución Nacional, en tanto las modalidades agregadas deben surgir de una norma del igual carácter que la del Código Civil, que no puede ser modificado por una mera disposición administrativa como es la presente.-

Esta norma deja la libertad a la Autoridad de Aplicación a la prueba directa con instrumento público con tal finalidad especial (partida), o también puede recurrir a la acreditación indirecta, cuando la prueba de la filiación invocada surja de otro instrumento público.-

Así el agente de contralor, tiene la facultad en el caso de la autorización tácita otorgada por uno sólo de los progenitores que ejercen la patria potestad, en tener por acreditado el vínculo con la constancia notarial en la escritura pública en que el otro autoriza al menor a salir del país y acredita la filiación de ambos padres.-

Esta idea de la reglamentación de amplitud en las formas de acreditación de los instrumentos públicos que den cuenta de la respectiva filiación, se refleja también la norma del art. II del Anexo I, capítulo de las disposiciones generales, que establece que “Toda documentación mencionada en la presente disposición debe ser presentada en original o, en su defecto, en copia autenticada, a los fines de acreditar la identidad y/o vínculo invocado.”, que desde ya anticipamos que no debe ser aplicable al caso del instrumento notarial portante de la autorización expresa.-

6 - AUTORIZACION EXPRESA

La autorización expresa será necesaria toda vez que el menor de edad no viaje acompañado por quienes tienen el ejercicio de la patria potestad sobre él, y requerirá ser conferida ante un funcionario público, que el art. 5 del Anexo I limita a notarios nacionales o extranjeros (inc. a), cónsul argentino (inc. b), juez competente (inc. c), Autoridad Competente del Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas (inc. d), y Funcionarios de la Dirección Nacional de Migraciones (inc. e).-

Los dos últimos supuestos enunciados incorporan la admisión de la autorización por instrumentos administrativos, que no pueden ser calificados de instrumentos públicos si no existe una ley que le atribuya a los funcionarios administrativos intervinientes las mismas atribuciones que a los escribanos públicos, como ocurre con los cónsules.-

El art. 979 del CC es claro en la materia al señalar que “son instrumentos públicos: 1º) las escrituras públicas hechas por los escribanos públicos en sus libros de protocolo, o por otros funcionarios con las mismas atribuciones...”; por ello la autorización otorgada ante los Funcionarios de la Dirección Nacional de Migraciones en Aeropuerto Ezeiza, no es un instrumento público, por surgir tal facultad de una norma reglamentaria administrativa y no de una ley.-

Sin embargo, debe tenerse presente, que las leyes de fondo no establecen la exigencia de la forma de instrumento público para

otorgar esta autorización a los menores para salir del país -pese a la importancia y consecuencias del acto-, por lo cual bastará con su otorgamiento por instrumento privado o equivalente, con la acreditación fehaciente del carácter de titulares de la patria potestad.-

Esta acreditación si debe ser ante un funcionario público o quien detenta función fedante, que tenga la facultad de dar fe pública notarial, judicial o administrativa, ante la falta de norma expresa en la legislación de fondo.-

6.1.- LA FORMA DE LA AUTORIZACION EXPRESA NOTARIAL

El art. 5 del Anexo I dice que la autorización expresa la deben otorgar los padres —más propiamente debe decirse quienes ejercen la patria potestad- ante escribanos.-

Esta terminología parecería referir a la actuación notarial protocolar, propia de la escritura pública; pero como vimos la ley de fondo no exige esta forma, por lo cual se está al principio de libertad de formas lo que hace admisible incluso los instrumentos administrativos aún cuando no lleguen a tener el carácter de públicos según el art. 979CC.-

Por ello es admisible tanto su otorgamiento bajo la forma escritura pública, como bajo la forma instrumento privado, en el que los titulares de la patria potestad sobre el menor autorizado, suscriban la autorización ante notario que certifica sus firmas, puestas ante él en el lugar y fecha de la actuación notarial, con la debida

acreditación del carácter invocado con los instrumentos públicos a la vista.-

En este sentido la propia reglamentación no exige que se agreguen tales documentos legitimantes, sino que el 2º párr. del art. 5º del Anexo I solo exige que el instrumento portante de la autorización contenga “la indicación explícita de que el o lo autorizante son el padre y/o la madre del menor, de acuerdo a la documentación fehaciente que se ha tenido a la vista”.-

Bastará con explicitar en la parte del documento en que se actúe dando fé pública notarial de haber tenido a la vista estos documentos, y expresar el carácter o título invocado; sea en la propia escritura pública (art. 979 inc. 1º CC), o en la actuación notarial documental de certificación notarial de firma anexa al instrumento privado (art. 979 inc. 2º CC).-

6.1.1.- EL INSTRUMENTO NOTARIAL PORTANTE DE LA AUTORIZACION EXPRESA.

La reglamentación se limita a exigir la legalización de la firma del notario interviniente por el Colegio de Escribanos competente en su jurisdicción sin distinción, ratificando el criterio ya largamente admitido, sea que la autorización se otorgue por escritura pública o por instrumento privado con firma con certificación notarial.-

Este instrumento debe ser presentado en original para la salida del país, no pudiendo ser suplido con una copia certificada del mismo, como parecería admitir la genérica norma del art. II del Anexo I.-

Cada instrumento público tiene su forma de traslado específico para su valor, fuerza y efecto ante la sociedad.-

Así por ej., si bien el Juez tiene el pleno imperium para dictar una sentencia, es el Secretario del Juzgado o Tribunal, el que tiene la función de dar fé pública judicial del traslado hacia terceros, al ser el único que puede expedir el respectivo testimonio de la resolución (salvo los casos excepción de la ley 22172 que actúa en conjunto con el Juez).-

De igual modo, si bien el documento notarial más relevante es el protocolar, la facción protocolar, no es suficiente para dar traslado de su contenido a terceros, sino que se requiere la expedición de su primera o ulterior copia, que por el art. 979 inc. I CC tiene el carácter de instrumento público, y con la finalidad y función exclusiva de dar fehaciente conocimiento a la sociedad del contenido de la escritura pública conservada en el protocolo.- Ergo, no se puede acreditar el título con el protocolo matriz, sino que se requiere la expedición de la respectiva copia; y este no se puede suplir con una copia certificada aún por notario público en los términos del art. 171 del Dec.-Ley 9020/78.-

En el caso del instrumento público notarial de certificación de firma, sólo da traslado frente a terceros cumpliendo con la acreditación de la actuación notarial, formalizada en el respectivo folio impreso por el Colegio de Escribanos, con más las constancias intrínsecas que exige la ley ritual y su reglamentación.- Por ende, tampoco la

certificación de su copia es hábil ni suficiente para dar el debido traslado de sus efectos de carácter público a terceros.-

En conclusión, la certificación notarial de las copias no es el modo autorizado para dar traslado a los documentos públicos notariales, que tiene su forma reglada y tasada de cómo ser conocidos y comunicados a la sociedad y terceros; y no puede ser desvirtuada a través de la certificación de su copia, que tendrá efectos probatorios, pero no los propios de la forma constitutiva o de título.-

No debe perderse de vista, que si bien no se está ante un mandato, ni ante un poder de representación, la autorización exigida en el caso, importa un acto constitutivo de una especial relación jurídica cuyo efecto es la facultad de menor de edad de salir del país sin compañía de quienes del derecho y deber propio de la patria potestad o instituto legal que la supla; y por ende comparte el carácter de título acreditante y portante de la autorización, al igual que el poder de representación.-

Por ello el documento público notarial portante de esta autorización debe ser original, no puede ser suplido por una copia certificada del mismo.-

6.1.1.1- CONSTANCIAS DEL NOTARIO.

El notario tiene el deber legal de acreditar el ejercicio de la vigencia de la patria potestad y la modalidad conjunta o unipersonal, en su caso.-

a) La patria potestad en principio se

acreditará con la partida, acta o certificado de nacimiento del menor, o libreta de familia donde conste su nacimiento, en ambos con el reconocimiento de los progenitores o la constancia de adopción y/o privación o suspensión de la patria potestad en sus notas marginales.-

También se podrá acreditar los dos últimos casos que requieren sentencia judicial (adopción y privación o suspensión de patria potestad) con el respectivo testimonio de la resolución judicial, de conformidad a la acreditación de la filiación según el art. 246CC.-

La disposición de marras está dirigida a los funcionarios del área de la Dirección Nacional de Migraciones, y no puede modificar una clara norma del Código Civil, como es el citado art. 246; por lo cual, pese a que el art. 3º inc. a) del Anexo I de la Disposición, admita la prueba de filiación también con un certificado de nacionalidad, pasaporte u otro instrumento público, el notario en su actuación debe estar a la norma de fondo, y no se puede acreditar con estos otros instrumentos por no tener eficacia para tal prueba del estado civil.-

b) La mayor novedad es la norma del inc. c) del artículo, que en el caso del menor que haya sido reconocido por uno sólo de los progenitores, deberá exhibir al salir del país una partida con menos de 6 meses, con la finalidad de constatar si no existe un reconocimiento posterior, que obligue a exigir también la autorización de este reconociente tardío.-

Como ya señalamos, las partidas no tie-

nen plazo de vigencia, y esta norma administrativa no es obligatoria para el notario.- Pero como una vez que concurra el menor a salir del país si se le exigirá, por lo que será más que conveniente solicitar a quien otorgue la autorización una partida o certificado de nacimiento con menos de seis meses cuando uno sólo lo haya reconocido.-

La norma tiene una loable finalidad tuitiva del menor y tiende a una mayor seguridad jurídica por lo que debe ser bienvenida.-

Sin perjuicio de ello remarcamos lo indicado ut-supra, que la vigencia de la partida es al momento de la salida del país y no del otorgamiento de la autorización; por lo cual la autoridad de contralor podrá exigir que la autorización conferida -que mantiene vigencia y no caduca-, sea acompañada con una nueva partida o certificado expedido en el plazo de la reglamentación.-

c) En el caso de ejercicio unipersonal por fallecimiento de uno de los progenitores, el notario deberá acreditar la filiación y fallecimiento con las partidas, certificados, actas o libreta respectivos.-

d) En caso de ejercicio unipersonal por ausencia con presunción de fallecimiento, privación o suspensión de la patria potestad, deberá acreditar la filiación en el modo invocado, y las resoluciones judiciales con los testimonio de las sentencias respectivas, o sus inscripciones al margen de las partidas emitidas por el Registro Civil.-

6.1.1.2.-LOS DOCUMENTO HABILITANTES A LA VISTA

El art. 5º del Anexo I exige que el no-

tario deje constancia del carácter de la actuación de los otorgantes y el haber tenido a la vista la documentación fehaciente para acreditar tal carácter, lo cual es adecuado tanto para la autorización otorgada por escritura pública como por instrumento privado con firma certificada, donde no hay posibilidad de agregar o incorporar documento alguno.-

Entendemos que los documentos que debe tener a la vista el notario son originales tanto de los instrumentos públicos administrativos expedidos por el Registro Civil como de de los testimonios de las resoluciones judiciales analizados, y no copias certificadas como parecería habilitar el art. 11º 1º parr. in fine del Anexo I; pues ello desnaturalizaría el documento público que tiene efectos de traslado a terceros de un acto constitutivo de una situación jurídica, como señalamos en el punto 6.I.I, ya que la copia certificado tiene efecto con respecto a su prueba documental, pero no con relación a la constitución de la relación jurídica que requiere su constancia directa del instrumento publico portante de la misma (p.ej.: filiación reconocida).-

6.1.1.3.- LA PROTOCOLIZACION DE LOS DOCUMENTOS HABILITANTES

La protocolización de los documentos habilitantes que demuestran la titularidad de la patria potestad se plantea con respecto a las autorizaciones otorgadas bajo la forma escritura pública.-

La norma de fondo básica en la materia es el art. 1003CC que si estamos a la

doctrina que propugna una interpretación restringida, sólo sería obligatorio para el notario protocolizar, es decir agregar original o copia autenticada, del instrumento portante de la representación legal o voluntaria.-

Al no ser el presente un supuesto de ejercicio de la representación legal del menor, sino que el otorgante realiza un acto por sí, el de autorizar al menor de edad a salir, podría concluirse que no es obligatorio.-

En cambio si estamos ante la interpretación más amplia, se determinará que esta norma se refiere a toda acreditación de la legitimación subjetiva del carácter en que intervenga el compareciente.- No se requiere protocolizar las acreditaciones del objeto del acto (como es el título inmobiliario antecedente), pero si toda circunstancia que determine el carácter en que interviene el sujeto.-

Desde esta interpretación más amplia será exigible que se protocolicen las copias autenticadas que acrediten el carácter de los sujetos otorgantes, es decir la titularidad de la patria potestad.-

Más allá de la norma de fondo, no cabe duda que se está ante un documento habilitante de la actuación de las partes, que el notario bonaerense debe examinar, conforme a la obligación legal del art. 35 inc. 4º del Dec.-Ley 9020/78; y la natural prueba para demostrar al notario que ha cumplido acabadamente su obligación profesional, es su constancia documentada, es decir la protocolización del documento o copia autenticada del mismo sobre el que ha actuado, en especial en una materia tan sensible

como es la de los menores, y el delito de sustracción internacional de menores.-

El art. 142 del Dec.-Ley 9020/78 dice que “integrarán el protocolo los documentos que se anexen por disposición legal o a requerimiento expreso o implícito de los comparecientes o por disposición del notario”, y esta anexión surge de la facultad del notario de hacerlo por su propia disposición a los fines de demostrar el debido cumplimiento de su responsabilidad profesional.-

Pero también surge requerimiento implícito de la parte, por las normas de este Anexo I, que tienen por cumplida la acreditación de la patria potestad por otros instrumentos públicos.- En consecuencia, si está protocolizado el documento habilitante, en modo alguno la autoridad de contralor podrá exigir que se le exhiban nuevamente las partidas, certificados, libreta de familia, acta, o testimonio de sentencia; ya que como vimos esta debe tener por suficiente tal estado y carácter con otro instrumento público que de cuenta de ello.- Esta razón hace exigible la protocolización para cumplir el implícito requerimiento de las partes.-

6.1.2.- AUTORIZACION EXPRESA ANTE NOTARIO EXTRANJERO

El art. 5 inc.a) del Anexo I, al referirse a la autorización otorgada ante notario en el extranjero exige la legalización ante la representación diplomática o cónsul argentino.-

Esta norma es criticable, pues si la autorización se otorga en país extranjero, basta-

rá con cumplir con la legalización internacional que corresponda según el país en que se emite.-

Si el documento se otorgó en un país que es parte de la Convención de La Haya del 5 de octubre de 1961, bastará con la apostilla suscripta por funcionario del país emisor, y si proviene de Brasil, con posterioridad al año 2003, bastará con la intervención de la autoridad del Ministerio de Relaciones Exteriores de dicho país, según convenio del 16 de octubre de 2003.-

Una norma administrativa no puede modificar el régimen de legalizaciones internacionales estatuido por tratados internacionales, cuyo orden jerárquico es aún superior al de las leyes del Congreso Nacional.-

Por ello debe estarse en este particular, a la norma del art. II° párr. 2° del mismo anexo I de esta Disposición, que prevé la legalización por el sistema del Convenio de La Haya (apostilla); pero que también debe extenderse a todo otro convenio internacional, como el citado con Brasil.-

En cuanto a la forma del documento se deberá estar a la del país del lugar de celebración (conf. Arts. 12 y 950 CC), admitiéndose incluso el documento equivalente; pero teniendo la autoridad de aplicación el derecho a exigir por el orden público internacional argentino, el cumplimiento de las acreditaciones legitimantes con los requisitos locales; y en caso de no haberlos cumplido en el lugar de origen, acreditarlos en la República.-

Esta solución de cumplir con la acreditación de los elementos legitimantes que re-

querían dación de fe pública no cumplidos en el lugar de otorgamiento, y que se cumplimentan con la exhibición de los mismos en el país de ejercicio, es la prevista en el art. 6 de la Convención de Panamá de 1975 en materia de poderes que es dable aplicar por analogía en el caso.-

6.1.3.- RESERVA DE ORDEN PUBLICO

Esta reserva de la aplicación de orden público está presente para todas las autorizaciones expresas, y se plasma en el último párrafo del art. 5 del Anexo I que expresamente confiere a la autoridad de contralor la facultad de tener por insuficiente la autorización en caso de sospechas fundadas sobre el instrumento portante de la misma: “En todos los casos, cuando al momento de efectuarse el control migratorio en el ingreso o egreso, el funcionario actuante tuviere sospechas fundadas respecto de la autorización, teniendo en cuenta el interés superior del niño, se deberá dar inmediata intervención a la Policía Migratoria Auxiliar, a la autoridad judicial competente y al Ministerio Pupilar. Ello, en los términos del artículo 37 de la Ley N° 26.061”.-

En tales casos el juez podrá disponer la entrega en guarda provisorio del menor, en las condiciones del art. 9° 2 parte inc. I° de este Anexo I.-

III- EL MENOR AUTORIZADO

La Disposición sienta el principio ge-

neral que todo menor de 18 años, sea nacional o extranjero, residente permanente o temporario en la República, requerirá autorización para egresar del país (art. 1º del anexo I de la Disposición); y que todo menor de 14 años, requiere autorización para ingresar al país.-

En el supuesto de ingreso a la República se aclara que se aplica a los menor de edad de cualquier nacionalidad (art. 8º), y en el art. 9º sobre la materia, incluye la referencia a los menores argentinos, sin discriminar su lugar de residencia.- Ante ello parece aconsejable incluir en las autorización para salir del país la facultad de retornar al país, en especial para el caso que lo haga sólo y no sea recibido por quienes ejercen la patria potestad o autorizados por estos.-

7.1.- RESIDENCIA

La norma no solo está dirigida a los menores de edad de nacionalidad argentina, sino también a los de otras nacionalidades que tengan residencia en la Argentina.-

La residencia es el elemento que determina la aplicación de la norma procedimental, y esta se conceptualiza para el caso reglamentado, por la posibilidad de su demostración documental.-

A los efectos de la norma debemos determinar la residencia por exclusión.- En principio será residente todo menor de edad que esté en la Argentina legalmente; excluyéndose solo a los extranjeros que sean residentes transitorios (excluidos según inc. e) art. 2º del Anexo I), por no haber so-

licitado residencia, o habiéndola solicitado no haber obtenido aunque más no sea una residencia provisional o precaria.-

Por excepción, también requerirá autorización, el menor extranjero que habiendo obtenido residencia temporal, hubiese seguido en el territorio nacional, por más de un año desde el vencimiento del plazo de permanencia otorgado previamente (Cap. VI art. 7º del Anexo I).-

Se trata de un caso donde la residencia originariamente fue legítima, pero luego continuó en infracción a la ley de su otorgamiento; y donde la subsistencia de la irregularidad en el tiempo previsto, igualmente hace aplicable el régimen a fin de no desproteger al menor en cumplimiento del tratado internacional de rango constitucional.- Se trata de una situación anómala y no querida, que se resuelve por principio de necesidad y urgencia en la defensa del interés superior del menor.-

7.1.1.- ACREDITACION DE LA RESIDENCIA.

En principio debe considerarse a todo menor argentino como residente, y los casos de acreditaciones de la misma surgen para las excepciones previstas en el art. 2 del Anexo I.-

Para los supuestos de prueba de la excepción a la necesidad de autorización tiene un criterio amplio, y como referencia debemos tomar la norma del inc. b) del artículo que admite tener por probada la excepción de autorización al menor argentino con residencia o domicilio en otro país, “mediante docu-

mento identificatorio y otro instrumento público en el que conste aquel extremo”.-

En consecuencia por el principio de reciprocidad, se acreditará la residencia en el país de todo menor extranjero en cuyo documento identificatorio u otro documento público equivalente conste su domicilio en la República Argentina, como así también toda constancia judicial o de Administración Pública argentina de su residencia ajustada a derecho nacional en el país.-

Esta amplitud de prueba de las excepciones a la autorización, se refleja también en la norma del inc. a) del art. 2° del Anexo I, en que se prueba la emancipación del menor por matrimonio con “Libreta o Acta de Matrimonio, Certificado de nacionalidad, pasaporte, cédula u otro documento que acredita la identidad y en que conste el estado civil referido”

La Disposición adopta un criterio, que debe admitirse como diferenciado del legal para acreditar la titularidad de la patria potestad -que deberá hacerse con las respectivas partidas o testimonios de sentencia judicial-, del presente caso de la acreditación de la residencia que la admite por cualquier instrumento público.-

Criterio amplio que también adopta con la prueba del derecho foráneo, a la hora de determinar la capacidad del menor de 18 años extranjero, que ya es capaz en su país de nacimiento, en el que se requiere la certificación de tal circunstancia expedida por la representación diplomática o consular en la Argentina, o por cualquier otro instrumento público (art. 2° inc. c) del Anexo I).-

7.2.- EXCEPCIONES A LA AUTORIZACION A MENORES PARA SALIR O INGRESAR AL PAIS

El art. 2° del anexo I excluye expresamente de la necesidad de contar con la autorización al menor para salir o ingresar al país, en una enumeración de casos que se debe interpretar con enunciativa, e incluye supuestos de: i) cese de la incapacidad del menor y de la potestad o tutela (emancipación, capacidad adquirida según ley extranjera más favorable), y ii) residencia en el extranjero.-

a) PRINCIPIO EN FAVOR DE LA CAPACIDAD.- LEY EXTRANJERA MAS FAVORABLE

El inc. c) del art 2° del Anexo I prevé que no se requerirá autorización para los menores extranjeros, residentes un nuestro país en forma permanente, temporaria o precaria, que para las leyes de su país de origen o residencia anterior, hubiere alcanzado la mayoría de edad.-

Es la directa aplicación del principio y norma de derecho internacional privado en materia de capacidad, de estar siempre a favor de esta y no de la incapacidad; y en consecuencia una vez que se adquiere no se le puede privar.-

Con el mismo criterio a favor de la capacidad, el inc. d) del art. 2° del Anexo I, también excluye a los emancipados por cualquier forma otorgada según las leyes aplicables, sin distinguir de ser argentino o extranjeros; por lo cual si a un menor argentino, con residencia o domicilio en el extranjero le es aplicable una ley más favo-

table según la norma de derecho internacional privado, debe estarse a la eficacia de tal emancipación.-

Esta emancipación se probará por un instrumento público, y deberá cumplir con las legalizaciones según su país de origen.- Si bien la norma reglamentaria no lo dice, si en el país de origen no se conociese forma de instrumento público como en la Argentina, deberá bastarse con un documento equivalente.-

b) EMANCIPADOS POR MATRIMONIO

El otro supuesto de excepción es el emancipado por matrimonio (inc. a) art. 2º Anexo I), que adquiere capacidad para los actos de la vida civil, con las solas limitaciones expresas, y que provoca el cese de la patria potestad (art.306 inc. 4º CC).-

Es el único supuesto de emancipación que subsiste en el país después de la sanción de la ley 26.579, y se prueba con la partida, certificado, acta o libreta emitida por el Registro Civil de la jurisdicción de su celebración.-

c) MENOR ARGENTINO RESIDENTE EN EL EXTRANJERO

El inc. c) del art. 2º prevé este supuesto, y es el congruente con el principio general del procedimiento implementado de aplicarse a los residentes en el país, que son los menores sobre los que el Estado Argentino, tiene imperio para proveer a su protección y desarrollo.-

d) MENOR EXTRANJERO CON RESIDENCIA TRANSITORIA (inc. e) art. 2º).-Tratándose de un extranjero con documentos identificatorios u otro documento público con domicilio en el exterior, se presumirá su residencia transitoria, como ya se ha analizado.-

e) APLICACIÓN DE TRATADOS INTERNACIONALES (NORMAS SUPRANACIONALES).-

El art. 10º del Anexo I también prevé que no se aplicarán las normas de esta Disposición cuando exista un convenio bilateral o multilateral en la materia con los países que sean firmantes; y cuando el menor tenga la protección como refugiado, y se rija por las normas supranacionales de tales, según los convenios a los que adhiera la República



CERTIFICACION DE DOCUMENTOS NO FIRMADOS Y ELECTRONICOS



EL CONCEPTO DE DOCUMENTO en el art 171 inc. 1° de la LEY 9020/78 y la posibilidad de certificar copias de documento no firmados y electrónicos

Por Nestor Daniel LAMBER

1.- DOCUMENTO E INSTRUMENTO

Para considerar la posibilidad de la certificación notarial de copias de documentos en soporte papel, que contengan extractos de operaciones bancarias; o constituyan la copia imprimible de las vista en ventanas de página web oficiales, en pantallas de todo aparato tecnológico capaz de reproducir por estos medios documentos electrónicos emanados de la administración pública nacional, provincial o municipal, o sus entes u organismos descentralizados, debemos analizar primeramente el concepto y alcance de la terminología en el art. 171 del D-L 9020/78, y los arts. 118 y siguientes del Dec. 3887/98 reglamentario de dicha ley.-

El citado art. 171, establece la competencia del notario en la Prov. de Buenos Aires, para certificar reproducciones literales, totales o parciales, extractos, relaciones o resúmenes de todo documento original o reproducido, de carácter público o privado.-

Desde antes de la norma comentada, LOPEZ OLACIREGUI -al explicar la teoría del instrumento-, señalaba *"El instrumento o documento es una cosa que cumple una función en relación a la forma o la prueba de un acto o de un hecho"* (en SALVAT, Raymundo – TRATADO DE DERECHO CIVIL ARGENTINO

– PARTE GENERAL, T. II, pág. 319), denotando así la doble función de documento e instrumento: a) como forma, sea constitutivo o probatorio de un acto jurídico tasado legalmente; y b) como medio de prueba de una relación o situación jurídica -total o completa- o de un hecho, teniendo en estos dos aspectos, efectos jurídicos diferenciados, donde es esencialmente distinta la relevancia de la acreditación de su autoría en la génesis del propio documento.-

Continúa este autor, definiendo al documento o instrumento como una *"cosa expresiva y reproductiva que perpetúa y registra el haber sucedido un hecho o un acto y lo lleva de un tiempo a otro tiempo (del tiempo del suceder al del probar)."*- (LOPEZ OLACIREGUI, op.cit., T. II, pag. 320).-

En este concepto se trataba en forma conjunta documento e instrumento, y se adecua con bastante ductilidad a su aspecto de FORMA del acto, donde la autoría explicitada en el mismo es indispensable (por ello la exigencia de firma para los instrumentos privados del art. 1012 CC).-

Sin embargo, en la doctrina y jurisprudencia, hoy en día se ha consolidado el concepto de documento como género, y de instrumento como especie del documento.- Así se explica en los fundamentos de la Ponencia presentada por la Delegación

Argentina en el Tema I en el XXV Congreso Internacional del Notariado, Madrid, 2007: “Como es sabido, el vocablo documento proviene del latín “documentum”, y éste a su vez de la voz latina “docere”, es decir lo que se enseña, hace constar o mostrar algo. Según CARNELUTTI, la definición de documento abarca “toda representación material idónea, destinada a reproducir una manifestación del pensamiento.-...el documento no es sino una cosa representativa, es decir capaz de representar un hecho, asegurando el acto o negocio documentado, y convirtiéndose en fuente de prueba superior (Referido por Adriana ABELLA en “Derecho Notarial (derecho documental – responsabilidad notarial)” Ed. Zavalía, 2005, pág.299)”.-

En cambio -refiere el mismo trabajo del notariado argentino- “El vocablo instrumento es más restringido, tratándose de una especie del documento. Generalmente se conforma por escrito en el que se exterioriza la voluntad jurídica de quien lo suscribe u otorga.-“(PONENCIAS DE LA DELEGACION ARGENTINA pág. 8 y 9).-

En la normativa del Código Civil tanto los instrumentos privados como los públicos, requieren expresión por escrito, es el soporte material que le da el carácter de cosa; y el estar firmados, es el hecho que confiere la representación documental de su autoría.- En contraposición, si carece de firma, escritura en idioma nacional o extranjero, o soporte material adecuado, no constituye un INSTRUMENTO, pero sí constituye un DOCUMENTO, que es el género.-

2.- DOCUMENTO NO FIRMADOS

En la materia a analizar, debemos partir de

esta distinción de género y especie, y tener presente que el art. 171 inc. 1º del DL 9020/78 se refiere a DOCUMENTOS y no a instrumentos, lo cual nos permite certificar las reproducciones que aquellos que sin llega a ser instrumentos se los considere documentos.-

Así, los llamados instrumentos particulares o no firmados, es decir soporte papel, escrito en un idioma lingüístico pero que carezcan de firmar, no son técnicamente instrumentos pero si son DOCUMENTOS.- Esta es la terminología que utilizan ETCHEGARAY y CAPURRO, al referirse a ellos y considerar su posible reconocimiento: “RECONOCIMIENTO DE DOCUMENTOS NO FIRMADOS. Si la parte que los emitió reconoce un documento no firmado, le atribuye el valor instrumental que no tenía por la falta de firma.” (ETCHEGARAY, Natalio P.- CAPURRO, Vanina L. FUNCION NOTARIAL- DERECHO NOTARIAL APLICADO – ED. ASTREA, Bs.As. 2011, pág. 179).-

Pero también el documento no firmado, puede tener signos o iniciales -como son signos el número de transacción u operación y fecha impresa que tienen los documentos emitidos por banco o copias imprimibles de páginas informáticas (web) oficiales, y que por efecto de la norma de la segunda parte del art. 1014 CC, de ser reconocidos voluntariamente tienen los efectos de firmas.-

Es decir que aún caso de tener a las copias o extractos impresos de los documentos electrónicos en cuestión como no firma-

dos, se encuentra interés suficiente para su certificación, dada la potencialidad de ser reconocidos.-

Los documentos no firmados, si bien no son suficientes para el aspecto del documento como FORMA, si pueden tener cierta relevancia en su aspecto PROBATORIO.-

Explica claramente MOSSET ITURRASPE: *“No obstante que el artículo 1012 preceptúa que “la firma de las partes es una condición esencial para la existencia de todo acto bajo forma privada”, el art. 1190 inc. 2º alude a los instrumentos particulares no firmados. Pese a la oposición de alguna doctrina que juzga viciosa esta denominación, la jurisprudencia ha declarado que no existen obstáculos para que el documento probatorio esté firmado o no y que el art. 1012 del Cód. Civil se refiere “a los instrumentos formales de un acto jurídico”, a los constitutivos de una obligación”*(MOSSET ITURRASPE, Jorge – CONTRATOS- Ed. Ediar, Bs.As. 1984, págs.. 248 y 249).-

Nótese entonces el reconocimiento legal en el citado art. 1190 inc.2º de los documentos no firmados, y sus efectos probatorios, más allá de las cuestiones de su falta de prueba de autoría en sí mismos.-

En este sentido, la expresión DOCUMENTO del art. 171 de DL 9020/78, no es ajena a la interpretación aceptada hoy en doctrina y jurisprudencia, y por ende comprensiva también de los documentos no firmados, aún cuando no sean instrumentos, máxime ante la norma del art 1190 inc. 2º CC.-

Debe tenerse presente, que el art. 118 del Dec. 3887/98 al reglamentar el artículo en cuestión, establece en la certificación nota-

rial de la reproducción se atestará la fidelidad del contenido del documento pero no la autenticidad de las firmas en él estampadas; por lo cual no es se debe comprobar si son firmas o signos ineficaces como firma.-

En consecuencia, no es indispensable que el documento cuya copia se certifica por este sistema extraprotocolar necesariamente deba cumplir a ese momento el requisito de acreditar su autoría; ya que existe un concreto interés jurídico para su requerimiento, aunque sea con lo efectos limitados de poder ser principio de prueba por escrito, cuyo efectivo valor probatorio dependerá de la labor que integre el Juez en el proceso, o el reconocimiento por su autor posterior

Como primera conclusión, debemos señalar que en el proceso de certificación extraprotocolar de copias del art. 171 inc. Iº del D-L 9020/78, se incluye la posibilidad de cumplirlo con respecto a documento no firmados (que no se califiquen como instrumentos); lo cual admite la posibilidad de certificar copia de extractos bancarios que carecen de firma ológrafa, como el ticket, que expide un cajero automático como constancia de depósito en una cuenta, donde se indican datos de la operación, y habitualmente un número de transacción, operación, etc. y su fecha; al igual que sucede con los comprobante de pago de impuesto inmobiliario dados por Banco Provincia por sus ticket SPOT, SAM 2000, etc., o las constancias emitidas como comprobantes de recepción de pagos de tasas, impuestos o servicios de redes como pago fácil, rapipago, entre otras.-

3.- DOCUMENTOS ELECTRONICOS

El documento electrónico reúne la característica del género, en cuanto tiene la aptitud de perpetuar y registrar un acto o hecho, y llevarlo de un momento a otro en el tiempo.- Las constancias que se emiten en la páginas web oficiales (p. ej la consulta de la constancia de CUIT) permiten la consulta o verificación reiterada de un documento electrónico, mediante su solicitud a través de un ordenador, con una técnica de acceso sin restricción, y cuyo descryptamiento se hace con código de verificación que provee el emisor en ese momento al usuario (para esa solicitud y sin condiciones de privacidad), y permite tener a la vista en signos alfanuméricos en la pantalla del ordenador (incluso teléfono celular) o en otros periféricos como una impresora, a través de su copia imprimible.-

Es decir que estos nuevos documentos si bien pueden carecer de la prueba de su autenticidad en si mismos (que como señalamos en el acápite anterior no es indispensable para proceder a la certificación de su copia), tiene el requisito de perdurabilidad en el tiempo, es decir permite ese “llevar” el acto o hecho de un momento a otro y en forma reiterada.-

Esta circunstancia de permanecer el documento (original o reproducido que trataremos a continuación) en el tiempo, lo diferencia netamente de la pretensión de certificar tomas fotográficas.-

En estos últimos supuestos, si se pretende certificar la coincidencia de la fotografía con la realidad -o el hecho de la recepción del

fax-, se está pretendiendo certificar un hecho que no se mantiene el tiempo: la realidad que sucede se desvanece en el tiempo, y es la toma fotográfica, el documento que la representa y pretende hacer perdurar, por lo cual aquí la realidad no es un documento que la representa, sino el hecho mismo, que para su fijación documental, requerirá el acta de comprobación por el notario (en la Provincia de Buenos Aires en forma protocolar).-

En cambio en la situación analizada existe un documento, que está representando y trasladando en el tiempo un acto administrativo, conservado en el tiempo en un documento electrónico que puede ser consultado a través una herramienta mecánica-informática, que permite su lectura en el lenguaje alfanumérico, y que constituirá el documento original o reproducido sobre el que se realizará la certificación notarial extraprotocolar.-

Se está frente a una especie de documento como expresamente los reconocen Ricardo César González Rocca, Claudia Mirta Pastorino y Carlos Agustín Sáenz, que explican las posturas en la materia: *“En cuanto al concepto de documento electrónico, se han intentado distintas definiciones, ETTORE GIANNANTONIO (El Valor Jurídico del Documento Electrónico. Revista Informática y Derecho. Volumen 1. Ed. Depalma. Bs. As. 1991), las distingue en aquellas de carácter estricto, donde la característica principal radica en la imposibilidad de que el hombre pueda conocer el contenido del documento sino a través de adecuadas máquinas traductoras que hacen perceptibles las señales digitales de que están constituidos, los datos están en el mismo ordenador, que es ininteligible para el operador; en otras palabras documento es el archivo electrónico*

en sí mismo, o sea un grupo de bits (números binarios —ceros y unos—) que en su conjunto representan los caracteres que integran el documento, y que podría encontrarse físicamente alojado en un soporte magnético, pudiendo ser visualizado o impreso a través de algún periférico de una PC; y las de **carácter amplio**, como “el documento gestado con la intervención de un ordenador (computadora)” a través de sus propios órganos de salida (monitor, impresora, etc.), cuya nota característica es que es viable percibirlo, sin necesidad de la intervención de máquinas traductoras, directamente por el hombre. De este último criterio surge la relación con el soporte informático, como aquel dispositivo destinado a recibir esa manifestación de pensamiento de que hablaba CARNELUTTI, y mantenerla en forma legible y duradera, sobre un soporte material.” (GONZALEZ ROCCA – PASTORINO- SAENZ - EL DOCUMENTO ELECTRONICO – REVISTA NOTARIAL N° 934, págs. 596/7).- En el mismo sentido se expiden ETCHEGARARY- CAPURRO, siguiendo a José M. ORELLE (op. Cit., pag. 182).- “Atendiendo a cualquiera de estos conceptos, la doctrina mayoritaria entiende que si bien el documento electrónico no es escrito tal cual estamos acostumbrados (papel), GIANNANTONIO, en la obra citada, concibe a la escritura como “la fijación sobre un soporte material de un mensaje destinado a la conservación”, y por lo tanto considera al documento electrónico como documento escrito, ya que: a) Contiene un mensaje (texto alfanumérico o diseño gráfico); b) En lenguaje convencional (el de los bits); c) Sobre soportes (cinta o disco); d) Destinado a durar en el tiempo. Esta postura es aceptada mayoritariamente, y forma parte de las Conclusiones de la XXIV Jornada Notarial Argentina; al igual que en el IV Congreso Iberoame-

ricano de Derecho e Informática.- (GONZALEZ ROCCA – PASTORINO- SAENZ – Op. Cit, págs. 596/7, quienes adhieren a la postura relacionada).-

Sentado que se está ante un documento, y dado que la ley notarial provincial en cuestión, se refieren a documento y no a instrumentos, al intérprete no cabe distinguir donde la ley no lo hace – criterio de interpretación nos viene desde el derecho romano-, y por lo tanto considerar comprendidos a los documentos electrónicos en el concepto de documento del art. 171 DL 9020/78 en cuestión.-

3.1.- DOCUMENTOS ELECTRONICOS Y DIGITALES

Sentado el concepto de documento electrónico, seguiremos en el presente trabajo la clasificación entre documento electrónico como el género, y del documento digital, como el especie de documentos electrónico firmados digitalmente, en los términos de la ley nacional 25.506 y provincial 13.666.-

Los documentos electrónicos que analizamos no constituyen documentos digitales, en tanto carecen de firma digital, y por ende la autoría e inalterabilidad que este proceso les confiere; por lo tanto nos encontramos ante documentos electrónicos no firmados.-

Según el criterio amplio reproducido, tanto el documento electrónico constituido por el conjunto de bytes, como su representación en el ordenador en caracteres alfanuméricos, sea en pantalla o impresos, constituyen un documento electrónico, y

por ende admisible la certificación de sus copias en soporte papel.-

Según el criterio estricto referido, el documento electrónico que tratamos sería el conjunto de bytes; y su expresión alfanumérica en pantalla o en la impresión que admitida a través del ordenador receptor, constituiría un documento reproducido; y como expresamente regula el art. 171 inc. I° D-L 9020/78, es posible la certificación de la copia de un documento reproducido.-

Nos enfrentamos a DOCUMENTOS NO FIRMADOS, como explicamos en el punto 2 del presente, donde sentamos la posibilidad de la certificación notarial de sus copias, pese al limitado efecto jurígeno que pudieran tener, y siempre teniendo presente que la intervención notarial no adicionará al documento valor probatorio o formal alguno.-

Al respecto señalan GONZALEZ ROCCA-PASTORINO-SAENZ: *“No sólo la firma electrónica no es apta para cumplir con la firma manuscrita requerida para los instrumentos privados (artículo 1012 del Código Civil), sino que el requisito de escritura es considerado sobre papel, y aún no hay reconocimiento jurisprudencial (aunque si doctrinario) que considere al documento electrónico como “documento escrito”, tal cual como nosotros lo sugerimos, por lo cual entendemos que hasta tanto no se modifique la legislación, el documento electrónico vale sólo como instrumento particular no firmado, y por lo tanto “como principio de prueba por escrito” (artículos 1190 C.C. y concordantes). De allí que la importancia de legislar específicamente sobre el documento electrónico, radica sobre todo en darle al mismo mayor fuerza y valor probatorio.”*

(GONZALEZ ROCCA.- PASTORINO – SAENZ.- Op.cit. pág. 609), lo cual nos posiciona, aún en el caso de tratarse de documento electrónicos no firmados digitalmente, en la misma conclusión que el punto anterior.-

En este sentido, la sanción posterior del art. 6° de la ley 25.506 dice: *“Se entiende por documento digital a la representación digital de actos o hechos, con independencia del soporte utilizado para su fijación, almacenamiento o archivo. Un documento digital también satisface el requerimiento de escritura”,* siguiendo la legislación la postura de la doctrina antedicha.-

De igual modo el Proyecto de Unificación de la legislación Civil y Comercial de 1986, incluía a los documentos en soporte digital en la categoría de instrumentos particulares, y dice el texto aprobado por de la H. Cámara de Diputados del proyectado art. 978, segundo párrafo: *“Son instrumentos particulares los escritos pero no firmados.- Son también instrumentos particulares los impresos, los registros visuales o auditivos de cosas o hechos y, cualquiera que fuese el medio empleado, los registro de pensamiento o información”.-* (PROYECTO DE CODIGO CIVIL- Ed. Astrea, Bs.As. 1987, pág. 79).- También recogía este criterio el Proyecto de Código Civil para el año 2000, elaborado por la Comisión creada al efecto por el Decreto 685/95, que integraran los Dres. Héctor Alegría, Atilio Aníbal Alterini, Jorge Horacio Alterini, María Josefa Méndez Costa, Julio César Rivera y Horacio Roitman, que proyectaban el siguiente art. 296: Instrumentos particulares.- *El valor probatorio de los instrumentos particulares debe ser apreciado por*

el Tribunal ponderando, entre otras pautas, los usos del tráfico, las relaciones precedentes de las partes si las hubiere habido, y la razonable convicción que pueda alcanzarse sobre su autoría, legalidad e intangibilidad de acuerdo a los métodos utilizados para su creación y transmisión a terceros.-“ (PROYECTO DE CODIGO CIVIL PARA LA REPÚBLICA ARGENTINA – Ed. San Isidro Labrador, 1999, pág. 184).-

3.2.- REQUISITOS DE PERDURABILIDAD, AUTENCIDAD E INTANGIBILIDAD DEL DOCUMENTO CUYA COPIA SE CERTIFICA.- EL ACTO ADMINISTRATIVO.-

Concluyendo desde la óptica de interpretación literal de la norma, la admisibilidad del documento electrónico dentro del vocablo “documento” del artículo analizado, y en la categoría de no firmados; y pudiendo concluirse que las expresiones alfanumérica en pantalla o impresas del mismo sean consideradas como documento original o reproducido (copia del documento electrónico en sentido estricto) según la postura asumida, en ambos casos son fuente suficiente para la labor de certificación extraprocolar de sus copias, por limitarse la labor del notario a cotejar la copia con el documento electrónico que tiene a la vista sea en pantalla o en copia impresa (firmada o no por el requirente); cabe considerar la falta de ciertos recaudos de dichos documentos electrónico que no se adquieren por la labor del certificador.-

En el presente trabajo nos limitamos a tratar los documentos electrónicos exis-

tentes en páginas oficiales del Estado (administración pública nacional, provincial o municipal), en los cuales la PERDURABILIDAD se da por la posible visualización o verificación en pantalla o reproducciones impresas en diferentes momentos.-

No escapa que tales documentos podría ser quitados de la página web, pero en el caso particular, debemos tener presente que el documento electrónico en sentido estricto, es la representación de un acto administrativo, y por ende tiene el registro de los mismos.- Por lo cual pese a tratarse estas reproducciones de documento no firmados, el acto administrativo (atribución de CUIT en ejemplo dado), puede ser verificado por la pericia informática solicitada por el juez en el ámbito de un proceso judicial; ya que como señalamos el objeto de la certificación no tiene otro valor probatorio mayor que ser principio de prueba por escrito, es decir, que requerirá de otros medios de prueba complementarios (y como dijimos es ese valor parcial y limitado el que justificaba el interés jurídico en su certificación).-

Con respecto a la AUTENCIDAD, es decir la acreditación de su autoría, de la que carece por no estar firmado digitalmente, señalamos que ello no es óbice para la certificación extraprotocolar de las copias; si bien ello da efectos limitados, y es de buena técnica notarial el dejar constancia de la tal limitación y que la certificación no confiere mayores efectos a la copia que los que tiene documento base para la intervención fedataria.-

El recaudo de mayor escozor es de la

INALTERABILIDAD, ya que si bien es cierto que un instrumento en soporte papel puede ser alterado, habitualmente se tiene la posibilidad de una visualización inmediata de la misma, por los rastros que deje en el soporte material la adulteración.- En el soporte digital la alteración no deja un rastro apreciable a simple vista, y requiere la intervención de medio informático para determinarla o advertirla.-

Pese a ello, a la posterior verificación de la alteración, que podrá hacerse por la pericia informática de los documentos electrónicos administrativos, el requerimiento de certificación de la copia de un documento alterado, puede tener sentido de requerimiento para conservar la emisión de ese documento impropio pero que se expresaba a través de la página oficial, pero con apariencia idóneo.-

La actividad notarial se limita a certificar la concordancia de la copia con el documento en determinado momento y lugar, sin implicar su intervención acreditación de autoría ni fehaciencia del contenido del original, que requerirá comprobación posterior.-

El instrumento privado tradicional con enmendaduras y raspados con apariencia de ser debidamente salvado por las parte, admite la certificación notarial de la copia, aún cuando ello no enerva a que las partes nieguen la fidelidad del salvado en instancia posterior, en el ámbito de la contradicción a la prueba presentada.-

En el documento electrónico, al ser no firmado, este no es un medio de prueba, y en consecuencia, tampoco lo es su copia

certificada notarialmente, que es un MERO PRINCIPIO DE PRUEBA, y por ende es a quien lo presenta el que tendrá la carga de la probar la inalterabilidad de dicho documento, a diferencia del caso anterior, invirtiendo el principio carga de la prueba.-

Quien pretenda prevalerse de la presunción de autoría e inalterabilidad de un documento electrónico, deberá recurrir a la firma digital del mismo, convirtiéndolo en lo que denominamos en el presente como documento digital.-

Si bien para poder certificar la copia de un instrumento, el primero debe tener ciertas características de inalterabilidad, lo cual podría relacionarse con la posibilidad de cotejo entre este y la copia (perdurabilidad), este recaudo tiene que ver con la naturaleza de la actuación notarial, que no podría dar carácter de inalterable al contenido de una copia derivada un documento que no lo tiene.-

En el caso en estudio nos referimos a copias de documentos electrónicos administrativos, es decir, los generados por la Administración Pública, dentro de un proceso administrativo – por breve que sea que genera un acto administrativo, con las característica de presunción de legalidad del mismo; y su registro digital en las dependencias oficiales, en las que será posible recabar los registro digitales o informáticos para su prueba posterior (El contenido del documento electrónico administrativo constituye una declaración de la Administración pública de la resolución de un proceso intelectual y no material, que en el ejemplo de la constancia de CUIT consiste

en la atribución de una clave a un ciudadano, según el procedimiento regulado para dicho resultado).-

Se debe presumir la legalidad y conservación de los actos del Estado, con su deber legal de contralor, lo que los pone en un rango diferente a los de los particulares.-

No porque no sea posible su destrucción, sustracción, etc.; sino por el imperativo normativo de la presunción de legalidad de los actos de la administración pública y sus procedimientos de contralor, *“principio derivado de la interpretación constitucional que consagra la presunción de validez de los actos estatales”* (CSJN causa *“Pustelnik”*, Fallos 293:133: *hace reposar la presunción de legitimidad también en la ausencia de vicios “graves” y “manifiestos” o “patentes”*).- *“Es la suposición de que el acto fue emitido conforme a derecho, dictado en armonía con el ordenamiento jurídico. Es una resultante de la juridicidad con que se mueve la actividad estatal. La legalidad justifica y avala la validez de los actos administrativos; por eso crea la presunción de que son legales, es decir, se los presume válidos y que respetan las normas que regulan su producción”* (DROMI, José Roberto – MANUAL DE DERECHO ADMINISTRATIVO, Ed. ASTREA, Bs.As. 1987, T. I pág. 137).-

Esta posibilidad de contralor del acto del Administración Pública, hace justificable la admisión de la certificación notarial de copias de documentos electrónicos administrativos, sea en pantallas digitales o copias impresas, cuando se originan en páginas oficiales de la Administración Pública Nacional, Provincial o Municipal.-

En definitiva, es el Estado quien asume el riesgo de poner a disposición de los ciudadanos algunos de sus actos mediante documentos electrónicos, a través de sus páginas oficiales, y tiene el consiguiente deber del control de la veracidad de los mismos, cuando es el último garante de la fidelidad del tráfico de documentos digitales en la República Argentina; no pudiendo trasladar los riesgos a los destinatarios, por la responsabilidad de los actos emitidos bajo la forma elegida por el Estado.-

Por ello se concluye en la posibilidad de certificar en forma extraprotocolar de reproducciones literales completas o parciales de documentos electrónicos expresados en pantallas o copias imprimibles emanadas de páginas web de la Administración Pública por tratarse la representación de actos administrativos del Estado.-

4. ADDENDA: CERTIFICACION EXTRAPROCOLAR Y ACTA NOTARIAL PROTOCOLAR

Sentada la admisión de la posibilidad de recurrir al proceso extraprotocolar de certificación de copias de documentos electrónicos, cabe sólo comparar el mismo con la actuación protocolar, mediante una escritura-acta de comprobación.-

El recurrir a este segundo procedimiento notarial, tampoco asegurará la inalterabilidad del documento electrónico del que se obtiene la copia impresa o su transcripción

en el protocolo notarial.- Al igual que en la certificación extraprotocolar se deberá estar a la posterior prueba de la fidelidad del contenido de dicho documento.-

En el acta protocolar, se podrá tener un mayor detalle del proceso como el notario y el requirente llegan a obtener la copia, la posibilidad de presencia de testigos que luego deberán ratificar ante V.S., etc., a fin de recabar mayores pruebas preconstituidas.-

Pero ello no enerva que la posibilidad de la enunciación simplificada hecha por el notario en el texto de su certificación, que como lo hace al certificar una acta social enuncia que es copia de la foja y libro que determina, de cierta sociedad, y su rúbrica; como en este caso enuncia que la copia (en todo o en parte) coincide con el documento electrónico que tiene a la vista en la pantalla de su ordenador (que si no aclara que ha salido de su notaría, su actuación es en esta sede).-

También podrá certificarse la copia de la copia imprimible suscripta por el destinatario del acto administrativo o su representante (siguiendo el ejemplo de la constancia de CUIT), pero dicha firma no lo convierte en un instrumento privado firmado, ya que la firma no es la de su autor, ni tampoco asegura la inalterabilidad del documento electrónico del que emana la copia imprimible en cuestión.-

En consecuencia, todas estas modalidades serán posibles de constituir una actuación notarial válida y apegadas a la normativa de

la ley reglamentaria del notariado en la Provincia, y el acta notarial protocolar de comprobación será necesaria cuando se quieran conservar más hechos, pruebas o actos, que la mera constatación de coincidencia entre una de las manifestación del documento electrónico – como es la página web o imprimible- con una copia en soporte papel del mismo, ya sea de modo total o parcial de su contenido; es decir, que no es indispensable que todo el documento reproducido sea idéntico al que hace de original copiado, como expresamente lo admite el art. 171 inc. 1º DL 9020/78.-

La evolución social impone nuevas situaciones, a las que el derecho no puede responder con una interpretación sólo exegética o recurriendo a la intención del legislador, sino que la norma para ser adecuada debe responder incluso a aquellas novedosas que el autor no siquiera imaginó, a través de una interpretación equitativa.- Primero será la doctrinaria que contemple en la armonización de la norma escrita, el hecho novedoso, y su valoración justa, que de origen al derecho consuetudinario, como fuente de derecho normativo-consuetudinaria integrando a la norma las situaciones novedosas, haciendo sabias y previsoras las palabras del texto legal que se “aggiorna” a diario para satisfacer las demandas de justicia de cada sociedad particular en que ese derecho se hace vivo, y subsiste en tanto pueda brindar, al decir de Hart, soluciones equitativas para ella.-





II. JORNADAS NOTARIALES

XXXVII JORNADA NOTARIAL BONAERENSE

JUNIN, 3 al 5 de noviembre de 2011



TEMA I: ROL DEL NOTARIO EN MATERIA DE DERECHO DE FAMILIA

COORDINADOR: Not Sebastián Justo COSOLA

SUB COORDINADOR: Not. Antonio Miguel BERRO MADERO

TRABAJO PRESENTADO POR LA DELEGACION LOMAS DE ZAMORA

AUTORES:

Not. Maisa Lorena DI LEO RECALDE

Not. Ana Luján GENARO

Not. Néstor Daniel LAMBER

Not. Javier Hernán MOREYRA

NUEVOS ENFOQUES SOCIALES DE LA FAMILIA Y LA PARTICION DE BIENES DE LA SOCIEDAD CONYUGAL

PONENCIAS Y FUNDAMENTOS

I.- La tutela de derecho de familia actual no está directamente condicionada a la celebración de matrimonio ante los órganos pertinentes del Estado, sino que también debe regular la asimilable situación de quienes constituyen una familia sin este acto administrativo previo.-

2.- Debe interpretarse el concepto de familia de la ley 14.394, como comprensiva de toda unión familiar, aún de hecho y en cualquiera de las nuevas modalidades sociales existentes: tradicional, monoparental, homoparental, o ensamblada.-

3.- Los concubinos con hijos (en común o

no) que constituyan una verdadera familia en los hechos, tienen el derecho constitucional y supranacional humano, y pueden afectar a Bien de Familia un inmueble en condominio entre ambos, bastando que tal circunstancias se acredite con su sola declaración jurada ante el notario interviniente.-

Asimismo el no titular, y sus hijos de otra unión matrimonial o de hecho, pueden ser beneficiarios del Bien de Familia constituido por el otro.-

También podrán constituir Bien de Familia los concubinos sin hijos, en atención a la potencialidad de tenerlos, y la necesaria aplicación de los principios constitucionales de igualdad y acceso y protección de la única vivienda.-

4.- De lege ferenda se propone la eliminación de la prohibición de la donación al hijo del cónyuge del art. 1807 inc. 2º Código Civil, sin perjuicio de las acciones de protección de la porción hereditaria legítimaria.-

5.- En el derecho de familia actual tiene mayor aplicación la autonomía de la voluntad.- La prohibición de contratar entre cónyuges se limita sólo a aquellos contratos que implican la transmisión de la propiedad.-

6.- Se propicia la recepción legislativa de la posibilidad de celebrar convenciones matrimoniales entre los cónyuges con la sola formalidad de ser otorgados por escritura pública, estableciendo un régimen de separación de bienes entre cónyuges, como alternativo al preestablecido legalmente de

comunidad de gananciales vigente, de lo cual se deberá tomar nota al margen de la partida de matrimonio.-

7.- Se propicia la posibilidad de celebrar la convención matrimonial durante el matrimonio por escritura pública, con la previsión de un previo procedimiento judicial de oposición de los posibles acreedores de las deudas de la sociedad conyugal y los cónyuges.-

8.- Se ratifica la posibilidad de celebrar la partición y adjudicación de bienes de la ex sociedad conyugal en forma privada por escritura pública, con la sola acreditación de causal de disolución.-

9.- Se ratifica la posibilidad de celebración de convenios partitivos de la sociedad conyugal, durante el proceso de divorcio o separación judicial, o aún antes de su inicio pero concurrentes a éste, y condicionados a la sentencia firme respectiva.- Estos convenios podrán ser presentados en cualquier instancia de dichos procesos, o no serlo nunca, y luego ratificados por escritura pública.-

Estos convenios podrán ser oportunamente ratificados por ex cónyuges, o sus apoderados.-.

10.- Es plenamente admisible el otorgamiento de poderes especiales irrevocables o post-mortem, a terceros o al ex cónyuge -con la previsión de la expresa facultad de autocontratar-, causados en estos convenios (autorizados judicialmente o no), que cumplida su condición tendrán plenos efectos jurídicos desde la presentación conjunta de

la demanda o su interposición en su caso.-

II.- Ante el fallecimiento de uno o ambos ex cónyuges de una sociedad conyugal disuelta por distinta causal pero sin haberse liquidado, siendo todos los herederos del causante mayores y capaces, pueden partir y adjudicar privadamente los bienes no liquidados oportunamente, en los términos del art. 3462 CC y la aplicación extensiva de la remisión del art. 1313 CC, sin necesidad de aprobación u homologación judicial alguna.-

12.- Se ratifica la necesidad de solicitar la inhibición de ambos ex cónyuges en caso de disposición de bienes de la ex sociedad conyugal, aún cuando se opte por la teoría que admite la disposición del titular registral con el asentimiento del otro.-

13.- Ante la existencia de dos teorías sobre la disposición o codisposición de los bienes que integran la indivisión post comunitaria, deben interpretarse armoniosamente los poderes otorgados al respecto, y así considerar que el poder otorgado por el ex cónyuge para disponer o asentir, implica el de partir y adjudicar, y viceversa, el de partir y adjudicar, implica el de disponer o asentir; pudiendo utilizar el mismo el escribano receptor indistintamente para redactar el acto notarial según la teoría que él estime válida.-

14.- La sentencia judicial que resuelva la disolución de la sociedad conyugal debe estar firme.- Su acreditación natural se da por la inscripción de la misma al margen de la

respectiva partida en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas; excepcionalmente se puede acreditar también por el respectivo testimonio u oficio judicial no inscripto que tienen la suficiencia del traslado judicial suscripto por el Secretario del Juzgado o Tribunal.-

La acreditación con el expediente a la vista, traslada al notario la responsabilidad por la calificación sobre la firmeza o no de la resolución, y el cumplimiento de los recaudos procesales respectivos.-

15.- En los casos de adquisición de bienes durante el proceso de divorcio o separación personal, entre la presentación conjunta de la demanda o su interposición, y el dictado de la sentencia respectiva, una vez firme ésta con efecto retroactivo al primer acto procesal indicado, se tiene por desvirtuada la presunción de ganancialidad desde dicha fecha.- El bien es propio del adquirente, y la oposición del otro ex cónyuge requerirá una acción judicial de anulabilidad, cuyo efecto en caso de ser admitida, tendrá los efectos previstos en el art. 1046 CC.-

En este caso es conveniente pero no obligatorio, el asentar el cumplimiento de la condición en nota marginal.

16.- Se recomienda dejar expresa atestación documental en el cuerpo de la escritura, de la declaración del adquirente de estar separado de hecho, sin voluntad de unirse y desde cuándo, en miras a la posible exclusión por resolución judicial del carácter de ganancial del mismo.-

PRIMERA PARTE:

CONCEPTO ACTUAL DE FAMILIA. EVOLUCION HISTORICA DERECHO ARGENTINO

Como en tantos otros órdenes de la vida, el derecho nos enfrenta al desafío y a la responsabilidad de actualizar los conceptos sobre los cuales nos erigimos como sociedad.

Es legítimo y valedero preguntarnos, comprometidamente, ¿quiénes somos, de verdad? ¿Quiénes somos, ahora? ¹

La necesidad de obtener respuestas que reconstruyan el presente y proyecten una sociedad más plural, igualitaria y justa, conllevará al enfrentamiento con la valoración. Al menos dos nuevos interrogantes surgen entonces: ¿Vale porque existe? o ¿Existe porque es valioso?

Lo que surge como indiscutible, frente a tanto cuestionamiento, es que estamos condenados a innovar.

En la post modernidad, donde la complejidad, la inestabilidad, la celeridad y el individualismo son notas características, no puede sino reconocerse que, transformando a las distintas instituciones sociales, estas notas conviven con las estructuras sólidas y estables que contienen a clanes y generaciones, construidas sobre reglas cuidadosamente establecidas, que cumplidas, generan el sentido de pertenencia, seguridad y tradición.

De este modo, pues, entre tantas otras

cuestiones, nos es necesario reflexionar: ¿Cómo son y están compuestas en la actualidad las familias? ¿Cuáles son sus estructuras y sus funciones?

Atento la complejidad dada por distintas variables, no será factible obtener un único concepto de familia que involucre y describa la realidad social actual. *La igualdad de derechos, las obligaciones compartidas entre los integrantes de la pareja, la autonomía económica de quienes integran el grupo, el incremento de hogares monoparentales, el aumento de personas que viven solas, los elevados índices de separación y divorcios, la marcada tendencia del aumento de familias reconstruidas, la aprobación del matrimonio civil homosexual*², entre otras variables, hacen de la familia una extensión mayor en términos cualitativos y cuantitativos, modificándose el concepto de la llamada familia tradicional.

Enriquecer aquellas reflexiones implica nutrirnos del discurso de otras disciplinas. Desde un punto de vista antropológico, *Lévi-Strauss (1981) conceptualiza a la familia en términos de grupo familiar, y lo define como un conjunto de personas ligadas entre sí por constantes espacio-temporales y vínculos de parentesco, y articuladas por su mutua representación interna, que se propone explícita o implícitamente realizar una tarea que constituye su finalidad. La familia es la unidad pri-*

1 El filósofo Alejandro Rozitchner, en su artículo "Notas sobre Responsabilidad", reflexiona e invita a preguntarnos: La responsabilidad se liga con la autenticidad: ¿Quién soy yo, de verdad?; la responsabilidad pide actualización: ¿Quién soy yo, ahora?. En I00volando.blogspot.com

2 Traba, Suray. "Configuraciones Familiares en la Actualidad", 2010. Tesina inédita presentada para la obtención del título de Licenciada en Psicología, en la Facultad de Psicología de la Universidad de Belgrano.

*maria de interacción y sostén de la estructura social.*³

Ya no definen a la familia la unión legal entre un hombre y una mujer con la finalidad de procrear y educar a los hijos.

Desde la psicología, podemos citar el aporte de Arés Muzio (1998) quien propone que la familia es la unión de personas que comparten un proyecto vital de existencia en común que se quiere duradero, en el que se generan fuertes sentimientos de pertenencia a dicho grupo, existe un compromiso personal entre sus miembros y se establecen intensas relaciones de intimidad, reciprocidad y dependencia.⁴

A fin de superar la crítica y la falacia de que “todo tiempo pasado fue mejor”, citamos a continuación una breve pero concluyente reseña histórica de la evolución de la familia, sintetizada en tres grandes períodos:

Familia Tradicional: tenía como fin principal la transmisión del patrimonio. Los casamientos eran convenidos entre los padres de los futuros cónyuges, sin consideración de los deseos de éstos. La organización familiar era patriarcal.

Familia Moderna: entre fines del siglo XVIII a mediados del siglo XX, la familia pasa a ser el receptáculo afectivo de sus miembros, dándosele trascendencia al amor romántico. La organización patriarcal entra en crisis. La atribución de la autoridad se vuelve problemática, debido al alto índice de disolución del vínculo marital y de la recomposición de nuevas parejas.

Desde el punto de vista que podríamos

denominar “de pertenencia”, es posible analizar la evolución de la familia también en tres grandes períodos:

Derecho Romano: el pater familia era quien se autodesignaba como padre de un hijo por adopción. En este período el vínculo biológico no es trascendente, y por ello, “el niño que no es reconocido como su hijo por un hombre, aún cuando haya nacido de su esposa legítima y de sus actos, carece de padre”.⁵

Familia Post Moderna: iniciada en los años 60, la familia es la unión afectiva y sexual, en busca de la intimidad por un período de tiempo relativo.

Cristianismo: impone la primacía de una paternidad biológica. La paternidad deriva, pues, de Dios y no de la voluntad del hombre.

Psicoanálisis: hacia finales del siglo XIX, Freud plantea que el padre deja de ser el vehículo exclusivo de la transmisión psíquica y carnal, comenzando a compartir ese rol con la madre.

En cuanto a su evolución, concluimos que la familia occidental en la época moderna abandonó el paradigma de un poder divino o estatal para ponerse en cuestionamiento y paradójicamente, seguir siendo la institución humana más sólida de la sociedad.⁶

Ahora bien, habiendo llegado nuevamente al punto del cual partimos, resta preguntarnos: ¿Qué características tienen, pues, estas nuevas familias?

A fin de analizar puntos jurídicamente

3, 4, 5, 6 Traba, Suray, Op. Cit.

relevantes, nos centraremos en la siguiente clasificación:

Familia Nuclear: Dice Eva Giberti, que es la constituida por un hombre y una mujer con sus hijos.⁷ Es la también llamada Familia Tradicional, aquellas que han podido mantenerse sin rupturas en el tiempo.

Familia Ensamblada: La misma autora la define como la reestructurada a partir de varias familias nucleares o miembros de éstas, como es el caso de padres divorciados o viudos, y los hijos de éstos, que vuelven a casarse o a formar una unión de hecho.

Familia Monoparental: es la constituida por un solo progenitor, y uno o más hijos.

Familia Homoparental: es la formada por parejas del mismo sexo, con uno o más hijos.

Familia de Hecho: la unión entre la pareja, de igual o diferente sexo, no está constituida en los términos del derecho civil. Son uniones que no basan su compromiso moral y afectivo en un estatuto legal, sino social.

Familia sin Hijos: es la formada por una pareja de distinto o igual sexo que por decisión de vida o por impedimentos de salud o jurídicos, no tienen hijos.

La familia en el derecho argentino.

En el ordenamiento jurídico argentino están reconocidas como familia la llamada

familia tradicional, acorde al momento histórico y sociológico que rodeaba a la época de la sanción del Código Civil y de sus sucesivas reformas, y a partir de la sanción de la Ley 26.618 en el año 2010, llamada de Matrimonio Igualitario, las también constituidas por matrimonios cuyos integrantes son del mismo sexo. Pero también la familia de hecho ha logrado el reconocimiento en nuestro derecho positivo: así, la Ley 24.374 admite la continuación o petición de la Regularización Dominial de inmuebles, al conviviente del poseedor legítimo.

La transformación del derecho de familia viene también a raíz de la incorporación en nuestro derecho de tratados internacionales a los que se les ha dado jerarquía constitucional. Así, la Convención de los Derechos del Niño trae aparejado el interés superior del menor como nuevo principio rector.⁸ El art. 7º, Anexo Iº, del Decreto 415/2006, reglamentario de la Ley 26.061, reglamentaria a su vez de la Convención de los Derechos del Niño, dice: *Se entenderá por "familia", o "núcleo familiar", "grupo familiar", "grupo familiar de origen", "medio familiar comunitario", y "familia ampliada", además de los progenitores, a las personas vinculadas a los niños, niñas y adolescentes, a través de líneas de parentesco por consanguinidad o por afinidad, o con otros miembros de la familia ampliada. Podrá asimilarse al concepto*

7 Traba, Suray. Op. Cit.

8 LAMBER, Néstor. "Bien de Familia constituido por concubinos con hijos menores (familia de hecho): Derecho de Familia y el interés de los menores. Cuaderno N° 5, Centro de Estudios Notariales (CEN), Octubre 2009. Pág. 23. Es el interés del menor, en momentos en que se pierde en nuestra sociedad el apego, o al menos se menosprecia todas las instituciones, entre ellas la matrimonial, el faro que debe guiar a las nuevas regulaciones del derecho de familia, y de ahí su importancia actual.

de familia, a otros miembros de la comunidad que representen para la niña, niño o adolescente, vínculos significativos y afectivos en su historia personal, como así también en su desarrollo, asistencia y protección.

En jurisprudencia y doctrina se ha logrado la ampliación del concepto de familia también en otros ámbitos, reconociendo que lo son aquellas uniones de hecho con descendencia. Es el caso, por ejemplo, de la permisión en la jurisdicción de nuestra provincia, y recientemente en la de la Ciudad de Buenos Aires⁹, de que una pareja de convivientes con hijos pueda afectar su vivienda familiar al régimen tuitivo de la Ley 14.394, nombrando beneficiarios del Bien de Familia a los hijos que tengan en común.¹⁰

La justicia de la provincia de Río Negro, por su parte, ha declarado la inconstitucionalidad del art. 312, primer párrafo, del Código Civil, que prescribe la prohibición de adoptar en conjunto salvo que los adoptantes estén casados, fallando en el caso por la admisión de la adopción de una pareja de concubinos. Dijo el Tribunal: Pero el argumento más determinante para hacer lugar a la demanda, lo constituye el interés superior

de G (el menor), ya que no resulta razonable privarlo de un padre con los alcances legales que la paternidad implica (ya que es el padre en los hechos y en la función) por un requerimiento que se ha impuesto en el Código Civil pero que debe necesariamente ceder ante la mayor jerarquía del tratado internacional incorporado en el bloque de constitucionalidad federal.¹¹

Incluso la jurisprudencia ha entendido improcedente la solicitud de la división de condominio planteada por un concubino condómino de su pareja, toda vez que en el inmueble en cuestión vivía la hija menor de ambos. Dijo el Tribunal: Es improcedente decretar la división del inmueble que fuera adquirido conjuntamente por los concubinos, hasta tanto su hija menor alcance la mayoría de edad, pues habitando la niña en el hogar, resulta aplicable analógicamente lo dispuesto por el art. 1277 del Código Civil, en tanto no deben formularse distinciones desde la perspectiva del derecho de los hijos, más allá de las diferencias entre una familia matrimonial y una extramatrimonial.¹² El fallo también invocó la Convención de los Derechos del Niño para fundar su decisión.

C. N. Civ. Sala H, "M. V. M. c/Registro de la Propiedad Inmueble s/Recurso", 28/05/2010. Entre los argumentos esgrimidos, se destaca la invocación de la equidad para la interpretación amplia del art. 43 de la Ley 14.394, y así, interpretar la ley en su recto sentido y acorde con las posibilidades que aquella le plantea, a fin de lograr la justicia del caso particular, y los principios básicos de la Convención de los Derechos del Niño, entre los cuales se encuentra el de no discriminación, que tiende a eliminar la distinción entre hijos matrimoniales y extramatrimoniales.

Conf. PANDIELLA, Juan Carlos. "Revista de Derecho de Familia y las Personas", Año 2, Número 9, Pág. Op. Cit. Pág. 113 y sts.

Citado por LAMBER, Néstor. Op. Cit. Pág. 24.

C. N. Civ. Sala K, 31/05/2005.

La descripción de las distintas realidades familiares actuales demuestra que la libertad individual y la autonomía de la voluntad son también pilares sobre los cuales debe fundarse la innovación en la protección jurídica familiar, toda vez que cada vez son más los casos de familias que se erigen de hecho. Es necesario aclarar que aún no decidiendo ajustarse a un estatuto jurídico definido, ni las obligaciones ni los derechos de los padres con sus hijos debe ser desconocida por los operadores jurídicos. En tal sentido, *frente al desapego voluntario de parte de nuestra sociedad a cumplir los recaudos de instituciones matrimoniales, son las situaciones de hecho las que comienzan a reclamar reconocimiento de intereses que deben ser jurídicamente respetados; y el interés superior de los menores, como fundamento de toda sociedad que pretenda continuar, y no tener vocación suicida, es el que se impone como esencial en esta tarea.*¹³ Bogamos, pues, por un derecho que aluda, y no por uno que eluda.

Por lo antedicho cabe ratificar la apropiada postura del Registro de la Propiedad de nuestra provincia, en cuanto a la admisión de la afectación a Bien de Familia de inmuebles

en condominio entre concubinos con hijos, receptando el nuevo concepto de familia que antes hemos descrito en jurisprudencia y doctrina, no ligada necesariamente a la celebración del matrimonio ante los organismos estatales, y recogiendo la manda constitucional¹⁴ y supra nacional de un derecho humano elemental como es la protección de los menores y las futuras generaciones.¹⁵

El Bien de Familia y el hijo del cónyuge o concubino en la Familia Ensamblada.

La nueva realidad de las familias nos pone ante la necesidad de abordar la situación planteada por Méndez Costa¹⁶ en cuanto a que lo más significativo y trascendental de la problemática de las denominadas familias ensambladas, es lo relativo a la situación de los hijos de una unión anterior en relación a las nuevas nupcias o uniones de hecho de sus padres.

Esto nos lleva a considerar a los hijos propios de la nueva unión y a los de uniones anteriores, desde la perspectiva de la institución de los beneficiarios del bien de familia.

13 LAMBER, Néstor. Op. Cit. Pág. 23.

14 XX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Apartado I, Despacho de Lege Data de la Comisión 4: El régimen tuitivo de la Ley I4.394 (arts. 34 a 50), debe ser interpretado sistemáticamente con las directivas de la Constitución y la de los Tratados de Derechos Humanos con rango constitucional, art. 75 inc. 22, C. N. Así alcanza la protección tanto de la vivienda individual como a la vivienda familiar.

15 Más allá de los disensos jusfilosóficos, y los argumentos para justificar diferentes efectos, deberes o derechos reconocidos por el orden jurídico positivo, los argumentos vertidos por la doctrina más moderna para justificar la autoridad parental, con sus derechos - deberes hacia los menores, tiene el mismo fundamento que Santo Tomás de Aquino, en su Tratado de la Ley, reconocía como fin primero de la institución matrimonial, la continuación de la especie humana, a través del cuidado y crecimiento de la prole. LAMBER, Néstor. Op. Cit. Pág. 23.

16 MENDEZ COSTA, María Josefa. "Un Proyecto Legal sobre Familia Ensamblada". ED, 16/06/2009.

Este particular carácter de la Ley I4.394 que coadyuvaba a definir el concepto de familia, como vimos en Levi-Strauss, importa determinar el sentido tuitivo del instituto, y a quienes beneficia. Por ello, ante esta nueva interpretación de “lo familiar”, deviene en discriminatorio el desproteger o considerar ajeno a quien carece del vínculo sanguíneo con algunos de los que de hecho ejercen la función parental, pero con quienes integran ese particular núcleo conviviente fundado en la colaboración, la asistencia, y la recíproca protección. En consecuencia, este menor se encuentra en una situación que ampara la Convención de los Derechos del Niño y sus reglamentaciones locales, que llevan a la lógica y necesaria deducción de que puede y debe ser beneficiario de ese bien de familia que constituye el o la conviviente con su progenitor.

Cabe aclarar que en la evolución del instituto del bien de familia, el carácter de beneficiario no atribuye ningún específico derecho, hasta el momento en el que los beneficiarios accedan a la copropiedad del bien afectado, por una transmisión mortis causa.

No debe perderse tampoco de vista que estos nuevos beneficiarios pueden no tener una convivencia permanente con los instituyentes del régimen, sin por ello alterarse el concepto de que lo que se está protegiendo es la vivienda que contiene a los integrantes de esa modalidad familiar en particular.

Este mismo razonamiento que remarcaran las XX Jornadas Nacionales de Derecho Civil de 2005, donde la piedra basal del sistema está en la protección de la vivienda

como lo mandan las convenciones de rango constitucional, implica la necesidad de considerar su aplicación directa y de modo ejecutivo también para la admisión de esta protección para la vivienda de la familia sin hijos. Así, debemos tener muy presente la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en cuanto a la asimilación de la “cláusula de inembargabilidad” del artículo 35 de la Ley 22.235 del Banco Hipotecario Nacional, por la cual los concubinos sin hijos que accedían a estas hipotecas, tenían el reconocimiento jurisprudencial de esta misma protección por vía indirecta.

También en este sentido debemos tener presente las permanentes normas impositivas por las que eximen del pago de impuestos a aquellos que acceden a la vivienda para asegurar la misma, o a la frustrada reforma de la Constitución Provincial, que emprendiera el entonces gobernador Cafiero, en la cual incorporaba el genérico beneficio para toda persona sobre su única vivienda.

¿La familia en crisis?

Desde su origen, la familia es la institución primaria y más importante para la conformación de una sociedad y la realización de los sujetos que la componen (cualquiera sea la forma que ella adopte), razón por la que debemos asumir un mayor compromiso con la libertad, el amor y el respeto por la diversidad.

Creemos que la familia está cada vez más en boga, desde que hombres y mujeres apostamos a reciclar criterios en búsqueda

de la felicidad compartida con los seres queridos. Muchas conquistas sociales así lo demuestran. Día tras día escuchamos en nuestras notarías el reclamo de los requirentes por un mayor respeto a la autonomía de sus voluntades, creadoras de realidades menos pétreas, y con ello, más enriquecedora de la experiencia vital.

El derecho no tiene más remedio que hacerse eco de estos cambios, transforman-

do lo que está permitido, lo que es jurídicamente valioso, y reconsiderando lo que es naturalmente posible.

En consecuencia, el derecho debe ocuparse de las relaciones socialmente relevantes en la interferencia intersubjetiva, dejando librado a la conciencia de la persona los actos privados de los hombres y mujeres, en los términos del artículo 19 de la Constitución Nacional.

SEGUNDA PARTE: PATRIMONIO FAMILIAR Y SU LIQUIDACION

La autonomía de voluntad en el derecho patrimonial familiar

Hemos analizado la evolución del concepto tradicional de familia, y la inclusión de nuevas realidades familiares como la familia ensamblada o reconstruida, monoparental, etc. y el concubinato o familia de hecho, con su consecuente opción de no someterse en su totalidad al estatuto forzoso del régimen jurídico en la materia.-

Así, en su aspecto jurídico -que es más restringido que el sociológico y se concentra en ciertas relaciones conyugales, paterno-filiales y parentales, relevantes para la función social de esta institución- se verá el mantenimiento normativo para aquellas relaciones especialmente en el aspecto paterno-filial y parental, que no puede ser evadido con la mera constitución de una familia de hecho.

La recepción de nuevas relaciones familiares de hecho, o que por superponer o unir más de una, generan estructuras complejas que no pueden ser ajenas al ordenamiento jurídico, se desprenden del debilitamiento de la cohesión tradicional entre los cónyuges y del concepto de solidaridad, sumados a una imperante idea de incertidumbre, que hace aparecer a la institución familiar más ligera o flexible como señala Zannoni citando a Bauman.-

Pero debemos tener presente que estas características de flexibilidad, no son exclusivas de la institución familiar, sino que están inmersas en una descripción que se hace de la modernidad actual (o post-modernidad) de todas las relaciones sociales.-

Bauman en su análisis sobre la sociedad actual¹⁷, asimila esa precariedad de la relación familiar, a la del trabajo, y el divorcio de este con el capital, donde hoy las formas

17 BAUMAN, Zygmunt – “MODERNIDAD LIQUIDA” – FONDO DE LA CULTURA ECONOMICA, Bs.As. 2006, pag.157

fugaces de asociación son más útiles a las personas que las conexiones a largo plazo. Explica que se deriva de los temores a vernos privados de nuestros medios de vida, y “sus perspectivas no pueden ser repelidos ni enfrentados o mitigados mancomunando fuerzas, cerrando filas o debatiendo u acordando conjuntamente medidas de fuerza” que nos conducen a la incertidumbre actual que es una poderosa fuerza de individualización, que divide en vez de unir. Así hace un parangón entre ambas relaciones y dice: “Podríamos decir que este cambio fatal es idéntico al pasaje del matrimonio al “vivir juntos”, con los gestos propios y las consecuencias estratégicas que implica, incluyendo el carácter temporario de la cohabitación y la posibilidad de que esa sociedad pueda romperse en cualquier momento y por cualquier motivo una vez que el deseo o la necesidad se hayan agotado.-Si permanecer juntos era el resultado del acuerdo recíproco y del compromiso mutuo, el desprendimiento es unilateral: uno de los que determina la ecuación ha adquirido una autonomía que probablemente siempre haya deseado en secreto pero que nunca se había atrevido a esbozar seriamente.”¹⁸ Este carácter se ha visto receptado plenamente con la admisión del divorcio vincular por la Ley 23.515.-

Sin embargo, esta incertidumbre no puede verse como un rasgo específico o distintivo de esta época, pues como señala Beck, “la amenaza y el riesgo son condición de

la existencia humana desde siempre... El riesgo es el patrón perceptivo intelectual que moviliza a una sociedad enfrentada a la construcción de un futuro abierto, lleno de inseguridades y obstáculos, una sociedad que ya no está determinada por la religión, la tradición o la sumisión a la naturaleza y que tampoco cree en redentores de las utopías”.-¹⁹

Los sociólogos nos describen nuevas realidades, con modelos basados en la interpretación de los valores que se dice están en su faz crítica de cambio, pretendiendo explicarse que no es, pero sin acertar a aseverar que son.- Así las palabras de Bindé en su introducción de la reseña de coloquios que organizara la UNESCO: “. . . cuando la cohesión social se ha desvanecido ante el incremento de un individualismo cada vez más radical que destruye vínculos heredados y las identidades, se observa el un crecimiento de nuevas formas de asociación, el nacimiento nuevos tipos de solidaridad. . . El derrumbamiento de los marcos patriarcales (con sus dimensiones éticas, institucionales, culturales y metafísicas) está vinculado a estas preguntas; una fractura considerable que implica una feminización de los valores de consecuencias profundas, que todavía es difícil de medir plenamente, pero que desde luego influirá en todos los aspectos del S.XXI”.-²⁰

Nos enfrentamos entonces a dar respuesta jurídica a nuevas realidades que se describen, pero el sistema jurídico debe brindar la protección a las relaciones que

18 BAUMAN Zygmunt – op. Cit.- pág. 159

19 BECK, Ulrich – “LA SOCIEDAD DEL RIESGO MUNDIAL – En busca de la seguridad perdida” – Ed. PAIDOS, Barcelona, 2007.-

20 BINDE, Jérôme (Director) - ¿HACIA DONDE ES DIRIGEN LOS VALORES? – FONDE DE LA CULTURA ECONOMICA- Mexico, 2006, pág. 18.-

son relevantes para la función social de la institución (interés jurídico a proteger), como son las relaciones parentales y paterno-filiales, y sin embargo se hace necesario en ciertos aspectos donde existen nuevos paradigmas el devolver al individuo la autonomía de la voluntad.-

Es más lógico incorporar a la institución familiar a que adscriba al orden jurídico, a que lo evite en todo, permitiéndole la regulación por sí mismos a los interesados de ciertos aspectos como pueden ser los patrimoniales, mediante la adopción de régimen de bienes convencional, o la ratificación de la plena autonomía de voluntad al momento de liquidar o partir los bienes de la ex sociedad conyugal.-

En consecuencia, cabe reconocer una mayor aplicación del principio de autonomía de voluntad en la materia, como surge de la recomendación de las Jornadas Nacionales de Derecho de 1987 celebradas en Buenos Aires a favor de la adopción regímenes de bienes del matrimonio alternativos que regulen las relaciones entre los cónyuges²¹; la del X Congreso Internacional de Derecho de Familia (Mendoza, 1998): *“el principio de la autonomía de la voluntad en cuanto principio general que se manifiesta en todo el campo del derecho, debe ser también admitido dentro del régimen patrimonial del matrimonio y los cónyuges deben*

tener cierta libertad para pactar el régimen patrimonial que regirá su matrimonio”.-

La labor normativa creadora de la autonomía de la voluntad, reconocida en su mayor punto en material contractual en el art. 1197 de nuestro código civil, nos llevan a parangonarla con las palabras de BECK: *“Es típico de los juristas pensar que la transgresión de una norma sólo puede afirmarse si la norma ya existe. Los sociólogos del derecho y sobre todo los antropólogos del derecho admiten también el caso inverso: que las normas cobran forma cuando ciertas expectativas se ven defraudadas y algún acontecimiento espectacular pone a esto en evidencia como inaceptable”* .-²²

Esta visión hacia la libertad creadora individual se relaciona con la mentalidad actual de la personalización del software de cada ordenador o teléfono celular, al gusto del consumidor, y el extremo del ser humano de ser quien tiene incluso la posibilidad de su propia autotransformación antropológica .-²³

También deberá ponderar el reconociendo su igualdad a través de la evolución del derecho, por lo cual ya no cabe fundar la intervención del estado prohibiendo el acuerdo de los futuros cónyuges o ex cónyuges, de modo tajante.-

La tendencia hacia la libertad privada, sin intervención administrativa o judicial, la

21 EL DERECHO PRIVADO EN LA ARGENTINA – CONCLUSIONES DE CONGRESOS Y JORNADAS DE LOS ÚLTIMOS 30 AÑOS, p. 54.-

22 BECK, Ulrich – Op. Cit., pag.306.-

23 “La singularidad histórica que diferencia a la sociedad del riesgo mundial de la sociedad industrial nacional y de todas las civilizaciones precedentes es la posibilidad de la autoaniquilación (sin precedente histórico) como la posibilidad de la autotransformación antropológica del ser humano.” BECK, Ulrich Op. Cit, pág. 262

debemos reflejar también al momento del tratamiento de la liquidación y partición de los bienes de la sociedad conyugal disuelta o en trámite de ello, con la realista aplicación de la reforma del artículo 236 CC y sus demás convenios a tal fin durante el proceso de divorcio y luego de la sentencia respectiva, con la mayor flexibilidad según la voluntad de las partes, y ello -haciendo nuestras las palabras de la Dra. Graciela Medina: *“porque la tendencia vigente en la actualidad es hacia la apertura al régimen de la autonomía de la voluntad, y que en esta tendencia resulta inadmisibles declarar la nulidad de un convenio de liquidación de bienes de una sociedad conyugal celebrado días antes de presentar la demanda de divorcio por presentación conjunta y cumplido parcialmente con posterioridad a la sentencia de divorcio.”*²⁴

Por lo tanto, ante las nuevas perspectivas de realidades de relaciones familiares ente cónyuges – o convivientes-, donde las soluciones normativas vigentes no son plenamente satisfactorias; la mejor solución en el ámbito patrimonial, será el permitir a los miembros de esta institución (formal o de hecho) elegir dentro de un marco más abierto o flexible, fundado en su autonomía de voluntad, en vez de soluciones prohibitivas que pretendan limitar sus decisiones con imperativos estatutos forzosos, o la voluntad de terceros mediante la intervención de la voluntad del Estado a través de sus órganos judiciales o administrativos.-

1.-Características de la sociedad conyugal y su disolución: BIENES GANANCIALES ANOMALOS

Vélez Sarsfield denomina sociedad conyugal al régimen patrimonial que la ley impone a los esposos.- Durante la vigencia de la sociedad conyugal, que comienza con la celebración del matrimonio, los bienes pertenecen a aquel de los cónyuges que los adquirió y consta como titular de los mismos, existiendo dos masas de bienes administradas por cada uno de los esposos, compuestas cada una de ellas por los bienes propios de ese cónyuge y por los gananciales que el mismo adquirió con su trabajo personal o cualquier otro título legítimo.-

Mientras están casados ambos esposos tienen un derecho en expectativa que se hace efectivo con la disolución de la sociedad conyugal, en principio sobre el cincuenta por ciento, del total de los bienes gananciales.- La disolución de la sociedad conyugal, se produce únicamente por las causales previstas en el Código Civil, enunciadas en el artículo 1291 que establece: la sociedad conyugal se disuelve por separación judicial de los bienes, por declararse nulo el matrimonio, y por la muerte de alguno de los cónyuges, como asimismo lo contemplado en el artículo 1306 del Código Civil, sentencia de separación personal y divorcio, y en el supuesto de ausencia con

24 Voto de la Dra. Medina en autos: “B.C c/M.L.” Cám. C. y C. San Isidro, Sala I, 19/19/1989, LLBA 2000-264.-.

presunción de fallecimiento, conforme el artículo 30 de la ley I4.394.-

Nuestro régimen patrimonial matrimonial es de carácter imperativo, se trata de un estatuto forzoso impuesto por la ley, que rige durante la vigencia de la sociedad conyugal, indisoluble, por la propia voluntad de los esposos y cualquier convenio o contrato celebrado que pretenda modificarlo es nulo, de nulidad absoluta (artículo I218 y I219 del Código Civil), así como tampoco se disuelve por la separación de hecho de los mismos.-

La separación de hecho constituye una práctica social frecuente, incluso generalmente transcurre un lapso de tiempo, a veces prolongado entre la separación de hecho y la iniciación del juicio de divorcio.-Carlos Lagomarsino ha definido la separación de hecho como *“la situación en que se encuentran los cónyuges, que sin previa decisión jurisdiccional quiebran el deber de cohabitación en forma permanente, sin causa justificada que lo imponga, ya sea por voluntad de uno o ambos cónyuges”*.- El Código de Vélez solo hacía referencia a la separación de hecho como causa de exclusión de la vocación hereditaria (art. 3573 CC).- Posteriormente la ley I7.711 modificó el art. I306 contemplando la separación de hecho, no permitiendo al culpable beneficiarse con los bienes gananciales que con

posterioridad a la separación aumentaron el patrimonio del inocente.-Y la reforma de la ley 23.515 del año 1987 en los arts. 204 y 214 inc.2 del C.C la incluyó como causal autónoma objetiva de la separación personal y divorcio vincular, sin atribución de culpas.-²⁵

Un sector de la doctrina considera que la separación de hecho constituye una causal de disolución de la sociedad conyugal, basándose en la separación en sí misma y la intención de no continuar conviviendo, haciendo una interpretación extensiva del artículo 3575 del Código Civil, que establece *“la cesación de la vocación hereditaria de los cónyuges entre sí, en caso de que viviesen de hecho separados, sin voluntad unirse”*, aplicándolo a otras situaciones similares y no mencionadas expresamente.- Entre ellos, Carlos Vidal Taquini considera que existiendo separación de hecho sólo cabe precisar la fecha en que ella tuvo lugar, pues a partir de ese instante cesa para los dos cónyuges el derecho a la ganancialidad, porque la calificación es única.- Eduardo Zannoni a contrario, expresa, no puede hablarse de disolución cuando la ganancialidad continúa, a pesar de la separación de hecho de los esposos, pero que cobrara relevancia una vez disuelta la sociedad conyugal.-

Se ha tratado el tema en varias Jornadas,

25 El art. 204 dispone: “Podrá decretarse la separación personal, a petición de cualquiera de los cónyuges, cuando estos hubieren interrumpido su cohabitación sin voluntad de unirse por un término mayor de dos años.-Si alguno de ellos alega y prueba no haber dado causa a la separación, la sentencia dejará a salvo los derechos acordados al cónyuge inocente.-”El art.214 establece: “Son causas de divorcio vincular: 1) Las establecidas en el art. 202, 2) La separación de hecho de los cónyuges sin voluntad de unirse por un tiempo continuo mayor de tres años, con los alcances y en la forma prevista en el art. 204.-”

entre ellas las XII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (1989) donde se resolvió: *“debería sustituirse la causal de abandono de hecho de la convivencia matrimonial, por la separación de hecho de los cónyuges, sin voluntad de unirse, como supuesto objetivo.”* En igual sentido se propuso de lege ferenda, en la VII Jornadas Bonaerense de Derecho Civil, Comercial y Procesal (Junin 1996) “Modificar el artículo I294 del CC reemplazando el abandono de hecho de la convivencia por la separación de hecho como causal de disolución de la sociedad conyugal” y como postura de la mayoría se sostuvo *“cuando la separación personal o el divorcio vincular se dicten con fundamento en la interrupción prolongada de la convivencia, ninguno de los cónyuges participará en los bienes adquiridos por el otro a partir de la separación de hecho”*.- Igual criterio se utilizó para el proyecto de reforma del Código Civil en que se dispone que las sentencias de separación personal, divorcio vincular y separación judicial de bienes producirán la disolución de la sociedad conyugal con efecto retroactivo al día de la notificación de la demanda o de la presentación conjunta de los esposos, pero a pedido de uno de los cónyuges, el tribunal podrá decidir, si lo considere equitativo, que en las relaciones entre ellos los efectos de la liquidación se retrotraigan al día de la separación de hecho.-”

Para nuestra legislación la separación de hecho no es causa de disolución, durante el lapso que transcurre hasta la disolución, se producen todos los efectos derivados del matrimonio, pero con relación a la adquisición de bienes, no participa el cónyuge culpable, de los bienes gananciales, adquiridos por el

otro desde la separación de hecho, pero si el inocente que tendrá derecho en su calidad de socio a participar de los gananciales, adquiridos en el mismo lapso por el declarado culpable, tal como lo dispone en su última parte el artículo I306 del Código Civil.-

En orden a lo expuesto, si una persona ha adquirido bienes siendo de estado civil casado, pero separado de hecho, por más que conste dicha circunstancia en la escritura pública de adquisición, no por ello excluye la presunción de ganancialidad, que resulta de las adquisiciones efectuadas durante el matrimonio, cabe invocar un fallo de la Suprema Corte de la Justicia Bonaerense de fecha 13 de abril de 2005 en la causa AC.87609 “AEM y SHJ s/ Incidente de liquidación de sociedad conyugal” en el que una pareja solicita su divorcio vincular por la causal prevista en el art. 215 de C.C, por presentación conjunta, admitiendo que se encontraban separados de hecho desde hacia más de 25 años.-Pero la esposa en el incidente de liquidación de la sociedad conyugal, pretende participar de lo bienes adquiridos por su marido durante la separación de hecho.-En primera instancia se hace lugar, decisión que es revocada por la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de San Nicolás con los siguientes argumentos:I.- Se aplica al supuesto en análisis el art. I306 del C.C que niega el derecho de participación al cónyuge culpable en los gananciales adquiridos por el otro.- 2.-Dado que presentaron su divorcio por la causal de presentación conjunta, en la que reconocieron

una interrupción de la vida en común por un lapso más prolongado, ambos eran culpables de la situación.-3.-Cuando se invoca la causal del art.215 los efectos son los mismos que cuando se declara el divorcio por culpa de ambos.- 4.-Como en la presentación conjunta no hay declaración de culpabilidad ni de inocencia, no corresponde a ninguno de los esposos la posibilidad de participar en los bienes gananciales adquiridos por el otro durante la vida separada.- La Suprema Corte confirma la providencia destacando los siguientes argumentos: Se trata de un divorcio sin atribución de culpabilidad (voto Hitters).- En nuestro sistema el art. 1306 mantiene la vigencia de la sociedad conyugal a pesar de la separación de hecho, aunque sanciona al culpable.(voto Hitters).-Resulta palmariamente abusiva la conducta del *“cónyuge que pretende participar en los bienes adquiridos después de la separación de hecho sin voluntad de unirse, cuando es lo cierto que el comparte con el otro la responsabilidad de la decisión de poner fin a la convivencia, que reitero, es la razón de esencia del efecto típico de la ganancialidad impuesta por la sociedad conyugal (art.1071 CC)*.-*La prohibición del abuso de derecho es un principio cardinal en nuestro derecho positivo, se proyecta hacia todos sus ámbitos y se encuentra consagrado en la ley, precisamente, para poner coto a conductas disvaliosas como la del recurrente”*.- (voto Roncoroni).-

Con este fallo la Corte provincial reafirma que la separación de hecho no disuelve la sociedad conyugal, pero que produce efectos con relación al carácter de los bienes adquiridos, no participando ninguno de los cónyuges de los bienes adquiridos con

fondos propios por el otro, denominándolos la doctrina moderna como gananciales anómalos, o no sujetos a división, pero es una circunstancia que debe determinarse en sede judicial.- Ana María Chechile sostiene que al no haber calificación de culpas, en la separación de hecho y en el supuesto de juicio por presentación conjunta de los esposos (art. 204, 205, 214 inc.2 y 215 CC) no hay culpables, ni inocentes, ni sanciones, ni beneficios, por lo que ninguno de los cónyuges participa de los gananciales adquiridos por el otro luego de la separación de hecho.- En el supuesto de fallecimiento, es decir adquirió un cónyuge siendo de estado civil casado, pero separado de hecho, se ha resuelto en consulta al Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, *“que fallecido el otro cónyuge el bien integra la indivisión post comunitaria, y deberá discutirse en esa instancia, si la adquisición se realizó antes o después de producida la separación de hecho.- Si se realizó antes el bien será considerado ganancial, si se realizó con posterioridad a la fecha de la separación de hecho, ello determinara la exclusión del bien del sucesorio, por corresponder como propio de la adquirente separada de hecho, no teniendo los herederos de este derecho alguno sobre el mismo.-Pero se requerirá intervención judicial”*.-

Por lo expuesto estimamos conveniente dejar plasmado en las escrituras adquisitivas de dominio, que el adquirente es de estado civil casado, manifestando que se encuentra separado de hecho, sin voluntad de unirse, desde hace tantos años, a fin de preconstituir prueba al efecto.-

1.1.- Bienes adquiridos durante la separación de hecho o el proceso judicial

A pesar de ser ya lejana en el tiempo aquella calificación que propuso MENDEZ COSTA cuando definió como “*gananciales anómalos*” a ciertos bienes que escapan del destino final de los bienes gananciales cuando se produzca la disolución de la sociedad conyugal, es decir su división y adjudicación a alguno de los ex-cónyuges, es en los últimos años cuando se ha tomado verdadera conciencia de la existencia de los mismos, a lo que no debe resultar ajeno el hecho de los más de veinticinco años que han transcurrido desde la sanción de la ley de divorcio vincular en nuestro país.

La doctrina y especialmente la jurisprudencia han delineado las particularidades de estos bienes, que son aquellos que, y de manera sintética: a) Han sido adquiridos por algunos de los cónyuges, con posterioridad a la separación de hecho, y hasta la notificación de la demanda de divorcio ó presentación conjunta; o bien, b) Han sido adquiridos desde la notificación de la demanda de divorcio o presentación conjunta, hasta la sentencia que declara el divorcio vincular.

Así, claramente surge que de la aplicación del artículo 1306, última parte, de nuestro Código Civil, que sostiene que el culpable de la separación de hecho no tiene derecho a participar en los bienes gananciales que el otro hubiese adquirido, más la interpretación cada vez más concordante de los Tribunales, en especial luego del Plenario del 29 de Septiembre de 1999, que sos-

tuvo por mayoría, que en caso del llamado “*divorcio por causales objetivas*” debe presumirse que han sido ambos los culpables de la misma, sin que ninguno de ellos pueda considerarse inocente, se ha abierto un campo muy fértil de situaciones a analizar.

Por supuesto, debemos destacar que en las dos situaciones antes planteadas, si bien hablamos de “*gananciales anómalos*”, las consecuencias jurídicas no son las mismas.

En el primero de los supuestos, y más allá de la buena y recomendable técnica notarial de dejar constancia en el texto de la escritura de compra de la situación particular del estado civil del adquirente, la situación de ganancial no partible, o anómalo, entendemos que no se presume: así, para disponer del mismo, sin encontrarse dictada la sentencia de divorcio y encuadrado el caso dentro de lo previsto en el artículo 1306, última parte del Código Civil, deberá requerirse el asentimiento del otro cónyuge en los términos del artículo 1277 del Código Civil, ya que no se supone, per se, el carácter de personal del mismo. Es por esta circunstancia que la sentencia de divorcio debe reflejar la circunstancia de que nos encontramos ante un ganancial anómalo o no partible.

Asimismo, debe analizarse, no sólo desde el punto de vista judicial, sino también desde el notarial, con especial énfasis en la calificación registral del bien, algunos supuestos que pueden presentarse durante el proceso.

No cabe dudas que, como ya ha sido expuesto, la sentencia de divorcio debe hacer

mención expresa del carácter particular del bien adquirido por este cónyuge durante el período de separación de hecho; así no sería suficiente que el Juez se limite a reproducir en la sentencia la manifestación de la parte interesada, sino que es necesario y obligatorio para él, dejar constancia que, previo mérito de las circunstancias a los fines de encuadrar el caso dentro de las previsiones del artículo 1306 del Código Civil ya citado, y eventualmente producción de la prueba ofrecida por las partes, el bien no reviste carácter de ganancial partible, sino que le corresponde, en su totalidad, al cónyuge que lo adquirió.

En base a estas circunstancias es que el cónyuge titular podrá requerir que se otorgue una escritura complementaria a los fines de reflejar registralmente el hecho de la calificación realizada por el juez del carácter del bien, a los fines de que no sea necesaria la exigencia del artículo 1277 del Código Civil en el supuesto de transferencia o gravamen posterior; sin perjuicio que sea el notario quien, al tener que autorizar uno de los actos de esta clase con posterioridad, realice la circunstanciada narración de los hechos por los cuales deviene innecesaria la exigencia del artículo 1277 del Código Civil.

En cualquiera de ambos supuestos, el notario requerido deberá verificar la resolución judicial, tal como realiza la verificación en casos análogos sujetos a decisión judicial. Sin embargo, tal presunción de ganancialidad se invierte en aquellos bienes adquiridos con posterioridad a la notificación de la demanda o presentación conjunta de ambos

cónyuges. Más allá de que autores como ARMELLA y FALBO resaltan acerca de que puede presentarse la situación de que un cónyuge, durante este período, adquiera un bien con fondos gananciales, por lo que por el principio de subrogación real, el bien adquirido también resultaría de ese carácter, entendemos que el cónyuge perjudicado debe hacer valer su pretensión en el proceso de divorcio respectivo promoviendo el pertinente incidente, y que para los terceros contratantes, por el efecto retroactivo de la sentencia dictada, el bien adquirido resulta de carácter personal del transmitente, no siendo obligatorio la mención acerca del origen del dinero utilizado para la compra.

2.- DISOLUCION, PARTICION Y LIQUIDACION DE LOS BIENES DE LA EX SOCIEDAD CONYUGAL

En el derecho vigente debemos tener presente desde el inicio el límite de esta la autonomía de la voluntad en la liquidación de los bienes de la ex sociedad conyugal.- Una cosa será la posibilidad de acorar con plena libertad el modo y forma de partir y la consecuente liquidación de los bienes, donde ser harán patentes los principios del derecho de los contratos desde que los miembros de la disuelta sociedad conyugal (o en vías de ello) recuperan la plena capacidad de contratar entre sí; y otra es la prohibición de establecer por vía convencional una causal de disolución de la sociedad conyugal no prevista por la ley.-

Como señala LAMBIOS²⁶ *“la liquidación de la sociedad conyugal solo tiene lugar en los supuestos previstos en la ley, sin que los esposos puedan pactar lo contrario, lo prohibido fue alterar el régimen de bienes durante su vigencia y cuando la doctrina consideró nulas las estipulaciones referidas a la liquidación de los bienes entendió que con ellas se pretendía encubrir un acuerdo disolutorio. Es que el orden público sólo es vulnerado “cuando las partes pretenden disolver la sociedad conyugal por una causa o una forma distinta a las taxativamente previstas en la ley, pero las estipulaciones sobre el orden en que se van a dividir los bienes, o sobre como se van a atribuir una vez que el juez pronuncie la sentencia definitiva, constituyen pactos que no violan reglas ni principios de orden público, ni normas precisas de la ley que acarren su nulidad”*.-²⁷

Las partes no podrán celebrar un acuerdo disolutorio, dado que la acreditación disolución requiere indefectiblemente la resolución judicial que le de del estado jurídico consecuente.-

Ello no impide que los cónyuges puedan reconocer la existencia de los hecho de ciertas causales, como sería la mutua manifestación de separación de hecho, pero su validez y efecto jurídico disolutorio se dará con la resolución judicial que lo acredite, y ese reconocimiento previo será sólo una

prueba más para la valoración judicial.-

Pero si las partes podrán con plena libertad celebrar todo tipo de contratos paritativos y liquidatorios de los bienes una vez disuelta la sociedad conyugal, o incluso con anterioridad como lo prevé el artículo 236 CC, condicionada a la resolución judicial que declare la disolución de la sociedad conyugal .-²⁸

En estos supuestos, la regla es la plena libertad contractual, rigiendo las formalidades previstas por el Código Civil para la partición de bienes del acervo sucesorio, en mérito a la aplicación del art. 1184 inc. 2 CC y art. 3462 CC con la remisión del art. 1313CC en la materia, y la similar de los artículos 1788bis y 1698CC para otras comunidades de bienes.-

Es decir que en la partición y adjudicación de bienes de la ex sociedad conyugal rige la plena autonomía de voluntad, sin necesidad de intervención de autoridad judicial, y esta sólo se limita en el caso del art. 236 CC a la mera homologación judicial, la cual en palabra de LAMBOIS *“confiere al convenio, en principio, la intangibilidad propia de la partición judicial. En la homologación el rol del juez es meramente pasivo. Su papel es similar al del escribano. No hay en la resolución de homologación el*

26 LAMBOIS, Susana E. – “UNA VEZ MAS SOBRE LOS CONVENIOS DE LIQUIDACION DE LA SOCIEDAD CONYUGAL PREVIOS A SU DISOLUCIÓN” – LLLBA 2000-257.-

27 CCivil y Com. Bahía Blanca, 20/8/71 – ED 38-808

28 CCivil y Com. Bahía Blanc, 3/11/2008, LLBA 2008-529: “Si bien nada obsta a la celebración de un convenio extrajudicial sobre división de los bienes que componen el patrimonio ganancial de un matrimonio, se formalice antes de que se decrete la separación personal o el divorcio vincular, y consiguientemente antes de la disolución de la sociedad conyugal. Su validez está condicionada a que se dicte el correspondiente pronunciamiento judicial que ponga fin a la sociedad conyugal.”

*imperium proprio de las sentencias. Lo que hace el juez es la legalización o autenticación, sin perjuicio que el convenio pueda ser atacado por vicios del consentimiento por la invocación de la lesión”*²⁹

Aún en los casos que se requiere homologación judicial, quedando comprendidos en los supuestos de partición mixta, es la voluntad de las partes la que determina el modo de partir y liquidar.-

En conclusión, el principio es que los ex cónyuges pueden resolver la partición y adjudicación de los bienes gananciales sin requerir intervención judicial alguna.-

2.1.- El contrato de partición privado o mixto y el poder para su cumplimiento

Debemos tener presente con relación a la división convenida que se ha resuelto: *“Nada se opone a que una de las partes reciba una porción menor como consecuencia del acuerdo de voluntades.- Es que, la división por mitades no es de orden público cuando ya se ha producido la disolución de la sociedad conyugal y que los esposos pueden convenir otra solución.-Adjudicar los gananciales en su totalidad, o por mayor valor, puede ser acordado entre ellos-“*.³⁰

Para poder realizar la escritura pública de liquidación de sociedad conyugal y adjudicación requeriremos la comparecencia de ambos cónyuges con la sentencia de divorcio consentida y firme, es decir notificada a ambas partes, vencido el plazo de apelación o consentida en el expediente (exhibición del testimonio de la misma o con el expediente a la vista, y en este supuesto el escri-

bano verificara el cumplimiento de los requisitos legales y fiscales), si hubo acuerdo previo por instrumento privado con firma certificada reflejaremos su contenido en la escritura y lo agregaremos en cabeza de la misma, y si se utiliza además poder especial irrevocable la comparecencia del apoderado, con el testimonio del respectivo poder que lo faculta para el otorgamiento de la escritura mencionada, se solicitara certificado de anotaciones personales (inhibición) por ambos ex-cónyuges.-

2.1.1.- El supuesto del Poder irrevocable

El artículo 1977 exige tres requisitos para que pueda imponérsele la irrevocabilidad al poder: a) Que sea para negocios especiales.- b) Limitado en el tiempo.- c) En razón de interés legítimo de los contratantes o un tercero.- Interpretamos que el poder especial irrevocable para garantizar el cumplimiento de un convenio de adjudicación de bienes, reúne todos los requisitos enunciados, dado que sería otorgado por el ex cónyuge, en trámite de divorcio, nombrando apoderado al otro ex-cónyuge, y/o un tercero, para otorgar la escritura de liquidación de sociedad conyugal y partición a favor del ex-cónyuge adjudicatario, constituyendo la base de la irrevocabilidad la liquidación de todos o algunos de los bienes que conforman la sociedad conyugal, para poder ejecutar la partición y adjudicación, de los mismos, cuando ya se encuentre disuelta.-

29 LAMBOIS, Susana E- op.cit. pág. 266

30 CNCiv.Sala C,7/12/83 LL 1984-C-59

La identificación del negocio, estaría dada por la adjudicación pactada en el acuerdo de liquidación de los bienes del matrimonio, identificando el bien, con los datos que surgen del título de propiedad, y del convenio realizado por instrumento privado, entre ambos ex-cónyuges, siendo conveniente que el escribano actuante verifique la existencia del mismo y anexe tal instrumento en protocolo, como cabeza de la escritura de apoderamiento.-Debe limitarse en el tiempo o sea establecerse un plazo.- El interés legítimo estaría dado por los propios ex cónyuges, toda vez que se que posibilita instrumentar la partición y adjudicación total o parcial de los bienes, con la intervención de uno solo de ellos.-

Tiene como finalidad que no sea necesaria la comparecencia de ambos ex-cónyuges al otorgamiento de la escritura, que no pueda revocarse salvo justa causa, en el caso la impugnación del convenio por uno de los cónyuges y que no pierda su vigencia por fallecimiento del poderdante, con respecto a este último punto cabe recordar que el artículo 1963 inciso 3 del Código Civil, establece que el mandato finaliza por fallecimiento del mandante, reconoce la excepción contemplada en el artículo 1980 del mismo ordenamiento legal, que dispone que la muerte del mandante no pone fin al mandato cuando el negocio base, debe ser cumplido o continuado después de la

muerte.- Complemento de esta norma es lo normado en el artículo 1982, según el cual el mandato continúa subsistiendo después de la muerte del mandante cuando ha sido dado en el interés común de éste y del mandatario o en el interés de un tercero.-

El artículo 236 del Código Civil, en su actual redacción, resuelve una vieja controversia existente hasta ese momento, acerca de los convenios realizados por los cónyuges en relación a los bienes del matrimonio, disponiendo la validez de los mismos.

Esta reforma reconoce como origen un fallo plenario de las Cámaras Civiles de la Capital Federal, del 24 de Diciembre de 1982 en tal sentido³¹, además de la lógica misma, como bien lo expone ZANNONI, que si los cónyuges han decidido divorciarse, también es razonable que dispongan lo necesario para partir, liquidar y adjudicar los bienes adquiridos durante el matrimonio³². Esta partición se realizará del mismo modo que las particiones hereditarias, en virtud de la remisión que efectúa el artículo 1313 del Código Civil, es decir de manera judicial, privada ó mixta.

Salvada la observación común que solía realizarse acerca de la viabilidad de estos convenios, restaría considerar si, conjuntamente con el mismo, puede otorgarse por las partes un poder de naturaleza irrevocable, fundado en el artículo 1977 del Código Civil, para proceder a su ejecución.

31 La Ley-1983-A-483. Esta doctrina ha quedado ratificada en un comentado casado resuelto por el Superior Tribunal de Justicia de Mendoza, con voto de la Doctora Kemelmajer de Carlucci, publicado en J.A. del 28/5/97, número 6039, Pág. 27.

32 ZANNONI Eduardo, Derecho de Familia, T.I, pág. 721, Ed. Astrea, Bs.Aires, 1998.

NUTA y NAVAS³³ sostienen que un Poder, para configurar su carácter de irrevocable, debe referirse a un negocio jurídico especial. Y que este negocio debe ser contemporáneo al poder ó anterior, pero nunca un negocio futuro, y además debe estar concluido como tal. Ahora nos preguntamos si un Convenio de Adjudicación de Bienes realizado por los cónyuges reúne estos requisitos.

No cabe ninguna duda que dicho convenio es un negocio jurídico, entendiendo como tal a aquel en que se configura como una declaración de voluntad que conforme al derecho objetivo, tiene por sí relevancia legal para hacer surgir, transmitir, reconocer, modificar o extinguir derechos subjetivos.

Por supuesto que este Convenio realizado por los cónyuges, y que constituye un negocio jurídico, es el resultado de una elaboración y conclusión por parte de los mismos; el requisito de contemporaneidad se encuentra plenamente acabado y aún más, cuando este Convenio se celebra simultáneamente con la firma de la demanda de divorcio.

Con respecto al requisito de que el negocio se encuentre concluido, por supuesto que este Convenio reconoce como *condición* el hecho de que no sea impugnado por las partes en el juicio de divorcio respectivo a los fines de atacar su validez por alguna de las causales de ineficacia de los actos jurídicos, como por ejemplo, un vicio de la voluntad de los cónyuges. Pero más allá de

estas circunstancias (que también podrían darse en una compraventa), el convenio es firme y será plenamente válido, y causa fuente de derechos y obligaciones recíprocas para ambas partes, sujeto a una eventualidad, a un porvenir, que justamente es aquello que en definitiva condiciona toda la instrumentación realizada: la sentencia de divorcio, que actúa en este caso como una *conditio juris*.

Como todo contrato condicional, el acto jurídico existe con validez jurídica propia desde su celebración, quedando condicionados uno o todos sus efectos a la condición prevista.-

Aún más, como todo poder irrevocable, puede ser revocado por justa causa. Por supuesto, esta *justa causa* de revocación debe ser declarada judicialmente, en un proceso en donde el juez merituará las causales esgrimidas por aquel mandante que pretende sustraerse a sus obligaciones acordadas; y esto que sostenemos, puede ser aplicado como lo hemos puntualizado, tanto a una compraventa como a un convenio de estas características.

Dictada la sentencia, y no atacado el Convenio, nada más puede decirse, sólo resta su cumplimiento y consecuente plena eficacia.-

Por eso, discrepamos con aquella doctrina notarial, que observa con malos ojos el otorgamiento de un poder especial irrevocable a los fines de instrumentar lo resuelto por las partes en un convenio de liquida-

33 NUTA Ana Raquel y NAVAS Raúl F, su trabajo en "Curso de Derecho Notarial", pág. 339, Ed. Ad-Ho, Bs. As, 1999

ción, partición y adjudicación de bienes del matrimonio.

Debe distinguirse claramente la irrevocabilidad del mandato de la irrevocabilidad o no del contrato base.- El negocio especial se cumple como *condictio juris* del art. 1977 CC, con la existencia de un convenio condicional como se da en el supuesto, y ello no se contradice u opone a la relación negocial.-

Es que aquí la condición no está determinada por la voluntad de las partes, sino por una resolución del poder judicial, lo cual deja supeditado también el ejercicio del mandato y su efecto representativo a su cumplimiento.- Es decir que el poder cesará por imposibilidad de su objeto si el negocio base no llega a tener plena eficacia; pero una vez acreditada la condición tendrá plenos efectos el mandato, el poder y su carácter irrevocable.-

Nótese que se está ante un supuesto diametralmente opuesto a la oferta de donación, donde la irrevocabilidad convencional del apoderamiento, podría llevar a la irrevocabilidad autoimpuesta a la oferta por voluntad de partes; ya que está condicionado a un acto ajeno a las partes, y que de no ocurrir, no es que torna meramente revocable al poder, sino que directamente deja sin efecto alguno al mismo.- No debe olvidarse tampoco que el mandato es un contrato permitido entre cónyuges, y que siendo aplicable su normativa, el apoderado puede ser expresamente autorizado para actuar en su beneficio.- Si el otro cónyuge pretende impugnar el

contrato podrá hacerlo por los medios que la ley le acuerda, según el momento de la misma, y podrá en caso de no estar firme la sentencia recovar el poder por justa causa (art. 1977 CC in fine).-

Por ello concluimos que es válido y factible el otorgar un poder especial irrevocable para el cumplimiento de un convenio de disolución de sociedad conyugal, homologado o no, antes de estar firme la sentencia de divorcio o separación o personal — siempre condicionado a ésta- para su posterior utilización, no habiendo tampoco impedimento legal a que las partes establezcan la facultad de autocontratación en beneficio del apoderado.-

2.2.- BIEN GANANCIAL SIN LIQUIDAR.- FALLECIMIENTO DE UN CONYUGE.-

Una vez dictada la sentencia de divorcio o separación (personal o del art. 1294 CC) o nulidad de matrimonio, se produce el nacimiento de la comunidad de bienes gananciales, denominada indivisión comunitaria, y se actualiza el derecho de cónyuge no titular, que por directa manda legal este pasa a ser titular de la mitad de tales bienes según lo regulado por el art. 1315 CC.-

La Suprema Corte de nuestra Provincial ha resuelto al respecto *“que el patrimonio de cada cónyuge se transforma a partir de la disolución de la sociedad conyugal en un punto de encuentro entre los derechos del cónyuge y los derechos de terceros acreedores.- Ambos concurren sobre él; el cónyuge con el propósito de perfeccionar su derecho a las mitades indivisas sobre los bienes pertenecientes al otro cón-*

yuge; los acreedores con el fin de ser pagados sus respectivos créditos. Cuando sobreviene la disolución, el cónyuge no titular adquiere un derecho a la mitad indivisa de los bienes del otro.- El título a ese derecho está constituido por la sentencia de divorcio o nulidad, que acarrea la disolución de la sociedad conyugal, pero el derecho en tales condiciones será inoponible, porque carecerá de publicidad”.-³⁴

Claramente surge de la doctrina de Corte que el no titular ha adquirido el derecho a la mitad del bien por la directa orden legal y su título es la sentencia que acredita y/o constituye la situación jurídica disolutiva, con la consecuente transferencia del derecho, que es de indudable carácter patrimonial y se transmitirá a los sucesores del ex cónyuge (devenido causante) de conformidad a al art. 3417CC, quienes en consecuencia devienen titulares de ese derecho originado en el art. 1315CC.-

Para mayor abundamiento explica el Dr. Soria en su voto en el fallo citado al tratar el régimen jurídico de la disolución de la ex sociedad conyugal por causal diferente al fallecimiento: “Así, al disolverse la sociedad surge una auténtica comunidad, porque ambos cónyuges adquieren, recíprocamente, la mitad de los gananciales pertenecientes al otro.; la consecuencia derivada de del art. 1315 del Código Civil es que, al disolverse aquella, nace un condominio de los cónyuges sobre las cosas gananciales y una copropiedad sobre los créditos y derechos que revistan igual carácter (Mazzinghi,

Jorge Adolfo “Derecho de Familia T. II Abeledo Perrot Bs.As. 1972 págs. 474 y 477; coincidentemente Guastavino, Elías P, “Sociedades conyugales disueltas y no liquidadas” en *Jurisprudencia Argentina* 1957-I-104; asimismo Mendez Costa, María Josefa y ot. “Derecho de Familia” Rubinzal Culzoni, Santa Fé 1982, T. I, pág. 435 y ss; asimismo Borda, Guillermo “Tratado de Derecho de Civil Argentino (Familia) Perrot, 1969, T. I, pag. 346.”.-

En consecuencia, habiendo adquirido cada ex cónyuge su derecho a los gananciales por directa disposición de la ley, y constituyendo su título la respectiva sentencia de divorcio o anulación de matrimonio, al no haberse resuelto la liquidación de tales bienes, atribuyendo por un acto partitivo la hijuela a cada uno; al sobrevenir el fallecimiento de uno de ellos, ese derecho patrimonial se transmite mortis causa a sus herederos y se mantiene la atribución ex lege al cónyuge supérstite, pero que se mantiene en el mismo régimen de comunidad, donde los sucesores universales del causante pasan a ocupar el mismo lugar, y tener los mismos derechos y acciones que este.-

Al respecto concluye BELLUSCIO³⁵: “Los actos de disposición no pueden ser ya realizados por quien era propietario exclusivo. Sea que la indivisión postcomunitaria sea considerada una universalidad jurídica, sea que se la repunte simplemente un condominio de las cosas y una copropiedad de los bienes inmateriales, existe una copropiedad indivisa de la cual

34 SCJBA, I/4/2009.- C.G.U c. R.R y otro. LLBA 2009-629.- En igual sentido Ac. 41278 sent. del 19-IX-1989, Ac. 40687 expte. Del 6-III-1990, Ac. 86122, sent. del 9-XI-2005.- El subrayado es nuestro.-

35 BELLUSCIO, Augusto César –MANUSL DE DERECHO DE FAMILIA – Ed Abeledo Perrot, Bs.As, 2011, pág. 540

no puede disponer por si uno de los copropietarios.”.- Y se refiere expresamente a la legitimación de los sucesores los ex cónyuges al tratar la administración de los bienes, con la analógica aplicación del art. 345ICC, al decir: “disuelta la sociedad conyugal, cada uno de los cónyuges pierden de la administración de sus bienes gananciales, los que deberán ser administrados por ambos o sus sucesores universales, y en defecto de acuerdo, por un administrador designado judicialmente”.- Demuestra así la admisión de la actuación de los sucesores universales de los ex cónyuges, primeramente sin intervención judicial alguna.-

En el mismo sentido ZANNONI³⁶ es categórico al referirse a la partición y liquidación de los bienes de ex sociedad conyugal que no requiere intervención judicial: *“cuando la indivisión postcomunitaria coexiste con la comunidad hereditaria, la partición privada (Cfr. Art.3462 Cód Civil) hecha en escritura pública (Cfr. Art. 1184 inc. 2º) –salvo que mediare instrumento privado presentado al juez de la sucesión- sería suficiente título para liquidar la sociedad conyugal disuelta por el fallecimiento de un cónyuge o ambos, excepto los casos previstos en el art. 3465 que requerirán la partición judicial.”*

En consecuencia esta partición y liquidación privada y por escritura pública no podrá ser hecha por otro que los sucesores universales; y en aún ante la existencia de una causal previa de disolución sin liquidación, ese derecho patrimonial indiviso, será partido y liquidado de acuerdo a la norma del citado 3462 con la limitación del art. 3465 ambos del C. Civil.-

2.2.1.- Partición privada de bienes sin liquidar antes del fallecimiento.-

Como vimos, la liquidación de los bienes de la ex sociedad conyugal una vez disuelta la pueden acordar privadamente los comuneros, ya sea repartiéndose entres si los bienes, liquidándolos mediante transmisiones a terceros para repartir su resultado, o cediendo uno el derecho a sus gananciales al otro extinguiendo la comunidad por quedar un único comunero.-

Ante el fallecimiento de uno de ellos para poder realizar tales acuerdos partitivos o liquidatorios, sus herederos deberán acreditar su carácter de tales, y esta universalidad de bienes gananciales integrará el acervo hereditario, confundiéndose con la masa de bienes propios del causante.- Eso nos coloca en la misma situación fáctica que en el caso de disolución de la sociedad conyugal por fallecimiento de uno de los cónyuges; en ambos casos concurren dos comunidades de bienes sin liquidar (la sucesoria y la de la ex sociedad conyugal).-

Nótese que en cualquier sucesorio la declaratoria de herederos resuelve quienes han acreditado el carácter de herederos con respecto a los propios, dejando a salvo los derechos que la ley le acuerda al cónyuge supérstite sobre los gananciales.-

En ambos casos la ley acuerda el derecho patrimonial en mitad de los bienes al ex cónyuge, sea que el vínculo se disolvió

36 ZANNONI, Eduardo - Op. Cit., T. I, pág.721

con anterioridad o al momento del fallecimiento de un cónyuge.-

Ambas masas deber ser partidas, liquidadas y adjudicadas por sus comuneros (ex cónyuges y/o herederos) por la forma que estimen más conveniente.-

Este principio es claramente receptado en el caso de disolución por fallecimiento en el que se ha reconocido expresamente que *“si bien los gananciales del cónyuge que sobrevive no integran el acervo, el proceso sucesorio es el ámbito en que debe concretarse la adjudicación al esposo de la parte que le corresponde. Así, el primer paso que debe realizarse en la etapa de partición es, precisamente, separar los bienes que corresponden al superviviente como gananciales. Esta separación queda, pues, comprendida dentro de los trámites propios de la partición.- ..Los herederos pueden realizar la partición en la forma y por el acto que por unanimidad juzguen convenientes (art. 3462 Código Civil) y esta norma asimismo aplicable para hacer cesar la indivisión post comunitaria originada en la disolución de la sociedad conyugal por muerte. . . con la partición, dentro del concepto de herederos ha de considerarse no sólo a éstos sino también al cónyuge superviviente, y dentro de la masa tanto los bienes propios como los gananciales”*³⁷

La partición de bienes de la ex sociedad conyugal se rige por las normas del derecho de las sucesiones, por la remisión que hace el art. 1313 CC, regulando la disolución por causa de muerte de uno de los cónyuges, y que doctrina y jurisprudencia casi con unanimidad extienden a todos los supuestos.-

Ello deviene en la aplicación del art. 3462 CC, y en consecuencia por unanimi-

dad pueden hacer la partición por la forma y acto que consideren más conveniente, siempre que sean mayores y capaces.-Es claro que los cónyuge de común acuerdo pueden hacer la partición privada o mixta (acuerdo privado con homologación judicial art. 1184 inc 2 CC).-

Es decir que ambos cónyuges tiene el derecho y la correspondiente acción a pedir la partición y adjudicación de los bienes en el supuesto de no haber acuerdo; así como a celebrar el contrato de partición sin intervención judicial en caso de acuerdo.- Y en caso de fallecimiento de uno sus herederos declarados ocuparan su mismo lugar, y ejercerán sus derechos y acciones, entre ellas la de partir privadamente los bienes que oportunamente no se hayan liquidado.-

Los herederos en el proceso sucesorio deberán hacer la correspondiente denuncia de la parte de la indivisión comunitaria a liquidar, como parte del acervo, pero ello no quiere decir que si son todos ellos mayores y capaces no puedan hacer la partición privada con el ex cónyuge requiere.-

Es que una cosa es el cumplimiento de los recaudos procesales y tributarios en cuanto a la delación de bienes del sucesorio, y otra la determinación de la liquidación de bienes con el ex cónyuge que no es parte en la sucesión.-

Como se señaló la doctrina de la Corte Provincial al inicio, el ex cónyuge ya tiene su título sobre la mitad indivisa de los bienes con la sentencia de divorcio o anulación

37 CNCiv. Sala G, 9-9-83, Síntesis del fallo “Veiga de Campos, María ED T. I08-531 y ss.-

del matrimonio, y no tiene más que resolver con los sucesores de su otro comunero el modo de dividir esos bienes.-

También será posible, subsistiendo la indivisión comunitaria, que el cónyuge ceda sus derechos gananciales actualmente al único heredero del causante extinguiendo la indivisión por quedar un solo comunero; denotando que esta cesión de una universalidad no integrará el acervo hereditario, ya que el heredero recibirá por transmisión mortis causa la mitad de los gananciales del causante, y por acto entre vivos la restante mitad del otro ex cónyuge.-

Los herederos, al igual que la ex cónyuge supérstite, son los titulares de la acción de petición de partición, a la cual pueden renunciar por ya no haber vínculo matrimonial. Igualmente pueden renunciar o ceder libremente el derecho a adjudicarse el resultado de la partición, sin intervención judicial alguna.-

A diferencia del juicio sucesorio, que tiene por finalidad determinar la cuantía del acervo, así como sus derechos y obligaciones, donde los pretendidos acreedores y herederos podrán acreditar o no su derecho; el juicio de separación de bienes por disolución de la sociedad conyugal tiene por finalidad la división de los bienes, pero no la garantía al derechos de los acreedores de la sociedad conyugal, pues las deudas de la

sociedad están determinadas por los arts. 5 y 6 de la ley II.357, ya que estas se mantienen como obligación de los ex cónyuges mientras no se publicite la partición.-³⁸

Por ello la cesión o renuncia de gananciales no requerirá la presentación o acreditación alguna en este expediente judicial.- En consecuencia se concluye que el en supuestos de fallecimiento de uno de los ex cónyuges, sin haberse resuelto la liquidación de los bienes de la ex sociedad conyugal, rige el principio de autonomía de la voluntad, y podrán convenir sus herederos con el ex cónyuge supérstite su liquidación por el modo y forma que estimen más convenientes, en caso de darse los supuestos del art. 3462CC, no siendo requisito ineludible intervención judicial al respecto.-

2.3.- POSIBILIDAD DE AMPLIACION O MODIFICACION DE PARTICIONES PRIVADAS Y MIXTAS INDISTINTAMENTE

Ya hemos visto que el modo y forma de partir se rige por las normas de derecho sucesorio, remitiendo a los arts. 3462 y 3465 CC y que si bien la norma del artículo 1313CC se refiere al supuesto por disolución por fallecimiento de uno de los cónyuges, la jurisprudencia y doctrina admiten su aplicación extensiva al resto de las causales.-³⁹

38 Conf. SCJBA, I/4/2009.- C,G,U c. R.R y otro. LLBA 2009-629.-

39 Conf. ZANNONI, Eduardo –op.cit., T- I,pág. 792; BELLUSCIO, Augusto C – op.cit. pág. 559 ; MAZZINGHI, DERECHO DE FAMILIA, t.II, pág. 567; BORDA, Guillermo – TRATADO DE DERECHO CIVIL –FAMILIA, T I, N° 442 y 449; VIDAL TAQUINI, REGIMEN DE BIENES DEL MATRIMONIO –pág. 406.-

La materia admite dos modos:

a) Partición Privada: en que los que parten son los propios comuneros, es decir los ex cónyuges o el supérstite y los herederos del fallecido, donde se está ante un verdadero contrato, en que las partes en el libre ejercicio de su autonomía de voluntad dividen y adjudican los bienes por el modo y forma que estimen más conveniente, recurriendo a dos formas: la escritura pública o instrumento privado presentado ante el juez de la sucesión o del proceso liquidatorio.- Este es el principio general, ya que se aplica en todos los casos, salvo los casos previstos para la partición judicial en el art. 3465CC, aún cuando no se haya iniciado proceso judicial liquidatorio alguno, como puede suceder en las causales de divorcio o separación personal, en que los ex cónyuges, sin iniciar proceso judicial y habiendo recuperado la plena capacidad de contratar entre si lo hace en la modalidad netamente privada y bajo la forma de escritura pública.-

b) Partición judicial, en es el órgano judicial el que determina el modo de partir, y luego de seguir el respectivo proceso ritual, limitado a los casos especialmente previstos, y que la legislación en modo alguno fomenta.-

Así explica claramente BELLUSCIO: *“A la forma de partición de la comunidad es aplicable lo dispuesto por el Código Civil respecto a la partición de la herencia. Por consiguiente, puede ser privada si todos los copartícipes son capaces y están presente (art. 3462CC); la partición privada debe hacer-*

se por escritura pública, o por instrumento privado presentado al juez que entiende en la sucesión o en el procedimiento de liquidación de la sociedad conyugal (art. 1184 inc. 2º).”.-⁴⁰

Las partes tienen dos modos y formas de partir, y si optan por la privada, pueden desde el inicio recurrir a cualquiera de las dos formas indicadas, ya que se está dentro del mismo modo de partir; de igual modo si se recompone, ratifica o modifica un partición privada, ellas escogerán en el nuevo documento cualquiera de las dos alternativas que le confiere la ley, independientemente del que se hayan valido para el anterior.-

Aunque el primer acto partitivo haya sido por instrumento privado presentado ante el juez de proceso, esa intervención judicial no tiene el imperium propio de las sentencias judiciales, ni quita el hecho que la causa es la voluntad de las partes y no del juez en cuanto al contenido de la partición, y por ende las partes lo pueden modificar o ratificar con su sola voluntad explicitada sea en escritura pública o por instrumento privado presentado al juez de proceso indistintamente.-

Es la autonomía de voluntad la causa, y en el caso la intervención judicial cuando se le presenta un documento en los términos del art.1184 inc.2 CC, se limita a una actividad autenticante o certificante como lo hace el escribano .-⁴¹

En consecuencia, estando ante dos instrumentos de igual efecto, y de libre elección por las partes cabe admitir todo

40 BELLUSCIO, Augusto C – Op. Cit. Pág. 563.-

41 LAMBOIS, Susana – op-cit. Pág.266

tipo de modificación o recomposición por cualquiera de las formas de la modalidad privada.-

Igualmente, debe concluirse, que habiendo cesado las causales que obligaron a la forma de partición judicial, las partes ahora capaces y sin restricción, también podrán recomponer la partición por las formas de la partición privada.-

3.- DISPOSICION DE BIENES POSTERIOR A LA DISOLUCION: LIQUIDACION

El proceso de liquidación tiene por finalidad otorgar a cada cónyuge o sus herederos los bienes suficientes para cubrir la suma de valores correspondientes a las mitades indivisas que adquieren sobre los gananciales, al disolverse la sociedad conyugal.- Y por último se produce la partición última etapa del proceso de liquidación, en la cual las partes se adjudican los bienes concretos a título personal, exclusivo y con carácter de propio.-

Debe distinguirse la disolución de la sociedad conyugal de la liquidación de esta.- La Cámara Nacional Civil Sala D, ha resuelto: *“La disolución es previa al proceso de liquidación.-Por consiguiente la sentencia de divorcio no hace sino producir por imperio de la ley misma la disolución de la sociedad conyugal”*.-

Habitualmente ocurre que los ex-cónyuges quieren disponer de un bien inmueble ganancial, una vez disuelta la sociedad conyugal por divorcio, pero sin haber efectuado aún la partición en debida forma,

generalmente por una cuestión económica, existiendo en nuestro sistema legal, con respecto a la disposición de los bienes gananciales, sin haber extinguido aún la sociedad conyugal, o sea obviando la adjudicación previa, dos corrientes doctrinarias:

a) por un lado la que considera que producida la disolución de la sociedad conyugal comienza una fase denominada *indivisión postcomunitaria* en la que los bienes pasan a ser de ambos ex consortes, y ambos capaces y de acuerdo codisponen, compareciendo como de estado civil divorciados, relacionando debidamente la sentencia de divorcio que así lo decreta, y venden a los efectos de facilitar la liquidación, pudiendo el autorizante si lo cree conveniente, en la misma escritura traslativa de dominio, dejar constancia de la forma de repartirse el precio obtenido, el que pasara a formar parte de su patrimonio personal.-

b) la otra postura sostiene que debe tenerse en cuenta la continuidad registral, o sea para la liquidación perdura la división de masas, el titular registral del inmueble dispone, debiendo el no titular registral asentir conforme el I277 CC.- Se solicitaran certificados de inhibiciones por ambos ex-consortes, pero el titular registral dispone siendo de estado civil divorciado, referenciado la sentencia que así lo acredita, y el otro asiente al acto de acuerdo a lo prescripto en el artículo I277 del Código Civil, y corresponde a quien lo otorga, el derecho a recibir la mitad del precio o el monto convenido entre las partes.-

Resaltamos la importancia aunque el bien

se encuentre registralmente a nombre de uno solo, de tener a la vista el Escribano interviniente, el certificado de inhibición general de bienes por ambos cónyuges en ambos casos y el certificado con reserva de dominio, solicitado tal como consta en el Registro de la Propiedad, siendo partidarios de que ambos ex-cónyuges deben codisponer, dado que la sociedad conyugal se extingue y nace un nuevo régimen para la indivisión postcomunitaria, constituyendo la venta realizada en conjunto una forma abreviada de efectuar la división de bienes comunes, y el posterior bien adquirido

abonado con el dinero proveniente de esta venta revestirá el carácter de propio para el ex-cónyuge adquirente.-

La codisposición sin haberse adjudicado antes a los ex cónyuges, constituye en verdadero acto de liquidación parcial, por el cual los comuneros están obteniendo la subrogación de un bien invisible en su naturaleza en el dinero de precio, esencialmente divisible, que luego – o en el mismo acto- parten y adjudican entre sí, permitiendo cumplir con la partición, siendo un acto teniente y necesario para su consecución.-



TEMA II: PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y CALIFICACION REGISTRAL

COORDINADORA: María Fernanda ZARICH

TRABAJO PRESENTADO POR LA DELEGACION LOMAS DE ZAMORA

AUTORES:

Not. Eduardo Domingo BELMONTE.

Not. Silvina del Valle COLOMBO.

Not. Graciela Inés DEMARTINI

Not. Mónica Elizabeth MOSAGNA

LA PUBLICIDAD INMOBILIARIA: INEXACTITUDES REGISTRALES Y LIMITES A LA CALIFICACION REGISTRAL.

PONENCIAS

- El sistema registral inmobiliario argentino carece de FE PUBLICA REGISTRAL y del PRINCIPIO DE LEGITIMACIÓN.

- La publicidad cartular tiene plena vigencia, oponibilidad y utilidad para detectar inexactitudes registrales y para proceder a su rectificación.

- La publicidad registral, cartular y posesoria de igual rango jurídico completan el sistema publicitario inmobiliario argentino. Ello responde a un mecanismo que en nuestro sistema registral declarativo hace a la seguridad jurídica.

- A los operadores del derecho les compete la interpretación de la publicidad de la siguiente forma: Registradores: en la esfera

registral. Notarios: en la esfera registral y cartular. Jueces: en la esfera registral, cartular y posesoria.

- Cuando existe discordancia entre lo registrado y lo extrarregistral (esfera cartular y algunas situaciones de hecho como la muerte del titular de dominio por ejemplo); estaremos frente a la llamada INEXACTITUD REGISTRAL.

- El Registro debe calificar ateniéndose a lo que resultare de los documentos a inscribir y de los asientos respectivos, ergo no tiene imperium para cotejar asientos de otros Registros, ni investigar por sí la comisión de delitos, como la sustitución de personas o documentación apócrifa, ni dictar, como consecuencia de dicha investigación,

medidas cautelares administrativas, cancelar asientos o impedir inscripciones de actos, que entra en la órbita del poder judicial.

- La función del registrador frente a la presunción de un acto ilícito es realizar la correspondiente denuncia penal, salvaguardando con ésta su responsabilidad.

- En nuestro sistema, es el notario el que califica las facultades que surgen del poder para el acto que está otorgando y su vigencia. La pérdida de vigencia del poder por revocación, incapacidad o fallecimiento del poderdante no es materia de calificación registral.

- El Registro es responsable de los perjuicios que causare el incumplimiento o la irregular ejecución de la publicidad inmobiliaria, máxime cuando el encargado de ese servicio ejerce el monopolio de su prestación.

- El Registro es responsable por los eventuales daños y perjuicios que genere por el exceso en sus funciones, como la cancelación de los asientos, que traerá aparejada la pérdida de la reserva de prioridad, de un acto que es válido hasta que una sentencia judicial no lo declare nulo, inexistente o falso.

PARTE I

LA PUBLICIDAD INMOBILIARIA. OTROS MEDIOS DE PUBLICIDAD

Vélez desechó la publicidad registral, excepto para la hipoteca y adoptó el título y el modo como medios publicitarios, dándole dicha función además de la función para transmitir derechos reales (título y modo). Muchas fueron las críticas al respecto hechas al codificador, éstas encerraban una necesidad económica jurídica que se imponía en vistas a dar protección efectiva a los terceros de buena fe y brindar seguridad jurídica, empero luego de aparecidos los Registros locales, primero teñidas sus leyes de inconstitucionalidad, y posteriormente superado ello con la nueva redacción del artículo 2.505 C.C. incorporado por la ley 17.711 del año 1968 y con el decreto-ley 17.801, dichas críticas han perdido sustento.

El artículo mencionado sienta el principio de la inscripción registral, siendo la inscripción declarativa. Abella expresa, citando a LLambías: “La inscripción registral en materia inmobiliaria constituye un nuevo requisito que, con fines de publicidad, se adiciona al título suficiente y al modo suficiente”¹.

Reafirmamos nuestro sistema registral declarativo y no convalidante. A Vélez se le objetó adoptar a la tradición como medio de publicidad, empero una vez aparecida la publicidad registral moderna carecen de sustento las críticas hechas a los otros tipos de publicidad (cartular y posesoria). Para nosotros el reproche ha sido a la posesión en la función que debía cumplir como me-

¹ Abella, Adriana. Derecho Inmobiliario Registral. Ed. Zavalía, 2008, pág. 31.

dio de publicidad otrora insuficiente, pero la crítica civilista no era el haber adoptado a la tradición como modo para la adquisición de derechos reales precedida por el título. En este sentido, se ha expresado: "...pero el sistema en sí, de distinguir entre un título y un modo, se lo ha considerado siempre como de una sabiduría y prudencia indiscutibles. Es sobre esa idea básica que se ha edificado nuestra civilística como una roca incommovible, como si bíblicamente dijera: Tú eres el modo, y de ese modo edificaré mi derecho Civil"².

Las distintas formas de publicidad forman parte de la ciencia de la comunicación y el primer axioma comunicacional establece: "Es imposible no comunicarse", ergo todo comunica sin importar el canal o medio, el cual puede surgir de un Registro, estar en soporte cartular o a través de lo que expresen las personas por sus actos posesorios.

Circunscribiéndonos a la publicidad jurídica inmobiliaria va a transmitirse a través de diferentes medios (registral, cartular, posesorio) configurando éstos distintos modos publicitarios, que van a producir efectos jurídicos de igual jerarquía, el Código Civil establece la existencia de dichos modos y sus alcances. Urbaneja, Marcelo, sostiene: "La publicidad cartular posee normativamente la misma jerarquía que la publicidad registral y la publicidad posesoria".

La publicidad inmobiliaria encierra en

sí misma la intención de brindar cognoscibilidad a un destinatario (en forma difusa o restringida) de aquello que se quiere dar a conocer respecto de los inmuebles, para su oponibilidad frente a los terceros-destinatarios.

Definición: La Publicidad Inmobiliaria está conformada por distintos canales o medios por los cuales se publicita con el fin de comunicar erga omnes o a aquél que tenga interés legítimo el estado jurídico de los bienes inmuebles.

Los diferentes medios o canales de publicidad inmobiliaria pertenecen a tres esferas distintas: registral, cartular (instrumental) y posesoria (situaciones de hecho).

Existen otras formas de publicidad, como ser: los edictos y la que se hace en el expediente sucesorio agregando el testimonio de la cesión de acciones y derechos hereditarios. Así lo tiene resuelto la doctrina y jurisprudencia unánimes. En uno de los fallos de cámara, se dijo: "La cesión de derechos hereditarios produce efectos contra terceros desde la fecha en que se agregó en el expediente sucesorio el instrumento que la acredita; empero, después de la reforma del art. 2.505 CC, mediante la ley 17.711, cuando la cesión comprende bienes inmuebles es también condición de oponibilidad a terceros su anotación registral conforme a lo expresamente dispuesto por dicha norma."³

2 López de Zavala, Fernando. Curso de Derecho Registral Inmobiliario. Capítulo V, Evolución histórica del derecho registral en la Argentina. Registro de la Propiedad Inmueble de Capital Federal, año 1971, pág. 149. 3 Cámara Nac. De Apelaciones en lo Civil, sala A, 1974/11/21, ED, 58-570.

Publicidad Registral

El Registro de la Propiedad, el del sistema moderno, tiene por objeto la publicidad formal, el organismo expedirá copia autenticada de la documentación registral y los informes que se soliciten de conformidad con la reglamentación local, conforme art. 27 dec. Ley 17.801.

“El objeto de las anotaciones en el Registro de la Propiedad Inmueble es la publicidad, a los efectos de que se conozca la situación jurídica del bien”.⁴

La publicidad emanada de los Registros de la Propiedad es pública conforme art. 21 ley 17.801, la cual se lleva a cabo mediante la expedición de certificados, informes, notas marginales, copia de asiento registral, índice de titulares, etc.

Las certificaciones registrales son las únicas que tienen veracidad, hasta que no se demuestre lo contrario de que lo informado por el registro no se ajusta a la realidad.

Publicidad posesoria

Los actos materiales de un poseedor comunican o publicitan que él es dueño. Si es controvertida la posesión, la misma tendrá que probarse judicialmente.

El notario no es destinatario de este tipo de publicidad.

Los receptores de la publicidad poseso-

ria son los requirentes del acto en cuestión y **sólo el juez es el interprete de la publicidad posesoria** y como tal juzgará si la posesión es de buena o mala fé, legítima o ilegítima.

El modo suficiente para transmitir el dominio (arts. 577, 2601, 2603 y 2609, 3265 del C.C., debe reunir tres condiciones, según expresa Abella: “1) hecha por el propietario de la cosa; 2) que las partes tengan la capacidad legal necesaria; 3) la tradición debe ser por título suficiente para transferir el dominio”⁵

Un fallo de la alzada, sostuvo: “La sentenciante de grado tuvo por probada la ilegitimidad de la posesión y la mala fe en la misma...”⁶. Los hechos recaían en torno a un propietario de un inmueble que interpuso demanda de daños y perjuicios, contra quien obtuvo la posesión del bien mediante un boleto de compraventa suscripto por el padre del actor cuando éste era menor de edad. El demandado además había devuelto el inmueble habiendo reconocido la propiedad en cabeza del actor.

La posesión cuando es modo suficiente es medio de publicidad erga omnes de que se ha sido puesto en posesión por actos materiales y que ha aceptado la misma.

Sin embargo observamos que en las excepciones traditio brevi manu y constituto posesorio, si bien la ley tiene a la posesión por cumplida, en la realidad no se logra percibir los actos materiales porque el que era

4 Ob. Cit. fallo ED, 58-570.

5 Abella, Adriana. ob. cit: Derecho Inmobiliario Registral, pag. 25

6 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala C. “G. H. H. c/ W., J.” del 23/6/2009, La Ley 06/04/2010.

dueño sigue ocupando a título de tenedor y viceversa, razón por la cual concluimos que aquí la publicidad surte efectos por una ficción legal y no porque verdaderamente se exteriorice nítidamente en la realidad.

La posesión no se registra contamos con un Registro de títulos, ella se expresa en el mundo real por actos materiales y es sólo en este plano donde comunica efectivamente siendo el juez quien juzgue su existencia en caso de conflicto. Ergo no se configura una inexactitud registral cuando de posesión hablamos.

Sin lugar a dudas la posesión como modo existe como publicidad, también se han vistos rasgos o grados de publicidad respecto de un comprador por boleto cuando se cumplen ciertos requisitos, en virtud del art. 2.355, asimismo el art. 1185 bis se ha querido aplicar no solo a los concursos y quiebras sino también a las ejecuciones especiales por analogía y han habido distintas interpretaciones.

En un a fallo se ha sostenido: “Al encuadre puntualizado cabe sumar el hecho de que la posesión a la que alude el art. 2.355 Cód. Civil implica cierto grado de publicidad (de allí que sea posible aludir al concepto de “publicidad posesoria”).

El registrador ni el notario califican la posesión, a ellos no les llega. La posesión podrán percibirla los requirentes y es el juez quien indaga y ante quien se prueba la misma, es él quien fija los hechos y declara el derecho.

Se ha llegado a hablar de una publicidad equiparable cuando para distintas situaciones existe el mismo tipo de publicidad, como por ejemplo cuando aparecen registrados dos embargos. El quid de la cuestión no es darle preeminencia a una publicidad sobre la otra, diciendo que ella es de mejor jerarquía, sino en visualizar como se complementan en el sistema registral argentino, a los fines de la calificación correcta.

Publicidad cartular

La publicidad cartular apareció de la mano de Vélez Sársfield antes de la existencia de la publicidad registral, él tomó al título (medio cartular) y a la posesión como medios publicitarios idóneos y suficientes.

En este sentido expresa Agustín W. Rodríguez: “No obstante haber adoptado el sistema de publicidad registral para las hipotecas, el codificador se inhibió de establecer un sistema registral inmobiliario para el dominio y demás derechos reales, **para los cuales juzgó suficiente medio de publicidad la escritura pública integrativa del título (art. 1184, inc. 19 y la tradición (art. 577))...**”⁷

El medio publicitario en la esfera cartular son los títulos destinados a circular y sus notas marginales o bien las notas que surjan de un Reglamento de Copropiedad por ejemplo.

Respecto a las oponibilidades, por un lado tenemos que la escritura pública es

7 RODRIGUEZ, Agustín W., “Publicidad Inmobiliaria. Antecedentes Nacionales y Extranjeros. Ediciones Depalma, año 1974, pag. 36

oponible erga omnes, hasta la redargución de falsedad, de los hechos materiales pasados en presencia del escribano. (art. 993 C.C.). A su vez la transferencia tiene plena vigencia entre las partes, sus herederos y los que han intervenido en la formalización del documento, escribano, testigos, firmante a ruego, para quienes el derecho documentado se considera registrado. (art. 20, ley 17.801).

En la esfera de publicidad cartular el título está publicitando en todo su contenido y además publicita con sus notas marginales.

Carmino Castagno, expresó en su calidad de Consejero: "...Aceptamos finalmente que la "buena fe" debe existir al momento en que el tercero adquiere el dominio y que -como es obvio- se excluye en caso conocerse por cualquier medio la realidad "extrarregistral". Así por la constancia de la venta puesta por el Escribano en el respectivo título...". Véase que el consejero hace referencia a cualquier medio, tratándose éste del cartular.⁸

La publicidad hace a la oponibilidad y en el caso de haber una inexactitud registral si se prueba que el tercero conoció o debió conocer la discordancia, la presunción de buena fe cae.

Nos enrolamos en el criterio suizo adoptado en el Primer Congreso Internacional de Derecho Registral de Buenos Aires, celebrado en 1972, defendido por Alterini, que

dice: "La buena fe del tercero se presume siempre mientras no se pruebe que conoció o debió conocer la inexactitud del Registro".

Por lo expuesto, más allá del estudio de títulos, al decir del doctrinario mencionado "lo que está fuera de toda disputa, es la necesidad de observar el requisito de matricidad"⁹. Agregamos la necesidad no sólo de observar el contenido íntegro de la escritura (primera copia y matriz) sino también sus notas marginales porque opera la publicidad cartular.

Para citar algún ejemplo exponemos los casos del derecho de reversión o la conformidad que el fiduciante tenga que prestar al fiduciario en la escritura de venta, puede suceder que las mismas no tengan reflejo registral, de no haber sido advertido ello por el autorizante la escritura se torna observable si por ejemplo el donante no renunció al derecho de reversión o si el fiduciario vendió sin la conformidad del fiduciante.

En las XXXVI Jornadas Notariales Bonaerenses, celebradas en Necochea, Noviembre 2009, tema III: Actos y contratos con efectos en terceras personas: Gestión de Negocios, se ha sostenido en el despacho de la comisión, en lo referente al tema que nos ocupa: "Publicidad cartular: La publicidad que surge del texto escriturario será decisiva con relación a la oponibilidad del negocio indirecto a los terceros".

8 Carminio Castagno, José Carlos. La validez de la escritura pública conforme al artículo 993 del Código Civil y su oponibilidad a terceros en casos de falta de inscripción el Registro Inmobiliario, Parná, 15/06/80. Revista Notarial pag.231.

9 La buena fe y la titulación como desmitificadoras de las llamadas legitimación y fé pública registral. La Ley 2006-E, 1126.

Marcelo Urbaneja, expresa en sus ponencias presentadas en la Jornada Notarial Argentina, Tema I “Las Inexactitudes Registrales. Calificación registral”, desarrollada en Mar del Plata, del 5 al 8 de mayo de 2010: “La ley nacional establece la existencia y efectos de la publicidad cartular, mientras que la ley local (art. 979, inciso 2, Código Civil), reglamenta sus distintas manifestaciones y formalidades...El decreto-ley 17.801/1968 no derogó ni alteró en modo alguno el alcance de la publicidad cartular, por no surgir tal previsión de dicho cuerpo normativo”

La publicidad cartular ha sido mantenida desde su incorporación en nuestro Código Velezano teniendo plena vigencia en la actualidad, oponibilidad y utilidad no sólo para detectar inexactitudes registrales, sino para proceder a su rectificación.

A esta altura de nuestro trabajo podemos sostener que el mecanismo para detectar la inexactitud registral es a través de otros medios o canales que nos den a conocer la verdadera situación de los bienes, cuando la misma no ha sido así ventilada en el asiento registral, sea por error o dolo.

Colofón: Las formas publicitarias analizadas encastran y completan el sistema publicitario inmobiliario argentino. Lo cual responde a un mecanismo publicitario que en nuestro sistema registral declarativo hace a la seguridad jurídica.

Los medios de publicidad no sólo encastran sino que interactúan de determinada manera dentro del sistema publicitario. La capacitación de los operadores del de-

recho destinatarios primeros y decodificadores expertos de la publicidad jurídica se impone. Para el notario el sistema responde a una de las bases del notariado de tipo latino (la capacitación permanente).

A los destinatarios-operadores del derecho les compete la interpretación de la publicidad inmobiliaria dentro de sus funciones de la siguiente manera:

Registradores: Les llega exclusivamente la publicidad registral porque deben atenerse a lo que emane de los documentos presentados y a los asientos propios del Registro.

Notarios: Son destinatarios-expertos de la publicidad registral y cartular, quedando fuera la publicidad posesoria.

Jueces: son los intérpretes de la publicidad registral, cartular y posesoria, esta última a través de las probanzas de los destinatarios directos que pueden ser por ejemplo aquéllos que persiguen una pretensión.

Sin ser operadores del derecho los requirentes son destinatarios directos de la publicidad posesoria.

El notario debe tener a la vista el título inscripto en el Registro de la Propiedad y las certificaciones que consignen el estado de los bienes y de las personas conforme las constancias registradas según lo normado por el artículo 23 del decreto-ley 17.801.

Se trata de tener a la vista título inscripto y certificados, ambos configuran medios distintos de publicidad, el primero pertenece a la publicidad cartular y el segundo a la publicidad registral, son algunas de las especies en el género de la publicidad jurídica inmobiliaria.

El hecho de tener a la vista él o los títulos conlleva el análisis o examen detallado de dicho instrumento, unido al análisis de la documentación habilitante que legitime al otorgante. Es el notario un profesional del derecho que ejerce una función pública, tiene idoneidad para decodificar lo que el título dice y dar consecuentemente el debido asesoramiento.

INEXACTITUD REGISTRAL

El artículo 34 del decreto-ley 17.801 define el término en estudio, rezando: “Se entenderá por inexactitud del Registro todo desacuerdo que, en orden a los documentos susceptibles de inscripción, exista entre lo registrado y la realidad jurídica extrarregistral”.

El artículo 35 de la ley citada, hace referencia al error u omisión en el documento, debiéndose para rectificar el asiento acompañarse documento de la misma naturaleza que motivó la inexactitud.

El párrafo in fine en cambio, se refiere al supuesto de error u omisión material en la inscripción, en dicho caso se deberá acompañar el instrumento que la originó, el cual el registrador tendrá a la vista para

procederse a la rectificación del asiento, pudiendo ser la inexactitud en el caso subexamen rectificadora de oficio si el error es detectado por el registrador en el vuelco o antes de la salida del título. En este sentido, Américo Atilio Cornejo, dice: “En principio, debe ser pedida por el interesado, quien indicará la inexactitud acompañando el documento para confrontarla. Sin embargo, y ante inexactitudes y errores evidentes, cabe la rectificación de oficio sobre la base de la documentación que existiera en el registro y resultara suficiente”.¹⁰

De Reina Tartièrre expresa también que la rectificación de los errores en el asiento, pueden tener lugar de oficio o a instancia de parte.¹¹

Cuando existe discordancia entre lo registrado (esfera registral) y lo extrarregistral (integrada por la esfera cartular y algunas situaciones de hecho como la muerte del titular de dominio por ejemplo, excepto la posesión); estaremos frente a la llamada INEXACTITUD REGISTRAL.

Esta definición es más amplia que la regulada por el artículo 34 de la Ley 17.801, ya que no restringe los supuestos de inexactitudes registrales basándose exclusivamente en los documentos susceptibles de inscripción, como el citado artículo, sino

¹⁰ Cornejo, Américo Atilio. Derecho Registral. Editorial Astrea, junio 2008, pag. 228.

¹¹ “En primer lugar, resulta posible que el Registrador se percate del error en el mismo momento en que está redactando el asiento. En tal supuesto se le permite subsanarlo sin extender otro asiento, siempre que el error no se refiera al apellido y nombre del titular registral, a la proporción entre cotitulares o, tratándose de un asiento sometido a plazo de caducidad, a la fecha o número en que ingresó el título. En estos casos, así como en los que la redacción del asiento se encontrara finalizada, se precisaría expedir u nuevo asiento”. De Reina Tartièrre, Gabriel. Registro de la propiedad Inmueble. Ley 17.801. Comentada. La Ley, 2004.

que abarca también situaciones de hecho que aún no ingresaron al Registro.

Cuando existe coincidencia entre lo registrado y lo extrarregistral ya referido, estamos frente a una EXACTITUD REGISTRAL.

López de Zavalía, expresa: “El Registro es exacto cuando sus asientos coinciden con la realidad material. Pero, a veces, es inexacto...”.¹²

El notario para visualizar la inexactitud registral cuenta con un plano de exactitud que pertenece a la órbita de la publicidad extrarregistral, como ser por ejemplo la exactitud que pudiera emanar de los títulos (escrituras matrices y de los primeros y ulteriores testimonios) y de las notas marginales de las escrituras públicas.

La información publicada por el Registro de la Propiedad goza de una presunción iuris tantum de que se ajusta a la realidad, mientras no se demuestre lo contrario. Ello implica una presunción de veracidad a favor del Registro.

Reina Tartière, dice: “La presunción operará en tanto y en cuanto el correspondiente asiento no se rectifique”.¹³

En este sentido un fallo de la Cámara Nacional en lo Civil, Sala F, ha sostenido: “...Así, de acuerdo a lo normado por el art. 4° de la ley 17.801, el efecto de la inscripción registral en materia inmobilia-

ria, de ninguna manera puede ni convalidar el título nulo ni subsanar los defectos de que adoleciere según las leyes, sin perjuicio de señalar que dada la inscripción de un instrumento, se genera la oponibilidad erga omnes estatuida en el ar. 2° de la ley 17.801, la que por el motivo sostenido anteriormente importa una presunción iuris tantum...”.¹⁴

El mecanismo en sede notarial será el de corregir la inexactitud registral a través de la rectificación del asiento inexacto, dando entrada o reingresando el mismo documento base para la rectificación u otro complementario de la misma naturaleza, siempre que no deba realizarse por la vía judicial.

El tema lo visualizamos cuando estamos frente a títulos inscriptos consecuentemente publicitados. Ahora bien, ¿qué pasa en los casos en que nos encontramos con un asiento registral del cual surge una inscripción provisional caduca y nos requieren para autorizar la venta del bien?

Habrà que averiguar que pasó que la escritura no se inscribió, indagar sobre si existió instancia judicial civil y/o denuncia penal, podremos encontrarnos ante la situación de que el autorizante esté suspendido o destituido. No podremos autorizar la escritura traslativa de dominio hasta que no se haya dilucidado la cuestión ante los jueces.

Transcribimos un párrafo expresado

12 Entendiendo por realidad material la verdad jurídica definitiva con valor interpartes, que deben pronunciar los jueces en el caso de plantearse un conflicto. López de Zavalía, Fernando J. Curso Introductorio al Derecho Registral, Colegio de Escribanos de Tucumán, Ed. Victor P. de Zavalía, 1983, pág. 360.

13 De Reina Tartière, Gabriel.: ob. cit.. “Ley 17.801. Comentada”, pág. 87.

14 Cámara Nac. de Apel. en lo civil, sala F, 1995/09/14, L.L. 1996-C, I35, con nota de M.T. Acquarone

por Marcela Tranchini en respuesta a una consulta: "...Pero entiendo que lo más importante es ver la escritura matriz que generó la anotación provisional a cuyo respecto mucho le podrá decir el titular anterior (que al parecer vendió dos veces), pues puede ser un caso de falta de matricidad o de sustitución de persona".¹⁵

La consulta hacía referencia a la detección de un antecedente que no era el inmediato sino uno anterior, cuyo título se encontraba con inscripción provisoria vencida que nunca fue inscripto, autorizada por un escribano destituido.

En otros casos ante una inscripción caduca puede ocurrir que no estemos frente a un ilícito sino que el titular dominial sea el que va a proceder a vender, previamente se rogará la inscripción por el autorizante o depositario del protocolo, encontrándose el escribano que no inscribió en término, de no haber mediado medidas precautorias inscriptas, en la órbita de la responsabilidad disciplinaria, pero ello en modo alguno afectará el título cuando finalmente éste se encuentre inscripto. Luego sí se procederá a la nueva transmisión.

Causas de inexactitudes registrales

Cornejo¹⁶ las divide en dos grandes grupos, las de origen registral y las de origen extrarregistral.

El primer ejemplo expuesto dentro del segundo grupo, se trata de un caso citado por Pérez Lazala¹⁷, a mayor abundamiento lo fundamentamos con un decisorio.

I° Grupo: Causa registral (error originado dentro del Registro):

- No coincide el documento ingresado al registro con el asiento que lo refleja. Lo encuadramos dentro de la causa registral, el error del registrador puede darse en el vuelco del asiento o bien pudo haberse inducido a error por discordancias en la minuta de rogación (solicitud de inscripción conforme art. 7 ley 17.801).

- Información omitida en el certificado expedido. Abella, expresa: "...si el certificado no refleja fielmente el contenido del asiento, la información omitida no podrá oponerse a los terceros de buena fe que hubieran escriturado en base a esa certificación".¹⁸

15 Cuadernos de Apuntes Notariales N° 67, año 2010

16 Cornejo, Américo Atilio: ob. Cit: "Derecho Registral", pág. 227.

17 El agrupa las causas en cuatro, extraemos sólo la primera de ellas, para reagruparlas con otras causas que expresan diversos autores. Véase que la obra es escrita antes del dictado la Ley 17.801 y 17.711, la cual nos ilustra con total vigencia. Pérez Lazala, José Luis. Derecho Inmobiliario Registral. Inexactitud Registral y modos de subsanarla, Ed. Depalma, 1965, pág. 273.

18 "La inexactitud en la certificación genera la responsabilidad del Estado en tanto el perjuicio sea producto de la actividad administrativa y ésta, a su vez, pueda coano externo a través de los medios de publicidad de los asientos". Abella, Adriana. Derecho Inmobiliario Registral. Ed. Zavalía, 2008, pag. 75

2° Grupo: Causa extrarregistral (error y mutación de la realidad jurídica cuyo origen se encuentra fuera del Registro):

- No registración de la alteración producida en la realidad jurídica. Opera cuando una persona fallece y deja de ser titular transmitiéndose *mortis causa* los bienes relictos a sus herederos. Otro ejemplo sería el de una hipoteca que se ha extinguido por haberse cancelado la misma y aún no se ha otorgado la cancelación, o bien cuando ha fallecido el usufructuario, el dominio se ha vuelto pleno pero aún no se ha inscripto la cancelación del usufructo por muerte del usufructuario y podrán haber muchos ejemplos más.

La Suprema Corte de Mendoza se ha expedido en el sentido de que muerto el titular registral se produce lo que la doctrina registralista denomina una “inexactitud registral”, esto es un desacuerdo entre la realidad jurídica registral y la extrarregistral.¹⁹

- Difiere la matriz del testimonio. Se da cuando se traslada el error del documento al asiento registral. Expresa Pérez Lasala: “Cuando la inexactitud se produce por error, hay que distinguir según se cometa éste en la elaboración de los títulos o en la práctica de los asientos. En el primer caso, la rectificación del registro se conseguirá por el otorgamiento de un nuevo título o, subsidiariamente, por medio de la pertinente resolución judicial”.²⁰

- La matriz y el testimonio no reflejan la real voluntad de las partes y el alcance dispositivo. En estos casos la rectificación puede producirse por la cancelación del asiento en virtud de la declaración de nulidad del título, o bien de corresponder que las partes ratifiquen, otorguen escrituras complementarias o reproduzcan el acto, lo cual se estudiará en cada caso particular.

Finalmente algunos errores podrán rectificarse por solicitud rogatoria con firma certificada para los casos de no tratarse de errores conceptuales y para otros casos como ser cambio en la titularidad, proporciones, etc. la rectificación tendrá que constar en la forma de escritura pública.

FE PUBLICA REGISTRAL

En el sistema registral inmobiliario de nuestro país, la FE PUBLICA REGISTRAL, la de la Ley hipotecaria española, no tiene existencia. Ergo, lo registrado no se presume exacto *iuris et de iure*, sin embargo estaremos frente a un ESTADIO DE EXACTITUD REGISTRAL cuando se sincronice, coincida o concuerde lo registrado y la verdad jurídica-material perteneciente a la orbita extrarregistral.

Un fallo de cámara, lo expresa de la siguiente manera: “El principio de la fe pública registral —fundando en la presunción de

19 El fallo expone refiriéndose a la ley 17.801: “Este ordenamiento, visto en su totalidad, incluye las normas sucesorias que expresamente hacen al heredero titular indiviso de una universalidad, desde la muerte del causante. (Suprema Corte de Justicia de Mendoza, sala I°, 1984/9/17, J.A., 1985-I-496)

20 Pérez Lazala, José Luis: ob. cit. Derecho Inmobiliario Registral, pag.275.

exactitud del registro a favor de los adquirentes de buena fe- no ha sido incorporado técnicamente a nuestro derecho. En efecto, aunque las normas contenidas en los arts. 2º, 20, y 22 de la ley 17.801 se desprende la inoponibilidad a terceros de los derechos no inscriptos, la protección que se acuerda a los terceros es de carácter negativo y traduce la vigencia del principio de completividad e integridad ...”²¹

El principio de fe pública registral se opone al artículo 1051 del Código Civil según la apreciación de Pérez Lazala. López de Zavalía en cambio expresa que el mencionado artículo presta los servicios del principio referido. Ambos autores están contestes en que no aparece como principio registral en nuestro derecho.

A su vez se sostiene que la fe pública registral no es la fe pública exigida por el mencionado artículo. “La sola circunstancia de que el dominio esté inscripto a nombre del propietario aparente no significa tener por acreditado de modo irrefragable la existencia de buena fe por parte del tercer adquirente. La buena fe requerida por el art. 1051 C.C. no es la buena fe registral”.²²

PRINCIPIO DE LEGITIMACIÓN

El principio de legitimación registral no está incorporado en nuestro derecho,

en una reivindicación, al decir de López de Zavalía “Se litiga con títulos”²³. Ergo se acredita la titularidad (legitimación) con el título de propiedad inscripto (primeros u ulteriores testimonios inscriptos), y luego a modo de verificar dominio vigente (que nada tiene que ver con la legitimación que emana del título) se acompaña un informe de dominio en los juicios. Asimismo en las tercerías de dominio para articularla y probar fehacientemente la titularidad del inmueble hay que acompañar la escritura pública exigida por el art. 1184 C.C., y su inscripción en el Registro de la Propiedad. Un fallo de cámara no hizo lugar a la tercería de dominio, porque el actor no había acreditado ser titular de dominio con el título, si bien se trataba de un poseedor con boleto, de buena fe y que abonó la totalidad del precio, el juez le requirió el título y no la acreditación exclusivamente con el informe de dominio. La alzada expresó: “...quien plantea una tercería de dominio debe probar fehacientemente la titularidad del bien, que en el caso de inmuebles, no se acredita con un boleto de compraventa, sino con la escritura pública exigida por el art. 1184 Cód. Civil y su inscripción en el Registro de la Propiedad.”²⁴

Con un informe o certificado de dominio (esfera exclusiva registral) no se está legitimado en sede judicial y notarial,

21 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil sala I, 1997/04/08, L.L., 1998-B, 19.-

22 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala F, 1979/08/27, LL, 1980-D, 295, con nota de Elena I. Highton- ED, 87-252.

23 López de Zavalía, Fernando. Curso Introductorio al derecho registral. Ed. Zavalía, pag. 365.

24 Ob. Cit: Autos “Días Machado, M.J. c/ Cano, M.E. c/ Lloyds Bank BLSA) Ltd. s/ tercería de dominio”.

respectivamente, para acreditar titularidad alguna.

PARTE II LIMITES A LA CALIFICACIÓN REGISTRAL.

Parte General

La calificación registral es “una función registral, típicamente jurídica, que consiste en el examen de los documentos presentados a inscribir o anotar, por lo que de ellos resulta y por su confrontación con los asientos respectivos tendientes a establecer si reúnen los requisitos necesarios para su registración definitiva o si, por no reunirlos, deben ser registrados provisionalmente, o condicionados por la existencia de prioridades que los afecten, o rechazados por no tratarse de documentos registrables, dentro de los límites establecidos por la ley”.²⁵

Es una constante que desde la creación de los Registros inmobiliarios se han establecido en nuestro país distintas doctrinas en materia de la facultad calificadora de dichos organismos, sobre los documentos que ingresen a los mismos y cuyos orígenes pueden ser de fuentes judiciales, notariales o administrativas.

En la materia que nos ocupa tratar en estas Jornadas Bonaerenses, siempre se ha discutido y aún los doctrinarios no se han puesto de acuerdo hasta donde pueden los Registros ceñirse a examinar solo las formas extrínsecas del documento, quedándole ve-

lado analizar o calificar las formas intrínsecas del mismo.

Entendemos que ello no es así en forma tan absoluta, pues como algún autor, lo sostenía en las XXIX Jornadas Notariales argentinas, celebrada en Mar del Plata en Mayo del año pasado, lo “extrínseco de acuerdo a la Real Academia Española deriva de extrinsecus, que es solo lo externo o sea lo no esencial, mientras que lo intrínseco deriva de amente o sea lo esencial.

El art. 3 de nuestra citada ley registral debe interpretarse no en forma absoluta, pues como sostiene el derecho español y el nuestro para inscribir o anotar títulos por los que se declaren, transmitan, graven, modifiquen o extingan el dominio y demás derechos reales sobre inmuebles, deberá constar previamente inscripto o anotado el derecho de la persona que otorgue o en cuyo nombre sean otorgados los actos referidos. En caso de resultar inscripto aquel derecho a favor de distinta persona, deberá denegar la inscripción. Esto lo sostenía el catedrático español José Luis Lacruz Berdejo.

Como podrá cualquier Registrador verificar dichas circunstancias que le son imperativamente obligatorias, sin verificar o examinar lo sustancial del instrumento que se le presenta para su inscripción o anotación.

Sin perjuicio de lo expuesto, todo registrador debe examinar debidamente el documento para verificar que no se este frente a un supuesto de los que determina el inciso

25 VILLARO, Felipe Pedro. Elementos de Derecho Registral Inmobiliario. 3ra Edición actualizada. Pág. 60. Editora Scotti. Año 2003.

a del art. 9 de la ley registral, en cuyo caso deberá rechazar los títulos viciados de nulidad absoluta y manifiesta o bien que no se encuentre suscripto por un funcionario que hubiere actuando dentro de los límites de sus atribuciones, respecto a la naturaleza del acto y dentro del territorio que se le ha asignado para el ejercicio de sus funciones (art. 980 del Cód. Civil)

No es la intención de presente trabajo volver a tratar los alcances del artículo 9 de la Ley 17.801, sobre la facultad de calificar la capacidad de los transmitentes y el famoso plenario Feidman sobre el que tanto se ha escrito y sobre el cual ya todos tenemos una postura tomada.

Sin embargo, queremos explayarnos en algunos temas puntuales con respecto a los límites materiales de la calificación registral.

Documentos y asientos en los que debe basarse.

El artículo 8 de la Ley pone el límite material a la calificación registral, que no puede excederse del análisis del documento a inscribir y de los asientos del propio registro, de modo que lo que no surge de éstos, “aunque pueda ser conocido por otros

medios por el registrador no constituye ni puede constituir materia de calificación”²⁶

“No tiene entre sus funciones la evaluación e investigación de información extrarregistral que no ingresa al Registro junto con el documento” que es tarea del autorizante del documento.²⁷

Incluso el Plenario Feidman²⁸, al rechazar uno de los argumentos de la postura doctrinaria que sostiene que el Registro no puede calificar el cumplimiento del asentimiento conyugal basándose en el artículo 4 de la Ley 17.801 que establece: “la inscripción no convalida el título nulo ni subsana los defectos de que adoleciera según las leyes”, manifiesta que: “Si la ley registral incluye una directiva como la del art. 4º, es ante la necesidad que se defina el criterio al respecto, **máxime que la calificación registral –mas o menos limitada- tiene siempre un vallado que no puede superar, los defectos no manifiestos**”.²⁹

En igual sentido el Dr. Horacio Alterini postula que el Registro puede calificar no sólo cuestiones de forma, sino también de fondo del acto, pero siempre que el fondo surja del título. La “falencia sustantiva debe surgir manifiesta del acto”³⁰.

A su vez, la otra premisa que surge del

26 VILLARO, Felipe Pedro. Elementos de derecho registral inmobiliario. 3ra edición actualizado. Editora Scotti. Pág. 60.

27 DODDA, Zulma. “Cancelación de Asientos Registrales por Procedimiento Administrativo”. Abeledo Perrot on line. Fuente: SJA 24/11/2010.

28 FEIDMAN, Mauricio, C. Nac. Civ. en pleno, 27 de julio de 1.977. La Ley T. 1997-C, pág. 394.

29 La negrita es del autor.

30 ALTERINI, Jorge Horacio. “Importancia del Estudio de Títulos”, en Gaceta del Notariado de la Provincia de Santa Fe”. Año 1982 n° 88. Citado por Causse, Jorge R. en “La calificación del Registrador y el Principio de legalidad”, en 55 Seminario Teórico Práctico “Laureano Arturo Moreira”. 12 y 13 de Junio 2008.

art. 8 es que la calificación debe basarse en sus propios asientos, no en los asientos de otros registros, como el de Comercio o de las Personas.

Esta afirmación es avalada por un reciente fallo de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala I, que sostuvo: “La facultad calificadora del registrador, consignada en el artículo 8 de la Ley 17801, no debe extenderse a aspectos que previamente han sido ponderados por el notario en ocasión de autorizar el acto, por cuanto ello importaría calificar la actuación notarial y no el documento que es su único objeto”³¹.

En este caso el Registro denegó la inscripción de una adjudicación de un inmueble a un accionista, por una S.A. disuelta anticipadamente, por no encontrarse inscrita en el Registro Público de Comercio dicha Disolución, argumentando que es un incumplimiento del tracto sucesivo.

La Cámara entendió que en este caso no se agrega ninguna titularidad intermedia entre la atribuida a la sociedad vigente y la del nuevo titular registral.

Agrega que la calificación registral “se extiende a las constancias registrales del propio registro, a efectos del tracto sucesivo, y de las prohibiciones o limitaciones del derecho del disponente. Pero que esto no significa que el registrador pueda volver hacia los mismos aspectos que el notario ya calificó en el ejercicio de su potestad calificante”.

La calificación registral y el acto ilícito.

Los temas abordados en el punto anterior tienen especial relevancia en los alcances conferidos al Registro para calificar un acto ilícito.

El Registro, como expresamos, debe calificar ateniéndose a lo que resultare de los documentos a inscribir y de los asientos respectivos, ergo no tiene imperium para cotejar asientos de otros Registros, ni investigar por sí la comisión de delitos, como la sustitución de personas o documentación apócrifa, ni dictar, como consecuencia de dicha investigación, medidas cautelares administrativas, cancelar asientos o impedir inscripciones de actos, que entra en la órbita del poder judicial.

Frente al conocimiento de un acto ilícito, el registrador deberá realizar la denuncia correspondiente.

El avance del Registro sobre su poder de calificación en este tema nos preocupa y consideramos que es necesario tratarlo, máxime luego del dictado de la DTRII/2010 en la Provincia de Buenos Aires, que si bien no llega a los extremos de impedir registraciones o cancelar matrículas, abre una investigación administrativa que puede dar lugar a anotaciones que nos inquietan.

Esta temática, como señala la Dra. Zulma Dodda³², no nace ahora sino que se revitaliza, ya que esta DTR suplanta a la DTR

31 D’Alessio, Carlos Marcelo c. Registro de la Propiedad Inmueble, 22 de abril de 2010. R.N. n. 965, pág. 574.

32 DODDA, Zulma. “Cancelación de Asientos Registrales por Procedimiento Administrativo”. Abeledo Perrot on line. Fuente: SJA 24/II/2010.

9/1985, que establecía el procedimiento administrativo a seguir en la presunta destrucción, sustitución, adulteración y/o falsificación de asientos registrales o supuesta falsedad instrumental en documentación inscrita y/o a inscribir en el Registro.

La nueva DTR II/2010, en sus considerandos advierte el aumento de los ilícitos con incidencia registral que derivan en documentos sin respaldo de legalidad suficiente y en asientos registrales basados en éstos.

Sus fundamentos se basan en: a) el II Foro Internacional de Derecho Registral – Declaración de Santa Fe, República Argentina 2009, integrado por funcionarios judiciales, abogados, notarios y registradores que concluyó: “...que los operadores no deben permanecer inactivos frente al indicio de haberse producido hechos generadores de un asiento viciado. Esa actividad debe enmarcarse en la normativa vigente y que frente a esta problemática resulta conducente un procedimiento preventivo (administrativo registral) que respete los principios del debido proceso legal y que provea una publicidad registral del mismo, quedando en todos los casos sujeto a revisión o amparo judicial ...”, b) en el artículo 287 del C.P.P. que impone a los funcionarios públicos la obligación de denunciar todos los ilícitos de los que tomen conocimiento en ocasión del ejercicio de su actividad; c) en el artículo 39 de la Ley 17.801 en cuanto al “resguardo administrativo” sobre la inscripción dominial para su publicidad registral.

La norma deja en claro una cuestión importante: ...”Que a los efectos de evitar posibles confusiones con la terminología utilizada respecto del referido expediente a tramitar y las medidas cautelares que dimanar de los Organismos Jurisdiccionales, resulta conveniente dejar particularmente establecido que el mismo no cumple ningún carácter cautelar ni obstativo a la disponibilidad de los derechos, sino que se destina al mejor resguardo de cuanto se actúe en la labor registral a partir del mismo y respecto del o los dominios que resulten vinculados al caso.”

Toda vez que el Registro toma conocimiento, ya sea en sede registral por advertencia de un agente (art. 1 y 2) ó por que se anoticie a éste por un tercero con interés legítimo (art.5), de la presunta destrucción, sustitución, adulteración y/o falsificación de asientos registrales o supuesta falsedad instrumental en documentación inscrita y/o a inscribir en el Registro, se abre un expediente administrativo³³ en el que tramitarán todas las actuaciones del hecho en cuestión.

El organismo actuante tiene facultad, mediante providencia fundada, de disponer “el resguardo administrativo” de las inscripciones de dominio afectadas, para que se adopten medidas de prevención consignándose la siguiente nota: “Resguardo administrativo, artículo 3º DTR II./2010: no se expida copia ni informe ni certifique, califique y/o inscriba sin previa actuación que lo disponga en el expediente N°

³³ Este procedimiento es llevado a cabo por el Sector jurídico, División Contencioso Registral, Sector Causas Penales del Registro.

2307-...../..... que se formó al efecto.”

Podrá recabar informes a organismos e instituciones públicas o privadas, personas físicas o jurídicas y realizar las diligencias necesarias tendientes a dilucidar la situación planteada.

Finalizada esta tarea investigativa la Dirección Provincial podrá: 1) Establecer que no hay mérito suficiente y dejarse sin efecto el resguardo administrativo, 2) realizar la denuncia penal, debiéndose comunicar a la autoridad judicial competente del resguardo administrativo, en caso que se hubiese ordenado, como así también toda presentación que se realice (art.6), y 3) sin perjuicio del procedimiento anterior, en el supuesto de falsedad instrumental comprobada en las actuaciones administrativas se consigna en la matrícula la siguiente nota: “Previénese inautenticidad de actos registrales en los folios antecedentes de la cadena causal del transmitente, expediente N° 2307-...../.....”.

El artículo 6 deja en claro que no se detendrá el tratamiento registral de la documentación que fuere presentada (de publicidad o de inscripción), por lo que sólo genera publicidad noticia.

La Dra Zulma Dodda señala una contradicción entre los considerandos de la DTR, y la parte dispositiva y sostiene que ésta nota “...nos lleva a preguntarnos: ¿quién declaró la inautenticidad? ¿fue declarada en el expediente administrativo?”

El Registro no tiene competencia para declarar la inautenticidad de un documento, que es función judicial.

Los propios Directores de los Registros de la Propiedad Inmueble de la República Argentina, en la XLIII Reunión Nacional, realizada en Puerto Iguazú en el año 2.006, declararon: “2) Por la presunción de legalidad que poseen los instrumentos públicos de acuerdo a la normado por los artículos 98I, 982, 983 y 993 del Código Civil y el principio de legalidad resultante de los artículos 3,8,11,12,15,16 y concordantes de la Ley nacional 17.80I, la efectiva autenticidad de los documentos escapa la competencia material de los Registros Inmobiliarios (conf. XXXIV Reunión Nacional de Directores, La Rioja 1.997).-“

Por otra parte, la obligación de resguardo que establece el artículo 39 de la Ley 1780I, en la que se funda el “resguardo administrativo” que faculta la DTR, “implica obligación de custodia, de protección y conservación de la documentación registral para evitar dolo, adulteraciones o falsedades en ella. Claramente, el artículo no se refiere a falsedades en el documento que ingresa al Registro, sino a adulteraciones de los asientos existentes”³⁵.

En el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, se están aplicando las propuestas desarrolladas en varios Congresos Internacionales por su Director, el Doctor Alberto RUIZ de ERENCHUN³⁶, que no

34 DODDA, Zulma, Ob. Cit., pág. 12.

35 DODDA, Zulma Ob. Cit., pág. 12.

36 Nos detendremos en el análisis de las ideas de éste autor, ya que no sólo reflejan doctrina, sino que por su

se limitan a un procedimiento administrativo registral, como el mencionado en la DTR II/2010, que genere sólo publicidad noticia, sino que propone que éste pueda culminar en la cancelación del asiento viciado³⁷.

Todo, sujeto siempre a recurso judicial de revisión por jueces competentes (conf. art.9 inc.b).

Este autor expresa que frente a los ilícitos que tratamos la doctrina clásica dirigió “los casos al terreno del puro derecho penal, quedando “a la espera” de la “revocación del asiento de inscripción” desde esa sede. El fracaso de esa espera, hizo que fuéramos espectadores de la consolidación y configuración de verdaderos “despojos patrimoniales” a la vista de jueces y especialistas. Sin ningún escrúpulo frente a la injusticia social, la corrupción de los medios que sirven a la “seguridad de los derechos”, la paz social por medios lícitos, el desbaratamiento de derechos de estirpe constitucional, y la convalidación del delito y la pura “fuerza de lo económico”, por encima de los “actos celebrados por el “vero

dómino” con discernimiento intención y libertad”, parapetándose en la doctrina de la “apariencia”, nacida para los casos de excepción y desvirtuada para convertirla en “pantalla permanente”, que convalide el ilícito convertido en regla”.

El autor sostiene un silencio normativo del procedimiento frente al “asiento registral producido por documento viciado”. Esta afirmación la basa en considerar a éstos asientos fuera del género de Inexactitudes registrales.

El argumento es similar al de la DTR II/2010, que sostiene que el deber de guarda y vigilancia de la legalidad en los asientos e inscripciones, otorga “la posibilidad mediante un “debido procedimiento administrativo”, de volver sobre el “asiento viciado” para prevenir a terceros sobre su existencia, y en ciertos casos inclusive dejarlo sin efecto registral, con total independencia del “pseudovalor” del “documento apócrifo” o en el que se volcó una “sustitución de persona” del documento (judicial o notarial) destinada a provocar el “asiento viciado”, como delito medio, ya que el fin

posición en el registro capitalino, las está llevando a la práctica, tal como expresa en la ponencia desarrollada. RUIZ de ERENCHUN, Alberto, “El debido Procedimiento Administrativo Registral”. Subtema II: “Protección del Derecho de Propiedad, Sistema y Consecuencias Financieras” en XII Congreso Internacional de Derecho Registral. Lima, Perú, II al 14 de octubre de 2010.

37 “Creemos sin embargo que es necesario detenerse y considerar un procedimiento especial dentro del Registro, que contenga los modernos conceptos del “debido procedimiento administrativo” con total y directa participación de todos los protagonistas e “interesados” que traduzca las garantías y vigencia plena del Estado Constitucional de Derecho Democrático, donde el Registro ceda paso desde su clásico rol estático y pasivo, al dinámico y proactivo que reclama el “servicio registral” de nuestro tiempo, dando lugar en ciertos casos, al dictado de un pronunciamiento fundado que disponga la cancelación del “asiento viciado” y la vigencia plena del (o los) precedente sobre el que se “apoyo” una ilicitud documental, probada precisamente en esas actuaciones administrativas especialmente abiertas al efecto”.- Ruiz de Erenchun, Alberto. Ob. Cit.

es la estafa o titulación ilegítima de un derecho real inmobiliario”

En este último aspecto el autor es claro al sostener que el pronunciamiento es puramente administrativo y sólo tiene alcance sobre el asiento registral o acto administrativo del registrador, no sobre el documento que provocó el asiento viciado, sobre el que no tiene “imperio”³⁸.

En la Provincia de Buenos Aires, al finalizar el procedimiento administrativo se eleva la denuncia a la justicia, la situación propuesta por el Dr. Ruiz de Erenchún es distinta ya que extiende aún más los alcances de la calificación registral, permitiendo que el pronunciamiento registral pueda negar o cancelar la inscripción y sólo queda la vía recursiva registral ante la justicia por los interesados.

Lo expresado debe alertarnos del avance de la calificación registral, no ya en la discusión del alcance del artículo 9 de la Ley 17.801, sobre la validez del acto dispositivo y la capacidad de las partes, sino que directamente borra el artículo 8, que establece que la calificación se ejerce ateniéndose a lo que resultare de los documentos a inscribir y de los asientos respectivos y se apodera de facultades que le permiten, previo al registro de los documentos o con posterioridad, cotejar las constancias de otros

Registros, realizar procedimientos administrativos con citación de partes, apertura de pruebas, y basarse en fuentes ajenas a las autorizadas en el artículo 8 de la ley.³⁹ No debemos olvidarnos que el asiento registral es un instrumento público.

Podemos disfrazar las cancelaciones de asientos o negaciones de inscripciones, como un acto de esfera administrativa, que no influye en el documento, pero la calificación registral, debe encuadrarse en la legalidad del sistema, que no le dio al Registro facultades investigativas y de dictar sentencias sobre la nulidad, existencia o validez de los documentos, fuera del marco del artículo 8 de la Ley.

“El asiento se funda en el documento que ingresó al Registro para su inscripción, generando prioridad y publicidad frente a terceros interesados; en consecuencia, no es razonable considerar que es factible declarar la nulidad del asiento y cancelarlo sin involucrar en sus efectos al documento”⁴⁰.

En muchos de esos supuestos se vulnera la plena fe que dimana del artículo 993 del Código Civil, sin el procedimiento de redargución de falsedad que regula dicho artículo.

La Cámara de Acusación de Córdoba⁴¹ en un caso que el fiscal de instrucción pre-

38 El Registrador no tiene “imperio” sobre el “pseudos-documento” notarial o judicial viciado, pero “si sobre su propio acto administrativo” si el procedimiento demuestra su nulidad e inconsistencia, por falta de “suficiente sustento legal”. Es decir tiene una probada fuente ilegítima. Ruiz de Erenchun, Alberto. Ob. Cit. 39 Conf. URBANEJA, Marcelo E. “Metodología Subsancionaria de Inexactitudes Registrales” LIX Seminario Teórico Práctico “Laureano Arturo Moreira” 10 y 11 de junio de 2010. pág. 68.

40 DODDA, Zulma. Ob. Cit. Pág. 13.

41 IRASUSTA, Rosa María y otra. Cámara de Acusación de Córdoba, 5/5/2008. LLC 2008 (agosto) 794. Cita on line AR/JUR/4565/2008.

tendía cancelar los asientos dominiales de transmisión de dominio por sustitución de personas, sostuvo: “Le está vedado al Fiscal de Instrucción y al juez de control adoptar, en el caso en que se encuentran implicados derechos reales e instrumentos públicos, medidas definitivas como las propuestas de cancelación de las dos últimas anotaciones registrales – en el caso, por haberse fraguado la firma de los verdaderos propietarios en la escritura de venta-, por cuanto las mismas son de competencia exclusiva y excluyente del juez civil en la acción reivindicatoria ya iniciada, o en su caso, del tribunal del juicio, previa declaración de falsedad”. Agrega que tanto las anotaciones en la matrícula del inmueble a nombre de las demandadas, como las respectivas escritura públicas que le sirven de sustento, son instrumentos públicos (art. 979 C.C.) y hacen plena fe hasta que sean argüidos de falsos por acción civil o criminal (art. 993 C.C.), por lo que le está reservado a un Tribunal con competencia sobre la materia declarar la nulidad, la inexistencia o falsedad de dichos instrumento públicos.

El fiscal de instrucción sólo podrá solicitar medidas provisorias o cautelares, suficientes para evitar que el delito cometido produzca consecuencias ulteriores, pero no tiene facultad para “reponer las cosas al estado anterior al delito”, que sólo le corresponde al Tribunal de juicio luego de una sentencia condenatoria.

Este fallo es claro con relación a dos aspectos que venimos tratando: I) Las medidas cautelares dispuestas judicialmente,

ya sea en sede penal o civil, son suficientes para hacer cesar los efectos del delito, y 2) Si al Fiscal de Instrucción y al juez de control le está vedado solicitar la cancelación de asientos, por ser competente el Tribunal que lleva adelante la reivindicación o el tribunal que declare la falsedad, el Registro de la Propiedad no puede argumentando que tiene imperium sobre el asiento, por ser un acto administrativo, cancelarlo.

No debemos olvidar que detrás de toda estafa hay también un adquirente o subadquirente de buena fe, al que no se lo debe someter a una apelación en los términos del artículo 9 de la Ley Registral, sino que su derecho debe decidirse por un juez, en todas las instancias, más allá de la postura que podamos tener con respecto a la aplicación o no, en este supuesto, del artículo 1.051 in fine.

La Dra Casabe sostuvo que la función calificadora se desnaturaliza si se le atribuye la posibilidad reimpedir que los actos adquieran oponibilidad frente a terceros cuando no se trata de nulidades absolutas y manifiestas.

“Es así que en base a esa cancelación de asientos por orden registral podría darse el absurdo de que en sede judicial se estuviere ventilando una pretensión que no estuviera reflejada ya en el asiento del registro, impidiendo de ese modo la probanza de una transmisión efectuada contra la voluntad de verdadero domino”⁴².

Esto último también lo expresa el fallo de la Cámara de Córdoba citado, que sostiene que al haber iniciado la actora un juicio de reivindicación en sede civil, cancelar

los asientos registrales tornaría abstracta dicha acción⁴³.

Con relación a las medidas cautelares dictadas en sede administrativa, la jurisprudencia, en el ámbito del derecho tributario, dispuso la inconstitucionalidad de las medidas cautelares de la AFIP, sin intervención judicial, expresando: “es imprescindible recordar que una de las consecuencias derivadas de la “separación de poderes” o “distribución” de los poderes, principio fundamental de nuestra estructura política y organización jurídica (arts. I y afines de la Constitución Nacional), es que corresponde a los tribunales de justicia conocer y decidir las causas que lleguen a sus estrados y hacer cumplir sus decisiones, según las reglas y excepciones que prescriba el Congreso.

Si bien se ha admitido que, en pos de adecuar el citado principio a las necesidades de la vida cotidiana, en ciertas oportunidades y bajo estrictas condiciones el Poder Ejecutivo u organismos de la administración realicen funciones jurisdiccionales, ello ha sido bajo la condición de que tal ejercicio no implique un total despojo de atribuciones en perjuicio del Poder Judicial, pues lo contrario implicaría autorizar la supresión o, cuanto menos, la

omisión del principio de división de poderes, sin cuya vigencia la forma republicana de gobierno queda sin base que la sustente y, en consecuencia, las funciones estatales resultan potencialmente desquiciadas con el consiguiente desamparo de las libertades humanas (conf. Fallos: 247:646 “Fernández Arias”)⁴⁴.

Creemos que el argumento esbozado por el autor en el sentido que el Registro debe actuar, porque el órgano competente, que es el judicial, es lento, se asemeja bastante a los fundamentos de la justicia por mano propia, y si bien instintivamente pueden parecernos correctos, son jurídicamente inaceptables en un estado de derecho.

Muchas veces especialmente en nuestra profesión, nos preguntamos si la justicia lenta es justicia, y más de una vez ante un caso particular sucumbimos a sostener que no, y que lo mejor es tentarnos por los atajos del camino, pero cuando nos serenamos y observamos desde una perspectiva general, comprendemos las consecuencias negativas que pueden producir esos atajos.

El camino de la legalidad y la división de los poderes, puede parecer más largo, pero siempre es el correcto⁴⁵, y decimos puede parecer, ya que la lentitud no es sólo

42 CASABE, Eleonora. Inexactitudes Registrales. Algunos supuestos conflictivos. Congreso Nacional de Derecho Registral “Oscar Eduardo Sarubo”. Foro Internacional de Derecho Registral”, Santa Fe, 20 al 22 de abril de 2.009, 23 al 25 de abril de 2.009.

43 del voto del Dr. IGLESIAS.

44 “Administración Federal de Ingresos Públicos c/ InterCorp S.R.L. s/ ejecución fiscal”

Lo expuesto no implica cerrar los ojos a la situación actual del sistema judicial y abogar por la celeridad de la justicia, pero siempre la búsqueda de las soluciones debe estar dentro de la órbita del poder judicial.

45 Lo expuesto no implica cerrar los ojos a la situación actual del sistema judicial y abogar por la celeridad de la justicia, pero siempre la búsqueda de las soluciones debe estar dentro de la órbita del poder judicial.

judicial, y la práctica nos demuestra cada día que un procedimiento administrativo en el Registro de la Propiedad, como se plantea, puede tardar igual o incluso más que en sede judicial.

Debemos reafirmar las conclusiones de la XXIX Jornada Notarial Argentina: “El conocimiento que el registrador tenga de la realidad extrarregistral generado por la presunción de la referida discordancia o de la inexactitud, no podrá acarrear como consecuencia la cancelación oficiosa de los asientos registrales existentes, la creación de cautelares administrativas ni impedir la registración definitiva de los documentos presentados.

El registrador carece de imperium para determinar por sí mismo la existencia de un ilícito o desplegar una actividad investigativa que sólo corresponde a la autoridad judicial, único órgano encargado de pronunciarse sobre la existencia de nulidades, fraudes o violaciones legales.

El registrador deberá formular la pertinente denuncia judicial ante el conocimiento o presunción de la comisión de un ilícito, advirtiéndolo de dicha circunstancia al profesional interviniente”.

La calificación registral de los poderes.

En nuestro sistema, es el notario el que califica las facultades que surgen del poder para el acto que está otorgando y su vigencia.

La XIV Reunión Nacional de Directores de Registros de la Propiedad Inmueble, en su despacho n° 7 señaló: “Que es facultad y responsabilidad inherente al escribano autorizante decidir si el poder presentado para el otorgamiento del acto legítima a las partes y comprende el consentimiento del cónyuge representado, requerido por el artículo I.277 del código Civil y que la función del registrador consiste en el contralor del cumplimiento de los requisitos extrínsecos del documento a inscribir, ateniéndose a las constancias instrumentales consignadas por el funcionario autorizante. Por ello RECOMIENDA: Que en ejercicio de su facultad calificadora, los Registros Inmobiliarios limiten su cometido a la verificación de la implementación formal del asentimiento conyugal, según las constancias insertas en el documento cuya inscripción solicita”. La pérdida de vigencia del poder por revocación, incapacidad o fallecimiento del poderdante no es materia de calificación registral⁴⁶.

El Registro no tiene competencia, como lo venimos sosteniendo, para realizar una investigación extrarregistral y cruzar información con el registro de las Personas a los fines de verificar si el poderdante está fallecido a la fecha de la escritura pública, y en base a esto inscribir o denegar la inscripción.

El propio Código Civil tiene en los artículos I.964, I.967 y concordantes la solución para los casos en que se ha utilizado un poder que ha cesado.

46 Está afirmación que parece tan obvia, sin embargo en la actualidad está siendo objeto de estudio por los registradores del registro Inmobiliario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en concordancia con las ideas que tratamos en el punto anterior.

El artículo I.967 establece claramente que el acto jurídico es válido si el adquirente ignora sin culpa la cesación del mandato, y ésta debe serlo al momento del acto.

No es objeto de este trabajo analizar cuando hay buena fe del tercero (creencia o diligencia) sino reafirmar que el órgano que debe juzgarla es el judicial.

Si el Registro rechaza la inscripción de un documento, portante de un acto jurídico, basado en su extralimitación al cotejar asientos de otros registros, está presumiendo la mala fe del adquirente y privándolo de la oponibilidad frente a terceros de un derecho real adquirido fuera del Registro, al momento de realizarse la escritura pública y entrega de la posesión.

El sistema del Código Civil no tiene figuras, resuelve esta situación en el ámbito del derecho personal, otorgando a los herederos del poderdante acción de daños y perjuicios contra el apoderado que utilizó el poder a sabiendas de que había cesado.

El Registro con este procedimiento va aún más allá de la calificación del acto nulo de nulidad relativa manifiesta (asentimiento conyugal ⁴⁷), extiende ésta al acto anulable relativo no manifiesto, ya que se necesitará de una investigación de hecho y probar la mala fe del adquirente, para que el acto se declare inválido, lo que sucederá en el peor de los casos, ya que no será un acto nulo, si el adquirente no conocía la cesación del poder. Es un acto válido hasta que una sentencia no lo declare nulo.

Observamos como el registrador, va corriendo cada vez más la línea del Plenario Feidman, que como ya señalamos establece que la calificación registral tiene siempre un vallado que no puede superar, los defectos no manifiestos.

El Registro en este caso, al ser una anulabilidad relativa, donde no está en juego el orden público, ni siquiera tiene legitimación para realizar la denuncia judicial, ya que los únicos que podrían alegarla son aquellos en cuyo beneficio la han establecido las leyes (art. I.048 del C.C.) y son válidos hasta el día de la sentencia que los anulase (artículo I046 del Cód. Civil).

RESPONSABILIDAD DEL REGISTRO.

Hay que saber quien es el sujeto responsable por los ilícitos registrables, o sea quien es el sujeto pasivo de la obligación de resarcir, el registrador o el Estado.

La responsabilidad del Estado por actos de sus funcionarios o empleados, realizados en el ejercicio de sus funciones, cuando ejerce un monopolio o un servicio público es extracontractual.

La jurisprudencia no es pacífica acerca de los fundamentos de la responsabilidad extracontractual del Estado, en un principio considero que se origina en el obrar culpable de su personal.

A través de la coordinación de lo preceptuado por los artículos 43 y I.II2 del Código Civil, surgirán las bases de la res-

47 No es objeto de este trabajo tomar una postura sobre la naturaleza jurídica del asentimiento conyugal.

ponsabilidad civil de los registradores y/o del Estado a raíz de los errores u omisiones de aquellos funcionarios.⁴⁸

La responsabilidad del registrador, como funcionario público, se basa en concebir a la responsabilidad del Estado como desencadenada por el hecho del dependiente, calificándola de indirecta.-

El artículo III2 del Código Civil correlativamente con el artículo II09 es el punto inicial de la responsabilidad civil aquiliana que establece: “Todo el que ejecuta un hecho, que por su culpa o negligencia ocasiona un daño a otro, está obligado a la reparación del perjuicio...”, si bien el artículo no contempla a funcionarios públicos, el artículo III2 coloca a éstos dentro de las reglas generales de la responsabilidad civil. Por lo que el daño debe tener un nexo causal jurídicamente relevante con el hecho del funcionario.

El hecho dañoso del Registrador deberá ser, un ilícito en sentido objetivo, requiere la transgresión de la norma o la antijuridicidad, lo que consistirá en “el cumplimiento irregular de las obligaciones que le están impuestas”, y dicha norma requiere que la responsabilidad del funcionario público sea consecuencia de un hecho realizado en el ejercicio de sus funciones.- El factor de atribución de la responsabilidad es un requisito subjetivo como la culpa o el dolo del agente.-

El artículo 33 del Código Civil incluye entre las personas jurídicas al Estado, por lo que su responsabilidad está unida a la de las personas jurídicas y con la redacción del artículo 43 del mismo cuerpo legal, no caben dudas de la responsabilidad extracontractual de las personas jurídicas; la responsabilidad del Estado por los ilícitos cometidos por sus agentes es calificada como indirecta. Para que el Estado sea responsable por los hechos de sus funcionarios ha de darse los presupuestos para la aplicación del artículo III3 del Código Civil; que el acto sea un ilícito en sentido subjetivo o sea calificado por el dolo o por la culpa del agente.⁴⁹

Sin embargo, en el año 1.984, la Corte Suprema de la Nación, en el caso “Vadell, Jorge F. c. Buenos Aires Provincia de”⁵⁰, cambió el criterio que sustentaba hasta ese momento, al establecer que la “idea objetiva de la falta de servicio encuentra fundamento por vía subsidiaria del art. I.II2 del Código Civil, que establece un régimen de responsabilidad por los hechos y las omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, por no cumplir sino de una manera irregular las funciones que le son impuestas”.

La responsabilidad del Estado debe encuadrarse en el ámbito del derecho público que no requiere, como fundamento de derecho positivo, recurrir al art. I.II3 del

48 Alterini Jorge Horacio y Lloveras, Néstor Luis , El Derecho, Jurisprudencia General, Responsabilidad Civil por inexactitudes registrales.-

49 Alterini Jorge Horacio y Lloveras, Néstor Luis , El Derecho, Jurisprudencia General, Responsabilidad Civil por inexactitudes registrales.-

50 ED, II4, pág. 215.

Código Civil porque “no se trata de una responsabilidad indirecta, la que en el caso se compromete, toda vez que la actividad de los órganos o funcionarios realizada para el desenvolvimiento de los fines de las entidades de las que dependen, ha de ser consideradas propias de éstas, que deben responder de modo principal y directo por sus consecuencias dañosas.”⁵¹

Cassagne, que apoya esta última postura, expresa que “la responsabilidad extracontractual del Estado es siempre una responsabilidad directa y objetiva, fundada en la figura de la falta de servicio, que se independiza de la idea de culpa y que no requiere la individualización del autor del daño.”⁵²

El artículo 34 de la ley 17.801 establece que: “Se entenderá por inexactitud del Registro todo desacuerdo que, en orden a los documentos susceptibles de inscripción, exista entre lo registrado y la realidad jurídica extrarregistral”.

La inexactitud registral es interna o externa, la primera se configura cuando el asiento no refleja la realidad jurídica extrarregistral; y la segunda cuando el Registro publicita situaciones jurídicas registradas que no responden a la realidad extrarregistral; o cuando las certificaciones registrales no publicitan la realidad registrada en los asientos.

Se responderá por las inexactitudes internas, cuando las mismas se trasladen al plano externo a través de la publicación de

los asientos errados; y siempre que se den los presupuestos necesarios, ya que si no es así la cuestión no llegará a ser resarcida y solo provocará las rectificaciones que correspondan.- Las inexactitudes externas tiene como rasgo definitorio la circunstancia de que lo publicitado no coincide con lo correctamente registrado.

Se debe analizar a quien le compete la legitimación activa para intentar la acción de responsabilidad. En diversas ocasiones la doctrina y la jurisprudencia se han pronunciado sobre el tema. Mientras unos optan por perjudicar al adquirente del derecho, con el daño derivado del ilícito registral, pues consideran que por la aplicación del artículo 3270 del Código Civil, debe prevalecer quien tenía su derecho registrado (hipoteca, usufructo, embargo, etc); otros consideran perjudicado al peticionante de la medida cautelar o al titular del derecho omitido, esta corriente invoca la necesidad de protección del tercero que confía en el registro y procura sustentar la solución en lo normado por el artículo 3147 del Código civil y por el artículo 22 de la ley 17.801, que exige las certificaciones registrales para la acreditación frente a terceros de la plenitud, limitación o restricción de los derechos inscriptos y la libertad de disposición.

El fallo plenario “Escribana Gladis A. de Malbin” del año 1.976, en el ámbito de la Capital Federal, puso fin a esta controversia, al establecer la procedencia de la

51 Fallo cit. ED, I14, pág. 215.

52 CASSAGNE, Juan Carlos, “La Responsabilidad extracontractual del Estado en la Jurisprudencia de la Corte”. ED, I4, pág. 215

inscripción de la escritura pública, si el escribano al autorizarla actuó en virtud de un certificado erróneo, que omitió informar un embargo.

El certificado es un instrumento público, que goza de fe pública y como consecuencia garantiza al adquirente lo publicitado en él.

Para el tercero la medida cautelar u otro derecho real es inexistente, porque todo derecho para ser oponible a terceros debe ser inscripto, lo que no significa sólo anotarlo en un Registro, sino sustancialmente publicitarlo toda vez que sea necesario.⁵³

En el caso “Osswald, Federico G. c/ Pcia de Bs. As.”⁵⁴, una garantía hipotecaria no se pudo ejecutar porque el deudor transfirió el dominio en base a una errónea expedición de los certificados del registro de la Propiedad.- El acreedor inicia demanda contra el deudor por no realizar los pagos convenidos, se dicta sentencia de remate, pero resulta imposible cumplirla debido a que terceros habían adquirido unidades construidas en los lotes hipotecados, amparados en certificados expedidos por el Registro de la Propiedad Inmueble, en lo que se indicaba la inexistencia del gravamen hipotecario. Al no prosperar las defensas de falta de acción, extinción de la hipoteca, nulidad de la hipoteca por contrariar el principio de especialidad, interpuestas por la Provincia de Buenos Aires, y dado que el

error se origina en la conducta imputable al personal del Registro y ha causado un daño al acreedor resulta de aplicación los artículos 1112 y 1113 del Código Civil, admitiéndose la responsabilidad del Estado provincial.

El Dr. Raúl R. García Coni, en la nota al fallo dice que éste contiene elementos que se refieren a las consecuencias que acarrea la omisión de una hipoteca en las certificaciones registrales que debieron informarla.

La Corte⁵⁵ ya se había expedido asentando que en principio, quien contrae la obligación de prestar un servicio lo debe realizar en condiciones adecuadas para llevar el fin para que ha sido establecido, siendo responsable de los perjuicios que causare su incumplimiento o su irregular ejecución, máxime cuando el encargado de ese servicio ejerce el monopolio de su prestación.- Este autor sostiene que el Estado debiera allanarse a la reparación extrajudicial por los errores cometidos por sus agentes; y por otra parte, que en estas demandas contra el Estado no se da ingerencia a las autoridades del Registro que por su especialización pueden coadyuvar eficazmente en la articulación de la defensa. Lo que si se discute es quien debe ser el damnificado, si el acreedor cuyo derecho inscripto no fue publicado o el acreedor que se apoya en esa certificación errónea para requerir una inscripción. La fuga registral se encuadra en la responsabili-

53 Conf. NUTA, Ana Raquel “¿Primero en el tiempo no indica mejor en el derecho frente a errores registrales?”. Rev. Not. N° 828, pág. I301.

54 Cám. Nac. Civ. de Apelaciones, Sala D. del 6/6/1972. Rev. Del Not. N° 724, pág. I352.

55 CSJN “Ferrocarril Oeste c. Provincia de Buenos Aires”.

dad “in eligendo o in vigilando” del Estado. Según el fallo se pudo transferir el inmueble solo por una errónea expedición de los certificados de registro.

El autor citado, disiente con las apreciaciones, pues existen otras publicaciones computables, no solo se agota en la publicidad registral, pues ningún escribano o funcionario público podrá autorizar documentos de transmisión, constitución, modificación o cesión de derechos reales sobre inmuebles sin tener a la vista el título inscripto en el Registro (art. 23 ley 17.801) observando si en dicho título figuran notas de gravámenes que están obligados a consignar los notarios. Estas notas son obligatorias y muy ilustrativas y el no considerarlas implica grave responsabilidad notarial. La omisión de un certificado sobre la existencia de un embargo no se puede aplicar por analogía a la omisión de la hipoteca. El deudor puede no saber de la existencia de un embargo, pero el deudor hipotecario no puede prevalerse de la falta de inscripción (art. 3135 del Código Civil), ni de la circunstancia de que tal inscripción no aparezca en el certificado, por lo que en este caso no cabe la presunción de buena fe y estamos ante una figura penal. Si se omite el informe sobre la hipoteca, además de la responsabilidad del Registro existe la responsabilidad civil y/o disciplinaria de un escribano y la responsabilidad civil y penal del deudor hipotecario, que aparentemente,

en el caso ha procedido con toda impunidad. La condición de un asiento registral es su oportuna publicidad, lo que significa que la función del Registro es doble: inscribir primero para informar después. Si no comunica la situación jurídica de sus asientos es como si éstos no existieran, puesto que la “plenitud, limitación o restricción de los derechos inscriptos y la libertad de disposición solo podrá acreditarse con relación a terceros por las certificaciones... (art. 22 ley 17.801).

El Registro debe responder doblemente por sus errores, su primera respuesta tiene que ser afirmativa en cuanto a la inscripción requerida y se apoya en un certificado que considera idóneo. La otra respuesta consiste en indemnizar a quienes no les cumplió con la publicidad de lo registrado.⁵⁶

El artículo 3147 del Código Civil, dispone: “El es responsable de la omisión en sus libros de las tomas de razón, o de haberlas hecho fuera del término legal. Es responsable también del perjuicio que resulte al acreedor de la falta de mención en sus certificados, de las inscripciones o tomas de razón existentes, o por negar la toma de razón que se le pide por persona autorizada para ello”.

La víctima de la inexactitud del Registro, es decir el sujeto activo de la acción indemnizatoria contra el responsable, es quien, teniendo inscripto a su favor un derecho real o personal o una medida precau-

56 “Osswald, Federico G. c/ Pcia. De Bs. As.”, Revista Notarial, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, número 831, año 1977, pags. 531 a 536, con nota a fallo de Raúl Rodolfo García Coni “Responsabilidad registral por informe erróneo”.-

toria tendiente a asegurar el cumplimiento de una obligación, se encuentra, por virtualidad del ilícito registral, ante la falta de publicación de su situación registral, lo que lo priva de poder oponer esas diferentes prerrogativas frente a quien adquirió un derecho real aparentemente exento de gravámenes o medidas cautelares, o un derecho personal con posterioridad al suyo, o frente a otros titulares de derechos personales o reales a quienes hubiese excluido o preferido o con quienes hubiese concurrido.⁵⁷

En el caso “Robaza de Gutiérrez, Norma y otro c/ Gobierno Nacional”, en el que se plantea un supuesto de calificación de la medida cautelar de no innovar, se objeta la inscripción de una escritura de compraventa, la que fuera realizada teniendo el certificado expedido por el Registro de la Propiedad de fecha 21 de mayo de 1976, y del cual no surgía ninguna anotación que impidiera disponer del bien.- El II de junio de 1976 tiene entrada una medida de no innovar, dispuesta en el juicio por escrituración y daños y perjuicios que iniciara Di Leva contra Virulegio, y el 14 de junio de 1976 ingresa el título a inscribirse.-

La escribana y el transmitente deducen demanda contra el poder ejecutivo con el fin de que se deje sin efecto la resolución del Registro de la Propiedad que deniega la inscripción de dominio de un inmueble y se ordene la misma, luego se presenta el particular favorecido por la resolución administrativa, Francisco Di Leiva, quien con-

testa también la acción objetando al mismo tiempo la legitimación activa de los actores e invocando la cosa juzgada. Conforme con el principio de rogación aceptado, no solo estaría autorizado para peticionar la inscripción el autorizante del documento que se pretende inscribir, sino también quien tuviere interés en asegurar el derecho que se ha de registrar. En este último caso tanto el transmitente como el adquirente del inmueble constituyen los interesados. El coactor Virulegio, se encontraba habilitado para no solo gestionar la inscripción del título, sino para promover la acción contenciosa administrativa. La coactora, Norma Robazza es la escribana que autorizó la escritura que se pretende inscribir y Miguel Ferro, es el adquirente del inmueble, que tiene perfecta legitimación activa en los obrados (art. 6 ley 17.801).

La invocación de cosa juzgada en razón de que Virulegio habría consentido en el expediente civil la denegación del levantamiento de la medida precautoria de no innovar que ahora, según la posición del Registro, obstaculiza la inscripción que se pretende de ninguna manera puede entenderse que impida recurrir a la presente acción, por lo que se rechazan las defensas intentadas.

La ley 17.801 recoge el principio que la inscripción en el registro no es constitutivo del derecho sino declarativo. El artículo 20 de la citada ley dice que las partes, sus herederos y los que intervinieron en el acto,

57 Alterini Jorge Horacio y Lloveras, Néstor Luis, El Derecho, Jurisprudencia General, Responsabilidad Civil por inexactitudes registrales.-

como el autorizante y testigos, no podrán prevalerse de la falta de inscripción y respecto de ellos el documento se considera registrado.- La inscripción en el registro produce como efecto el cierre registral o sea la imposibilidad de que pueda luego efectuarse otra inscripción que apareciera incompatible con la anterior. Para procederse a la inscripción, juega un sistema de prioridades en cuanto a las presentaciones según las fecha.

El interés general y la seguridad en las transacciones fundamentan la solución, dejando sin efecto la resolución del Registro de la Propiedad y disponiéndose la inscripción de la escritura.-⁵⁸

Con relación a la responsabilidad del Registro, respecto a los actos ilícitos - que como venimos sosteniendo, no tiene facultad de calificar si no son manifiestos, no pudiendo realizar averiguaciones extraregistrales- un fallo reciente⁵⁹ denegó su responsabilidad, en un caso en que la inscripción de una declaratoria de herederos se había basado en partidas de defunción y en documentos de identidad falsos, que dieron lugar a la nulidad de toda la sucesión. La sentencia estableció que la responsabilidad por los daños y perjuicios generados a raíz de la maniobra fraudulenta que causó la

inscripción de la transmisión dominial de un bien en el Registro de la Propiedad Inmueble, sobre la base de documentos materialmente auténticos y válidos, sólo puede ser imputada a quien la ha cometido.⁶⁰

Lo expuesto reafirma la falta de competencia del Registro para calificar basándose en asientos de otros Registros, ya que si estuviese dentro de sus funciones, su omisión lo haría responsable por la falta de cotejo de la autenticidad de la partida en el Registro respectivo.

“Los límites del control de legalidad no tienen por objeto simplemente delimitar las funciones, sino que son el basamento para generar responsabilidades...”⁶¹

La función del Registrador frente a la presunción de un acto ilícito es realizar la correspondiente denuncia penal, salvaguardando con ésta su responsabilidad.

En concordancia, con lo que venimos expresando, consideramos que el Registro es responsable por los eventuales daños y perjuicios que genere por el exceso en sus funciones, como la cancelación de los asientos, que traerá aparejada la pérdida de la reserva de prioridad, de un acto que es válido hasta que una sentencia judicial no lo declare nulo, inexistente o falso.⁶²

58 “Robazza de Gutierrez, Norma y otro c/ Poder Ejecutivo s/ Demanda Contencioso Administrativa” Ac. 47.779 SCBA 6/XI//), ED, t 89 (1980), pag. 312.-

59 “Muñiz Construcciones S.A. v. Estado Nacional s/Daños y Perjuicios”. C. Nac. Cont. Adm. Fed. Sala 2da del 19/8/2010. Citado por DODDA, Zulma. Ob. Cit. Pág. 6.

60 DODDA, Zulma. Ob. cit. Pág. 6.

61 DODDA, Zulma. Ob. Cit. Pág. 7.



TEMA III: PROPIEDAD HORIZONTAL.**COORDINADORA GENERAL:** Not. Elba María de los Angeles FRONTINI**SUBCOORDINADOR:** Not. Federico Hernán DIAZ FALOCCO**TRABAJO PRESENTADO POR LA DELEGACION LOMAS DE ZAMORA****AUTORES:**

Not. María Cecilia FERNANDEZ ROUYET

Not. Sabina PODREZ YANIZ

Not. Gonzalo Matías VASQUEZ

PROPIEDAD HORIZONTAL.**MAS PREGUNTAS, MAS RESPUESTAS, MAS RESPUESTAS,
MAS PREGUNTAS.****I - ALGUNAS CONSIDERACIONES PREVIAS**

La ley 13512 de propiedad horizontal desde su vigencia¹, al igual que su decreto reglamentario 18734/49 se han mantenido sin modificación alguna por más de sesenta años presentando un esquema único cualquiera sean las características del edificio y sus distintos destinos.

La intención del entonces legislador fue, al parecer, atender los problemas de escasez de viviendas en las grandes ciudades, consecuencia del crecimiento de población. Como suele ocurrir con otras cuestiones legisladas, la realidad superó la tésis. Su aplicación rápidamente se extendió no sólo a viviendas, también a locales comercia-

les, espacio de guardacoches, a conjuntos inmobiliarios integrados por cuerpos de edificación diferentes entre sí, hasta cubrir las necesidades de regulación de modernas figuras jurídicas como clubes de campos, barrios cerrados, sistemas de tiempo compartido y parques industriales, entre otros.

La ley cuenta tan sólo con veinte artículos, lo que fue analizado como una ventaja para los más optimistas juristas, ya que muchos aspectos de su regulación dejan margen suficiente a la tan preciada “autonomía de la voluntad”, sin embargo, en un análisis hermenéutico estricto, presenta un esquema único en lo atinente a los espacios privados,

¹ Publicada B.O. 18/10/1948.

a las partes comunes, órganos del consorcio, sistema deliberativo, único administrador y sustento mediante el pago de expensas.

Frente a los cambios sociales y económicos que el hombre enfrenta, lo que por otra parte exige respuestas jurídicas rápidas y adecuadas, se cierne en nuestro orden jurídico un sistema de rigor legal de origen continental que resulta sustento del valor primordial cual es la seguridad jurídica, a riesgo que el apartamiento del mismo nos conduzca al oscurantismo normativo, a la improvisación o a criterios interpretativos analógicos *praeter-legem* o *contra-legem* que desvirtúan el objeto y sentido de la ley transitando así peligrosos caminos.

Todo lo cual nos obliga a centrar nuestra atención, a riesgo de cometer exabruptos jurídicos, en conceptos básicos de derecho, como la distinción entre “derechos personales” en donde prima el “principio de la autonomía de la voluntad” y “derechos reales” en donde se impone “numerus clausus” sustentado necesariamente por “el orden público” y su debida correlación..

La limitación, prohibición, imposición, supervisión, orientación, reglamentación y nulificación son los modos contemporáneos a través de los cuales se refleja el orden público jurídico en el campo de la autonomía de la voluntad, impidiendo que ésta obstaculice o perturbe el logro mejor del posible bien común.

El orden público jurídico opera a pesar del silencio del legislador, e incluso contra su decisión, pues la naturaleza de la norma

no determina la mera fórmula verbal empleada por el hacedor de la misma sino las notas intrínsecas a ésta.

Los débitos que por razón de orden público consagra el ordenamiento jurídico cambian históricamente, pero toda modificación en este sentido debe ser entendida desde un núcleo inmutable.

Afirmamos sin duda alguna, que la Ley 13.512 no ofrece todas las respuestas que la sociedad hoy requiere, a resultas de lo cual podemos adoptar dos criterios, no excluyentes entre sí, el uno, utilizar nuestro ingenio y proponer soluciones con lo dado, en el estricto marco propuesto por el orden jurídico vigente, el otro, inclinarnos por una solución más optimista y auspiciar posibles reformas legislativas.

En la primera variante, han tenido un papel protagónico los jueces resolviendo las controversias generadas en miras a sustentar el propósito tuitivo de los intereses de la comunidad consorcial. Han contribuido además, otros operadores jurídicos como los notarios, los abogados, que en ejercicio de su tarea asesora y preventiva de conflictos, lograron adoptar la ley a las más diversas variantes incluyendo en una redacción agiornada del reglamento de copropiedad y administración, figuras como el sub-consorcio, el fondo de reserva, la fijación de expensas diferenciadas según el destino de las unidades funcionales, el funcionamiento de los consejos de administración, las sub-asambleas y los sub-administradores, entre otras.

Queremos dejar en claro que nuestro trabajo pretende referir a la “praxis consorcial”, dando por sentado conceptos hartamente debatidos, a saber:

a) la ley de marras ha creado un nuevo derecho real sobre cosa propia, que es autónomo y no una institución mixta integrada por el dominio y el condominio;

b) el objeto de la propiedad horizontal es una unidad, que se integra con las partes propias y su proyección a las partes comunes sobre las que confluyen distintos derechos;

c) tanto las partes privadas como las comunes son inmuebles por accesión física según lo normado por el artículo 2315 del Código Civil², las que deben ser determinadas en forma expresa en el respectivo plano de mensura y subdivisión para someter el inmueble al régimen legal;

d) el terreno lo es por su naturaleza, artículo 2314 de igual cuerpo legal³;

e) es el derecho real que adquiere una persona sobre un sector privativo de aprovechamiento independiente en un edificio juntamente con la inescindible cotitularidad de un porcentual determinado sobre el terreno y demás partes comunes de aquél y

afectadas a un condominio de indivisión forzosa bajo las condiciones de ejercicio establecidas en el reglamento de copropiedad y administración vigente al momento de su adquisición.⁴

f) es un derecho real, en el que se combinan dos formas jurídicas distintas (dominio y condominio), cuya unidad de destino las reúne en un todo indivisible, a tal punto que resulta ser imposible ser propietario de una porción exclusiva, sin serlo también de la parte común correspondiente;

g) sus notas son: la obligatoriedad de un reglamento de copropiedad y posibilidad de sancionar su violación; el funcionamiento de las asambleas; la representación por parte de un administrador; la existencia de un seguro obligatorio y la derogación de algunas normas del dominio y condominio;

h) Al decir de Fontova, Francisco-Vitaver, Benjamín⁵ “ el objeto principal, en nuestra ley, lo constituye el edificio (inmueble edificado). Lo accesorio, lo constituyen el terreno y todos los demás bienes de uso y propiedad común; e

i) en una interpretación gramatical de la terminología usada por el legislador “edificio” se entiende por “obra construi-

2 Artículo 2315 C.C. “Son inmuebles por accesión las cosas muebles que se encuentran realmente inmovilizadas por su adhesión física al suelo, con tal que esta adhesión tenga el carácter de perpetuidad”.

3 Artículo 2314 C.C. “Son inmuebles por su naturaleza las cosas que se encuentran por sí mismas inmovilizadas, como el suelo y todas las partes sólidas o fluidas que forman su superficie y profundidad: todo lo que está incorporado al suelo de una manera orgánica, y todo lo que se encuentra bajo el suelo sin el hecho del hombre”.

4 PAPAÑO, Ricardo; KIPER, Claudio M; DILLON, Gregorio.A; CAUSSE, Jorge. R. . Derechos Reales. Sumario. Bs.As. Ed. Depalma 1990. T.II, p.16.

5 FONTOVA, Francisco; VITAVER, Benjamín. La Propiedad Horizontal, los Clubes de Campo y las Unidades a Construir. Rev. Del Notariado. Nro.761, año 1978, pág.1615.

da para habitación o para usos análogos”. Caracteriza su objeto, que las unidades integrativas del mismo sean independientes y que tengan salida a la vía pública, ya sea directa o por un pasaje común. El requisito de la independencia, resulta “ineludible” en la configuración del objeto. Las facultades del mismo son más restringidas que en el dominio, especialmente en materia de *ius abutendi*.

II - CUESTIONES QUE PLANTEA EL OTORGAMIENTO DEL REGLAMENTO DE COPROPIEDAD Y ADMINISTRACIÓN.

1) Su otorgamiento

La ley expresamente prescribe que a los efectos de cambiar el régimen jurídico de un inmueble para afectarlo a la propiedad horizontal, es necesario el otorgamiento del reglamento de copropiedad y administración⁶.

Resulta de fundamental importancia, diferenciar entre las distintas etapas, a saber: a) la confección de un plano de mensura y subdivisión para el sometimiento al régimen; b) la constitución del estado de propiedad horizontal y c) el nacimiento del derecho de propiedad horizontal.

El supuesto:

a) Es requisito preliminar exigido por el artículo 4 del decreto reglamentario 18.734/1949, modificado por el decreto

23.049/1956. El mismo se sustenta en un plano de obra confeccionado por profesional idóneo y debidamente aprobado por cada municipio o entidad legitimada en cumplimiento de la normativa territorial y uso del suelo. El profesional actuante debe verificar que la situación de hecho coincida con lo descripto en el plano de obra. Del mismo se toman los datos para confeccionar el plano de mensura y subdivisión en propiedad horizontal en el que se definen las unidades y los polígonos que las integran, así como las partes comunes y en sus notas se consigna el estado constructivo de las mismas, las servidumbres de hecho existentes, el expediente del plano de obra, medidas de ángulos del lote de terreno, entre otros. Este plano debe ser aprobado -en nuestra provincia- por el Departamento de régimen de Propiedad Horizontal dependiente de la Dirección de Catastro Provincial, previa confección del correspondiente legajo parcelario en cumplimiento con dispuesto por la ley provincial 10.707 y el formulario 908 en donde se fija el valor fiscal de cada unidad y su porcentaje con relación al conjunto total del mismo. Dada su aprobación, se anoticia al Registro de la Propiedad Inmueble en el folio real correspondiente. En esta instancia el inmueble puede ser objeto de actos dispositivos sin que medie afectación a la ley;

b) Tanto en la ley 13.512/48, en su

6 Según el artículo 9 de la ley 13513. “Al constituirse el consorcio de propietarios deberá acordar y redactar un reglamento de copropiedad y administración, por acto de escritura pública que se inscribirá en el Registro de la Propiedad”.

artículo 9°, como en su decreto reglamentario I8.734/49, artículos 1°, 2° y 24 se establece la obligación del otorgamiento del reglamento de copropiedad y administración mediante escritura pública con su debida inscripción en el registro de la propiedad que corresponda, según la ubicación del inmueble que se afecta al régimen. La inscripción de ese reglamento coloca al inmueble afectado en una situación jurídica que la doctrina calificó como “estado de propiedad horizontal”. Tal acto escriturario no modifica el dominio de su titular sobre la totalidad del inmueble. De esta forma, no verificándose ningún acto jurídico que produzca la adquisición del derecho de propiedad horizontal, el dominio continuará rigiéndose por su propia normativa y no por las disposiciones de la ley 13.512.

La inscripción registral definitiva de este reglamento determina que su titular sólo podrá disponer de las unidades que integren el edificio como afectadas al régimen de la ley, lo que implica una limitación voluntaria a su dominio.

La toma de razón del reglamento tampoco produce el nacimiento del consorcio de propietarios, al menos en su faz dinámica. En el régimen vigente su nacimiento se reconoce en dos fases: una estática, esto es, cuando se otorga e inscribe el reglamento de copropiedad y administración, y otra dinámica, que ocurre cuando la comunidad está integrada por al menos dos consorcis-

tas, o sea, cuando es posible que funcione el sistema horizontal, allí es cuando nace “el estado de propiedad horizontal”.

Para el supuesto en que el titular de dominio sea una persona física o jurídica hasta tanto no se otorgue un acto de transmisión dominial sobre alguna de las unidades, la situación jurídica del inmueble permanecerá sin variantes. La titularidad unipersonal del dominio es un impedimento insalvable para la existencia del condominio sobre las partes comunes del edificio, que exige como condición esencial de sujeto múltiple.

En el caso que varios copropietarios decidan construir un edificio en terreno común con distintas unidades funcionales, el otorgamiento y la inscripción del citado reglamento no produce los efectos de la división del condominio, ni los distintos propietarios se convierten en comuneros integrantes de un consorcio de copropietarios. **Siempre hará falta el acto partitivo que produzca la extinción del condominio**, con la correspondiente adjudicación a cada uno de la unidad funcional que le corresponda.

A los efectos registrales no es pertinente que se exija certificado de inhibiciones por el titular dominial, ni certificado de dominio con reserva de prioridad, ni asentimiento conyugal ya que la afectación no es un acto dispositivo -no trasmite, constituye, modifica o cede derechos reales- y no produce alteración patrimonial de minusvalía⁷. Trae sí, aparejada una plusvalía, la afecta-

7 En este sentido la Disposición técnico registral N° I4/2010 de la Plata en su art. 3° dispone que: - No será causal de oponibilidad a la registración de la escritura de afectación a Reglamento de Copropiedad y Ad-

ción a este régimen permitirá la venta por separado de cada unidad, lo que redundará en mayores ganancias, que si se vende en inmueble en su conjunto. Además la registración del reglamento de copropiedad y administración otorga a su titular una facultad que antes no tenía, cual es la de constituir o transferir derechos reales sobre las unidades bajo el sistema de la propiedad horizontal.

La inscripción registral del reglamento de copropiedad y administración en forma simultánea con los instrumentos que tengan por objeto actos traslativos de dominio de unidades funcionales del edificio afectado al régimen horizontal -artículo. 2 del

decreto reglamentario 18.734/49-, es perfectamente válida y está prevista en el inciso d) del artículo 16 de la ley 17.801/68⁸.

Debemos aclarar debidamente que el que el Reglamento de Copropiedad y Administración forma parte integrante del título de propiedad de cada copropietario -su acatamiento es fundamental en el sistema organizado por la Ley 13.512- por lo cual el notario interviniente al autorizar escrituras de adquisición de inmuebles sometidos al régimen deberá tomar los debidos recaudos para entregar a la parte al menos una copia del mismo y no limi-

ministración, la falta de certificado de anotaciones personales del/los titular/es de dominio del inmueble que se afecta. Será exigible tal certificación si, simultáneamente con dicha escritura, se transmitiera el dominio de alguna o todas las unidades funcionales o complementarias que surgieren de aquel acto. Tampoco se exige asentimiento conyugal en el art. 17 de dicha disposición. Y agrega el art.18 "Considéranse comprendidos en las disposiciones del art. 16 de la Ley N° 17.801, los documentos en los que los herederos otorguen Reglamento de Copropiedad y Administración, respecto de bienes registrados a nombre del causante. Tales documentos se inscribirán aplicándoseles el procedimiento habitual del tracto abreviado".

8 Esta particularidad tracto, ha llevado a que se lo califique como presentación conjunta de instrumentos, porque ambos se inscriben y no se saltea la registración del primero. Sin embargo para autores como Adriana Abella el caso claramente es de tracto abreviado. La autora luego de explicar que las escrituras simultáneas son las que se otorgan el mismo día con relación a un mismo inmueble pudiendo intervenir distintos notarios, conforme con el despacho mayoritario del XII Congreso Nacional de Derecho Registral, agrega que la simultaneidad en este caso permite al notario excepcionarse de dos obligaciones: la de tener el título inscripto a la vista, y la de solicitar el certificado de ley (art. 23 L.R.), habilitándolo a inscribir la escritura consecuente sin tener a la vista el título antecedente inscripto (art. 16 LR.) y a utilizar la información que al respecto contenga la certificación de la escritura que antecede. . . Y cuando ejemplifica los supuestos más comunes de tracto abreviado enumera en primer lugar la inscripción simultánea de escrituras de reglamento y de transferencia de unidades funcionales en el régimen de propiedad horizontal. ABELLA, Adriana N. Derecho inmobiliario registral. Ed. Zavalía 2008, Bs. As., 58 a 59 y nota 89 de la última página citada. En forma coincidente se ha dicho: "que la continuidad del tracto no requiere la previa inscripción del derecho, pero que de todos modos éstas deben ser realizadas indefectiblemente, no se trata de una excepción al tracto continuo que hay que cumplimentar, sino a la norma del art. 23 de la ley"- En GARCIA CONI, Raúl R. Derecho registral aplicado, Ed. Depalma Bs. As., 1993 pág. 181 y LÓPEZ de ZAVALLIA, Fernando J. en Curso introductorio al derecho registral. Ed. Zavalía, Bs. As., 1983, pág. 352 y 353.

tarse a afirmar que la misma lo conoce y lo acepta en todas sus partes.

c) La inscripción definitiva del reglamento de copropiedad y administración determina que su titular podrá disponer de las unidades que integren el edificio como afectadas al régimen de la ley y es allí cuando nace el derecho real de propiedad horizontal. Sin este recaudo previo, la transmisión operada solo puede ser de derechos personales.

La constitución del derecho real de propiedad horizontal requiere -a diferencia de otros derechos- que su objeto posea determinadas características o sea que el inmueble reúna “el estado de propiedad horizontal” y se nace cuando la primera unidad funcional es tramitada a su adquirente.

2) Su forma y contenido

2.1. La escritura pública

Por disposición legal⁹ el reglamento de copropiedad y administración debe formalizarse en escritura pública que se inscribirá en el Registro de la Propiedad. .

Vale la pena aclarar —en los tiempos que corren en donde la amenaza de imposición de un sistema registral constitutivo en materia de derechos reales circula— que su inscripción registral se exige sólo como presupuesto de oponibilidad a terceros y que fue así prevista por el legislador a los efectos de impedir actos traslativos de dominio de unidades sin la formalización previa del debido reglamento.

Los notarios somos altamente responsables en su redacción, tarea nada sencilla, por cierto, que pueda alcanzarse con la copia de modelos. Un excesivo reglamentarismo puede conducir a su inobservancia con la consiguiente y peligrosa potencialidad litigiosa. Por su parte, un reglamento en extremo genérico puede generar una peligrosa discrecionalidad. De lo que se deduce que “el justo medio”¹⁰ de la Grecia clásica se torna de difícil obtención.

Se recomienda, entonces, realizar un estudio específico de cada caso atendiendo la inclusión de las cláusulas obligatorias impuestas por la ley, las convencionales receptando la voluntad de las partes intervinientes con el debido asesoramiento. A nuestro

9 Artículo 9 Ob. Cit. Nota 6, Ley 13512 y artículo 1184 Código Civil.

10 A esta altura de los dichos conviene agregar alguna cita filosófica propia de una deformación académica bien señala por algún colega, no sea que crean que hemos perdido pasión. Dice Aristóteles: “Puesto que el injusto no respeta la igualdad, y puesto que lo injusto se confunde con lo desigual, es evidente que hay un justo medio en lo desigual.Es pues necesario que lo justo sea medio, igual y relativo, es decir relativo a ciertas personas, y que, en cuanto medio, esté entre ciertos extremos (que son el más o el menos) y que en tanto que igual, implique dos cosas y que, en cuanto a justo, se refiera a ciertas personas. Lo justo implica, pues, cuatro términos al menos: las personas para las que resulta ser justo, que son dos, y las cosas en las que se muestra, que son así mismo dos”. ARISTOTELES. Obras. Ética nicomaquea. Libro Quinto. Cap.3, p.378. Edit. Aguilar. Madrid. 1982.

juicio es conveniente que el profesional actuante se apersona en el inmueble respectivo a los efectos de constatar situaciones de hecho que le permitirán cumplir con su tarea en forma adecuada evitando así situaciones conflictivas que pudieran generarse en el futuro por sólo ajustarse a las formas legales y no a la realidad constructiva.

El mismo contiene cláusulas obligatorias propias de la exigencia del derecho real que se crea y otras, de carácter reglamentarias, en donde prima el ejercicio de la libre autonomía de la voluntad. Esta distinción es fundamental a la hora de una posible modificación del instrumento respecto de las mayorías exigidas por la ley para tales actos, como más adelante se analizará.

Son **cláusulas obligatorias**:

Según lo dispuesto por el artículo 9 de la ley:

- a) designación de representante de propietarios;
- b) determinación de las bases de su retribución y forma de remoción;
- c) forma y proporción de las contribución de los propietarios a los gastos y expensas comunes;
- d) forma de la convocación de la asamblea y persona que presidirá la reunión; mayorías necesarias para modificar el reglamento y adoptar otras resoluciones, con la salvedad de los casos en que la ley exige alguna mayoría especial no modificable convencionalmente;

Según el artículo 3 del decreto reglamentario I8.734/49:

- e) especificación de las partes de propiedad exclusiva;
- f) determinación del valor que corresponde a cada piso o departamento en proporción al conjunto;
- g) enumeración de las cosas comunes;
- h) uso de las cosas y servicios comunes;
- i) cargas comunes y contribución a las mismas;
- j) designación de administrador; retribución y forma de remoción; facultades y obligaciones;
- k) forma y tiempo de convocación a asambleas ordinarias y extraordinarias; persona que las preside; reglas para la deliberación; mayorías necesarias para modificar el reglamento y para adoptar otras resoluciones; cómputo de votos; representación;
- l) persona que ha de certificar los libros de actas y las constancias de deuda – artículos 5 y 6 del decreto);
- m) constitución de domicilio de los propietarios que no han de habitar el inmueble.

A nuestro parecer algunas de estas cláusulas resultan de inclusión necesaria debido a la naturaleza jurídica de la figura en tratamiento pero otras parecen al menos irrelevantes.

La práctica notarial, basada en sus propios criterios y en los adoptados por la doctrina y la jurisprudencia en la redacción de los instrumentos incluye, además, las llamadas “cláusulas reglamentarias” que deben

ser distinguidas de las “cláusulas estatutarias u obligatorias” ya que su distinto tratamiento tendrá efecto al momento de una posible modificación de los mismos.

Así¹¹, suelen establecerse respecto del:

a) “Régimen de cobro de expensas (lugar de pago, constitución en mora, intereses, carácter del título ejecutivo del certificado, base para la subasta de la unidad funcional, posibilidad que el consorcio adquiera la unidad, etc.”;

b) “Régimen de sanciones (básicamente con el destino de la unidad funcional, aún cuando podría ampliarse a otros aspectos de la vida consorcial)”;

c) “Régimen respecto de la tenencia de animales domésticos (respetando, claro está, el espíritu del art. 6º, inc.)”;

d) “Modalidad de uso de las paredes medianeras o del techo u otros sectores con motivo publicitarios (explicando al menos algunos criterios rectores para ello, por ejemplo, duración mínima y máxima de los contratos, destino de los fondos obtenidos, etc.)”.

e) “Régimen de sobreelevación (propiedad del derecho a sobreelevar, posibilidad – y condiciones: de cesión de tal derecho, identificando el sector o sectores en que podrá efectuarse)”;

f) “Posibilidad y modo de ingreso a la unidad funcional en caso de urgencia o necesidad predeterminados –caso típico el de las filtraciones a sectores comunes u otros sectores privativos-, frente la ausencia del titular”;

g) “Régimen del llamado fondo de reserva (origen de los fondos, forma de su constitución, destino de lo obtenido, etc.)”.

h) “Sistema de rendición de cuentas del administrador...”

i) “Régimen del consejo de administración”.

La doctrina distingue así, entre cláusulas estatutarias y las reglamentarias. Laje¹², “y podría afirmarse que las primeras son las que afectan la extensión y existencia misma de los derechos reales y personales de los copropietarios sobre las cosas privativas y comunes mientras que las reglamentarias sólo conciernen al goce y aprovechamiento.

2.2. Algunos temas que requieren especial atención:

a) Unidades Funcionales y Unidades Complementarias

En el marco de nuestro régimen federal y respetando la jerarquía debida a la ley de fondo, las reglamentaciones respecto a la planimetría, recaudos y designaciones del objeto del derecho real suelen diferir entre sí.

Con uniformidad de criterios, en cambio, las partes privativas de dominio conforman “unidades funcionales” y en algunos casos “unidades complementarias”. Debemos destacar nuevamente, la **inseparabilidad** que existe entre las partes privativas y las comunes, lo que caracteriza al sistema. Las partes comunes, aunque descriptas en el plano, carecen de identidad catastral y registral propia.

11 KIPER, Claudio M. *Propiedad Horizontal*. Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fé, 2008, pág. 174 y 175.

12 LAJE, Eduardo J., *Modificación del Reglamento de Copropiedad Horizontal*. La Ley. I04-506, p.19.

La unidad funcional está formada por el conjunto de superficies cubiertas, semi-cubiertas o descubiertas comunicadas entre sí en forma directa imprescindibles para el cumplimiento del destino del edificio –se designan por números arábigos correlativos, comenzando con el uno desde la planta más baja. La unidad complementaria también puede estar compuesta por iguales superficies pero destinadas a servir, a asistir a las primeras –bauleras, cocheras, depósitos-, sin negar su individualidad, de allí su denominación y suelen designarse con letras o números romanos. Tanto las unas como las otras, están integradas por polígonos, que son el conjunto de tales superficies ubicados en una planta y cuyo perímetro es diferenciante de partes de propiedad exclusiva, se describen usualmente con dos pares de números arábigos, donde con el primer par se señala el piso y en el segundo, determina la ubicación dentro de su planta, generalmente desde el frente del edificio hacia atrás.

De lo expuesto se deduce que, una unidad funcional o complementaria puede estar compuesta por uno o varios polígonos; cada unidad de propiedad exclusiva puede estar integrada por una unidad funcional

o por una unidad funcional y una complementaria enlazadas entre sí según lo convenido en el Reglamento de Copropiedad y Administración¹³ –vínculo de **accesoriedad**- y por tal motivo una unidad de propiedad exclusiva nunca puede estar conformada solamente por unidades complementarias.

El titular de una unidad funcional puede en su caso, adquirir una o varias unidades complementarias y una unidad complementaria, puede también corresponder a la titularidad de varios condóminos, no siendo éste un supuesto de partes comunes sino un condominio de indivisión forzosa regulado por la normativa del Código Civil. Es de destacar la importancia que tiene al momento de la afectación al régimen, que el o los titulares de dominio del edificio decidan elegir si los sectores destinados a cocheras o bauleras sean configuradas como unidades funcionales o como unidades complementarias, en tanto las normas locales lo permitan.

b) Partes comunes

Las define el artículo 2¹⁴ de la ley. Ellas son de uso común del edificio y compren-

13 Por lo cual existen notas de plano que dicen “las unidades complementarias detalladas sólo pueden ser objeto de propiedad exclusiva por titulares de alguna o algunas de las unidades funcionales del edificio y tal circunstancia debe constar en el reglamento de copropiedad y administración y ser transcripto en todas las escrituras traslativas de dominio”.

14 Artículo 2°. Cada propietario será dueño exclusivo de su piso o departamento y copropietario sobre el terreno y sobre todas las cosas de uso común del edificio, o indispensables para mantener su seguridad. Se consideran comunes por dicha razón :

a. Los cimientos, muros maestros, techos, patios solares, pórticos, galerías y vestíbulos comunes, escaleras, puertas de entrada, jardines;

den tanto las cosas necesarias (salida a la vía pública, por ejemplo), como las indispensables para la seguridad del edificio (vigas, muros y tubos) como las incorporadas en tal sentido (mobiliario de hall de acceso al edificio, por ejemplo). El mismo articulado aclara que su enumeración no es taxativa. Respecto de ellas los consorcistas tienen un condominio de indivisión forzosa, con derecho de poseer, a condición de respetar su destino, de no perjudicar igual derecho de los demás y no pueden realizar actos materiales sin el consentimiento unánime. Su extensión será proporcional al valor del departamento o piso de su propiedad¹⁵.

La inclusión de algunos de los supuestos, sin embargo ofrecen dudas tanto para la doctrina como para la jurisprudencia. De ahí la importancia, de su determinación clara y precisa al momento de la redacción del reglamento de copropiedad y administra-

ción. Señala, así Marcela Tranchini¹⁶, “Tal el caso del inc. b), que menciona a “los locales e instalaciones de servicios centrales como calefacción, agua caliente o fría, refrigeración, etc.”. No existe discusión sobre el carácter común de las cañerías en tanto formen parte de la estructura total del edificio o, como dice la ley, sean “centrales”. Pero junto a ella se encuentran cañerías que están al servicio exclusivo de las partes privativas y, por tanto, revisten este carácter. Y entonces los problemas que se han planteado judicialmente versan sobre el límite en que las cañerías dejan de ser comunes para ser de propiedad privativa de cada consorcista, quedando a cargo exclusivo de éstos su reparación. Y como la ley nada dice, ello queda librado a lo que se establezca en el reglamento de copropiedad. También se han planteado posturas disímiles cuando se trata de cosas o partes no enumeradas por la

-
- b. Los locales e instalaciones de servicios centrales, como calefacción, agua caliente o fría, refrigeración, etc.;
 - c. Los locales para alojamiento del portero y portería;
 - d. Los tabiques o muros divisorios de los distintos departamentos;
 - e. Los ascensores, montacargas, incineradores de residuos y en general todos los artefactos o instalaciones existentes para servicios de beneficio común. Esta enumeración no tiene carácter taxativo. Los sótanos y azoteas revestirán el carácter de comunes salvo convención en contrario.

15 Artículo 3°. Cada propietario podrá usar de los bienes comunes conforme a su destino, sin perjudicar o restringir el legítimo derecho de los demás. El derecho de cada propietario sobre los bienes comunes, será proporcionado al valor del departamento o piso de su propiedad, el que se fijará por acuerdo de las partes o en su defecto por el aforo inmobiliario, a los efectos del impuesto o contribución fiscal. Los derechos de cada propietario en los bienes comunes son inseparables del dominio, uso y goce de su respectivo departamento o piso. En la transferencia, gravamen o embargo de un departamento o piso se entenderán comprendidos esos derechos, y no podrán efectuarse estos actos con relación a los mismos, separadamente del piso o departamento a que accedan”.

16 TRANCHINI, Marcela H. Edificios con distintos destinos en materia de propiedad horizontal (con particular referencia a los espacios guardacoches: Doctrina. Lexis 0003/015214. Archivo Abeledo Perrot on line del 30/11/2010.

ley. Tal el caso de los balcones, que algunos autores consideran propios y otros comunes, mientras que una tesis intermedia establece que la estructura del balcón es común, pero los revestimientos y el espacio y superficie que encierra el balcón son de propiedad exclusiva si así lo dispone el reglamento”.

Para la misma autora, “la enumeración sólo importa una presunción *iuris tantum*, de manera que si algunas de las cosas enumeradas en los incisos no cumplen con las pautas indicadas en la parte Ira. del art.2, podría convenirse en que fueran privativas”. Nos parece de fundamental importancia esta consideración que sin duda compartimos, al momento de la redacción del reglamento de copropiedad y administración. .

c) Porcentuales o Proporciones.

Vinculado al tratamiento de los puntos anteriores, creemos fundamental señalar que la ley refiere a tres tipos de proporciones, también llamados porcentuales, a saber:

Proporción de dominio, tal como resulta del artículo 3, ya analizado y del artículo 3, inciso 2 del decreto reglamentario. El mismo señala el **derecho de cada propietario sobre los bienes comunes** en forma proporcional al valor del departamento o piso y se “**fixará por acuerdo de partes** o en su defecto por el aforo inmobiliario, a

efectos del impuesto o contribución territorial”. La doctrina suele sólo darle importancia sólo para el caso de vetustez.

Proporción fiscal, es el que fija el organismo estatal competente a los efectos del impuesto o contribución territorial y salvo convención en contrario, es el que determinará el valor del piso o departamento. Su determinación obedece a estrictos criterios técnicos. Resulta de fundamental importancia su estimación previa en el caso de las unidades “en construcción” o “a construir”.

Proporción para el pago de expensas, surge de lo dispuesto por el artículo 8¹⁷, el artículo 9 la ley y el artículo 3, inciso 6 del decreto reglamentario. Se fija a los efectos de la proporción con la que los consorcistas aportarán al pago de las expensas comunes. Dicha alícuota se fija en función a la parte privativa salvo convención en contrario.

Como se desprende de lo normado las tres alícuotas podrán o no coincidir ya que están sujetas a la convención entre las partes.

Resulta esencial que los notarios en nuestra tarea de debido asesoramiento a las partes en la confección de los instrumentos respectivos tengamos especial reparo en la fijación de estos porcentuales claramente habilitados por la ley, a decisión de los interesados, teniendo en cuenta criterios que se ajusten a la realidad constructiva, analizando además, la relevancia que su determinación tiene

17 Artículo 8°. “Los propietarios tienen a su cargo en proporción al valor de sus pisos o departamentos, salvo convención en contrario...”, Artículo 9° inc. c “La forma y proporción de la contribución de los propietarios a los gastos o expensas comunes”

en la estructura del sistema de propiedad horizontal y a los requisitos de fondo y de forma que la ley exige al momento de producirse la modificación del reglamento de copropiedad y administración.

Lo usual es fijar el porcentual de dominio y el del pago de expensas en relación al fiscal, lo que puede ser conveniente o necesariamente arbitrario, en cada caso.

La distinción entre los porcentuales es destacable en cuanto posibilita su adecuación a los distintos casos que se amparan en el régimen y bien utilizado puede ser una de las llaves para evitar inconvenientes en el futuro respecto de las obras nuevas, cuando ya están previstas de antemano. En estos casos, el notario actuante podrá insertar en el texto escriturario el porcentual fiscal proyectado para la unidad funcional “en construcción” o “a construir” facilitando así el otorgamiento de la escritura de “obra nueva” sin necesidad de las exigencias de modificación de reglamento para sus cláusulas estatutarias.

En otro orden de ejemplos, si bien los bienes son privativos de cada consorcista y comunes a todos ellos, podría plantearse el caso, en el marco de la autonomía de la voluntad, el uso exclusivo de partes comunes a alguno de ellos, por ejemplo, cuando existan dos o más torres edificadas en un mismo terreno, que existan bienes que por estar destinados al uso exclusivo de un grupo de unidades funcionales, sean comunes sólo a ellas.

Otro supuesto lo sería cuando en un solo edificio haya sectores destinados al uso de viviendas, locales comerciales o cocheras. Resulta claro que sus finalidades, usos y problemáticas son absolutamente distintos, aunque subordinados a un mismo consorcio. Unificar en estos casos los porcentuales resultaría por demás inadecuado.

En la redacción del reglamento de copropiedad se recomienda separar en capítulos distintos la debida delimitación:

- **de los sectores de propiedad exclusiva**¹⁸:
- **de los bienes comunes**¹⁹

18 La propiedad exclusiva de cada unidad comprende, además de las especificaciones de sus superficies, de las constancias del plano aprobado y del título de adquisición, el volumen cúbico de los respectivos sectores determinado por los muros maestros, tabiques, medianeras y pisos que separan vertical y horizontalmente cada unidad, dentro de lo cual se podrán ejercer todos los derechos inherentes al dominio, en cuanto no lo afecten las disposiciones de la ley 13512, sus decretos reglamentarios y este reglamento. Con respecto a los servicios centrales, son de propiedad exclusiva de los respectivos dueños de cada unidad las prolongaciones internas de sus instalaciones, sean provenientes del edificio o del exterior, como cañerías, cables, desagües, etcétera, y los artefactos consiguientes, como llaves, canillas, tomacorrientes, inodoros, bañeras, piletas y lavatorios, siendo esta enumeración sólo ejemplificativa.

19 Se consideran comunes los bienes que surgen como tales del plano de subdivisión en propiedad horizontal, especialmente los siguientes: la parcela de terreno en la que se asienta el edificio, los cimientos, muros maestros y toda obra de resistencia del edificio; los muros y tabiques divisorios de los polígonos entre sí y entre éstos y las partes comunes y los techos; las instalaciones y elementos correspondientes a los servicios centrales, sean provenientes del edificio o del exterior, como cañerías, cables y desagües empotrados en los muros maestros,

- del uso y destino de los bienes comunes²⁰
- de las cargas comunes ²¹
- del cuidado y conservación de determinados bienes comunes a cargo de los titulares de cada unidad ²²

III- CUESTIONES QUE PLANTEA LA MODIFICACIÓN DEL REGLAMENTO DE COPROPIEDAD Y ADMINISTRACIÓN

El reglamento resulta ser un contrato dinámico como pocos, sujeto a constantes interpretaciones de su letra y también posibles revisiones.

tabiques internos, paredes medianeras y al descubierto en espacio y en superficies comunes, cualquiera sea su destino, en toda su extensión y el lugar por el que atraviesan hasta la parte de los mismos que se encuentran al descubierto dentro de los sectores de propiedad exclusiva, los desagües pluviales y todas aquellas partes y cosas del edificio sobre las cuales ninguno de los copropietarios pueda invocar dominio exclusivo, según las constancias de su título de propiedad. Las cosas y bienes de propiedad común no perderán su condición de tales, salvo por resolución de los copropietarios. Incumbe al consorcio su conservación y reparación, sin que ello obste a la responsabilidad por los daños y perjuicios imputables al causante de los mismos.

20 El uso de los bienes y servicios comunes se practicará según el sentido y limitaciones del artículo 3 de la ley 13512, con sujeción a lo que eventualmente establezca el reglamento interno. De acuerdo a ello las cosas comunes tendrán los siguientes destinos y usos: las instalaciones centrales de obras sanitarias, gas, electricidad y las correspondientes a cualquier otro servicio serán exclusivamente empleadas a los fines que reconocen su existencia y en su manejo no podrán intervenir sino las personas que designe el administrador o el personal técnico inherente a cada servicio; los espacios de aire y luz comunes se destinarán a sus fines específicos exclusivamente. En ninguno de los lugares comunes podrán depositarse sustancias ni materiales de ninguna naturaleza, ni realizarse actos o reuniones que atenten contra la moral y buenas costumbres o contra la seguridad del edificio. Cada copropietario deberá usar los bienes comunes conforme a su destino, sin desvirtuar su finalidad específica, ni agregar muebles, artefactos colgantes ni cualquier otro objeto que impidan su uso o no armonicen con el conjunto del edificio.

21 Se consideran cargas comunes: a) los gastos de administración, sueldos, demás emolumentos y cargas sociales del personal afectado al edificio, si eventualmente fuera contratado; b) los impuestos, tasas, contribuciones y gastos de cualquier índole que graviten sobre el inmueble como cosa común, o cualquiera de sus partes con ese carácter, incluyendo los gastos de reparación y reposición de los elementos que integran las cosas comunes detalladas en este reglamento; c) las primas de seguro contra incendio del edificio en su conjunto; d) las obras nuevas autorizadas en las condiciones reglamentarias; e) los servicios de intereses y capital de las hipotecas u otros derechos reales que graven el conjunto del inmueble, constituidas por resolución del consorcio; f) los gastos de reconstrucción en los casos de destrucción parcial de menos de las dos terceras partes del edificio y de vetustez del mismo, en los que se hubiera resuelto su reconstrucción, salvo para la minoría que se encuentre obligada a transferir su parte; g) las reparaciones en casos de rotura de cañerías de agua corriente, cloacas, electricidad, gas y demás servicios centrales; h) todos los gastos, honorarios y servicios que origine el mantenimiento preventivo del edificio, siendo obligación del consorcio a través de la administración, efectuar todos los trabajos de conservación y mantenimiento que fueran necesarios y convenientes en beneficio de la vida útil del edificio.

22 Las puertas y ventanas que cierran los vanos de las paredes comunes serán de uso exclusivo de los titulares

Para ello la ley ha previsto en un articulado algo indeterminado, la posibilidad de su modificación²³.

Resulta, dado el supuesto, determinar claramente las razones de su cambio, en donde tomarán especial relevancia el tipo de cláusula a modificar, -estatutaria o reglamentaria- ya que de ello se deducirá las mayorías necesarias a tal fin y la forma de su instrumentación.

La modificación de situaciones que hacen a la necesaria estructura de conformación del derecho real de propiedad horizontal, como la distribución del porcentual sobre las partes comunes a cada unidad, el destino de las mismas, las superficies de las partes comunes, la inserción de la copropiedad dentro del dominio, requieren una-

nimidad de voluntad consorcial en función de normas supra legales, como la defensa constitucional del derecho de propiedad (artículos I4 y I7 de la ley 13.512).

En cambio, el cambio de las demás convenciones acordadas en su momento por las partes, al menos requieren la mayoría de los dos tercios de los integrantes del consorcio, salvo que se hayan convenido otras distintas.

El criterio expuesto sobre la diferencia de las cláusulas y su trascendencia a la hora de la reforma del reglamento puede considerarse unánime en la doctrina. Highton²⁴, Gattari²⁵; Papaño, Koper, Dillon y Causse²⁶; Mariani de Vidal²⁷; Areán²⁸; Borda²⁹; Laquis y Siperman³⁰; Gurfinkel de Wendy³¹; Flah y Smayevsky³² y Leiva Fernández³³.

Toda decisión consorcial debe ser adop-

de las unidades a que pertenecen, quedando a cargo de éstos su cuidado y conservación, debiendo someterse a la uniformidad que establezca el administrador o el consorcio a los efectos de su presentación al exterior. Igualmente quedarán a exclusivo cargo y cuidado de los propietarios los elementos detallados en la cláusula tercera, como tuberías, cables e instalaciones de servicios centrales en las partes que correspondan a cada unidad y hasta su conexión con las redes principales del edificio, como así los cielos rasos, revoques, pintura, canillas, llaves, vidrios, artefactos en general y demás obras de carácter interno, aunque estén adheridas a elementos comunes. Cada copropietario deberá efectuar de inmediato en su unidad las reparaciones cuya omisión pueda ocasionar daños o peligro a otras unidades o a las partes comunes, siendo responsable de los perjuicios que por su incumplimiento se deriven. Asimismo deberán permitir el ingreso a su unidad a las personas encargadas de proyectar, realizar e inspeccionar los trabajos de interés común. Las obligaciones de los propietarios no se considerarán limitadas ni eximidas en caso alguno.

23 Artículo 9°. "...Dicho reglamento sólo podrá modificarse por resolución de los propietarios, mediante una mayoría no menor de dos tercios. Esta modificación deberá también consignarse en la escritura pública e inscribirse en el Registro de la Propiedad...".

24 HIGHTON, Elena Inés. Propiedad horizontal y prehorizontalidad. 2da. Ed. renovada y ampliada con la colaboración de Elena C. NOLASCO. Ed. Hammurabi, Bs.As.2000. p.199 Y 200.

25 GATTARI, Carlos Nicolás. Práctica Notarial. Vol.II, 2da.ed. actualizada. LexisNexis, p.5.

26 PAPAÑO, Ricardo José; KIPER, Claudio Marcelo; DILLON, Gregorio Alberto CAUSSE, Jorge Raúl. Derechos reales. Ed. Astrea. Bs.As. 2da.Ed., actualizada y ampliada, 2004, tomo I, p.487. Idem, Manual de derechos reales. Ed. Astrea. Bs.As. 2007, p.392.

27 MARIANI DE VIDAL, Marina. Derechos reales. 7ma. Ed. Actualizada. Tomo 2. Ed. Zavalía. Bs.As. 2004, p. 270 y 271.

tada por Asamblea de copropietarios y el cómputo de los votos se efectuará del modo que el propio reglamento estatuya, rigiendo supletoriamente lo reglado por el artículo 10 de la ley³⁴, o sea un voto por unidad.

La modificación del reglamento de copropiedad y administración guarda la misma forma que su constitución, o sea la escritura pública, debiéndose inscribir en el Registro de la Propiedad en caso de cambio de sus cláusulas estatutarias.

La modificación edilicia efectuada por un copropietario en la medida que altera los derechos de sus miembros, ya sea por la incorporación de metraje construido, la ampliación de una unidad funcional ya existente, o la nueva construcción altera los porcentuales asignados a todas las unidades del edificio, modificándose así el derecho de propiedad de los demás copropietarios. Por todo lo cual se necesita la intervención de los titulares de dominio de las unidades comprendidas y el consentimiento de los acreedores hipotecarios de las unidades afectadas ya que es calificado como un acto de disposición.

En el ámbito de nuestra provincia su inscripción está regulada por la Disposición Técnico Registral I4/2010, modificada por la 4/2011. Según su artículo 6: “Serán exigibles los certificados de anotaciones personales con respecto a los titulares de dominio de unidades funcionales y/o complementarias que sean objeto de modificación del Reglamento de Copropiedad y Administración. No será objeto de calificación registral, el requerimiento de las certificaciones de los titulares de las unidades, en los supuestos de modificación de partes y superficies comunes, actualización de porcentuales, ni en la variación de cláusulas reglamentarias del régimen, debiendo el Notario autorizante dejar expresa constancia en testimonio y minutas lo referente a su evaluación sobre la naturaleza del acto y los recaudos cumplidos por el mismo”.

El artículo 24 refiere a la constancia de la suspensión del plano la que se hará sólo en las unidades afectadas por la modificación. El artículo 24bis agrega. “Cuando el retiro de tela del plano incluyere, ya

28 AREÁN, Beatriz. Derechos reales. 6ta. Ed. renovada y ampliada. Tomo 2. p.591 y 592.

29 BORDA, Guillermo Antonio. Tratado de derecho civil. Derechos reales. 5ta. Ed. actualizada por Delfina M. Borda. Ed. La Ley. Bs.As. p.644 y 645.

30 LAQUIS, Manuel Antonio, y SIPERMAN, Arnoldo. La propiedad horizontal en el derecho argentino.

31 GURFINKEL DE WENDY, Lilian Noemí. Derechos reales. Tomo I. Ed. Abeledo Perrot, Bs.As. 2010, p.644.

32 FLAH, Lily R., y SMAYEVSKY, Miriam, el LAQUIS, Manuel Antonio. Derechos reales. Tomo V. Ed. Desalma. Bs.As. 2000, p.491.

33 LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F.P., en LAFAILLE, Héctor. Tratado de los derechos reales. 2da. Ed. actualizada y ampliada

34 Artículo 10: “*Los asuntos de interés común que no se encuentren comprendidos dentro de las atribuciones conferidas al representante de los condóminos, serán resueltos, previa deliberación de los propietarios, por mayoría de votos. Estos se computarán en la forma que prevea el reglamento y en su defecto se presumirá que cada propietario tiene un voto*”.

sea como único objeto o como una de las modificaciones a realizar, la variación de partes, superficies comunes y/o ampliación de porcentuales del régimen se procederá, conforme al artículo anterior, anotándose la suspensión antedicha exclusivamente en la inscripción de dominio originaria afectada a Propiedad Horizontal, dejando debida nota....”

En el supuesto en que la unidad involucrada en un negocio jurídico se encontrara con nota de suspensión de plano, no podrá ser objeto de ningún acto de disposición hasta tanto no se modifique el reglamento, agrega el artículo 25. Se deberá acompañar plano de propiedad horizontal ratificado, conjuntamente con las certificación catastral. La calificación de las escrituras en cuanto a mayorías necesarias, se limitará a lo que establece la ley, el Reglamento y conforme a las cláusulas en cuestión no pudiendo en estos supuestos ser inferior al tope legal, No se tomará razón de documentos que modifiquen el reglamento en lo referente a elementos constitutivos de la propiedad horizontal cuando no fueren otorgados por todos los integrantes del Consorcio. Cuando existan hipotecas, deberá requerirse el consentimiento del acreedor y en el caso de

medidas cautelares la expresa autorización judicial. (extracto de los artículos 27, 28, 29 y 30).

Modificar los términos de un contrato implica sin duda alguna, contratar. Por lo cual, al decir de Laquis³⁵, “No creemos que la modificación judicial del reglamento sea compatible con nuestro sistema”.

Pero, si convocada la asamblea a tratar la modificación del reglamento, no lograra el quórum para sesionar o no se aprobase la modificación, el interesado podrá acudir a la solicitud de la asamblea judicial según lo dispuesto en el artículo 10 de la ley .

Así se ha pronunciado además la jurisprudencia.

A modo de ejemplo, la Cámara Civil de la Ciudad de Buenos Aires en su sala E, ha dicho ante la propietaria de una unidad funcional que demandó la nulidad de una cláusula que establecía un destino impracticable por ser contrario a las normas administrativas, reafirmó la facultad del juez de declarar la nulidad peticionada. Entendió la Cámara que esa facultad es aún más clara cuando ello ha sido el resultado de un proceso contencioso, en especial previa decisión de la asamblea arbitraria e injusta³⁷...

35 LAQUIS, Manuel. A; FLASH, Lily R.; SMAYEVSKY, Miriam. Derechos Reales. Tomo V. Ed. Depalma. Bs.As. 2000, p.490.

36 Artículo 10: ...” Cuando no fuere posible lograr la reunión de la mayoría necesaria de propietarios, se solicitará al juez que convoque a la reunión que se llevará a cabo en presencia suya y quedará autorizado a tomar medidas urgentes. El juez deberá resolver en forma sumarísima, sin más procedimiento que una audiencia y deberá citar a los propietarios en la forma que procesalmente corresponda a fin de escucharlos”.

37 La Ley. 2004-C-753, con nota de Nelson Cossari.

IV. CONSORCIO DE COPROPIETARIOS

El consorcio de copropietarios es el que se conforma por todos los propietarios de las unidades funcionales privativas del edificio afectado al régimen legal de propiedad horizontal.

El mismo, como se ha dicho, manifiesta su voluntad a través del órgano deliberativo, que son las asambleas de propietarios, que deben respetar el quórum y las mayorías legales y reglamentarias. Su administración se ejerce mediante su representante legal o administrador del consorcio designado conforme al régimen de mayorías.

Algunas situaciones interesantes analizadas según la praxis observada:

1) Estado pre-consorcial.

Situación prevista en el artículo 25 de la ley de Prehorizontalidad³⁸. La ley contempla la mayoría simple como necesaria para la designación del administrador dado la situación transitoria del inmueble.

La jurisprudencia ha considerado a la reunión de esta comunidad de intereses como un “consorcio de hecho” y que la falta de reglamento no puede ser obstáculo para poner en ejercicio acciones existentes entre los coadquirentes generalmente por

boletos de compraventa³⁹. En razón de lo expuesto, se ha reconocido legitimación activa para demandar el cobro de expensas por la vía del proceso de conocimiento y exigir al administrador la rendición de cuentas.

La práctica nos indica que no resulta usual el acogimiento a esta normativa, por lo que los adquirentes, en esta etapa, quedan sujetos a una administración unilateral y dominante del propietario originario, y la cuestión se complica aún más cuando han recibido la posesión de las unidades y conviven en el ámbito común.

2) Funcionamiento irregular del consorcio regular.

Por distintas razones, la experiencia nos refleja la apatía o el desinterés de muchos consorcistas por la gestión de las cosas comunes. Muchas personas que deciden adquirir un departamento carecen de la conciencia necesaria de lo que ello significa.

“Esta anomalía se proyecta en el tiempo y genera dificultades en orden a la representatividad del consorcio y del administrador irregularmente designado”⁴⁰.

El “administrador de hecho” suele ser designado en una asamblea inválida por falta de la debida convocatoria o viciada por falta mayorías.

Otra situación irregular se observa en

38 Ley 19.724, B.O.13/07/1972. Artículo 25: “Terminada la construcción y aunque no medie tradición, el propietario convocará a los adquirentes con contratos debidamente registrados a una asamblea dentro de los treinta días (30) días de concluida aquella, a fin de designar administrador provisorio, el que será elegido por simple mayoría. La mayoría se determinará según los porcentuales asignados a las respectivas unidades en el proyecto de subdivisión”.

39 C. Nac. Civ., sala f, 28/2/1996, “Corvino, María R. y otros”. La Ley 1996-C-793.

40 MARTINEZ, Guillermo L., *El administrador de facto en la propiedad por piso o departamentos*. DJ 2006-3-987.

los conjuntos consorciales reducidos o pequeños consorcios, en donde la administración es ejercida por un copropietario caritativo que no percibe remuneración alguna. Sus actos son aceptados tácitamente por los demás y suele actuar como representante del consorcio. De esta forma por el principio de la buena fe con el transcurso del tiempo el administrador de hecho se convierte en administrador de derecho, aplicándose las normas del mandato tácito (artículos 1874 a 1876 y 2304 del Código Civil).

En las relaciones externas el administrador responderá personalmente por sus actos frente a terceros (artículo 1933 y ss. Del Código Civil).

La responsabilidad que implica sostener estas irregularidades debe ser claramente advertida tanto por el administrador de hecho, como por los terceros que deberán ser diligentes y requerir la representación debida en cada caso al momento de afianzar obligaciones.

“Según la casuística, corresponderá aplicar la teoría de la apariencia que opera en el ámbito societario, porque el administrador es un órgano del consorcio, más allá de quién sea la persona que ejerza el cargo (artículo 58 de la Ley de Sociedades Comerciales)”⁴¹

También podría interpretarse que pudieran aplicarse las normas de fondo referentes a “la gestión de negocios” (artículo

2288 y ss. Del Código Civil). A nuestro parecer, sólo sería admitida su aplicación para los gastos urgentes que se realiza este administrador.

3) División del consorcio regular en subconsorcios de hecho.

Muchas veces el marco normativo de la ley 13512 resulta por demás ajustado para los grandes complejos inmobiliarios llamados por la doctrina como “propiedades horizontales anómalas”.

La convivencia en estos grandes complejos edilicios ha demostrado que, muchas veces los intereses de los propietarios de unidades que forman parte de un sector delimitado no son las mismas que las de otro. Estas circunstancias pueden provocar la división de hecho del consorcio que nació en forma regular, formándose subconsorcios de hecho con propios órganos de gobierno, asambleas, administración y régimen de pago de expensas comunes generales y especiales separadas.

Ha dicho la jurisprudencia, “Indudablemente la división del consorcio acarrea problemas de orden a la legitimación del subconsorcio y de su administrador. También, a la validez de las decisiones asamblearias que e toman sin mayoría legal y reglamentaria, en tanto no se computan sobre la totalidad de los consorcistas”⁴²

Frente a estas anomalías la doctrina nacional también ha tomado opinión. Exis-

41 PUERTA DE CHACÓN, Alicia. Propiedad horizontal. SJA 24/II/2010. Archivo Abeledo Perrot On Line. 30/II/2010.

42 C. Nac. Civ., sala B, I3/II/1962, “Caldarazzi”, La Ley 106-69.

ten dos opiniones contradictorias. La una, mantener una postura dogmática y restrictiva que no admite alteraciones al régimen de la ley 13512, que es de orden público⁴³, la otra, más permisiva que sostiene que lo que no está específicamente prohibido por la ley puede establecerse en el reglamento de copropiedad y administración siempre que no se modifiquen las normas estatutarias de los derechos reales⁴⁴.

En nuestro parecer, nada impide que en el reglamento de copropiedad y administración se convenga un sistema diferencial en cuanto a las asambleas, un sistema de coadministración separada y el pago de expensas diferenciado por sector. Todo ello, con la subsistencia de un consorcio general, pago de expensas generales relativas al terreno en común, instalaciones y servicios que se prestan en conjunto. Frente a terceros, cabe de suyo, responderá el consorcio todo, sin perjuicio de las acciones de repetición en beneficio de cada sector.

4) Consorcios irregulares en conjuntos urbanísticos privados.⁴⁵

Bien sabemos nuestro país carece de legislación específica sobre las llamadas “formas coparticipativas de la propiedad inmobiliaria” que son sometidas, por analogía, al régimen de la propiedad horizontal.

Nos referimos a los clubes de campo, countries, barrios cerrados, centros comerciales, cementerios, parques, parques industriales.

Hemos ya referido, en trabajos anteriores, a la ruptura del principio de la verticalidad en la propiedad horizontal, también llamada en la doctrina “propiedad tumbada”. Son modelos inmobiliarios en donde la propiedad privativa se extiende en unidades independientes separadas y existen sectores y servicios de uso común con fines recreativos, sociales, deportivos, comerciales, rurales, industriales.

Hemos visto en estos casos, que en muchos reglamentos se incorporan mayorías menores a las previstas por la ley 13.512 para la toma de decisiones de asuntos comunes, lo que constituye sin duda alguna, una verdadera irregularidad. También se utilizan formas asociativas combinadas con derecho real de servidumbre. El notariado cumple un papel central en la redacción del instrumento por lo que deberá guardar especial atención en ajustarse a la normativa vigente.

5) Supra o megaconsorcios y asociaciones de consorcios.

Nos referimos en este caso a las “ciudades satélites” o conglomerados urbanos cerrados que se integran por distintos complejos

43 VILLANUSTRE, Cecilia A. División de hecho del consorcio de propiedad horizontal (Enfoque legal. Consecuencias jurídicas y prácticas). La Ley 1996-B, 1119.

44 LAJE, Eduardo J., Régimen de asambleas y de administración separadas en materia de propiedad horizontal. Revista del Notariado. Nro.713, 1970, p. 1437. En igual sentido, PUERTA DE CHACÓN, Alicia. Ob.Cit.36.

45 XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil y V Congreso de Derecho Civil, Córdoba, setiembre de 2009. Comisión de Derechos Reales: Formas coparticipativas de propiedad horizontal: tendencias actuales.

residenciales, centros de servicios comerciales, educativos, deportivos en mezcla con espacios administrativos de la ciudad pública abierta. Se plantea aquí, un verdadero dilema jurídico de colisión entre el ámbito del derecho público y el privado. Este es el fenómeno socio-cultural que con mayor intensidad desborda a la ley de propiedad horizontal. No existen en nuestro derecho asambleas de megaconsorcistas o suprarreglamentos, por todo lo cual, hasta tanto se produzca una reforma legislativa, no cabe duda alguna que son las figuras asociativas las que otorgan la solución más correcta. En todos los casos planteados, se impone regular debidamente la comunidad de intereses entre los consorcistas, la subsistencia del conjunto inmobiliario, en estricto cumplimiento con la ley de fondo.

V- EL CONCEPTO DE PERSONA JURÍDICA Y SU APLICACIÓN AL CONSORCIO. CAPACIDAD Y PATRIMONIO DEL CONSORCIO. ADQUISICIÓN DE INMUEBLES POR EL CONSORCIO EN SUBASTA POR FALTA DE PAGO DE EXPENSAS COMUNES O EXTRAORDINARIAS. ACREDITACIÓN DE PERSONERÍA EN JUICIO.

1. Conceptos preliminares:

No podemos avocarnos al estudio de esta temática, sin antes considerar algunos conceptos preliminares, básicos y necesarios,

para entender el encuadramiento de esta cuestión.

Según definición de la Real Academia Española, se entiende por consorcio a la “participación y comunión de una misma suerte con uno o varios”.

Partiendo de esta definición primaria, diremos que en el caso que nos convoca, nos referimos específicamente a la figura del consorcio de copropietarios que nace una vez que se constituye el estado de propiedad horizontal.

Ahora bien, nadie puede dudar de que este consorcio, como figura que nace a la luz de la regulación de la ley 13.512, existe en la realidad y pasa a formar un importante elemento de entre los que componen el régimen de la ley de propiedad horizontal.

La duda surge cuando nos preguntamos acerca de su naturaleza jurídica; siendo este uno de los temas que más ha dividido tanto a la doctrina como a la jurisprudencia, principalmente enroladas en dos posturas. La una, que reconoce personalidad jurídica plena e independiente a la de los copropietarios que lo componen, incorporando así al consorcio dentro uno de los supuestos del artículo 33 del Código Civil. Y la otra, antagónica, que niega esa personalidad, siendo ésta únicamente atribuible a los copropietarios en forma individual.

La discrepancia se acentúa cuando, recurriendo a la ley que regula este régimen, observamos que en ninguna de sus disposiciones se inclina por alguna u otra, haciendo mención al mismo únicamente en su artículo 9, que dispone que al constituirse,

éste deberá acordar y redactar el Reglamento de Copropiedad y Administración, por acto de escritura pública, que se inscribirá en el Registro de la Propiedad Inmueble, dando nacimiento así al estado de propiedad horizontal.

Una vez nacido el derecho real de propiedad horizontal, luego del otorgamiento e inscripción del reglamento y con la adjudicación o transmisión de las unidades, el consorcio que se ha conformado comienza a anudar relaciones jurídicas entre sus miembros, como así también con terceros ajenos a la comunidad.⁴⁶

La importancia de ser o no una persona distinta de sus integrantes radica en determinar quién estará legitimado para la defensa de sus intereses o para el ejercicio de los derechos vinculados a la propiedad horizontal. Es a partir de ello que surgen las teorías de si el consorcio existe o no como persona jurídica, y en caso de que la respuesta a este primer interrogante ser afirmativa, qué alcance tiene esa personalidad reconocida.

Vemos así como, más allá de las discusiones o discrepancias doctrinarias que puedan generarse al respecto, la cuestión no queda en una mera gravitación académica, sino que trasciende al ámbito práctico, siendo entonces necesaria su aclaración para regular específicamente estas relaciones que puedan generarse.

Como ejemplo podemos mencionar el clásico caso de la unidad funcional que es ejecutada por el consorcio de copropietarios por deuda de expensas. Una vez llevada a cabo la ejecución y subastado el inmueble, en caso de que el mismo sea adquirido por el mismo consorcio, ¿quién pasa a constituirse en titular dominial sobre la misma? Si nos enrolamos en la postura que reconoce al consorcio personalidad jurídica diremos que éste se convierte en propietario. Si en cambio negamos esa personalidad diremos que la unidad pasará conformar un condominio integrado en partes indivisas por todos los copropietarios que componen este consorcio.

El tema surge a raíz de la importancia que tiene para el notario, frente al silencio de la ley, conocer la jurisprudencia y doctrina existente en este sentido, a fin de resolver los problemas que se le presentan en la redacción de los actos requeridos, particularmente en los reglamentos de copropiedad y administración, en los casos de adquisición de unidades por parte del edificio o del consorcio, o en el otorgamiento de poderes a favor del administrador, siendo el notario en su función calificadora, quien debe tomar posición sobre el tema, teniendo en cuenta la doctrina y jurisprudencia imperantes.

46 BARRIVIERA, Natalia Lorena y GUIDA, María Eva. La personalidad del consorcio de propietarios en la jurisprudencia de los últimos veinte años. Revista Notarial del Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires número 950. P. 249.

2. Posturas doctrinarias en uno y otro sentido:

Postura que reconoce al consorcio como persona jurídica independiente de los copropietarios:

Sostiene que el consorcio es una persona de existencia ideal, aun cuando algunos hablan de “personalidad restringida” o “limitada” a la realización de los actos indispensables para la defensa, uso y goce de los intereses comunes.⁴⁷

El comienzo de la existencia de esta persona, según los sostenedores de esta postura, está dado por la redacción e inscripción del Reglamento de Copropiedad y Administración en el Registro de la Propiedad, que será en adelante su estatuto regulador.

Quienes sostienen la teoría contraria critican esta afirmación al decir que es incorrecta, por cuanto la inscripción del Reglamento de Copropiedad origina el estado de propiedad horizontal, pero no el nacimiento de los diversos derechos de propiedad horizontal que coexistirán en el inmueble, cuyo nacimiento solo operará al cumplirse los requisitos comunes exigidos por el Código (título y modo).⁴⁸

A favor de la admisión de la personalidad del consorcio se esgrimen los siguientes argumentos:⁴⁹

- Tiene capacidad ya que puede ad-

quirir derechos y contraer obligaciones. Así por ejemplo mencionan que cuando el administrador contrata la provisión de materiales o la reparación de servicios, no lo hace a nombre de los propietarios individualmente, sino a nombre del consorcio.

- Tiene domicilio en el edificio donde se encuentra constituido.

- Tiene patrimonio, conformado por las sumas recaudadas en concepto de expensas comunes y el fondo de reserva y los intereses cobrados por la mora.

- La propia ley I3.512 admite que el consorcio accione contra uno de los copropietarios en caso de violación a las prohibiciones del artículo 6; como así también que un propietario demande al consorcio, por ejemplo reclamando el reintegro de gastos hechos en ausencia del administrador.

Cabe mencionar, por último, que la misma postura tampoco es pacífica entre quienes la sostienen, ya que dentro de sus defensores están quienes se enrolan en la idea de que la misma es AMPLIA y extensiva a todos los negocios o actos jurídicos en que el consorcio pudiera verse comprometido; y quienes sostienen en cambio que la misma es LIMITADA al cumplimiento del objeto propio de consorcio.

Postura que niega al consorcio como persona jurídica independiente de los copropietarios:

47 MARIANI DE VIDAL, Marina. Ob. Cit. Nota 27. Pág. 277.

48 MARIANI DE VIDAL, Marina. Ob. Cit. Nota 27. Pág. 278.

49 AREAN, Beatriz. Ob. Cit. Nota 28. P. 624.

La tesis negativa de la personalidad argumenta que el consorcio no existe como ente diferenciado de sus componentes, con aptitud de contraer derechos y obligaciones. Ello se revela en el hecho de que el régimen de mayorías establecido por la ley 13.512 no implica la supresión de los derechos de los copropietarios sobre las partes exclusivas y comunes.

Por otro lado, de ningún artículo de la ley surge que los copropietarios hayan delegado en persona alguna la expresión patrimonial de su derecho.⁵⁰

Esta corriente esgrima además los siguientes argumentos:⁵¹

- La ley 13.512 menciona en todo momento a los propietarios. Se desprende de ello que para la ley el administrador representa a los propietarios y no al consorcio.
- La ley 13.512 no le ha reconocido personalidad.
- El consorcio carece de patrimonio propio. No es titular de derechos, por cuanto los mismos permanecen en cabeza de los titulares de la propiedad horizontal.

3. Análisis de casos de jurisprudencia de los últimos años de las distintas teorías sobre su naturaleza jurídica:

Una vez mencionados y analizados las posturas doctrinarias, consideramos, a los efectos de completar el análisis de las mismas en este trabajo, realizar una recopilación

de los casos de jurisprudencia que en los últimos años se han expedido al respecto, y que han dado fundamento y nacimiento a las teorías doctrinarias.

Dividiremos así a la jurisprudencia entre aquella que recepta la teoría que niega la personalidad jurídica del consorcio y aquella que la reconoce, para una mayor claridad expositiva.

a) Jurisprudencia que recepta la teoría que niega la personalidad del consorcio

• CNCiv., Sala A, junio 5 de 1984, “Consortio de propietarios Marcelo T. de Alvear 1275/77 c/ Arminfé S.A”. ED. Tomo 120, pag. 405.

Puntos sobresalientes:

- Es impropio calificar al consorcio como una persona jurídica. El único modo de explicar por qué los copropietarios deben ejercer las acciones y derechos a través del representante del consorcio, es declinar la pretendida personalidad y entender que cuando la ley alude al consorcio de copropietarios no lo hace para atribuirle el carácter de entidad que tiene capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones distinta a los integrantes de ella, sino más bien se refiere al conjunto de copropietarios sometido a un específico o particular modo de conservar y administrar las cosas comunes.

50 MARIANI DE VIDAL, Marina. Ob. Cit. Nota 27. Pág. 253.

51 AREAN, Beatriz. Ob. Cit. Nota 28. P. 623.

- Cada propietario es dueño exclusivo de su propio departamento y copropietario sobre el terreno y sobre todas las cosas de uso común. Las demandas de los copropietarios o contra ellos, deben tramitarse con su representante legal y exclusivo, debidamente autorizado, previa deliberación de los copropietarios por mayoría de votos. Aunque esa autorización atañe a las relaciones internas de la comunidad, la falta o insuficiencia de la misma, no impide que los terceros se prevalengan del carácter de mandatario que tiene el representante, que por ser exclusivo, es contra quien debe accionar.

- El consorcio no es titular de un crédito por lo vicios que provocaron daños en partes comunes del edificio, sino que ese crédito pertenece a los copropietarios, condóminos en partes comunes, conforme la proporcionalidad establecida por el artículo 3, párrafo 2, de la ley 13.512.

- Parecería un exceso decir que el consorcio, como sujeto (como persona jurídica distinta de los copropietarios que lo componen), ha contratado alguna vez con la empresa constructora que edificó y vendió las unidades. Más bien fueron los adquirentes originarios quienes contrataron individualmente con esa sociedad, y por efecto propio. Si accionan a consecuencia de daños producidos en razón de vicios redhibitorios que afectan partes comunes, están haciéndolo en defensa de un interés propio. No hay un consorcio como persona interpuesta.

- Consulta al Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, publicada en Revista Notarial número 937, año 2000, pág. 907. Dictamen del notario Jorge E. Dumont.

Puntos sobresalientes:

- El consorcio de copropietarios carece de personalidad para adquirir inmuebles. Por esta razón, la escritura que se autorice no será inscripta en el Registro de la Propiedad.

- La personaría que le han reconocido algunos tribunales obedece a la necesidad de facilitar la defensa de los intereses de los consorcistas.

b) Jurisprudencia que recepta la teoría que sostiene la personalidad jurídica restringida del consorcio

- CNCiv., Sala C, diciembre 23 de 1992, “Consortio de propietarios Av. Rivadavia 1611/13 c. Consortio de propietarios de Av. Rivadavia 1615/1617”. JA. 1993, tomo D, pag. 481.

Puntos sobresalientes:

- La capacidad del consorcio de propietarios no va más allá de la necesaria para realizar todos aquellos actos que se relacionan con el manejo de las cosas comunes y con la atención satisfactoria de las necesidades e intereses de los copropietarios, derivados de la peculiar naturaleza del derecho real que les corresponde sobre sus unidades privativas y las cosas comunes. Esa capaci-

dad abarca las facultades necesarias para el cumplimiento, uso y defensa de los intereses comunes frente a terceros y consorcistas.

- El sujeto pasivo de la acción de nulidad de lo resuelto por la asamblea es el consorcio de propietarios.

- La acción de impugnación de las asambleas o las decisiones deben ser dirigidas contra el consorcio de propietarios y no contra uno de sus integrantes, que se limita a ejecutarlos.

- El consorcio posee personalidad jurídica para el ejercicio de derechos relacionados con la subsistencia, conservación y funcionamiento del mismo, como lo es el cobro de un crédito proveniente de la utilización de una pared divisoria o ser demandado por deuda de medianería.

- El consorcio, ya sea en calidad de persona jurídica o de conjunto de derechos comunes, posee legitimación activa o pasiva para intervenir en proceso por cobro de medianería.

- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala H, mayo 29 de 2001, “Consortorio de propietarios Pichincha II39/41 c. Pekarek, Ricardo C.”, LL. 2002 B, pág. 360.

Puntos sobresalientes:

- Es procedente la excepción de falta de legitimación pasiva deducida contra la demanda de daños y perjuicios iniciada por un consorcio contra el propietario de una de las unidades del edificio vecino, pues la titularidad activa y pasiva de las relaciones jurídicas que tienen por motivo, objeto o

causa al muro divisorio, corresponde al consorcio, a quien se le ha reconocido una personalidad restringida a los fines de la administración y gobierno de las partes comunes.

- El consorcio es el guardián de determinadas cosas comunes del edificio, especialmente de aquellas cuya administración, reparación, conservación, buen funcionamiento y correcto servicio y seguridad, se encuentran a su cargo.

- El consorcio está obligado a reparar las deficiencias existentes en una parte común (artículo 8, ley I3.512) y también los daños que sean consecuencia directa e inmediata de la falta de tal reparación, en la medida que resulten acreditados. En este caso, al tratarse de una pared medianera, las obligaciones pesan, en principio, sobre ambos consorcios, en tanto no se demuestre la responsabilidad exclusiva de uno de ellos.

- Consecuentemente, la titularidad activa y pasiva de las relaciones jurídicas que tengan por motivo, objeto o causa al muro divisorio, corresponde al consorcio de propietarios, al cual se le ha reconocido una personalidad restringida a los fines de la administración y gobierno de las partes comunes.

c) Jurisprudencia que recepta la teoría que sostiene la personalidad jurídica amplia del consorcio

- Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, noviembre 21 de 2001, “Tinnirello, Enrique E. c. Consortio

de propietarios calle 69-690”, La Ley Buenos Aires 2002, pág. 777.

Puntos sobresalientes:

- Aunque la ley no lo establece expresamente, hoy debe considerarse *ius receptum* la doctrina que sostiene que el consorcio de propietarios tiene personalidad jurídica distinta de cada uno de sus componentes, siendo la jurisprudencia pacífica al respecto.

- El consorcio posee los atributos típicos de toda persona jurídica: a) sus órganos de gobierno (el administrador y la asamblea de propietarios); y b) su patrimonio propio distinto del de cada uno de sus integrantes.

- Los propietarios se desprenden en la figura de muchos de sus derechos sobre los bienes comunes a favor del consorcio. Todo ello crea una *volunta común*, el consorcio de propietarios, como una especie de depositario de las cosas comunes, y aun en ciertos casos, como titular del derecho de propiedad sobre bienes de esta especie.

- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala E, mayo 26 de 2003 “Compañía General Inmobiliaria S.A c. Consorcio de propietarios Av. Santa Fe 1954/74 y otro”. La Ley 2004-B, pág. 339.

Puntos sobresalientes:

- Es procedente la adquisición por parte del consorcio de propietarios del dominio de una unidad funcional por usucapión, con la intención de otorgarle el carácter de cosa de uso común.

- Cámara Nacional Civil, Sala H, agosto 21 de 2002. “Lagrecra, Miguel A. V. Con-

sorcio Avenida Rivadavia 6356”, JA. 2003, tomo IV, pág. 816.

- El consorcio de propietarios debe considerarse una persona jurídica en los términos del artículo 33 del Código Civil, capaz de contraer obligaciones y adquirir derechos, con nombre, domicilio y patrimonio propio e independiente del de los consorcistas.

- Frente a la ejecución de una sentencia con condena contra el consorcio no se puede dirigir la ejecución contra los consorcistas, quienes resultan subsidiariamente responsables y responden por partes iguales, sin perjuicio de repartir luego la deuda en la proporción asignada por el pago de expensas comunes.

4. Nuestra opinión:

En vista al tratamiento de nuestra temática, resulta forzoso adoptar una posición. Diremos entonces que en todos nuestros razonamientos consideramos al consorcio como una persona jurídica con plena personalidad, reafirmando así la ponencia que por nuestra Delegación presentáramos en las XXXIII Jornada Notarial Bonaerense.

Todo lo que es reafirmado por:

- La Disposición Técnico Registral I4/2010 que en su artículo 35 dice “El Consorcio de Propietarios del régimen de Propiedad Horizontal, en su calidad de sujeto de derecho con personalidad restringida para los fines de su constitución,

es susceptible de ser titular dominial de inmuebles enajenados a su favor, siempre que lo sea en cumplimiento, uso y defensa de intereses comunes, siendo los mismos calificados por el Notario Autorizante del acto y/o el Juez, dejándose debida constancia de ello en los respectivos instrumentos ingresados para su registración”.

- La XXXIII Jornada Notarial Bonaerense (Mar del Plata 2003) que afirmó en sus conclusiones del tema III de propiedad horizontal que “recepta la doctrina y la jurisprudencia mayoritaria que reconoce la personalidad jurídica al consorcio dentro de los límites de su funcionamiento como tal...”

- El XIII Congreso Nacional de Derecho Registral (Mendoza 2004) que afirmó en sus conclusiones del tema I propiedad horizontal que “el consorcio de propietarios de la ley 13.512 de propiedad horizontal es persona jurídica privada con ajuste a lo preceptuado por el art. 33, segundo párrafo apartado 2) del Código Civil. Como persona, el consorcio presenta los atributos inherentes a todas ellas: capacidad de derecho, nombre, domicilio y patrimonio”.

VI. EL ADMINISTRADOR

Se ha dicho ya, que la actual doctrina considera al administrador como un ejecutor de las decisiones de los consorcistas y lo considera no sólo un mero mandatario,

sino el representante legal del consorcio de copropietarios.

De igual forma se tiende a pactar en los reglamentos un sistema de administración que incluye un consejo de administración integrado por varios consorcistas que debidamente electos son un nexo entre los copropietarios y el administrador.

La Disposición Técnico Registral precitada exige en su artículo 15 que el administrador sea designado y acepte su cargo al momento del otorgamiento del reglamento de copropiedad y administración, ésta circunstancia nos parece una extralimitación registral ya que la ley nada dispone respecto de su aceptación en el instrumento constitutivo.

VII. DERECHO de SOBREELEVACION o SOBREEDIFICACION

Entendemos que es la facultad de de ampliar o construir nuevas unidades funcionales sobre un edificio existente y sometido al régimen de Propiedad Horizontal.

Al decir de Zanón Masdeu⁵², “por sobreelevación entendemos la facultad de construir nuevas plantas en un edificio ya existente”.

Este instituto será factible aplicación, en la medida que cumpla con las disposiciones administrativas vigentes, es decir que las construcciones existentes no hayan agotado la totalidad del volumen permitido o no se hayan superado las alturas máximas fijadas,

52 ZANON MASDEU, Luis. La propiedad de casas por pisos. Editorial Ariel. Barcelona. Pág.387.

que se haya previsto en la letra del Reglamento de Copropiedad y Administración o sin su previsión expresa, cuando cuente con la unanimidad de los copropietarios, fundamentada en su titularidad sobre el espacio aéreo y sobre el subsuelo.

Está constituido por dimensiones importantes, que permitan la constitución de una nueva unidad funcional que normalmente altera los porcentuales establecidos en el Reglamento de Copropiedad y Administración.

Disposiciones legales:

En primer término se hace necesario recurrir a la **legislación de fondo**.

Artículo 1327 Código Civil: *“Pueden venderse todas las cosas que pueden ser objeto de los contratos, aunque sean cosas futuras, siempre que su enajenación no sea prohibida”*.

Artículo 2518 Código Civil: *“La propiedad del suelo se extiende a toda su profundidad, al espacio aéreo sobre el suelo en líneas perpendiculares. Comprende todos los objetos que se encuentran bajo el suelo, como los tesoros y las minas, salvo las modificaciones impuestas por las leyes especiales sobre ambos objetos. El propietario es dueño exclusivo del espacio aéreo; puede extender en él sus construcciones, aunque quiten al vecino la luz, las vistas u otras ventajas; y puede también demandar la demolición de las obras del vecino que a cualquier altura avancen sobre ese espacio”*.

Artículo 2519 del Código Civil: *“Todas las construcciones, plantaciones y obras existentes en la superficie o en el interior de un terreno, se presumen hechas por el propietario del terreno, y que a él le*

pertenecen, si no se probare lo contrario”.

Artículo 2520 Código Civil: *“La propiedad de una cosa comprende simultáneamente la de los accesorios que se encuentran en ella, natural o artificialmente unidos”*.

Artículo 2521 Código Civil: *“La propiedad de obras establecidas en el espacio aéreo, que se encuentran sobre el terreno, no causa la presunción de la propiedad del terreno; ni la propiedad de obras bajo el suelo, como una cantera, bodega, etc., tampoco crea a favor del propietario de ellas una presunción de la propiedad del suelo”*.

Artículo 2523 Código Civil: *“Cualquiera que reclame un derecho sobre una cosa de otro, debe probar su pretensión, y hasta que no se dé esa prueba, el propietario tiene la presunción de que su derecho es exclusivo e ilimitado”*.

Ley 13.512:

Artículo 7º: *“El propietario del último piso no puede elevar nuevos pisos o realizar construcciones sin el consentimiento de los propietarios de los otros departamentos o pisos; al de la planta baja o subsuelo le está prohibido hacer obras que perjudiquen la solidez de la casa, excavaciones, sótanos, etc. Toda obra nueva que afecte el inmueble común no puede realizarse sin la autorización de todos los propietarios”*.

Ley 17.801:

Artículo 2: *“Son registrables los siguientes documentos: a) Los que constituyen, transmiten, modifican o extinguen derechos reales sobre inmuebles. b) Las medidas cautelares y sus levantamientos. c) Los demás establecidos por las leyes.”*

Tratamiento Registral:

Decreto 466/99, modificatorio del De-

creto 2080/80, (reglamentario de la Ley 17.801, para la ciudad Autónoma de Buenos Aires:

Artículo 115: *“No se tomará razón de documentos que modifiquen el reglamento de copropiedad y administración en lo referente a aspectos constitutivos de la propiedad horizontal cuando los mismos no fueran otorgados por todos los integrantes del consorcio. Si la modificación sólo implicare variación en la configuración de unidades funcionales determinadas, sin alteración de las proporciones en la copropiedad, será suficiente que el otorgamiento del documento modificatorio se efectúe con la intervención de los titulares de las unidades comprendidas, si así se hubiese previsto en el reglamento de copropiedad y administración”.*

Artículo 116: *“En todos los casos si las unidades afectadas por la modificación estuvieren hipotecadas, en el documento deberá consignarse el consentimiento del acreedor”.*

Disposición Técnico Registral 14/2010 de la Provincia de Buenos Aires:

Art. 37 - Será objeto de registración y dentro del rubro destinado a la descripción del inmueble, la sola mención de la reserva al derecho a sobreelevar, la que puede resultar del Reglamento de Copropiedad y Administración o de escritura pública posterior otorgada por unanimidad de los consorcistas.

Art. 38 - Las relaciones jurídicas derivadas del comercio del derecho a sobreelevar, no serán objeto de inscripción hasta la configuración jurídica definitiva de la cosa inmueble, de acuerdo a la modificación del Reglamento correspondiente y previo

cumplimiento del artículo 6º, Decreto Nº 2489/1963.

Como se deduce de la normativa registral transcripta, se da el mismo tratamiento a las unidades en construcción, que al derecho a sobreelevar.

No consideramos que tal enfoque clarifique la situación, muy por el contrario la opaca. Si bien ambas responden al rótulo “obra nueva”, en los hechos refieren a situaciones distintas.

De prescripción normativa del derecho de fondo, deriva la prohibición de sobreelevar para el propietario del último piso, y obviamente para cualquier otro, salvo cuando exista **unanimidad** de los copropietarios de las unidades funcionales o cuando se hizo **reserva** expresa de tal facultad en el Reglamento de Copropiedad y Administración.

La previsión expresa puede hacerse:

a) Como reserva del propietario original del inmueble.

b) Como facultad de los integrantes del consorcio para construir por administración.

c) Como facultad accesoria del titular de unidades funcionales.

d) Como concesión a un tercero.

Resulta a nuestro criterio, de trascendental análisis cada uno de los supuestos, ya que los mismos conducen a conceptualizaciones diversas de los derechos allí existentes, que constituirán el presupuesto de nuestra ponencia.

Veamos, es criterio mayoritario en fuente doctrinaria la sobreelevación constituye un derecho de carácter personal sólo aplica-

ble en el sistema de propiedad horizontal, ya que si lo utilizamos fuera de este marco normativo implicaría la constitución del derecho de superficie, prohibido por nuestro codificador. Fundamenta esta postura, el principio que los derechos reales sólo pueden ser creados por ley, y no esta comprendida en el sistema del Código Civil, artículos 2502 y 2503.

De considerarse así, sólo puede transmitirse por cesión. Se formaliza a través de un contrato atípico que regula los derechos y obligaciones de las partes para la ejecución de la obra.

Es título causal para la transmisión de dominio por la renuncia al ejercicio del derecho de accesión que tienen los demás copropietarios del edificio y sólo se hace efectivo una vez terminada la obra. En esta postura se enrolan: Gutierrez Zaldivar⁵³ al decir: “el dominio sólo se constituye por acto material, no puede constituirse por contrato, se puede constituir por la entrega de la cosa con ánimo de transferir el dominio en la tradición, por los actos posesorios, los actos materiales del dueño realizados sobre la cosa en la prescripción, los actos materiales de incorporación en la cesión, al acto material en la aprehensión corporal de la cosa, en la ocupación”. Agregando, “para que se puedan constituir derechos

reales es preciso que las cosas existan materialmente, y el supuesto que analizamos se trata de una cosa futura sobre la que solo se pueden constituir obligaciones o derechos personales”.

Igual postura sostienen Oscar Sarubo, Adriana Abella y Raúl Navas (h)⁵⁴, “El derecho que emana de la reserva reviste el carácter personal, dado que el ámbito físico en el cual se desarrollará, el espacio aéreo, si bien es susceptible de tener un valor económico no constituye una cosa con carácter autónomo susceptible de ser objeto de un derecho de propiedad individual y exclusivo hasta tanto no esté terminada y constituya una unidad autónoma o no sea material y jurídicamente anexada a una unidad existente mediante la reforma del Reglamento de Copropiedad y Administración”.

Fontova⁵⁵, agrega: “la autorización para el ejercicio del derecho de sobreelevar escapa al ámbito de los derechos reales y encuadra en el de las obligaciones. Para que configure un derecho real, habría que encuadrarlas en el derecho de superficie y en virtud del artículo 2502 del Código Civil en consecuencia sólo vale como constitución de derechos personales”.

Coincidente criterio se adoptó por dictamen mayoritario en las XXV Jornada Notarial Bonaerense, año 1983.⁵⁶

53 GUTIERREZ ZALDIVAR. La venta de aire del espacio aéreo. El derecho de superficie. Los derechos reales suprimidos. La Ley. 1977-D, pág.731.

54 NUTA, Ana R-ABELLA, Adriana-SARUBO, Oscar-NAVAS, Raúl.F y otros. Curso de Derecho Notarial. Editorial Ad-Hoc. Bs.As.1999. pág.292.

55 FONTOVA, Francisco.L.J. Dinámica del Reglamento de copropiedad y administración. Revista del Notariado. Año 1963. Nro.684, pág.1101.

56 XXV Jornada Notarial Bonaerense. Tema I. Revista Notarial. 871, págs.1751/1753.

Al enrolarse en esta postura, se deduce que el derecho de sobreelevar recibe el tratamiento de los derechos personales, es decir se transmite por contrato de cesión conforme a lo dispuesto por el artículo 1184 inciso 9 y 10 del Código Civil, la forma será la escritura pública, rigiendo el artículo 1185 del mismo cuerpo legal. Al no existir registro específico, no serían susceptibles de inscripción. El derecho no sería oponible a terceros, y una vez finalizadas las unidades funcionales, para llegar a ser propietario de las mismas, deberá mediar tradición y otorgamiento de instrumento público de enajenación. Su prescripción se operarí a los diez años.

Sin embargo es de notar que varios autores que suscriben este criterio, lo hacen a medias, ya que refieren a la necesidad de su inscripción marginal en el Folio Real en el momento de inscribirse el Reglamento de Copropiedad y Administración, para asegurar la publicidad respecto de terceros y sostienen que su ejercicio no es prescriptible. La DTR 4/1984 dio luz a esta necesidad, considerando a este derecho personal con relevancia real, aceptando su inscripción.

Contrasta a lo afirmado la posición doctrinaria en minoría que ubica al derecho a sobreelevar como una facultad emergente e integrante del derecho real de dominio. En el caso de la propiedad horizontal dicha facultad accesoria a los bienes comunes

pertenece a todos los titulares de las unidades funcionales.⁵⁷

Para Pierre Poirier⁵⁸, “si no se cede al adquirente una fracción de terreno al mismo tiempo que el derecho de sobreelevar, éste sería sólo un superficiario”.

Este otro criterio conlleva las características propias del derecho real o sea la plena oponibilidad a terceros, su necesaria inscripción registral, su imprescriptibilidad.

Nosotros adherimos a una postura intermedia, en la que se ubica Romelio D. Fernandez Rouyet⁵⁹, “en este orden de ideas y a, *contrario sensu*, se nos ocurre establecer una distinción de quien sea el titular del derecho de sobreelevación.

Esto es, si el autorizado es una persona determinada ya sea el titular originario, que aún por reglamento se reservó el derecho de sobreelevación o un tercero no titular al que el consorcio por unanimidad le concede la autorización o si por el contrario el autorizado es el titular de una unidad funcional, o que este derecho surja del reglamento originario o por una modificación posterior al mismo, adoptada por unanimidad.

En el primer supuesto, sin lugar a dudas, al adoptar nuestro Código el *numerus clausus* (art.2502 del C.C.) y no estar previsto el derecho real de superficie o al decir de ZANON MASDEL, derecho real de edificación, nos encontramos dentro del campo obligacional. El derecho no sería oponible a

57 Ob.Cit. Nota anterior.

58 POIRIER PIERRE. La propiedad horizontal. Condominium. Bs.As. 1955. Pág.49.

59 FERNANDEZ ROUYET, Romelio D. El espacio aéreo en la propiedad horizontal. Sobreelevación. Revista Notarial. 873, pág. 451.

terceros y una vez finalizadas las unidades funcionales, como veremos más adelante, para llegar a ser propietario de las mismas, deberá mediar tradición y otorgamiento de instrumento público de enajenación.

En la segunda hipótesis, esto es, que el titular del derecho de sobreelevación sea a su vez dueño de una unidad funcional, estimamos que la situación es distinta. No habría separación neta entre el dominio útil y directo, pues el autorizado es copropietario del terreno y de la facultad que le conceden. Sin entrar a dilucidar el arduo tema de si adquiriría el carácter de real o personal, entendemos que la oponibilidad del derecho y las garantías son superiores a las del primer supuesto. En principio los sucesores a títulos singulares o universales deben reconocer este derecho, porque, como la doctrina entiende, el Reglamento opera como contrato de adhesión". Postura adoptada por dictamen minoritario en las XXV Jornada Notarial Bonaerense, año 1983.-

Luego de lo analizado nuestra postura es la siguiente:

En materia de derecho de sobreelevación dentro del régimen de propiedad horizontal, se deben tener en cuenta: la forma de su constitución, en cabeza de quien recae el derecho, lo que determinará su condición y forma de disposición.

El Reglamento de Copropiedad y Administración, puede prever la existencia de derecho de sobreelevar. Si nada dice el mismo, la posibilidad de su existencia queda reservada a la totalidad de los copropietarios atento su titularidad sobre el espacio aéreo, con la consiguiente modificación unánime

del Reglamento de Copropiedad y Administración.

Como lo expresamos al inicio de este título, efectuada la previsión en forma expresa puede resultar:

- a) Como reserva del propietario original del inmueble.
- b) Como facultad de los integrantes del consorcio para construir por administración.
- c) Como facultad accesoria del titular de unidades funcionales.
- d) Como concesión a un tercero.

En los supuestos a) Si el mismo no es condómino del edificio, generalmente el constructor del edificio, b) y d) se ve claramente la existencia de un derecho personal, que solo podrá transmitirse por cesión hasta tanto se den por finalizadas las obras, se las de alta por medio de plano de mensura, se modifique el Reglamento de Copropiedad y Administración, ajustando los porcentuales correspondientes.

La reserva o la concesión es el título causal necesario para que el sujeto titular de la reserva o el concesionario, adquiera la propiedad de las unidades privativas incorporadas por sobreelevación. El modo quedará cumplido con la tradición que se verifique a favor de los sujetos activos con más el otorgamiento de instrumento público de enajenación.

No pudiendo ser conceptuado el derecho a sobreelevación como un derecho real autónomo, y en la concepción del derecho real de propiedad horizontal con una sistemática propia, a las que no le caben la aplicación estricta de las normas del dominio y

del condominio, siendo esencialmente funcional, como ya lo explicamos, cabe pensar en una redistribución del mismo y creación de nuevas partes exclusivas conforme a la unanimidad de autorizaciones de los condóminos y consecuente reforma estatutaria, cuando el autorizado sea uno de los titulares de una de las unidades funcionales existentes.

En el supuesto c) no vemos la división entre el dominio útil y el dominio directo del inmueble, lo que sí se refleja en el resto de los supuestos. La situación del dueño de una unidad funcional es distinta. En este caso, considerando al derecho de sobreelevación como accesorio al de propiedad horizontal, una vez finalizadas las obras, modificado el respectivo plano y Reglamento de Copropiedad y Administración, *el acto jurídico a efectuarse no resulta ser traslativo sino meramente declarativo.*

La distribución de proporciones al incorporarse nuevas unidades privativas al régimen horizontal, no constituye en este caso, una transferencia de partes comunes en forma separada de dichas unidades privativas a las que acceden.

En todos los supuestos el contrato de sobreelevación deberá determinar, los volúmenes a edificar, la ubicación, el tipo de materiales a utilizar, responsable de los gastos, el límite fijado para la sobreelevación, la contratación de un seguro, porcentuales que se asignarán a las nuevas unidades y la autorización para modificar el plano de propiedad horizontal, el apoderamiento para el otorgamiento de la escritura de modificación de reglamento y de transmisión

o declaración, dado el caso, de dominio de la superficie incorporada, con la renuncia de los copropietarios a favor del titular del derecho sobre la parte común de la obra nueva.

Cláusulas sugeridas :

I) “DERECHO DE USO Y GOCE DEL ESPACIO AÉREO Y SOBREELEVACIÓN DE LAS CONSTRUCCIONES POR EL TITULAR DE LA UNIDAD FUNCIONAL UNO:Al titular o titulares de la unidad funcional uno les queda reservado el derecho de uso y goce exclusivo del espacio aéreo de todo el edificio por treinta años a contar desde hoy, en forma gratuita y sin cargo. Este derecho podrá ser ejercido en cualquier forma que sea jurídicamente posible, especialmente explotando los espacios comercialmente y sobreelevando las actuales construcciones. El ejercicio de este derecho queda subordinado, además, a las siguientes condiciones especiales: a) El mismo es de carácter irrevocable para el consorcio de copropietarios y las construcciones que se lleven a cabo no deberán contar en modo alguno con la conformidad previa de ningún tipo por parte del consorcio. b) Estarán a cargo de los nombrados todos los impuestos, tasas, gastos administrativos y honorarios que las obras impliquen, estando especialmente incluidas las modificaciones del plano de obra municipal, las ratificaciones del plano de propiedad horizontal y las modificaciones que deban efectuarse

en este reglamento. c) Los bienes del edificio que resulten ser comunes en el sector a construirse, pasarán a ser propiedad común sin obligación de compensación alguna por parte del consorcio. d) Las obras a ejecutar deberán ajustarse en un todo a las características de calidad de lo existente y ser realizadas de acuerdo con el buen arte y las normas que rijan la materia. En caso de discrepancia se considerará que no habrá perjuicio para los demás copropietarios si el o los nuevos proyectos de construcción se sujetan a las normas citadas. e) Los titulares de este derecho podrán disponer libremente y a cualquier título de todas y cada una de las unidades singulares cuya alta obtengan conforme con las disposiciones mencionadas, luego de su incorporación al consorcio mediante la pertinente escritura ampliatoria de este reglamento. Ningún acuerdo o conformidad previa del consorcio será necesario para ello. f) Las unidades de propiedad exclusiva a construirse, cuya alta se produzca conforme con las disposiciones legales pertinentes, quedarán incorporadas al consorcio con la correspondiente inclusión en este reglamento. Solamente y a partir de ese momento quedarán equiparadas a las demás unidades existentes con la plenitud del ejercicio de los derechos y obligaciones que confiere la ley 13512, sus reglamentaciones y este reglamento. g) Quedan exentos los nombrados del pago de cualquier importe en concepto de expensas comunes mientras las nuevas unidades no se encuentren totalmente construidas y habilitadas. h) Estarán a cuenta y cargo de los titulares los impues-

tos, tasas y contribuciones que graven lo que se construya. i) Los nombrados serán responsables de todo daño, desperfecto o deterioro que las obras a ejecutar ocasionen a lo construido y habilitado, ya sean unidades singulares o bienes comunes, y deberán proceder a su reparación y restauración inmediata. El consorcio se obliga a facilitar a los nombrados la entrada de los materiales y personal que sean necesarios para llevar a cabo las obras, a permitir la utilización de escaleras y espacios comunes y la instalación de todo lo que sea menester para las construcciones a realizarse, como montacargas, máquinas y demás implementos a emplearse en las obras. Queda aclarado que las obras podrán incluir el refuerzo de los cimientos y columnas o su reemplazo y el cambio de las partes de los techos que fuera necesario. j) Las obras proyectadas podrán ser ejecutadas directamente y bajo la responsabilidad de los nombrados o por estos, asociados a terceros. k) Los titulares podrán ceder este derecho en la forma y por el título que resulte más conveniente a sus intereses. l) **En virtud de la reserva formulada, los porcentuales de dominio aquí fijados para cada una de las unidades de propiedad exclusiva tendrán el carácter de provisorios y seguirán teniendo ese carácter hasta tanto los titulares de este derecho no finalicen las construcciones de todo lo que proyecten. En el caso de que el o los titulares de la unidad funcional uno, enajenaran parte o la totalidad de la misma, antes del uso total de su derecho de sobre elevación o de la finalización del plazo**

establecido en esta cláusula, los derechos que aquí le son reservados continuarán en cabeza de las personas de los titulares o exclusivamente del señor xxxxxxxx, según así él lo disponga, sin ninguna restricción, en su carácter de constructor. **PODER ESPECIAL IRREVOCABLE A FAVOR DEL TITULAR O TITULARES DE LA UNIDAD FUNCIONAL UNO. Xxxxxxxx PODER::** Como consecuencia y en virtud de los derechos que se reservan el o los propietarios de la unidad uno en las cláusulas anteriores, los futuros titulares de dominio deberán, en oportunidad de la firma de la escritura traslativa de dominio a su favor, **OTORGAR UN PODER ESPECIAL, IRREVOCABLE POR EL PLAZO NE ESARIO PARA LA REALIZACIÓN DE LOS DERECHOS QUE AQUÍ SE RESERVAN, A SU FAVOR,** para que en su nombre y representación y actuando en forma indistinta, **OBTENGAN LA APROBACIÓN PARCIAL Y DEFINITIVA DE LOS NUEVOS PLANOS DE OBRA Y DE SUBDIVISIÓN, MODIFIQUEN, EN CONSECUENCIA, ESTE REGLAMENTO Y LLEVEN A CABO TODOS LOS TRÁMITES QUE FUERAN NECESARIOS PARA EJERCER Y ASEGURAR LOS DERECHOS MENCIONADOS.** Al efecto, podrán presentarse ante cualquier autoridad competente con las más amplias facultades posibles; especialmente, retirar de la Dirección de Geodesia y Catastro Territorial de esta provincia el plano de propiedad horizontal para su respectiva

modificación, presentar escritos, escrituras y cualquier otro documento que se le exija; firmar declaraciones juradas, solicitar inspecciones parciales de obra y sus finales y el alta de las unidades a construirse; otorgar la o las escrituras de modificación y ampliación del presente reglamento, incorporando al mismo las unidades cuya alta fuere dada por la autoridad competente, complementando, modificando y correlacionando los artículos respectivos en cuanto ello sea procedente, especialmente en el enunciado o enumeración de los bienes comunes y en la fijación de los porcentuales de dominio de cada unidad funcional de propiedad exclusiva, y también aquellas que fueran necesarias para la anexión de las construcciones linderas al consorcio de acuerdo con la cláusula anterior. **Podrá, asimismo, fijar nuevos porcentajes de dominio y para la contribución de expensas,** teniendo en cuenta equitativamente el real uso de las cosas y de los servicios comunes por parte de los copropietarios, basándose en la equidad. Este poder se otorga con exención de rendir cuentas y en los términos de los artículos 1977, 1980, 1982 y concordantes del Código Civil. Aun cuando este poder no fuera otorgado en la oportunidad correspondiente, la aceptación de este reglamento implicará dicho otorgamiento

2) Cláusula sugerida en caso de consorcio integrado por dos unidades funcionales: DERECHO DE USO Y GOCE DEL ESPACIO AÉREO Y SOBREELEVACIÓN DE LAS CONSTRUCCIONES

POR EL O LOS TITULARES DE LAS UNIDADES UNO Y DOS: “Al titular o titulares de la Unidad Funcional Uno y Dos, desde la parte correspondiente a cada unidad, les queda reservado el derecho de uso y goce exclusivo del espacio aéreo a perpetuidad, en forma gratuita y sin cargo, con el objeto de ampliar la mencionada Unidad existente, con las superficies reglamentarias **que no excedan el máximo permitido por la autoridad administrativa dentro de los límites de los valores FOT y FOS y de acuerdo a los normas municipales vigentes, aprobado por la autoridad competente, respetando el aspecto arquitectónico del edificio y con destino a vivienda.** Este derecho podrá ser ejercido en cualquier forma que sea jurídicamente posible, especialmente explotando los espacios y sobrelevando las actuales construcciones. El ejercicio de este derecho por parte de los mencionados queda subordinado, además, a las siguientes condiciones especiales: a) El mismo es de carácter irrevocable para el consorcio de copropietarios y las construcciones que se lleven a cabo no deberán contar en modo alguno con la conformidad previa de ningún tipo por parte del consorcio. b) Estarán a cargo de los nombrados todos los impuestos, tasas, gastos administrativos y honorarios que las obras impliquen, estando especialmente incluidas las modificaciones del plano de obra municipal, las ratificaciones del plano de propiedad horizontal y las modificaciones que deban efectuarse en este reglamento. c) Los bienes del edificio que resulten ser comunes en el sector

a construirse, pasarán a ser propiedad común sin obligación de compensación alguna por parte del consorcio. d) Las obras a ejecutar deberán ajustarse en un todo a las características de calidad de lo existente y ser realizadas de acuerdo con el buen arte y las normas que rijan la materia. En caso de discrepancia se considerará que no habrá perjuicio para los demás copropietarios si el o los nuevos proyectos de construcción se sujetan a las normas citadas. e) Los titulares de este derecho podrán disponer libremente y a cualquier título de todas y cada una de las unidades singulares cuya alta obtengan conforme con las disposiciones mencionadas, luego de su incorporación al consorcio mediante la pertinente escritura ampliatoria de este reglamento. Ningún acuerdo o conformidad previa del consorcio será necesario para ello. f) Las unidades de propiedad exclusiva a construirse, cuya alta se produzca conforme con las disposiciones legales pertinentes, quedarán incorporadas al consorcio con la correspondiente inclusión en este reglamento. Solamente y a partir de ese momento quedarán equiparadas a las demás unidades existentes con la plenitud del ejercicio de los derechos y obligaciones que confiere la ley 13512, sus reglamentaciones y este reglamento. g) Quedan exentos los nombrados del pago de cualquier importe en concepto de expensas comunes mientras las nuevas unidades no se encuentren totalmente construidas y habilitadas. h) Estarán a cuenta y cargo de los titulares los impuestos, tasas y contribuciones que graven lo que se construya. i) Los nombrados serán

responsables de todo daño, desperfecto o deterioro que las obras a ejecutar ocasionen a lo construido y habilitado, ya sean unidades singulares o bienes comunes, y deberán proceder a su reparación y restauración inmediata. El consorcio se obliga a facilitar a los nombrados la entrada de los materiales y personal que sean necesarios para llevar a cabo las obras, a permitir la utilización de escaleras y espacios comunes y la instalación de todo lo que sea menester para las construcciones a realizarse, como montacargas, máquinas y demás implementos a emplearse en las obras. Queda aclarado que las obras podrán incluir el refuerzo de los cimientos y columnas o su reemplazo y el cambio de las partes de los techos que fuera necesario. j) Las obras proyectadas podrán ser ejecutadas directamente y bajo la responsabilidad de los nombrados o por éstos asociados a terceros. k) Los titulares podrán ceder este derecho en la forma y por el título que resulte más conveniente a sus intereses. l) En virtud de la reserva formulada, los porcentuales de dominio aquí fijados para cada una de las unidades de propiedad exclusiva tendrán el carácter de provisorio y seguirán teniendo ese carácter hasta tanto los titulares de este derecho no finalicen las construcciones de todo lo que proyecten. **PODER ESPECIAL IRREVOCABLE A FAVOR DEL TITULAR O TITULARES DE LA UNIDAD FUNCIONAL UNO Y DOS.**⁶⁰

VIII. CONCLUSIÓN

Enseñaba Demolombe: “Interpretar es describir, dilucidar el sentido exacto y verdadero de la ley. No es cambiar, modificar, innovar; es declarar, reconocer”.

El hombre naturalmente evoluciona y sus necesidades socio-culturales cambian día tras día.

La ley Nacional 13.512 ha venido con sus veinte escasos artículos no sólo cubriendo las necesidades por las cuales fue ideada, o sea la escasez de vivienda, sino además ha servido de marco regulatorio de nuevas figuras jurídicas.

La admisión de lagunas en el derecho conlleva el problema de su integración, y a este respecto las respuestas generalmente pasan por la analogía, la equidad, los valores y los principios generales del derecho. Merecería con creces, sin duda alguna, el derecho real de propiedad horizontal integrar definitivamente la nómina del artículo 2503 del Código Civil.

En un sistema de raigambre continental como el nuestro, el apego al texto de la ley resulta imprescindible en función de mantener la seguridad jurídica tan preciada. Su merecido aporte, en el ámbito que nos detiene o sea regulación de la propiedad horizontal también lo han tenido la doctrina y la jurisprudencia como fuentes complementarias del derecho.

Cuando se nos propuso el tratamiento de este tema, nuestra primera reacción fue

60 Estos modelos nos fueron proporcionado gentilmente por el Not. Gastón di CASTELNUOVO. Asesor Jurídico nuestro Colegio.

decir: “mas de lo mismo”. Sin embargo, como en todo fenómeno jurídico que se aborda con pasión, **la pregunta lleva a la respuesta y la respuesta lleva a otra pregunta.**

Aquí la labor interminable del jurista —en nuestro caso notarios—, como la del novelista que escribe capítulo tras capítulo de su obra literaria.

Frente al auge de nuevos emprendimientos sometidos al régimen de la ley I35I2, no debemos admitir un crecimiento desordenado.

Creemos que la solución a la problemática planteada pasa por la interacción y discusión de políticas de desarrollo entre

organismos estatales, empresas privadas y entidades intermedias que permitan de una vez por todas modificar este cuerpo normativo para adecuarlo a la realidad que nos supera.

Al notariado en general se recomienda asesorar debidamente a su requirente en las características de la figura, ser cauto y mesurado en la redacción de los reglamentos de copropiedad y administración ya que de ellos depende en muchos de los casos prevenir conflictos..

NO ES BUENO QUE NOS LLAMEN “COPIADORES” PERO TAMPOCO LO PROVOQUEMOS.



TEMA IV: EL ROL DEL NOTARIO FRENTE A DIVERSAS SITUACIONES NEGOCIALES DE LA LEY DE ARRENDAMIENTOS Y APARCERÍAS RURALES (ley 13.246, texto ordenado por las leyes 21.452 y 22.298)

TRABAJO PRESENTADO POR LA DELEGACION LOMAS DE ZAMORA

AUTORES:

Not. María Leticia KRANNICHFELDT

Not. María de las MERCEDES RIVAS

EL ROL DEL NOTARIO EN LA CONTRATACION AGRARIA ACTUAL

PONENCIA

1) En la contratación agraria la autonomía de la voluntad de las partes está limitada por las normas de orden público que imperan en la materia y que están conformadas por las disposiciones previstas en la Ley de Arrendamientos y Aparcerías Rurales y por las normas ambientales, que en un todo inescindible configuran el “orden público agrario ambiental”.-

2) Los contratos accidentales sólo están excluidos de la ley de Arrendamientos y Aparcerías Rurales en cuanto no se les aplica el plazo mínimo legal pero quedan comprendidos en la demás disposiciones de orden público.-

3) No constituye una violación al **artículo 17 inciso c)** de la Ley de Arrendamientos y

Aparcerías Rurales, las especificaciones en los contratos sobre el modo en que deberá realizarse la producción o las técnicas que deberá utilizar el arrendatario o aparcero tomador, cuando estas estipulaciones tiendan al cuidado, preservación o recomposición del ambiente.

4) Una futura ley de contratos agrarios deberá incluir a todos los contratos y deberá distinguir entre grandes productores por un lado y pequeños y medianos productores por otro, incluyendo beneficios e incentivos a favor de estos últimos.

6) La inscripción registral de los contratos agrarios constituye un medio idóneo para lograr la oponibilidad frente a terceros por lo que se recomienda su práctica.

7) El notario debe reconocer interés suficiente para requerir constataciones, no sólo a las partes involucradas en la contratación sino a todo aquel que ostente al menos un interés difuso o pueda resultar afectado, en los términos del artículo 43 CN.-

8) Se deberá instar a la celebración de convenios con las autoridades con el fin de brindar la posibilidad a los afectados de acceder sin cargo a la obtención de pruebas de los actos que impacten negativamente en el Ambiente mediante la confección de actas notariales.

INTRODUCCION

La forma de producción rural ha evolucionado notablemente en las últimas décadas. Este cambio no ha sido acompañado por la legislación que rige en la materia, sin embargo los usos y costumbres en el ámbito rural han determinado importantes cambios en las formas de contratación y tanto la jurisprudencia como la doctrina especializada están incorporando paulatinamente las nuevas prácticas.

En el presente trabajo se intentará realizar un análisis de la normativa vigente, integrándola con otra normativa: la ambiental, que según consideramos, es también aplicable y conjuntamente con la anterior conforman las reglas de Orden Público del Derecho Agrario Ambiental.

Considerando su importancia histórica, realizaremos una síntesis de la legislación que rige a los contratos típicos de arrendamiento y aparcería, para luego avocarnos a los contratos accidentales, que según entendemos son los más utilizados en la actualidad. Asimismo y teniendo en cuenta casos de jurisprudencia, los actuales proyectos de reforma de la ley vigente y la opinión de

los autores especializados, analizaremos los puntos centrales que consideramos debería incluir una futura reforma. Por último reflexionaremos sobre el rol del notario en la contratación agraria, centrándonos en los aspectos de mayor connotación práctica y aportando nuestras ideas, propuestas y opiniones.

I. Desarrollo del Derecho Agrario en la República Argentina

Si bien no es el objeto de este trabajo profundizar sobre la problemática del Derecho Agrario, no podemos dejar de mencionar algunos principios y nociones que facilitarán la comprensión de la temática que proponemos. Así tomaremos la definición del Doctor Eduardo A. Perez Llana (I):

“Derecho Agrario es el conjunto de principios y normas jurídicas autónomas que regulan diversas fases de la explotación agraria con miras a la obtención de una mayor riqueza agropecuaria y su justa distribución en beneficio del productor y de la comunidad”
.- Para este autor *“La legislación agraria o rural es sólo una parte del Derecho Agrario; éste comprende*

no sólo la legislación sino los principios y todo tipo de normas jurídicas positivas manifestadas a través de sus distintas fuentes formales: jurisprudencia, doctrina, usos y costumbres.”

Definiciones más modernas, describen al Derecho Agrario, como aquel que estudia la empresa agraria, cuyo fin es ordenar los factores agrarios para lograr el objetivo de producir dentro del medio rural

Respecto a la **autonomía** del Derecho Agrario, algunos autores, como el profesor Perez Llana antes citado, reconocían su autonomía; mientras que otros, como el doctor Eduardo A. Pigretti, consideran que no es autónomo sino una suerte de “*especialización*”. Coincidimos con este último autor, quien considera que la discusión sobre este tema aleja la consideración de los problemas reales sin agregar elementos creativos. A además hoy en día el Derecho Agrario no podría considerarse sin la influencia de las normas del Derecho Ambiental, por lo que la doctrina especializada habla de “**Derecho Agrario Ambiental**” (Bellorio pag.24)

La regulación jurídica del medio rural ha sido una preocupación constante en todas las civilizaciones y sus orígenes se remontan a la antigüedad, citándose como ejemplos los códigos de Hammurabi y de Manu. Por lo que no nos debe sorprender que desde el inicio de las instituciones en nuestro país se han dictado normas cuyo fin era preservar el orden rural, así las Provincias dictaron sus propios Códigos Rurales encontrándose entre los primeros el de la Provincia de Buenos Aires en 1865 y el de

Santa Fe en 1867. En el plano nacional se sancionaron leyes de lucha contra plagas y enfermedades del ganado, produciéndose así la intervención del Estado Nacional en diversos aspectos de la actividad agraria. Como explica el Profesor Dino Bellorio Clabot, “*Esta intervención que se produce en el auge del modelo, a principios del siglo XX deviene como consecuencia de la defensa del modelo agroexportador, que había sido el objetivo buscado por los constituyentes y el codificador.*” (pag.23).

II. Legislación sobre contratos agrarios

Tradicionalmente la contratación agraria se ha desarrollado en un marco de informalidad por la ausencia de reglas claras y sobre todo debido al enorme peso que tiene la costumbre en este tipo de actividad.- Según enseña el profesor Eduardo Pigretti:

“Los contratos agrarios constituyen un reflejo cierto de lo que está pasando en el campo. De ahí su enorme valor como fuente del derecho agrario, ya que las leyes van oportunamente a regular estas relaciones jurídicas nacidas de las reales necesidades de los productores agropecuarios. También nuestros jueces deberán resolver sobre ellos, teniendo en cuenta no sólo la legislación sino también las costumbres y usos rurales, a los cuales las normas agrarias asignan una especial validez, por cuanto son fruto espontáneo del trabajo y de la libertad, en el marco del quehacer de agricultores y ganaderos que por ellos se obligan.”

Fue así que en nuestro país el sector agropecuario regía sus relaciones contractuales a través de los usos y costumbres y sin ningún tipo de formalidad, hasta la

sanción del Código Civil en el año 1869. El codificador consideró que los principios generales de la locación eran suficientes, teniendo en cuenta que en esa época todavía había muchas extensiones de tierra sin poblar ni explotar y que los que trabajaban los campos eran directamente los propietarios, quienes empleaban peones. Por estas razones Velez Sarsfield sólo incluyó algunas pocas referencias a los contratos agrarios, como por ejemplo la **nota al artículo 2503** que hace referencia al contrato de arrendamiento; la **nota al artículo 1493** que hace referencia al actual contrato de aparcería; el **artículo 1506** que refiere al plazo de los arrendamientos de fundos cuando este no se hubiera pactado, etc.

A principios del siglo pasado y como consecuencia de la consolidación del modelo agroexportador (Bellorio pag. 31), los dueños de los campos dejaron de explotarlos por sí mismos para pasar a arrendarlos a la gran cantidad de inmigrantes de arribaaron a nuestro país con la finalidad de convertirse en agricultores. Como la contratación se regía por las normas del Código Civil y los usos y costumbres, la parte que contaba con los recursos (suelo) generalmente imponía condiciones a la parte más débil (el arrendatario que necesitaba conseguir tierras para procurarse su subsistencia y la de su familia). En este contexto se observaron prácticas abusivas que consistían en obligaciones adicionales para el arrendatario como tener que adquirir los elementos necesarios para su trabajo o vender su pro-

ducción sólo a determinadas personas; o la posibilidad del arrendador de resolver fácilmente el contrato sin tener que reconocer ninguna mejora que hubiera introducido el arrendatario o exigirle a éste que abandone el predio sin respetar los ciclos biológicos que la actividad agraria impone. Todo esto generó la necesidad de contar con una regulación específica que pusiera fin a estas desigualdades y que asegurara el aprovechamiento de las tierras aptas para el cultivo o la producción de ganado.-

La primera norma sobre Arrendamientos Rurales se sanciona en el año 1921: la **Ley II.170** mediante la cual se buscó asegurar estabilidad, estableciéndose un plazo mínimo de 4 años, indemnizar al arrendatario por las mejoras introducidas, establecer la inembargabilidad de los instrumentos y animales de trabajo, dar la libertad de contratar, comerciar y vender sus productos. Esta ley se aplicaba al arrendamiento de predios de no más de 300 hectáreas.

En el año 1932 se sanciona la **Ley II.627**, que deroga la anterior, mediante la cual se eleva el plazo mínimo a 5 años, no fija límite de superficie para los contratos de arrendamiento y el precio a pagar podía ser en dinero, especie o un porcentaje del rendimiento de los frutos, otra de sus notas salientes es que establecía la obligación del arrendador de construir una escuela dentro de su predio cuando el número de arrendatarios fuera más de 25 y no existiera escuela a menos de 10 kilómetros del establecimiento.

En la década del 40 debe hacerse fren-

te, en materia de arrendamientos rurales, a diversos problemas: poner tope a los máximos precios de locación y prohibir los desalojos por vencimiento de contrato o por arrendamientos impagos. Así en 1942, la **Ley 12.771** limita la renta y la llamada libre contratación y ese mismo año se crea la División de Arrendamientos y Aparcerías Rurales en la órbita del Ministerio de Agricultura. Esta División debía entender en los problemas ligados al desalojo de colonos provocado por la transferencia de las explotaciones rurales de agrícolas en ganaderas y la extensión de la desocupación en el ámbito rural, pero en 1943 se sanciona el Decreto 14.001 que deroga esta última Ley.

Podemos generalizar y decir que, en estas décadas, los motivos de preocupación que obligan a plantear una legislación más adecuada, están insertos en “la cuestión social” que, en el campo, estaba atravesada por el riesgo de un conflicto social significativo

La **Ley de Arrendamientos y Aparcerías Rurales número 13.246 (LAAR)**, sancionada el 8 de septiembre de 1948, tuvo como objetivo establecer una normalización contractual que tutelara al arrendatario (productor rural) frente al arrendador (terrateniente) usualmente propietario de grandes extensiones territoriales. Dicha Ley se inspiró en la necesidad de tutelar la producción y en la protección del productor agropecuario, haciendo hincapié en los aspectos técnicos, económicos y sociales de la explotación.

En octubre de 1980 fue modificada por la Ley 22.298, que es la que aún rige. El nuevo texto tiende a modernizar la legislación referente al arrendamiento y aparcería, debido a los cambios observados en los modos de producción. A partir de los años 60 y 70 comenzó la transformación de arrendatario en contratista, figura que disponía de bienes de capital y necesitaba movilizar amplios recursos financieros. Este proceso se profundiza en los noventa frente al cambio del productor por la empresa agropecuaria, alterándose sensiblemente la estructura de poder entre el arrendador y arrendatario en relación a la existente en 1948 cuando se promulgó la Ley 13.246.-

Actualmente el panorama es muy complejo, ya que además del pequeño o mediano productor que trabaja junto a su familia existen grandes empresas, inclusive multinacionales, que atraídas por la creciente rentabilidad del sector y por la cada vez más fuerte demanda internacional de productos primarios (commodities) arriendan importantes extensiones de tierra cultivable, contando con medios tecnológicos y desarrollando su explotación mediante la modalidad de “pool de siembra”, entre otras. Obviamente que el impacto que estos “actores” tan diversos generan en el medio rural es distinto por lo cual entendemos que la aplicación de normativa uniforme para ambos no es adecuado, por lo que consideramos debería ser tratado este tópico en una futura reforma legislativa.

Existen varios proyectos de reforma con

estado parlamentario, por una cuestión de espacio, analizaremos solamente algunas propuestas de los siguientes proyectos: Proyectos de Ley 2199/D/2010 (“Proyecto Orsolini-Federación Agraria”), el 1669-D-2010 (“Proyecto Stolbizer”), el 268I-D-2010 (“Proyecto Vargas Aignasse”), .

III. Límites a la Autonomía de la Voluntad.

Como se desprende de esta breve referencia histórica, vemos que toda la normativa específica se ha orientado a regular las relaciones de las partes, limitando la autonomía de la voluntad, así lo expresa la propia Ley 13.246:

“Artículo I: La presente ley será aplicable a todo contrato, cualquiera sea la denominación que las partes le hayan asignado y sus distintas modalidades, siempre que conserve el carácter substancial de las prestaciones correlativas, conforme a sus preceptos y finalidad agro económica.-

Los preceptos de esta ley son de orden público, irrenunciables sus beneficios e insanablemente nulos y carentes de todo valor cualesquiera cláusulas o pactos en contrario o actos realizados en fraude a la misma.”

Cabe recordar que en el ámbito del Derecho Privado y más específicamente en materia contractual, se reconoce la necesaria vigencia del principio de la autonomía de la voluntad (*pacta sunt servanda*), expresada en el **artículo I.197 del Código Civil**: *“Las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como*

a la ley misma”. Este principio permite a las partes configurar las diversas estructuras contractuales para el desarrollo ordenado y previsible de la respectiva actividad comercial que las vincule. Pero en la contratación agraria, la aludida libertad de las partes contratantes para la generación de vínculos contractuales, se encuentra limitada por las denominadas **normas de orden público**. En tal sentido el propio Código Civil en su **artículo 21** establece: *“Las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia estén interesados el orden público y las buenas costumbres.”*

Así observamos que en el ámbito de los contratos agrarios, hay una preocupación por proteger al productor, agricultor o ganadero, antes fundado en su reconocimiento como la parte “más débil” y quien con su esfuerzo y trabajo producía alimentos y generaba riquezas para el país mientras que en la actualidad, esta “necesidad de protección” ya no estará fundada en razones de su supuesta inferioridad económica, sino que se justifica en principios de **desarrollo sustentable**, entendiéndose por tal, aquel que permite satisfacer las necesidades de las generaciones presentes sin comprometer las de las generaciones futuras.

El orden público impuesto en los contratos agrarios responde a un interés general, colectivo, que debe ser protegido; a diferencia del orden meramente privado, en las cuales están involucrados intereses particulares. Esto se explica si consideramos nuestro ordenamiento legal, y en primer lu-

gar la **Constitución Nacional** que reconoce en cabeza de todos, tanto el derecho a un ambiente sano y equilibrado y apto para el desarrollo, como la obligación de protegerlo (ver **artículo 4I** CN). En consecuencia, corresponde hacer una interpretación dinámica dando nuevo contenido a las normas de orden público, de manera tal que queden incluidas las normas de protección ambiental. Al respecto, cabe destacar también que la **Ley Nacional N° 25.675** llamada ley marco o Ley General del Ambiente en su **artículo 3** establece que sus disposiciones son de orden público y se utilizarán para la interpretación y aplicación de la legislación específica sobre la materia.

En consecuencia de lo precedentemente expuesto, podemos afirmar que el empresario rural se podrá valer de instrumentos jurídicos que facilitan la intensificación de su producción y maximizan su ganancia, sin embargo, a estos instrumentos legales (contratos) les serán aplicables los principios ambientales que garanticen un uso racional de los recursos naturales en particular y del ambiente en general. Tales principios ambientales los encontramos expresamente reconocidos en el **Artículo 4** de la Ley General del Ambiente, muchos de los cuales ya habían sido reconocidos en los tratados internacionales en materia ambiental, firmados y ratificados por nuestro país y a los que la Doctrina ha catalogado como “**Principios Rectores del Derecho Ambiental**”. No obstante ello, la incorporación expresa de estos principios a nuestra legislación

interna es importante por la función interpretativa y orientadora que los mismos cumplen. En relación a la temática que nos convoca, a continuación se señalan aquellos principios que enmarcan las actividades económicas:

El **principio de congruencia**, tiende a que la regulación en todos los niveles de gobierno en materia ambiental sea adecuada con los principios y normas de presupuestos mínimos ambientales que se dicten en función del mandato del Artículo 4I Constitución Nacional; si así no fuere, tales presupuestos mínimos prevalecerán sobre toda otra norma que se les oponga.

Por su parte, el **principio de prevención** indica que deben adoptarse todas las medidas que sean necesarias y atinentes para evitar el daño ambiental.

Mientras que el **principio precautorio** indica que, cuando haya peligro de daño grave o irreversible de daño ambiental, se deberán adoptar las medidas eficaces que lo impidan, sin importar que no exista la información suficiente o certeza científica al respecto.

Así también, el **principio de responsabilidad** señala que todo aquel generador de efectos degradantes del ambiente debe asumir los costos de las acciones preventivas y correctivas de recomposición.

El principio de subsidiariedad indica el rol del Estado nacional de colaborar en forma complementaria en el accionar de los particulares en la preservación y protección ambiental.

El **principio de sustentabilidad** indica

que el desarrollo económico y social debe fundarse en un uso racional de los recursos naturales y el ambiente. En igual sentido, el **principio de equidad intergeneracional** indica que la generación actual puede hacer uso de los recursos naturales y del ambiente siempre que ese uso sea racional y no perjudique las posibilidades de desarrollo y goce de las generaciones futuras.

Finalmente, el **principio de solidaridad** es clara manifestación de que la problemática ambiental no funciona como compartimentos estancos sino que por el contrario, los efectos de las conductas llevadas a cabo localmente repercuten en otros ámbitos. En el mismo sentido, se puede mencionar el **principio de cooperación** que indica que los recursos naturales compartidos deberán ser utilizados en forma equitativa y racional.

Los mencionados principios se constituyen en guías orientadoras que no podrán dejar de ser aplicados por parte de todos aquellos operadores del derecho (juez – administradores- partes del contrato- funcionarios) al momento de considerar el planteo de una cuestión ambiental.

IV. Contratos agrarios regulados por la Ley 13.246

Teniendo en cuenta la breve reseña histórica realizada y las aclaraciones antes enunciadas, pasaremos ahora a analizar los **contratos regulados** más conocidos, sin antes dejar de advertir que no son los

únicos, puesto que la gama de contratos agrarios es bastante amplia, existiendo otros de más reciente regulación como lo son el contrato de maquila (Ley 25.113), el contrato asociativo de explotación tambora (Ley 25.169) y el contrato de mediería frutihortícola (decreto 145/01); también encontramos los contratos “accidentales” a los que nos referiremos junto con los de arrendamiento y aparcería, y completando el panorama contractual agropecuario, existen también contratos atípicos, es decir no regulados por la ley, entre los cuales algunos son muy utilizados en el presente, como el “pool de siembra” o el de franquicia ganadera o el de “feed lot” (también conocido como engorde a corral o de hotelería). Por razones de extensión no trataremos todos los contratos referidos, pero si aclaramos que según nuestra opinión le son aplicables a todos los contratos agrarios los principios enunciados y las normas de orden público ambiental.

En cuanto a los contratos regulados por la LAAR, es la propia norma la que nos indica el Derecho aplicable, así de acuerdo al artículo 4I: “En los contratos a que se refiere la presente ley se aplicarán en el orden siguiente:

- a) Las disposiciones de la presente ley.
- b) Los convenios de las partes.
- c) Las normas del Código Civil, en especial las relativas a la locación.
- d) Los usos y costumbres locales.”

I) Arrendamiento Rural.

Según enseña el Profesor Eduardo A. Pigretti, (**nota pag. 15**) el arrendamiento es el contrato agrario más importante y significativo: *“La importancia de este contrato se destaca por constituir una modalidad simple y práctica para ordenar el uso de la tierra, por parte de quien sin ser dueño, va a llevar adelante una explotación agropecuaria en cualquiera de sus manifestaciones.”* La doctrina ha calificado a este contrato como **conmutativo** o de cambio, ya que ambas partes contraen obligaciones pero la totalidad del riesgo la asume quien realiza la explotación (arrendatario); es además un contrato consensual, oneroso, bilateral, conmutativo, formal no solemne, de tracto sucesivo e “intuito personae”

a. Concepto.

La Ley N° 13.246 define en su **artículo segundo** al arrendamiento rural como el contrato por el cual una de las partes se obliga a entregar a la otra el uso y goce de un predio, ubicado fuera de la planta urbana de las ciudades o pueblos, con destino a la explotación agropecuaria en cualquiera de sus especializaciones, y la otra a pagar por ese uso y goce un precio en dinero.-

b. Precio.

Como vemos, de una primera y rápida lectura de la Ley parecería entenderse que el precio sólo puede ser en dinero, es decir una cantidad fija de pesos. Sin embargo, en la actualidad la mayoría de los contratos de este tipo se celebran en dólares o por una cantidad determinada de producto:

por ejemplo: tantos kilos de carne según la cotización de tal mercado o tantos quintales de soja según la cotización de tal otro mercado. Esta práctica es un claro reflejo de la aplicación de los usos y costumbres, que como dijimos, constituye una fuente importante del Derecho Agrario. Por otra parte la doctrina y la Jurisprudencia han aceptado esta modalidad, siempre que el precio sea por lo menos determinable:

“El precio debe ser, además, determinado o determinable al momento de tener que cumplir la obligación. Es por tal razón que con acierto, se ha considerado inaplicable al arrendamiento la prohibición de convenir como retribución el equivalente en dinero de una cantidad fija de frutos, contenida en el artículo 32 de la ley.” **** Pigretti, Pag.64

Por todo ello, entendemos que no son nulas las cláusulas contractuales que establecen esta modalidad de pago, ya que el precio no deja de ser cierto y si bien puede no estar determinado al momento de la celebración del contrato (por ej. Si se pacta el pago por períodos) es determinable fácilmente al momento de cumplirse el pago, lo que no genera mayores inconvenientes entre las partes.

Tampoco habría prohibición legal de pactar **el precio en moneda extranjera**, ya que en este supuesto se aplica el artículo 617 del Código civil, que establece que al estipular dar moneda que no sea de curso legal en el país, la obligación se toma como de dar sumas de dinero.

En cambio la Ley establece en el artículo 42 la prohibición de los “contra-

tos canadienses”, que son aquellos en los cuales la retribución por el uso y goce del predio consiste en un porcentaje fijo en la retribución de los frutos o una suma determinada de dinero y además un adicional a pagar teniéndose en cuenta la cotización o la calidad de la producción obtenida en la explotación. Asimismo queda prohibido convenir una retribución que consista en trabajos ajenos a la explotación que deban ser efectuados por el arrendatario o sus familiares, ya que esto importaría una suerte de servilismo feudal incompatible totalmente con los derechos individuales.

Ambos Proyectos de Ley: 2199/D/2010 y I669-D-2010T contemplan la posibilidad de pagar por el uso y goce un precio cierto **en dinero o en especie**. Luego, los proyectos difieren sobre la forma de determinar la conversión de dicho precio en dinero.

b. Plazos.

La ley I3.246 en su redacción original, establecía un plazo mínimo de cinco años. Luego, la modificación de la ley 22.298 redujo el término mínimo a **tres años**. El plazo máximo de contratación es de **diez años**, conforme surge del Código Civil (artículo I505). Asimismo, la Ley fija un **plazo extraordinario de veinte años** para determinados supuestos en los cuales se requiere del arrendatario obras de mejoramiento del predio tales como desmonte, irrigación, etc, que retrasen la productividad de la explota-

ción por un lapso superior a los dos años (**artículo 45** de la LAAR).

Por su parte, todos los Proyectos de Ley amplían el plazo mínimo, a 5 años (2199-D-2010 y a 4 años (I669-D-2010). Manteniendo ambos proyectos el plazo excepcional de 20 años para el caso de mejoras prediales. Solo el Proyecto (I669-D-2010) prevé expresamente el plazo máximo de 10 años.

El Proyecto (268I-D-2010) amplía el plazo mínimo también a 5 años pero nada dice respecto al plazo máximo o extraordinario.

Teniendo en cuenta que los plazos en los contratos van directamente vinculados a la duración del ciclo agrario o ciclo biológico, al que la empresa agrícola está ligada desde un punto de vista natural. El tiempo en los contratos agrarios, define las prestaciones de las partes, toda vez que habrán de respetar el tiempo que va desde las tareas preparatorias de la actividad, hasta la cosecha o recolección de los frutos o productos. Este ciclo varía entre cada especie de cultivo, de cría de animales, incluso depende de la región en donde la actividad se lleve a cabo. El ciclo biológico influye de modo tal, que la norma ha dispuesto que el plazo extintivo de un contrato, no obstante podrá extenderse hasta el levantamiento total de la cosecha. O la norma refiere también a lo que se conoce como “año agrícola”, que nos está indicando un período mínimo o un

ciclo de producción, que no refiere al año calendario

c. Obligaciones de las partes.

Son las establecidas en el Código Civil y enunciadas en el **artículo 18** de la LAAR

Las obligaciones del **arrendador**:

(a) entregar el predio en tiempo y forma; (conf.art.1514 Cód.Civil)

(b) Contribuir con el cincuenta por ciento (50%) de los gastos que demande la lucha contra las malezas y plagas si el predio las tuviera al contratar (art.18 LAAR)

(c) percibir el precio (art.757 Cód.Civil)

(d) construir una escuela cuando el número de arrendatarios exceda de 25 y no existan escuelas públicas a menos de 10 kilómetros del centro del predio (conf.art.18 LAAR)

e) conservar el fundo (es decir la cosa) en buen estado (art.1515 a 1518 Cód.Civil)

f) mantener al locatario (arrendatario) en el uso y goce pacífico de la cosa (fundo); (art.1517, 1526 y concordantes del Cód. Civil)

g) una vez finalizado el contrato recibir el fundo (art.1611, etc)

A las mencionadas clásicas obligaciones del propietario-arrendador el Proyecto 2199-D-2010 adiciona las obligaciones de cumplir y hacer cumplir las normas de protección ambiental.

Entendemos que si bien la LAAR no menciona el deber de cumplir las normas

ambientales, lo que se justifica por la época de su sanción, dichas normas son imperativas y plenamente aplicables a **todos** los contratos, ya que como dijimos conforman el Orden Público y tienen jerarquía constitucional.

Por su parte, las obligaciones del **arrendatario** según lo establecido en el **artículo 18** de la LAAR y al Código Civil son:

(a) recibir el predio;

(b) dar a la tierra el destino convenido;

(c) mantener el predio libre de plagas y malezas;

(d) contribuir al combate de plagas y malezas (50%);

(e) pagar el precio en tiempo y forma (art. 1556 y 1565 Cód.Civil);

(f) conservar edificios y demás mejoras; y

(g) restituir el campo al finalizar el contrato.

El **artículo 19** de la Ley dispone las opciones posibles de las partes en caso de incumpliendo de las obligaciones enunciadas:

“El abandono injustificado de la explotación por parte del arrendatario y la falta de pago del precio del arrendamiento en cualquiera de los plazos establecidos por el contrato, son causales que dan derecho al arrendador a exigir el desalojo del inmueble.

El incumplimiento de las obligaciones especificadas en los incisos a), b) y c) del artículo 18, facultará al arrendador para pedir su ejecución o la rescisión del contrato, pudiendo reclamar los daños y perjuicios ocasionados.

El incumplimiento de la obligación especificada en el inciso d) del artículo 18 facultará al arrendatario a compensar el crédito por las sumas invertidas con los arrendamientos adeudados, sin perjuicio de la facultad de exigir su pago inmediato.”

Además de las obligaciones enunciadas, el **Artículo 8** de la Ley N° 13.246 prevé la prohibición de “...toda explotación irracional del suelo que origine su erosión o agotamiento, no obstante cualquier cláusula en contrario que contengan los contratos respectivos...”. El mismo artículo de la Ley vigente establece que, en caso de que el arrendatario viole esta prohibición, el arrendador podrá rescindir el contrato o solicitar judicialmente el cese de la actividad prohibida, pudiendo a la vez reclamar en ambos casos los daños y perjuicios ocasionados.

Entendemos que la misma obligación de preservación del Ambiente le corresponde al arrendatario y por consiguiente el mismo derecho de rescindir el contrato o solicitar el cese de la actividad al arrendador, en caso de que el arrendatario realizara cualquier actividad contraria a las normas ambientales vigentes, por ejemplo que causara la contaminación del agua o del aire, aunque por la característica de interdependencia que tienen los recursos naturales, es difícil imaginar una situación en la que se produzca la contaminación del agua y no también del suelo.

A las mencionadas obligaciones del arrendatario ambos Proyectos de Ley pre-

tenden complementar con las siguientes: a) explotar el suelo racionalmente impidiendo su erosión, degradación o agotamiento; para ello deberá indicarse en el contrato la conformación de la rotación, el modelo tecnológico a utilizar y los criterios centrales del manejo de cultivos que aseguren el cumplimiento de este punto; b) realizar la explotación con arreglo a las reglas del buen cultivo practicando una agricultura sostenible/sustentable, resguardando la diversidad biológica/garantizando la reposición de nutrientes; c) cumplir y hacer cumplir en cuanto le compete las normas sobre protección del medio ambiente, conservación de recursos, buen cultivo y explotación racional; d) mantener el predio libre de plagas y malezas asumiendo los gastos que demande la lucha contra las mismas (2199-D-2010 sin utilizar plaguicidas o pesticidas que atenten contra la conservación del suelo u otros recursos naturales); e) Conservar las mejoras del predio; y f) Inscribir el contrato en el registro respectivo (2199-D-2010 Registro Fiscal de Operadores de Granos, en el Registro de Contratos Agrarios y en el Registro Inmobiliario).

d. Continuación del contrato.

Conforme el actual **Artículo 7** de la Ley N° 13.246, el arrendatario no podrá ceder el contrato ni subarrendar, salvo conformidad expresa del arrendador.

El Proyecto de Ley 2199-D-2010

prohíbe al arrendatario el subarriendo o las cesiones totales o parciales del predio, exceptuando de tal disposición a la cesión del predio para pastoreo de rastrojo y para aprovechamientos secundarios, y aquellas operaciones que se realicen a favor de productores asociados (cláusula vaga). Por su parte, el Proyecto de Ley I669-D-2010 prohíbe la cesión total o parcial del predio o la transferencia del contrato sin autorización expresa por escrito, salvo las excepciones que la misma ley disponga (Art. 15).

Ahora bien, en caso de **muerte del arrendatario**, el mismo artículo 7 establece que los descendientes, ascendientes, cónyuge o colaterales hasta el segundo grado, que hayan participado directamente en la explotación, podrán optar por continuar la explotación o rescindir el contrato. Dicha decisión deberá ser notificada al arrendador, en forma fehaciente, dentro de los treinta días contados a partir del fallecimiento.

Entendemos que este instituto es propio del Derecho Agrario y constituye una forma de proteger a la “familia campesina” y de posibilitar que el ciclo productivo pueda concluirse sin necesidad de llevar a cabo mayores trámites ni tener que esperar por ejemplo el dictado de una declaratoria de herederos, por lo que no lo consideramos contrario a las normas del derecho sucesorio sino una excepción justificada por el fin que persigue.

Por su parte los Proyectos de Ley bajo comentario mantienen la norma que permi-

te a la continuación del arrendamiento por los descendientes, ascendientes, cónyuge o colaterales hasta el 2º grado, que participaban directamente de la explotación del predio arrendado. El proyecto 2I99-D-2010 omite indicar el modo en que tal voluntad debe ser expresada. Por su parte, el Proyecto I669-D-2010 (Art. 16) establece que se deberá ejercer la opción comunicando al dueño del predio por medio fehaciente, sin indicar el plazo para ejercer dicha opción.

Por otra parte el **artículo 20** de la LAAR establece:

“Vencido el término legal o el término pactado, si éste último fuera mayor, el arrendatario deberá restituir el predio sin derecho a ningún plazo suplementario para el desalojo y entrega libre de ocupantes”

La Ley I3.246 suprimió la **tácita reconducción** de los contratos, por lo cual actualmente rigen las previsiones del Código Civil (artículo I622), que prohíbe renovar el contrato una vez finalizado el plazo fijado, por consentimiento tácito de las partes. De esta forma, si el locatario continúa haciendo uso y goce del predio luego del vencimiento del contrato, se considera que continúa la locación vencida y que el locador puede pedir en cualquier momento el desalojo del locatario.

e. Mejoras.

En cuanto a la consideración de las **mejoras** en el contrato de arrendamiento, la Ley N° 22.298 suprimió el régimen propio previsto originalmente por la Ley I3.246. Ello

condujo a que la cuestión se rija por el Código Civil, con los problemas que esto conlleva. Por tal motivo se sugiere, al momento de redactar el contrato en cuestión, prever y hacer especial referencia al punto de las mejoras, a fin de evitar posteriores litigios.

Con buen tino, el proyecto 2199-D-2010, prevé un apartado (Art. 30-37) dedicado a las mejoras. Ello representa un avance ante la supresión del régimen propio que sufrió la Ley N° 13.246. Por su parte, el Proyecto 1669-D-2010 omite hacer referencia a este asunto.

f. disposiciones legales protectoras del arrendatario

Como vimos anteriormente, desde sus comienzos la normativa agraria trató de evitar las situaciones de abuso a la parte históricamente más débil: el arrendatario, por lo que en la ley vigente subsisten los siguientes preceptos:

g. Inembargabilidad de determinados bienes:

El artículo 15 establece:

“Se declaran inembargables, inejecutables y no afectados al privilegio del arrendador: los muebles, ropas y útiles domésticos del arrendatario; las maquinarias, enseres, elementos y animales de trabajo, rodados, semillas y otros bienes necesarios para la explotación del predio; los bienes para la subsistencia del arrendatario y su familia durante el plazo de un (I) año, incluidos semovientes y el producido de la explota-

ción, dentro de los límites que reglamentariamente se fijen.

Los beneficios que acuerda este artículo no afectarán el crédito del vendedor de los bienes declarados inembargables e inejecutables y no comprenderán a los arrendatarios que sean sociedades de capital.”

Surge del texto de la ley que esta norma de protección sólo se aplica para el caso de que el arrendatario sea una persona física, que vive junto a su familia del trabajo que desarrolla en el predio arrendado.

Si bien, como dijimos antes, las condiciones del arrendatario han cambiado sustancialmente en la actualidad, ya que junto con los “pool de siembra” subsisten numerosos pequeños productores que han resistido las profundas crisis económicas, la baja rentabilidad que durante muchos años sufrió el sector, la falta de crédito y financiamiento y ahora también la dificultad de ser competitivos frente a grandes productores altamente tecnificados y que cuentan con importantes recursos propios y financiamiento externo.

Reconociendo el invaluable aporte que los pequeños y medianos productores han realizado para el desarrollo económico y social del país, así como la incidencia que éstos tienen en las economías regionales, los innumerables problemas sociales que aparecen cuando, asfixiados por la situación antes descrita, abandonan sus campos para mudarse a las ciudades, siguiendo muchas veces una falsa promesa de un futuro mejor,

terminan siendo víctimas del desempleo, el hacinamiento y la precariedad, además del desarraigo y la frustración que todo esto les genera; creemos que es necesario contemplar la especial situación de los pequeños y medianos productores y brindarles la posibilidad de continuar con las actividades productivas que tradicionalmente han desarrollado. Por ello, entendemos que una futura deberá incluir mecanismos de estímulo para estos productores, a quienes se les deberá seguir reconociendo beneficios como los enunciados en el artículo 15 de la LAAR así como otros incentivos.

h. Cláusulas nulas:

Conforme el **artículo 17**:

“Son insanablemente nulas y carecerán de todo valor y efecto las cláusulas que obliguen:

a) Vender, asegurar, transportar, depositar o comerciar los cultivos, cosechas, animales y demás productos de la explotación, a/o con persona o empresa determinada;

b) Contratar la ejecución de labores rurales incluidas la cosecha y el transporte, o la adquisición o utilización de maquinarias, semillas y demás elementos necesarios para la explotación del predio, o de bienes de subsistencia, a/o con persona o empresa determinada;

c) Utilizar un sistema o elementos determinados para la cosecha o comercialización de los productos o realizar la explotación en forma que no se ajuste a una adecuada técnica cultural.

Serán asimismo insanablemente nulas y carecerán de todo valor y efecto cualesquiera cláusulas que importen la prórroga de jurisdicción o la constitución de un domicilio especial distinto del real del arrendatario.”

La prohibición de incluir cláusulas de exclusividad se justifican por lo explicado en la breve reseña histórica. Actualmente no parecería que fuera imprescindible mantener estas prohibiciones dado el mayor acceso que existe a los diversos mercados, así como los mejores medios de transporte y acceso a la información y medios de comunicación que existe aún en ámbitos rurales alejados de centros urbanos. Sin embargo no está de más su mantenimiento en los enunciados de la Ley.

En cambio consideramos que la prohibición del inciso c) de ningún modo podría entenderse que impida a las partes tomar medidas tendientes a la protección, conservación o recomposición del ambiente. Así por ejemplo, puede estipularse que el arrendatario no utilizará determinados productos agroquímicos que pudiendo no estar prohibidos, existen argumentos válidos para considerar que su utilización por períodos prolongados puede causar daños al ambiente. En este supuesto sería de aplicación el “principio precautorio”, que fuera anteriormente explicado y la falta de cumplimiento de la cláusula contractual por parte del arrendatario le haría incurrir además en conductas contrarias a las normas ambientales que como quedó dicho son imperativas.

En cuanto a la prohibición de la **prórroga de jurisdicción**, esto surgió como una estipulación a favor del arrendatario, ya que normalmente éste se enteraba de los juicios en su contra una vez que ya no podía interponer a tiempo un recurso.

En la actualidad y dados los importantes cambios operados en el sector, que como vimos llevan a replantearnos la situación del arrendatario como la parte más débil de los contratos, el precepto en cuestión sólo tendría sentido en los casos de pequeños y medianos productores que viven en el lugar donde desarrollan la explotación por lo que consideramos que es otro punto que justifica la diferenciación de tratamiento entre pequeños y grandes productores, en una futura reforma legislativa.

Sobre esta problemática, parte de la doctrina agrarista, entre los que se destaca el profesor Fernando Brebbia, ha entendido que la prohibición de la prórroga de jurisdicción del artículo 17 estaría implícitamente derogada desde que desaparecieron las Cámaras Paritarias al ser declaradas inconstitucionales en el año 1963. No obstante, en fallos recientes, algunos jueces le han reconocido plena vigencia a este principio, así en autos “NAVERCAI S.A. c/ ANINO, SANTIAGO s/ ORDINARIO” en su sentencia del 18 de Marzo de 2011 la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial de Capital Federal, Sala 6 dijo:

“En el marco de un contrato de “feed lot” -consistente en la alimentación del ganado, específicamente bovino, en lotes de hacienda- en el cual se hubiere pactado una prórroga de jurisdicción, corresponderá hacer lugar a una excepción de incompetencia ya que, si bien se pactó su prórroga, esto no resulta válido en el marco de la Ley 13246 -aplicable en el caso, a causa de la finalidad agroeconómica del contrato en cuestión-, que declara insanablemente nulas y carentes de todo

valor y efecto cualesquiera cláusulas que importen la prórroga de la jurisdicción (art. 17).”

Teniendo en cuenta la Jurisprudencia citada consideramos que hasta tanto la norma no sea objeto de una modificación, es conveniente no pactar la prórroga de jurisdicción en los contratos para evitar posibles planteos y cuestionamientos sobre este punto en caso de litigios entre las partes.

2. Aparcería.

Es el contrato por el cual una de las partes se obliga a entregar a la otra animales, un establecimiento rural o un predio rural (con o sin plantaciones), sembrados o elementos de trabajo, para la explotación agrícola en cualquiera de sus especializaciones, con el objeto de repartirse los frutos, en la proporción acordada (**Artículo 21** de la Ley N° 13.246).

Al igual que el arrendamiento es un contrato bilateral, oneroso, consensual, de tracto sucesivo, formal no solemne, intuito personae, pero a diferencia del primero, es aleatorio, ya que las ventajas o pérdidas dependen de un acontecimiento incierto y también a diferencia del anterior es de carácter asociativo. Según enseña el Profesor Eduardo A. Pigretti: “es el típico contrato asociativo agrario”. Es decir que los riesgos propios de la actividad son asumidos por ambas partes.

A los contratos de aparcería en los que se conceda el uso y goce de un predio rural les son aplicables (conforme lo dispuesto por el **artículo 22**), los preceptos de los

artículos 4 (Plazo Mínimo), 8 (Prohíbe explotación irracional del suelo), 15 (inembargabilidad de los útiles del aparcerero tomador), 17 (cláusulas nulas) y 18 (obligaciones de las partes).

Las aparcerías se clasifican en:

a) Agrícolas: cuando su objeto es la explotación de este tipo

b) Pecuarias: cuando su objeto es la explotación mediante la cría de animales, pudiendo incluir la entrega de un campo con animales o solamente un conjunto de animales (aparcería pecuaria pura o simple)

Las obligaciones de las partes están previstas en el **artículo 23**, mientras que el **artículo 24** establece que la pérdida de los frutos por caso fortuito o de fuerza mayor será soportado por las partes en la misma proporción convenida para el reparto de los frutos.

Actualmente, el marco regulatorio en las aparcerías agrícolas aparece aún intensamente rígido, sosteniendo sobre todo el alea agraria e impidiendo “garantías contractuales” a favor del dador que le aseguren una ganancia cierta mínima.

El **Artículo 30** de la Ley 13.246 permite a las partes convenir libremente el porcentaje en la distribución de los frutos, sin que importe la magnitud de los aportes, o su proporción con el resultado a distribuir para cada parte. A la vez, existe prohibición legal de convenir como forma de distribución una cantidad fija de frutos o su equivalente en dinero (contrato a kilaje fijo) (**Artículo 32**).

Por su parte, el Proyecto I669-D-2010, prevé un porcentaje de referencia para la distribución de los frutos, a fin de garantizar una rentabilidad razonable para las dos partes del contrato. En tanto que el Proyecto 2199-D-2010 establece que el porcentaje en la distribución de frutos que las partes convengan deberá guardar equitativa proporción con los aportes que las mismas realicen para la explotación.

En relación a los plazos, el Proyecto I669-D-2010 somete a las aparcerías agrícolas al régimen general, en tanto que en las aparcerías pecuarias se admite convenir el plazo libremente.

En caso de fallecimiento o la incapacidad física del aparcerero corresponde la resolución del contrato de aparcería, así lo establece el **Artículo 27**, con fundamento en el carácter personalísimo de este contrato agrario. Cuestión que confirma el Proyecto de Ley N° I669-D-2010 al prever lo mismo para el caso de las aparcerías agrícolas. En tanto que, para las aparcerías pecuarias prevé la no disolución del contrato por la muerte del dador. Por su parte, el Proyecto de Ley N° 2199-D-2010 prevé la terminación del contrato en caso de muerte o incapacidad física del aparcerero, salvo que sus sucesores decidan continuar el contrato siempre que hayan participado en forma directa de la explotación, ejerciendo formal notificación en el plazo de 30 días.

3. Contratos accidentales

Son contratos accidentales o de breve

término, aquellos previstos en el **Art. 39** de la Ley N° 13.246:

“**Artículo 39.** Quedan excluidos de las disposiciones de esta ley:

a) Los contratos en los que se convenga, por su carácter accidental, la realización de hasta Dos (2) cosechas, como máximo, ya sea a razón de Una (1) por año o dentro de un mismo año agrícola, cuando fuera posible realizarlas sobre la misma superficie, en cuyo caso el contrato no podrá exceder el plazo necesario para levantar la cosecha del último cultivo.

b) Los contratos en virtud de los cuales se concede el uso y goce de un predio con destino exclusivo para pastoreo, celebrados por un plazo no mayor de Un (1) año.

En caso de prórroga o renovación entre las mismas partes y sobre la misma superficie, mediante la cual se totalicen plazos mayores que los establecidos en el presente artículo, o cuando no haya transcurrido por lo menos el término de Un (1) año entre el nuevo contrato y el vencimiento del anterior, se considerará incluido el contrato en las disposiciones de esta ley. La calificación y homologación del contrato será efectuada a pedido de parte por la autoridad judicial competente, debiendo expedirse simultáneamente el correspondiente testimonio. Al vencimiento del contrato, la presentación de dicho testimonio ante la autoridad judicial competente será título suficiente para que se ordene la inmediata desocupación del inmueble por el procedimiento de ejecución de sentencia vigente en la jurisdicción respectiva. Además de ordenar la desocupación, dicha autoridad a pedido de parte impondrá

al contratista que no haya desocupado el predio una multa equivalente al Cinco por Ciento (5%) diario del precio del arrendamiento a favor del propietario, por cada día de demora en la restitución del inmueble hasta su recepción libre de ocupantes por parte del propietario. En caso de que el contrato se presente para su calificación hasta Quince (15) días antes de la entrega del predio al contratista y la autoridad judicial que intervenga no efectúe en ese lapso la calificación y homologación, se presumirá que el contrato ha quedado calificado como accidental.”

Del enunciado legal surgen diversas posibilidades:

- a) contratos de pastoreos hasta un año, y
- b) contratos por una o dos cosechas en uno o dos años agrícolas.

No son renovables entre las mismas partes, hasta pasado un año desde su finalización. Hay cesión del uso y goce de la tierra. La citada Ley N° 13.246 exige dos requisitos: que sean celebrados por escrito y que sean calificados como tales y homologados por el tribunal con competencia en el fuero rural en el lugar donde se encuentre situado el predio.

Parte de la Doctrina y también la Jurisprudencia¹ han interpretado que estos contratos están excluidos del régimen de la Ley 13.246.

I CAMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL de SANTIAGO DEL ESTEROS, en autos “AFAGRO S.A. c/ GUISCAFRE JUAN A. s/ COBRO DE AUSTRALES CUMPLIMIENTO DE CONTRATO”, sentencia del 12/05/1994

En tal sentido, el Proyecto de Ley N° 1669-D-2010 regula los contratos accidentales y no los excluye de la aplicación de las reglas previstas para los contratos agrarios en general. Al definir, hace referencia al contrato accidental de cosecha. Lo describe como el contrato a través del cual una de las partes se obliga a conceder el uso y goce de un predio rural con destino explotación agrícola, y la otra a pagar un precio en dinero o en especie, o en porcentaje según la naturaleza (de cambio o asociativa) del contrato, por un año o que no exceda de dos cosechas en el mismo año agrícola. El mismo Proyecto 1669-D-2010 prevé: a) precios de referencia a determinar por la autoridad de aplicación; b) el transcurso de al menos I año desde la finalización de un contrato accidental y la celebración de uno nuevo entre las mismas partes, bajo apercibimiento de aplicar los plazos mínimos previstos; c) la necesidad de calificar y homologar ante el juez competente.

Por su parte, el Proyecto 2199-D-2010 hace referencia a los contratos accidentales en el Art. 22 cuando establece que no se aplica el plazo legal a los contratos que se celebren con carácter accidental en los siguientes supuestos: a) Los contratos por una cosecha para formar o renovar pastoreo; b) Los contratos celebrados por una cosecha para la producción de semillas, siempre que el lote sea debidamente denunciado como semillero ante el organismo pertinente. Solo permite la celebración de estos contratos una vez cada dos años;

c) Los contratos en virtud de los cuales se concede el uso y goce de un predio con destino exclusivo para pastoreo, celebrado por un plazo no mayor de un año son sometidos al plazo mínimo legal. Asimismo, prevé las formalidades que deberán cumplir los contratos accidentales: a) ser redactados por escrito; b) las firmas de las partes certificadas ante Jueces de Paz o Comunales o escribano público; c) ser presentados, a instancia de cualquiera de las partes, ante la autoridad judicial competente para su calificación y homologación; y d) ser inscriptos en el Registro de Contratos Agrarios. La omisión de las formalidades determina la aplicación del plazo mínimo legal.

Otros autores han sido especialmente críticos de estos contratos, así el Profesor Brebbia se refirió en estos términos:

“En este proyecto importa regular los contratos agrarios en idéntica forma a la establecida en la Ley 13.246. Ello se explica si se tiene en cuenta que las leyes y reglamentaciones posteriores a ésta han posibilitado, sino fomentado el fraude al sistema legal en la medida que el contrato no se repitiera al año siguiente con la misma parte arrendataria. La consecuencia natural de esta degradación del sistema es que los contratos accidentales pasaron a ser la regla y no la excepción. De este modo la estabilidad de la empresa agraria fue sistemáticamente violada y podríamos agregar, sin que resulte exagerado, que estos contratos se convirtieron en el único utilizado por las partes. A lo expuesto, que por sí solo es grave, debe agregarse que la derogación virtual del plazo mínimo no sólo atentó contra los derechos del empresario sino que además ha

incidido, como se ha señalado por autorizada doctrina, a la degradación del suelo como consecuencia del doble cultivo anual que por esta vía se realizaba en forma sistemática. Incluso, la utilización cada vez más frecuente del contratista rural determinó que toda la contratación agraria se realizara en una de estas dos formas.

Se ha establecido la obligatoriedad de la forma escrita toda vez que es difícil concebir que un contrato verbal pueda ser accidental ya que éste obviamente es o debiera ser una excepción. Así mismo se exige la certificación de la autenticidad de las firmas por oficial público toda vez que el contrato puede ser calificado y la resolución que lo dispone tiene la eficacia de la sentencia en autoridad de cosa juzgada. Este trámite judicial puede ser reemplazado por la inscripción del contrato en un registro oficial que deberán implementar las autoridades locales y que tendrá los mismos efectos. Ello tiene la ventaja de la agilización del trámite y por el otro, el del control de los contratos pues su reiteración puede ser fácilmente verificada, lo que no ocurre en el caso de calificación judicial. (Brebbia (Pag.44)

Como adelantamos en la introducción de este trabajo, en la actualidad estos contratos de breve término han adquirido gran notoriedad puesto que han dejado de ser un instrumento extraordinario de contratación para pasar a ser una herramienta de uso corriente. Las causas de este fenómeno son diversas y complejas. Tanto arrendadores como arrendatarios recurren a estas modalidades porque no encuentran la seguridad necesaria para obligarse a un emprendimiento prolongado. Entre las causas puede mencionarse la creciente inflación y

el recuerdo de las constantes crisis de los últimos veinte años, durante los cuales mas de cien mil productores agrícolas se vieron obligados a abandonar sus producciones, según datos del censo agropecuario de 2002, que también arroja resultados que demuestran una gran centralización de la tierra y una disminución importante del número de explotaciones agropecuarias, sobre todo de pequeños productores. Cuestiones de índole político que se sucedieron en los últimos años, como la gran crisis política y social del año 2001-2002 o las confrontaciones del sector rural con el Poder Ejecutivo Nacional ocurridas en el año 2008 y obviamente la falta de seguridad jurídica al no contar con una legislación actualizada y suficiente para atender la realidad actual del sector con los importantes cambios tecnológicos y coyunturales tanto a nivel interno como globales que se han verificado en las últimas décadas.

Por nuestra parte, compartimos la opinión de algunos autores como la del *Profesor Eduardo A. Pigretti*:

“Entendemos que estos contratos se hallan excluidos de las de las disposiciones de la ley 13.246, especialmente en lo que respecta a la garantía de una duración mínima, pero que les son aplicables los demás preceptos de dicho ordenamiento legal, en cuanto no sean incompatibles con su naturaleza y características. Supletoriamente los contratos son normados por el Código Civil.” () Pigretti, Eduardo A. y colaboradores, Op. Cit. Pág.. 97.-*

En concordancia con esta última postura, consideramos que los contratos accidentales, si bien están excluidos de la aplicación de la ley de contratos agrarios respecto al plazo, es decir que no se aplica el plazo mínimo vigente de tres años, los mismos **NO** están excluidos de la aplicación de las normas de orden público que contiene la ley 13.246 y las demás normas de orden público aplicables en la materia, es decir las normas ambientales que rigen en el ámbito rural, como ya ha sido explicado anteriormente.

Si esto no fuera así podría caerse en la errónea interpretación de que un “arrendatario accidental” podría desarrollar su actividad sin prácticamente ninguna limitación, pudiendo incluso degradar el suelo, situación expresamente prohibida por el artículo 8 de la Ley de arrendamientos y por la demás normativa ambiental referida.

Formalidades de los contratos

Al respecto el **artículo 40** de la LAAR establece:

“Los contratos a que se refiere la presente ley deberán redactarse por escrito. Si se hubiese omitido tal formalidad, y se pudiese probar su existencia de acuerdo con las disposiciones generales, se lo considerará encuadrado en los preceptos de esta ley y amparado por los beneficios que ella acuerda. Cualquiera de las partes podrá emplazar a la otra a que le otorgue contrato escrito. El contrato podrá ser inscripto por cualquiera de las partes en los registros inmobiliarios a cuyo efecto bastará que el instrumento tenga sus

firmas certificadas por escribano, juez de paz u otro oficial público competente”

Los Proyectos de Ley aquí considerados establecen como formalidades de los contratos de arrendamiento que sean: a) redactados por escrito (I669-D-2010 con firma autenticada por escribano público); y b) inscriptos en registro especial creado por la Ley y en registro inmobiliario que corresponda a la jurisdicción del inmueble.

La doctrina ha expresado que la forma escrita es “ad probationem”, ya que su existencia puede ser probada por otros medios si no se hubiese celebrado por escrito, como por ejemplo mediante los recibos otorgados por el arrendador.

Registración.-

Respecto a la inscripción de los contratos agrarios en el Registro de la Propiedad respectivo de la jurisdicción que corresponda, la propia LAAR establece un mecanismo bastante simple para obtener la registración ya que no será obligatorio que sean celebrados por escritura pública sino solamente que las firmas de las partes estén certificadas. Esta posibilidad está prevista en la **ley nacional número 17.801** de Registro de la Propiedad Inmueble, que en su **Artículo 2** prevé:

“De acuerdo con lo dispuesto por los artículos 2505, 3135 y concordantes del Código Civil, para su publicidad, oponibilidad a terceros y demás previsiones de esta ley, en los mencionados registros se ins-

cribirán o anotarán, según corresponda, los siguientes documentos:...c) Los establecidos por otras leyes nacionales o provinciales”

La LAAR representa una excepción de las previstas en el **artículo 3** de la misma **Ley registral**: *“Para los casos de excepción que establezcan las leyes, podrán ser inscriptos o anotados los instrumentos privados, siempre que la firma de sus otorgantes esté certificada por escribano público, juez de paz o funcionario competente.”*

Pese a los escasos requisitos exigidos, la registración de los documentos no ha sido una práctica muy habitual dado el carácter informal que durante mucho tiempo rigió las relaciones de la gente de campo, sin embargo en la actualidad el ingreso de otros actores que tradicionalmente no pertenecían al ámbito rural, como por ejemplo inversores ocasionales o empresas multinacionales, el hecho de que muchos de los contratos se celebran no ya entre conocidos o vecinos sino entre personas que son contactadas por un intermediario (agente inmobiliario) y que tal vez ni siquiera llegan a tener trato personal, sumado a la gran envergadura que generalmente revisten muchos contratos en términos económicos, amerita aprovechar todos los mecanismos posibles a fin de lograr la mayor seguridad jurídica para las partes. Por estos motivos entendemos que las ventajas de la registración justifican ampliamente de los costos que ésta puede representar así como los trámites que deban realizarse.

En este sentido, citamos la Jurispru-

dencia de la Cámara Segunda, Sala Primera Civil y Comercial de La Plata en autos **“Banco Río de La Plata c/ Bermejo María Luisa s/ Cobro ejecutivo”**, que con fecha 23 de marzo de 2000 dijo:

“El contrato de arrendamiento rural solo tiene efectos contra terceros desde la fecha de su inscripción en el Registro de la Propiedad. Por consiguiente, el cumplimiento de la inscripción del contrato de arrendamiento en el Registro de la Propiedad conforme lo establece el art. 40 de la ley 13.246, texto ordenado según ley 22.298, es condición indispensable para poder ser opuesto a terceros. Si el informe confirma que aquel organismo toma razón del contrato rural de marras, este elemento, mas allá de las observaciones que formula el actor, resulta suficiente para acreditar la existencia de la relación contractual alegada, debiendo, en consecuencia, dejarse constancia expresa en los edictos a librarse del estado de ocupación del referido bien (art. 575 del C.P.C.C) sin perjuicio de otros derechos que pudieran corresponderle al eventual comprador del inmueble”

En otro caso más reciente la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Dolores en autos **“Alemany Massot, Catalina c/Loto, Angel Vicente s/ Incidente de Ejecución”** con fecha 8 de febrero de 2011 citando justamente la Jurisprudencia anteriormente citada, confirmó la sentencia de Primera Instancia que hizo lugar a la suspensión de la subasta solicitada por el arrendatario, ordenando un nuevo mandamiento de constatación y la ampliación del decreto de venta, disponiendo además que en los edictos se haga saber al futuro

adquirente la existencia de un contrato de pastoreo con vigencia hasta el año 2014.

V. Actuación del notario en la contratación agraria

La “apatía” que el Derecho Agrario ha tenido entre los profesionales del Derecho, que se traduce en un menor grado de desarrollo de esta disciplina, comparándola con otras ramas jurídicas, no ha sido la excepción entre los notarios. Por desconocimiento o quizás también algo de desinterés, se ha relegado la actuación de los notarios en la contratación agraria sólo a algunos profesionales especializados o a aquellos que ejercen su función en zonas rurales. No es casual la falta de conocimiento y profundización de la materia por parte de muchos profesionales, si se tiene en cuenta que en los planes de estudio de importantes Facultades de Derecho, como por ejemplo la de la Universidad de Buenos Aires, la materia es meramente optativa para los estudiantes, es decir que muchos egresan y obtienen su título habilitante para ejercer la profesión sin siquiera conocer las reglas básicas de la contratación agraria. Pese a este “déficit” histórico, la gran importancia que en la actualidad está teniendo la actividad agropecuaria debido a la especial coyuntura favorable de la actividad tanto en el plano local como internacional, sumado a la necesidad de darle forma a los contratos a causa de las exigencias fiscales, ha despertado en muchos colegas el interés por estos temas.

Además las nuevas formas de producción, que muchas veces no requieren la presencia constante del productor en el campo que trabaja debido a que cuenta con mejores medios de comunicación y herramientas tecnológicas y las inversiones en la actividad agraria por parte de actores que no pertenecen al ámbito rural tradicional, sumada a que muchos propietarios de predios rurales han optado por arrendar sus campos y vivir en las ciudades, nos enfrentan con una nueva realidad que implica que los contratos agrarios no siempre se celebren en el lugar donde se desarrollará la explotación sino en la ciudad donde se domicilia el arrendador o donde tiene su asiento legal la empresa que se encargará de la explotación, todo lo que conlleva a que notarios que ejercen su función en ámbitos urbanos también sean consultados por los actores de la actividad agropecuaria.-

Por lo antes expuesto, la ingerencia del notario en la contratación agraria puede ser muy activa y dinámica, plasmándose en las distintas etapas de la contratación, a saber:

I) en la etapa de inicio de las relaciones contractuales, es decir de la “formación” del contrato agrario, donde el asesoramiento del notario a las partes es fundamental para crear reglas claras y evitar caer en nulidades por convenciones contrarias al orden público agrario ambiental.

Entendemos que aquí la actuación notarial debe materializarse mediante entrevistas con las partes en forma individual o en

conjunto, donde el notario escuchará las inquietudes de las partes, evacuará sus dudas y les expondrá las diversas posibilidades de instrumentación del contrato; intentando dilucidar cual responde más a las necesidades y/o posibilidades de las partes. Así por ejemplo cabrá recomendar la escritura pública para la instrumentación de un contrato de larga duración o donde invierten capitales considerables, o simplemente donde las partes prefieren contar con la seguridad jurídica que implica la escritura pública. Mientras que tal vez en un acuerdo entre vecinos o personas que se conocen o ya venían desarrollando una relación contractual de tipo informal, por ejemplo un contrato verbal de arrendamiento, la redacción de un contrato por escrito con las firmas certificadas de las partes alcance para cubrir las expectativas y satisfacer las necesidades de las partes contratantes.-

Ya nos hemos referido a la conveniencia de inscribir el contrato en el Registro de la Propiedad por lo que no redundaremos en el tema, pero es válido aclarar que la verificación de que el instrumento a inscribir reúna las condiciones necesarias y eventualmente su rogación ante el Registro, constituyen otra de las incumbencias del notario en esta etapa.

2) Durante la etapa de la “ejecución” de la relación contractual, el notario puede ser consultado o requerido por alguna o ambas partes, ya sea para consultar sobre la interpretación del contrato o para preve-

nir futuros conflictos, por ejemplo si una de las partes entiende que la otra no esta cumpliendo las obligaciones asumidas o no lo esta haciendo en la forma esperada, podrá requerir sus servicios para constatar hechos (por ej.: la forma en que se desarrolla la producción, la cantidad de personal que trabaja en el establecimiento, el sistema de labranza que se utiliza, etc) o también podrá requerírsele actas de notificación, a fin de hacer saber de modo fehaciente a la otra parte su disconformidad o solicitarle información sobre la actividad que se está desarrollando, es de destacar que en este segundo supuesto es probable que tenga injerencia notarios de jurisdicciones no rurales, ya que como dijimos cada vez es más común que los sujetos comprendidos en la actividad (personas físicas o jurídicas) no tengan su domicilio real en las zonas rurales donde se desarrolla la producción.-

3) Por último, en la etapa de culminación de la relación contractual, ya sea que la misma acabe por cumplimiento del plazo contractual previsto o que lo sea por desavenencias entre las partes o por la imposibilidad material de continuar con el negocio, también el notario podrá asesorar a las partes, actuando como “mediador” y asistiéndolos en forma imparcial a fin de que lleguen a un acuerdo que extinga la relación contractual mediante por ejemplo un convenio cuyas cláusulas pueden ser redactadas por el notario, plasmándose la voluntad de las partes, o si esto no es po-

sible, al menos realizar una constatación a fin de que las partes cuenten con elementos probatorios que les permita demostrar sus pretensiones en un proceso judicial (ej.: constatar el estado del predio, su ocupación o desocupación, las mejoras existentes, etc.) y sobre todo que asegure que las cosas o las conductas no queden desvirtuadas con el paso del tiempo, ya que como sabemos los procesos judiciales suelen ser muy largos y durar varios años.

Constataciones notariales.

Una mención especial merece la actuación del notario a través de las **actas de constatación**, ya que *“una de las actividades que atañen al escribano es la de documentar un hecho que puede producir efecto jurídico, en aras de su resguardo”* * (Alvarez, Guillermo M.; “Las nuevas tecnologías. Reflexiones sobre su impacto en las actas notariales” En Revista Notarial Nro.959, Año 2008; Pag.409

Como dijimos antes, constituyen un medio muy útil y eficaz para probar hechos, conductas o situaciones que hacen al desarrollo de la relación contractual agraria; ya que con la contribución de las tecnologías modernas (ej. Obtener la exacta ubicación del predio mediante GPS, utilización de decibelímetros para medir el ruido ambiental, etc) y eventualmente con la asistencia de peritos (ej agrónomos, veterinarios, biólogos, etc) muchas situaciones cuya prueba en un proceso judicial sería muy engorrosa, pueden allanarse cuando el interesado

cuenta con una constatación notarial.- Este instrumento será de utilidad para las partes durante la vigencia de su relación contractual, como lo explicamos antes, y también les servirá para resguardarse frente a terceros como ser el Fisco, ya que en caso de recibir intimaciones o reclamos de pago de impuestos o contribuciones, una constatación de la cual surja por ejemplo la superficie sembrada, le servirá al contribuyente para probar la real magnitud de su explotación y evitar engorrosos expedientes o procesos contenciosos. En este sentido nos parece oportuno citar un trabajo reciente (Landa Liliana, de Picco, Ester, Babini, Vanina y Navarro, Mónica: “Resolución I25/08: Aspectos Procesales: La Prueba” en “Derecho Agrario”, coordinado por **Facciano, Luis A.** T. 4, Nova Tesis, Rosario, 2008. Pag.337)*** en el que las autoras, al tratar los medios probatorios de los que un productor agropecuario puede valerse en un proceso contencioso administrativo mediante el cual el Fisco Nacional pretenda el pago de tributos (“retenciones”) estimando arbitrariamente un monto de producción que el contribuyente considera confiscatorio por no ajustarse a la realidad, mencionan además de la prueba documental e informativa, la “constatación notarial”, al respecto dicen:

“Este medio probatorio reviste fundamental importancia y debe adjuntarse a la demanda; tiene por objeto determinar el área sembrada, cuya producción será materia de comercialización, y para ello es indispensable contar con el asesoramiento de un ingeniero

agronomo, el que determinará la cantidad de hectáreas sembradas, el rendimiento y el costo por hectárea.”

Por otra parte y si bien no vamos a abordar la problemática de las actas en particular, ya que la doctrina notarial ha profundizado extensamente al respecto, quisiéramos detenernos en dos circunstancias que entendemos se relacionan con la temática abordada:

I) cuando al notario se le solicita la constatación de hechos, previamente a aceptar el requerimiento que se le efectúa, el notario evaluará si el solicitante reviste el carácter de “interesado”, para lo cual analizará es muy común observar en estas escrituras fórmulas del tipo: “considero al requirente con interés legítimo por lo que acepto el requerimiento”. Así en el marco de la contratación civil, si la persona o personas que nos requieren constatar por ejemplo el estado de un inmueble, no invoca y eventualmente acredita un interés legítimo (propietario, poseedor, inquilino, etc.) difícilmente el notario acepte el requerimiento, ya que en caso de dudas razonables lo

interpretará restrictivamente (conf. Carmen Magri Cuaderno de Apuntes Notariales Nro.66 Año 2010 y Rubén A.Lamber Nro. 63 Año 2010). Pero como dijimos antes, en materia de contratación agraria rigen principios especiales, propios, distintos a los del derecho común, ya que existe un interés colectivo, de proteger no sólo el orden público económico sino también el orden público ambiental.- Es por ello que en una cuestión ambiental alcanza con probar un interés difuso para estar legitimado a accionar (conf. artículo 43 de la Constitución Nacional y ley provincial de Medio Ambiente nro.II.723).²

En congruencia con los preceptos enunciados, entendemos que una persona que se considere “afectada”, podrá requerir al notario que se constituya en el lugar y constate determinados hechos, por ejemplo si tiene conocimiento que en un predio rural se esta llevando a cabo una determinada práctica que repercute en la erosión o contaminación del suelo, o que provoque la contaminación del agua o del aire o que afecte la biodiversidad, un vecino o grupo de vecinos, una

2 Ley II.723, ARTICULO 36°: En los casos en que el daño o la situación de peligro sea consecuencia de acciones u omisiones de particulares, el afectado, el defensor del pueblo y/o las asociaciones que propendan a la protección del ambiente podrán acudir directamente ante los tribunales ordinarios competentes ejercitando:

- a) Acción de protección a los fines de la prevención de los efectos degradantes que pudieran producirse;
- b) Acción de reparación tendiente a restaurar o recomponer el ambiente y/o los recursos naturales ubicados en el territorio provincial, que hubieren sufrido daños como consecuencia de la intervención del hombre.

ARTICULO 37°: El trámite que se imprimirá a las actuaciones será el correspondiente al juicio sumarísimo.

El accionante podrá instrumentar toda la prueba que asista a sus derechos, solicitar medidas cautelares, e interponer todos los recursos correspondientes”

Asociación cuyo fin sea la defensa de los recursos naturales o de la calidad de vida de la comunidad, aún sin ser parte en la relación contractual (es decir sin ser arrendador ni arrendatario ni contratista ni tener ningún vínculo comercial o laborar con alguna de las partes). Más aún: no reconocerle interés suficiente a un “tercero” que efectivamente resulta o puede llegar a resultar afectado (recuérdese la importancia que revisten las cuestiones ambientales) configuraría por parte del notario requerido una negación injustificada de prestar sus servicios, puesto que estaría desconociendo las normas de carácter superior que referimos.-

2) Sabemos que las constataciones notariales constituyen en un proceso judicial un medio de prueba muy importante. Ahora bien, siguiendo los argumentos enunciados anteriormente, y reconociéndole interés suficiente para actuar en una causa en la que se invoca el derecho al ambiente (art.41 CN y art.28 Constitución Provincia), el actor se encontrará con un obstáculo que muchas veces puede frustrar sus buenas intenciones: la prueba es muy costosa. Pensemos por ejemplo en un vecino o grupo de vecinos, que teniendo conocimiento de que en determinado establecimiento rural se está llevando adelante una práctica que repercute en la contaminación del suelo y del agua (por utilización de sustancias prohibidas según la nomenclatura del SENASA), interesados en que los responsables del lugar cesen en la actividad lesiva, intentan recabar

pruebas, pero contratar a un notario para que requerirle que labre un acta de constatación y se tomen muestras de tierra y agua para su posterior análisis, puede resultar gravoso y tal vez no cuenten con los medios para solventarlo. Por otra parte de acuerdo a los preceptos constitucionales, “las autoridades proveerán a la protección del derecho” (art.41 CN) y de la Provincia de Buenos Aires **“deberá preservar, recuperar y conservar los recursos naturales, renovables y no renovables del territorio de la Provincia; planificar el aprovechamiento racional de los mismos; controlar el impacto ambiental de todas las actividades que perjudiquen al ecosistema; promover acciones que eviten la contaminación del aire, agua y suelo”** (art.28 CP).

Por todo ello consideramos que sería necesario arbitrar los medios para que los afectados puedan acceder a los mecanismos idóneos que les permitan probar y fundar sus reclamos. Así consideramos que la Provincia debería asumir los costos de los medios probatorios, más aún considerando que no existen en la actualidad fiscalías ambientales y que los funcionarios que actúan en la órbita de la autoridad ambiental provincial no son suficientes para cumplir con la delicada tarea de la protección del Ambiente.

Mediante convenios con las autoridades Provinciales o Municipales se podría instrumentar que las actas de constatación que los notarios efectúen, a requerimiento de quienes acrediten su calidad de afectados

y que persigan no sólo intereses personales sino la defensa del derecho que toda la comunidad tiene a gozar de un ambiente sano, no tengan costo para el o los requirentes y que éste sea asumido por la Provincia o la Municipalidad respectiva, quienes a su vez trasladarán los costos a los responsables de las conductas lesivas (siguiendo el ejemplo anterior: al arrendatario o contratista que utilizaba productos para fumigar prohibidos) por la aplicación del principio “contaminador-pagador” que surge de la propia normativa: **“Toda persona física o jurídica cuya acción u omisión pueda degradar el ambiente está obligada a tomar todas las precauciones para evitarlo.” (art.28 Constitución Provincial).**

Entendemos que esta postura se sustenta también en la **Ley de Medio Ambiente de la Provincia de Buenos Aires** número **II.723**, que en entre los derechos y deberes de los habitantes, establece:

“ARTICULO 2º: EL Estado Provincial garantiza a todos sus habitantes los siguientes derechos:

Inciso a): A gozar de un ambiente sano, adecuado para el desarrollo armónico de la persona.-

Inciso d): A solicitar a las autoridades de adopción de medidas tendientes al logro del objeto de la presente ley, y a denunciar el incumplimiento de la misma”.-

De acuerdo a las normas referidas, vemos que corresponde a las autoridades (nacionales, provinciales, municipales) proveer a la protección del derecho al Ambiente y por consiguiente éstas deben arbitrar los

medios necesarios para asegurar a todos los habitantes y aún a las generaciones futuras, el goce y disfrute de este derecho fundamental. Sin desconocer esta obligación estatal, coincidimos con la opinión del jurista Eduardo A.Pigretti en el sentido de reconocer la “incapacidad del Estado” para resolver por sí solo las cuestiones ambientales. Por lo cual es imprescindible la participación activa y comprometida de los particulares, quienes deberán denunciar los casos de degradación de los recursos naturales y contaminación del ambiente, para lo cual la posibilidad de contar con constataciones fehacientes de los hechos (actas notariales, por ejemplo) de fácil concreción y sin costo para el denunciante, sería de gran utilidad práctica.

CONCLUSION

Luego del análisis realizado no tenemos dudas en afirmar que es imprescindible una pronta reforma a la Ley de Arrendamientos y Aparcerías Rurales y que la nueva normativa debería incluir a todos los contratos que versen sobre la actividad agropecuaria. Además de los clásicos contratos de arrendamiento y aparcería y los llamados “accidentales”, deberá regular los atípicos, siendo indispensable también que la nueva ley se adecue a la normativa ambiental que rige en la materia, puesto que la agricultura o la cría de animales no pueden desenvolverse fuera de las normas establecidas para la tutela del ambiente porque la actividad

agropecuaria y la naturaleza están siempre indisolublemente unidas ya que el medio en que se desarrollan las primeras es justamente la naturaleza.

Creemos que la intervención del Estado en materia de contratos agrarios, a través de la sanción de normas de orden público no debe entenderse como una limitación a los derechos individuales de las personas o una intromisión a la libertad de contratación sino como un elemento necesario para lograr tanto el bienestar general como el desarrollo sustentable del sector.

Para que la futura normativa sobre contratos agrarios que se sancione no resulte de la imposición de las autoridades o responda sólo a los intereses de ciertos sectores, es de trascendental importancia la participación de toda la sociedad, ya que no esta en juego solamente el desarrollo económico del sector rural, sino también valores tan importantes como la seguridad alimentaria, la preservación de los recursos naturales y el derecho de todos de gozar de un ambiente sano.

Los notarios, desempeñamos en esta

problemática un rol muy importante, que a su vez se verifica en una doble responsabilidad: por un lado como miembros de nuestra comunidad somos interesados directos en que se preserven los recursos naturales, que los alimentos que consumimos sean seguros, que nuestros descendientes también puedan gozar de un ambiente sano y equilibrado, y por otra parte, como profesionales del Derecho nos compete informar, asesorar y ayudar a cumplir la normativa ambiental-agraria a quienes requieran nuestros servicios.

Estamos transitando un momento muy interesante porque es justamente ahora cuando se están discutiendo los cambios que deberá realizarse a la normativa que rige en la materia que hemos analizado. De nosotros depende no dejar pasar la oportunidad de involucrarnos en una problemática, que como dijimos, nos incumbe a TODOS. Tenemos la convicción de que la discusión de estos temas en las Jornadas Notariales Bonaerenses representa una manera y una oportunidad de participar.





III. JURISPRUDENCIA



Lomas de Zamora, a los 16 de Febrero de 2011, reunidos en Acuerdo Ordinario los señores jueces que integran esta Excma. Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial, Sala I, de este Departamento Judicial, Dres. Norberto Horacio Basile y Julio R. Rodríguez Herlein con la presencia del Secretario actuante, se trajo a despacho, para dictar sentencia, la causa n° 68143, caratulada: “FONTAN, DANIEL C/ MATEO, STELLA S/ Daños y Perjuicios”.- De conformidad con lo dispuesto por los artículos 168 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires y 266 del Código Procesal Civil y Comercial, del mismo Estado, la Excma. Cámara resolvió plantear las siguientes:

-CUESTIONES-

1°.- Es justa la sentencia dictada?

2°.- Qué corresponde decidir?

Practicado el sorteo de ley (art. 263, última parte, Cód. Proc.), dio el siguiente orden de votación: Dres. Basile y Rodríguez Herlein.

-VOTACION-

A la primera cuestión, el Dr. Basile dice:

I.- El señor Juez titular del Juzgado

de Primera Instancia en lo Civil y Comercial N°1 departamental, dictó sentencia a fs. 224/235 rechazando las excepciones opuestas por la codemandada Nelida Occhipinti y haciendo lugar a la demanda que por repetición de lo pagado dedujera Daniel Reinaldo Fontan contra Stella Maris Mateo y Nelida Occhipinti. Rechazó el planteo de inconstitucionalidad de la ley 23.928, con costas. Impuso las costas del proceso a las accionadas y difirió la regulación de honorarios para su oportunidad.//-

El pronunciamiento fue apelado a fs. 236 por la parte actora y a fs. 240 por la accionada Mateo.-

Radicadas las presentes actuaciones en esta Sala, a fs. 249/254 expresó agravios la parte actora y a fs. 255/256 lo hizo la accionada Mateo. Corrido el pertinente traslado, a fs. 258/259 replicó la accionada Mateo.-

A fs. 260 se llamó la causa para dictar sentencia por providencia que se encuentra consentida.-

DE LOS AGRAVIOS.-

II.- Se agravia el actor del rechazo del reembolso de las expensas que fueran abo-

nadas con anterioridad a julio de 1995 sosteniendo que se encuentra debidamente acreditado dicho desembolso debido a los informes recabados en el presente juicio, los expedientes conexos y las declaraciones testimoniales brindadas en el expediente, las que fueran incorrectamente dejadas de lado por el señor juez de anterior grado.-

Asimismo, cuestiona el reembolso parcial de los montos abonados en concepto de tendido de gas, la no extensión de la solidaridad al pago de las expensas y el rechazo del daño moral.-

Por su parte, la accionada Mateo se agravia de la falta de consideración por parte del sentenciante de anterior grado de la defensa que oportunamente interpusiera en relación a los alcances de la transacción referida al juicio seguido por Alejandro Bardelli contra el consorcio de copropietarios. Sostiene que las expensas extraordinarias que generó dicha transacción no () pueden serle oponibles ya que en dicho juicio no hubo sentencia firme, además de considerar abultados los importes reconocidos en concepto de honorarios y aportes a los letrados intervinientes.-

CONSIDERACION DE LAS QUEJAS.-

III.- Primeramente habré de analizar la procedencia de las quejas vertidas por la accionada Mateo, las cuales no habrán de recibir favorable acogida, por chocar con el valladar del artículo 272 del rito.-

La cuestión que se trae a esta Alzada, nunca

fue propuesta en la instancia de origen, resultando vedado al Tribunal su tratamiento (artículo 272 Código Procesal). Porque el Tribunal no podrá fallar sobre capítulos no propuestos a la decisión del Juez de primera instancia, quedando así vedado a la Cámara tratar argumentos no propuestos en los escritos introductorios de la demanda, contestación o reconvencción en su caso, precisamente, porque a la demanda de la nueva propuesta le faltaría el primer grado de jurisdicción. En consecuencia la expresión de agravios no es la vía para introducir nuevos planteamientos o defensas que debieron deducirse en el correspondiente estadio procesal (esta Sala, Causa:62366 RSD-257-6 S I4-9-2006, in re “Araujo, Agueda c/ Doncelom S.C. s/ Cumplimiento de contrato”;; Causa:64104 RSD: 366/07 S 23-10-2007 in re “Caiño, Maria c/Solis, Tomas Ismael s/Reivindicación”).-

Deben recordarse liminares principios que hacen al régimen de la doble instancia, pues en el sistema escriturario la apelación no configura un nuevo juicio -“novum iudicium” - que posibilita que las partes incorporen nuevas pretensiones y oposiciones. El cometido del órgano “ad quem” se limita a verificar, sobre el piso de marcha de la sentencia de mérito impugnada, el acierto o error en que haya incurrido el sentenciante de la instancia de origen en ese acto procesal decisorio. De allí, que la Cámara de Apelación únicamente puede pronunciarse respecto de las cuestiones involucradas en los escritos constitutivos de la litis, todo

ello sin perjuicio de la excepción que puedan ofrecer los hechos nuevos o bien respecto de aquellas materias que, por razones de índole temporal, no fueron susceptibles de decisión por parte del “iudex a quo” (conf. Palacio, Derecho Procesal Civil, v. V, pp. 81/82 y 460; Cam. 2°, Sala I, La Plata, causa B-59197, reg. sent. 53/86).-

De la lectura del escrito de fs. 106/109, en el cual la demandada apelante contesta demanda y opone excepción no se advierte la introducción del cuestionamiento que en la expresión de agravios se dice preterido por el magistrado de anterior grado. Solamente se ha realizado la negativa puntual de los hechos invocados por el actor en su escrito inaugural, además de la versión de los hechos que propone la accionada, la citación de un tercero que a la postre no prosperó y la impugnación de ciertos rubros indemnizatorios, mas no existe una referencia puntual al argumento que se enarbola en este momento para dar sustento al agravio que trae a consideración de la Alzada.-

En consecuencia, la cuestión referida a los alcances de la transacción a la que el Consorcio llegó en los respectivos juicios que eran seguidos en su contra, no puede ser analizada por la Alzada ya que no fue sometida a la consideración del Juez de la anterior instancia, por lo cual las quejas de la accionada Mateo no habrán de ser consideradas.-

IV.- Seguidamente habré de analizar los agravios del actor, comenzando por el rela-

tivo al rechazo del reclamo de la expensas anteriores a julio de 1995.-

Para así resolver el señor magistrado sentenciante de anterior grado hizo especial mención de la ausencia de prueba en relación a la efectiva realización del desembolso y, en su caso, el monto del mismo.

La parte recurrente pretende que sean reconocidos dichos montos en relación a la certificación que hace el administrador respecto a que toda la deuda ha sido abonada por su persona.-

A poco que se analiza el informe de fs. 205 en el cual el Administrador actual del consorcio certifica sobre la existencia de diversas deudas relacionadas con el inmueble, ya sea por expensas ordinarias como extraordinarias, se advierte que no se ha podido acreditar la existencia de deudas o pagos anteriores a julio de 1995, debido a la inexistencia de documentación respaldatoria de la anterior gestión.-

Así las cosas, no habiendo arrimado a estas actuaciones la prueba asertiva de sus afirmaciones, corresponde que sufra las consecuencias del incumplimiento de la carga procesal que contiene el artículo 375 del rito.-

Tampoco es suficiente el argumento desplegado en relación al presunto reconocimiento de la documentación realizado por la accionada Mateo, ya que los documentos que dice estar reconociendo por su desconocimiento defectuoso, no le pertenecen. Es clara la normativa del artículo 354 del rito. Los documentos susceptibles de

ser reconocidos en ocasión de contestar el traslado de la demanda son “los documentos acompañados que se le atribuyeren...”. No han sido sometidos al reconocimiento de la accionada documentos cuya autoría se indique, por lo cual no puede válidamente reconocer ninguno de ellos.-

A mayor abundamiento, el recibo que en copia certificada se acompaña a fs. 24 vuelta, daría cuenta de la existencia de un pago realizado por la accionada, por lo cual no correspondería su reconocimiento en cabeza del actor.-

No puede válidamente el actor pretender darle otra significación a dicho documento, sin intentar desvirtuar lo que prístinamente trasluce: que el pago de \$ 774,14 ha sido realizado por la accionada Mateo.-

En consecuencia, corresponde confirmar la sentencia en este punto, lo cual dejo propuesto al Acuerdo.-

V.- Se agravia el actor del reconocimiento parcial de los montos abonados en concepto de deuda por tendido de gas, sosteniendo que el señor magistrado de anterior grado debió haber ordenado una medida para mejor proveer para requerir los originales si la copia acompañada era ilegible.-

Ordenar medidas para mejor proveer constituye una facultad propia del tribunal, mas no configura una obligación legal a su cargo (con tal alcance, SCBA, L 57274 S 14-5-96, in re “Casco, Juan c/ A.S.T.A.R.S.A. s/ Cobro” en DJBA 151, 81 - TSS 1997, 27).-

Siendo así, y desde esta óptica, las medidas para mejor proveer no pueden ser solicitadas por las partes.-

La facultad de ordenar medidas para mejor proveer no configura una obligación legal que deba observar o imponerse al juzgador, ni de sus potestades instructorias o de investigación puede inferirse que las partes estén relevadas de demostrar los extremos en que fundan sus pretensiones, ya que son ellas quienes tienen la carga de aportar la prueba de sus afirmaciones o en caso contrario, soportar las consecuencias de omitir ese imperativo en el propio interés.-

Las facultades instructorias no pueden ser actuadas para suplir la negligencia en que hubiera incurrido cualquiera de las partes en la producción de la prueba por ella ofrecida, ya que lo contrario importaría afectar la igualdad que tienen los jueces el deber de mantener entre los litigantes (SCBA, AC 83414 S 5-II-2003, in re “Peralta, Angel Humberto c/ Municipalidad de Salto s/ Daños y perjuicios”).-

Del cotejo de fs. 24 logra extraerse con facilidad el monto del comprobante n° 27085, el que asciende a \$ 382,70, mas no ocurre lo mismo con el n° 0001-00000414, ya que no puede leerse, ni siquiera con esfuerzo, el importe que fue solventado en dicha oportunidad.-

Y es incorrecta la postura asumida por el recurrente en cuanto a que debió haber sido el juez quien disponga la realización de medidas probatorias para acreditar el monto al que asciende dicho comprobante.-

te, ya que de esa forma se estaría poniendo en el lugar de uno de los litigantes, violentando el derecho de defensa en juicio y su imparcialidad, supliendo la inactividad de la parte.-

En consecuencia, corresponde confirmar la sentencia en dicho ítem, lo cual dejo propuesto al Acuerdo.-

VI.- Es necesario poner de resalto que la valoración de la prueba testimonial y su fuerza probatoria deben apreciarse según las reglas de la sana lógica, procurando desentrañar el mérito o la inconsistencia de la declaración con las demás circunstancias de la causa que corroboren o disminuyan su fuerza, observando igualmente la calidad de los testigos.-

Los magistrados son soberanos en la apreciación de las declaraciones testimoniales, analizadas como se ha efectuado, conforme las reglas de la sana crítica (art. 384 CPC).-

Los jueces no solamente concluyen en sus sentencias con el literal confornte de los testimonios que se les brinda en análisis, sino que lo hacen al materializar en ellos su lógico pensamiento luego de formarse convicción de la verdad moral como terceros imparciales en la contienda, dando así valor a las deposiciones que se conforman con la realidad (esta Sala, RSD: 245/06 in re “Gallo, Edelmira Elsa c/Cersosimo, Arturo Horacio s/Interdicto de recobrar” Exp: 62131; RSD: 358/07 “Sosa, Lina c/Exp. Caraza SA s/Ds y Ps” causa: 63795).-

Un testigo es atendible cuando su declaración es idónea para crear la convicción del juez sobre la verdad de los hechos a los cuales se refiere. En este orden, para apreciar la eficacia del testigo, deben atenderse las circunstancias o motivos que corroboran o disminuyen la fuerza de sus declaraciones, pues ni el juramento de decir verdad impuesto por la ley ni las manifestaciones formuladas al responder por las generales de la ley impiden que el juez ejerza la potestad legal de apreciarlas según las reglas de la sana crítica (esta Sala, RSD: 245/06 in re “Gallo, Edelmira Elsa c/Cersosimo, Arturo Horacio s/Interdicto de recobrar” Exp: 62131; RSD: 358/07 “Sosa, Lina c/Exp. Caraza SA s/Ds y Ps” causa: 63795).- Los testimonios brindados en la causa, si bien mencionan el interés de beneficiar al actor, no aparecen como decididamente falaces, si no que por el contrario, reflejan los hechos que han sido comprobados en la causa.-

Sin perjuicio de ello, no benefician la postura del accionante ya que ellos mencionan en forma vaga que el accionante debió abonar montos similares al precio del departamento, pero no logran determinar en qué concepto y a qué suma ascenderían dichos pagos.-

VII.- Respecto al agravio referido a la falta de condena solidaria entre la enajenante y la escribana interviniente corresponde, para dar respuesta al interrogante, analizar la existencia de obligación en cabeza del no-

tario que autoriza la escritura traslativa de dominio de un inmueble sometido al Régimen de Propiedad Horizontal de requerir la certificación respecto a las deudas por expensas que pesan sobre el inmueble, la cual tendría pie en el artículo 6° del decreto 18734/49 reglamentario de la ley 13512.- Dicho dispositivo legal impone un deber de información en cabeza del administrador del consorcio respecto a los escribanos que soliciten la certificación a la que alude dicho artículo. Es del caso señalar que éste solamente menciona la certificación de las expensas comunes, y como dicen Elena Highton y Ana y Rosa Vila en su artículo publicado en *El Derecho* 154,1019, las deudas que el administrador debe certificar son aquellas que han sido efectivamente facturadas. Pueden tratarse de expensas ordinarias o extraordinarias, mas distinta situación sucede con los créditos del consorcio relativos a deudas suscitadas en expedientes judiciales que se encuentran en trámite. En esos casos el consorcio no es titular de crédito alguno respecto del transmitente. Si se llega a la situación de una sentencia condenatoria contra el consorcio, lo que era un peligro se transformará en una efectiva privación al prorratearse la deuda entre los copropietarios y transformarse en cuota exigible al adquirente, quien deberá responder por una deuda originada en título o causa anterior a su adquisición.-

En resumen, y lo que aparece como corrolario de lo expresado, es que la información que debe ser suministrada al escriba-

no es la referente a las expensas comunes ya facturadas, y no las que puedan surgir de juicios en trámite. La discusión en torno a la necesidad o conveniencia de modificar el régimen legal del caso excede, lógicamente, el marco de la resolución judicial que se dicta.-

En consecuencia, no pesa sobre el escribano el deber de requerir certificación por las deudas que podrían provenir de causas judiciales, lo cual sella la suerte adversa de la queja del accionante.-

VIII.- Es motivo de agravio del actor el rechazo de la reparación en concepto de daño moral.-

Se ha dicho que cuando se trata de la reparación del agravio moral, el principio de que el dinero es el común denominador de todos los valores pierde vigencia, porque ni el dolor, ni las afecciones íntimas, ni los padecimientos físicos o espirituales son susceptibles de apreciación pecuniaria. Se ha contestado a este argumento que es confundir arbitrariedad con estimación razonable o prudencial. En muchos casos los códigos ordenan reparaciones prudenciales porque su estimación pecuniaria dada en términos absolutos es prácticamente imposible. Se ha dicho -siguiendo a Ihering- que el dinero, no sólo tiene una función reparadora o compensatoria, sino también una función satisfactoria; esta función cumplida por el dinero no puede calificarse ni de impura ni espuria ni de moralmente rechazable. El dinero es de valor neutro. Ni bueno ni malo. Todo depende del empleo que se

le dé (Belluscio “Codigo Civil y leyes complementarias” Tomo 5, pag. 110, año 1984, Ed. Astrea).-

Sin perjuicio de la dificultad que genera justipreciar el daño moral, es del caso señalar que la suma que se fije a efectos de reparar el perjuicio sufrido no debe enervar un enriquecimiento desmedido para el accionante, ya que de esa manera se desnaturalizaría el objetivo de la reparación.-

Es facultad privativa del juez conceder tal rubro indemnizatorio para equilibrar el patrimonio desquiciado, siendo solamente él quien puede apreciar las circunstancias del hecho lesivo, claro está, como supra quedara dicho, acreditado el incumplimiento contractual y luego la existencia del daño, en relación causal con aquél (arts. 519 y 522 C&d. Civil).-

El Derecho no sólo protege a la persona en su integridad y en su patrimonio económico, sino también en su patrimonio moral o afectivo; de aquí que todo daño inferido a la personalidad, especialmente a la sensibilidad a través de sus manifestaciones de honor, paz, dignidad, pudor, etc., obligue a su autor a indemnizarlo (Morello, Augusto, “Indemnización del daño contractual” pag. 432 y sigtes 3¹ edición, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2003).-

Es decir, que tratándose de la reparación del daño extrapatrimonial, juegan principios similares a los del daño patrimonial. Concretamente: que la indemnización por daño moral no constituye en sí misma ninguna “sanción” (en el concepto de pena)

(o cuanto más juega ese doble papel) (Morello, Augusto, “Indemnización del daño contractual” pag. 432 y sigtes 3^o edición, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2003).-

Que ese resarcimiento sólo procederá, como ocurre con la admisibilidad de los diversos rubros de los daños patrimoniales, siempre que estén acreditados los presupuestos que condicionan su acogimiento, de los cuales el fundamental es el de que realmente exista, por lo que deberá haber sido objeto de prueba (Morello, Augusto, “Indemnización del daño contractual” pag. 32 y sigtes 3^o edición, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2003).-

Cuando en los casos en los cuales el reclamo de la reparación del daño moral tiene origen en la existencia de un incumplimiento contractual, la aplicación de la norma contenida en el art. 522 del Código Civil, debe ser efectuada con criterio restrictivo, para evitar atender reclamos que respondan a una susceptibilidad excesiva o que carezcan de significativa trascendencia jurídica, quedando a cargo de quien lo invoca la acreditación precisa del perjuicio que se alega haber sufrido. En tal sentido se requiere la clara demostración de la existencia de una lesión de sentimientos, de afecciones o de tranquilidad anímica que no pueden ni deben confundirse con las inquietudes propias y corrientes del unda de los pleitos o de los negocios. En conclusión, no toda perturbación en el orden normal de las cosas ha de traducirse en la admisión del daño moral. Este debe ser demostrado en

su existencia, virtualidad y agravio que le haya podido motivar, de acuerdo a las circunstancias del caso (esta Sala, Exp:63223 RSD-207-7 S 5-6-2007, in re “Mansilla, Oscar c/ Shell CAPSA s/ Cobro de pesos y daños y perjuicios”).-

De la compulsa de los presentes obrados no se advierte acreditada la existencia de sufrimientos, perturbaciones del espíritu o padecimientos demostrativos de la lesión a la esfera extrapatrimonial del actor, por lo que propongo al Acuerdo confirmar la sentencia en relación al rechazo del daño moral.-

IX.- Finalmente, es motivo de agravio del accionante la distribución de las costas del proceso.-

La calidad de vencido está dada por el enfoque global del resultado de la contienda, por lo que no se admite parcelar el litigio en relación a los reclamos (SCBA, II/9/73, AyS, I973-II-I44).-

Ello implica que el éxito parcial de la demanda no impide calificar al accionado en su carácter de vencido; así aunque la misma haya prosperado en mínima parte. Corresponde entonces que la demandada soporte las costas si las reclamaciones de la accionante progresan en lo sustancial (SCBA, 6/5/80, “Reseña”, 1980, p. 127, n° 251). Esto no se opone a que en la Alzada se tenga en cuenta el éxito de los recurrentes en cuanto fuera materia de apelación (art. 68 del C.P.C.C.; SCBA, Ac. 35.471, S 12-6-I986; Id. Ac. 47.853, S I7-12-I991;

Id. Ac. 66.733 S 23-5-2001, CALZ, autos “Rios Norma B. c/ Munic. de Alte. Brown s/ Daños y Perjuicios”, Sala I° Reg. Sent. Def. 410, septiembre/04).-

A mayor abundamiento debemos señalar que el principio general en materia de costas en la ley procesal tiene indudable filiación objetiva, manteniéndose fiel al perfil chiovendiano de la “soccombenza”; se atiende al resultado del proceso. Este criterio es de interpretación más estricta tratándose de incidentes, ya que en principio sólo puede eximirse al vencido cuando se trate de cuestiones dudosas de derecho, habiéndose entendido que su fundamento puede encontrarse en la necesidad de evitar la proliferación de tales incidentes (Morello y colab., “Códigos...”, t II, pgs. 385, 387).-

Como principio, mediando litisconsorcio de cualquier clase, las costas deben distribuirse entre los litisconsortes obligados a soportarlas. La distribución podrá efectuarse en función del interés que cada consorte tuviera en la litis, si difieren considerablemente. Pero si la condena es solidaria en cuanto al fondo, lo accesorio, que son las costas, seguirá la misma suerte (Morello-Sosa-Berizonce, “Códigos Procesales...” T°II-B, pag. 239, Ed. Abeledo-Perrot, 2002).-

La existencia de un litisconsorcio pasivo no genera “per se” la solidaridad de la obligación de los demandados de pagar las costas causídicas, sino que debe atenderse a la índole de la relación jurídica sustancial (CNCom, Sala E, 1998/08/05 in re “Ar-

cer SA s/Quiebra c. Richco Cereales SA, La Ley, 1999-F, 818).-

Si bien el apelante reclama que las costas sean impuestas en forma solidaria para el supuesto que sea receptada favorablemente la queja, es del caso señalar que la naturaleza de la acción intentada y la forma que en la que ha sido resuelta la cuestión, no permiten acceder a lo solicitado en cuanto a la solidaridad de la imposición de las mismas (arts. 68 y 75 CPCC), por lo que es mi propuesta al Acuerdo confirmar la sentencia en relación a la imposición de costas en la instancia de origen.-

En virtud de estas consideraciones -VOTO POR LA AFIRMATIVA-

A la misma primera cuestión, el Dr. Rodríguez Herlein, por consideraciones análogas, TAMBIEN VOTA POR LA AFIRMATIVA.-

A la segunda cuestión, el Dr. Basile dice: Visto el acuerdo logrado al tratar la cuestión que antecede, corresponde confirmar la sentencia apelada. Las costas de Alzada

habrán de ser soportadas por la accionada apelante vencida (art. 68 CPCC). Los honorarios profesionales se regularán en su oportunidad (Ley 8904).-

ASI LO VOTO-

A la misma segunda cuestión, el Dr. Rodríguez Herlein, por compartir fundamentos, VOTA EN IGUAL SENTIDO.-

Con lo que terminó el Acuerdo dictándose la siguiente SENTENCIA.-

En el Acuerdo quedó establecido que la sentencia es justa y debe ser confirmada.-

POR ELLO, CONSIDERACIONES del Acuerdo que antecede y CITAS LEGALES, confirmase la sentencia apelada.- Costas de Alzada a la accionada apelante vencida.-

Diférese la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.-

Regístrese. Notifíquese y, consentida o ejecutoriada, devuélvase a la instancia de origen.//-

Fdo.: Norberto Horacio Basile - Julio R Rodríguez Herlein.-



CENTRO DE ESTUDIOS NOTARIALES
de la Delegación Lomas de Zamora
del Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires

