

# REVISTA NOTARIAL

*Pretium*

*Fidei*



Año V - N° 5 - Junio 2003

# REVISTA NOTARIAL

*Pretium  
Fidei*



**JUNIO 2003**

---





**COLEGIO DE ESCRIBANOS**  
**SAN SALVADOR DE JUJUY - REPUBLICA ARGENTINA**

Ley 4884

**COMISION DIRECTIVA**  
**COLEGIO DE ESCRIBANOS**  
**DE LA PROVINCIA DE JUJUY**

**PRESIDENTE**  
**ENRIQUE JORGE GRANARA**

**SECRETARIA**  
**MARIA EUGENIA VARGAS**

**TESORERA**  
**VERONICA CUADRI**

**VOCALES**  
**E.M. ELENA CONTRERAS DE TORO**

**Revista Notarial "Pretium Fidei"**  
**Dirección: Silvina María chain Molina**

**La Editorial no se responsabiliza de los contenidos de artículos firmados**

---



# Revista Notarial

COLEGIO DE ESCRIBANOS DE JUJUY.

NUMERO 5 - JUNIO 2003.-

## SUMARIO

### 1. Nota Editorial

### 2. Sección Institucional

-Nota informativa – Archivo de Protocolos Notariales

### 3. Reportaje: Not. Enrique Jorge Granara

-Últimos Proyectos de Ley o nuevas Leyes de interés de los escribanos.-

### 4. Doctrina

-Hipoteca en garantía de créditos en cuenta corriente. Not. Lilia Noemí Díez. (Prov. de Chaco)

-Conclusiones de la X JORNADA NOTARIAL IBEROAMERICANA. España 2002.- Not. María Cristina Palacios.-

-Cesión de acciones y derechos hereditarios. Conferencia de la Not. Eleonora Casabé en el V SEMINARIO DE DERECHO REGISTRAL. Jujuy. 13/9/2001. Desgrabación de la Not. Susana Macina de Carrera.-

-Actas de notificación judicial Not. Corina C.B. de Rojo

-Nulidades Instrumentales Not. Corina C.B. de Rojo

Not. Carolina Alexander

### 5. Notariado Novel:

-Barrios cerrados. Not. Julio Acuña.-

### 6. Jurisprudencia

-Fallo de la Corte Suprema de Justicia de al Nación: «San Luis, Provincia de, c/ Estado Nacional s/ acción de amparo».- Not. Silvina María Chaín Molina.-

### 7. Humor y Poesía:

-Gráfico por A.R. Ugarte.-

La Revista no es responsable del  
contenido de los artículos firmados  
por sus autores.-





## Nota EDITORIAL

*Asistimos a una etapa de numerosos cambios: cambio de sistema monetario y económico, la conclusión de una guerra internacional de singular trascendencia y política internacional, cambio de la máxima autoridad en la Nación, todo lo que necesariamente otorga al panorama la sorpresa y expectativa de los resultados a corto plazo.*

*En el ámbito local y en lo tocante a nuestra profesión he recogido opiniones verbales en el sentido de una moción respecto a la famosa «cédula fiscal» que conlleva la exigencia de tener al día los impuestos para expedirla y permitir los cobros al Estado. Algún colega se mostró interesado en sugerir por este medio, que la evasión se acabaría o disminuiría si los impuestos bajarán: ej. Ingresos brutos: reducir el mínimo a \$50 por año (y así consiguientemente la alícuota de crecimiento); en autónomos (para la categoría de inicio): \$30 por mes. EN cuanto al Impuesto inmobiliario, hay zonas en que es desproporcionadamente baja o alto, según el caso y debería equilibrarse. Por último, en el ámbito de la Nación, reducir el monotributo a \$15 por mes en la primera categoría y así sucesivamente con las alícuotas correspondientes.-*

*El punto es que la mayoría de la gente, de poder hacerlo obviamente elige estar al día con sus impuestos y sólo evade ante la imposibilidad de hacerlo o ante la opción de priorizar otros gastos que entienda de mayor jerarquía y ...» como para todo no alcanza»... Parece una moción razonable. Conozco un extranjero que decía: Ustedes en vez de facilitar los negocios parecería que los complican (así como hacemos unas empanadas y un dulce de leche BÁRBAROS).-*

*LA PREGUNTA es: ¿No es preferible recaudar con SEGURIDAD \$100 mensuales por cabeza antes que FOMENTAR LA EVASIÓN con Impuestos que NADIE paga? Parece que 100 es mejor que 0; y estos 100 por la cantidad de personas activas en la República Argentina, daría una cifra interesante de recaudación que HOY es totalmente ilusoria (y si no prueben de encuestar para descubrir que MUY POCA GENTE CUMPLE CON SUS OBLIGACIONES TRIBUTARIAS y en muchos casos no se trata de vivos sino de una verdadera imposibilidad). TODO UN TEMA A CONSIDERAR por quienes les compete el tema.-*







**SECCION INSTITUCIONAL**





## **NOTA INFORMATIVA. ARCHIVO DE PROTOCOLOS NOTARIALES.**

Notaria Hilda Graciela Giménez.

EL COLEGIO DE ESCRIBANOS DE LA PROVINCIA JUJUY dando cumplimiento a los términos de la Ley N° 5218, del año 2000, tomo a su cargo la organización, custodia y conservación de los Protocolos Notariales y Legajos de comprobantes que lleven los Notarios en el ejercicio de su profesión.

Dada la gran importancia social, histórica, cultural, jurídica y notarial, de la documentación a trasladar, la tarea fue realizada con un minucioso control y un especial cuidado, a cargo de integrantes del Consejo Directivo y de Notarios Noveles. Asimismo se adoptaron ciertas medidas de seguridad, para lo cual se contó con la valiosísima colaboración del Director y Personal de Custodia del Servicio Penitenciario de la Provincia. Luego, de ésta, la primera etapa, se continuó con la organización del Archivo, a cargo de especialistas, contratadas para cumplir eficazmente la labor.

### **El Archivo de Protocolos Notariales de Jujuy, cuenta con dos secciones:**

♦**Sección A:** comprende el sector que se denomina «histórico», en el cual se encuentran Protocolos desde el año 1923, del Notario Duran Castro, hasta del año 1982, del Escribano Hugo Brizuela. La particularidad de esta sección es que los Registros Notariales no tenían una designación numérica.

♦**Sección B:** Se encuentran Protocolos desde el año 1945, con instrumentos autorizados por el Esc. Jorge Alberto Frías (P), hasta nuestros días. La organización de este sector se hizo teniendo en cuenta los números de Registros que se asignaron a cada Notario.

Aproximadamente hoy se cuenta con 2500 tomos de Protocolos.

Se restauraron algunos tomos, que por el transcurso del tiempo y su tamaño fueron deteriorándose.

Se reencuadernarán aquellos tomos que no cumplen con las medidas exigidas por el Reglamento de encuadernación.

En la tercera etapa, se procedió a invitar a los notarios a acercar hasta el Archivo, los Protocolos que se encontraran en sus escribanías, ya encuadernados.

Se proporciona a los Notarios la posibilidad de que la encuadernación de los Protocolos sea realizada por el mismo Archivo, y de esa forma poder cumplir con la tarea final de digitalización y de la formación de una base de datos. Lo que marcará una nueva etapa, de este importante proceso. La digitalización, permitirá acceder al cuerpo de los Instrumentos Públicos, sin necesidad de manipular la documentación, manteniéndola al resguardo de factores

que la dañan como el calor de un fotocopidora o de la posibilidad de que personas, desconocedoras de la importancia de los mismos, puedan dañarla y/o sustraerla.

El Archivo fue inaugurado el día 28 de Febrero de 2003, acto al cual asistieron el Señor Presidente del Consejo Federal del Notariado Argentino, Not. Jorge L. Romera y la Señora Presidente del Colegio de Escribanos de la Provincia de Salta, Not. Estela Sabbaga de Alvarez.

Consideramos que esta labor en la que se encuentra subsumido el Colegio de Escribanos de Jujuy, es difícil pero de suma importancia.

También se encuentran en el Archivo los Libros de Certificación de firmas e Impresiones digitales de los aquellos Notarios que acercaron los mismos al Colegio.

**El Archivo de Protocolos Notariales de la Provincia de Jujuy, presta los siguientes servicios a los Notarios y al público en general:**

- a) Expedición de Testimonios;
- b) Copias simples certificadas;
- c) Copias simples;
- d) Fotocopias de Legajo de Comprobantes;
- e) Exhibición de tomos y
- f) Anotaciones marginales por orden judicial o a solicitud de Escribanos.

**Por lo que las tasas retributivas de servicios fijadas por Resolución N° 14/2003, son las siguientes:**

Expedición de Testimonios.....	\$ 15.00( más \$3.80 por c/ foja ss.)
Copias simples certificadas.....	\$ 10.00( más \$1.00 por c/ foja ss.)
Copias simples.....	\$ 5.00 ( más \$1.00 por c/ foja ss.)
Fotocopias de Legajos de Comprobantes.....	\$5.00 ( más \$1.00 por c/ foja ss.)
Exhibición de tomos.....	\$ 2.00 por tomo.
Anotaciones marginales por orden judicial o a solicitud de Escribanos.....	\$ 15.00.-



**REPORTAJE**





**En este número de la Revista, hemos pensado en entrevistar al Presidente del Colegio de Jujuy, Escribano Enrique Jorge Granara, hoy vicepresidente segundo del Consejo Federal del Notariado Argentino, a fin de solicitarle nos comente los Proyectos de Ley que el Colegio ha presentado y actualmente impulsa.**

**-Escribano Granara:** Actualmente me encuentro muy ilusionado con la presentación de dos proyectos que el Colegio presentara en la Legislatura oportunamente: el que amplía la competencia de los escribanos atribuyéndoles incumbencia para «**autorizar escrituras-actas de matrimonio civil**» y el que exige al aspirante al ejercicio, que «**su currículum abarque la totalidad de las materias que se cursen en la carrera de abogacía de la Universidad Nacional de ...**», ambos modificatorios de la ley notarial provincial N°4884/96.- A fin de que se conozcan en texto completo, agrego para que se publiquen al final del breve reportaje, el texto completo de las leyes. De esta forma quedaría modificados los arts. 2 y 78,2 de la ley del siguiente modo

**ARTICULO 2:** Comuníquese al Poder Ejecutivo.: - Integra, además la actividad notarial:

- 1- el asesoramiento jurídico notarial en general y al formulación en su caso de dictámenes orales o escritos de dicha materia.
- 2- La redacción de documentos de toda índole que no requieran forma pública.
- 3- La relación y estudio de antecedentes de dominios.
- 4- Las gestiones requeridas en materia notarial por los interesados, cuyo cometido se ha aceptado.
- 5- La facción de inventarios judiciales y extrajudiciales y otras diligencias encomendadas por autoridades judiciales y administrativas.
- 6- Por cargo a los escritos y documentos que deban ser presentados ante autoridades administrativas, cuando le fueran entregados en horas inhábiles.
- 7- Certificar que han sido puesta en su presencia firmas en documentos privados.
- 8- Certificar firmas sociales puestas en su presencia.
- 9- Expedir certificados sobre existencia de personas y documentos.
- 10- Labrar actas de sorteos, reuniones de comisión, asambleas y actos similares.
- 11- Expedir certificados o testimonios sobre asientos de libros de actas o correspondencia de sociedades, asociaciones o empresas.
- 12- Certificar la remisión de documentos por correo.
- 13- Recibir en depósito testamentos u otros documentos expidiendo constancia de su recepción.
- 14- Certificar la autenticidad de fotocopias y de reproducción de originales.
- 15- Ejercer las demás atribuciones que ésta y otras leyes le atribuyeren.
- 16- **Autorizar escrituras-actas-de matrimonio civil.**

**«ARTICULO 78:** - Son requisitos comunes para ser Escribano Titular o Adscrito:

1.- Ser argentino nativo o por opción, con residencia en la provincia no inferior a cinco (5) años, cuando el aspirante no fuere nacido en la Provincia de Jujuy. El requisito de residencia indicado no será exigible cuando el aspirante o adscrito acredite haberse desempeñado como escribano titular de registro en otra provincia por el termino de cinco (5) años como mínimo.

2.- Poseer titulo de Notario o Escribano, expedido o revalidado por Universidad Nacional o expedido por Universidad Privada legalmente habilitada, **siempre y cuando su currículum**



**abarque la totalidad de las materias que se cursen en la carrera de abogacía de la Universidad Nacional de ...**

3.- No registrar condena por delito doloso de acción pública.

4.- Encontrarse inscripto en la Matricula Notarial.

5.- Ser socio del colegio de Escribanos de la Provincia de Jujuy.

6.- Prestar fianza a satisfacción del Colegio de Escribanos de Jujuy, la que se otorgará para responder por el pago de deudas impositivas relacionada con el ejercicio de la profesión, por el resarcimiento de los daños ocasionados a terceros o multas impuestas por el desempeño profesional, por el pago de las cuotas de colegiado y por el pago de toda otra carga que impongan el Consejo Directivo o la Asamblea del Colegio de Escribanos de Jujuy.

Para ser titular se requiere, además, aprobar la evaluación conforme lo establece esta Ley o haberse desempeñado como adscrito durante el termino de dos (2) años en cualquiera de los Registros de la Provincia, habiendo autorizado un mínimo de trescientas (300) escrituras registrables y contar con antecedentes profesionales favorables.»

-Finalmente le interrogamos acerca de la utilización de la Página Web del Consejo Federal y del Servidor del Notariado Argentino, a lo que el escribano Granara nos acercó la siguiente información:

SERVIDOR DEL NOTARIADO ARGENTINO: La firma IMAGINE S.R.L., con sede central en Jujuy, tiene a su cargo la administración del soporte técnico de la Página Web del Notariado Argentino, cuyo servidor se encuentra desarrollado en base a tecnología de última generación, y bajo la supervisión del CFNA. Este sitio brinda entre otros servicios una cuenta de correo electrónico para cada Notario, utilizando como base de datos las direcciones registradas en el sitio del CFNA, generándose una nueva cuenta de correo electrónico. De tal forma que la dirección oficial es «notariado Argentino», es decir que al nombre de usuario debe agregar «@notariadoargentino.org.ar». También se generó la contraseña: 12345.

Para modificar la misma, debe ingresar:

1-a esta página: <http://www.notariadoargentino.org.ar/mailadmin>.

2-al correo electrónico del Notariado Argentino y

3-la clave 12345, *para posteriormente ingresar su nueva clave.*

Para configurar su aplicación de correo electrónico, debe configurar la siguiente información:

·servidor POP3:

mail.notariadoargentino.org.ar

·servidor SMTP:

mail.notariadoargentino.org.ar

·username:

(username del correo electrónico al que le llegó este mail)

@notariadoargentino.org.ar

·password: 12345

Utilizar esta cuenta de correo del Notariado Argentino le ofrece los siguientes beneficios:

\* un **servicio de antivirus:** el sistema incorporado al servidor detecta los virus en los correos electrónicos y envía un reporte de los mismos, eliminando los correos electrónicos infectados antes que lleguen al destinatario, \* **dirección de correo electrónico oficial del Notariado Argentino:** siendo el mismo exclusivo para Notarios, permitiendo el acceso desde cualquier parte del mundo, \* **Estabilidad para la Firma Digital:** con la implementación de la FIRMA DIGITAL, es conveniente contar con un correo electrónico supervisado por el CFNA, \* **Web**

**Mail:** permite controlar las direcciones de correos a través de un interfase web desde cualquier lugar. Para utilizar este servicio de be ingresar a la siguiente dirección: <http://www.notariadoargentino.org.ar/webmail>.

### **PÁGINA WEB DEL CONSEJO FEDERAL A DISPOSICIÓN DE LOS COLEGIOS:**

Ésta Institución, puso a disposición de los distintos Colegios de Escribanos de las Provincias un nuevo sitio Web. A través del mismo, se brinda a los Notarios diversos servicios como: foro de discusión, chat, información institucional, libro de visitas, efemérides, registración para obtener una cuenta del Notariado Argentino, etc.

La misma se caracteriza por su fácil y constante actualización por parte de personal que carezca de conocimientos técnicos en Internet.

Así mismo y con el objeto de capacitar a los responsables de administrar dicha página, se realizará el día viernes 25 de Julio en la ciudad de San Miguel de Tucumán una reunión con las Provincias del Noa ( Jujuy, Salta, Tucumán, Santiago del Estero, Catamarca y La Rioja).

Finalmente nos comenta el escribano vicepresidente del Consejo, que el Servidor es de muy fácil utilización.-

### **NOTA FINAL:EXPOSICIÓN DE MOTIVOS DE LOS ANTE PROYECTOS**

#### **1) «MODIFICACIÓN LEY N° 4884/96»**

**ANTECEDENTES HISTORICOS:** En el año 1910, se creo un mundo nuevo en el notariado argentino, el que no obstante carecer de los elementos organizativos que se aprecian sustanciales para una actividad profesional de esta naturaleza, adquirió una alcurnia, una prestancia y una consideración en el medio social en el que actuó que hicieron de esos notarios figuras de plano privilegiado dentro de la sociedad. La justicia fue la que asigno valoración al conocimiento que pudiera tener el notario, porque el que aspiraba a ejercer el notariado, habría de presentarse ante esos tribunales para rendir un examen acreditativo de la capacidad suficiente que pudiese exigirse en ese momento. Ello iba complementado indefectiblemente, con una practica en una escribanía.

La Ley 7084, dictada por el Congreso Nacional, implementó la necesidad de que, para ejercer el notariado en la Capital Federal, habrían de cursarse previamente estudios universitarios. Establecía que, para ejercer el notariado, era preciso obtener titulo otorgado por las universidades nacionales del país.

Natalio Pedro Etchegaray, es quien ha asentado las bases de los estudios para posgraduados y en no poca proporción sus apreciaciones fueron recogidas por la actual Universidad Notarial Argentina.

Carlos Emerito González es, sin duda, el precursor en el plano concreto y positivo de la especialización jurídica del notariado; hizo posible la ansiada supresión de la escuela de notariado para unificarla con la de abogacía, borrando así la condición disminuyente que la marco como carrera universitaria desde su creación, sistema que se implemento por él en la Universidad Nacional de La Plata.

**ATRIBUCIÓN NO DELEGADA AL ESTADO NACIONAL:** La Republica Argentina adopta para su gobierno la forma representativa, republicana y federal; de esta manera, cada Provincia dicta para sí su Constitución, de acuerdo a principios, declaraciones y garantías dela Constitución Nacional, instituyéndose el Gobierno Federal en garante de sus instituciones.

La concesión de un registro notarial, es efectuada por el gobernador de cada una de las provincias, en ejercicio del derecho no delegado al Gobierno Nacional. La Constitución Nacional, dispone en su artículo 121, que :» Las Provincias conservan todo el poder no delegado por esta Constitución al Gobierno Federal, y el que expresamente se hayan reservado para pactos especiales al tiempo de su incorporación.» La proliferación de Universidades (publicas y privadas), que otorgan títulos académicos de Notarios y Escribanos, sin la previsión de lo que significa para los Estados Provinciales, el otorgamiento de los títulos habilitantes – o sea el registro notarial propiamente dicho – esta provocando un colapso por haber exceso de profesionales académicamente capacitados, sin la posibilidad, de habilitarlos laboralmente, por la falta de control y seguimiento de los Estados Provinciales, en cuanto a los registros funcionando en cada jurisdicción, ya que al ser los escribanos autorizantes de instrumentos públicos de alta calificación y siendo esa prerrogativa exclusiva de los Estados Provinciales que la delegan esos funcionarios, se impone estrictamente la supervisión constante y en todos los aspectos de la función publica.

Corresponde a las instituciones provinciales, el «Poder de Policía Profesional». Para el ejercicio de dicho poder, las provincias dictan leyes orgánicas que regulan el ejercicio de las profesiones y crean sus propias entidades de derecho publico con funciones paraestatales ( artículo 121 y 122 de la C. N. )

Es deber del Estado exigir IDONEIDAD de quienes acceden a la función notarial, ya que su ejercicio implica una potestad delegada de dar FE; circunstancia esta que obliga a un adecuado control de parte de aquel, representando de esta manera una garantía para la colectividad.

**COMPARACIÓN CON OTRAS JURISDICCIONES:** Analizando las exigencias para el acceso a la función notarial establecidas en las Leyes orgánicas Provinciales, se observa gran diversidad en cuanto a los títulos requeridos. Se consignan algunos ejemplos de los requerimientos de distintas provincias:



a- Título de escribano, o bien el de abogado, aunque en este último caso se plantea un requisito adicional, tal como la orientación o especialización notarial a nivel de grado o postgrado (ejemplo Misiones); o el certificado de aprobación de las materias Notarial (Formosa, Río Negro); o haber cumplido dos(2) años de práctica notarial en cualquier jurisdicción provincial, certificada por el Colegio de Escribanos respectivo (Santa Cruz);

b- Título de escribano o notario, estableciendo como requisito adicional que el plan de estudios de la carrera abarque la totalidad de las materias y disciplinas análogas a las que se cursen en la carrera de abogacía (Chubut, Tierra del Fuego);

c- título de abogado (Ciudad Autónoma de Buenos Aires)

d- título de abogado (provincia de Buenos Aires)

La oferta educativa para la formación del notariado, plantea diferentes contenidos curriculares, carga horaria total e intensidad de formación.

**LEY DE EDUCACIÓN SUPERIOR:** La Ley de Educación Superior n° 24521, sancionada en el año 1995, diferencia entre profesiones reguladas por el Estado y aquellas que no los son. Las primeras se incluyen el artículo 43, el cual se refiere a aquellos títulos de grados cuyo ejercicio profesional compromete el interés público poniendo en riesgo de modo directo la salud, la seguridad, los derechos, los bienes o la formación de los habitantes. Dicha Ley deja a salvo la competencia política de las provincias para establecer la normativa que regula orgánicamente el ejercicio de dichas profesiones.

En este contexto resulta necesario configurar la naturaleza de la oferta educativa con relación a la formación del Notariado, destacando la necesidad de diferenciar entre la posesión de título de escribano o notario y la habilitación para el ejercicio profesional.

**EXCELENCIA DEL NOTARIADO:** Para lograr la excelencia notarial, los notarios deben tener plasmado en su personalidad dos elementos, uno se refiere a la formación científica y técnica; y el otro una formación moral y humanística. La enumeración no se impone en un orden de privilegio. Se trata de un todo indivisible; no puede existir uno y faltar el otro.

La formación es el conjunto de principios, conocimientos, ideas, conducta de vida y sentimientos que definen una personalidad en algún plano vinculado a una actividad humana.

El conocimiento de la ciencia jurídica o el conocimiento científico es, sin duda, indispensable y las razones son obvias, puesto que aceptamos al notario como un especialista y un profesional del derecho. Sin el conocimiento científico, el profesional universitario carece del arma necesaria para desempeñar con eficacia su misión. Sabemos que los grados del saber son varios: filosófico, científico y técnico; el que posee este último sin el fundamento de los otros, es un mero aplicador de prácticas sin saber su racionalidad.

El conocimiento científico no se alcanza fácil. El conocimiento científico que adquiere el estudiante desprevenido en las cátedras universitarias es ahora realmente inquietante y esto es un sayo que pueden ponerse alumnos de cualquier disciplina. Alcanza también al estudiante cabal, porque la sociedad se transforma con tanta rapidez, que lo obliga a una permanente actualización.

El profesional realiza un servicio público desde todos los ángulos por donde se examina su función.

La educación humanista se logra con otros conocimientos pertenecientes a las áreas de la filosofía, de la historia, de la sociología y, en general de las disciplinas que comprenden la cultura clásica. El derecho, como todas las ciencias debe estar al servicio del hombre, vale decir, para hacer mejor su vida, para engrandecerlo y, particularmente en el oficio notarial, proporcionarle paz y seguridad jurídica.

**CONSEJO FEDERAL DEL NOTARIADO ARGENTINO:** En acta n°44/2002, de fecha 4 de Octubre de 2002, la Junta Ejecutiva del Consejo Federal del Notariado Argentino se deja sentado en el punto cuarto, lo siguiente: «comisión Estudio de los planes de las carreras de abogacía y escribanía. El señor Rector de la Universidad Notarial Argentina expone sobre los avances de la comisión del Consejo Federal. El Notario Néstor Pérez Lozano informa sobre el trabajo de la comisión para encuadrar a la carrera de notariado en el artículo 43 de la Ley de Educación Superior. Expresa que han llegado a varios puntos de consenso, en particular que es necesario configurar la naturaleza de la oferta educativa con relación a la formación del notariado diferenciando la posesión del título y la habilitación para el ejercicio profesional, dejando a salvo la competencia política de las provincias que regulan orgánicamente el ejercicio de profesiones. Luego de varias reuniones mantenidas consideran que es necesario establecer y cumplimentar los contenidos curriculares básicos, la carga horaria mínima, formación práctica, estándares de acreditación y actividades reservadas para el título; también creen conveniente que los contenidos de la carrera de abogacía/escribanía/notariado deberán incluir los de la carrera de abogacía con trayectos de formación teórico-práctico inherente al ejercicio de la función notarial.

Es urgente una organización, una reglamentación, y una vigilante inspección, que satisfaga mejor las exigencias del servicio que les esta encomendado y de mayor seguridad a los derechos y valiosos intereses.

Es por todo ello, que :

• La carrera de notariado debe encuadrarse en los términos del artículo 43 de la Ley de Educación Superior;

Los contenidos curriculares básicos de la carrera de escribanía/notariado deberán incluir los de la carrera de abogacía;

La carrera de escribanía/notariado debe incorporar todas las actividades curriculares previstas para la carrera de abogacía, previendo además un trayecto específico de formación teórico-práctico en temas inherentes al ejercicio de la función notarial.

El título de escribano o notario que reciban los egresados de la carrera no será en sí mismo habilitante para el ejercicio de la función notarial, que deberá seguir estando supeditada a la obtención de la matrícula a través de los procedimientos establecidos en cada una de las leyes orgánicas provinciales.

**2) EXPOSICIONES DE MOTIVOS**  
**« MODIFICACIÓN LEY N° 4884/96 »**  
**EL NOTARIO, FUNCIONARIO PÚBLICO**

El Escribano de registro, es el funcionario público, autorizado para dar fe, conforme a las leyes, de los actos y contratos que ante él se extendieren o pasaren.

El Estado como titular del orden en que la vida social de un pueblo se desenvuelve, ha debido reglar especialmente, como consecuencia, los derechos de familia y a creado al efecto registro del Estado Civil de las Personas, de las Transferencias y operaciones sobre inmuebles y también un sistema formal capaz de garantizar la real expresión de voluntad de las partes, cumpliendo su misión de ordenación y seguridad jurídica.

Pero ésta intervención del Estado no podría ejecutarse, ni ser posible el propósito perseguido, si el propio Estado invistiendo o delegando su soberanía en determinados funcionarios, no diera esas inscripciones y a esos actos el carácter de autenticidad, probanza y ejecutividad, que son propio del Poder Estatal.

Así el Escribano recibe del Estado la potestad de dar fe, haciendo público los actos en que interviene, de la misma manera que el Jefe del Registro Civil expide un testimonio de inscripción de estado civil, y tan evidente y común es la fuente de que ambos proceden que el legislador no ha reparado en hacer compartir entre ambos funcionarios las más importantes relaciones del Derecho de Familia.

Documento público es aquel cuya formación representa el ejercicio de una actividad pública especialmente dirigida a la documentación. Esa actividad pública importa el ejercicio de la fe pública, que sólo el Estado puede otorgarla. Siendo el estado una Persona Jurídica de derecho público, cuyas manifestaciones solo puede realizarla por personas físicas, los representantes encargados de dicha actividad son delegados del Estado.

El Escribano, funcionario público, tiene además la misión de auxiliar a las partes en la exteriorización de sus voluntades reglándolas conforme a la ley y a la moral, a fin de que ellas tengan la eficacia jurídica. Si el escribano sólo fuera un funcionario público que limita su intervención a transcribir en el Protocolo las manifestaciones de las partes, quedaría perjudicado en sus intereses el contratante neófito o carente de debido asesoramiento. Pero no basta el interés social tan complejo de condiciones y actitudes, ya que es menester complementarlas con una dirección moral. He aquí el secreto de la consideración de que ha gozado y goza y que conviene mantener por la evidente utilidad social que esas funciones deparan.

El notariado es la magistratura de la jurisdicción voluntaria que con autoridad y función de justicia aplica la ley al acto jurídico que se celebra en esa esfera con la conformidad de las partes; declarando los derechos y obligaciones de cada uno, lo aprueba, legaliza y sanciona con validez, autenticidad y ejecución; autoriza y dirige su cumplimiento con el proceso documental.

El notario ejerce una función pública de carácter complejo, en nombre del Estado; correspondiéndole una posición especial dentro de la organización administrativa y jurídica, aunque no burocrática.

Es una función de naturaleza social que está dentro del Estado y por lo mismo es función pública que corresponde presidir y representar al Estado y, en su representación, al Poder Público.

La función notarial es una función pública que se ejerce por delegación estatal, no siendo suficiente el título universitario para ejercerla, sino que es absolutamente imprescindible un acto de «investidura estatal».

La calidad de funcionario público resulta aún del propio del Código Civil, al referirse éste indistintamente en más de una ocasión a escribanos o Funcionarios Públicos como términos equivalentes (art. 973, 979 inc. 2, 997, 1004, inclusive en la nota del art. 1112).

Si alguna duda podría dejar en el espíritu la lectura de las disposiciones legales, la jurisprudencia uniforme y sostenida de los Tribunales la disipa.

La importancia que posee la función notarial, deriva precisamente de esa delegación por parte del Estado, requiere de las autoridades gubernamentales una particular atención con el propósito de regular eficazmente la prestación de la actividad profesional. Y, es precisamente porque prestan un SERVICIO PÚBLICO, es que su desempeño no resulta totalmente libre; sino que se encuentra de alguna manera circunscripto por ciertas restricciones impuesta por la Ley. El ejercicio y la función notarial es una prerrogativa del Estado que va encaminada a declarar el derecho, lo exterioriza en la manifestación con que da forma al acto jurídico, y por ello la función notarial es una función pública.

**ARTICULO 2:** Comuníquese al Poder Ejecutivo.





DOCTRINA





## LA HIPOTECA EN GARANTÍA DE CRÉDITOS EN CUENTA CORRIENTE

Por Lilia Noemí Diez

**SUMARIO:** 1. Introducción. 2. Concepto. 3 La hipoteca en garantía de obligaciones eventuales. 4. Efectos de la hipoteca en garantía de obligaciones eventuales. 5 Obligaciones que pueden ser garantizadas con hipoteca. 5.1. El contrato de cuenta corriente bancaria. 5.2. El contrato de apertura de crédito en cuenta corriente. 5.3. El contrato de cuenta corriente mercantil. 5.4. El préstamo en cuenta corriente. 5.5. El crédito abierto. Concesión de crédito instrumentado en cuenta corriente. 6. Constitución de la hipoteca. 6.1. Determinación de la obligación garantizada. 6.2. Garantía de una sola obligación. 6.3. Obligación debe ser existente. 6.4. El objeto de la garantía es el saldo final. 7. Determinación de la cantidad máxima por la que se hipoteca el inmueble. 7.1. Los intereses. 8. Plazo de duración. Naturaleza del plazo. Prórroga. Plazos de liquidación de la cuenta. 9. Cierre de la cuenta y pago del saldo. Conversión de la hipoteca en ordinaria. 10. Compraventa de inmueble gravado y subrogación en la hipoteca. 11. Palabras finales.

### 1. Introducción:

El artículo 3109 del Código Civil da cabida a la llamada hipoteca en garantía de cuentas corrientes, al referirse a las obligaciones eventuales. Por otra parte el artículo 786 del Código de Comercio admite una de las especies de este tipo de hipoteca, la establecida por el saldo de una cuenta corriente mercantil <sup>1</sup>.

Conforme con los principios que surgen de los artículos 3109 y 3153 del Código Civil la hipoteca puede garantizar todo tipo de créditos. Toda obligación lícita es garantizable con hipoteca.

Nos detendremos en la hipoteca de obligaciones eventuales. Las que sólo serán válidas cuando cumplan con los requisitos de especialidad y accesoriedad, es decir además del monto máximo establecido como tope de la garantía, deberá de alguna forma individualizar la relación jurídica que da lugar al crédito, garantizado con esta hipoteca. <sup>2</sup> (art. 3109 in fine).

### 2. Concepto:

Roca Sastre define a esta hipoteca como una *forma o modalidad de hipoteca constituida en seguridad del saldo definitivo resultante de la liquidación de un contrato consensual de apertura de crédito en cuenta corriente.*<sup>3</sup> Considerando como contrato de apertura de crédito en cuenta corriente, aquel en el que «una de las partes, (entidad de crédito en general), se obliga por tiempo fijo y cantidad máxima a poner a disposición de la otra una suma de dinero, de la cual ésta podrá disponer, de una vez o en fracciones, ya directamente, ya mediante operaciones que permitan obtenerlo, con facultad de reembolsarlo a voluntad durante el tiempo prefijado, y de volver a disponer de él nuevamente, y reintegrarlo, y así sucesivamente, procediéndose, una vez transcurrido dicho plazo, a la liquidación de la cuenta, al objeto de determinar el saldo definitivo a restituir, si lo hay».<sup>4</sup>

Por nuestra parte entendemos que es ése el concepto que debe darse al supuesto de hipoteca en garantía del saldo final de una cuenta corriente.



En la hipoteca en garantía de créditos u obligaciones eventuales, teniendo en cuenta la naturaleza el derecho real de hipoteca, el principio del artículo 2502 del Código Civil que impide la creación de derechos reales, por los interesados, y el carácter de accesorio de la hipoteca, para que la misma pueda garantizar una obligación eventual, deberá exigirse en todos los casos, que la relación jurídica que pueda dar origen a dicha obligación eventual exista realmente al momento de la suscripción de la garantía hipotecaria.

### **3 La hipoteca en garantía de obligaciones eventuales:**

La hipoteca puede constituirse en garantía de créditos eventuales (artículos 3109 y 3153) es decir, de créditos que actualmente no tienen existencia real, ni siquiera como condicionales, pero que pueden llegar a existir. En nuestro derecho para la mayoría de los autores, son créditos futuros, cuya existencia no es segura ni necesaria.<sup>5</sup>

Compartimos lo sostenido por Guastavino, en el sentido que la individualidad del crédito eventual podría realizarse fijando un plazo para contraer la obligación y estableciendo el monto máximo que se garantice.<sup>6</sup> Es preciso, a nuestro entender, que se individualice la relación jurídica previa que podrá o no dar origen a la obligación eventual». O sea que lo que realmente debe existir al momento de la constitución de la hipoteca es el contrato como fuente de las obligaciones que se garantizarán con la hipoteca.<sup>7</sup>

### **4 Efectos de la hipoteca en garantía de obligaciones eventuales.**

Los efectos que produce la hipoteca en garantía de una obligación eventual son los siguientes:

- 1) La hipoteca es actual (artículos 3153 y 3109 del Código Civil).
- 2) Produce efectos desde el día del otorgamiento de la obligación hipotecaria si se inscribe en término (artículos 3149 y 3159 del Código Civil, y artículos 23, 24 y 5 de la ley 17801) y no desde que adquiere existencia el crédito eventual.<sup>8</sup>
- 3) Mientras no nazca la obligación que ella garantiza, sólo actúa en una de las fases de la hipoteca: la de seguridad. En esta fase el crédito se halla en un estado potencial, aunque la seguridad ya ha nacido. La hipoteca existe y toma rango o puesto registral. Durante el tiempo que subsiste esta situación, la hipoteca sólo produce el efecto de perjudicar o afectar a terceros; los terceros adquirentes del inmueble no podrán desconocer la hipoteca, y deberán soportarla.<sup>9</sup>
- 4) Si la obligación no llega a existir, la hipoteca deviene ineficaz, por falta de accesoriedad.
- 5) Obligaciones que pueden ser garantizadas con hipoteca.

El supuesto característico al que se aplica esta hipoteca es para garantizar el saldo final correspondiente a un contrato de apertura de crédito en cuenta corriente.

## **5 Consideraciones acerca de la cuenta corriente**

### **5.1. EL CONTRATO DE CUENTA CORRIENTE BANCARIA.**

El Código no da una definición de la cuenta corriente bancaria. En el artículo 791 del Código de Comercio dice: «La cuenta corriente bancaria es de dos maneras: a descubierto,



cuando el banco hace adelantos de dinero, o con provisión de fondos, cuando el cliente lo tiene depositados en él».

La cuenta corriente bancaria supone que los ingresos hechos por el cliente, en ella y los pagos realizados por el banco, se han de anotar respectivamente en el haber y el debe, del cliente, de tal modo que el saldo en el que se fundan el único exigible en la época convenida. Dentro de este modalidad contable se clasifican aquellas múltiples relaciones jurídicas que dan lugar a otros contratos bancarios.<sup>10</sup>

La cuenta corriente puede ir unida a operaciones pasivas (depósito de dinero) y a operaciones activas (apertura de crédito), o a unos y otros.

Este contrato el banco se obliga a realizar cobros y pagos por cuenta del cliente y a admitir ingresos o reintegros por parte de éste. Presupone que existe una disponibilidad de fondos en poder del banco, bien por un depósito previo o bien por el crédito concedido. No obstante, hoy en día se considera posible la apertura de cuenta corriente con saldo cero, y el elemento diferenciador ha pasado a ser principalmente el servicio de caja.

Es importante destacar que a diferencia del contrato de cuenta corriente comercial, los créditos a favor y en contra del titular, de la cuenta no sufren modificación alguna, por lo que créditos y deudas no pierden exigibilidad inmediata, de tal manera que se va produciendo una compensación reduciéndose el saldo de una manera progresiva y continuada.

*Nos encontramos ante una relación jurídica no apta para ser garantizada con la hipoteca del artículo 3109 del Código Civil. No es factible asegurar con hipoteca el saldo de una cuenta corriente bancaria, porque permanentemente el cliente será acreedor de los fondos depositados en la cuenta, por lo tanto no es factible aplicar a este contrato las normas referentes a la hipoteca por créditos eventuales. Nunca el saldo es eventual siempre podemos determinar que parte es acreedora y que parte es deudora.*

## **5.2. EL CONTRATO DE APERTURA DE CREDITO EN CUENTA CORRIENTE BANCARIA.**

La apertura de crédito en cuenta corriente bancaria es un caso típico de hipoteca en garantía de obligaciones eventuales, válida si la obligación eventual aparece determinada por la causa fuente y detallada en la escritura de constitución de la hipoteca.

Siguiendo a Garrigues<sup>11</sup>, podemos definirlo como aquel contrato, en virtud del cual el banco se compromete, a cambio de una comisión, a poner a disposición del cliente una determinada suma de dinero u otras prestaciones que le permitan obtenerlo, en forma de límite máximo, dentro del cual el acreditado podrá retirar esos fondos y reintegrarlos en los términos pactados.

Es necesario destacar que se trata de un contrato consensual y bilateral. A diferencia del préstamo real, aquí el crédito en si mismo es un bien económico, de tal manera que la esencia de la apertura de crédito reside en la promesa de concederlo. Es la disponibilidad abstracta, en sí misma considerada.<sup>12</sup>

El objeto del contrato de apertura de crédito es la creación de una disponibilidad. Lo que caracteriza a esta disponibilidad es la posibilidad de utilizar un patrimonio ajeno, no su utilización efectiva. La creación de esta disponibilidad es el objeto del contrato bancario de apertura de crédito.<sup>13</sup>

El banco se obliga a suministrarle hasta la concurrencia de una determinada cantidad los fondos que el cliente fuese necesitando. El contrato se puede limitar a establecer la cantidad



por la que se abre el crédito, y en este caso la cuenta se cierra cuando los suministros del prestamista han cubierto esa suma, cualquiera sea el tiempo dentro del cual el cliente ha se hacer uso del crédito, cerrándose la cuenta cuando hubiese transcurrido ese término, aunque los suministros no hayan alcanzado el monto del crédito acordado.

La hipoteca garantiza el crédito hasta el monto fijado al ser abierto el crédito y puede constituirse conjunta o separadamente al convenirse el préstamo.<sup>14</sup>

La modalidad más usada de la apertura de crédito es la instrumentada en cuenta corriente. El soporte técnico- contable, que acompaña al contrato ofrece grandes ventajas para los contratantes, puesto que permite al cliente utilizar el crédito concedido, realizando retiros de dinero, o girando cheques u otras órdenes de pago a cargo del banco acreditante. Éste por su parte, dispone de un medio adecuado para conocer el saldo del crédito y realizar un seguimiento completo de la marcha del contrato. En la cuenta corriente se reflejarán los movimientos de fondos que tienen lugar entre los contratantes. El carácter fluctuante del saldo, permite que la cuenta de crédito, en la práctica, funcione como auténtica cuenta corriente en la que, además, se pueden realizar otros asientos, de cargo o de abono, por operaciones diferentes; incluso se suele pactar expresamente la comunicabilidad de todas las cuentas corrientes que el acreditado mantenga abiertas en el banco con el objeto de facultar a éste para cargar o abonar en la cuenta de crédito, los saldos, tanto deudores como acreedores, existentes a nombre del acreditado. No obstante, al examinar el requisito de la determinación de la obligación, para que pueda ser garantizada con hipoteca, veremos hasta dónde es posible este tipo de pacto.

El crédito asegurado por estas hipotecas consiste en el saldo definitivo resultante de la ejecución del un contrato de apertura de crédito en cuenta corriente

En éstas se elimina el valor individual de cada partida, para reflejarse en el saldo que la hipoteca garantiza en definitiva no hay débito hasta cada saldo de la cuenta.<sup>15</sup> Porque al autorizarse al acreditado a hacer reembolsos parciales, hasta el cierre definitivo de la cuenta, no sabremos realmente cuál es ese saldo.

La hipoteca en garantía el saldo de una apertura de crédito en cuenta corriente, es el típico caso de la hipoteca en garantía de obligaciones eventuales.

No es pacífica la doctrina y jurisprudencia, acerca de si el saldo de una apertura de crédito en cuenta corriente, que se garantiza con hipoteca, es una hipoteca en garantía de obligaciones eventuales, aceptada por el Código Civil o se trata de una hipoteca abierta, por créditos indeterminados, no accesorio, reñida con las disposiciones del Código Civil.

Afirman que la hipoteca en garantía de saldo de apertura de crédito en cuenta corriente, es una hipoteca abierta, Julio César Rivera<sup>16</sup> y Causse<sup>17</sup>

Afirman que la hipoteca en garantía de saldo de apertura de crédito en cuenta corriente es una hipoteca por créditos eventuales, por lo tanto válida en nuestro derecho: Adrogué, Amuy, Gutiérrez Zaldívar<sup>18</sup> Elena Higton<sup>19</sup>, Capón Filas-Barbero<sup>20</sup>, Videla Rojo<sup>21</sup> y Salvat.<sup>22</sup>

### 5.3. EL CONTRATO DE CUENTA CORRIENTE MERCANTIL.

Es un contrato regulado por los artículos 771 a 790 del Código de Comercio.

Es un contrato que implica la concesión recíproca de crédito mediante, la dispensa de reembolso inmediato de las remesas, para sustituirlas por el pago del saldo al cierre de la cuenta, entrando durante el mismo las remesas por su valor convencional, constituyendo dos masas homogéneas de crédito y deuda indivisibles, que se enfrentan y comparan, compensándose por primera vez al cierre de la cuenta, dando lugar al sólo crédito del saldo.



Podemos definir con Garrigues, el contrato de cuenta corriente, como el pacto por el que dos partes estipulan que los créditos que puedan nacer de sus relaciones de negocios, perderán al entrar en la cuenta de su individualidad propia, para convertirse en simples partidas del debe o el haber, de tal modo que el saldo en que se fundan sea el único exigible en la época convenida.<sup>23</sup>

De esta definición resulta, que la esencia del contrato se encuentra en una recíproca concesión de crédito que se hacen los contratantes, al consentir en que se aplaze la exigibilidad de los créditos aislados.

Esta recíproca renuncia a la exigibilidad de los créditos aislados es consecuencia de haber perdido éstos su individualidad para toda clase de relación jurídica, como si fuesen partes integrantes de una cosa compuesta. Los créditos exigibles se han transformado en simples asientos de contabilidad, no exigibles.<sup>24</sup>

El artículo 786 del Código de Comercio permite asegurar con hipoteca el saldo deudor que resulte al liquidarse las cuentas, por supuesto limitado a cierto monto (principio de especialidad de la hipoteca).

Zavala Rodríguez enseña que la garantía puede otorgarse para garantizar el saldo parcial o el saldo definitivo de la cuenta corriente mercantil.<sup>25</sup>

Creemos que con el empleo de este contrato se simplifican las transacciones comerciales, reemplazando la circulación de la moneda, por la confección de asientos contables, reduciendo la realización de los pagos en efectivo a la oportunidad de la cancelación del saldo. Además se favorece la productividad de los valores patrimoniales que ingresan en la cuenta, puesto que si se pacta pueden generar intereses, y se propicia el incremento de los capitales al diferirse la exigibilidad de los créditos hasta la clausura.<sup>26</sup> Por otra parte, el pago de estos créditos está suficientemente garantizado con hipoteca.

Es poco común que se garantice el saldo de cuenta corriente con hipoteca<sup>27</sup> y en ese caso las garantías deberán ser recíprocas.<sup>28</sup> Es el caso de la hipoteca constituida para garantizar el saldo resultante de una cuenta corriente mercantil, la que será válida, en tanto y en cuanto se respeten los requisitos de especialidad y accesoriedad, es decir se exprese cuál es el monto ejecutable con privilegio por la garantía hipotecaria hasta el máximo convenido en la constitución de la hipoteca.<sup>29</sup>

#### 5.4. EL PRESTAMO EN CUENTA CORRIENTE BANCARIA.

El préstamo es la obligación que por antonomasia sirve como soporte de la garantía hipotecaria.

En cuanto sea un préstamo ordinario, está garantizado con una hipoteca, si el prestamista es una entidad crediticia, el préstamo puede instrumentarse en una cuenta corriente.

En el contrato de préstamo en cuenta corriente, se le concede al acreditado la facultad de realizar reembolsos totales o parciales a fin de poder utilizar nuevamente el crédito una vez reintegrado y dentro del límite fijado en el contrato. Y no existe un saldo en contra del deudor hasta el vencimiento del plazo. Por lo que la garantía hipotecaria garantizará la totalidad del crédito, que es único,

«Los bancos pueden exigir, como garantía del préstamo, la constitución de una hipoteca, pero no es frecuente que lo hagan»<sup>30</sup> «La garantía hipotecaria ofrece el inconveniente de su más difícil realización, cosa que repercute desfavorablemente en la movilización del crédito bancario».<sup>31</sup>



## 5.5. EL CREDITO ABIERTO. CONCESION DEL CREDITO INSTRUMENTADO EN CUENTA CORRIENTE

Es un contrato por el cual una entidad financiera concede al acreditado una determinada disponibilidad de dinero, que puede hacer efectiva en una o sucesivas veces, sin que las disposiciones puedan ser superiores a la diferencia entre el límite máximo del crédito concedido y la parte dispuesta anteriormente no amortizada, y en el que cada una de las disposiciones efectuadas tienen una configuración autónoma en cuanto al tipo de interés y plazo de amortización, el cual en ningún caso puede exceder de la fecha de vencimiento final del crédito, siendo el cierre de la cuenta instrumental, articulada, el hecho determinante del saldo final exigible, es una modalidad conocida como *crédito revolving*, o *revolving*, o *rotatorio* en el que en la misma medida que el deudor amortiza el préstamo, aumenta el saldo del crédito del que puede disponer.<sup>32</sup>

Tiene este contrato una razón económica doble, permite una más ajustada utilización del capital, según las necesidades del acreditado; por otro lado, el transcurso del tiempo va provocando una reducción paulatina del límite de la concesión, con lo que disminuye el riesgo para la entidad de crédito.<sup>33</sup>

Es ésta una modalidad de la apertura de crédito en cuenta corriente, porque la apertura unilateral del crédito implica ya la existencia de la apertura del crédito en cuenta corriente, del que ya surge la obligación fundamental de concedente de tener a disposición del acreditado, la cantidad pactada, e incluso puede que surjan obligaciones para éste por razón de las comisiones de apertura, o disponibilidad convenidas, pero no la obligación principal a todo préstamo que es la de reintegrar el importe de la cantidad prestada pues tal obligación tan sólo surgirá si efectivamente se hace uso del crédito de que dispone y en la medida que lo haga. Se trata, de una obligación futura para el caso de disposición, y de cuantía indeterminada, en atención al uso del crédito concedido que se haya hecho.

Cuando el acreditado hace uso del crédito abierto, la abstracta disponibilidad se concreta en diversas formas de disposición, así el banco que era deudor del crédito, pasa a ser acreedor en el momento en que su cliente, por haber dispuesto del crédito, será deudor de las cantidades utilizadas y sus intereses. El banco conservará su carácter de deudor mientras el cliente no agote la totalidad del crédito concedido o sí, una vez agotado, realiza ingresos que le permiten recobrar su facultad de disposición.<sup>34</sup>

No existe en este contrato un saldo en contra del deudor sino hasta el vencimiento del plazo. Y no obstante realizarse a través de múltiples y diferentes prestaciones que constituyen sustancialmente negocios jurídicos distintos, constituye una única operación.

Se inscribe en el Registro de la Propiedad Inmueble, y circula dentro del tráfico jurídico inmobiliario una hipoteca en garantía de un crédito en cuenta corriente, hasta el límite señalado, por un plazo pactado, que se instrumenta a través de una cuenta corriente de crédito; en dicha concesión de crédito el obligado, se compromete a la devolución de las cantidades dispuestas, y de sus intereses en la fecha de vencimiento, sin perjuicio de su obligación de efectuar amortizaciones parciales que se pactan que comportan la correspondiente rebaja del límite de disposición. O sea que la hipoteca garantiza el crédito en su totalidad que es único, no teniendo las disponibilidades individualidad jurídica.<sup>35</sup>



## **6 Constitución de la hipoteca.**

### **6.1. DETERMINACION DE LA OBLIGACION GARANTIZADA.**

Al tratarse de una hipoteca que garantiza un crédito eventual el principio de especialidad está cumplido, por que la obligación garantizada está determinada de forma determinada. (art. 3109 del Código Civil). Es decir, además del monto máximo establecido como tope de la garantía, deberá de alguna forma individualizarse en sus líneas generales la relación jurídica que dará lugar al crédito garantizado con esta hipoteca.<sup>36</sup> Por lo que podemos sintetizar los requisitos relativos a la constitución de esta clase de hipotecas de la siguiente manera:

### **6.2. GARANTIA DE UNA SOLA OBLIGACIÓN:**

Ello como consecuencia de la accesoriedad de la garantía respecto de la obligación principal. El que se trate de una única obligación garantizada, obliga a que quede bien claro que nos encontramos ante una única concesión de crédito (para las cuentas corrientes de crédito), o bien que las distintas partidas pierden su individualidad e independencia (en el supuesto de cuenta corriente comercial).

### **6.3. LA OBLIGACION DEBE SER EXISTENTE.**

Ha de tratarse de una obligación ya existente. De manera tal que para la entidad de crédito, ha de ser vinculante desde el primer momento, siendo rechazables los supuestos en los que lo que se pretende garantizar son obligaciones futuras que queden constituidas *ex novo* por libre decisión del deudor y del acreedor.

### **6.4. EL OBJETO DE LA GARANTIA ES EL SALDO FINAL.**

Solamente en el momento de finalización del plazo pactado puede saberse si hay saldo deudor y hasta donde llega el mismo. Ello significa que estas hipotecas participan de la naturaleza de las hipotecas en garantía de obligaciones eventuales o futuras (en subsidio es aplicable el régimen de las hipotecas sujetas a condición suspensiva, artículos 3116 primera parte in fine, 3153 del Código Civil).

## **7. Determinación de la cantidad máxima por la que se hipoteca el inmueble.**

Al tratarse de una hipoteca de máximo, la cantidad funciona tanto respecto a las partes como respecto a terceros. En ningún caso la garantía hipotecaria vaya más allá del límite marcado por el crédito.

### **7.1. LOS INTERESES.**

La cuestión fundamental es saber si en la suma garantizada con la hipoteca están o no incluidos los intereses, y en su caso, en qué forma y con qué limitaciones.



Para Roca Sastre, los intereses deben computarse dentro de la cantidad máxima fijada, lo único que ocurrirá es que si la cantidad que se ha dispuesto agota el máximo asegurado, los intereses quedan sin garantía hipotecaria.<sup>37</sup>

Respecto de los intereses moratorios, se pueden garantizar con independencia, ya que constituyen una obligación nueva, no susceptible de integrarse ya en el saldo de la cuenta ni aún en el caso que no se hubiera agotado su límite de disponibilidad.

## **8. Plazo de duración. Naturaleza del plazo. Prórroga. Plazos de liquidación de la cuenta.**

En la escritura de hipoteca debe hacerse constar:

- a) El plazo de duración de la cuenta corriente. A los efectos de la determinación del saldo exigible.
- b) Si es o no prorrogable, y en caso de serlo el plazo de prórroga posible. Ha de determinarse la duración máxima del crédito en la cuenta corriente, por ser un plazo improrrogable, o por señalarse hasta cuándo es posible la prórroga. Sería conveniente que en la escritura de constitución de hipoteca se pacte que la prórroga pueda ser ejercitada sólo a instancias del deudor, es decir que existirá un consentimiento anticipado del banco acreedor.
- c) Los plazos de liquidación de la cuenta. Se trata de una previsión del contrato de cuenta corriente mercantil de larga duración. Suelen estipularse plazos periódicos de liquidación de la cuenta, de manera tal que fijado el saldo en el plazo convenido, el mismo pasa a ser exigible, salvo que se acuerde llevarlo como primera partida del siguiente período.<sup>38</sup>

Esta posibilidad no encuadra en el contrato de apertura de crédito en cuenta corriente, en donde en cambio es posible que se acuerde la obligación de realizar amortizaciones parciales que se pacten con la correspondiente rebaja del límite de disposición.

## **9 Cierre de la cuenta y pago del saldo. Conversión de la hipoteca en ordinaria.**

Nada se opone a un posible desfase entre el cierre de la cuenta<sup>39</sup> y el pago del saldo correspondiente. Sería posible la conversión de esta hipoteca en una hipoteca ordinaria, a partir de la fijación del saldo definitivo, en dicho caso estaríamos ante una hipoteca ordinaria (artículo 3108 del Código Civil). La conversión requerirá una nueva hipoteca, (por novación objetiva, artículo 801 del Código Civil) y una nueva inscripción registral. (art. 2 de la ley 17801).

## **10 Compraventa del inmueble gravado y subrogación en la hipoteca:**

La hipoteca no priva al dueño del inmueble de su facultad de enajenarla a un tercero que tendrá que soportar el gravamen real que aquélla representa pese a que el deudor sigue siendo el enajenante. Si el deudor no paga el acreedor hipotecario podrá ejercitar la acción real hipotecaria, aunque el inmueble haya cambiado de propietario. El tercer poseedor del inmueble hipotecado, es la persona que responde aunque adquiera el inmueble hipotecado sin asumir la obligación garantizada: ello es consecuencia del carácter real el derecho de hipoteca y de su



oponibilidad *erga omnes*.

La responsabilidad real que recae sobre los bienes hipotecados no se requiere

asumirla, puesto que ella va unida directamente al inmueble hipotecado, cualquiera sea su poseedor, como consecuencia del *jus perseguendi*, el tercer poseedor responde *sólo* con el inmueble hipotecado por lo que si el acreedor no obtiene satisfacción total en la realización de su valor, no podrá perseguir otros bienes suyos con los que cobrarse el resto, siempre que el tercer poseedor sólo adquiera el inmueble hipotecado sin asumir la obligación garantizada.

Resumiendo se pueden dar dos supuestos: a) compraventa con asunción de la hipoteca por el adquirente: el objeto de la transmisión no es sólo el inmueble hipotecado sino también la deuda garantizada, el adquirente responderá con aquélla y con el resto de su patrimonio siempre que el acreedor hipotecario hubiese consentido la transmisión de la deuda, y b) compraventa realizada con descuento del importe de la deuda garantizada con hipoteca. En este caso no se pacta la transmisión de la deuda en este supuesto el comprador descuenta del precio total del inmueble, el importe de la hipoteca, que la grava o sin hacer tal deducción, retiene la parte del precio equivalente al valor del gravamen. El deudor seguirá siendo el enajenante frente al acreedor hipotecario, y si paga a éste la obligación garantizada, queda subrogado en su lugar hasta que el comprador le reintegre el total del importe retenido o descontado, si tal fuere el caso.

En la hipoteca en garantía de una cuenta corriente de crédito, la garantía real se constituye antes de que nazca la obligación garantizada, y para asegurar únicamente el importe máximo del crédito del cual debe responder el inmueble. Con esta clase de hipoteca se garantizan créditos indeterminados, cuya existencia y cuantía sólo pueden ser establecidas con independencia del título constitutivo de la hipoteca.

Siempre que el inmueble gravado pasare a manos de un tercer poseedor, es evidente que su contenido o responsabilidad habrá sido tenido en cuenta en el negocio jurídico celebrado entre el deudor y el tercer adquirente.

## 11 Palabras finales.

Pensamos que la hipoteca en garantía de créditos en cuentas corrientes, basada en la regulación establecida en el Código Civil, se adapta perfectamente a la época actual, esto es, a las nuevas modalidades del crédito financiero y al principio del dinamismo de las relaciones económicas. En este sentido, se va dejando de lado a la teoría clásica del patrimonio, de origen romanista, que lo conceptuó como una universalidad de bienes emanada de la personalidad. Esta concepción del patrimonio subjetiva, teórica y estática, experimentó una notable transformación como consecuencia de las nuevas presiones económicas y sociales que se produjeron después de la Segunda Guerra Mundial. La concepción estática de la riqueza ha sido reemplazada por una concepción dinámica que la proyecta hacia el futuro para acrecentar sus posibilidades utilitarias o pragmáticas. Los patrimonios individuales exigen hoy una rápida y segura realización de los derechos para incorporar los recursos necesarios a fin de atender los gastos que requieren los consumos constantes y crecientes<sup>40</sup> y aquí aparece la hipoteca garantizando un contrato en el que los contratantes sujetan al régimen hipotecario, el pago de todos o algunos de sus créditos recíprocos eventuales y futuros.



<sup>1</sup> Adrogúe, Amuy Gutiérrez Zaldivar, «Notas relativas a las hipotecas de seguridad en el derecho argentino». En LL 1981, página 299.

<sup>2</sup> Julio César Rivera en «Contratos bancarios con garantía real», en LL 1980-B., exige que se establezca la causa del deber. Adrogúe, Amuy, Gutiérrez Zaldivar, ob. cit. exige causa, objeto y extensión.

<sup>3</sup> Ramón María Roca Sastre- Luis Roca Sastre Muncunill. «Derecho Hipotecario». Octava edición. Editorial Bosch, Barcelona 1995. Tomo VIII, página 335.

<sup>4</sup> Roca Sastre-Roca Sastre Muncunill, ob. cit, página, 335-336.

<sup>5</sup> Mario Capón Filas- Omar U. Barbero. «Hipotecas constituidas en garantía de obligaciones eventuales». JA serie contemporánea, 1974-22-559.

<sup>6</sup> Elías Guastavino. «Derechos eventuales», en Revista del Notariado del Colegio de Escribanos de la Capital Federal. N° 726, noviembre diciembre 1974, página 2115.

<sup>7</sup> Julio César Rivera, en «Contratos bancarios con garantía real», ob. cit. dice que lo que debe realmente existir a la época de la constitución hipotecaria es el contrato u otra causa fuente de obligaciones de la cual la hipoteca pueda nacer.

<sup>8</sup> Norma Olga Silvestre, «Crédito Hipotecario». Primera edición. Editorial Hammurabi, Buenos Aires. 1989., página 105.

<sup>9</sup> Roca Sastre Roca Sastre Muncunill. Tomo IV, página 626.

<sup>10</sup> Joaquín Garrigues, «Contratos bancarios». Madrid 1958, página 117

<sup>11</sup> Joaquín Garrigues, «Curso de Derecho Mercantil», y «Contratos bancarios», segunda edición revisada por S. Moll, Madrid 1975, página 232.

<sup>12</sup> Garrigues, *Contratos bancarios*, ob. cit, página 238.

<sup>13</sup> Bolini Shaw- Boneo Villegas «Manual para operaciones bancarias y financieras». Segunda. Edición actualizada. Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1981, páginas 7 y 21.

<sup>14</sup> Raymundo Salvat, «Tratado de Derecho Civil Argentino» «Derechos Reales». Tomo IV Cuarta edición, actualizada por Manuel Argañaras. Editorial Tipográfica Editora Argentina. Buenos Aires, 1960, página 92.

<sup>15</sup> Roca Sastre Roca Sastre Muncunill, ob. cit. página 803

<sup>16</sup> Julio César Rivera, *Contratos bancarios con garantía real*, ob. cit.

<sup>17</sup> Jorge Causse «Garantías hipotecarias con indeterminación sustantiva», ED 85-851, página 861..

<sup>18</sup> Adrogúe- Amuy- Gutiérrez Zaldivar, ob. cit. página 567

<sup>19</sup> Elena Highton, ob. cit. página 162.

<sup>20</sup> Capón Filas- Barbero «Hipotecas constituidas en garantía de obligaciones eventuales». JA «Serie contemporánea». 1974, 22-559.

<sup>21</sup> Luis M. Videla Rojo «A propósito de la especialidad de la hipoteca. Su aplicación a las operaciones de trato bancario-financiero (A propósito de la especialidad de la hipoteca...), ED, 87-865.

<sup>22</sup> Raymundo Salvat, ob. cit. página 91.

<sup>23</sup> Joaquín Garrigues, «Contratos bancarios», ob. cit. página 119.

<sup>24</sup> Idem página 120.

<sup>25</sup> Carlos Juan Zavala Rodríguez. «Código de Comercio y Leyes Complementarias, Comentadas y Concordadas». Tomo V, Primera Edición. Editorial Depalma. Buenos Aires. 1977, Tomo V, página 84.

<sup>26</sup> En idéntico sentido se expresa Raúl Aníbal Etcheverry, «Contratos. Parte especial». Primera edición. Editorial Astrea. Buenos Aires. 1994, página 274.

<sup>27</sup> Roca Sastre Roca Sastre Muncunill, ob. cit, página 801.

<sup>28</sup> Elena Highton, ob. cit. página 152.

<sup>29</sup> Ana Raquel Nuta, Domingo Rotondaro, Adriana N. Abella, Raúl F. Navas, «Derecho Hipotecario», Segunda edición. Ed. Abeledo Perrot. Buenos Aires, 1997, página 82.

<sup>30</sup> Carlos Juan Zavala Rodríguez, ob. cit, Tomo V, página 240

<sup>31</sup> Joaquín Garrigues «Contratos Bancarios», ob. cit. página 245.

<sup>32</sup> Luis Muñoz «Contratos y negocios jurídicos y financieros», Editorial Universidad. Buenos Aires, 1981, Tomo 1 página 699. Para ampliar el estudio sobre esta figura de crédito, se puede leer a José López Liz dentro del libro «Derecho Hipotecario», de Roca Sastre y Roca Sastre Muncunill. Octava edición, ob. cit. página 63.

<sup>33</sup> Joaquín Garrigues, ob. cit. página 221.

<sup>34</sup> Cfr. Luis Muñoz, ob. cit. Tomo I, página 704

<sup>35</sup> Julio César Rivera, ob. cit. exige que se establezca la causa del deber. Adrogúe, Amuy Gutiérrez Zaldivar. ob. cit., también Norma Olga Silvestre, ob. cit. página 91.

<sup>36</sup> Enseña Francisco Javier Gómez Gállico, que este contrato trata de evitar el riesgo que tienen otras fórmulas contractuales (como la hipoteca en garantía de cuenta corriente de crédito [¿?]), que conllevan la necesidad de mantener abierta la cuenta durante un tiempo estipulado, con el riesgo consiguiente derivado de poder disponer de la totalidad del crédito hasta el último momento, y de no poder tener en cuenta la disminución de la garantía de devolución del crédito precada durante el desenvolvimiento del mismo. En «Estudio sobre las modernas figuras del crédito abierto garantizado con hipoteca», dentro del «Libro Homenaje a José María Chico y Ortiz», página 803 y siguientes.

<sup>37</sup> Roca Sastre Roca Sastre Muncunill, ob. cit. página 343

<sup>38</sup> N. del A.: La doctrina comercialista, no habla de liquidación de la cuenta (el contrato sigue), sino de cierre de la cuenta.

<sup>39</sup> Idem.

<sup>40</sup> Pierre Catalá «La transformation du patrimoine». En: Revue Trimestrelle de Droit Civil». N° 2, 1966, página 185, citado por Jorge Bustamante Alsina «La mora del deudor y la concepción dinámica del patrimonio». En LL:1977-D-841. Sección Doctrina.



## INFORME X JORNADA NOTARIAL IBEROAMERICANA

Not. María Cristina Palacios

Durante los días 21 a 25 de octubre de 2002, en la Ciudad de Valencia, España, tuve la oportunidad de participar como ponente nacional del Tema III y miembro de la delegación argentina, en la X Jornada Notarial Iberoamericana.

El siguiente es un sintético informe de lo allí acontecido, así como de las impresiones que el evento dejó en mi experiencia, y tiene la pretensión, de alguna manera, de compartir esta vivencia con cada uno de ustedes.

El desarrollo de la Jornada se cumplió según lo programado, iniciándose con el acto de apertura el día 22 de octubre de 2002, el que estuvo a cargo de autoridades de la Jornada, de la Comunidad Autónoma de Valencia, del Notariado Español y de la UINL. El mensaje común emergente de los discursos pronunciados, recayó en la importancia que tiene para el notariado actual el saber ponerse a la altura de las circunstancias que el mundo moderno globalizado plantea hoy, y poder demostrar ante la sociedad y los gobiernos, la calidad y el valor agregado que contiene su servicio profesional.

A continuación, se iniciaron los trabajos de las comisiones, que como ustedes ya conocen, eran tres correspondiendo a los tres temas elegidos para la Jornada: Tema I: «*Fiducia y Trust*», Tema II: «*El estudio práctico y comparado del derecho de sociedades en España e Iberoamérica*» y Tema III: «*La eficacia judicial y extrajudicial del documento notarial*», en el cual nos cupo el honor de trabajar como Coordinadora Nacional y finalmente participar como ponente de nuestro país. El Coordinador Internacional de este tema, escribano Raúl Anido Bonilla, de Uruguay, presidió la comisión designando como Secretarios a los Escribanos: Freddy Cruzado Ríos de Perú y Jorge Machado Cevallos de Ecuador.

El orden de las exposiciones se hizo por abecedario según el nombre de cada país, por lo que Argentina tuvo el primer turno, asignándose quince minutos a cada exponente.

Participaron además los representantes de Brasil, Ecuador, México, Paraguay, Perú, Puerto Rico, España, Guatemala y Uruguay.

Mis quince minutos los destiné a hacer una breve explicación de cómo se había encarado el trabajo presentado, que, siguiendo el temario analítico propuesto desde la coordinación, fue dividido en dos partes: la primera referida a los presupuestos de la eficacia, es decir, a los valores del documento notarial, y la segunda, a su eficacia propiamente dicha, tanto en el plano extrajudicial o de la normalidad de los derechos, donde se trata sobre la eficacia sustantiva y la eficacia de tráfico, como en el plano judicial o de la anormalidad de los derechos, donde se aborda el tema de la eficacia probatoria y ejecutiva, con una alusión final a modo de epílogo a la eficacia internacional, haciendo referencia a las conclusiones referidas a este mismo tema del último Congreso de la UINL, en Atenas; fundamentando en cada aspecto las ponencias propuestas. Finalmente concluí planteando la necesidad de concretar algunas de estas propuestas, y no simplemente reiterarlas o ratificarlas. Expresé que era hora de pasar revista a lo que se ha logrado hasta el momento y a lo que aun falta por hacer, y que es tiempo de comenzar a apuntar a la «*eficacia*» de las conclusiones y propuestas que en este sentido se obtienen en cada evento.



De las exposiciones desarrolladas durante el resto de ese día, me parece interesante resaltar lo siguiente:

**-Brasil:** La ponencia fue expuesta por el notario José Flavio Bueno Fischer, coincidiendo plenamente con las consideraciones formuladas en la ponencia argentina, lo cual manifestó en forma expresa y a fin de no ser reiterativo concentró su exposición en lo relativo a la firma digital, poniendo el acento en la idoneidad de la función notarial y sus actores, para intervenir en la autenticación de los documentos electrónicos y la firma digital; tema desarrollado extensamente en su trabajo.

**-Ecuador:** La ponencia estuvo a cargo del notario Jorge Machado Cevallos, y de su exposición tres cuestiones merecen atención, una auspiciosa y las otras dos motivo de preocupación. La primera, la noticia de que el notariado de ese país ha conseguido que el Ministerio de Justicia dicte una resolución a través de la cual se deja en suspenso la limitación temporal que hasta ahora tenían las designaciones de los notarios, hasta tanto se dicte la normativa pertinente. Las otras dos, referidas al tema de la convocatoria, movieron a reflexión: Se trata en primer lugar, de la limitación que en la valoración judicial de la eficacia probatoria del documento notarial se asigna al valor de plena fe o autenticidad, -ya que no hay un sistema de prueba tasada legalmente-, al circunscribirlo solamente a la fecha y a la individualización de los otorgantes, aspecto éste que el notariado ecuatoriano busca revertir extendiéndolo como corresponde, a todo aquello que ocurre en presencia del notario. Y en segundo lugar, de la necesidad de una minuta suscripta por un abogado para poder otorgar determinados actos jurídicos por vía notarial, aunque por no ser vinculante ni imperativo tiene menor gravedad que lo que ocurre en Perú, -según se informa mas adelante-. Tema que dio lugar a un amplio debate a fin de obtener una que ayude a estos notariados a lograr el reconocimiento de los valores que posee el documento notarial de tipo latino y a la jerarquización del mismo y de la función notarial ocupando el lugar que merece, equiparándolo a lo que ocurre en el resto de los países.

**-México:** La ponencia a cargo de Víctor Aguilar, hizo hincapié en la necesidad del cumplimiento de las formalidades legales para que el documento notarial alcance su plena eficacia, dejando traslucir un concepto sintético de autenticidad como valor ínsito en el mismo.

**-Paraguay:** La representante paraguaya, Rosa Elena Di Martino, manifestó su beneplácito por el hecho de que el Coordinador Internacional hubiera incluido como uno de los puntos sugeridos para tratar, el de la eficacia del documento notarial como autenticante de la firma digital, destacando la importancia de la intervención notarial en este tema, entre otras cosas, a los fines de acreditar la titularidad de las claves y actuar como depositario de las mismas, así como en el contralor de legalidad de la prestación del consentimiento y para dar fecha cierta al envío y recepción del documento electrónico. Nos informó asimismo, que en el Paraguay, la legislación vigente desde 1996, en aras de uniformar la función notarial de ese país con las características del notariado de tipo latino, ha determinado que la función de escribano público solo puede ser ejercida por notarios, que además hayan cumplido con los requisitos legales, entre otros, el poseer un título universitario y el haber aprobado el concurso de oposición ante el Poder Judicial. Esta normativa ha determinado asimismo su competencia territorial y ha eliminado la figura del adscripto.

**-Perú:** Su ponente, el notario Freddy Cruzado Ríos, hizo referencia a los valores del documento notarial, mencionando el concepto de fe pública, el principio de legalidad y la necesidad de la intermediación como fundante de la autenticidad. Sin embargo, entre sus conceptos se mezclaron, con poca claridad, elementos morales y jurídicos. Mencionó además el problema - que comparten con Ecuador-, de la minuta firmada por abogado como requisito indispensable



para que un notario pueda autorizar un acto jurídico, salvo excepciones como el caso del testamento o el reconocimiento de hijos. Hizo finalmente un llamado casi desesperado para evitar que el notariado del Perú desaparezca ante la posibilidad inminente de que se titulen masivamente miles de inmuebles por vía administrativa.

**-Puerto Rico:** Su representante, en un análisis muy similar al efectuado por nuestra ponencia, partió de los valores del documento notarial, la autenticidad –vista analíticamente-, y la legalidad como valor y principio fundante de la fe pública limitada sobre la base del principio de intermediación, dándole a este último valor un carácter superlativo.

**-España:** La ponente española, notaria Ana Fernández-Tresguerres García, dirigió su exposición a tres cuestiones puntuales: hizo alusión a la eficacia extrajudicial de los documentos no protocolares especialmente en el ámbito comercial societario, cuestión que trata con profundidad en su trabajo sobre todo por la reciente integración del cuerpo de corredores de comercio en el de notarios. Luego se refirió brevemente a la incorporación del documento electrónico en el ámbito notarial, y finalmente, en orden a la eficacia internacional del documento notarial, -particularmente ejecutiva-, informó sobre los avances que en este aspecto se han logrado y se está en vías de lograr dentro de la Unión Europea, en la que la supresión del *exequatur* es un objetivo comunitario, no solo para los países miembros sino también respecto de terceros países con los que el grado de confianza mutua en sus sistemas de justicia es elevado, como una forma de potenciar mejores relaciones económicas. Ejemplo de esta política lo constituyen el Convenio de Lugano o la futura Convención de La Haya sobre reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia comercial y civil. Como legislación comunitaria vigente, citó el Reglamento de Bruselas I (Reglamento 44/2001 de fecha 22/12/2000), por el cual los documentos públicos con fuerza ejecutiva formalizados en un Estado miembro, serán declarados ejecutorios con arreglo a un procedimiento previsto en el propio Reglamento que consiste básicamente en la certificación por autoridad competente del Estado miembro ante el que se hubiere formalizado el documento público conforme a un formulario regulado, y siempre que el documento presentado reúna las condiciones de autenticidad en el Estado miembro de origen y que la ejecución no sea contraria al orden público del Estado miembro requerido. En igual sentido y ámbito, se está trabajando en la regulación del llamado «Título ejecutivo europeo», cuya finalidad es que las resoluciones dictadas en un Estado miembro respecto de créditos pecuniarios líquidos reconocidos (inclusive en un documento público con fuerza ejecutiva) que sean ejecutivas en dicho Estado, sean reconocidas y ejecutadas en los demás Estados miembros, sin necesidad de procedimiento alguno en el Estado miembro que solicite la ejecución, estando a cargo de los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de origen la decisión sobre si una resolución cumple efectivamente las condiciones para ser certificada como TEE.

**-Uruguay:** Su representante, a la vez Coordinador Internacional del tema, el notario Raúl Anido Bonilla, concentró su exposición en la interpretación personal –como él mismo lo aclaró-, de una norma particular del Código Civil Uruguayo, a partir de la cual considera alcanzado por la autenticidad que confiere la fe pública, al contenido de las declaraciones negociales efectuadas por las partes, en particular, la relativa al precio de la compraventa (a la que alude la norma positiva uruguaya), en función de lo que él considera la nota de integridad de esa fe pública.

Luego de las exposiciones, se inició el debate que el Coordinador puntualizó respecto de los siguientes temas:

-el problema de la minuta de abogado exigida como requisito previo para el otorgamiento



de ciertos actos notariales, en algunas legislaciones como Ecuador y Perú –punto propuesto a instancia de la notaria argentina Cristina N. Armella que participó también en esta comisión-;

- el alcance del valor autenticidad en el documento notarial –punto incluido a instancia nuestra frente a la ponencia de Uruguay, antes referida-;
- la eficacia del documento notarial como autenticante de la firma digital;
- la eficacia del documento notarial en el ámbito internacional.

Sobre el primer punto, el debate fue abierto por la notaria Cristina N. Armella, quien expresó que el tema era preocupante, toda vez que la exigencia de la mencionada minuta afecta la configuración de los caracteres del notariado de tipo latino, subvalorando la función que compete al notario como profesional del derecho y afectando sus competencias innatas, aun en el caso de que se aceptare la minuta sin deslindar la responsabilidad del notario interviniente por el contenido del documento. Se trata de que el documento notarial sea realmente el receptor de aquella voluntad negocial que siempre, de una forma u otra, tendrá tratativas previas, pero será justamente competencia notarial el recepcionar estas voluntades en tales etapas, cumpliendo la ineludible y típica función de asesoramiento para la cual nuestros notariados están y deben estar, plenamente capacitados. Ello hace a la eficacia sustantiva del documento notarial.

Paradójicamente, los propios países involucrados mostraron cierta reticencia a incluir una ponencia que formulara expresamente la necesidad de «eliminar la minuta», pues consideraban que ello podía afectar la relación del notariado con el gremio de los abogados, con el que en general estaban en buenos términos, -sobre todo en el Perú-, y que tampoco sería bien recepcionado por los legisladores locales. Se consensuó finalmente en que se formularía una recomendación en el sentido de resaltar esta competencia notarial y la innecesariedad de la minuta, en lo posible –y según la mejor manera que encontrara la comisión redactora-, sin aludir expresamente a dicho término.

El tema del verdadero alcance del valor autenticidad del documento notarial llevó a una ardua discusión con el presidente de la mesa, pues consideramos que la cuestión no era menor y que si bien –como en algún momento lo planteó la representante española-, no podíamos detenernos en cuestiones tan básicas ya discutidas por los grandes del notariado, cuando había temas mas importantes a los cuales abocarnos, consideramos que justamente no se podía pasar a tales aspectos cuando lo de raíz, lo básico podía prestarse a alguna confusión o duda, mucho menos si era intención del representante uruguayo sacar una ponencia en tal sentido. Por otra parte, lo expresado por el representante de Ecuador, en el sentido de extender este valor a todo aquello percibido por el notario –limitado para ellos en el ámbito judicial solo a la fecha e individualización de las partes-, estaba mostrando la necesidad de remarcar este justo límite sin caer en defecto ni en exceso, por obvio que ello pareciera. Y la cuestión no era menor además, porque de aceptarse la postura uruguayana, pretendiendo que la autenticidad recayera no solo en el hecho de las declaraciones de las partes y en su imputación a alguno de los comparecientes, sino además en su contenido, la responsabilidad notarial se extendería a la sinceridad de esas declaraciones, aspecto éste que nada tiene que ver con la autenticidad sino que se vincula a la legalidad y a la manera particular en que el tema de la simulación sea tratado por cada legislación positiva. El límite de la autenticidad, como valor del documento notarial generado por la fe pública, está dado (y así lo debe reconocer la ley), por un principio elemental que engendra el principio de la inmediación y explica el propio fenómeno de la fe pública –tal como lo expuse en el trabajo presentado-: la fe humana, la creencia, solo puede



recaer en lo que cada uno percibe por sí mismo, o en lo que otro dice que ha percibido porque la ley así lo impone en función de su autoridad, como una forma de posibilitar ciertas relaciones humanas al garantizar la seguridad jurídica y la paz social. Esto que parece tan obvio y repetido, no lo es sin embargo para países como Ecuador, donde en el ámbito judicial parece ser algo menos, o para la interpretación del representante de Uruguay, donde pretende ser algo más.

La discusión concluyó en el desistimiento de esta ponencia uruguaya, aunque nos hubiera gustado que algo se hubiera dicho –por obvio que pareciera–, para colaborar con notariados donde aun exista alguna sombra de duda al respecto.

El tema del documento electrónico, que en realidad estaba planteado como punto 19 (último) de las pautas enviadas por el Coordinador Internacional y enunciado como «*De la eficacia del documento notarial como autenticante de la firma digital, y en su caso, del documento notarial electrónico*», devino en una exposición, país por país, sobre cuál era el estado de esta cuestión en cada uno de ellos. Así, México informó que tienen una legislación muy reciente sobre contratos telemáticos, modificatoria del código civil y del código de comercio y un proyecto de ley sobre firma digital, que el tema no está todavía muy desarrollado, y que desde el notariado por ahora se está intentando la intervención como autoridad certificante de la firma digital y como certificante de la identidad y capacidad de emisor y receptor en este tipo de contrataciones. Guatemala dijo no tener nada que informar al respecto. Puerto Rico expresó que hay proyectos de ley, en los que no se contempla la participación del notario pero tampoco se la prohíbe. Uruguay no tiene aun legislación sobre el tema. Puerto Rico informó no contar aun con legislación positiva pero consideraban que la participación notarial es fundamental en lo atinente a la seguridad jurídica subjetiva, es decir en cuanto a la prestación del consentimiento, quedando el tema de la seguridad objetiva a la electrónica. Perú por su parte, informó que se ha aprobado recientemente en ese país, la ley de firma digital, sin que se prevea la intervención notarial. Por nuestro país se informó sobre la reciente ley 25506, y que el estado de estudio de la participación notarial en el tema estaba más o menos igual que en México. Finalmente los representantes de Brasil y España, que se extendieron en sus respectivos informes por encontrarse estos países un poco más avanzados en lo que hace a la intervención notarial en la materia, hicieron el siguiente aporte:

El notario Paulo Roberto Gaiger Ferreira, del primero de los países nombrados, expuso acerca de la normativa vigente en ese país desde el año 2000, remarcando la necesidad de que el notariado forme parte de este proceso, pues la criptografía asimétrica ha venido a ser importante al generar firmas personales de los documentos electrónicos –las llamadas firmas digitales– que garantizan la autoría del documento y su inmutabilidad utilizando una combinación de claves públicas y privadas. Es de preocupación del notariado brasileño que el control y emisión de las claves públicas, así como la certificación de la autenticidad de los documentos electrónicos y la responsabilidad por la conferencia, esté en manos de notarios y no, como actualmente ocurre, de empresas privadas, conforme la seguridad y confianza que la ley le reconoce a este profesional cuando le confiere la fe pública.

Por su parte, la notaria española, informó acerca de la legislación de muy reciente sanción –julio de 2002–, (Ley 34/2002) de carácter comunitario, pues ha sido dictada para incorporar al ordenamiento jurídico español especialmente la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a lo que se denominan los «servicios de la sociedad de información», determinada por la extraordinaria expansión de las redes de telecomunicaciones y en especial, de Internet como vehículo de transmisión e intercambio de todo tipo de información,



trayendo sin duda innumerables ventajas en la vida económica y social, pero a la vez generando algunas incertidumbres jurídicas que estas normas tienden justamente a disipar, a través de un marco legal adecuado que brinde a todos los actores intervinientes la confianza necesaria para el empleo de este nuevo medio. Y allí justamente es donde cobra importancia la intervención notarial, que está prevista –aunque no en forma exclusiva- en dicha legislación, en lo que tiene que ver con la contratación por vía electrónica, contemplando inclusive la matriz electrónica. Sin embargo, según lo informado por la colega española, esto todavía no se ha implementado en la práctica, por un lado por problemas de compatibilidad tecnológica, y por el otro, según sus propias palabras textuales porque «...aun no se han animado a hacerlo ...».

Por último, el tema de la eficacia en el ámbito internacional especialmente ejecutiva y probatoria, no estaba incluida originariamente en las pautas del Coordinador Internacional, sino que fueron puestas a instancia de la colega española –según lo expresado por el mencionado coordinador-. En realidad, y tal como lo mencionara en las pautas que envié en su momento como Coordinadora Nacional, me pareció que la idea que subyacía en la propuesta era la de dar un paso más en la búsqueda de una validez y eficacia internacional del documento notarial más allá de la mera simplificación de los trámites formales, tratando de definir un «tipo ideal» de documento notarial latino con requisitos mínimos esenciales que permitan identificar a un documento de esta clase en cualquier país del mundo y reconocerle por tanto sus efectos plenamente, sin necesidad de otro trámite documental o requisito adicional alguno. Obviamente que en este tipo de eventos, ello ocurre solo a partir del análisis comparativo del derecho interno de cada estado en las materias específicas, para así evidenciar las similitudes y diferencias, que pongan de relieve aquellos aspectos sobre los cuales aun se debe seguir trabajando –como de hecho ocurrió-; sin dejar de tener en cuenta experiencias como las que están teniendo los colegas españoles a partir de su incorporación a la Unión Europea, que muy bien pueden servir como modelos, y a las que aludiera la ponente de ese país en su exposición inicial. Aun dentro de este ámbito todavía no puede hablarse de una normativa europea uniforme relativa al Derecho Documental, que determine qué requisitos deberán poseer los documentos notariales desde una perspectiva comunitaria, aunque el camino hacia ello ya está iniciado.

Por último vino el trabajo de la Comisión Redactora que integramos junto con los notarios Raúl Anido Bonilla (Uruguay), Jorge Machado Cevallos (Ecuador), Freddy Cruzado Ríos (Perú), Cristina N. Armella (Argentina), Paulo Roberto Gaiger Ferreira (Brasil), Ana Fernández-Tresguerres García (España), Manuel Sagardia Navarro (España) y Víctor Rafael Aguilar Molina (México). Las conclusiones fueron puestas a consideración y aprobadas por el plenario de la Jornada, reunido el viernes 25 de octubre de 2002, actuando como relator el notario Raúl Anido Bonilla (Uruguay), luego de lo cual se llevó a cabo el acto de clausura.

El balance final sobre el desarrollo de la Jornada es sin duda positivo. En lo personal desde luego, pero fundamentalmente en lo institucional.

He confirmado una vez más, y es mi modesta opinión personal, que la presencia argentina es siempre gravitante en estos eventos y creo que es responsabilidad de todos y especialmente de nuestros dirigentes que así siga siéndolo. Es más, me atrevería a decir, que su rol es protagónico a la hora de armonizar este notariado de tipo latino americano y europeo, que, –debemos reconocerlo-, presenta matices muy diferentes.

En esta oportunidad, como en otras, se han podido distinguir por un lado, un grupo de notariados que se encuentran en un proceso de evolución y que con mucho esfuerzo de sus miembros y el apoyo de la UINL, van logrando alcanzar las características tipificantes del tipo



latino, aunque aun reste mucho por hacer (ver lo dicho respecto a Ecuador o a Paraguay por ejemplo, así como los casos de Guatemala o Puerto Rico). Y por el otro, el grupo al que sin duda pertenece Argentina, de los notariados fundadores, los que han marcado y marcan rumbo, como es el caso de España –y a la que en otros eventos se suman países como Alemania, Italia o Francia, por mencionar algunos ejemplos-. Esto, -entiéndase bien-, surge de la observación de una realidad que a mi entender es producto de circunstancias históricas, culturales, económicas y políticas, y no como una apreciación caprichosa ni mucho menos desvalorizante de notariado alguno.

Es justamente esta razón –la de ejercer un cierto liderazgo dentro de América Latina al menos-, la que impone como contrapartida la carga de responder con una actitud de servicio hacia aquellos notariados que puedan necesitar de nuestra colaboración y aporte en aquel proceso evolutivo. De allí, que si bien es importante seguir las líneas de avanzada –como la que en esta oportunidad ha señalado España-, es preciso también acompañar al otro grupo de notariados. No puede descuidarse ni un aspecto ni el otro. Y en este sentido, me animo a afirmar que el notariado argentino ha sabido funcionar hasta aquí como un verdadero puente entre los dos polos del proceso de desarrollo que el notariado de tipo latino viene experimentando desde hace mas de cincuenta años. Es de esperar desde luego que tal protagonismo no decaiga nunca y que sepamos estar siempre a la altura de lo que ello implica.

Finalmente, me permito hacer una apreciación crítica estrictamente constructiva: muchas cuestiones abarcadas por el temario y que eran de suma importancia no se desarrollaron en profundidad o ni siquiera fueron tratadas. Ello a mi modo de ver, obedece a dos razones: por un lado, a la falta de precisión por parte de la mesa dentro del trabajo de comisión de los temas o puntos que requerían debate lo que a su vez hizo que el tiempo se consumiera en la discusión solo de algunos de ellos (p.e. el tema del documento electrónico, incluido en las pautas como un punto mas –quizás aquí estuvo el inconveniente-, y que como sabemos, por sí solo implica un temario para jornadas y congresos locales e internacionales, como de hecho viene ocurriendo); y por el otro –y esto puede servir como aporte en la preparación de temarios para futuros eventos-, a la fijación de temas demasiado genéricos que, al pautarse, indudablemente abarcan una cantidad muy extensa de subtemas, los que por ello terminan siendo tratados muy superficialmente o en forma incompleta, cuando lo óptimo sería establecer temas específicos, acotados, circunscriptos a una cuestión o problemática en particular.

*Es mi anhelo que este pantallazo de lo acontecido en Valencia, haya sido en alguna medida ilustrativo para todos los que no pudieron estar en esta Jornada, y si fuera así, y en alguno de ustedes quedase la inquietud sobre cualquier aspecto de lo informado, desde ya mi disposición es la mejor para ampliarles o aclararles todo lo que esté a mi alcance.*

*Not. María Cristina Palacios*





## «V Seminario de Derecho Registral»

Tema:

### CESIÓN DE DERECHOS Y ACCIONES HEREDITARIOS.-

**Sede:** Colegio de Escribanos de Jujuy  
(13/09/2001)

**Expositora:** Dra. ELEONORA CASABE.-

*Se advierte al lector que el texto siguiente es una desgrabación de la Esc. Susana Macina a la exposición.-*

*Agradezco al Colegio de Escribanos de Jujuy la invitación y también les agradezco a ustedes por estar aquí, lo que demuestra que hay gran vocación de estudio y de profundización.*

El tema que vamos a tratar es realmente muy importante. Ha tenido enfrentamientos doctrinarios que han producido innumerables conflictos de interpretación registral encajados en los enfrentamientos doctrinarios, que se aquietó o quedó más o menos dormido en algún momento, pero que se reavivó en su enfrentamiento a partir de la presentación a fines del año 1999 para su tratamiento en las cámaras legislativas del proyecto de unificación de códigos, razón por la cual se ha reavivado un viejo enfrentamiento doctrinario entre dos juristas de nota y de gran talla como son el Dr. López de Zavalía y el Dr. Jorge Alterini.

Esto va permitir que de algún modo hagamos una suerte de paseo acerca de cuáles son los conflictos tal como se presentaron inicialmente. Cuáles son los que aun no quedan totalmente resueltos en virtud de alguna circunstancia que fundamentalmente hacen a la supuesta protección que implica la naturaleza federal de nuestra República Argentina, -después vamos a decir porqué lo de *supuesta*-, y de qué forma estamos en este momento en el panorama registral mayoritario en la República Argentina.

Para hablar de la cesión de derechos hereditarios no nos queda más remedio que partir de lo que significa en su concepción desde el punto de vista de la naturaleza jurídica, esto es inevitable, porque nos va permitir ver cómo la interpretación de la naturaleza jurídica sin embargo se ve deformada por la realidad de los Registros que fundamentalmente están receptando, podemos decir, que existe un consenso prácticamente unánime en los tribunales del país en aceptar en función de lo que a mi juicio resulta claramente del derecho de fondo que cuando estamos en presencia de una cesión de derechos hereditarios no podemos hablar de bienes determinados, esto es, estamos en presencia de una universalidad jurídica que supone la concepción de una masa que solamente va poder ser apreciada en función de los bienes que la componen cuando dentro del proceso sucesorio se arribe al último peldaño previsto por nuestra legislación que es *la partición*.



Esto significa entonces que a partir del momento de la apertura de la sucesión, y cuando digo apertura de la sucesión no me estoy refiriendo al inicio de las actuaciones judiciales, sino que me refiero al fallecimiento del que va ser denominado causante, desde ese momento hasta el momento de la partición estamos en presencia de lo que técnicamente se denomina *estado de indivisión post comunitaria*, que por analogía se aplica a aquellos supuestos en donde se produce la disolución de la sociedad conyugal, sea por muerte de uno de los cónyuges, sea por uno de los dos mecanismos que recepta la última modificación en materia de sociedad conyugal introducida en nuestro código civil que es la que instaura la ley 23.515, esto es, separación de bienes o divorcio vincular.

Tanto en uno como en otro supuesto, la masa, sea en el ámbito sucesorio, que es el patrimonio dejado por el que a partir del fallecimiento pasa a ser denominado causante, como el patrimonio ganancial que van a requerir en ambos casos de una división, hasta que esta división por partición y adjudicación no se produzca entra en un estado de confusión llamado técnicamente *estado de indivisión post comunitaria*.

Si nosotros asumimos ésto, y yo los invito a que busquen en todos los repertorios de jurisprudencia, en aquellos supuestos donde los jueces han tenido necesidad de calificar este estado, si partimos de esta concepción, nos va resultar imposible conseguir dos supuestos que sin embargo en la práctica documental vemos muy a menudo, y en la práctica registral con consecuencias bastante más graves, mucho más a menudo.

Esto es, cesiones de derechos hereditarios sobre bien determinado, práctica que a veces por desconocimiento de algunos profesionales del derecho que recurren a las notarías y dicen: -el señor heredero le quiere ceder al otro heredero o a un tercero pero le quiere ceder solamente la casa que está ubicada allí. Entonces uno despliega todo su potencial pedagógico y empieza a refrescarle al colega profesional del derecho que en realidad esto es incorrecto, para lo cual bastará en definitiva que nosotros simplemente le recordemos la necesidad dentro del proceso sucesorio de proceder al inventario, avalúo de los bienes, liquidación, y cancelación de las deudas, circunstancia que se dará únicamente a través de la realización de los bienes que componen este patrimonio dejado por el causante, razón por la cual, aun cuando la instrumentación se realizara de esta forma, el pobre cesionario va tener derecho una vez producida esta realización, a lo que quede, al remanente de lo que quede sobre la parte que le correspondería al heredero que le cedió, en la partición, y si no le queda nada no le quedó.

De ahí que sea muy común que aquellos que especulan con la adquisición de los derechos hereditarios compran,-por decirlo en el lenguaje cotidiano- estos derechos por montos irrisorios con relación a lo que potencialmente significan en su valor económico los bienes que lo componen, precisamente porque la cesión de derechos hereditarios conlleva un álea que está dada por la imposibilidad determinada apriorísticamente, si ese bien o esos bienes que supuestamente están en miras del cesionario, van a quedar en definitiva en su cabeza o van a ser realizados para satisfacer las deudas del sucesorio.

¿Cuál es el correlato registral que tiene esta deformación que se da en la práctica notarial?, que la tiene no en el ámbito de toda la República Argentina, porque siendo un país federal recordemos que las provincias conservan sus respectivas autonomías en todo lo que significa la aplicación local con la normativa específica con relación a la norma de carácter nacional que es la ley nacional registral inmobiliaria, ley 17801.

A la vanguardia de esta postura se encabeza hace ya muchos años la Capital Federal, a la que sigue en su tesitura la provincia de Buenos Aires, adicionando a esto que durante muchísimos años compartimos los mismos asesores en el Registro de la Propiedad de Capital Fede-



ral y de provincia de Buenos Aires, por eso es que la línea de pensamiento era uniforme.

Yo siempre digo, y ésto produce alguna sonrisa incluso en los propios registradores, que hubo una sola oportunidad en donde un mismo asesor pensaba de una forma a la mañana y de otra a la tarde, que fue allá en los años en donde se intentaba desde lo jurídico conseguir la inscriptoria de las instrumentaciones realizadas en moneda extranjera, previo a la ley de convertibilidad, y fue la provincia de Buenos Aires la primera demarcación, allá por el año 1987, que sacó una brillante disposición técnico registral receptando la posibilidad inscriptoria de toda contratación en moneda extranjera. Esos mismos asesores que a la tarde dictaron esa DTR en provincia de Buenos Aires, a la mañana en Capital Federal la prohibieron y la siguieron prohibiendo por muchos años, incluso durante un tiempo largo después de dictada la ley de convertibilidad porque no se convencían demasiado de la posibilidad inscriptoria, pero salvo este supuesto excepcional en general siempre fueron coherentes y la neurona funcionaba del mismo modo a la mañana que a la tarde.

Atrás de Capital Federal y de la provincia de Buenos Aires siguió la provincia de Córdoba, y muchas otras mas adhiriendo doctrinariamente a una ideología no demasiado clara, que fue sobre todo derivada de la deformación que se daba en los procesos sucesorios, fundamentalmente de Capital Federal y de provincia de Buenos Aires, esto es, tramitar el sucesorio in testato hasta el dictado de la declaratoria de herederos y concluir allí el proceso sucesorio, sin tomar en cuenta todos los conflictos que pueden producirse y que después vamos a ver con relación a esto, si no se acaba con el último estadio que es el estadio partitivo.

Derivada de esta deformación, que fue una deformación procedimental, no una deformación que obedeció a una profunda convicción jurídica, los profesionales en general terminaban y siguen terminando en línea general los sucesorios con la declaratoria de herederos. Entonces, el Registro de la Propiedad recogió esa deformación procesal y la trasladó a su normativa registral y entonces por el año 1980 se dicta en Capital Federal el decreto reglamentario de la ley 17801 que fue el famoso decreto 2080, que recoge esta deformación e impone a través de normativa expresa en el entonces art. 105 del decreto 2080, porque este decreto fue reformulado, reordenado e incorporado a él varias disposiciones técnico registrales en el año 1999 el paso entonces en su reformulación a ser conocido como el decreto 466 del año 1999.

Pero allá por el año/80 aquel art. 105 decía que la declaratoria de herederos deberá inscribirse rogándose en su inscripción las porciones condominiales asignadas a los respectivos herederos.

Primer error jurídico grave en el que incurre el Registro de la Propiedad, porque le asigna porciones condominiales cuando de acuerdo a lo que decíamos anteriormente estamos en un estado de indivisión post comunitaria. Después vamos a ver cómo juega esto con el tema publicidad, si es que la fundamentación presunta es la publicitaria. Pero la realidad es que este decreto dice que si usted quiere inscribir, sea por la vía del testimonio de las actuaciones, sea porque esto está volcado en una escritura a través del cumplimiento de la mecánica del art. 16 de la ley, esto es, de la modalidad del tracto abreviado, es necesario que en la rogatoria de inscripción figuren las porciones condominiales que se asignan a cada uno de los herederos. Primer error del Registro de la Propiedad.

Y vinculado con esto incurre en un segundo error bastante grave que está vinculado con el tema que hoy nos ocupa, que dice concretamente que no habrá posibilidad de proceder a la inscripción de la cesión de derechos hereditarios una vez que se hubiere inscripto la declaratoria de herederos, esto es, al Registro no le importa si los herederos van hacer o no van hacer partición a posteriori. Al Registro le importa que una vez inscripta la declaratoria, como exige



las porciones condominiales, razón: diciendo: - si tenemos condominio mal puede ingresar a inscribir a posteriori de esta inscripción condominial una cesión de derechos hereditarios, con lo cual se deforman los dos conceptos, se deforma el estadio de indivisión post comunitaria que se produce por el fallecimiento del llamado causante y se deforma la verdadera naturaleza que arrastra la cesión de derechos hereditarios que, obviamente, sólo puede ser realizada antes de la partición y por ende no puede estar vinculada a un estadio condominial que no existe hasta que los herederos no la quiebren voluntariamente.

¿Cuál es la justificación que de algún modo avala la postura del Registro de la Propiedad? Les aclaro que esta postura es una postura que una gran cantidad de provincias recepta y aplica, así como hay provincias que han quedado apartadas de esta concepción porque siguen prolijamente la naturaleza jurídica que resulta de la normativa de fondo.

Entonces, el Registro de la Propiedad adhiere a la postura de la necesidad de la publicidad, de la economía que significa esta publicidad condominial porque razona diciendo que si todos los herederos vienen ¿porqué no le vamos a adjudicar esta porción condominial?, porque de lo contrario esto rompería o quebraría el dinamismo de las operaciones. Por allí alguien dice que alteraría el principio del tracto abreviado, cosa que ahora vamos a ver que no corresponde, e impondría entonces la necesidad de que cada vez que alguno de los coherederos quisiera realizar alguna mutación real, esto es, transferir su parte indivisa por alguna causa, por venta, donación, permuta, dación en pago, o quiera gravarla con hipoteca, necesitaría pedirle a los otros coherederos que vinieran a prestar conformidad, con lo cual esto deviene anti económico y por ende quiebra el dinamismo documental.

Todas estas circunstancias se encuentran en esa época y antes de esa época, además, profundamente influenciadas por otra deformación procedimental, que es avalada casi pacíficamente en su momento por la jurisprudencia, no en los fallos, digo mal jurisprudencia, sino por los jueces en su aplicación, esto es, se empiezan a realizar bajo el pretexto de la economía en la instrumentación y buscando la aplicación analógica de la normativa de la cesión de acciones litigiosos la cesión de derechos y acciones hereditarios primero por acta judicial en el expediente y después olvidan el acta judicial, presentan un escrito, el juzgado cita a ratificar firmas y esto se considera instrumento suficiente de cesión de derechos hereditarios alterando el principio claramente sentado por el art. 1184 del código civil.

Recordemos que antes de la reforma de la ley 17711, incluso el art. 1184, tachaba de nulidad la alteración de la forma escritura pública en alguno de los supuestos previstos en la totalidad de sus incisos. Fue recién después de la reforma de la ley 17711 que se suprimió la tacha de nulidad y esto dio pie a alguna otra interpretación de naturaleza doctrinaria.

Entonces, ya teníamos quebrantado el derecho de fondo desde varios puntos de vista; desde el punto de vista de la naturaleza jurídica de la declaratoria que herederos; desde el punto de vista de la naturaleza jurídica de la cesión de derechos hereditarios y como si esto fuera poco desde el punto de vista de la instrumentación o forma que tenía que receptar el Registro de la Propiedad para dar publicidad a los terceros a esta declaratoria y a la cesión así instrumentada.

Y como en los conflictos de naturaleza jurisprudencial que se plantearon en su oportunidad hubo fallos contradictorios porque obviamente aún a riesgo de conocer las limitaciones económicas y de tiempo que podía plantear el apego a la normativa de fondo, los jueces cuando tenían que resolver en el conflicto les costaba trabajo apartarse de la concepción jurídica que en realidad resultaba, tuvieron que llamarse a Plenario para resolver la obligatoriedad o no, de la inscripción de la cesión de derechos hereditarios en el Registro de la Propiedad.

Y esto porque ustedes recuerdan que la modificación del art. 2505 cuando introduce la



registración a través de la reforma, hace correr ríos de tinta acerca de si este era un elemento que se adicionaba al nacimiento del derecho real o si en realidad lo que hacía era asentar la necesidad de la registración exclusivamente a los efectos de la oponibilidad frente a terceros.

Ya a esta altura, aun cuando todavía nos queden algunos doctrinarios que en su esencia son profundamente constitutivistas, y como ustedes ya los conocen no los vamos a mencionar, ya nadie duda que pese a la voluntad que puede existir de transformar a nuestros registros inmobiliarios en constitutivos, la realidad es que el Registro Inmobiliario tal como lo concreta ley 17801 que entra en vigencia el mismo año que la reforma de la 17711, sienta claramente un sistema de registro declarativo, de modo que la registración opera exclusivamente a los efectos de la publicidad u oponibilidad a terceros y no configura elemento integrativo de nacimiento del derecho real.

Pero para salvaguardar esta oponibilidad se plantea el conflicto acerca de la necesidad o no de darle publicidad a la cesión de derechos hereditarios. Y como hubo posturas encontradas doctrinarias y jurisprudenciales, las Cámaras allá por el año 1979 se llaman a Plenario. Fue un plenario muy discutido, muy criticado en su momento, que durmió el sueño de los justos, con felicidad para quienes lo criticamos y lo seguimos criticando, y que afloró tipo ave Fénix hace un par de años con todo su fulgor.

Este plenario Díscoli, así se llaman las actuaciones, tuvo realmente votos de lujo (Cesión de derechos-Plenarios-Sucesión, Cesión de derechos hereditarios; cosas inmuebles; anotación en el registro de la propiedad: para que la cesión de derechos hereditarios que comprende cosas inmuebles sea oponible a terceros interesados debe ser anotada en el registro de la propiedad (CNCiv., en pleno, Diciembre 24 1979 Díscoli, Alberto T., Suc.). ED, 86-430.)

Eran las épocas en que los jueces realmente estudiaban y pensaban. En este plenario tenemos votos de distinguidos juristas como el voto del Dr. Cichero, o el voto del Dr. Vernengo Prack o del Dr. Jorge Alterini.-

Mayoritariamente en este plenario se admitió la obligatoriedad de la inscripción de la cesión de derechos hereditarios en el Registro de la Propiedad. Voto mayoritario al que adhirieron algunos juristas entre ellos el Dr. Jorge Alterini, con alguna modificación en sus fundamentos, pero que tiene por lo menos desde mi punto de vista, además, el valor de uno de sus votos que fue el del Vernengo Prack, que se encarga con mucha claridad de distinguir la naturaleza jurídica de la cesión de derechos hereditarios.

En realidad el Plenario Díscoli lo que hace es insertar en la mecánica jurídica una clasificación más moderna de la forma, que hasta ese momento tradicionalmente se concebía con las dos clasificaciones que ustedes conocen, esto es, los actos que tienen formalidad ad-solemnitatem o formalidad ad-probationem.

Y a raíz de la modificación introducida por la 17711 que conllevó la supresión de esta nulidad que sentaba el 1184 y la incorporación del 1185 bis, es el Plenario el que se encarga de decir que ya no podemos hablar de una clasificación dual, sino que tenemos que hablar de distintas categorías de formalidades.

Aquella formalidad que tacha como inválido el acto que no la contiene, esto es, el acto no realizado bajo la forma prescripta por la ley, no puede ser salvado de ninguna manera, como ejemplo el mejor que tenemos es el de la donación de inmuebles, allí incluso la ley es clara reafirmando el principio de la nulidad.

Frente a ésto se encuentra una categoría intermedia de actos, esto es, los actos que tienen formalidad prevista por la ley pero cuya omisión no acarrea la invalidez absoluta del acto sino que implica la posibilidad de proceder a su *conversión*. En aditamento de esto viene el enun-



ciado del art. 1185, valdrán como actos en los que las partes se obligaron a elevarlo a escritura pública.

Todos sabemos que una venta dejará de ser transferencia dominial, aunque tengamos tradición, si no hemos cumplido con el requisito de la escritura pública, porque recién con la escritura la tradición será tradición traslativa de dominio, y en ausencia de escritura revestirá tan sólo el carácter de tradición posesoria.

Y la última categoría es la de los actos que no requieren formalidad de ninguna naturaleza, pero que contradichos, para poder ser planteados como probatorios necesitan del cumplimiento de alguna formalidad. De ahí que hayamos clarificarlo ya hace mucho que la mención-hoy totalmente desactualizada en cuanto al monto-, prevista en el art. pertinente, en realidad no lo es desde el punto de vista de su sustancia sino desde el punto de vista de su valor probatorio, si yo no lo tengo por escrito el tema probatorio desde luego queda absolutamente disminuido. Pero esto no significa que el acto jurídico en sí deje tener validez.

Esto es lo que la doctrina mayoritaria recepta y concluye en que el tema de la formalidad en la cesión de derechos hereditarios dejó de ser una formalidad de las requeridas por el 977, esto es, que incumplidas acarrea nulidad, por haber suprimido la reforma la tacha de nulidad, si se realizan de un modo distinto valdrán como instrumento en que las partes se obligaron a elevar a escritura pública, esto es, habrá que sanearlas a través de su elevación a escritura, y requieren, a partir de la modificación del 2505, para su oponibilidad su inscripción en el Registro de la Propiedad.

Claro, en aditamento a ésto la postura mayoritaria trae a colación el sector de la doctrina extranjera que piensa que en realidad este patrimonio que conforma los bienes del sucesorio no es más que una sumatoria de bienes determinados. Y entonces concluyen diciendo que si este patrimonio está compuesto por inmuebles, automotores, cuotas de una sociedad de responsabilidad limitada y demás, habrá que proceder a su inscripción en cada uno de los registros pertinentes.

Lo que nos llevó en su momento a criticar terriblemente este planteo diciendo imaginen lo que significa establecer órdenes prioritarios de cesionarios distintos, porque el primero que sale corriendo a inscribir en el Registro de la Propiedad va tener prioridad con respecto al que llegó después al Registro del Automotor o al registro de créditos prendarios. Esto es desnaturalizar la figura.

Frente a esto muy claramente se alza la postura del Dr. Vernengo Prack que se encarga de clarificar diciendo que en realidad cuando el heredero cede, lo único que le garantiza al cesionario es su carácter de tal, su carácter de heredero, pero no le garantiza la subsistencia de los bienes que componen esta cesión que realizó. Con lo cual el tema de la oponibilidad deviene sumamente flaco en función de ésto, porque la realidad es que los acreedores del sucesorio siguen teniendo al cedente como responsable, a punto tal que cuando se realiza una cesión y se acompaña al expediente judicial, la declaratoria de herederos no puede alterar el paso con relación a los herederos declarados, esto es, no puede saltarse el estadio de declaración de quienes son los herederos, sin perjuicio que después de la realización de activo y pasivo se determinará la correspondiente inscripción a nombre de los cesionarios si es que resultare algún bien remanente.

Este Plenario así dictado, año 1979, no tuvo en la Capital Federal nunca aplicación, hasta hace muy poco tiempo, hasta el año.-

Yo siempre digo que en realidad creo que la causa fue más de naturaleza económica que de naturaleza jurídica la que hizo el Registro de la Propiedad al reflotar el Plenario Díscoli. Pero



la realidad es que fue tan duramente criticado durante tantos años, que el plenario lo teníamos, existía, estaba vigente y no se aplicaba de ninguna manera.

Derivado de este plenario surgió toda la postura registral que adhirió a la necesidad de darle publicidad registral a la cesión de derechos hereditarios, pero asignándole el carácter que le corresponde, esto es, no con relación a bienes determinados sino en su universalidad en aplicación del art. 30 de la ley 17801, esto es, inscribir la cesión de derechos hereditarios en el área de anotaciones personales.

**art.30. El Registro tendrá secciones donde se anotarán:**

- a) La declaración de la inhibición de las personas para disponer libremente de sus bienes;
- b) Toda otra registración de carácter personal que dispongan las leyes nacionales o provinciales y que incida sobre el estado o la disponibilidad jurídica de los inmuebles.

Y esto fue lo que produjo un segundo enfrentamiento de naturaleza doctrinaria, porque algunos dijeron que la publicidad, la oponibilidad a terceros, no la puede dar nada mejor que la presentación de la cesión en el expediente judicial. Qué mejor conocimiento, qué cosa más económica, qué cosa de acceso más inmediato para el interesado, que sin lugar a dudas es él o los acreedores, que tomar conocimiento de la cesión a través de su presentación en el expediente.

Frente a esto se dijo: siendo los registros públicos, siendo además el Registro de la Propiedad aquel al que recurren en general todos los acreedores cuando quieren realizar la búsqueda de información para garantizar sus derechos, en realidad la publicidad que más le corresponde no es la publicidad de la presentación en el expediente judicial sino la inscripción en el Registro de la Propiedad inmueble. Y allí es donde debe inscribirse, en el área de las anotaciones personales.

Y queda una interpretación más restringida que es la que dio el Dr. Vernengo Prack en su voto en el Plenario Díscoli, que dice que si la forma está impuesta por la ley y no la podemos suplir porque no le podemos hacer aplicación de la normativa de cesión de derechos y acciones litigiosas a la cesión de derechos hereditarios porque su naturaleza es totalmente distinta, que mayor resguardo publicitario que la incorporación de este acto dentro de un registro notarial en donde está garantizada la cronología, la fe pública por excelencia y lo indubitable de la manifestación del escribano con relación a lo que está volcando, que solamente puede ser dejado del lado a través del mecanismo de la redargución de falsedad.

De modo que allí se nos abrieron las tres posibles interpretaciones.

Después de muchos años el Registro de la Propiedad de Capital Federal en el año/99, dicta una disposición técnico registral haciendo aplicación de la doctrina emergente del Plenario Díscoli allá por el año/79, y establece la posibilidad, -a mi juicio posibilidad y no obligatoriedad-, de inscriptoria de la cesión de derechos hereditarios en el Registro de la Propiedad en el área de anotaciones personales, al igual que como venía haciéndose desde hace ya muchos años por ej. en la provincia de Buenos Aires.

Entonces, la cesión se inscribe. No se inscribe solita con relación a un inmueble determinado sino que se inscribe dentro del área de anotaciones personales.

Y a esta DTR la dicta de una manera bastante confusa la Capital Federal, porque establece



en su disposición técnico registral un recaudo de calificación registral que en realidad deviene absolutamente inconsistente y por otra parte hace en su cumplimiento a la postura que adopte cada uno de los profesionales que instrumenten.

¿Qué dice Capital Federal? Para la toma de razón de la cesión de derechos hereditarios será necesario acreditar la solicitud de inhibiciones por el causante y por el cedente.

Frente a esto por supuesto que reaccionamos, y los que estamos en la mecánica registral ni les cuento, así que, cazando teléfono y llamando al director del Registro y preguntamos ¿cuál es el sentido de pedir inhibiciones por el causante? Supongamos que el heredero cede y el causante estaba inhibido ¿impide la cesión de derechos hereditarios? No, la cesión la va poder hacer igual. Obviamente tiene sentido -y ahora vamos a ver si totalmente-, el pedido de inhibición por el cedente, que es quien tiene que tener libertad de disposición de sus bienes, pero si el causante está el inhibido o no, esto no empece en absoluto la formalización de la cesión.

La justificación del Registro fue que en realidad había querido decir que el pedido de inhibiciones era para saber si había otras cesiones registradas con relación al sucesorio de ese causante, cosa que en realidad en Capital Federal era imposible porque jamás se había inscripto una cesión de derechos hereditarios pese a que teníamos el Plenario vigente.

Esto motivó entonces el dictado de una segunda disposición técnico registral donde se aclaró esta circunstancia, sin perjuicio de lo cual debo decir que actualmente todo aquel que quiera hacer una cesión de derechos hereditarios e inscribirla antes de su presentación en el expediente tiene que pedir inhibición por el causante e inhibición por el cedente porque esto es materia de calificación registral y sino el Registro no inscribe, esto hasta que alguien plantee inteligentemente algún tipo de recurso.

¿Cuál es el sentido de esta solicitud de inhibiciones? Segundo gran conflicto que se presenta desde el punto de vista de la instrumentación y desde el punto de vista registral.

Hace ya unos cuantos años, allá por el año 1986, esto fue motivo de estudio bastante intenso en el Colegio de Escribanos de Capital Federal en varias de sus Comisiones.

Un Inspector de protocolos revisando el protocolo de un colega, descubre una escritura de cesión de derechos hereditarios y le observa la falta de pedido de certificados de inhibiciones.

Haciendo un paréntesis les recuerdo que en Capital Federal que tenemos inspección de protocolos por lo menos una vez por año los Registros, cuando el Inspector hace una observación significa que la inspección no se cierra, hay que levantar la observación porque sino esto va a sumario, entonces se agravia el escribano y dice: -esto forma parte de mi libertad intelectual. No existe ninguna norma que me imponga la obligatoriedad del pedido de inhibiciones. Y esto entonces se deriva a las distintas comisiones de Consultas jurídicas, al Instituto de Derecho Registral, al Instituto de derecho civil, y todos acordamos en todas las Comisiones que efectivamente esto no podía ser materia de observación por parte del Inspector, en virtud de que no había ninguna normativa expresa que impusiera la obligatoriedad de pedir certificado de inhibiciones ¿por qué? Y ahí vamos al tema de los contratiempos que a veces nos plantea el que defendamos a ultranza, algunas veces equivocadamente, los llamados impedimentos de nuestro sistema federal.

Si yo estoy convencida que tengo que pedir inhibiciones, -y ya dejamos de lado que las inhibiciones por el causante no las voy a pedir sino que las voy a pedir por el cedente- ¿dónde las pido?, las pido en la demarcación en donde tramita el sucesorio?, las pido en la demarcación en donde vive el cedente?, o en donde tiene su actividad comercial?, que puede no ser esa porque seguramente hay acreedores que van a estar a la pesca en esta demarcación y no en la de su domicilio particular, ... o las pido en el lugar donde están ubicados los bienes que compo-



nen el sucesorio?, y si sigo así, me puedo encontrar, y esto no es de laboratorio puede suceder, que tramite un sucesorio Capital Federal, el cedente tenga su domicilio particular en provincia de Buenos Aires, ejerza su actividad comercial en Córdoba y en el sucesorio haya bienes ubicados en Jujuy, en Salta y en Tierra del Fuego, y entonces el pobre profesional que tiene que pedir inhibiciones tiene que pedir inhibiciones por todo el país y además del costo no instrumentará nunca porque se imaginan ustedes llamándonos entre los colegas -pedime por favor allá una inhibición y anticipámela por fax ..., ésto realmente nunca pudo resolverse en forma orgánica.

Entonces, esto que fue motivo de tratamiento también en muchas jornadas de Derecho Registral y de Derecho Civil se dijo que esta bandera que siempre se ha sacado de que las autonomías provinciales se verían quebrantadas si se creara un Centro de anotaciones personales nacional, en realidad, no tiene fundamento a esta altura del partido, razón por la cual allá por el año 1996, hubo un proyecto de ley que tuvo un tratamiento bastante intenso en las Cámaras, en el que participamos, que propugnaba la creación de un Centro Nacional de Anotaciones Personales. Y ésto iba mucho más allá de las inhibiciones. Y lo calificamos así técnicamente, no de Registro sino de Centro. El Centro es un Registro de segundo grado, esto es, para no quebrantar las autonomías locales, las inhibiciones, -si de eso se trata, porque estaba creado para las inscripciones de todas las anotaciones personales y no sólo las inhibiciones-, son receptadas por los respectivos Registros locales. Estos Registros comunican al Centro Nacional la existencia de la traba de estas inhibiciones, el Centro las recepta, las concentra y las distribuye a su vez a las respectivas demarcaciones, con lo cual, por supuesto, es de responsabilidad y de resorte de cada uno de los Registros enviar la información completa y pertinente al Centro Nacional.

Esto nos ahorraría realmente una enorme cantidad de conflictos que lamentablemente hoy se nos presentan no solamente con el tema de las inhibiciones sino incluso con la propia registración de la cesión de derechos hereditarios, porque yo puedo haber tenido en aquellos Registros donde se da la inscripción de la cesión en el área de anotaciones personales, cesiones realizadas con relación al mismo causante en otras demarcaciones y no haber tomado conocimiento de ésto, con lo cual puede haber cesionarios prioritarios en el tiempo que quedan desplazados por la falta de conocimiento que yo tengo de la existencia de estas cesiones de derechos hereditarios inscritas en algunos Registros del país.

Este es un conflicto que en algún momento esperemos pueda solucionarse. Esta discusión se ha reavivado últimamente con el Proyecto de Unificación, y tenemos en este momento, en el supuesto de que el Proyecto, -cosa que a esta altura del partido honestamente les digo lo dudo bastante-, el año pasado era mucho más optimista, este año no-, si el Proyecto llegara a concluir en Ley, realmente se sancionara, con todos los defectos que tiene y todas las modificaciones que habría que hacerle, pero no importa porque tendríamos una legislación más un menos coherente y orgánica, dentro del ámbito de la registración, recordemos que el Proyecto de Unificación suprime la ley 17.801 porque incorpora normativa específica registral dentro de su articulado y tiene dentro de sus tres capítulos el primero dedicado a los principios comunes a todos los Registros, el segundo dedicado a los principios que hacen a la registración inmobiliaria, y el tercero dedicado a las registraciones personales. Y dentro de estas registraciones personales, esto es, como área inscriptoria, está mencionada expresamente la inscripción de la cesión de derechos hereditarios.

De modo entonces que estos dos conflictos de tanto enfrentamiento no tienen todavía una solución unívoca en el territorio de la República Argentina y siguen produciendo conflicto

interpretativo, tanto en cuanto a la inscripción como en cuanto a la necesidad o no de la solicitud de certificado de inhibiciones.

¿Cuáles son los otros conflictos que plantea la cesión de derechos hereditarios? Porque hay y hay muchos.

Hay doctrina importante desde el punto de vista de los autores que la apoyan, encabezada por el Dr. Borda, seguida por el Dr. Goyena Copello, que establece que si bien es cierto que la naturaleza jurídica es la del estado de indivisión, que la inscripción de la Declaratoria de Herederos, transcurrido determinado tiempo asigna este carácter partitivo, como si hubiera una voluntad implícita de partir, que queda puesta de manifiesto por el transcurso del tiempo.

Obviamente como postura, en lo personal y con todo el respeto que me merecen sus expositores, es bastante endeble, porque ¿cuál es el tiempo que yo necesito para determinar que la inscripción ha quedado convertida en partición en forma definitiva? ¿Tengo un plazo mínimo, tengo un plazo máximo? Esto en realidad creo que como postura es criticable por la base y a ella no podemos adherir de ninguna manera. Sin embargo ha sido propuesta y de repente también ha sido elemento importante para los Registros para justificar el porqué adhieren en algunos casos a la inscripción en función de asignación de porciones condominiales.

El otro conflicto que se plantea es la calificación que el Registro hace de la naturaleza de los bienes a inscribir, cuanto acepta esta inscripción en porciones condominiales, si no resulta expresamente mencionado en el instrumento.

Vamos al ejemplo. Nosotros sabemos que técnicamente, jurídicamente, los herederos legitimarios lo son hijos, (descendientes), ascendientes cuando correspondiere, y el cónyuge va ser heredero únicamente en los bienes propios. El cónyuge no participa del carácter de heredero en los bienes gananciales, lo que hace es suceder por disolución de la sociedad conyugal producida por la muerte de su ex cónyuge.

¿Qué ha hecho el Registro de la Capital Federal y los que adhieren a estas inscriptorias? Ha establecido una normativa expresa que dice: «Si no resultare expresamente del texto de la cesión de derechos hereditarios que, si la que cede es la cónyuge, cede también los gananciales, la toma de razón en el Registro de la Propiedad lo será exclusivamente con relación a los bienes propios».

Ésto, que a uno le parece muy científico, imagínense la enorme cantidad de conflictos que ha traído y sigue trayendo todavía, porque de repente tenemos inmuebles en donde no se ha dado un movimiento matricular muy habitual, y cuando vamos a realizar la mutación nos encontramos con que hay un pedacito del inmueble que todavía está inscripto a nombre del causante, porque ingresó para inscribir una cesión de derechos hereditarios sin la mención de la comprensión expresa de la ganancialidad.

Yo creo que en ésto, sin perjuicio de la prudencia que tenemos que tener en nuestra redacción, se abre sin embargo una gama muy variada de posibilidades de redacción.

Yo puedo decir que el cónyuge cede todos los derechos que le corresponden por fallecimiento de su cónyuge, con lo cual obviamente estoy comprendiendo todo. Yo puedo decir expresamente que le cede los derechos hereditarios, incluidos los gananciales, cosa que al Registro le va encantar porque está completo para el Registro. También puedo decir que cede los derechos sucesorios, con lo cual esta comprendiendo los derechos hereditarios y los gananciales.

En realidad, para los que no tienen vocación de discusión con el Registro de la Propiedad, es conveniente poner que cede incluidos los gananciales, lo cual no significa que no podamos recurrir a alguna de las otras mecánicas de redacción y pelearle al Registro si en su calificación



se excede y pretende decirnos que los gananciales no están incluidos.

Pero el tema fundamental no pasa solamente por la jocosa previsión de la pelea, sino por la derivación siniestra que puede tener ante el fallecimiento de quien cedió, porque supónganse ustedes una cesión de derechos realizada por quien, si tiene que sanearlo ya no lo puede hacer porque está muerto. Y ahí también se nos abren los dos criterios interpretativos, porque habrá algunos que dicen ¡no importa! , si no está y tenemos declaratoria de herederos, que los herederos en nombre y representación de la cedente saneen el título diciendo que también estaban comprendidos los gananciales.

Pero frente a esto están los que dicen no, éste no es un supuesto en donde los herederos están legitimados como continuadores de la cedente porque no se pueden poner en su lugar, ya que el tema de la cesión implicó satisfacer al cesionario de su carácter de heredero o de sucesor en el caso de gananciales, realización de bienes, álea en la cesión y demás. Por ende, los que piensan así dicen:-si esto no se dijo inicialmente y falleció el cedente no tenemos forma de saneamiento.

Fíjense ustedes la enorme cantidad de conflictos que se pueden producir frente a posturas de la naturaleza que estamos viendo, en donde además lo que tenemos es un avance de calificación registral muy importante.

Desde luego, no me cabe la menor duda, que si el juez al que le toca fallar tiene algún sentido más o menos claro en su juzgamiento, que si en el patrimonio del sucesorio solamente había gananciales y quien cedió no dijo nada, no podría haber cedido otra cosa que no fueran los gananciales, con lo que se incurriría en un grave error calificadorio pretender aferrarnos a esa formalidad terrible de tener que decir que están incluidos los gananciales porque si no cedió los gananciales y no había otra cosa que gananciales, que cosa cedió entonces el cónyuge que así lo hizo?.

Esto ha traído más de un grave conflicto en la actualidad, porque nos seguimos encontrando todavía con cesiones realizadas hace ya muchos años, incluso anteriores a la normativa registral que impone esta circunstancia, en donde el problema del saneamiento inmediato no se puede hacer porque desapareció quien hizo la cesión, y eventualmente en el mejor de los casos tenemos que esperar que el procedimiento sucesorio se desarrolle, el dictado de la declaratoria de herederos y la legitimación de aquellos que en principio va a concurrir el saneamiento del acto de que se trata.

El otro exceso de calificación registral, y está vinculado con éste, es el tema de la prohibición expresa por parte del Registro de la Propiedad, en aquellos supuestos en donde se adhiere a esta postura, que les reitero son bastantes en el país que adhieren a este criterio, no es Capital Federal y provincia de Bs.As. solamente, es el tema de prohibir la inscripción de una cesión de derechos hereditarios cuando ya se tiene inscrita una declaratoria de herederos.

Fíjense ustedes que en este momento nosotros en Capital Federal, como en otras demarcaciones, tenemos una norma que dice: «Inscripta la declaratoria de herederos, no podrá procederse a la inscripción de una cesión de derechos hereditarios posterior».

Esto altera la naturaleza jurídica que mencionábamos antes porque decíamos si yo puedo ceder hasta el estadio partitivo, porqué por una imposición registral van a alterar lo que es naturaleza jurídica propia de la cesión.

La realidad es que el Registro nunca tuvo, salvo su norma inferior reglamentaria y tachada de inconstitucional, no solamente este artículo sino en todo el decreto desde que salió y a posteriori también y hasta la fecha y aún después de la reformulación, el Registro nunca tuvo otra postura o normativa, en apoyatura a esto, jurídica de peso como para defender esta situa-



ción (de inscribir la cesión sólo hasta la inscripción de la Declaratoria), a punto tal que allá por el año 1992, hubo un recurso que en realidad instamos conjuntamente con un escribano de Capital Federal porque, ahora ya pasaron 10 años así que se cubrió la prescripción nadie nos va decir nada, lo que queríamos porque sabíamos que el Registro iba denegar la inscripción, lo que queríamos era provocar el recurso para que esto fuese a la Cámara y estábamos absolutamente seguros que la Cámara iba decir que había que inscribir, entonces, envalentonados con este tema utilizamos un caso piloto que nos venía como anillo al dedo y que tenía un escribano conocido.

Había fallecido el padre, había tramitado el sucesorio y se había inscripto la declaratoria de herederos, la cónyuge supérstite y dos hijos. Tiempo después muere la cónyuge, tramita el sucesorio de la madre y hacen cesión de derechos hereditarios del sucesorio del papá y del sucesorio de la mamá. Esto nos vino como anillo al dedo para poner el cebo al Registro. Y allá fuimos con la escritura que por supuesto fue rebotada, porque nos decía que no corresponde la inscripción en virtud de que inscripta la declaratoria de herederos etc. etc., entonces, gran valentía, -dijimos no perdamos tiempo-, Recurso de Recalificación. Y allá fuimos con el recurso de recalificación, ni nos gastamos en mucha explicación porque dijimos rebotamos seguro y así nos vamos a la Cámara de Apelaciones.

La sorpresa fue que al registrador que le tocaba calificar se puso un poco nervioso y entonces se fue a consultar al Asesor. Ustedes saben que los registradores en nuestro país no son profesionales los que habitualmente califican. Solamente son profesionales los Relatores Internos y los Asesores Externos que son muy pocos con relación al conjunto de registradores. Entonces en este caso se fue a consultar a su Relator Interno porque se puso un poco nervioso pensando como venía la mano. Debe haber advertido sin lugar a dudas que atrás de esto estaban las garras de la Cámara. Y sale el dictamen del asesor, como no podía ser de otra manera, prolijo y perfecto, cuyo dictamen dice claramente que una norma interna y local jamás puede estar por encima de la normativa del derecho de fondo. Y con este dictamen se lo pasa al registrador y éste elabora su contestación al recurso de recalificación haciendo lugar a la inscripción, pero, eso sí, nos saca el dedo acusador y al final dice que ésta sea la última vez, que no siente precedente porque no va ser de aplicación para casos análogos prima facie. Entonces nos quedamos con las ganas de recurrir a la Cámara, inscribimos, que fue bárbaro porque además a la gente le habíamos dicho: -señor, prepárese porque vamos a estar como dos años. Porque obviamente son casos en los cuales hay que contar con la anuencia del interesado, inscribimos rápidamente y nos quedamos con las ganas de que la Cámara se pronunciara, como no nos cabía ninguna duda se iba a pronunciar. Con lo cual nos quedó subsistente esa norma, peleamos tanto en su momento que incluso dijimos, bueno, vamos hacer una concesión.-

Uno cuando tiene muchos años de actividad político institucional aprende a negociar. Cuando uno empieza en las lides institucionales va y dice yo a esto lo voy a pelear. Después a medida que pasa el tiempo dice me voy a pelear pero vamos a ver cómo negociamos porque es preferible la mitad que nada. Entonces, allá partimos hace unos cuantos años con la posibilidad de una modificación de este decreto 2080 y dijimos bueno, porque no le hacemos una pequeña adición a este art.?, y entonces decimos: «**La declaratoria de herederos podrá ser inscripta en condominio siempre y cuando la totalidad de los herederos manifiesten que le asignan a la misma carácter de partición**». Con que digan esto suficiente.

Entre los vaivenes, idas y vueltas, nunca el Registro lo aceptó, nuestra modificación del decreto 2080 durmió el sueño de los justos durante muchísimos años, corrió por todos los



cajones de todos los ministros de justicia por los que hemos pasado que ya no me acuerdo pero fueron unos cuantos y seguirán siendo sin lugar dudas, hasta que en el año 1999 nos entusiasmaron a los que habíamos trabajado en la modificación de este decreto 2080, y nos dicen, -traigan, refloten ese proyecto de modificación al decreto, que lo vamos a modificar. Lo desempolvamos, ya estaba amarillo porque habían pasado como once años, lo aggiornamos un poco porque introdujimos previsiones de la 24441 (había quedado precioso con ese aggiornamiento que le hicimos).

Pero después salió cualquier cosa y es lo que tenemos ahora. El Registro continuó en su tesitura, simplemente, en la única pequeña modificación que hizo -que en definitiva tampoco es demasiado importante-, dijo: la cesión de derechos hereditarios en su inscriptoria. se inscribirá con relación a inmuebles en las porciones que corresponden, salvo orden judicial. Entonces, es como que abrió la puerta a la posibilidad de que esto que nosotros queríamos establecer expresamente en el artículo y que de algún modo alguno de nosotros aconsejamos cuando llegamos antes a la instrumentación, esto es, le decimos al abogado, mire, **cuando solicite la inscripción pida que el auto diga que los herederos solicitan la inscripción de la declaratoria de herederos asignándole carácter de partición.** Y de este modo por lo menos evitar conflictos, porque, ¿cuál es el conflicto más grave y que ha planteado por ahí algún antecedente jurisprudencial que se plantea cuando nosotros tenemos esta inscripción condominial?

El hecho de que alguno de los titulares de dominio condóminos disponga de su parte, el que adquirió a su vez disponga, y un buen día, otro de los coherederos aparezca, -recordemos que en nuestro código la partición se puede pedir en cualquier momento-, y entonces aparece otro de los coherederos que a lo mejor estaba en España, y dice: -no, esta casa en realidad me la tenían que adjudicar a mí porque yo durante 25 años pagué los impuestos, además a mamá la mantuve, a papá le pagué el sanatorio, el jardinero venía todos los días y yo era quien le pagaba, y yo me encargaba de todo, entonces quiero la partición, esta casa es mía. ¿Y qué hacemos con el señor que compró esa parte indivisa?, porque el 1051 no corre, porque?, porque vamos a tener onerosidad en el mejor de los casos, ni qué hablar si no la tenemos, pero no vamos a tener buena fe, porque la buena fe habrá dejado de ser buena fe diligencia, y esto no es de laboratorio, esto puede suceder en cualquier momento, y el problema no solamente va ser para las partes intervinientes sino que este problema también puede ser de responsabilidad profesional, porque el profesional es el encargado de brindar el asesoramiento completo.

Moraleja. Para aquellas demarcaciones en donde la declaratoria se inscribe asignando porciones condominiales, cada vez que alguno de los coherederos realice un acto de mutación habrá que traer a los otros para prestar su conformidad para evitar que el día de mañana alguno pueda, de algún modo, exigir la partición, salvo que en la inscriptoria de esta declaratoria de herederos-cesión de derechos hereditarios-, se haya mencionado por lo menos en forma expresa la voluntad de asignarle carácter partitivo, esto es, si resulta expresamente el carácter partitivo no existe ya conflicto de ningún tipo.

El otro tema, que parecía una verdad de perogrullo y sin embargo se planteó como conflicto, mereció el dictado de otro fallo plenario en Capital Federal muchos años después, allá por el año 1986, que fue el Plenario Rivera de Vignati<sup>1</sup>, fue resolver el tema de la forma de la cesión de derechos hereditarios. Por esta deformación que yo les planteaba al principio, se recurría habitualmente al acta judicial para su realización y después en realidad ni siquiera por acta judicial sino por instrumento privado y con firmas concurriendo a ratificarlas, con una jurisprudencia muy contradictoria. Entonces, las Cámaras se llaman a Plenario y en el plenario se resuelve, por suerte, porque sino hubiera sido terrible para nosotros, porque ya bastante con



las modificaciones que años después sufrimos en nuestra pobre legislación que ha quedado pisoteada por las últimas leyes, se resuelve en este Plenario que la única forma idónea, *única forma idónea*, de realizar la cesión de derechos hereditarios es la escritura pública.

Y a partir de allí, recordemos que los Plenarios son para los Registros De la Propiedad de aplicación obligatoria, al igual que lo son para los tribunales de primera instancia, razón por la cual le guste o no le guste al Registro la doctrina que se sienta en un fallo plenario la tiene que aceptar y aplicar. A partir de ese momento el Registro no aceptó la inscripción de cesión de derechos hereditarios que no hubiera sido formalizada en escritura pública.

Y acá empezó el otro conflicto, porque teníamos expedientes que habían tramitado hace muchos años, expedientes en los cuales se había aceptado, -porque todavía no había fallo plenario-, la mecánica de la realización de la cesión por instrumento privado o en su defecto por acta judicial. Y teníamos otra vez el conflicto ¿qué había pasado si se había muerto el cedente?, que en muchos casos sucedía. Nos encontrábamos con la negativa del Registro que nos decía: -señores, en este conflicto yo no me meto, arréglense, porque lo que yo tengo que calificar son las formalidades extrínsecas, art. 8 y 9 de la ley 17801, por ende, si no tengo formalidad escritura pública no puedo proceder a la inscripción de la cesión de derechos hereditarios.

Y acá lamentablemente la única solución que queda es que el juez resuelva, esto es, sin perjuicio de que podamos adherir a la postura de que los herederos declarados, si falleció el cedente, están legitimados en función de esta declaratoria de herederos para realizar la escritura pública, siempre y cuando en realidad le sea aplicable el art. 1185, esto es, puede producirse la conversión, y para dejar más tranquila la circunstancia habrá que hacer el planteo de naturaleza judicial, y en lo personal no me cabe duda que frente a la utilización tan habitual como existía anteriormente de realizar la cesión por instrumento que no era escritura pública, el juez ordenará la inscriptoria pertinente. Hubo un caso realmente muy interesante que les traje como antecedente, porque es el claro ejemplo de lo que significa el gran conflicto cuando tenemos que poner en la balanza qué es lo prioritario, que es lo que está arriba y que es lo que está abajo, cuando se ponen en juego conflictos de normas y quebrantamiento de principios constitucionales que son tan defendibles desde un sector como desde otro.

Esto pasó en el Registro de la Propiedad de Inmuebles de la provincia de Buenos Aires. Hace algunos años, ya vigente el plenario Rivera de Vignati, -recordemos que el plenario es de aplicación obligatoria en la demarcación en donde se dicta obviamente, pero siempre es indicativo para la jurisprudencia de otras demarcaciones-. Nos ha pasado con muchos Plenarios de Capital Federal, cuya doctrina ha sido seguida en otras demarcaciones, caso más claro el de la famosa teoría de los *bienes mixtos*, cuando en Capital Federal se dicta el plenario Sanz, Gregorio<sup>2</sup>, que recepta para algunos casos específicos la teoría del origen, este plenario en su doctrina es aceptado pacíficamente por el Registro de la Propiedad de la provincia de Buenos Aires, en Córdoba, en Mendoza, es decir, se fueron adhiriendo a la doctrina que sienta el plenario, otras demarcaciones.

Nosotros ya teníamos dictado en Capital Federal el plenario Rivera de Vignati, esto es, obligatoriedad de la escritura pública. Más que obligatoriedad es importante recalcar que el Plenario dijo *única forma idónea* de instrumentar la cesión de derechos hereditarios. Entonces, llega al Registro de la Propiedad de provincia de Buenos Aires un oficio judicial, -acá no se trataba de una inscripción por la mecánica de tracto, sino un oficio judicial de inscriptoria de una declaratoria de herederos y cesión de derechos hereditarios que había sido realizada en el expediente.



El director del Registro deniega la inscripción basándose en el art. 1184, -no puede invocar fallo plenario porque no es de aplicación obligatoria para provincia, pero invoca por supuesto el sustento de derecho de fondo, esto es, art. 1184 del Código Civil, e invoca la ley nacional registral cuando establece que el Registro calificará las formalidades extrínsecas y que no puede recibir otros documentos que no sean escritura pública o aquellos que estén revestidos de las solemnidades que se requieren, esto es, el instrumento judicial o los instrumentos privados con firmas certificadas solamente para aquellos casos en donde las leyes especiales así lo han establecido.

Deniega la inscripción, vuelve el oficio al juzgado y el juez insiste y le dice al Director que debe proceder a la inscripción porque se trata de una orden judicial. Entonces el Registro deriva al gobernador de la provincia de Buenos Aires, al poder ejecutivo provincial, a los efectos de que determine la normativa a aplicar. Y el poder ejecutivo dicta un decreto diciendo: -Siendo que la normativa de fondo impone la formalidad escritura pública, el Registro ha operado bien y deberá rechazarse la inscripción. Y así se abrió la vía a la Suprema Corte. ¿Y que hace la Corte? La Suprema Corte falla a favor del juez, no a favor del Registro, ¿porqué? Porque... Creo que es uno de los fallos más controvertidos en su análisis que yo conozco.

El fundamento de la Suprema Corte de justicia es:-Señores, acá tenemos un conflicto de poderes, poder ejecutivo y poder judicial. El poder ejecutivo con el director del Registro y con el gobernador. El poder judicial con el juez que ordena.

De ninguna manera el poder ejecutivo puede entrometerse en la decisión judicial, porque estaría atacando el principio de división de poderes. No le corresponde al Registro de la Propiedad pronunciarse acerca de la viabilidad de la orden judicial, porque si observado el instrumento el juzgado insistió fue porque calificó la procedencia de la inscripción y por ende corresponde la inscriptoria.

Fíjense ustedes, acá tenemos dos circunstancias muy conflictivas de análisis. Por un lado esto que fue analizado por la Suprema Corte como un tema de conflicto de poderes, cosa que yo no veo demasiado clara, sin perjuicio de que es cierto que frente al conflicto de cualquier naturaleza que se presente frente a la calificación del Registro de un documento judicial tendrá que resolver en definitiva el juez, y si el juez resuelve que hay que inscribir hay que inscribir, creo que previo a la intervención de la Suprema Corte, no se había resuelto esta circunstancia de conflicto en la sede judicial, sino que lo que el juez había dicho es: «insisto en la incriptoria de esta cesión».

Y por otro lado está el tema exclusivamente registral. El tema exclusivamente registral impone que la calificación que el Registro realiza, la puede realizar con el instrumento notarial, con el instrumento administrativo, y con el instrumento judicial, razón por la cual le corresponde al Registro calificar las formalidades extrínsecas y aquello intrínseco que esté vinculado con éste, que contenga el instrumento de cualquiera de estas tres naturalezas que ingresan al Registro para su toma de razón. De modo que acá es muy difícil establecer qué es lo prioritario, si este pretendido desequilibrio que se produce ante el enfrentamiento de los poderes, o el tema de la aplicación estricta por parte del Registro de la Propiedad en su función calificadora, que acá sí es la función calificadora por excelencia que le corresponde al Registro, porque el Registro no puede inscribir un instrumento que no está revestido de las formalidades que corresponden de acuerdo a lo que la normativa impone.

Derivado de esta circunstancia es que lamentablemente y cada vez con mayor asiduidad, asistimos a una suerte de temor reverencial por parte de los Registros a todas aquellas ordenes que provienen de juzgados, esto es, la calificación del instrumento por parte del registrador



siempre es más benévola que la que se realiza con relación al instrumento notarial, porque hay una suerte de temor reverencial.

Y así tenemos entonces como correlato algunas circunstancias de conflicto provenientes del acatamiento muchas veces de ordenes judiciales que son sumamente cuestionables y que en realidad el Registro no tendría porque acatar. Les cuento dos simplemente para que ustedes vean en que estado estamos en este momento frente a la recepción de pronunciamientos como el que tuvo la Suprema Corte en la provincia de Buenos Aires.

Es muy común que al Registro de la Propiedad ingrese, por desconocimiento de los juzgados lamentablemente, oficios que pretenden inscribir inhibiciones generales sobre inmuebles determinados, lo cual, claro, cuando uno se lo pregunta, si esto se lo dice un alumno de la facultad, esto significa: -suficiente señor, puede retirarse. ¿Cómo lo resuelven los Registro de la Propiedad en este momento?, toman razón de la inhibición y anotan el embargo, esto es, el sujeto queda impedido de disponer de sus bienes y restringido con relación al bien de que se trata. Se imaginan que ¿el Registro qué dice frente ésto? Nosotros tenemos que desentrañar la voluntad de la orden judicial.

Yo digo, ¿porqué no tanto esfuerzo para desentrañar la voluntad de las partes intervinientes en un instrumento notarial en donde el autorizante es el que mejor conoce cual ha sido la voluntad y si lo reflejó de este modo es precisamente porque quiso volcar la voluntad de las partes.

El otro tema, ha sido un caso muy sonado en Capital Federal, ha tenido trascendencia en todo el país, y está en este momento radicado en la Corte Suprema de Justicia.

Es el caso de un escribano que solicitó Certificaciones para realizar una escritura de compraventa bastante importante. Realizada la escritura fue ingresada para su inscripción dentro del plazo legal, y cuando el Registro está por inscribir el título recibe un oficio judicial del que resulta que la cancelación de hipoteca que obraba en los asientos del Registro, porque había una hipoteca de un banco y una cancelación de esa hipoteca por un oficio judicial, se había realizado a través de un oficio apócrifo.

Entonces, ante el pánico que le produce al Registro este anociamiento no encuentra mejor solución que rechazar la inscripción de la escritura de venta devolviendo el instrumento al autorizante. El escribano planteó en su momento el recurso de recalificación que le es denegado por el Registro, recurre al director del Registro que también se lo deniega, recursos que fueron presentados con una muy buena y meditada fundamentación registral, porque además estuvo asesorado por abogados especialistas en la materia. Y se fue por vía de apelación, -nosotros en Capital Federal tenemos este recorrido administrativo-, con tan mala suerte que cae en una Sala de la Cámara Civil que hace una aplicación que, realmente creo que si nos ponemos a pensarla seriamente es bastante conflictiva y muy alarmante.

La Cámara le da la razón al Registro haciendo aplicación en este supuesto, aplicación analógica de la teoría del acto inexistente y dice: «Así como cuando tenemos una sustitución de personas, esto es, el supuesto de la venta non dómimo, tenemos una *No Venta*, no saneable porque es un acto inexistente, esta Sala adhiere a la inexistencia. Si hubiera adherido a la inoponibilidad sería otra cosa, tendríamos la posibilidad del saneamiento con la prescripción breve. Adhiere a la inexistencia. La inexistencia es una tacha de ineficacia realmente muy grave.

En este caso también tenemos un supuesto de inexistencia, porque como el oficio era apócrifo y la cancelación no se produjo tenemos la *No Cancelación*, por ende la hipoteca esta plenamente vigente. Si el señor que compró quiere inscribir le quedan dos caminos: -o inscribe



reconociendo la existencia de la hipoteca, que no era menor, porque era una hipoteca de valor nominal US\$150.000, o en su defecto opera como el tercer poseedor, hace abandono del inmueble y se acabó.

Esto obviamente el escribano se había reservado el caso federal y está en este momento a resolución en la Corte, vaya Dios a saber cuánto tiempo pasará hasta que la Corte haga su pronunciamiento. Esto es dramático para el pobre escribano realmente.

Lo traigo a colación no para asustarlos sino para que tomemos los recaudos, porque lo grave de este fallo además de la aplicación de la teoría de la inexistencia, es que la Cámara le imputa al profesional negligencia en la realización del estudio de títulos porque dice, y fíjense ustedes, con gran desconocimiento de lo que es el estudio de títulos. Nosotros nos remontamos en las mutaciones reales, pero nunca hemos hecho la verificación de las cancelaciones de hipoteca, eso es tarea registral. Y sin embargo la Cámara dijo: -debió haber confrontado en su estudio de títulos la existencia de esta actuación judicial que dio motivo presuntamente al oficio. Esta tesis de la Cámara, lamentablemente, que hemos criticado mucho, es la que recoge el Proyecto de Unificación en uno de sus artículos, porque el estudio de títulos que esta receptado por el Proyecto de Unificación está incorporado dentro de la normativa de la registración, estableciendo que la buena fe podrá acreditarse siempre y cuando se hubiere realizado el estudio de títulos. Pero al estar asociado esto a la normativa registral, nos lleva de la mano directamente a la necesidad de verificar además la veracidad de todas las registraciones que resultan de nuestra plancha, con lo cual, imaginen ustedes un inmueble que arroja en su historias cinco embargos radicados en distintos juzgados, si nosotros tenemos que conseguir el expediente, que en la generalidad de los casos no lo conseguimos porque está paralizado, se lo llevaron, etc. no escribamos nunca más.

Antes de cerrar y dar tiempo a que hagan las preguntas que quieran, quiero decirles que es muy importante que nosotros peleemos nuestras inscripciones en el Registro, y es algo que lo digo siempre y ojalá todos los profesionales lo asumieran con plena conciencia de lo que es la normativa de fondo, porque a veces uno, muy presionados por el cliente -nos pasa a todos-, acepta pacíficamente posturas que son claramente arbitrarias por parte del Registro. Y esto ha llevado a que el registrador haya avanzado tanto en su calificación y que haya concretado incluso en su normativa específica principios que son claramente violatorios de lo que resulta dentro de la normativa de fondo.

Creo que un ejemplo paradigmático de esto lo da la mecánica de la inscriptoria de la declaratoria de herederos y la cesión de derechos hereditarios, por lo menos en aquellas demarcaciones -que son muchas-, que receptan la inscriptoria de este modo, esto es, en condominio.

Quiero recordarles una cosa más que existe en Capital Federal y que implica de alguna manera participar de un criterio de asignación de característica del bien determinado a la cesión de derechos hereditarios.

Allá por el año 1986, el Registro de la Propiedad de Capital Federal dictó una DTR que todavía sigue teniendo aplicación, en virtud de la cual, cuando un coheredero cede sus derechos hereditarios a otro coheredero, no a un tercero, y hay un bien en donde se registre afectación a bien de familia, el cesionario puede pedir la subsistencia del bien de familia, esto es, no acarrea la obligatoriedad de desafectación que resulta del texto de la ley 14.394 cuando se realiza cualquier acto de disposición de un inmueble que registra una afectación a bien de familia. Esto existe en la Capital Federal, se aplica. Y tiempo después, por aplicación analógica el Registro aceptó que en aquellos casos en donde se dona un inmueble por quienes son los titulares del bien de familia a favor de quienes resultan beneficiarios en la afectación, éstos,



que pasan a ser titulares de dominio, no necesitan que se haya levantado, sino que pueden pedir la continuidad con subsistencia del mismo.

Esto se hace por aplicación analógica de la disposición técnico registral que implica la cesión de derechos hereditarios que únicamente puede aplicarse cuando la cesión se hace entre coherederos, pero no cuando se hace de un heredero forzoso a un tercero.

He querido darles un pantallazo general de la cesión de derechos hereditarios y cómo la que tenemos actualmente en Capital Federal. Estoy dispuesto a partir de ahora para responder las preguntas que quieran hacer. Muchas Gracias.

Antes: La realidad es que en una parte muy importante de la República Argentina, en muchas provincias, y les diré que es la mayoría, el criterio adoptado inicialmente por Capital Federal fue adoptado por las otras provincias. Y cada tanto en las reuniones de Directores de Registros hay como un intento de que esto se vaya extendiendo por el resto del territorio de la República, cosa que en realidad aquellas provincias que todavía no lo tienen tendrían que seguir defendiéndolo a ultranza porque ésto es lo que jurídicamente corresponde. ésto es lo correcto.

**Público:** En realidad ni en Jujuy ni en Salta tenemos esas anomalías. No se inscriben las declaratorias de herederos, y no es obligatorio inscribir las cesiones, y en el caso que se inscriben se inscriben en las matrículas de anotaciones personales. En algunos casos se inscribe en la columna de observaciones de la matrícula del inmueble, porque la anomalía que sí tenemos tanto en Salta como en Jujuy es la cesión sobre bien determinado.

**Prof.:** Bueno, esto es otro tema a mi juicio todavía más grave que la inscripción de la cesión, porque la inscripción sobre un bien determinado creo sí que es claramente violatoria de la naturaleza jurídica del estado de indivisión post comunitaria que se produce. Ésto de anotar matricularmente o de vincular la cesión con un bien determinado es realmente contrario a derecho. Yo puedo ceder la universalidad o puedo ceder una parte alícuota de la universalidad. Pero de ninguna manera puedo individualizar bien o bienes hasta tanto no cumpla con el estadio partitivo, porque como heredero no sé qué me va corresponder. Y además piensen ustedes que sin perjuicio que el principio general que sienta el Código es la atribución de la partición en especie, como principio general, nada impide la adjudicación que - inicialmente tiene que ser de hijuelas que respeten los derechos que eventualmente corresponde por ley a los legitimarios-, nada impide adjudicaciones partitivas de otra naturaleza en donde un único bien que pueda ser asignado en su totalidad a uno solo de los herederos y los otros no quedarse con nada, porque pueden haber tenido créditos anteriores que hacen valer dentro del procedimiento sucesorio. Por eso aquellos que frente a la postura de los que decimos que no hay cesión sobre un bien determinado si rápidamente se apuran y dicen ¿Y si en el sucesorio hay un solo inmueble? No importa, este solo inmueble debe ser concebido como un todo ideal que va ser el elemento sobre el cual va a estrellarse -palabra hoy no tan feliz sobre todo en esta semana- todos los créditos y las deudas que deben ventilarse en el sucesorio, por eso hay un proceso de inventario y avalúo, proceso de liquidación y partición, aún con un solo bien y un solo heredero.

**Pregunta:** ¿si hay un solo heredero es necesaria la partición?

**Prof.:** sí, también. También es necesaria la adjudicación porque debe hacerse así.

**Pregunta:** Ud. se refiere a la adjudicación y no a la partición?.

**Prof.:** no, la partición es adjudicativa, porque yo no puedo, hasta que no tenga satisfecha las pretensiones en tiempo oportuno de los acreedores... no se consolida nada. Verlo de ese modo es un facilismo jurídico, porque tengo acreedores del sucesorio y acreedores del heredero.



ro. Fíjense ustedes lo siguiente: De algún modo el primer efecto de haber hecho cesión es la aceptación de la herencia. Si yo cedo, implícitamente he aceptado la herencia. Entonces acá viene el tema de la posibilidad de agresión de acreedores personales y de acreedores del sucesorio, entonces yo necesito cumplir con el estadio total, necesito realizar partición y adjudicación si queda algo, porque a lo mejor este único bien no alcanza ni siquiera para satisfacer las pretensiones de todos los acreedores. Por eso es muy importante cumplimentar todo el proceso.

**Pregunta:** ¿la cesión hecha por escritura pública presentada en el expediente es suficiente o es necesaria su inscripción?

**Prof.:** La cesión presentada en el expediente es suficiente publicidad. Lamentablemente esta no es la postura plenaria en Capital Federal que ha exigido la inscripción. Tan es así el tema que yo hice la interpretación que me gusta del decreto 466 y jamás mando a inscribir previamente la cesión. La hago presentar el expediente judicial y que después se ordene la inscripción conjuntamente con la ... es decir, si no se inscribe previo a la declaratoria hay que solicitar la inscripción que cuando es presentada en el expediente judicial nunca la orden es independiente de la declaratoria de herederos.

**Público:** En Jujuy no se ordena la inscripción aún presentada la cesión en el expediente, sino que se sigue tramitando el sucesorio, se termina la partición y adjudicación al cesionario.

**Prof.:** En general en Capital Federal lamentablemente son pocos los casos de partición. Lo que se hace es llegar al dictado de la declaratoria de herederos, se pide que se ordene la inscripción de la declaratoria y cesión y se mande a inscribir todo junto al registro de la propiedad. No es lo habitual llegar a la partición lamentablemente.

**Pregunta:** ¿si no es materia de calificación el pedido de inhibición tanto del sucesorio como del cedente, si no es materia de observación en definitiva no lo solicitamos?

**Prof.:** Actualmente en Capital Federal para inscribir la cesión solita antes de la declaratoria, es materia de calificación pedir inhibición por el causante y por el cedente. Y como ahora lo impone la normativa registral, si yo hago una cesión de derechos hereditarios sin haber pedido estas dos inhibiciones, no la inscribo, la presentan en el expediente y después si pretenden inscribir la va a observar el Registro si no está pedida la inhibición, o sea que lo ha transformado en un elemento de calificación, pero no es materia de responsabilidad profesional. Desde el punto de vista disciplinario se ha entendido siempre que -por el conflicto que planteaba queda librado al quehacer profesional. Lo que pasa que si no se puede inscribir, en definitiva uno le está produciendo un perjuicio a las partes.

La sucesión como tal no es sujeto de derecho, lo es nada más que desde el punto de vista impositivo. Los Registros no la toman como sujeto de derecho. La sucesión son todos los herederos considerados en forma singular o conjunta, pero no como ente sujeto de derechos.

**Pregunta:** Si se ha instrumentado una escritura de cesión de derechos hereditarios sin haberse pedido el certificado de inhibición, y el Registro observa después ¿cómo se subsana?

**Prof.:** En la práctica creo que lo que hay que hacer es pedir inhibición a la fecha en que se realizó la cesión, porque obviamente que el cedente no esté inhibido ahora no interesa, porque lo que interesa es que no haya estado inhibido a la fecha de la cesión. Entonces habrá que pedir inhibiciones a la fecha en que se realizó la cesión para cumplimentar con la normativa. Pero de todos modos esta calificación en realidad se hace con relación a los instrumentos que se han formalizado con posteridad a la entrada en vigencia del decreto 466 y no antes porque con anterioridad no era materia de calificación registral. Sobre todo tengan en cuenta que por el causante se piden los informes en el juicio sucesorio, razón por la cual no tiene sentido el



pedido después para la cesión. Yo sí creo que en principio es de buena tónica pedir inhibiciones, aún cuando no nos asegure demasiado, por lo menos de algún modo cubre la cosa. Pero no tenemos, como les decía antes, la certeza absoluta porque podemos tener multiplicidad de demarcaciones en juego.

Es un actuar diligente del notario. Fundamentalmente de interrogatorio, porque uno generalmente le pregunta, o va a ver el expediente, o ve donde están ubicados los inmuebles, le pregunta donde tiene actividad el cedente y entonces de algún modo establece en qué demarcación tiene que pedir el certificado de inhibiciones. Recuerden que esto es en Capital Federal. Ustedes acá en Jujuy no califican esto y sigan así porque está bien, aplaudo que no se califique y es correcto, porque, repito, realmente el pedido de inhibiciones deviene absolutamente inconsistente frente a situaciones como ésta, que se da muy a menudo, porque no se olviden que la apertura del sucesorio se da en el lugar del último domicilio del causante y el señor a lo mejor accidentalmente se murió en una provincia en donde ni tenía su actividad habitual ni el cedente tampoco la tiene, ni estaba el asiento de los bienes ni el asiento de los negocios, con lo cual yo sigo criticando profundamente el criterio de Capital Federal con relación a la solicitud de inhibiciones porque tal como estamos si no tenemos un Centro Nacional deviene absolutamente inconsistente.

**Pregunta: ¿Y el embargo de derechos y acciones hereditarios?.**

**Prof.:** El embargo de derechos y acciones hereditarios debe hacerse en el expediente. No tiene porqué tener reflejo registral, justamente por la naturaleza que decíamos del estado de indivisión post comunitaria. Se da en muchos supuestos pero tiene que tener reflejo en el expediente judicial, pero de ninguna manera puede tener reflejo en el Registro porque ¿qué hace el Registro? ¿va a trabar embargo sobre todo los bienes que registra el causante?, además, habría que ir a todos los Registros, del Automotor, de buques y aeronaves. El embargo de los derechos y acciones hereditarios como tales, tiene que tener reflejo en el expediente judicial. Es improcedente la toma de razón del embargo de derechos hereditarios en el Registro de la Propiedad. No corresponde además por la naturaleza del embargo. El embargo recae sobre un bien determinado y los derechos no son sobre bienes determinados, son sobre una universalidad. No hay inscriptoria de embargo sobre una universalidad en los Registros.

**Público:** A veces nos llega al Registro oficios donde el juez indica que en el sucesorio de Juan Pérez se ordena trábese embargo sobre los derechos y acciones que le corresponden a Juan Pérez sobre el inmueble tal o cual.

**Prof.:** el juez se olvida que no le corresponden sobre los inmuebles todavía porque le corresponden a todos sobre todo, se trata de la universalidad.

**Pregunta:** Lo que pasa es que la confusión viene porque existe la mala praxis de hacer cesión de derechos hereditarios sobre un bien determinado.

**Prof.:** Creo que en esto lo que hay que hacer es empezar por la base, esto es, el notario se tiene que acostumbrar a decir no cuando quieren hacer cesión sobre inmueble determinado o sobre cualquier bien determinado, y decirles: -señor, esto es incorrecto jurídicamente. No corresponde hacer cesión sobre un bien determinado. En función de esto operan en los juzgados. Ésta es la medida que hay que tomar porque después produce la deformación.

Piensen en la naturaleza jurídica del embargo por otra parte. En realidad el juzgado que ordena esto no está ordenando un embargo sobre los derechos, está ordenando un embargo sobre bienes individuales, sobre bienes singulares, lo cual es improcedente. El titular ya es el heredero desde el momento del fallecimiento del causante, entonces hasta se contraponen con el principio que dice que para la traba del embargo debe resultar ser titular actual. Y el titular,



desde el punto de vista del derecho de fondo ya no es el causante sino los herederos. Entonces es contradictoria la traba del embargo sobre los derechos cuando se hace sobre bienes singulares.

Muchas Gracias y les deseo que terminen muy bien con el curso. Hasta la próxima.

(Footnotes)

<sup>1</sup> (Plenarios-Sucesión: cesión de derechos hereditarios: forma; escritura pública: la escritura pública es la única forma idónea para instrumentar la cesión de derechos hereditarios (CNCiv., en pleno, Febrero 24 1986 Rivera de Vignati, María F. M. S/Suc.). ED, 117-311.)

<sup>2</sup> (Sociedad conyugal-Plenarios-Sociedad conyugal: Inmueble: cónyuge propietario de porciones indivisas; adquisición del resto a título oneroso; carácter propio del bien: Reviste carácter propio la totalidad del bien, cuando un cónyuge que tenía porciones indivisas de ese carácter adquirente a título oneroso las restantes porciones durante la existencia de la sociedad conyugal (CNCiv., En Pleno, Julio 15-1992. - Sanz, Gregorio O.). ED, 149-103.)





## **PONENCIA DE LAS NULIDADES EN LA XXVI JORNADA NOTARIAL ARGENTINA**

Nots. C. Brizuela de Rojo

C Alexander

1. Las nulidades en el régimen de nuestro Código son siempre expresas, sea en forma directa o indirecta.-
2. La acción de nulidad absoluta es prescriptible.-
3. Las nulidades instrumentales son absolutas.-
4. Las nulidades relativas se subsanan en la faz notarial por medio de las escrituras de confirmación y ratificación, previstas por el ordenamiento para los actos jurídicos.-
5. Al momento de subsanar se debe tener presente el principio de homogeneidad instrumental.-

### **De los vicios que no traen aparejada la nulidad**

1. En el ámbito notarial los medios de subsanación son las escrituras aclaratorias, rectificatorias y complementarias, incluyendo el documento notarial sin compareciente; y las notas marginales.-
2. La actuación notarial es siempre rogada; el notario no actúa de oficio.-
3. La elección del medio y formas de subsanación corresponde únicamente al notario, y será el resultado de un riguroso y cauto análisis sobre el caso concreto.-
4. El límite para subsanar está dado: en los casos que concurren todos los otorgantes del acto original, por las causales de nulidad.- En caso de comparecencia unilateral está dado por el negocio jurídico y sus modalidades.-

### **De lege ferenda.-**

1. Nos adherimos a aquellos que propugnan la sanción de una ley especial con alcance nacional como derecho de fondo sobre el documento notarial, que incluya un capítulo sobre las nulidades del documento notarial.-
2. Receptar la teoría de la inexistencia del acto en una norma legal que la consagre en forma expresa, estableciendo sus efectos, a fin de evitar que mediante su aplicación se altere la sistemática vigente del Código en materia de nulidades.-

### **Introducción**

El presente trabajo no pretende ser más que un modesto aporte a la «XXVI Jornada Notarial Argentina», con la finalidad de establecer dentro de acotados límites, los vicios o anomalías que puede padecer el acto fedacional del notario, y sus procedimientos o formas de subsanación a efectos de evitar en todos los casos posibles las respectivas sanciones al documento.-

Entendemos que la causa fin de la actuación notarial es aportar a los comparecientes-requiere, un documento –continente-contenido- que circule en el tráfico jurídico, produ-



ciendo sin desmedro alguno, sus efectos propios.- De ahí deriva la importancia del estudio y conocimiento, de las patologías, y los remedios que ofrece el campo jurídico para paliar los mismos.-

Trataremos el tema teniendo en cuenta, las nulidades que puedan ser objeto de subsanación en el ámbito notarial.-

### **La forma notarial.**

Según enseña Nuñez Lagos <sup>1</sup>, la actuación del notario está conversivamente orientada al instrumento público, y la diferenciación entre forma y contenido, subsiste en él, se trata de dos planos horizontales y paralelos

Por un lado, el hecho de la forma, el acto notarial se encuentra en el plano del instrumento, que es puramente formal, unitario y unificador, y en el que se distinguen dos dimensiones: la del acto y la del papel o cartalidad.-

Por el otro, el plano del contenido, del negocio, en sentido amplio (hecho o acto jurídico).-

Negocio e instrumento, no sólo son dos cosas diferentes sino que funcionan, se actúan, lo que quiere decir, que negocio e instrumento están recíprocamente interferidos, y esta diferencia no desaparece jamás por absorción.-

El documento notarial, tiene pues dos elementos, los peculiares y múltiples del acto jurídico determinado, y los comunes a la forma funcionarista o acto notarial determinante.-

### **De las patologías del acto.-**

Son aquellas alternativas del acto o documento, de sentido negativo, que interfieren en la línea de su eficacia y efectos regulares.- Aludimos a aquellas figuras jurídicas que reglamentan las situaciones en que sus aptitudes, su eficacia connatural, claudican.-

Siguiendo a Pelosi <sup>2</sup>entendemos que la «ineficacia» sería el término genérico que engloba a todas las patologías del acto (o documento) y lo privan de sus efectos propios.- Dentro de este concepto genérico podemos distinguir la invalidez de la ineficacia propiamente dicha.-

La invalidez comprende tanto a la nulidad como a la anulabilidad, y se presenta cuando impide la producción de los efectos propios en todo o en parte por faltarle o estar viciado alguno de los elementos o requisitos esenciales del acto, y su causa es coetánea a su celebración.-

La ineficacia <sup>3</sup>, propiamente dicha supone negocios válidos y perfectos, pero cuyos efectos no aparecen o quedan extinguidos por causas extrínsecas.- Dentro de estos supuestos consideramos la ineficacia temporaria<sup>4</sup> que paraliza temporariamente la producción de efectos mientras no se cumplan ciertos requisitos legales, generalmente administrativos o fiscales.-

Consideramos, asimismo oportuno distinguir en este punto, nulidad e inoponibilidad

En la nulidad la falta de producción de efectos del acto o documento se esgrime erga omnes; en cambio, en la inoponibilidad el acto produce efectos entre las partes y sólo pueden ser negados por ciertos terceros extraños al acto y en la medida de su interés.-

### **Inexistencia**

Nos referimos a la inexistencia o teoría del acto inexistente, por considerar que se relaciona con nuestro tema, en tanto los efectos y las posibles formas de subsanación de los actos y documentos, si nos enrolamos en ella, alteran de manera sustancial lo establecido por el



codificador argentino.-

La teoría del acto inexistente aparece en Francia a comienzos del siglo XIX, y fue expuesta en su comienzo por Aubry y Rau, y luego en el siglo XX reformulada por Bonnetcase. Surge, frente a la regla que establecía *pas de nullités sin texte*, y con el objeto de sancionar aquellos actos contrarios a la moral y que el legislador francés no los había calificado como nulos.

En nuestro país, es Llabrás, quien siguiendo a éstos autores franceses, la impulsa, distinguiendo en el acto jurídico, los elementos que hacen a su existencia, de los que determinan su validez.- Expresa, en forma terminante, que para que el acto exista es indispensable que se encuentren reunidos tres elementos esenciales: el sujeto, el objeto, y la forma. «la ausencia de cualquiera de estos elementos esenciales del acto significa la ausencia del mismo acto».

Critica a nuestro codificador por haber considerado como nulos o anulables a verdaderos actos inexistentes. Considera que esta diferencia entre los actos nulos absolutos y los inexistentes tiene una gran importancia práctica en tanto: el acto inexistente puede ser declarado de oficio por el Juez, pues se trata de una situación de hecho que sólo debe ser probada, esta facultad solo le es reconocida al juez en los casos de nulidad absoluta y manifiesta ( art.1047).-

En nuestro derecho, la teoría de estudio no se encuentra consagrada en ninguna norma del código civil ni en sus leyes complementarias, estimamos que esto se debió a que en nuestra legislación los actos que carecen de estos elementos esenciales se encuentran sancionados por la norma general del art. 18 del Código Civil.-

La aceptación de esta teoría sin una norma jurídica que la consagre y determine sus efectos, produce en la práctica una alteración del sistema de las nulidades de nuestro Código, enervando la aplicación de figuras jurídicas armónicas, tales como la conversión y la protección del tercer adquirente de buena fe (art. 1051).-

## **Nulidad.-**

Se trata de un mecanismo defensivo previsto por el ordenamiento jurídico que le quita validez a aquellos actos o documentos que adolecen de un defecto constitutivo, impidiéndoles la producción de sus efectos propios.-

Algunos de sus caracteres distintivos son los siguientes:

- 1) El vicio o defecto debe ser contemporáneo a la celebración del acto.-
- 2) El acto nulo es ineficaz ad initio
- 3) La sanción de nulidad debe provenir de la ley, ya sea de manera expresa, sea esta directa o indirecta.-
- 4) La causal de la sanción además de ser congénita debe subsistir en la oportunidad en que se efectúe su valoración.-

## **Nulidades expresas.-**

Del artículo 1037 del Código Civil surge que la única fuente de nulidad se encuentra en la fuerza imperativa de la ley<sup>5</sup>, consagrando lo que la doctrina denomina el carácter expreso de la nulidad.-

La ley, puede establecer la sanción de un modo directo, cuando del texto legal ella surge explícitamente; o de modo indirecto, cuando sin que el texto legal la disponga formalmente, la sanción resulta de la contradicción del acto jurídico con una prohibición de la ley, o de la ausencia de condición exigida por ésta para su validez. (art. 18 del Código Civil).-



Interpretando el mencionado artículo 18 del Código Civil, una parte de la doctrina encuentra las llamadas nulidades virtuales<sup>6</sup>.-

Creemos, que no sería correcto hablar de nulidades virtuales, adhiriendo a lo postulado por Lloverás de Resk<sup>7</sup>, quien manifiesta que el carácter expreso de la nulidad en el derecho civil argentino, significa que no existe sanción de nulidad de un acto jurídico si aquella no está establecida de antemano por la propia ley, y que nunca se podrá declarar la nulidad de un acto jurídico mediante el recurso de la interpretación extensiva o analógica.

Esta cuestión según Pelosi<sup>8</sup> se traslada a las nulidades formales, no aceptando la existencia de las nulidades virtuales, posición que expresa ha sido receptada en la jurisprudencia, al rechazarse la existencia de posibles nulidades de escrituras públicas por falta de texto expreso que las decreta.-

## **Clasificación de las nulidades en nuestro Código Civil.-**

Previo a ingresar al tratamiento de este punto, creemos oportuno advertir, que dentro del sistema de organización federal adoptado por nuestra Constitución Nacional, las nulidades son materia exclusiva del Código Civil, y no se pueden establecer por leyes de forma o notariales que sólo pueden disponer respecto de anomalías secundarias o circunstanciales.-

Nuestro Código Civil recepta la dicotomía negocio-instrumento que hemos dejado delimitada al referirnos a la forma notarial.-

Así en el capítulo III, Títulos VI «De la nulidad de los actos jurídicos», arts. 1.037 al 1.058 bis, y Título VII «De la confirmación de los actos nulos y anulables» en los arts. 1059 a 1065, desarrolla la teoría general de las nulidades de los actos jurídicos.-

Y en los Títulos III «De los instrumentos públicos» y Título IV «De las escrituras Públicas», en los artículos 980, 983, 985, 988, 989, 1004 y 1005 se refiere a las nulidades de los instrumentos y escrituras públicas, por vicios de forma.

Para ciertos actos: donación de inmuebles (art. 1810); renta vitalicia (2071); usufructo (2830/2); servidumbre (2992); hipoteca (3128/33); partición por donación (3522); testamento. Causas de Nulidad: 1) Aptitud física del testador (3624, 3651, 3652. Además de las que no están en ese título pero resultan de los artículos 3624, 3615 y 3617). 2) Del vínculo de parentesco con el notario (art. 3653); testigos (3654, 3696 y sgtes., en particular 3707). 3) Para la redacción de la escritura (arts. 3618/9, 3621/5/7/8; 3630, 3657 y sgtes.), etc.-<sup>9</sup>

## **Nulidades de los actos jurídicos.-**

Con relación a las nulidades del acto jurídico el codificador desarrolla dos clasificaciones independientes entre sí, la de los actos nulos-anulables (arts. 1038 y 1046) y la nulidad absoluta y relativa (arts. 1047 y 1048), que a su vez se superponen y entrecruzan, dando lugar a cuatro variantes.

La distinción entre actos nulos-anulables se realiza en función de la manera en que el vicio que afecta el acto se presenta a los ojos del juzgador; en los nulos de modo manifiesto, en los anulables dependiendo de una investigación de hecho para establecer su existencia.-<sup>10</sup>

Para Llambías<sup>11</sup> en los actos nulos la ley aniquila el acto porque la imperfección de éste es taxativa, rígida, insusceptible de más o de menos, cuando existe en la misma dosis en todos los actos de la misma especie; en los actos anulables por el contrario la ley por sí misma es impotente para aniquilar el acto cuando la imperfección de éste es por su propia índole variable en



los actos de la misma especie, indefinida, susceptible de más o de menos, ligadas a circunstancias concretas que condicionen efectivamente la realización del acto.-

Los fundamentos de la clasificación nulidad absoluta –relativa no surgen del Código, sino de los efectos que éste le asigna a cada una de éstas categorías, y la distinción se establece según la clase de interés que está en juego; el orden público o la falta de uno de los elementos esenciales en la nulidad absoluta y el interés particular en las relativas. La doctrina nacional es casi unánime en este sentido.- Como consecuencia la nulidad absoluta puede ser declarada de oficio o a petición de parte cuando aparece manifiesta en el acto (art. 1047 Cód. Civ.) y alegada por todos los que tuvieren interés legítimo, así como por el Ministerio Público; en cambio, la nulidad relativa debe ser declarada a pedido de parte, y sólo podrá ser alegada por las personas en cuyo beneficio ha sido constituida.- El acto viciado de nulidad absoluta no es susceptible de confirmación.-

Párrafo aparte, nos merece la consideración de la prescripción de la acción de nulidad absoluta, acción que consideramos prescriptible.

El Dr. de Tezanos Pinto<sup>12</sup> dijo con relación a la acción de nulidad absoluta que esta es prescriptible. Fundamenta su posición en: a) Es la ley la que por motivos de interés general establece y organiza la prescripción, imponiéndola a todas las acciones en general (art. 4.019 Cód. Civ.); b) La certidumbre y la seguridad de las relaciones jurídicas, a través de un lapso apreciable, es un elemento de tranquilidad social, quizá más importante, que el mantener indefinidamente viciado un acto, tanto más si dicho acto ha sido objeto de sucesivas transmisiones a terceros, extraños e ignorantes; c) concurre un factor de interés social que debe reputarse de un orden superior al que la ley pudo haber tenido en cuenta para impedir la convalidación de un acto reprobado, por vía de confirmación; no son confirmables y esto no obsta a que la ley los declare prescriptibles.-Por otra parte, agrega, nuestro régimen legal es el de la prescriptibilidad de todas las acciones, en razón precisamente de los fundamentos de orden público que sirven de base a la prescripción.-Así lo establece el art. 4019 del Código Civil, con las únicas excepciones que él mismo consagra o resultan de disposiciones expresas contenidas en el Código u otras leyes.-

Nos adherimos en este punto a lo expresado por Lloverás de Resk: «... nos encontramos frente a dos instituciones de orden público: la nulidad absoluta y la prescripción, en ambas hay un interés general comprometido. En esta situación el legislador se ha visto ante la necesidad de realizar una opción entre los intereses que cada una tiende a proteger, creemos que la opción se ha realizado primero al sancionar el art. 4019 y luego al mantenerlo en su redacción original ... el texto legal es claro y terminante y sostener que la acción de nulidad absoluta es imprescriptible es ir contra lege».-<sup>13</sup>

El Código establece en el art. 1039, otra categoría de nulidades de los actos jurídicos, según que la extensión de la invalidez sea completa o sólo parcial.- Para que la nulidad sea parcial, es necesario que la cláusula inválida sea separable del resto del acto, ya que de lo contrario la nulidad de una de ellas arrastraría la nulidad de las restantes y en consecuencia la de todo el negocio.-

### **Nulidades instrumentales.-**

Las nulidades formales o instrumentales son las sanciones legales que privan de sus efectos propios a un instrumento cuando no se hubieren observado las formalidades prescriptas imperativamente por la ley al tiempo de su celebración.-



Las nulidades instrumentales pueden provenir de vicios que afecten al notario, a los sujetos instrumentales o a los requisitos de forma, y para determinar su clasificación, es necesario aplicar la teoría general de las nulidades de los actos jurídicos –referida ut supra-, y tener a la vista los principios desarrollados por Larraud<sup>14</sup>, de:

**Excepcionalidad:** no existe nulidad sin que el legislador la haya establecido, directa o indirectamente.- Este tema ha sido expuesto en el punto de las nulidades expresas.-

**Finalidad:** la finalidad prevalece sobre el puro formulismo.-

**Subsanabilidad:** las nulidades formales del instrumento notarial son por lo general subsanables.-

## Documentos Nulos y anulables

Para Mustápicich las normas formales generales son: a) observancias de las formas prescriptas por el art. 980 del C.C.; b) intervención del oficial público competente e imparcial art. 980 y 985 del C.C.; c) firmas de las partes art. 988; d) omisión de los testigos art. 990, 991 y 992 del C.C.; e) son anulables los instrumentos art. 989 del C.C. si no fueren salvadas al fin las enmiendas, palabras entre líneas, borraduras o alteraciones en partes esenciales.-

Las específicas de las escrituras públicas: a) deben ser hechas en el protocolo art. 998; b) designación del tiempo y lugar en que fuesen hechas; c) el nombre de los otorgantes; d) las firmas de las partes y la firma a ruego de ellas cuando no supieren o no pudieren firmar art. 1004 del C.C.; e) el orden cronológico art. 1005 del CC.

Agrega que el concepto restrictivo de la nulidad formal ( art. 1037 y 1004 CC. se ha sostenido por la doctrina y la jurisprudencia.-

Por su parte, Segovia, sostiene la existencia de otras causales de nulidad de las escrituras públicas, además de las establecidas en el art. 1004, y 1005 del C.C. , señalando con tales efectos las infracciones a los requisitos del art. 999, 1000, 1001 y 1006 del CC.-

Pelosi <sup>15</sup> las clasifica en:

### a) Documento Nulos.-

- 1) En razón del autor.- a) Falta de firma del autorizante; b) Falta de competencia material, territorial y personal (arts. 980 y 985 del Cód. Civ.); y c) falta de investidura o capacidad (art. 983)
- 2) Por razón de los sujetos instrumentales: a) falta de firma de algunos de los comparecientes; b) falta de firma a ruego cuando corresponda; c) falta o incapacidad de uno o más testigos cuando su presencia fuera requerida o necesaria.-
- 3) Por razón de la forma: a) extensión en hojas que no cumplen los extremos legales para ser considerado protocolo; b) inobservancia de las formalidades enumeradas en el art. 1004 primera parte del Cód. Civ.; c) trasgresión al orden cronológico (art. 1005).-

### b) Documentos anulables

- 1) por declaración de falsedad material o ideológica (art. 989); 2) cuando tuviese enmiendas, palabras entre líneas, borraduras o alteraciones en partes esenciales no salvadas al fin (art. 989).-

## Carácter de la nulidad instrumental.-



Nuestro Código Civil no establece una enunciación como efectúa Freitas en su Esboço de los casos comprensivos de nulidad absoluta y relativa<sup>16</sup>, y ésta se realiza en nuestro derecho teniendo en cuenta los efectos que éste le asigna a cada una de éstas categorías, como ya lo indicáramos.-

La doctrina y la jurisprudencia mayoritaria<sup>17</sup> están de acuerdo que las inobservancia de las formalidades mencionadas en el art. 1004 (salvo los vicios relativos a sujetos instrumentales, las escrituras no hechas en idioma nacional, algunos casos de defectos de forma) son absolutas, en razón de que la naturaleza pública de la potestad ejercitada, de órgano y agente, del propio acto, y el trascendente fin de seguridad jurídica que éste persigue son pautas significativas que denotan la presencia del interés general.-<sup>18</sup>

Se aparta Pelosi<sup>19</sup> que considera que las nulidades por defecto de forma son relativas, entre otras razones porque deduce que en la generalidad de los casos la forma está impuesta en beneficio del interés particular, y que la jurisprudencia estuvo dividida respecto al carácter de absoluto y relativo de la nulidad de las escrituras que no tuviesen las procuraciones o documentos habilitantes exigidos por el art. 1.004 antes de la sanción de la ley 15.875.- Asimismo, citando a Borda, excluye aquellos supuestos en que la forma es decretada ad solemnitaten, porque entonces el rigor formalista deriva de un interés público o social.- Las clasifica en:

- 1) Las nulidades absolutas: a) falta de firma de algunos de los comparecientes; b) falta de firma a ruego cuando corresponda; c) falta o incapacidad de uno o más testigos cuando su presencia fuera requerida o necesaria; d) trasgresión al orden cronológico (art. 1005); y e) extensión en hojas que no cumplen los extremos legales para ser considerado protocolo.-  
Anulabilidades absolutas: a) incorrecciones por falsedad, b) falta de lectura en el testamento; c) falta de unidad de acto en el testamento; d) falta de las menciones establecidas en el art. 3657.-
- 2) Nulidades relativas: a) falta de designación del tiempo y lugar, b) la falta del nombre de los otorgantes.-

### **Análisis específico de las causales de nulidad instrumental.-**

**Tiempo:** se refiere a la indicación de día, mes y año, que se contarán por el calendario gregoriano (art. 23).- Su exigencia surge del art. 1.001 del Código Civil y su omisión se sanciona con la nulidad (art. 1004).-

Esta mención es indispensable para determinar la capacidad de los otorgantes.-

**Lugar:** se tiene por cumplida con la mención de la ciudad, pueblo o localidad donde tiene su asiento la notaría<sup>20</sup>, debe tenerse presente el art. 981 sobre el error común que le confiere valor al documento cuando el notario actúa en un lugar generalmente considerado como perteneciente a su distrito.- Su mención tiene importancia a los efectos de determinar si el notario obró dentro del territorio que se le ha asignado para sus funciones.- Su omisión es sancionada con la nulidad de la escritura (art. 1004).

Tanto con relación al tiempo y al lugar la doctrina mayoritaria entiende que la falta total de las misma sería una causal de nulidad absoluta, para Pelosi sería una nulidad relativa.

El Anteproyecto de la Ley de los Documentos Notariales, recepta la doctrina y jurisprudencia mayoritaria, estableciendo en el art. 96, 1: «... El documento notarial es nulo cuando: ... 5 No tuviera *ni pudiera inferirse*<sup>21</sup> la designación del tiempo y lugar en que fue hecho ...».- En



la nota se indica que comprenden tanto el lugar inferido como la fecha inferida o fecha inferible por conexión con otros instrumentos.-<sup>22</sup>

Se sanciona su falta, y no la expresión irregular o equivocada.-Estas últimas se subsanan mediante nota marginal o aclaratoria.-

**Orden Cronológico:** el art. 1.005 dispone «Es nula la escritura que no se halle en la página del protocolo donde según el orden cronológico debía ser hecha».- Esta exigencia está vinculada con la del art. 1001 de fecha y lugar (data) y su inobservancia trae aparejada la nulidad.- Significa que las fechas de las escrituras deben sucederse y figurar con sujeción al transcurso del tiempo, no exige la continuidad en el número de las escrituras, lo que prohíbe es la intercalación de las escrituras de fecha distinta.<sup>23</sup>.-

Esta sanción, según la jurisprudencia y doctrina mayoritaria, debe aplicarse con carácter restrictivo, tan solo en caso de falsedad o fraude, y no en los casos de errores inevitables en los cuáles toda idea de fraude sea materialmente imposible.-

Este orden cronológico surge del examen total del protocolo, y no sólo del examen de la fecha de la escritura anterior y la posterior.-

A su vez el orden cronológico está regido por disposiciones locales<sup>24</sup> que establecen la numeración correlativa de las escrituras públicas y el control de la habilitación de las fojas notariales, con las que a priori se forma el protocolo.-

El Anteproyecto de la Ley de los Documentos Notariales, en el art. 96, I El documento notarial es nulo cuando, 4: «..., o no se hallare en la página de aquél donde según el orden cronológico debía ser hecho».

**Nombre y Apellido:** el art. 1001, establece entre las menciones que debe contener la escritura pública la exigencia de que se consignen los nombres y apellidos de las personas que la otorgan.- Esta exigencia tiene por objeto establecer la identidad de los otorgantes y evitar confusiones y homonimias.-

En nuestro derecho la ley 18.248 legisla sobre el nombre de las personas naturales.-

Señala Llambías que la mención del nombre es una circunstancia especial de la escritura, sin tener tal carácter los demás datos personales cuya omisión no impide determinar la identificación de los comparecientes<sup>25</sup>.- Se sanciona con nulidad la omisión total del nombre de los otorgantes, no así los errores o menciones incompletas.-

**Firma:** son nulos los instrumentos públicos, y en especial la escritura pública, cuando carezca de las firmas de las partes, la firma a ruego de ellas cuando no saben o no pueden escribir y la firma de los dos testigos del acto cuando su presencia fuese requerida por los interesados y la de los testigos indispensables (arts. 988 y 1.004 del Código Civil).-

La nulidad instrumental deviene en razón de los sujetos instrumentales, lo cual acarrea la nulidad absoluta del mismo, con los efectos que le son propios e impide sin más la conversión del acto frustrado, por la inexistencia de voluntades negociales esenciales para la formación del acto jurídico causal, o su título suficiente.-

En este caso se exige la celebración de un nuevo acto escriturario que reproduzca el inválido.-<sup>26</sup>

**Firma del escribano:** Aunque el supuesto no está contemplado en el art. 1004, tanto la doctrina como la jurisprudencia son unánimes al considerar la nulidad de la escritura por falta de la firma del escribano.-

El anteproyecto de Ley de Documento Notarial en el art. 96, I, inc. 1 se refiere a los casos de nulidad por falta de firma de los comparecientes y de las firmas de los que deben hacerlo a ruego; en el inc. 2, también sanciona de nulidad al documento que no hubiere sido autorizado



por el notario, en la nota se indica que comprende tanto al documento sin firma, como con firma del notario no en ejercicio.-

**Documento no extendido en el protocolo:** para parte de la doctrina se trataría de un supuesto de inexistencia del documento notarial, por faltarle uno de los elementos esenciales de ese tipo instrumental.- Creemos con Pelosi<sup>27</sup> que debe hablarse de documento nulo para seguir así la sistemática del Código Civil, que no reconoce la diferencia entre nulidad e inexistencia.-

El anteproyecto de Ley de Documento Notarial en el art. 96, I, inc. 4 se refiere al caso de nulidad del documento notarial cuando no se hubiere extendido en el protocolo y fuere exigible ese requisito, en la respectiva nota se aclara que se trata de la nulidad del documento en tanto «protocolar», sin excluir su posible validez como documento notarial extraprotocolar.-

## Medios y procedimientos de subsanación.-

### Al abordar este tema, a priori debemos tener en cuenta:

- a) la dualidad del documento notarial, donde continente y contenido existen en una total independencia, de tal suerte que la invalidez del acto o negocio jurídico no se traslada al instrumento y viceversa, a excepción de que la forma de éste último hubiere sido establecida ad-solemnitatem respecto del acto ( nulidad refleja).- La existencia de un instrumento formalmente válido que contiene un acto o negocio jurídico viciado, o por el contrario un instrumento inválido que recepta un acto o negocio jurídico válido; y
- b) el principio de homogeneidad documental por el que un documento sólo puede ser subsanado por otro de la misma especie que lo originó, admitiéndose que excepcionalmente un documento emanado de una autoridad judicial pueda subsanar documentos notariales o administrativos. (art. 35 ley 17.801).-

Frente a las diversas patologías, el ordenamiento jurídico ha previsto remedios que configuran los distintos medios de subsanación

En aquellos supuestos en que fuere posible subsanar el acto, la selección de los medios dependerá del carácter del defecto o vicio que adolezca.-

### Los afectados por :

#### 1) nulidad absoluta - sea ésta formal o sustancial - son insubsanables.

Bajo ciertas condiciones se podría llegar a no tener en cuenta su invalidez, por aplicación de la prescripción longi temporis, el contexto del art. 1051 y el plazo de los estudios de título.-

En los supuestos de nulidad absoluta, en que se afecta institutos de orden público, jamás podrán ser salvados; por ejemplo: compraventa entre cónyuges.-

Si se trata de invalidez formal absoluta, deberá reproducirse o reiterarse el acto, mediante el otorgamiento de una nueva escritura, comportándose las partes como si nunca se hubiese celebrado el negocio jurídico anterior, por lo que obviamente el acto habrá de producir efectos para el futuro, por ejemplo: escrituras fuera del protocolo, falta de firma de alguna de las partes, donación de inmueble por instrumento privado.-

#### 2) nulidad relativa, recaerá siempre sobre el acto o negocio según la doctrina mayoritaria-, y son subsanables.-

##### Los medios previstos por la ley son:

- a) **Confirmación:** es un acto jurídico mediante el cual se expurga a otro acto jurídico



inválido del vicio de que adolecía y en razón del cuál era pasible de nulidad.-Puede ser expresa o tácita.-

En cuanto a nuestro tema nos interesa la confirmación cuando el vicio a expurgar se encuentra en la escritura pública.- O sea cuando deba ser expresa. En este caso el instrumento que la recepta a tenor del art. 1062 del C.C., debe observar la misma forma y solemnidades que estén exclusivamente establecidas para el acto que se confirma, y debe contener bajo pena de nulidad: la sustancia del acto que se quiere confirmar; el vicio de que adolecía; y la manifestación de la intención de repararla.-

La tácita sólo es eficaz cuando el acto que se confirma no es formal, y resulta de la ejecución voluntaria, total o parcial, del acto sujeto a la acción de nulidad.-

La confirmación presupone el reconocimiento de la paternidad del acto viciado; la imputación legal del derecho a impugnar el acto la otorga la ley a quien a realizado el acto nulo o anulable de nulidad relativa <sup>28</sup>, y siempre que el vicio ya no subsista.- -

Por esto, la persona que confirma el acto, debe ser idénticamente la misma que lo ha realizado.-

**b) En la ratificación**, una persona aprueba los actos que otra ha hecho en su nombre sin haber recibido el mandato correspondiente.

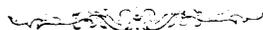
Nos interesa, como medio de subsanación de la falta de representación o insuficiencia de facultades de quien actuó en nombre de otro. Se ha sostenido <sup>29</sup> que la ratificación comprende toda aprobación posterior de un acto ya otorgado, se haya realizado a nombre de otro o no, y aún contra el derecho de otro, incluyéndose los actos que necesitan aprobación, sea de personas a quiénes compete aprobar el acto, sea de aquellos a quiénes compete el derecho o el bien de que se ha dispuesto sin título.-

No se afecta la validez, por lo que estrictamente no estamos frente a un vicio, sino que se ven comprometidos los efectos del primer acto, la imputación de responsabilidad de un sujeto al otro.- La ratificación no se halla sujeta a ninguna forma.- En caso de efectuarse por escrito, el instrumento por analogía con la confirmación debería contener la sustancia del acto a ratificar, y la manifestación directa de la intención de asumirla.-

**c) Conversión:** es la mutación o cambio de un acto o hecho jurídico por otro de la misma índole.- Para que pueda operar esta figura es preciso que se den dos presupuestos: a) un acto o negocio inicial inválido o defectuoso para valer como tal, pero que reúna los requisitos de otro acto, cuyos efectos se aproximen a los queridos por las partes; b) la existencia de una disposición legal, que contemple la posibilidad de su conversión.- Esta figura se apoya en el principio de la conservación de los actos, y la voluntad hipotética de las partes.- Las clases de conversión son: a) la material o sustancial que actúa sobre el contenido del negocio (arts. 2502, 515 inc. 2, 1184/5); y b) la formal cuando queda el mismo negocio pero con una forma diferente (arts. 987, 3670).-

**d) Prescripción:** es uno de los modos de depurar las nulidades, que pudieren tener los título notariales y los actos y negocios jurídicos que constituyen, por el transcurso del tiempo fijado por la ley.-

**e) El contexto del art. 1051:** tiene por principal objetivo la protección del tercer adquirente de buena fe y a título oneroso, quién adquirió la propiedad por las formas legales establecidas para la adquisición de dominio y puede repeler la acción reivindicatoria, amparándose en sus disposiciones.- La disposición se aplica tanto a la nulidad proveniente de un acto nulo como de un acto anulable, sea esta absoluta o relativa.-



## Medios y procedimientos de subsanación de los errores que no traen aparejada la nulidad.-

Consideramos dentro del error a la omisión y a la expresión obscura.-

Error 'significa «concepto equivocado o juicio falso».-

Dejamos de lado, el «error radical- obstáculo- obstativo- o impropio» que destruyen la voluntad e impiden la formación del acto y el «error esencial» que comprende al «error in persona» y al «error in substancia», que dan lugar a la sanción de nulidad o anulabilidad, cuya forma de subsanación se trato en el rubro que antecede.-

Nos referimos aquí al que Planiol<sup>2</sup> llama «errores ligeros» o «error accidental o indiferente» que dejan al acto intacto y válido.- Por ejemplo error material o de pluma, error que versa sobre la inexacta designación del contrato, error que incide sobre el nombre o apellido de la parte, pero no hay equívoco sobre su identidad; el recae sobre el nombre o descripción de la cosa, si esta es la misma sobre la que se quería contratar.<sup>2</sup>

Este error, puede provenir tanto de las manifestaciones de las partes, como de la actuación notarial.

No debe configurar una falsedad ideológica, teniendo a ésta como la desvirtuación consciente de lo verdadero, y que se diferencia del error en tanto éste, es un no saber creyendo que se sabe, y dista de la ignorancia, que directamente es un no saber o desconocer.<sup>-3.-</sup>

Para este tipo de patología también el ordenamiento jurídico y la doctrina, han dispuesto diversos medios de subsanación:

**a) Escrituras de subsanación:** pueden ser aclaratorias, rectificatorias y complementarias. Estas escrituras tienen por objeto precisar el sentido de lo manifestado en forma obscura, subsanar errores materiales o conceptuales, y agregar datos, elementos o declaraciones omitidas en el texto de una escritura anterior.- Deben:

- 1) reunir los elementos de validez y existencia establecidos por la normativa jurídica para las escrituras públicas (arts. 997 al 1011 Cód. Civ.);
- 2) ser rogadas; en forma unilateral por el otorgante afectado por el defecto de la escritura anterior, siempre que no se produzcan cambios sustanciales en los sujetos, objeto o naturaleza del acto, ni se afectan derechos de terceros; caso contrario, por todos los otorgantes del documento anterior, cuando el nuevo acto incida sobre las modalidades del negocio jurídico;
- 3) avalarse con documentos auténticos que posean fuerza probatoria fehaciente (planos aprobados, títulos antecedentes, instrumentos judiciales, administrativos, etc.);
- 4) registrarse en los casos en que los documentos subsanados tengan vocación registral,
- 5) colocarse las notas respectivas en las matrices y testimonio subsanados

**b) documento notarial sin compareciente.** Son documentos que se extienden por el notario, sin la coetánea presencia física del compareciente y como consecuencia de la rogatio del acto original, la que subsiste hasta la confección de un documento notarial válido y eficaz.- Los errores materiales y omisiones producidas en los documentos autorizados y que puedan traer aparejada la «observabilidad» del documento podrían subsanarse por esta vía<sup>4</sup>.- La materia objeto de éstos documentos se encuentra delimitada por el contenido negocial del acto, por las voluntades expresadas y que pudieren verse modificadas, alteradas o corregidas.-.

**c) Notas marginales subsanatorias o certificaciones.** Son las anotaciones que el notario efectúa



con su firma, en los espacios sobrantes de la escritura, con el objeto de subsanar los hechos auténticos de su contenido.-

Son hechos auténticos aquellos que le constan al notario por percepción directa de los mismos o de los documentos que los contienen.- El límite de su actuación en este tipo de subsanaciones está dado por el negocio jurídico, por las declaraciones de las partes y cada uno de los elementos esenciales específicos que exige la ley de fondo.-

Existe identidad entre el contenido de la nota marginal y el contenido de los documentos sin compareciente.-

Están previstas en el Anteproyecto de Ley de Documentos Notariales en los arts. 35 y 36, fijando su contenido.-

## Instrumentación

### Las escrituras subsanatorias pueden instrumentarse con la concurrencia de:

- a) todas las partes que otorgaron el acto.
- b) sólo por el titular del derecho que emana de la escritura a subsanar
- c) el notario, sin la necesidad de un compareciente, con requerimiento.-

Este tema ha sido motivo de estudio por los Consejeros Académicos<sup>5</sup> quienes emiten consideraciones generales, sin dejar de reconocer, que las dificultades en la aplicación de éstas afloran cuando aparece el caso concreto, consideraciones que tenemos en cuenta al momento de elaborar este trabajo.-

La elección del medio y formas ha utilizar corresponde únicamente al notario autorizante, y será el resultado de un riguroso y cauto análisis sobre el caso concreto, teniendo para ello en cuenta, las siguientes consideraciones:

- 1) Si decide subsanar un error meramente material, con su sola autorización, y sin la participación del o de los sujetos negociales, no está actuando de oficio, sino en consecuencia de la «rogatio», que subsiste hasta obtener el resultado deseado de un documento notarial válido, eficaz, e inscripto en su caso en el Registro pertinente.-<sup>6</sup>
- 2) El límite para subsanar, con la sola autorización del notario está dado por el negocio jurídico instrumentado, el que no podrá ser modificado.- Si la subsanación implica modificar al acto causal, entonces esta no es la vía de la corrección.-
- 3) Es posible el otorgamiento de escrituras de subsanación con la sola comparecencia del actual titular del derecho, que emana de la escritura, donde figura el error, para aclarar o subsanar determinadas circunstancias que no alteran el fondo del negocio.- No lo es en cambio, cuando afecte el aspecto substancial del contrato, supuesto en el que debe requerirse la actuación de todos los intervinientes y llenarse los recaudos del Código Civil (art. 996, 1062, 1064, 1184, inc. 10, 1061).<sup>7</sup>
- 4) Es recomendable la notificación fehaciente a las otras partes intervinientes de la escritura originaria, en los supuestos de concurrencias unilaterales.-
- 5) En todos los casos deben cumplirse las exigencias de las leyes registrales y de los códigos procesales.-



- <sup>1</sup> Nuñez Lagos, Rafael: Los esquemas conceptuales del instrumento público. Madrid, Graficas. 1953.-
- <sup>1</sup> Pelosi, Carlos A.: El documento Notarial. Buenos Aires, Astrea, 1980, págs. 288 y sgtes..
- <sup>2</sup> Conf. Lloverás de Resk, María Emilia: Tratado Teórico- Práctico de las nulidades. Buenos Aires, Depalma 1991, pág. 5.-
- <sup>3</sup> Falbo Miguel N., «Títulos nulos y anulables», Revista del Notariado (Buenos Aires) N° 771. mayo-junio 1980, págs. 589 a 595
- <sup>1</sup> Conf. LLOVERAS DE RESK, María Emilia: Tratado Teórico Práctico de las nulidades. Buenos Aires, Depalma, 1991, pág. 29 y sgtes..-
- <sup>2</sup> Llambías, Llerena, Segovia, Salvat, Echeverry, Boneo, Neppi.-
- <sup>3</sup> obra citada,
- <sup>4</sup> Pelosi, ob. cit., pág. 291.-
- <sup>1</sup> Conforme la clasificación de Falbo, Miguel N.: «Títulos Nulos y Anulables»;Revista del Notariado, N° 771, Mayo-Junio 1980, pág. 593.
- <sup>2</sup> LLOVERAS DE RESK, ob. cit. pág. 33.-
- <sup>3</sup> LLAMBIAS, Tratado Tomo II, número 1965, págs. 608 y sgtes.-
- <sup>1</sup> J.A., tomo 74, pág. 925 y 926.-
- <sup>2</sup> LLOVERAS DE RESK, ob. cit., pág. 38.-
- <sup>1</sup> LARRAUD, Rufino: Curso de Derecho Notarial.- Buenos Aires, Depalma, 1966.
- <sup>1</sup> Pelosi, Carlos A., ob. cit., pág. 300.-
- <sup>2</sup> Mustápic, José María: Tratado teórico y práctico del derecho notarial. Buenos Aires, Ediar, 1955, Tomo I, pág. 457.-
- <sup>3</sup> Carmigno Castagno, ob. cit; Mustápic, José María, ob. cit.
- <sup>4</sup> Carmigno Castagno, ob. cit, pág. 94.-
- <sup>1</sup> Pelosi, ob. cit. Pág. 301
- <sup>2</sup> ETCHEGARAY, Natalio Pedro: Escrituras y actas notariales. Buenos Aires, Astrea, 1998, pág. 90.-
- <sup>1</sup> Lo marcado en cursiva es nuestro.-
- <sup>2</sup> Anteproyecto de la Ley de los Documentos Notariales, Revista del Notariado, Buenos Aires, N° 765, mayo-junio 1979, pág. 971.-
- <sup>3</sup> Pelosi, Carlos A.: «Seminario sobre títulos perfectos y observables», Revista del Notariado N° 771, mayo-junio 1980, pág. 596.-
- <sup>4</sup> Ley Notarial N°4884 para la Provincia de Jujuy: art. 20, 23, 27.-
- <sup>5</sup> Dictamen de la Comisión Asesora de Consultas Jurídicas, sobre la base de un proyecto de la Escribana Mariana E. Levin Rabey, aprobado por el Consejo Directivo en sesión del 8 de julio de 1994; Revista del Notariado N° 837, abril, mayo- junio 1994.-
- <sup>1</sup> Dictamen de la Comisión Asesora de Consultas Jurídicas, sobre la base de un proyecto del Escribano Horacio M. Vacarrelli aprobado por el Consejo Directivo en sesión del 22 de junio de 1994; «Escritura pública. Nulidad. Carencia de firmas. Celebración de un nuevo acto escriturario. Ratificación. Ineficacia». Revista del Notariado N° 837, abril-mayo junio, 1994.-
- <sup>2</sup> Pelosi, ob. cit. Pág. 293.-
- <sup>1</sup> Gattari, Carlos Nicolás: Manual de derecho notarial. Buenos Aires, Depalma. 1988, pág. 232.-
- <sup>2</sup> BELLUSCIO, Augusto C. y ZANNONI, Eduardo A.: Código Civil y leyes Complementarias. Comentado, Anotado y Concordado, Buenos Aires, Astrea, 1982, tomo IV, pág. 753
- <sup>1</sup> Diccionario Enciclopédico Espasa 3, Madrid, Espasa Calpe, 1986, tomo 2, pág. 264.-
- <sup>2</sup> Llambías, Jorge J.: ob. cit., pág. 471.-
- <sup>3</sup> Armella, Cristina Noemí: «El Documento Notarial sin compareciente (a propósito de las subsanaciones)»; Seminario Teórico Práctico Laureano Armando Moreira., Buenos Aires, 22 y 23 de octubre de 1992.-
- <sup>1</sup> Zavala, Gastón Augusto, «Subsanación de los documentos notariales» Tratado de Derecho Notarial, Registral e inmobiliario. Más de cincuenta años de jurisprudencia agrupada y comentada.- Buenos Aires, Ad-Hoc S.R.L., 1998, tomo III, pág. 221 a 239.-
- <sup>1</sup> Pondé, Eduardo B. y otros: «Tema IV/72.- Escrituras Aclaratorias», Revista del Notariado, N° 728, 1973.-
- <sup>2</sup> Armella, Cristina Noemí: «El documento notarial sin compareciente (a propósito de las subsanaciones), Seminario Teórico Práctico «Laureano Moreira». (Buenos Aires), 22 y 23 de octubre de 1992.-
- <sup>1</sup> Voto del Consejero Ferrari Ceretti, Francisco «Tema IV/72.- Escrituras Aclaratorias», Revista del Notariado, N° 728, 1973.-





## EL ACTA NOTARIAL DE NOTIFICACIÓN JUDICIAL

*... una herramienta para los letrados, una incumbencia para los notarios, en beneficio de una justicia más ágil. . .*

Esc. Corina Celia Brizuela de Rojo

La Ley 25.488 (vigencia a partir del 22 de mayo del 2002), modificó al Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, y dentro de ese marco incorporó como uno de los medios de notificación el Acta notarial.- (Art. 136 C.P.C.)

Este nuevo medio para la notificación de los actos procesales, que llamaremos «Acta Notarial de Notificación Judicial», - para diferenciarla de otro tipo de actas que no fuere notarial, y de las notariales que tengan por objeto otro tipo de notificación que no sea la que refiere el Art. 136 del CPCCN. -, implica una herramienta que, además de la cédula notificación, del telegrama con copia certificada y la carta documento, podrán disponer los letrados sin necesidad de efectuar manifestación alguna en el expediente.

Para los escribanos importa una incumbencia que recibimos con la responsabilidad que nuestro actuar exige, y su finalidad es la de proveer a una justicia más rápida en beneficio de quien la solicita.

Para la formalización de ésta «acta de notarial de notificación judicial» deberá observarse lo dispuesto en la legislación adjetiva vigente.

Entonces es preciso tener en cuenta, que al no haber aún reglamentado la Suprema Corte de Justicia la forma de la actuación notarial de este nuevo medio, y hasta tanto ello ocurra, la «forma» estará dada por lo establecido en el CPCCN., la Acordada 9/90 de la S.C.J.N. y por las distintas leyes notariales en cada una de las jurisdicciones.

En nuestra provincia, deberá tenerse en cuenta lo establecido por la Ley Notarial para la Provincia de Jujuy N° 4884, y compatibilizarla con las normas nacionales mencionadas.

La propuesta de este trabajo es, determinar como debemos proceder frente a esta nueva vía, para ello, revisaremos las disposiciones específicas que sobre la materia establecen esos cuerpos legales.

\* Casos en que procede la notificación por medio del acta notarial.- El CPCCN. nos indica, que serán los casos en que el CPCCN. u otras leyes establezcan la notificación por cédulas. ( Art. 136 CPCCN.)- El Art. 135 establece « Solo serán notificadas... por cédula las siguientes resoluciones: 1) La que dispone el traslado de la demanda, de la reconvencción y de los documentos que se acompañen con sus contestaciones; 2) La que dispone correr traslado de las excepciones y la que las resuelva; 3) La que ordena la apertura a prueba y designa audiencia preliminar conforme al artículo 360; 4) La que declare la cuestión de puro derecho, salvo que ello ocurra en audiencia preliminar; 5) Las que se dicten entre el llamamiento para la sentencia y ésta; 6) Las que ordenan intimaciones o apercibimientos no establecidos directamente por la ley, hacen saber medidas cautelares o su modificación o levantamiento, o disponen la reanudación de plazos suspendidos por tiempo indeterminado, o aplican correcciones disciplinarias; 7) La providencia que hace saber la devolución del expediente, cuando no haya habido notificación de la resolución de alzada, o cuando tenga por objeto reanudar plazos suspendidos por tiempo indeterminado; 8) La primera providencia que se dicte después que un expediente haya vuelto del archivo de los tribunales, o haya estado paralizado o fuera de secre-



taría más de tres meses; 9) Las que disponen vista de liquidaciones; 10) La que ordena el traslado del pedido de levantamiento de embargo sin tercería; 11) La que dispone la citación de personas extrañas al proceso; 12) Las que se dicten como consecuencia de un acto procesal realizado antes de la oportunidad que la ley señala para su cumplimiento; 13) Las sentencias definitivas y las interlocutorias con fuerza de tales y sus aclaratorias con excepción de las que resuelvan caducidad de la prueba por negligencia; 14) La providencia que deniega los recursos extraordinarios; 15) La providencia que hace saber el juez o tribunal que va a conocer en caso de recusación, excusación o admisión de la excepción de incompetencia; 16) La que dispone el traslado del pedido de caducidad de la instancia; 17) La que dispone el traslado de la prescripción en los supuestos del artículo 346, párrafos segundo y tercero; 18) Las demás resoluciones de que se haga mención expresa en la ley o determine el tribunal excepcionalmente, por resolución fundada. No se notificarán...»

\* Corresponde a los letrados intervinientes, sin necesidad de manifestación alguna en las actuaciones, la elección del medio, y el requerimiento al escribano. El letrado debe aportar al notario los datos que debe contener la notificación, como el nombre y apellido de la persona a notificar, o designación que corresponda y su domicilio con indicación del carácter de éste; juicio en que se practica, etc. ( Art. 137 CPCCN).- Ante el fracaso de la diligencia de notificación el mismo letrado, podrá intentarla nuevamente por la misma, u otra vía sin necesidad de tramitación alguna en el expte.-

\* Respecto de la naturaleza de la intervención del Notario, entendemos, lo hace en pleno ejercicio de la función notarial. Lo designa el letrado, sin intervención y aún sin conocimiento del Juez, a diferencia de su actuación en carácter de auxiliar de la justicia por delegación ( Art. 598 CPCCN), donde el Juez es quien a propuesta del acreedor lo designa. Por eso, aquí, no se encuentra facultado para allanar el domicilio, pedir el auxilio de la fuerza pública, ni embargar bienes del notificado.

\* Es indispensable distinguir entre el «acta» de notificación, y el «acto» de la notificación.- El acta es el instrumento, el continente y el acto es el hecho narrado en el acta, el contenido, la diligencia. El acta es el documento que narra las diligencias realizadas para la notificación. El acto es procedimiento cumplido, la acción, es la diligencia misma, es el hecho ejecutado, tiene lugar en el domicilio indicado por el requirente. El acta es posterior a éste hecho, es la narración y cumple la finalidad de documentarlo, puede ser realizada en ese domicilio o con posterioridad en la escribanía pero siempre dentro del día de realizado «el acto o los actos». Ambos «acta y acto» son los elementos que configuran el «Acta notarial de notificación judicial»

\* En nuestra provincia, a diferencia de otras jurisdicciones el acta notarial debe formalizarse por escritura pública. Debe cumplirse para ello, con las formalidades generales de las escrituras públicas y por ende de los instrumentos públicos, y las específicas de las actas. Serán, como requisito esencial de validez, extendidas en el protocolo sección A, por orden cronológico, iniciándose en cabeza de folio anverso, con numeración sucesiva y epígrafe. Podrán redactarse en forma manuscrita, o haciendo uso de los procedimientos que el Colegio de Escribanos de Jujuy autorice. ( Art. 980 a 1011 del C.C. y Art. 15, 16, 21, 27 y 38 Ley 4884).

\* En el acta notarial de notificación, deberá dejarse constancia del requerimiento. El letrado interviniente, como ya lo expresamos, es el facultado para requerir el acta y será suficiente su manifestación de que actúa como patrocinante o apoderado de la parte. El contenido del acta, de acuerdo a lo establecido por el Art. 137 del CPCCN, será indicado por el



requirente, debiendo el notario transcribirlo en el requerimiento. Se deberá tener especial cuidado en establecer el carácter de domicilio (constituido o denunciado) en el que se efectuará la diligencia, pues la actuación del notario será distinta conforme a cada tipo. En caso de que se entregaren copias o escritos para su traslado, se dejara constancia de la recepción identificando las piezas en el requerimiento. Se tendrá en cuenta lo dispuesto por el código de procedimientos mencionado, sobre las copias con contenido reservado. No será necesario agregar fotocopias de tales instrumentos al legajo, salvo que el apoderado lo pida. ( Art. 120, 139, 339 CPCCN. Art. 153 Acordada 9/90 CSJN.)

\* Para el cumplimiento de la diligencia el requirente debe acompañar al notario, pero no será necesaria su concurrencia al tiempo de ejecutarse la diligencia, cuando ésta se extienda sin formar parte del texto documental de la escritura, es decir, cuando el notario cierre el requerimiento, previa firma del requirente. En este caso el notario puede continuar, él solo, con la diligencia. (Art. 39 1,2,4, Ley 4884)

\* La formalización del acta no requiere unidad de acto, es decir no es necesario que todas las personas que intervienen en la misma, escuchen su lectura y firmen en un mismo momento. Tampoco requiere unidad de contexto, lo que significa que se puede separar en varias diligencias.- El notario puede redactarla al tiempo de realizar las diligencias, o con posterioridad a las mismas, pero siempre dentro del día en que se ejecutan. Se debe tener en cuenta que el Art. 24 del C.C. dispone que: «día es el intervalo entero que corre de media noche a media noche». De tal manera que si por la naturaleza del acta el notario debiera continuarla después de la media noche que finaliza el día, deberá iniciar una nueva escritura en cabeza de folio con data distinta y la numeración correlativa posterior que corresponda (Art. 39. 4 Ley 4884).

\* En caso, que hubiere de efectuar las diligencias en distintos días, no será necesario un nuevo requerimiento, siempre y cuando, el requirente, al requerir la actuación notarial, le solicite en forma clara y expresa, la realización de las diligencias de los días posteriores, de lo que se deberá dejar constancia en el requerimiento. Las nuevas diligencias las cumplirá sólo el notario y se extenderán el día en que se realicen, en cabeza de folio, invocando el requerimiento efectuado. ( Actas sin compareciente con requirente)

\* La diligencia se practicará en el domicilio o sitio indicado por el requirente, con la persona indicada, a quien el notario informará del carácter en que interviene, y de su derecho a contestar y a firmar o no, de lo que dejará constancia en el acta. En esa oportunidad hará entrega al notificado de una copia simple, o fotocopia certificada del requerimiento y la documentación que le fuere aportada con tal fin, dejando constancia en la misma con su firma y sello, el día y la hora de su entrega. Si no encontrara a la persona a quien se debe notificar, e informado de que habita en el lugar, cumplirá la actuación con cualquiera de las personas que lo atiende en el domicilio, y procederá a la entrega de la documentación en la forma antes referida. Si no encontrare a persona alguna en el domicilio, y los vecinos le indican que el requerido vive allí, o la persona encontrada se negare a recibir la documentación, la fijará en la puerta de acceso, (siempre que así, lo solicite el requirente expresamente en el requerimiento y bajo su exclusiva responsabilidad). Si en domicilio indicando se responde a los llamados y el requerido no vive allí, se devuelve sin notificar.- De todo lo actuado se dejará constancia en acta, así como de las declaraciones o respuestas que se le formulen, y de la negativa del notificado o de las personas con quien se entienda, a firmar, y a dar su nombre y relación con el requerido u otros datos según el caso. ( Art. 39 3.6., Art. 41, Art. 42 Ley 4884) ( Art. 140, 141 CPCCN, Art. 153 Acordada 9/90 SCJN.)



\* En los casos en que el código exige, que al no encontrar a la persona a notificar, se le deje un «previo aviso de ley» para que ésta espere al día siguiente, se hará constar en el acta tales hechos, quien recibe el aviso, y el día y hora en que se concurrirá a practicar la nueva diligencia. El previo aviso, se dejará siempre que en el domicilio se informe que la persona buscada no se encuentra, pero que vive allí. El previo aviso se entregará en forma escrita a la persona de la casa o encargado del edificio, y contendrá la hora y el día en que se regresará para la actuación. La nueva diligencia se llevará a cabo el día y la hora indicada en el aviso, (con una tolerancia de 30 minutos) y si no se encontrare el requerido se practicará con la persona que se encuentre. Esta diligencia deberá redactarse o extenderse en una nueva escritura en cabeza de folio con la data que corresponda a la fecha en que se realiza y con la numeración correlativa que cronológicamente le estuviere impuesta en el protocolo. (Art. 94, 339, y 526, CPCCN; Art. 154 y 155 Acordada 9/90 CSJN.)

\* En el diligenciamiento de una notificación dirigida a varias personas, se deberá requerir la presencia de todas ellas. Si el resultado de la diligencia fuere enteramente concordante para todas ellas, el acta o la diligencia se labrará en plural, por el contrario, si los resultados no fueren concordantes se labraran en diligencias separadas. ( Art. 145 Acordada 9/90)

\* La diligencias deberán efectuarse en días y horas hábiles judiciales, salvo que fueren autorizadas con habilitación de día y hora, o carácter de urgente, de lo que se dejará constancia en el requerimiento al transcribirse la parte pertinente de la resolución que así lo disponga; no obstante el requerimiento podrá otorgarse cualquier día conforme lo dispone el Art. 1001 del CC.

\* Respecto a las demás circunstancias que puedan acaecer durante las diligencias será conveniente consultar las «instrucciones para el diligenciamiento» de la Acordada 9/90 de SCJN.

\* Una vez finalizada la actuación notarial, se deberá expedir una primera copia o testimonio para el requirente, a quien le será entregada bajo los recaudos normales de cada notaría.

Como todo en materia «actas», particularmente ésta, estimo presentará tal diversidad de circunstancias que resulta ilusorio pretender en un mero esbozo, abarcar la multiplicidad de situaciones con que la realidad nos espera para sorprendernos, no obstante nunca está de mas ir preparado a la contienda.-.



NOTARIADO NOVEL





**V JORNADA DEL NOTARIADO  
NOVEL DEL CONO SUR  
20 al 22 de Junio de 2002  
JUJUY - ARGENTINA**

**TEMA: BARRIOS CERRADOS  
SU CONFIGURACION JURIDICA**

**AUTOR: ESCRIBANO JULIO ESTEBAN ACUÑA  
- PROVINCIA DE JUJUY -**

**Palabras Previas**

De hace ya muchos años atrás, se viene observando las formas en que se han generado, difundido y comercializado ciertos nuevos modelos inmobiliarios.

Hay algunos que ya tienen bastante antigüedad, como los clubes de campo, parques industriales, tiempo compartido, y hay otros que son relativamente nuevos, como el tema que hoy nos interesa, los Barrios Cerrados.

Estas nuevas manifestaciones inmobiliarias han sido estudiadas por los distintos operadores de las diferentes áreas involucradas en el tema, quienes, en algunos casos, propusieron la sanción de leyes especiales para regir estos nuevos conceptos por una reglamentación específica. Pero las expresiones legislativas que se propusieron sobre el tema se quedaron en proyecto y no alcanzaron a concretarse en ley.

A pesar de esto, en algunos lugares, se dictaron algunas disposiciones cuya observación es obligatoria para los emprendedores de estos conjuntos inmobiliarios. Por ejemplo, en Buenos Aires rige el Decreto 27/98, que regula los Barrios Cerrados, estableciendo la localización e implantación de los mismos.

Con diferentes variantes o puntos de vista en sus textos, todos los ofrecimientos le atribuyen a los emprendimientos que promocionan, la de constituir el medio más adecuado para superar el hacinamiento, la fuerte problemática social que surge de la inseguridad que se vive, y la posibilidad de habitar dentro de un entorno forestado de considerable extensión.

Además, se divulga que el costo para el mantenimiento de los espacios comunes destinado al recreamiento de sus habitantes o a la práctica de actividades deportivas, comparativamente resulta más accesible que el que se abona mensualmente por expensas comunes en edificios sometidos al régimen de Propiedad Horizontal, aún en aquéllos que no cuentan con estos medios. En estos costos, se encuentran incluidos, los que derivan por la contratación del servicio de seguridad.

Resulta importante el estudio de éstos emprendimientos en sus diferentes aspectos. Por la notable incidencia que tienen sobre la ocupación de mano de obra, en función de los proyectos de inversión ya realizados o en vistas de concreción, por el llamado a profesionales de diferentes campos y por la movilización del crédito hipotecario.

Es asimismo importante, hacer conocer a los interesados los aspectos más importantes del proceso que se debe llevar a cabo para la concreción del emplazamiento de un Barrio Cerrado y así lograr comercializar sus Unidades Funcionales. Estas unidades, estas viviendas dentro de un Barrio Cerrado y los espacios comunes destinados a la recreación o al deporte, son un



objeto final, la terminación de un proceso en el que participan diferentes factores.

El propietario de una vivienda y de aquel espacio común que le permite aprovecharla mejor, tiene que saber que lo que es suyo, si bien tiene una realidad jurídica propia, no es un hecho aislado en el marco territorial en el cual se asienta.

Otro tema importante es el aislamiento, es decir, el cerramiento perimetral admitido para estos emprendimientos, lo que acerca a una idea de aislamiento; sin embargo, este cerramiento se refiere a la idea de integración, ya que dentro de esta idea juegan conceptos tales como planificación y desarrollo, condiciones de vida y medio ambiente, la no degradación del suelo, etc., cuestiones que afectan al propietario como integrante del tejido social, económico y cultural. Y tiene que importarle al propietario estas cuestiones, porque su imprevisión o descuido puede ocasionarle costos patrimoniales futuros, ya que al realizar esta elección queda dentro de las relaciones contractuales como el sujeto que necesita mayor protección, pero una protección eficiente y eficaz.

Pero aparte del propietario, existen también otros protagonistas dentro de este proceso: inversionistas, proyectistas, entidades financieras, y todo un amplio espectro de profesionales, que son llamados a prestar sus servicios especializados.

Debido a todo esto, el estado debe dictar las normas tendientes a su protección, por eso debe existir el derecho a la información como garantía de los adquirentes.

Además, en toda esta cuestión jurídica, es necesario tener siempre presente que las normas regulatorias de los derechos reales son, fundamentalmente, de orden público. Es decir, los derechos reales solo pueden ser creados por la ley.

## **INTENCION DEL TRABAJO.**

El presente trabajo, no se propone introducirse en la problemática de la organización interna de los Barrios Cerrados, tema que, por lo extenso, podría tratarse en un trabajo separado.

Se ha encarado principalmente las distintas formas existentes para la instrumentación de estos complejos urbanísticos, las que son varias, tomándose únicamente aquellas que han resultado ser las más utilizadas, y a partir de ahí, resaltar las ventajas y, sobre todo, las desventajas que presentan las mismas, y tomando estas como punto de partida, proponer la sanción de una nueva ley con la creación de un nuevo derecho real.

## **CONCEPTO.**

A los fines de conceptuar normativamente a los Barrios Cerrados, es necesario tener en cuenta la Resolución N° 74 del año 97, y el decreto N° 27 del año 98, ambos de la Provincia de Buenos Aires.

El artículo 1° de la Resolución 74/97 establece «Se considera Barrio Cerrado a todo emprendimiento urbano destinado a uso residencial predominante y equipamiento colectivo, cuyo perímetro podrá materializarse, mediante cercos que no ocasionen perjuicios a terceros respecto de la trama urbana».

En tanto que el artículo 1° del Decreto 27/98 establece «Se entiende por Barrio Cerrado a todo emprendimiento urbanístico destinado a uso residencial predominante con equipamiento comunitario cuyo perímetro podrá materializarse mediante cerramiento».

Entre ambos textos, a pesar de que hay una similitud terminológica, resulta más preciso el concepto establecido en el Decreto.



Este concepto, al utilizar el término «urbano» al referirse a estos emprendimientos, lleva a la idea de «urbanismo», con lo que queda en claro que el objetivo principal que tiene en cuenta la regulación, no termina en el desarrollo inmobiliario que va a terminar en el emplazamiento de un Barrio Cerrado, ni en el conjunto de personas que van a vivir en él, sino que también tiene en cuenta al conjunto humano activo que habita alrededor de él.

Es necesario resaltar que estos complejos también están contemplados en el Anteproyecto del Código Civil, comisión Decreto-ley 685/95, cuyo artículo 2020 contempla lo que denomina «Complejos Inmobiliarios», de la siguiente manera: «Conjuntos Inmobiliarios.

Los Clubes de Campo, parques industriales, barrios o cementerios privados, centros de compras, y entidades similares, pueden sujetarse al régimen de los derechos personales o de la propiedad horizontal.

En los conjuntos inmobiliarios sometidos al régimen de propiedad horizontal o que se sujeten a él, sólo son necesariamente comunes las partes del terreno destinadas a vías de acceso y comunicación e instalaciones de uso común.

El reglamento de propiedad y administración puede establecer limitaciones edilicias o de otra índole, instituir una administración con el carácter de mandato irrevocable, y facultar al consorcio para adquirir nuevos inmuebles para integrarlos al conjunto inmobiliario como unidades funcionales, o cosas y partes comunes. En este caso quedan modificados de pleno derecho los títulos de todas las unidades, de lo que se debe tomar razón en los respectivos asientos registrales».

Hay que resaltar que esta propuesta brinda un marco jurídico de carácter abierto, es decir, la elección entre el derecho personal o la propiedad horizontal, para proceder a la regulación de estos complejos inmobiliarios. Resulta importante, ya que es necesario el otorgamiento de protagonismo a la autonomía de la voluntad, la que, sin embargo, deberá ser ejercida dentro de la inmediatez de la relación sujeto-objeto ( cosa ), que es la estructura propia de los derechos reales.

La comercialización de las unidades funcionales de estos complejos urbanísticos, tal como pone de manifiesto la realidad, siempre se ha realizado en el marco de los derechos reales, pero sin que esto implique, anular total o parcialmente a la voluntad de las partes en todos aquellos aspectos contractuales que no tengan ningún tipo de interferencia en las normativas de orden público de los distintos derechos reales.

## DIFERENTES FORMAS DE INSTRUMENTACION.

Si bien existen diversas alternativas para crear el marco jurídico adecuado a este tipo nuevo de urbanizaciones, las que han sido utilizadas con mayor continuidad son:

- a) derecho real de Dominio + derecho real de Condominio
- b) derecho real de Dominio + derecho real de Servidumbre + Asociación Civil o Sociedad Anónima
- c) derecho real de Propiedad Horizontal.

### a) Derecho Real de Dominio más Derecho Real de Condominio.

Bajo esta estructura, se trata de organizar esta urbanización mediante el otorgamiento al titular, de un derecho real de dominio sobre un lote, y de un derecho real de condominio sobre las partes, lugares y cosas comunes del inmueble.



Analizando el primer punto, es decir, el derecho real de dominio sobre el lote, si nada se ha pactado en contrario, el Código Civil le da el carácter de perpetuo, absoluto y exclusivo, es decir, un derecho real de dominio pleno o perfecto sobre la cosa.

Otorga la mayor cantidad de facultades que una persona puede tener sobre una cosa (absolutes), asegura ser el único y excluyente dueño de la misma (exclusividad), sin perderlo por el simple transcurso del tiempo ni tampoco por el no uso de la cosa objeto del derecho (perpetuidad).

Sin embargo, la realidad plantea otra situación, ya que en muchos casos, a través de reglamentos de uso, o internos, a los cuales los titulares de unidades dentro de estas urbanizaciones se adhieren sin problemas, se establecen diversas y profundas restricciones como límites a este dominio pleno o perfecto, los que solo pueden tener origen legal.

Estas restricciones o limitaciones, si bien están fundadas en el sentido comunitario que reina en estos complejos, la mayoría de los casos transforma el derecho pleno o perfecto en imperfecto, a veces por su desmembración, otras veces por su revocabilidad.

Por ejemplo, hay numerosos casos de Barrios Cerrados que prevén, ante aquellos casos de infracciones a los reglamentos internos o de uso, la posibilidad de revocación del dominio otorgado; o sea que desde el comienzo se está entregando un dominio revocable al titular, ya que se lo sanciona por su posible y futuro incumplimiento de dicha normativa.

De aquí nacen problemas para los titulares de este tipo de dominio, ya que sus títulos son observables en los Bancos cuando se solicitan préstamos para la construcción o refacción de las viviendas dentro de estos complejos.

Pero lo que presenta problemas más graves es la utilización del derecho real de condominio con la finalidad de regular las partes y lugares comunes del complejo, con la atribución a cada titular una parte indivisa sobre el todo.

Este derecho real de condominio tiene como destino la partición del mismo, de acuerdo a lo establecido por el Código Civil, con las excepciones legalmente establecidas, de las cuales ninguna resulta aplicable a estos casos en donde es necesario asegurar la indivisión forzosa perpetua de los lugares, espacios y cosas comunes, los que resultan necesarios para conseguir el perfecto funcionamiento del complejo.

Es decir, que serían nulos aquellos pactos entre condóminos que establecieran la indivisión perpetua del mismo.

Es necesario, además, tener en cuenta que cualquiera de los condóminos puede disponer libremente de su porción indivisa, pero conservando al mismo tiempo su derecho real de dominio sobre el lote; es decir que de esta manera se estaría cambiando la verdadera naturaleza de la funcionalidad y de la esencia del complejo, porque la indivisibilidad entre lo privado y lo común es el núcleo central en el que se apoya esta urbanización.

Otra crítica a esta figura compuesta, es, por ejemplo, la no obligatoriedad de un administrador del condominio, el régimen de mayorías para la toma de decisiones sobre la cosa común, el derecho de veto de cada condómino, lo que en la práctica hacen que esta figura no pueda ser aplicada para la regulación de estos complejos.

**b) Derecho Real de Dominio más Derecho Real de Servidumbre más Asociación Civil o Sociedad Anónima.**

Esta estructura organizativa se ha dado sobre todo en la Provincia de Buenos Aires, a través de los Decretos 9404/86 y 27/98.



En este punto, las críticas realizadas con relación al derecho real de dominio, son las mismas que las utilizadas en la figura anterior.

Ahora, con relación al derecho real de Servidumbre, se ha propiciado como una posible solución para la vinculación de las parcelas, a la servidumbre predial, ya que algunos consideran que este concepto es el adecuado para esta nueva situación. Es decir, esta necesaria vinculación tanto funcional como jurídica entre los diversos inmuebles afectados a los diferentes usos, como áreas sociales y deportivas y los sectores residenciales, podría lograrse a través de la instrumentación del derecho de servidumbre real perpetua o servidumbre predial de la ley de fondo. Así se forma un todo indivisible, al mismo tiempo que se está creando una figura jurídica capaz de asegurar el destino de las partes comunes para su aprovechamiento y uso por los titulares de las partes privadas, cruzándose servidumbres entre uno y otro sector.

Esta servidumbre predial sería perpetua y gratuita, de acuerdo al artículo 3009 del Código Civil. El funcionamiento del conjunto sería de la siguiente manera:

1- las partes privativas serían el fundo sirviente de una servidumbre de abstenerse de realizar construcciones apartándose del código de edificación que rige las relaciones internas y sin contar con el consentimiento del dueño del fundo dominante; y serían fondos dominantes de una servidumbre de afectación como área recreativa del Barrio Cerrado;

2- las partes comunes son el sector deportivo, social y recreativo, y están en propiedad del promotor vendedor, o se transmiten a favor de todos los adquirentes en condominio, o de una persona jurídica, de la que necesariamente participan todos los que sean adquirentes de lotes en el sector residencial. Todas estas parcelas, son sirvientes de la servidumbre de afectación a área recreativa del Barrio Cerrado. Aquí, el fundo dominante debe hacerse cargo de los costos de mantenimiento y conservación y ampliación del predio sirviente; y son dominantes de la servidumbre de no realizar construcciones violatorias del código de edificación interna y sin tener el consentimiento del dueño del fundo dominante;

3- entre ambas partes diferenciadas se constituyen servidumbres reales perpetuas que constituyen una restricción a la libertad de los fondos.

Esta servidumbre predial es un derecho real, es decir que es inherente al fundo y se transmite con el mismo. Por ello se considera que esta figura es la adecuada para un Barrio Cerrado.

Sin embargo, la servidumbre es un derecho real cuyo contenido es una determinada, concreta o específica utilidad sobre un inmueble.

La llamada servidumbre de uso o afectación a área recreativa de Barrio Cerrado se trata más bien de un derecho real de contenido muy parecido al usufructo o al uso, distinto a la servidumbre, y que por absorber todo el dominio útil, se encuentra limitado en el tiempo según nuestro Código Civil.

O sea, constituir una servidumbre que tenga por contenido el de un usufructo o un uso, implica la constitución de un derecho real prohibido, porque esto significaría darle carácter perpetuo al uso o al usufructo, derechos que en nuestro Código Civil tienen limitaciones en el tiempo y son intransmisibles.

Además, se grava el fundo sirviente con una obligación de hacer, es decir de prestar los servicios generales, lo que también está prohibido como derecho real, pudiendo valer solo como obligación personal para el titular del fundo y sus herederos, sin afectar a los fondos ni pasar con ellos a los poseedores de los mismos.

Con relación a la Asociación Civil, saliendo del campo de los Derechos Reales y entrando en el de los derechos personales, se buscó la solución del problema a través de estructuras de tipo asociativo, ya que los Barrios Cerrados pueden organizarse como asociación o sociedad



de diferentes tipos.

Tal vez la sociedad civil no sea la más adecuada, ya que según el artículo 1648 del Código Civil tiene como fin obtener alguna utilidad apreciable en dinero. lo que no es el fin de los Barrios Cerrados; por ello, parecería más adecuada la asociación civil.

En la mayoría de estos casos, se realiza la combinación de un derecho real ( por ejemplo dominio o propiedad horizontal ), con la participación al mismo tiempo en una sociedad o asociación que es creada para estos fines.

Estas combinaciones consiste en asignar a cada uno de los titulares el lote respectivo, y lo que reviste carácter de común integrarlo o aportarlo a una sociedad anónima de la cual son accionistas con acciones nominales los propietarios de cada uno de los lotes.

El problema es determinar la forma de relacionarse la propiedad de un lote con la acción nominal de la sociedad anónima.

Aquí se da la coexistencia entre el consorcio de copropietarios y la sociedad, la que cumple funciones que se confunden y se superponen, por lo que su personalidad, sus actividades y sus intereses forman una unión inseparable con el consorcio.

Este sistema de superposición de una forma asociativa a un derecho real tiene buenos resultados prácticos, ya que le da ejecutividad al funcionamiento del Barrio Cerrado, pero también les recorta facultades a los socios que daría lugar a un género diferente al derecho real permitido. Por este procedimiento se llega a concentrar mucho poder en cabeza de pocas personas las cuales toman decisiones con amplísimas facultades, con lo que poco le queda a los propietarios de sus facultades de tal, aparte del peligro que representaría el manejo de la sociedad por personas inescrupulosas.

Es necesario hacer dos observaciones con relación al Derecho Real de Servidumbre, teniendo en cuenta el carácter de orden público de los derechos reales legislados en el Código Civil:

1) La Servidumbre es el derecho real sobre cosa ajena que menor número de facultades otorga al titular del fundo dominante sobre el bien ajeno o fundo sirviente. Por ello, la utilización de esta figura para la regulación de estos complejos en sus diferentes aspectos, como las calles y vías de circulación, sectores deportivos y recreativos, normas edilicias, partes y lugares comunes, etc., estaría creando al margen del ordenamiento jurídico un derecho real de usufructo de carácter perpetuo, el cual es absolutamente incompatible con nuestra legislación.

2) Resulta imprescindible para utilizar esta figura, la existencia de una obligación de hacer para el fundo sirviente, como ser el mantenimiento de las calles y vías de circulación, limpieza y acondicionamiento de la pileta común, canchas de tenis, de golf, etc., lo cual está expresamente prohibido por nuestra legislación sobre los derechos reales.

### **c) Derecho Real de Propiedad Horizontal.**

Esta ley se ha aplicado a la mayoría de los Barrios Cerrados.

En la Propiedad Horizontal, hasta que no exista el departamento, no hay cosa. El terreno es cosa y es inmueble por su naturaleza, pero sobre un terreno sin edificar solo puede recaer el derecho de dominio o de condominio, pero no de Propiedad Horizontal.

Sin embargo, en la Provincia de Buenos Aires, por un Decreto del año 63 y la Ley de Propiedad Horizontal, se encontró la solución a los Barrios Cerrados, ya que se refiere a la construcción de un edificio por etapas, o sea que se puede inscribir un Reglamento de Copropiedad y Administración y otorgar los títulos de las unidades funcionales ya terminadas, aún



cuando otras falten o se estén construyendo, los cuales van a ser registrados, siempre que reúna determinadas condiciones.

Esto permitió que se comercializaran porciones de terrenos baldíos como si se trataran de verdaderas futuras unidades funcionales, ya que cuando se cree que se está comprando un lote, en realidad se está comprando una unidad a construir sobre un terreno que no es propio sino que es común. Es decir que se adquiere algo que no tiene existencia actual.

En la Propiedad Horizontal la ley se refiere al piso o departamento como lo principal y a las cosas y bienes comunes, entre los que está el terreno como sus accesorios. Según la ley, no puede realizarse la adquisición de los bienes comunes sin realizar la adquisición de lo principal que es la parte exclusiva. Y en los Barrios Cerrados, las unidades a construir son cosas futuras, lo que no permite la posesión ni la tradición. Y sin la cosa principal, no se puede transmitir la casa accesoria.

Además, aparte de las críticas que se refieren al terreno y al objeto, existen otros inconvenientes difíciles de salvar, algunos son de orden jurídico, en tanto que otros son de orden práctico.

Por ejemplo, se trata de casas separadas y diferentes, las que son construidas en tiempos diferentes, entendiéndose que los miembros del Barrio Cerrado puedan hacer mejoras o adiciones. En la Propiedad Horizontal, todo esto no resulta compatible con la propiedad

común de los cimientos, muros maestros y divisorios, techos, fachada, puertas de entrada y régimen de obras nuevas e innovaciones.

El desarrollo del Barrio Cerrado hace que sea necesario incorporar nuevas unidades o nuevas construcciones a las unidades, lo que torna necesario la rectificación de planos, modificación de reglamentos, etc. Dentro de la Propiedad Horizontal, la incorporación de nuevas unidades funcionales o la realización de obras en beneficio exclusivo de un solo propietario requiere la unanimidad.

Otro problema se presenta cuando los Barrios Cerrados desean ampliarse mediante la anexión de otro inmueble, lo que se resuelve escriturando los nuevos terrenos comunes a nombre de la sociedad administradora u otra sociedad intermedia formada total o parcialmente por los miembros del Barrio Cerrado, lo que origina un híbrido jurídico, porque va a tratarse de un inmueble ajeno al consorcio pero físicamente integrado al mismo.

Pero esta ley otorga ventajas, es por ella que cuantitativamente ha sido la más utilizada para estructurar estos emprendimientos.

La ley 13.512 resuelve el carácter de indivisible que debe existir entre el sector residencial y el sector recreativo, presenta la ventaja de poder proceder al cobro por vía ejecutiva y de carácter privilegiada los gastos por mantenimiento y funcionamiento de las partes, lugares y servicios comunes a través de las expensas, trata el punto sobre la creación de los órganos necesarios para lograr la participación y toma de decisiones de los titulares de los distintos lotes o unidades del complejo urbanístico a través de la Asamblea de Copropietarios, del Administrador y del Consejo de Administración.

A pesar de esto, frente a la realidad establecida por estos nuevos complejos urbanísticos, se presentan situaciones complejas que no tienen una solución legislativa. Por ejemplo:

1- dentro de la Propiedad Horizontal, si no hay un terreno común no puede existir este derecho. Se propone otorgar al titular de un lote un derecho real absoluto, exclusivo y perpetuo sobre un terreno propio, para que no necesite de sus vecinos para realizar las

mejoras proyectadas de acuerdo a las pautas edilicias, arquitectónicas y paisajísticas del complejo;



2- dentro de la Propiedad Horizontal, el régimen de sanciones por inconductas graves y repetidas del algún propietario, nunca pueden llevar a su expulsión y con ello a la pérdida de su derecho real sobre el inmueble. Se propone que dichas inconductas puedan llevar a su expulsión como miembro del complejo, y como consecuencia de ello, a la pérdida de su condición de titular dominial, lo que lo colocaría en la situación de verse obligado a vender, cuando se hayan cumplido y terminado todas y cada una de las etapas administrativas impuestas por el propio complejo en su reglamento interno o de uso, pero siempre quedaría para el usuario la etapa judicial;

3- dentro de la Propiedad Horizontal, no hay previsiones acerca del derecho de admisión ni sobre el ejercicio del derecho de preferencia. Se propone abarcar ambos elementos, pero con el cuidado necesario para no establecer ninguna discriminación, pero los cuales serían optativos para aquellos complejos que quieran considerarlos en su reglamentación.

**Pero este sistema también ofrece ventajas:**

1- dentro de estos complejos, la indivisibilidad se da no sólo a nivel de los sectores recreativo y residencial, sino también a nivel de propietario y miembro del complejo. De este hecho nace la posibilidad de aplicar la sanción de exclusión y pérdida del derecho;

2- teniendo en cuenta las expensas, es necesario tratar de determinar su carácter de crédito privilegiado en los términos del artículo 3901 del Código Civil, y así, determinar específicamente cual es el instrumento de crédito que permite su cobro ejecutivo, estableciendo, además, el carácter de obligatorio de otras contribuciones que podrían

aplicarse en aquellos casos en los que personas que no sean titulares de los lotes utilicen los espacios, servicios y bienes comunes del complejo;

3- si se pasa a tener en cuenta los órganos, la presencia y vigencia de un Consejo de Disciplina es importantísimo para el correcto funcionamiento del complejo y para el mutuo respeto de todos y cada uno de los miembros propietarios de las unidades del complejo.

## **LA PREDOMINANCIA DEL USO RESIDENCIAL DEL BARRIO CERRADO.**

Se entiende por Barrio Cerrado, a todo el que está destinado a uso residencial predominante.

Es decir, que en primer lugar se admite que este complejo va a tener como objeto material unidades de aprovechamiento independiente que han sido diseñadas para destinarlas a vivienda.

Como es lógico, todo esto se relaciona con el equipamiento, es decir, con las instalaciones necesarias para atender las necesidades del núcleo humano en el ámbito de la salud, la seguridad, la educación, el transporte, las comunicaciones, etc., como así también la infraestructura de los servicios esenciales, es decir, agua corriente, cloacas, pavimento, energía eléctrica, etc., los que van a ser exigidos.

Siguiendo con esto, otro punto esencial, se ha tenido en cuenta la intensidad de la ocupación o uso del suelo que realice cada Barrio Cerrado, ya que entonces su ubicación va a ser admitida siempre que se ajuste a la densidad poblacional que cada zona tenga fijada. Esto en principio.

Es decir que esto es una situación objetiva que está compuesta por diferentes factores.



entre las que nada tiene que ver el uso que cada propietario le de a su vivienda, sea permanente o transitoria, por lo que cada comuna tendrá que decidir, llegado el momento y de acuerdo a sus propios parámetros, si la ubicación de un Barrio Cerrado en una determinada zona no viola sus propios códigos urbanísticos.

Así, resulta necesario tener en cuenta que si el lugar en donde se pretende ubicar un Barrio Cerrado tiene como destino un uso diferente, es facultad de cada comuna solicitar el cambio normativo que corresponda.

En todo esto, no hay que perder de vista que uno de los requisitos para establecer un Barrio Cerrado es que su localización debe ser compatible con los usos predominantes. Así, si en una determinada zona el uso predominante es la explotación agropecuaria o la actividad industrial, en principio no sería correcto admitir el establecimiento de un Barrio Cerrado. De esta manera se tiende a evitar concentrar en un mismo lugar usos contrarios y la utilización indebida de una infraestructura establecida para un uso diferente.

## **LA GARANTIA DEL DERECHO A LA INFORMACION DEL ADQUIRENTE.**

Es en la demanda de este tipo de complejos donde encuentra su sustento la intensa y sostenida promoción publicitaria que ofrece unidades de viviendas en los denominados Barrios Cerrados, la cual apunta a ciertas características de estos complejos, como la forestación, el cerramiento perimetral, las medidas de seguridad, los relativos costos por las expensas comunes, los diseños posibles de las unidades de viviendas, etc.

La mayoría de las veces, se realiza en forma conjunta por operadores inmobiliarios y entidades financieras, las cuales parecerían actuar con cierta selectividad a la hora de dirigir sus ofertas, tratando de captar entre los posibles y futuros adquirentes a grupos familiares que cuenten con un razonable ingreso económico. Incluso, en determinadas oportunidades, y en determinados medios gráficos, se alcanzan a leer columnas de opinión dirigidas al aspecto no sólo arquitectónico, sino también legal o jurídico de estos complejos inmobiliarios.

Toda esta campaña publicitaria adquiere un carácter valioso, siempre que el futuro adquirente de las unidades tenga a su alcance toda la información, completa, exacta y objetiva.

Para ello es necesario tener siempre presente que son interesados tanto aquellos que decidan encarar el proyecto, como por ejemplo promotores, inversionistas, desarrollistas, profesionales de diferentes áreas, como aquellas personas que tienen intención de adquirir una de estas unidades de vivienda. Todas estas personas tienen el derecho a recibir toda la información necesaria de este tipo de emprendimientos, por lo que resulta sumamente necesario arbitrar los medios para que la misma les llegue en forma completa, con el mayor detalle posible, cualquiera sea la situación particular frente a este tipo de complejos urbanísticos.

Su conocimiento debe producirse en las tratativas preliminares, de forma sumamente detallada, de manera que si se decide, pueda realizar su elección en forma absolutamente libre y espontánea, para la realización de su contrato.

## **NECESIDAD DE UN PROYECTO DE LEY.**

En la actualidad, resulta realmente necesaria la creación de una nueva ley, de carácter nacional, que abarque la regulación de estos nuevos complejos urbanísticos, denominados Barrios Cerrados.



Hasta ahora, son bastantes los aportes que han sido realizados por diferentes autores, sobre este tema, apuntando, entre las diversas razones existentes, a la insuficiencia del Código para contemplar esta nueva realidad; la distorsión, y con ello, la violación del carácter legal del contenido de derechos reales para la organización jurídica de estos complejos; al avance del derecho urbanístico que comenzó a regular cuestiones que resultan totalmente ajenos a la esfera de su competencia al disponer sobre determinadas formas jurídicas para estructurar a los mismos, etc.

Esta futura ley nacional tiene que tender a regular las diversas y complejas relaciones jurídicas que dentro de estas urbanizaciones, con independencia del lugar en donde se encuentren, se generan, las que deben quedar fuera del derecho urbanístico, las que tampoco fueron contempladas por el Código Civil.

Para ello, hay que ser muy cuidadoso, y sobre todo respetuoso de las normas civiles sobre los derechos reales, para, de una forma sumamente correcta, realizar la interpretación de las mismas sobre el *numerus clausus* y del orden público que rige en ese sector del derecho positivo.

Así, se ha propuesto la creación de un nuevo derecho real, la «Propiedad Residencial», la que tiene que servir de marco jurídico adecuado para la regulación de estas nuevas formas inmobiliarias.

Para ello hay varias razones. Así, la única posibilidad para la creación de un nuevo derecho real es la legislativa, ya que de esta forma se estaría cumpliendo con el *numerus clausus*, lo que les impide a los particulares crear nuevos derechos reales por el mero acuerdo de voluntades.

En los derechos reales existe el orden público, por lo que existen ciertas normas regulatorias de ellos que no pueden ser alteradas por los particulares., por ejemplo, no puede acordarse en forma válida la indivisión forzosa y perpetua sobre las cosas de uso común de estos complejos, dado que siempre se llega a la partición en el condominio, por lo que su acción no prescribe.

Todo esto es lo que lleva a intentar la creación de un nuevo derecho real, ya que la ampliación de los existentes para la captación y regulación de estas realidades nuevas, las que no han sido previstas, implicaría la violación del orden público, con la consecuente desnaturalización de su finalidad y de su esencia.

En la actualidad, existe un proyecto de ley, el que ha sido elaborado por la Federación de Clubes de Campo.

El mismo tiene una estructura que tiene en cuenta tres tipos de relaciones jurídicas, las que a pesar de su diversidad, tienen vigencia. Así, regula:

- 1- las relaciones de los titulares del derecho de «Propiedad Residencial», y su vinculación con las fracciones de terreno, las que reciben la denominación de «Unidades Particulares», y las cosas y bienes que son de propiedad común;
- 2- las relaciones jurídicas nacidas en el orden interno entre todos los titulares del derecho de Propiedad Residencial, los que forman el «Complejo Residencial», y de ahí hacia fuera, las que nacen en el reconocimiento de la personalidad jurídica de éste;
- 3- las relaciones que se generen por aquellas conductas disvaliosas que, teniendo en cuenta su gravedad, puedan llegar a afectar la esencia de comunidad de estos complejos, la que resulta imprescindible para una sana convivencia.

Así, las primeras se refieren al derecho de Propiedad Residencial, que es exclusivo del titular sobre su unidad particular, y también la copropiedad indivisa y perpetua que con carác-



ter de indivisible genera este nuevo derecho real sobre las superficies, partes, cosas y lugares comunes del inmueble, y también sobre todas aquellas que se determinen en el Reglamento de Propiedad Residencial, las cuales tienen como finalidad el aprovechamiento común.

También resulta la necesidad de establecer de forma interna, las normas para el gobierno y para la administración del complejo, de utilización de las partes comunes, y también el establecimiento de los derechos y obligaciones de los propietarios con relación a su unidad como también hacia las cosas comunes. Pero también hacia el exterior, es decir, normas que se refieran a la actuación y a la representación de la entidad.

Resulta también con carácter necesario la regulación interna referida al control de aquellas conductas desarrolladas dentro del complejo, ya sea por los miembros o por sus invitados, que puedan resultar violatorias de derechos de otros miembros o del propio complejo, lo que, lógicamente y como una primera instancia, debe estar en manos del propio complejo por quienes hayan sido designados al efecto; y en forma externa, a través de la consideración razonable de la admisión de nuevos miembros.

Este proyecto, su contenido normativo, que se basa en estas relaciones jurídicas enumeradas, es de aplicación imperativa, supletoria u optativa, todo depende de la vinculación en que se sustenta.

Así, por ejemplo, las normas que se refieren a la existencia y funcionamiento del derecho real de Propiedad Horizontal sobre las unidades particulares y las cosas comunes tienen el carácter de imperativas debido al contenido de orden público.

Las que están referidas, por ejemplo, a las mayorías, sin contar las especiales, que se requieren para la toma de decisiones en las asambleas, la forma en que van a computarse los votos, etc., tendrán aplicación supletoria si en el reglamento de Propiedad Residencial no se las ha previsto de forma expresa.

Van a ser optativas en su aplicación, por ejemplo, las que establecen el derecho de admisión, la existencia del «Consejo de Disciplina», la utilización de los bienes comunes por aquellos usuarios que no tengan el carácter de propietarios, etc.

El proyecto, utiliza una técnica jurídica para la estructuración del nuevo régimen normativo, que no modifica la estructura ni el articulado del Código Civil, y mantiene el carácter de ley complementaria, y de aplicación en forma analógica, no en forma supletoria, a las situaciones existentes, pero se prioriza su aplicación como derecho específico.

## PROPUESTA INDIVIDUAL.

Luego de analizar las diferentes formas estructurales jurídicas ideadas para darle vida a estos nuevos complejos urbanísticos habitacionales, se observa que son más las desventajas que surgen de los mismos, debido a que dichas desventajas, en algunos aspectos, son insalvables, no sólo por razones de orden práctico, sino que son también de carácter jurídico.

El proyecto presentado ante el Congreso de la Nación, contempla a los Barrios Cerrados en su universalidad jurídica, es decir, que abarca todos y cada uno de los puntos que son necesarios tener en cuenta para llevar adelante estos emprendimientos.

Debido a ello, y a la necesidad existente de llenar el vacío legislativo en este punto, resulta sumamente necesario el apoyo que se le debe brindar a esta iniciativa formulada desde la Federación de Clubes de Campo, ya que de esta manera se concretaría el anhelo de contar con el marco jurídico regulatorio necesario para estos emprendimientos.

Eso, además de no perder de vista otros puntos, como, por ejemplo y a partir de la nueva



ley, sería el nacimiento o la creación de nuevos puestos de trabajos, la posibilidad concreta de que aquellas personas que hoy en día no cuentan con su respectivo título de propiedad puedan obtenerlo al regularizar la situación de las parcelas, logrando con ello obtener los préstamos que se encuentran pendientes de otorgamiento en las instituciones bancarias o financieras para la construcción de viviendas dentro de estos emprendimientos, generadoras estas circunstancias de nuevos puestos de trabajo que hoy en día se necesitan de manera urgente, los beneficios eventuales y concretos para las instituciones financieras y bancarias al otorgar los préstamos referidos, como así también los beneficios que obtendrán las municipalidades en las cuales se implementen estos emprendimientos.

Hay que tener en cuenta que se necesita de esta ley, porque hay algunas provincias, por ejemplo Jujuy, como varias otras, en donde recién se están comenzando a desarrollar estos emprendimientos, y al respecto, nuestra provincia sólo cuenta con una Disposición Técnico Registral dictada al efecto, la que no puede establecer o imponer cuestiones de fondo, debido a que la Ley Nacional Registral Inmobiliaria 17801 no lo permite.

Por todo ello se torna imperiosa la regulación normativa uniforme.

Somos nosotros los notarios, hombres y mujeres de derecho, desde nuestros estudios, desde nuestra tarea diaria, los que tenemos la tarea de profundizar los estudios sobre este tema, y la especialización en el mismo, que resulta nuevo en algunos casos, no tanto en otros, para que así, de esta manera, se le pueda dar el impulso necesario a estas urbanizaciones en aquellos lugares en donde comienzan a aparecer de manera un tanto tímida, y en aquellos lugares en donde existen desde hace ya tiempo, a terminar de consolidarse como alternativa válida y segura para la vivienda familiar.

## BIBLIOGRAFIA

- 1) Urbanizaciones privadas: Barrios Cerrados. Jorge Raúl Causse
- 2) Las nuevas urbanizaciones y aspectos del tiempo compartido. María T. Acquarone
- 3) Barrios Cerrados: comentarios sobre un proyecto de ley. María Herrero de Patesi – Marcelo de Hoz. Revista del Notariado N° 854. Octubre Noviembre Diciembre 1998. Colegio de Escribanos de la Capital Federal
- 4) Barrios Cerrados: experiencia de su regulación y conveniencia. Francisco J. del Castillo. Revista del Notariado N° 856. Abril Mayo Junio 1999. Colegio de Escribanos de la Capital Federal.
- 5) Barrios Cerrados: aspecto legal. Osvaldo S. Solari. Revista del Notariado N° 859. Enero Febrero Marzo 2000. Colegio de Escribanos de la Capital Federal.
- 6) Modernos Contratos del Derecho. Gloria Yolanda Portillo
- 7) Derechos Reales de Propiedad, Uso y Goce. Raúl Navas (h)
- 8) Nuevas formas de Dominio. Elena I. Highton - Luis Alvarez Juliá – Susana Lambois
- 9) Derechos Reales. Tomo 1. Néstor Jorge Musto
- 10) Urbanizaciones privadas: Barrios Cerrados. Salvador Alvarez Alonso. Revista La Ley – Página 1290 - Tomo 1998 E – Sección Bibliográfica
- 11) Barrios Cerrados: un nuevo derecho real?. Marcelo de Hoz. Revista La Ley – Página 438 – Tomo 1999-2 – Conocimiento y actualización del derecho
- 12) Barrios Cerrados: régimen de parcelamiento. La Sociedad Anónima como entidad administradora. Horacio L. Pelosi. Revista del Colegio de Escribanos de Entre Ríos. Número 171 – Año XXXII



**JURISPRUDENCIA**





**PESIFICACION EN CONTRATOS PRIVADOS  
FALLO DE CAMARA Y ARGUMENTOS:  
San Luis, Provincia  
de c/ Estado Nacional s/ acción de amparo.**

*Silvina María Chain Molina*

Luego de transcribir Sumarios (abreviados) y Resolución del fallo en análisis, nos centraremos en la exposición de las cuestiones que consideramos esenciales:

La nueva normativa de emergencia económica contiene como se sabe disposiciones de derecho financiero (arts. 3,4,5,6,15,19 y 21 de la ley 25561, y en especial Decretos 214 y 320/02, arts.2 y 3 respect y Dcto 1570/01), de derecho tributario así como normativa atinente a los contratos en el ámbito de derecho privado o entre particulares (ley 25345, 25445 y decretos modificatorios y especialísimamente nos centraremos en el art. 11 de la ya mencionada ley 25561 que es el que motiva nuestro interés principal en este análisis y ocasión). Por lo mismo entendemos que el fallo sienta alguna doctrina aplicable por analogía al caso, tales los siguientes supuestos que se siguen:

a) La inequidad resultante de hacer asumir a las partes de un contrato privado, las consecuencias de una política estatal monetaria que resiente tales relaciones haciendo gravosas las soluciones legales ya sea para una parte o la otra, sobre la que pesará la solución de política estatal sin causa obligacional alguna

b) La necesidad de distinguir distintos tipos de deudores y acreedores

c) La inaplicabilidad práctica del art. 11 de la ley 25561 o posibilidad que alguna de las partes pueda invocar la teoría de la imprevisión por resultar insalvables las diferencias para «readecuar los términos contractuales en el plazo legal propuesto de 180 días» quedando la instancia de mediación o la judicial, soluciones que a la fecha no tienen resoluciones firmes acabadas o definidas en instancias rectoras superiores, creando a las partes incertidumbre mayúscula y agostando por cansancio o temor los derechos sustentables de base

d) La posibilidad de una acción contra el Estado para que «cargue» con la discordante voluntad de las partes surgida por el desequilibrio engendrado por la política estatal que se sigue de la aplicación de las leyes de emergencia

e) La imposibilidad que alguna de las partes pueda invocar en su beneficio —si no hubiere encuadre en los arts. 1 y 2 de la ley de defensa del consumidor (24420\*)— la protección de ésta legislación particular sólo aplicable en tanto y en cuanto haya un «empresario» y un «consumidor» en los referidos términos.-

**Sumario:**

**Buenos Aires, 18 de septiembre de 2002.**

**Nicolás Eduardo Becerra**

**(sintetizado por la comentarista)**

1.- La situación de autos es por demás distinta de cualquier otra que se relacione con los depósitos a plazo fijo de un ahorrista particular., ya de por sí, el estado Nacional ha reconocido al Estado provincial, y éste la aceptó, una relación especial, de Estado a Estado. . .

2.- La Provincia de San Luis es la única de la República Argentina cuyos ahorros han sido «atrapados» por las leyes y reglamentaciones examinadas en estos obrados. Las autoridades del Estado local creyeron en su país y dejaron sus ahorros —el de sus contribuyentes— en las instituciones financieras locales. . .

3.- La garantía de la igualdad ante la ley radica en consagrar un trato legal igualitario a quienes se hallen en una razonable igualdad de circunstancias, por lo que tal garantía no impide que el legislador contemple en forma diferente situaciones que considere diferentes en tanto dichas distinciones no se formulen con criterios arbitrarios, o de indebido favor o disfavor, privilegio o inferioridad personal o de clase o de legítima persecución.

4.- Aún sin tratarse de un conflicto interprovincial sino de un conflicto de una provincia con el poder central, encuentro atendible que el Tribunal actúe en virtud de lo estipulado en el art. 127 de la Carta Fundamental, que supone conferirle la trascendente misión de dirimir los conflictos interestatales.



5.- . . . En aras de encontrar una respuesta que tienda al bien común y al mantenimiento de la vida pública de las partes en el pleito, el agotamiento de todos los medios posibles para llegar a una solución no es en vano, debiendo tener en claro las partes aquí encontradas, que son parte de una misma Nación y que una solución en común a sus pretensiones importará más a sus intereses que la satisfacción de sus solicitudes primarias.

6.- A los fines de lograr contrarrestar los efectos disvaliosos que aparejaría la subordinación de un derecho sobre el otro, es que la función jurisdiccional dirimente de la Suprema Corte debe ejercerse con total amplitud en un intento de acercar a las partes en litigio. Es, en mi opinión, una obligación y una responsabilidad de la Corte, en su carácter de máximo Tribunal de la República el actuar con mayor ahínco en la necesidad de dirimir los intereses de las partes y evitar que se malogre la unión nacional y que sucesos no deseados hagan inviable una vida en sociedad pacífica y organizada.

7.-,8.- y 9.- (s/ recusación de juez con interés personal en la resolución de la causa por ser titular de plazo fijo en U\$S).

**10.- No cabe responsabilizar a los depositantes por una política económica y financiera concebida y ejecutada por el poder público estatal..**

11.- La decisión que aquí se adopta carecerá de virtualidad en el supuesto de que la situación jurídica de la depositante se modificase o consolidase en virtud de la normativa cuestionada. . .

12.- Es inherente a los complejos fenómenos sociales y económicos que caracterizan la emergencia, la movilidad y alteración de su configuración, que podrá conducir a su agravamiento —quizás temporario— o a sentar las bases para su solución. Esas contingencias no modifican su sustancia, en tanto no cambie el contexto que le dio origen o se combinen con él factores extraños que la desdibujen o modifiquen de modo sustancial. Ello no ha ocurrido en el sub lite y en los considerandos del decreto 214/02, el Poder Ejecutivo no invocó ninguna circunstancia ajena a la situación contemplada por el Congreso al dictar la ley 25.561.

**13.- La clave del sistema representativo consiste, principalmente, en armonizar las necesidades generales con la escasez de los recursos disponibles, lo que hace, esencialmente, a las funciones del Congreso Nacional. No cabe juzgar, por consiguiente, a quienes se acogieron a un sistema legal vigente durante aproximadamente diez años y celebraron operaciones comerciales y financieras dentro de él, sino determinar si el abrupto cambio de esa política estatal se efectuó dentro de los márgenes constitucionalmente aceptables para la validez de tales decisiones** y, en caso de que ello no ocurriese, resolver la controversia de modo compatible con el marco jurídico en que aquélla se configura y la crisis en que se inserta. . . El abandono de esa política por parte del poder público y las consecuencias que esa decisión proyecta en las relaciones jurídicas, del modo con que fue adoptada, es lo que motiva los miles de litigios similares al presente y lo que exige el examen del nuevo plexo normativo en orden a su correspondencia con la Ley Fundamental.

**14.- El rasgo más saliente del sistema sub examine es la notoria asimetría en el tratamiento de las situaciones que regula, lo cual —a su vez— torna inequitativo dar aquí una solución jurídica homogénea y uniforme a todas las hipótesis abarcadas por la norma.** . . de lo contrario, se correría el riesgo de provocar respuestas inicuas, que solo contribuirían a ahondar aún más la desorientación provocada tanto por la deficiente técnica legislativa que se vislumbra en las disposiciones bajo examen, las cuales han generado una profusión de normas sobre la materia que, más que propender a la fijación de pautas claras, han provocado un inédito y prolongado estado de incertidumbre, que aún no ha sido disipado.

15.- El Poder Ejecutivo excedió los límites establecidos en los arts. 3, 4, 5, 6, 15, 19 y 21 de la ley 25.561, pues esas disposiciones no proporcionan sustento legal para alterar el valor del capital depositado en divisas, restituyendo en moneda de curso legal una cantidad que no expresa su magnitud real. En todo caso, según dicha normativa, existe la posibilidad de reprogramar las obligaciones originarias de «modo compatible con la evolución de la solvencia del sistema financiero».

16.- La legislación sobre emergencia económica sólo ha permitido la pesificación de las deudas «con» el sistema financiero —y no «del» sistema financiero— que se indican en forma taxativa en el segundo párrafo del art. 6° de la ley 25.561. . .

17.- La llamada «intangibilidad de los depósitos» sancionada por la ley 25.466 no constituye un concepto reiterativo o sobreabundante respecto de la protección constitucional al derecho de propiedad.

18.- . . . La emergencia —como lo ha sostenido reiteradamente y desde antiguo esta Corte— no ampara el desconocimiento de tales derechos, por lo que no podría esperarse que el avasallamiento del derecho de propiedad fuese tolerado por el Tribunal.

19.- . . . La fractura del orden fundamental sólo habría de agravar la crisis, al ver afectados ya no



sólo los derechos aquí lesionados, sino los restantes que protege la Constitución. . .

20.- Aún admitiéndose que la adopción de medidas indispensables para evitar males mayores podían acarrear ciertos perjuicios, lo irrazonable ha sido que tales perjuicios se hicieron recaer mayormente sobre una de las partes. Dicho de otra manera, no ha existido distribución equitativa del perjuicio. En lo que al caso atañe, el medio empleado ha provocado un menoscabo mucho más significativo para el depositante que para la entidad bancaria, con obvia lesión de los derechos patrimoniales de aquél.

Suprema Corte:

#### **-I- ACCION DE LA PROVINCIA DE SAN LUIS**

Como se expresó en el dictamen obrante a fs. 89, la *Provincia de San Luis* promovió acción de amparo contra el Estado Nacional (Poder Ejecutivo Nacional), el Banco Central de la República Argentina (en adelante BCRA) y el Banco de la Nación Argentina (en más, BNA, en su carácter de entidad responsable del pago de los certificados a plazo fijo que reclama), con el objeto de obtener que se declare la inconstitucionalidad del art. 12 del decreto de necesidad y urgencia 214/02 (según texto del art. 3º de su similar 320/02), del decreto 1570/2001 y del art. 2º del mencionado 214/02, en cuanto dispone convertir a pesos los depósitos en dólares a un valor de US\$ 1 = \$ 1,40, y se ordene al BCRA y al BNA que le devuelvan el importe de los plazos fijos —que identifica— en la misma moneda en que fueron impuestos o, a su opción, en pesos al valor en el mercado libre de cambios, al tipo vendedor del día anterior al vencimiento de la obligación.

Describe la legislación vigente para concluir que los fondos públicos provinciales depositados en dólares fueron «pesificados», conforme al art. 2º del decreto 214/02 al valor de \$ 1,40 por dólar y que su devolución no se encuentra sujeta al cronograma establecido en la resolución 6/02 del Ministerio de Economía y sus modificatorias, porque el BCRA excluyó de la reprogramación de los depósitos a las imposiciones a plazo fijo constituidas por los gobiernos provinciales (comunicación «A» 3467, Anexo, punto 1.2.3).

Sostiene que el art. 12 del decreto indicado, a pesar de su nueva redacción, es irrazonable en tanto imposibilita el ejercicio de la jurisdicción y torna ilusorio el derecho que se busca proteger por la vía del amparo.

Afirma que las medidas cuestionadas —el «corralito financiero» y la «pesificación compulsiva»— son inconstitucionales por violar los arts. 14 y 17 de la Constitución Nacional y el art. 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) y, por tal motivo, no hallan cabida dentro del estándar de restricción razonable de los derechos. Acepta que la ley, sobre todo en épocas de emergencia, pueda subordinar el uso y goce de la propiedad al interés social, pero no que pueda aniquilarla. **Expone que, mientras el decreto 1570/01 afecta la disponibilidad de los fondos, la «pesificación» afecta la sustancia o materialidad del derecho e implica una confiscación o pérdida patrimonial definitiva.**

Entiende que los decretos 1570/01 y 214/02 violan la garantía constitucional de la seguridad jurídica, que se traduce en el sometimiento de las autoridades al derecho vigente —como fue en subvertir la regla de la intangibilidad de los depósitos— y a la interdicción de su cambio intempestivo salvo que, en su caso, se compense al afectado.

Arguye que los obstáculos para disponer de los recursos representan un acto normativo del Estado Nacional que atenta contra el normal desenvolvimiento del gobierno de la provincia de proveer al desarrollo económico y al bienestar local, aspectos resguardados por la garantía del principio federal y la autonomía provincial, y considera que a sus depósitos en dólares le son aplicables iguales principios que los que reconocen el dominio originario de los recursos naturales y aquellos caracteres que definen al dominio público estatal, así como también el tratamiento que se les da a los fondos depositados por los estados extranjeros a través de sus representaciones diplomáticas y por los organismos internacionales, que fueran excluidos del «corralito» y de la «pesificación».

Dice que acceder a su pretensión no supone un efecto catastrófico multiplicador, porque sólo se trata de la devolución en dólares de fondos públicos provinciales depositados en plazos fijos en la misma divisa y San Luis es la única provincia argentina que los posee.

Sintetiza su agravio al decir que las medidas dispuestas por el gobierno federal afectan el derecho de propiedad del Estado provincial y tiene carácter confiscatorio, ya que le privan definitivamente y sin ninguna compensación de los recursos obtenidos de sus contribuyentes, destinados a la atención de necesidades públicas locales de carácter impostergable.



## -II-LA CORTE

De conformidad con el citado dictamen de este Ministerio Público, V.E. declaró que la causa corresponde a su **competencia originaria**, a la vez que convocó a las partes a una **audiencia conciliatoria** (fs. 150).

En aquélla, el presidente del Tribunal exhortó a las partes a alcanzar un acuerdo. El Estado Nacional, por medio del Procurador del Tesoro de la Nación, dijo desconocer los términos de la demanda como para arrimar alguna propuesta conciliatoria, por lo cual se decidió entregar copia de los escritos a las demandadas y se fijó nueva audiencia (conf. copia de la desgrabación de la audiencia obrante a fs. 169/ 177 y acta de fs. 160).

El 26 de marzo de 2002, la provincia presentó una propuesta que no fue aceptada, al entender el representante del Estado Nacional que no podía ni debía ejercer o aceptar proposición alguna, porque resultaría violatorio del bloque de legalidad, aunque no descartó la posibilidad de escuchar una propuesta del Tribunal. En este sentido, la Corte informó a las partes que les haría llegar su sugerencia conciliatoria (v. copia de la desgrabación de la audiencia de fs. 179/182 y acta de fs. 178).

A fs. 186, a solicitud de la Provincia de San Luis y sin perjuicio de continuar con la etapa conciliatoria, **el Tribunal requirió al BNA, al BCRA y al Poder Ejecutivo Nacional, el informe circunstanciado del art. 8º de la ley 16.986.**

Asimismo, **con fundamento en el art. 36, inc. 2º del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación** —marco en donde encausó el presente trámite—, **estimó que era conveniente oír a la Asociación de Bancos Argentinos (ABA) y a la Asociación de Bancos Públicos y Privados de la República Argentina (ABAPPRA)**, para viabilizar la intención de éstas de no mantenerse ajenas a un conflicto generalizado y, a tal fin, convocó a nueva audiencia (fs. 191) que se llevó a cabo el 16 de mayo de 2002, en donde, además de escucharlas, se leyó y entregó a las partes la versión de las propuestas conciliatorias sugeridas por el Tribunal —una por la mayoría y otra por el juez Vázquez— y se acordó un plazo de 10 días para su contestación (acta de fs. 350).

## -III- BCRA, BNA Y MINISTERIO DE ECONOMÍA (éste por la Nación).

El BCRA, el Ministerio de Economía —con el patrocinio letrado del subprocurador del Tesoro de la Nación, en representación del Estado Nacional— y el BNA presentaron los informes correspondientes (fs. 206/224; 225/285 y 303/347, respectivamente).

Dado que las presentaciones exponen similares argumentos, los resumiré de manera conjunta.

**Sostienen la improcedencia formal de la vía**, toda vez que la provincia no logra justificar que el camino elegido sea el único idóneo para resguardar sus derechos; máxime, al haber consentido el trámite inusual que la Corte asignó a la acción que se supone expedita. Tampoco demostró —aducen— que no pueda obtener por otro medio la reparación de los perjuicios que invoca. En el mismo orden de ideas, afirman que el tema a resolverse impone la necesidad de un amplio debate sobre las normas, su aplicación, sus consecuencias y los eventuales perjuicios alegados, circunstancias que sólo podrán garantizarse con su evaluación adecuada por las vías ordinarias.

**Afirman que la provincia intenta mantenerse ajena a la conmoción económica existente en el país**, al soslayar la situación de gravedad institucional reinante, y que no sufre indisponibilidad alguna de su dinero, desde el momento en que con los depósitos existentes en el BNA abonó sueldos a sus empleados y pagó a sus contratistas, al tiempo que renovó varias imposiciones y otras fueron acreditadas en cuentas a la vista.

En igual orden de ideas, aducen que no hay agravio, sino una impronta especulativa, en tanto la pérdida del valor que la provincia alega es inexistente en razón de que la convertibilidad era una paridad legal artificial no económica. Analizan que, al caer aquélla, la obligación del Estado Nacional consiste en mantener la estabilidad de la moneda, no ya en su relación con el dólar, sino con el valor de los bienes y servicios existentes y que se prestan en el país.

**Afirman que la modificación de la paridad cambiaria es una facultad de política económica —cuestión política de discrecionalidad técnica— implementada por el Poder Ejecutivo Nacional por delegación expresa del órgano legislativo, cuyo mérito y oportunidad no son susceptibles de revisión judicial.**

Entienden que las medidas adoptadas tienen como finalidad resguardar el sistema financiero, pero no en protección directa de los bancos, sino por la necesidad de que en la república exista un sistema financiero sin el cual ningún país es viable.

Aducen que en situaciones de emergencia como las que vive el país, el interés general debe primar



sobre el particular y que, dado que los derechos reconocidos en la Constitución Nacional se ejercen conforme las leyes que los reglamentan, pueden ser válidamente suspendidos en su uso y goce.

**Por otra parte, indican que la Provincia de San Luis recaudó el dinero de sus contribuyentes en pesos y los convirtió a dólares, lo cual fue claramente una ficción; es decir, no depositó dólares sino pesos convertidos.** La necesidad del Estado local de pagar sus gastos y deudas no es en dólares sino en pesos, toda vez que el mismo decreto que impugna impone que todo pago se efectúe en pesos, por lo que devolverle moneda extranjera configuraría un enriquecimiento ilícito de su parte.

Asimismo, sostienen que aquélla se equivoca al decir que la obligación de dar sumas de dinero, al derogarse la ley de convertibilidad, se transformó en una obligación de dar cosas, en tanto la nueva ley de emergencia 25.561 mantuvo vigente la redacción de los arts. 617, 619 y 623 del Código Civil (conforme a la redacción que les otorgó la ley 23.928).

Desde otra perspectiva, señalan que la provincia yerra cuando invoca la protección de convenios internacionales, porque el Pacto de San José de Costa Rica se refiere sólo a las personas físicas y así fue aclarado en diversas opiniones consultivas internacionales que, al efecto, citan.

-IV-

Con posterioridad a la presentación de los informes reseñados, los demandados solicitaron una prórroga del plazo fijado para responder a los términos de la conciliación sugerida por la Corte, atento a que se encontraba a la firma del señor presidente de la Nación un proyecto de acto que, posiblemente, daría solución al litigio. La ampliación fue concedida (fs. 456 y 457 vta.).

**Interin, el representante de la Provincia de San Luis planteó la inconstitucionalidad del decreto 905/02 (fs. 461/463), mientras que el Estado Nacional puso en conocimiento del Tribunal su existencia (fs. 465/466).**

A fs. 472, en atención al estado de las actuaciones y sin que se hubiera llegado a un acuerdo, el Tribunal confirió vista a este Ministerio Público. En esa oportunidad entendí que, dado que la provincia había planteado la inconstitucionalidad del decreto 905/02, así como su inaplicabilidad e inoponibilidad al caso de autos, era prudente que V.E., de considerarlo procedente, ordenara el traslado de la presentación a los demandados, en salvaguarda del principio de bilateralidad procesal y por la importancia y magnitud de los intereses en juego (fs. 473).

**Si bien así se dispuso a fs. 474, la Provincia de San Luis se presentó a fs. 475 y desistió del planteo de inconstitucionalidad, por considerar que carecía de interés legítimo en tal declaración.**

En este estado, V.E. remite nuevamente las actuaciones a este Ministerio Público (fs. 476).

-V y VI Facultad dirimente art. 109 (hoy 127) CN: procedencia.

Sigue la publicación del incidente de recusación de dos jueces a lo que ha lugar en lo relativo al juez Fayt por ser de público la titularidad del mismo de un plazo fijo en dólares.-

#### FALLO:

Buenos Aires, 5 de marzo de 2003.

Autos y Vistos; Considerando:

1º) Que la Provincia de San Luis interpone la presente acción de amparo sobre la base de lo dispuesto en el art. 43 de la Constitución Nacional contra el Poder Ejecutivo Nacional, el Banco de la Nación Argentina, y el Banco Central de la República Argentina como entidad responsable del pago de los plazos fijos de los que es titular el Estado provincial. Persigue por esta vía que se declare la inconstitucionalidad de los arts. 2 y 12 del decreto 214/02, del decreto 1570/01, del decreto 320/02, y que se disponga que el Banco Central o el Banco de la Nación Argentina le entreguen a la provincia dólares billetes de los plazos fijos que individualiza, o su equivalente en pesos según el valor de la moneda estadounidense en el mercado libre de cambios al tipo vendedor del día anterior al vencimiento de la obligación...

... En ese orden de ideas también sostiene que exigirle a la provincia que soporte la pesificación compulsiva agravia de manera indudable la «sustantividad» del derecho de propiedad...

2º) Que la actora remarca que si esta afectación puede ser planteada por cualquier clase de ahorrista, tanto o más digno de protección es el derecho del Estado provincial de que se proteja su patrimonio destinado a la satisfacción de necesidades públicas...

...De tal manera las medidas adoptadas resultan repugnantes también a los arts. 1, 5 y 121 de la Constitución Nacional, y a los principios generales que determinan la inalienabilidad, imprescriptibilidad, e inembargabilidad de los bienes del dominio estatal. Considera que tan públicos son los bienes cuya devolución requiere, como los que tenían depositados los estados extranjeros que fueron excluidos del



«corralito y la pesificación» según la Comunicación A 3467 del Banco Central de la República Argentina del 8 de febrero de 2002.

3°) **Que sobre la base de todo lo expuesto y la necesidad de disponer de modo inmediato de los fondos públicos retenidos, solicita que se dicte una medida precautoria que ordene al Banco de la Nación Argentina la entrega inmediata de los dólares estadounidenses depositados al vencimiento de cada uno de los plazos fijos existentes y detallados en el escrito inicial...**

4°) Que a fs. 147 y a fin de ampliar los fundamentos de su pretensión el Estado provincial acompaña el informe elaborado por su ministro de economía del que surge cómo se han ido integrando históricamente las sumas cuya restitución persigue por medio de este expediente, y a esos efectos indica que fueron acumuladas durante los años 1996, 1997, 1998, 1999 y 2000 y que las cuentas correspondientes a cada ejercicio fueron aprobadas por la legislatura local.

5°) **Que a fs. 150 se declaró la competencia de este Tribunal para intervenir en el reclamo por vía de su instancia originaria prevista en el art. 117 de la Constitución Nacional, y se citó a una audiencia... (con) resultado negativo de la primera... (fs. 169/177) (y) la segunda (fs. 178) (y fs. 179/182).**

6°) Que, **sin perjuicio de la etapa conciliatoria** abierta por el Tribunal en el expediente, a fs. 186 y como consecuencia del requerimiento formulado por la Provincia de San Luis **se ordenó al Banco Central de la República Argentina, al Poder Ejecutivo Nacional y al Banco de la Nación Argentina que presentaran un informe circunstanciado acerca de los antecedentes y fundamentos de las medidas impugnadas (art. 8 de la ley 16.986). ...Contestaciones... a fs. 206/224, 235/285 y 306/347, respectivamente.**

7°) Que es preciso indicar que **la Corte, en el ámbito de la propuesta conciliatoria en la que estaba ocupada, consideró conveniente oír a las asociaciones bancarias involucradas** viabilizando así la intención de esas entidades de no mantenerse ajenas a un conflicto generalizado que ya había sido expresada en la causa M.12 XXXVIII «Ministerio de Economía y Banco Central de la República Argentina s/ apelación contra medidas cautelares»...**citó a una nueva audiencia y convocó a la Asociación de Bancos Argentinos —ABA—, a la Asociación de Bancos Públicos y Privados de la República Argentina —ABAPRA— y a las partes en este proceso para que concurrieran a ese acto (fs. 191)... (de su realización... constancias que obran agregadas a fs. 350, 352/383, 385/428, 430 y 441/451, la desgrabación de la audiencia).**

8°) **Que las piezas obrantes a fs. 432 y 433 revelan las propuestas formuladas por la Corte, que merecieron la respuesta de la Provincia de San Luis obrante a fs. 459/460, y las del Estado Nacional de fs. 465/466 y 468.**

**Las dos últimas importaron el rechazo de las distintas alternativas de conciliación y la invocación del decreto 905/02, por medio del cual el Poder Ejecutivo Nacional... les otorgó a los titulares de depósitos constituidos en moneda extranjera en entidades financieras, que fueron convertidos a pesos según lo dispuesto en el decreto 214/02, la «opción» de recibir «Bonos del Gobierno Nacional en dólares estadounidenses libor 2012».** Cabe señalar que la actora con anterioridad a esas presentaciones y en forma inmediata al dictado del decreto referido planteó su inconstitucionalidad (ver fs. 460/463).

9°) **... la presentación del Estado provincial por medio de la cual contestó la proposición conciliatoria de este Tribunal (ver fs. 459/460 ya referidas),... aporta ... dos elementos de juicio que no podrán ser soslayados. Uno, que el quantum de la pretensión inicial se ha modificado, pues... la provincia ha retirado fondos, y mantiene el reclamo por la diferencia ... El otro, que ofrece que la diferencia adeudada ... sea reprogramada en la forma que allí indica.**

10) **Que de conformidad con ... el art. 163 inc. 3° del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación corresponde efectuar la relación sucinta de las cuestiones introducidas por el Estado Nacional al evacuar los informes requeridos... -art. 8° de la ley 16.986-, presentaciones ya citadas en el considerando 6° precedente. Ello así, a pesar de que las razones que el Estado Nacional invoca para sustentar el dictado de las normas cuya constitucionalidad ha sido puesta en tela de juicio en este proceso son de conocimiento general.**

11) **Que los fundamentos para defender el plexo normativo consisten sustancialmente en: a) la provincia se encuentra excluida de la reprogramación relativa a la devolución de las imposiciones bancarias; b) las cuestiones de emergencia que determinaron el dictado de las normas y que son el fundamento de legitimidad del plexo normativo que se debe examinar; c) la presunción de legitimidad de los decretos de necesidad y urgencia; d) la modificación de las circunstancias jurídicas y fácticas posteriores al pronunciamiento de esta Corte en el conocido caso «Smith»; e) la no vulnera-**



ción de derecho patrimonial alguno sino su reglamentación en virtud de la situación de crisis y necesidad pública existente; f) la irrelevancia, a los efectos de la decisión de este caso, de las disposiciones contenidas en la ley 25.466, dado que, según sostiene, dicha normativa no puede crear una situación inmutable al dictado de leyes de emergencia; g) la necesidad de evitar corridas bancarias; h) el poder de policía del Estado para tomar medidas excepcionales; i) la convalidación por parte de la Suprema Corte de los Estados Unidos de Norteamérica de leyes de emergencia en materia hipotecaria y la necesidad de responder a situaciones particulares con decisiones particulares; j) la razonabilidad de las medidas adoptadas por el Poder Ejecutivo Nacional; k) las situaciones que llevaron a la peor crisis de la historia argentina en los últimos cien años; l) la iliquidez del sistema financiero que impide responder en forma inmediata a la devolución de los depósitos.

12) Que si bien es cierto que la vía excepcional del amparo, en principio, no sustituye las instancias ordinarias judiciales para traer cualquier cuestión litigiosa a conocimiento de la Corte, no lo es menos que siempre que aparezca de un modo claro y manifiesto el daño grave e irreparable que se causaría remitiendo el examen de la cuestión a los procedimientos ordinarios, administrativos o judiciales, corresponderá que los jueces restablezcan de inmediato el derecho restringido por la rápida vía del recurso de amparo (Fallos: 280:228; 294:152; 299:417; 303:811; 307:444; 308:155; 311:208, entre otros), a fin de que el curso de los procedimientos ordinarios no torne abstracta o tardía la efectividad de las garantías constitucionales (Fallos: 323:2519, considerando 5º), circunstancias que se configuran en el caso.

En efecto, el planteo formulado por la amparista se reduce a la confrontación entre el marco normativo bajo el cual se efectuó el depósito en moneda extranjera ... con **severa lesión del derecho constitucional de propiedad**. La incidencia patrimonial de los actos calificados como ilegítimos, se traduce —según la amparista— en el evidente apartamiento entre el valor consignado en el título en la moneda de origen —conforme la cotización que diariamente se publica en la prensa, aun en la no especializada— y el que se pretende restituir por aplicación de las normas cuestionadas. **La concreta comprobación del grado de esa afectación no resulta —en este estado— determinante para la admisión de la vía intentada, pues esas alteraciones económicas sólo son posibles dentro del marco normativo cuya incompatibilidad con la Ley Fundamental constituye la sustancia del planteo, sin que sea relevante la eventual confiscatoriedad de la afectación para juzgar la validez constitucional de las normas cuestionadas (conf. T.348 XXXVIII «Tobar, Leónidas c/ E.N. Mº Defensa Contaduría General del Ejército Ley 25.453 s/ amparo Ley 16.986», sentencia del 22 de agosto de 2002).**

13) Que cabe señalar que en el transcurso del proceso, han sido dictadas diversas normas sobre la materia objeto de esta litis por lo que, de conformidad con reiterada doctrina de esta Corte, su decisión deberá atender también a las modificaciones introducidas por esos preceptos en tanto configuran circunstancias sobrevinientes de las que no es posible prescindir (Fallos: 308:1489; 312:555; 315:123, entre muchos otros).

14) Que el decreto 1570/01, en su art. 2º, inc. a, prohibió «los retiros en efectivo que superen los pesos doscientos cincuenta (\$ 250) o dólares estadounidenses doscientos cincuenta (u\$s 250), por semana, por parte del titular, o de los titulares que actúen en forma conjunta o indistinta, del total de sus cuentas en cada entidad financiera». El actor, en los autos principales, planteó la inconstitucionalidad de dicha norma por cuanto le impedía disponer de la totalidad de los depósitos de los cuales es titular por ser contraria al art. 17 de la Constitución Nacional y a la ley 25.466 de intangibilidad de los depósitos. La circunstancia de que en el sub lite el titular de los fondos aún no haya visto satisfecha su pretensión (extremo que se verifica mediante la compulsa de los autos principales) pone de manifiesto la diferencia entre el sustrato fáctico de la presente y el de la causa «Banco de la Ciudad de Buenos Aires s/ solicita se declare estado de emergencia económica», Fallos: 324:4520, lo que habilita pues, un tratamiento diverso.

15) Que, con posterioridad, la ley 25.557, sancionada el 20 de diciembre de 2001 y promulgada el 6 de enero de 2002, estableció en su art. 3º que las disposiciones de su normativa no implicaban ratificación ni expresa ni tácita de los decretos 1570/01 y 1606/01.

A su turno, el 6 de enero de 2002 fue sancionada y promulgada parcialmente la ley 25.561 de Emergencia Pública y Reforma del Régimen Cambiario que tácitamente ratificó el decreto 1570/01 (arts. 6, 7 y 15). Dicha norma, en su art. 1º, declaró «con arreglo a lo dispuesto en el art. 76 de la Constitución Nacional, la emergencia pública en materia social, económica, administrativa, financiera y cambiaria, delegando al Poder Ejecutivo Nacional las facultades comprendidas en la presente ley, hasta el 10 de diciembre de 2003, con arreglo a las bases que se especifican seguidamen-



te: 1) proceder al reordenamiento del sistema financiero, bancario y del mercado de cambios, 2) reactivar el funcionamiento de la economía y mejorar el nivel de empleo y de distribución de ingresos, con acento en un programa de desarrollo de las economías regionales, 3) crear condiciones para el crecimiento económico sustentable y compatible con la reestructuración de la deuda pública, 4) reglar la reestructuración de las obligaciones, en curso de ejecución, afectadas por el nuevo régimen cambiario instituido en el art. 2º».

De las diversas disposiciones de la ley, se desprende que la delegación normativa conferida al Poder Ejecutivo, ha quedado circunscripta a «establecer el sistema que determinará la relación de cambio entre el peso y las divisas extranjeras y dictar regulaciones cambiarias» (art. 2º), a reestructurar «las deudas con el sector financiero» (art. 6º, segundo párrafo), «establecer medidas compensatorias que eviten desequilibrios en las entidades financieras» (art. 6º, párrafo tercero) y disponer «las medidas tendientes a preservar el capital perteneciente a los ahorristas» (art. 6º, párrafo 5º).

16) Que, **posteriormente, el decreto 71/2002, reglamentario del régimen cambiario establecido por la ley 25.561 facultó, en su art. 5º, al Ministerio de Economía a reglamentar la oportunidad y modo de disposición por sus titulares de los depósitos en pesos o en divisas extranjeras; pauta modificada a su vez por el decreto 141/02 en cuanto a la devolución de saldos en monedas extranjeras.**

Sobre la base de las atribuciones conferidas en la normativa recientemente indicada, **el Ministerio de Economía dictó la resolución 18/2002, del 17 de enero de 2002, la cual ha sido reformada por la 23, del 21 de enero de 2002, actualmente vigente, que en su anexo, establece, en cuanto aquí interesa, un cronograma de vencimientos reprogramados de los depósitos existentes en el sistema bancario a la fecha de su entrada en vigencia, bajo el régimen del decreto 1570/01, en el que se mantiene la indisponibilidad de dichos fondos.**

17) Que el examen de la validez constitucional del plexo normativo hasta aquí enunciado ha sido objeto de pronunciamiento por esta Corte en la causa «Banco de Galicia y Buenos Aires s/ solicita intervención urgente en autos: 'Smith, Carlos Antonio c/ Poder Ejecutivo Nacional o Estado Nacional'» (Fallos: 325:28), y voto concurrente del juez Fayt, cuyos fundamentos no han sido rebatidos por elementos de juicio idóneos para alterar las conclusiones a que allí se ha arribado, por lo que corresponde estar a la declaración de inconstitucionalidad decidida en dicho precedente al que cabe remitir, en lo pertinente, brevitatis causæ.

Cabe añadir, en cuanto a las nuevas opciones previstas en el plexo normativo cuestionado, que la actora ha mantenido su pretensión de recuperar el depósito en la moneda de origen. Desde tal perspectiva, dichas opciones carecen de virtualidad, ya que consisten en aceptar una o más alternativas dentro de un sistema legal que la actora rechaza en su totalidad.

18) Que, **con posterioridad al dictado del fallo mencionado supra, el 4 de febrero de 2002, el Poder Ejecutivo Nacional dictó el decreto 214/02 que, en su art. 1º dispuso: «A partir de la fecha del presente decreto quedan transformadas a PESOS todas las obligaciones de dar sumas de dinero, de cualquier causa u origen —judiciales o extrajudiciales— expresadas en DÓLARES ESTADOUNIDENSES, u otras monedas extranjeras existentes a la sanción de la Ley N° 25.561 y que no se encontrasen ya convertidas a PESOS». Asimismo, el art. 2º, estableció: «Todos los depósitos en DÓLARES ESTADOUNIDENSES u otras monedas extranjeras existentes en el sistema financiero, serán convertidos a PESOS a razón de PESOS UNO CON CUARENTA CENTAVOS (\$ 1,40) por cada DÓLAR ESTADOUNIDENSE, o su equivalente en otra moneda extranjera. La entidad financiera cumplirá con su obligación devolviendo PESOS a la relación indicada». El art. 4º, por su parte, determinó que «a los depósitos y a las deudas referidos, respectivamente, en los artículos 2º, 3º, 8º y 11 del presente decreto, se les aplicará un Coeficiente de Estabilización de Referencia, el que será publicado por el BANCO CENTRAL DE LA REPÚBLICA ARGENTINA...». En el art. 5º, se estableció que lo dispuesto en el artículo precedente no derogaba lo establecido por los arts. 7º y 10 de la ley 23.928 —convertibilidad— en la redacción establecida por el art. 4º de la ley 25.561 y prohibió la indexación de las obligaciones de cualquier naturaleza u origen con posterioridad a la sanción de la ley 25.561. A su turno el art. 9º del decreto 214/02 dispuso —para depósitos de hasta U\$S 30.000— «la emisión de un Bono en DÓLARES ESTADOUNIDENSES, con cargo a los fondos del Tesoro Nacional, por el que podrán optar los depositantes en el sistema financiero, a los que se refiere el artículo 2º del presente, en sustitución de la devolución de sus depósitos».**

19) Que, como complemento de estas medidas, el 8 de febrero de 2002 el Poder Ejecutivo dictó el decreto 260/02 por el cual se creó un mercado único y libre de cambios en el que se cursarían todas las operaciones en divisas extranjeras (art. 1º).



El decreto 214/02 fue posteriormente modificado por los decretos 320/02 (del 15 de febrero de 2002), 410/02 (del 1º de marzo de 2002), 471/02 (del 8 de marzo de 2002), 494/02 (del 12 de marzo de 2002); 704/02 (del 30 de abril de 2002), 762/02 (del 6 de mayo de 2002), 905/02 (del 31 de mayo de 2002), 992/02 (del 11 de junio de 2002) y 1836/02 (16 de septiembre de 2002) dispositivos que, a su vez, han sido reglamentados por numerosas resoluciones del Ministerio de Economía y Comunicaciones del Banco Central de la República Argentina.

20) Que ha de puntualizarse, en primer término, que se encuentra en debate la constitucionalidad de un aspecto del complejo régimen jurídico que modificó sustancialmente la política monetaria seguida por el Estado durante varios años, parte del cual fue objeto de examen por este Tribunal en la causa «Smith» citada. Aunque en el sub lite no se cuestiona la totalidad del nuevo sistema legal vigente, sino aquellas normas que regulan la restitución de los depósitos bancarios, no puede obviarse que esas disposiciones forman parte de un plexo dispositivo de vasto alcance. Desde esa perspectiva, resulta evidente que compete a la decisión de los poderes políticos del Estado la formulación de esas líneas gubernamentales y que a este Tribunal sólo le cabe confrontar el ajuste de tales normas con la Constitución Nacional, sin que de ese control resulte valoración de dichas políticas ni —menos aún— adopción de medidas sustitutivas o complementarias del accionar de las otras ramas del gobierno.

Tampoco cabe responsabilizar a los depositantes por una política económica y financiera concebida y ejecutada por el poder público estatal. Decisiones de esa índole frecuentemente benefician a un sector de la población, pero son de incidencia neutra o negativa para otro, pues es difícilmente concebible que una línea gubernamental satisfaga los intereses de todos los habitantes del país (Alexander Hamilton, James Madison, y Jon Jay, *The Federalist*, N° 10, pág. 11, Penguin Books, New York, 1987)... El argumento de que los dólares eran ficticios no puede utilizarse para favorecer al banco en la relación jurídica sub examine: si el banco efectivamente carecía de los dólares correspondientes a la operación para afrontar su pago, la responsabilidad por las consecuencias de esta circunstancia debe recaer sobre éste, no sobre el depositante, ajeno a la realidad interna de la institución (art. 902, Código Civil).

21) Que el rasgo más saliente del sistema sub examine es la notoria asimetría en el tratamiento de las situaciones que regula, lo cual —a su vez— torna inequitativo dar aquí una solución jurídica homogénea y uniforme a todas las hipótesis abarcadas por la norma. Por ello, todo lo que aquí se considere y decida quedará circunscripto exclusivamente a la situación planteada en este pleito, en el que se encuentra en juego la validez del art. 2º del decreto 214/02, sin que sus efectos puedan proyectarse... (confr. considerando 9º de la causa «Smith», ya citada), que aún no ha sido disipado.

22) Que, en el mismo orden de consideraciones, es menester señalar que la decisión que aquí se adopta carecerá de virtualidad en el supuesto de que la situación jurídica de la depositante se modifique o consolidase en virtud de la normativa cuestionada... (confr. Fallos: 255:216; 279:350; 290:216; 297:236; 310:1623, 2117; 311:1695 y 1880; 316:1802; 317:524, entre muchísimos otros; así como las previsiones de los arts. 724, 725 y concordantes del Código Civil y 17 de la Constitución Nacional).

23) Que la norma impugnada en el caso, ha sido dictada con base en la situación de emergencia declarada por la ley 25.561. En relación con el fundamento de las normas de emergencia y sus condiciones de validez esta Corte ha tenido oportunidad de expedirse recientemente en el ya referido caso «Smith» (Fallos: 325:28) y en la causa T.348.XXXVIII «Tobar, Leónidas c/ E.N. Mº Defensa Contaduría General del Ejército Ley 25.453 s/ amparo ley 16.986» (sentencia del 22 de agosto de 2002), lo que exime de reiterar aquí los conceptos allí vertidos. Sin perjuicio de ello, no es ocioso recordar, como lo ha puntualizado desde antaño el Tribunal, que la restricción que impone el Estado al ejercicio normal de los derechos patrimoniales debe ser razonable, limitada en el tiempo, un remedio y no una mutación en la sustancia o esencia del derecho adquirido por sentencia o contrato (Fallos: 243:467; 323: 1566, entre muchos otros). De ahí que los mecanismos ideados para superar la emergencia están sujetos a un límite y éste es su razonabilidad, con la consiguiente imposibilidad de alterar o desvirtuar en su significación económica el derecho de los particulares (confr. causa «Smith»); y no es dudoso que condicionar o limitar ese derecho afecta a la intangibilidad del patrimonio y obsta al propósito de afianzar la justicia.

24) Que esta Corte ha justificado la adopción jurídica de remedios extraordinarios cuyo rasgo fundamental es la limitación temporal y razonable del ejercicio de los derechos (Fallos: 172:21; 238:76; 243:449 y 467; 264:344 y 269:416). Y aun cuando se admitan restricciones como respuesta a la crisis que se intenta paliar, aquellas deben necesariamente reconocer el vallado de la



justicia y la equidad por lo que **los medios elegidos no pueden desvirtuar la esencia de las relaciones jurídicas establecidas bajo un régimen anterior.**

25) **Que el ejercicio del control de constitucionalidad con relación al decreto 214/02 exige examinar, en primer término, si la norma fue dictada dentro del ámbito de las facultades que le competen al Poder Ejecutivo Nacional.** En efecto, decidir «...si un asunto ha sido, en alguna medida, conferido a otro poder del Estado, o si la acción de ese poder excede las facultades que le han sido otorgadas, es en sí mismo un delicado ejercicio de interpretación constitucional y una responsabilidad de esta Corte como último intérprete de la Constitución» («Baker v. Carr», 369 U.S. 186, 82 S.Ct. 691, 7 L. Ed. 2d. 663, 1962).

De tal modo, la facultad de revisión judicial encuentra su límite en el ejercicio regular de las funciones privativas de los poderes políticos del Estado, pues **la función jurisdiccional no alcanza al modo del ejercicio de tales atribuciones**, en cuanto de otra manera se haría manifiesta la invasión del ámbito de las facultades propias de las otras autoridades de la Nación (Fallos: 254:43; 321:1252, entre otros).

26) **Que debe tenerse en cuenta que en los considerandos del decreto 214/02 se invoca la situación de emergencia declarada por la ley 25.561, no obstante lo cual el último párrafo de ese texto expresa que las medidas se adoptan «en uso de las facultades conferidas por el artículo 99, inciso 3 de la Constitución Nacional».**

La simultánea apelación a **dos fuentes disímiles para el ejercicio de tales atribuciones** impone determinar si éstas son compatibles y, en su caso, cuál es su respectivo ámbito de aplicación.

27) **Que la ley 25.561, en su art. 1º declaró, «con arreglo a lo dispuesto en el artículo 76 de la Constitución Nacional, la emergencia pública, en materia social, económica, administrativa, financiera y cambiaria, delegando al Poder Ejecutivo Nacional las facultades comprendidas en la presente ley, hasta el 10 de diciembre de 2003, con arreglo a las bases que se especifican seguidamente», las que fueron indicadas a continuación en cuatro incisos.**

Conforme dicho marco legislativo, el Poder Ejecutivo Nacional quedó sujeto a múltiples limitaciones en el ejercicio de las facultades delegadas, ya que el Congreso de la Nación fijó el ámbito de la emergencia en que serían ejercidas (materia social, económica, administrativa, financiera y cambiaria), su duración temporal (hasta el 10 de diciembre de 2003) y los cometidos a satisfacer mediante su cumplimiento (reordenamiento del sistema financiero, bancario y cambiario; reactivación de la economía, mejoramiento del nivel de empleo y de distribución de ingresos; condiciones para el crecimiento económico sustentable, compatible con la reestructuración de la deuda pública; reestructuración de las obligaciones en curso de ejecución, afectadas por el nuevo régimen cambiario).

28) **Que en los considerandos del decreto 214/02, después de mencionar la emergencia declarada por la ley citada, el Poder Ejecutivo puso de manifiesto la necesidad de preservar determinados ámbitos dentro de ese contexto**, especialmente en lo relativo a la paulatina normalización del sistema financiero y de la actividad económica. Para ello, estimó ineludible mantener las restricciones a la disposición de fondos, evitar la concurrencia masiva de los ahorristas a los tribunales y —entre otras medidas— aumentar y reforzar las atribuciones del Banco Central.

En el marco descripto, resulta claro que **el Poder Ejecutivo ponderó diversas fases de la crisis y varias alternativas para su superación, pero es también evidente que no invocó una nueva situación de emergencia, diferente de la reconocida y declarada por el Congreso en la ley 25.561 y sobreviniente a la situación fáctica allí contemplada.**

29) **Que es inherente a los complejos fenómenos sociales y económicos que caracterizan la emergencia, la movilidad y alteración de su configuración**, que podrá conducir a su agravamiento —quizás temporario— o a sentar las bases para su solución.

Esas contingencias no modifican su sustancia, en tanto no cambie el contexto que le dio origen o se combinen con él factores extraños que la desdibujen o modifiquen de modo sustancial. **Ello no ha ocurrido en el sub lite y en los considerandos del decreto 214/02, el Poder Ejecutivo no invocó ninguna circunstancia ajena a la situación contemplada por el Congreso al dictar la ley 25.561.**

En tales condiciones, ha de concluirse que, **más allá de la pertinencia de acudir a las facultades previstas en el art. 99 inc. 3º de la Constitución Nacional para dictar las medidas cuya constitucionalidad se examina, el Poder Ejecutivo no ha ejercido sus atribuciones fuera del ámbito de la emergencia declarada por el Congreso Nacional.**

Por ende, las limitaciones establecidas en el art. 1º de la ley 25.561 resultan aplicables a su desempeño y, en consecuencia, también las pautas a las que el Poder Legislativo sometió la delegación de sus facultades, tal como lo establece el art. 76 de la Ley Fundamental.



30) Que una solución contraria a la indicada, importaría admitir una nueva y sobreabundante declaración y regulación de emergencia, superpuesta a la declarada por el Congreso y carente de utilidad, salvo que constituyese un arbitrio para eludir el marco fijado por la delegación de sus facultades legislativas, lo que no resulta admisible.

En resumen, conceptualmente resulta concebible tanto que el Congreso delegue sus facultades legislativas frente a la emergencia (art. 76 de la Constitución Nacional), como que el Poder Ejecutivo las ejerza por sí, en el marco reglado por el art. 99 inc. 3° de la Ley Fundamental.

Pero lo que no es procedente es que, frente a una delegación —como la efectuada por el Congreso en la ley 25.561—, el Poder Ejecutivo ejerza facultades excepcionales, concebidas para ser desempeñadas en defecto de la actuación del Poder Legislativo y no en forma concurrente con él.

La delegación que la Constitución permite, exige que sea ejercida «dentro de las bases...que el Congreso establezca» (art. 76). La sanción de la ley 25.561 que declara la emergencia y delega facultades para lograr superarla, es suficiente evidencia de que no concurre la hipótesis que habilita el mecanismo establecido en el art. 99 inc. 3° de la Ley Fundamental, en tanto el Poder Ejecutivo no aludió a una diferente configuración fáctica que lo autorizase a ingresar en ese marco constitucional.

31) Que se ratifica lo expuesto si se advierte que el Congreso Nacional siguió legislando dentro del marco de la misma emergencia declarada en la ley 25.561, tal como lo revela la sanción de las leyes 25.563, 25.587 y 25.589, que exhiben una continuidad en las decisiones políticas adoptadas por el Poder Legislativo, en pleno ejercicio de sus potestades.

32) Que, bajo esa óptica, corresponde verificar la regularidad en el ejercicio de las facultades delegadas en favor del Poder Ejecutivo, confrontando el ajuste de las decisiones impugnadas con las bases establecidas por el Congreso de la Nación, como lo impone la Constitución Nacional.

El art. 6° de la ley 25.561 constituye el centro normativo de esas bases de la delegación y textualmente establece que: «El Poder Ejecutivo Nacional dispondrá las medidas tendientes a preservar el capital perteneciente a los ahorristas que hubieren realizado depósitos en entidades financieras a la fecha de entrada en vigencia del decreto 1570/ 2001, reestructurando las obligaciones originarias de modo compatible con la evolución de la solvencia del sistema financiero. Esa protección comprenderá a los depósitos efectuados en divisas extranjeras».

Según se advierte, el Congreso fijó una pauta precisa, que fue desatendida por el Poder Ejecutivo Nacional al dictar el decreto 214/02. El Poder Legislativo, conforme al texto legal, sólo lo había habilitado a actuar para afrontar la crisis, con la limitación de preservar el capital perteneciente a los ahorristas que hubieren realizado depósitos en entidades financieras a la fecha de entrada en vigencia del decreto 1570/01, operaciones entre las que estaban expresamente incluidos los depósitos realizados en moneda extranjera.

33) Que, al apartarse de ese marco, el Poder Ejecutivo excedió los límites establecidos en los arts. 3, 4, 5, 6, 15, 19 y 21 de la ley 25.561, pues esas disposiciones no proporcionan sustento legal para alterar el valor del capital depositado en divisas, restituyendo en moneda de curso legal una cantidad que no expresa su magnitud real. En todo caso, según dicha normativa, existe la posibilidad de reprogramar las obligaciones originarias de «modo compatible con la evolución de la solvencia del sistema financiero» (art. 6, 5° párrafo, ley citada).

34) Que cabe puntualizar al respecto que la legislación de referencia sólo ha permitido la pesificación de las deudas «con» el sistema financiero —y no «del» sistema financiero— que se indican en forma taxativa en el segundo párrafo del art. 6° de la ley 25.561. De tal modo, se han transformado en pesos según una relación de cambio de un peso un dólar, los créditos hipotecarios, los de construcción, refacción y ampliación de vivienda, los personales, los prendarios para adquisición de automotores y los créditos de pequeñas y medianas empresas; pero a la vez se ha establecido una importantísima limitación, pues la reestructuración «solo» es posible «en deudas con el sistema financiero cuyo importe en origen no fuese superior a U\$S 100.000».

Esas disposiciones traducen la adopción de una política económica selectiva respecto de quienes habían efectuado determinadas operaciones bajo el régimen anterior, que no se refleja paralelamente en el tratamiento de las deudas «del» sistema financiero con los ahorristas.

No cabe atribuir ese efecto a la simple autorización —incluida en la misma norma legal— para adoptar «medidas compensatorias» que eviten desequilibrios en las entidades financieras como consecuencia de la pesificación antes dispuesta, como lo revela la mención a la posible emisión de títulos del Gobierno Nacional en moneda extranjera, garantizados. Antes bien, ello es indicativo de una política



destinada a incluir al Estado en la solución de las decisiones adoptadas en materia de pesificación asimétrica, y no de hacer recaer sobre el sector de los depositantes, en principio ajeno en su causa y en sus efectos a esa disparidad, el soporte económico de las consecuencias de la opción gubernamental.

35) Que cabe concluir, por lo expuesto, que en exceso de las facultades delegadas por el Congreso, el Poder Ejecutivo Nacional transformó, compulsiva y unilateralmente, la sustancia de los depósitos bancarios efectuados en moneda extranjera, al disponer su conversión a pesos, con apartamiento de lo dispuesto por la ley 25.561 y con una relación entre la moneda nacional y las divisas que no refleja el valor del capital originariamente depositado.

Esa falta de concordancia entre la ley mencionada y los ulteriores decretos del Poder Ejecutivo Nacional se patentiza aun más cuando se advierte que dicha ley no había derogado, sino que sólo había suspendido, la vigencia de la ley 25.466, en cuanto disponía la intangibilidad de los depósitos, y únicamente había autorizado el aplazamiento de los pagos que, según las previsiones de los arts. 617 y 619 del Código Civil y de la ley 25.466, debían hacerse en determinada moneda al 3 de diciembre de 2001.

36) Que cabe recordar, asimismo, la doctrina de la Corte Suprema de Estados Unidos en el caso «Perry v. United States» (294 US 330), resuelto en el año 1935, durante la «Gran depresión», cuando Estados Unidos abandonó el estándar del oro como forma de determinar el valor de su moneda. La referencia es obligada, porque se ha sostenido que este fallo apoya la «pesificación», en la forma aquí legislada por el decreto 214/02. No es así. En primer lugar, porque al referirse a un título público, el deudor era el gobierno de los Estados Unidos, lo que diferencia el caso sustancialmente del presente. En segundo lugar, porque no autoriza al deudor (el Tesoro estadounidense) a autoliberarse, como estado...» (Joint Resolution of June 5, 1933, ch. 48, 48 Stat. 112).

...Pese a tan categóricos enunciados, el tribunal declaró que era imposible fijar el resarcimiento al actor porque habiéndose prohibido la comercialización de oro en todo el territorio de los Estados Unidos, así como la importación del metal, no podía mensurarse el daño sufrido por el actor, imposibilidad derivada de la inexistencia de un valor de mercado del oro, al estar fuera del comercio, prohibida su tenencia, negociación, exportación e importación, no obstante lo cual se encargó de señalar que «afirmar que el Congreso puede retirar o ignorar la garantía es asumir que la Constitución la considera una promesa vana: una garantía que no tiene otro soporte que la voluntad o conveniencia del deudor».

37) Que, por otra parte, cabe poner de resalto que la llamada «intangibilidad de los depósitos» sancionada por la ley 25.466 no constituye un concepto reiterativo o sobreabundante respecto de la protección constitucional al derecho de propiedad. Ello, porque la enérgica redacción de dichas normas revela innegablemente la existencia de una política económica dirigida a captar depósitos, suscitando para lograr ese objetivo un intenso grado de confianza que, en forma casi inmediata, el poder público defraudó con el dictado de las normas aquí cuestionadas...

38) Que, desde otra perspectiva, no cabe asimilar la situación examinada en el sub lite, con la adopción de una política cambiaria diferente de la anteriormente seguida por el Estado, del modo acontecido años atrás con el abandono de la llamada «tablita» o de similares —y reiterados— episodios de la historia nacional. Debe advertirse que las normas en juego no constituyen la fijación de un tipo de cambio para determinada moneda extranjera, porque no se trata de una alteración de orden general, sino que ésta presenta una incidencia diferente para distintas relaciones jurídicas, lo que distingue sustancialmente este caso del publicado en Fallos: 225:135, en especial página 151. En el precedente citado, la Corte Suprema dijo que «...como la moneda es el común denominador de todos los valores económicos, sería sustancialmente injusto que los jueces se hicieran cargo de la consecuencia de sus oscilaciones [...] en los casos sometidos a su decisión, mientras el fenómeno influye del mismo modo, sin remedio posible para los particulares, en la totalidad de la vida económica del país» (Fallos: 225:135).

39) Que, en el orden de ideas precedentemente descrito, ha de concluirse que el poder administrador, al margen de las directivas establecidas por el Poder Legislativo (art. 6, ley 25.561), desconoció —contra legem—, la sustancia de los depósitos bancarios efectuados en moneda extranjera, al ordenar su eventual —y postergada— restitución a un valor arbitrariamente fijado por ese mismo poder estatal, como parte de un complejo programa de «pesificación asimétrica» cuyo mérito y eficacia no compete a este Tribunal ponderar, pero que se proyecta, en el sub lite, como un grave agravio al derecho constitucional de propiedad.

40) Que, desde esta perspectiva, el régimen puesto en tela de juicio ha consagrado contra



una ley del Congreso, una grave lesión del derecho de propiedad, pues, como ha expresado Rafael Bielsa, «...en nuestro sistema el legislador no es el árbitro del derecho de propiedad: puede limitarlo, pero no desnaturalizarlo...Puede fijar el contenido del derecho frente a otros derechos, pero en todo está subordinado a la Constitución...El interés colectivo nada tiene que ver, y menos imperar, sobre las garantías constitucionales, y no se satisface con injusticias sino con los ingresos fiscales o recursos financieros como la Constitución lo dispone» (El Derecho de Propiedad en la Constitución, La Ley, Tomo 92, págs. 77/93).

41) **Que tanto lo precedentemente expuesto, como lo decidido en la causa «Smith» derivan de la razonada aplicación del art. 17 de la Constitución Nacional, en tanto dispone que «La propiedad es inviolable y ningún habitante de la Nación puede ser privado de ella, sino en virtud de sentencia firme fundada en ley».** Soslayar su vigencia, cualesquiera sean las razones para enervar su recto contenido, importaría retirar a la República del concierto de naciones civilizadas, que contemplan el derecho de propiedad como uno de los pilares del respeto a los derechos inherentes a la persona y que configura una formidable base de impulso para el progreso de las naciones.

Si bien el Estado puede reglamentar el derecho de propiedad (art. 28 Constitución Nacional), el ejercicio de esa facultad no puede conducir a disminuir sustancialmente el valor de una cosa (Gunther, G., Constitutional Law, pág. 486, 13a Ed., The Foundation Press, New York, 1997).

42) **Que ha de recordarse también que la Constitución Nacional organiza una república en la que los ciudadanos, que participan de la formación del orden jurídico mediante la elección de quienes sancionarán las leyes, ostentan derechos de jerarquía supralegal.** El reconocimiento que la Ley Fundamental efectúa de aquellos derechos, como preexistentes a su sanción, inclusive no enumerados, pero igualmente válidos —art. 33 de la Constitución Nacional—, traduce la existencia de una zona de reserva de los habitantes de la Nación en cuanto al ejercicio de sus derechos básicos, que se refleja en el sistema de control de constitucionalidad.

La pretendida inaplicabilidad de la norma en el caso concreto que el individuo somete a decisión del juez, importa una manifestación genuina del principio de soberanía del pueblo. **Los jueces se constituyen en «guardianes de la Constitución»** para reparar la lesión que un sujeto ha sufrido en sus derechos individuales.

Así, el ejercicio de la petición de inconstitucionalidad de un acto de gobierno ante los estrados judiciales constituye la expresión máxima de autonomía del ciudadano, quien reclama la plena vigencia de sus derechos individuales, no delegados, frente a los excesos en que hubiesen podido incurrir sus representantes.

43) **Que, desde tal perspectiva, compete a los poderes políticos la búsqueda de las soluciones con que deben enfrentarse las crisis a que toda nación se ve expuesta, excluyendo aquellas vías que impliquen el compromiso de los derechos básicos e inalienables que los constituyentes calificaron como inviolables...**

44) **Que la grave emergencia cuyos efectos aquí se analizan, alcanza en mayor o menor medida a toda la Nación, alterando el ritmo de vida de la población y no sólo la magnitud de sus recursos económicos. Por ello, es evidente que quienes se encuentran involucrados en las relaciones jurídicas alcanzadas por esos efectos, deberán contribuir con un aporte parcial a la superación de la crisis, sin que pueda considerarse a sector alguno inmune a tales alteraciones, pero sin olvidar, a la vez, que todos merecen igual protección constitucional.**

45) **Que, en virtud de las reglas que gobiernan las situaciones de emergencia mencionadas en los considerandos precedentes, y por las razones allí expuestas, cabe reputar legítimo que, ante situaciones de extrema gravedad, pueda recurrirse al empleo de medios que, en alguna medida, importen un sacrificio para los miembros de la sociedad, en virtud del principio de solidaridad social. En el caso, aun admitiéndose que la adopción de medidas indispensables para evitar males mayores podían acarrear ciertos perjuicios, lo irrazonable ha sido que tales perjuicios se hicieran recaer mayormente sobre una de las partes.** Dicho de otra manera, no ha existido distribución equitativa del perjuicio. . .

46) **Que los vicios que descalifican constitucionalmente la disposición del art. 2º del decreto 214/02 hasta aquí examinados, no se ven atemperados por las soluciones complementarias establecidas por los decretos 905/02 y 1836/02.** Ello es así pues los decretos indicados no aminoran los efectos nocivos de la pesificación desde que, aun cuando crean ciertos paliativos para compensar la pérdida del valor adquisitivo provocada por el empleo de la paridad \$ 1,40 por dólar, se limitan a ofrecer una opción que naturalmente pueden rehusar, sin pérdida de derecho alguno.

47) **Que el sistema jurídico impugnado, fundado en la emergencia, ha arrasado lisa y llana-**



mente con la garantía constitucional de la propiedad y destruido —como se apuntó— el presupuesto, también constitucionalmente establecido, de la seguridad jurídica... el Estado no puede válidamente transponer el límite que señala el art. 28 de la Constitución Nacional. Las normas cuestionadas afectan, por tanto, en forma directa e inmediata las garantías reconocidas por los arts. 14 bis y 17 de la Constitución Nacional.

48) **Que, reiteradamente, esta Corte ha señalado que el contenido del derecho constitucional de propiedad se vincula con la noción de derechos adquiridos, o sea, de derechos definitivamente incorporados al patrimonio de una persona (Fallos: 312:1121).** De ahí que también el Tribunal haya sostenido que «cuando bajo la vigencia de una ley un particular ha cumplido todos los actos y obligaciones sustanciales y requisitos formales previstos en ella para ser titular de un derecho, debe tenerse por adquirido, y es inadmisibles su modificación por una norma posterior sin agravar el derecho constitucional de propiedad» (Fallos: 296:737; 299:379; 303: 1835 y 1877; 307:305). En el sub examine, el depósito había sido efectuado bajo la vigencia de la ley 25.466 (B.O. 25 de septiembre de 2001) que garantizaba categóricamente su inalterabilidad (art. 1º) y cuyas disposiciones, de orden público (art. 3º), tenían por finalidad —como se dijo supra— crear un ambiente de confianza en el sistema financiero que se encontraba debilitado (confr. antecedentes parlamentarios, Tomo 2001, pág. 2394). La situación jurídica por cuyas consecuencias se ha demandado en el caso quedó, pues, consolidada en lo sustancial, en virtud de dicho régimen generando, innegablemente, derechos adquiridos en cabeza de la actora. . . precedente «Smith». . . registrada en Fallos: 313:1513<sup>1</sup>(Footnotes)

49) **Que la noción de derecho adquirido se encuentra inescindiblemente ligada a la de seguridad jurídica. . . La seguridad jurídica, que es imperiosa exigencia del régimen de la propiedad privada,** se resentiría gravemente si fuera admisible dejar sin reparación los efectos de una norma dictada con el objeto de lograr una finalidad precisa —inducir al mantenimiento de los depósitos bancarios—, y luego desconocerla, pretendiendo cancelar los efectos de aquel acatamiento y los que de ellos derivaron, ocasionando así grave trastorno a las relaciones patrimoniales.

50) **Que cabe agregar, en cuanto hace a la decisión que se adopta, que los tres poderes de Estado coinciden en la solución a que se arriba.**

El Congreso, según la ley 25.561, dispuso «preservar el capital perteneciente a los ahorristas», amparo que abarca a «los depósitos efectuados en divisas extranjeras» (art. 6º).

El Poder Ejecutivo ha reconocido el derecho de los ahorristas a recuperar su crédito en la moneda de origen, no solo en el decreto 214/02 (art. 9º, si bien con un máximo de U\$S 30.000), sino también en los decretos 494/2002, 620/02 y finalmente los decretos 905/02 y 1836/02, **regímenes en los que se subyace un reconocimiento del derecho a recuperar el crédito en divisas, única explicación posible de su existencia.**

Por último, el Poder Judicial, en un sinnúmero de sentencias dictadas con fundamento en el precedente «Smith» (Fallos: 325:28), con una jurisprudencia uniforme que abarca todas las instancias.

Todo ello consolida una única visión —con matices— de los tres poderes respecto del planteo sub examine, coincidente en lo básico con el resultado al que aquí se llega.

51) **Que las consideraciones precedentemente expuestas conducen a declarar la inconstitucionalidad del plexo normativo cuestionado.**

52) **Que es deber de este Tribunal señalar que la controversia que subyace en este proceso se ha visto reiterada en más de cien mil causas que tramitan ante los tribunales de todo el país, reveladoras de la aguda tensión existente** entre una cantidad significativa de ahorristas, el Estado Nacional y las entidades financieras. De allí que la conclusión a que se arriba, parte de una cabal comprensión de las responsabilidades derivadas del rol institucional que es de la esencia de esta Corte Suprema resolver en tanto titular de uno de los departamentos del Gobierno Federal (art. 108 de la Constitución Nacional). Desde esa perspectiva, la interpretación acerca del alcance y contenido de las garantías constitucionales amparadas no puede desentenderse de las condiciones políticas, jurídicas, sociales y económicas dominantes que imperan en la comunidad en un momento dado. Así lo ha señalado este Tribunal en forma reiterada, remitiendo a la doctrina de reconocidos autores y filósofos del derecho que, como Ihering, afirmaron que no son los hechos los que deben seguir al derecho sino que es el derecho el que debe seguir a los hechos (Fallos: 172:21 «Avico c/ de la Pesa»). En «Kot, Samuel» (Fallos: 241:291) esta Corte reafirmó su doctrina en el sentido de que las leyes no pueden ser interpretadas sin consideración a las nuevas condiciones y necesidades de la comunidad, en tanto la Constitución, que es la ley de las leyes, y se halla en el cimiento de todo el orden jurídico positivo, tiene la virtualidad necesaria para poder gobernar las relaciones jurídicas nacidas en circunstancias sociales



diferentes a las que existían en tiempos de su sanción. También ha señalado que es al Congreso a quien corresponde mantener el equilibrio que armonice las garantías individuales con las conveniencias generales, y no incumbe a los jueces sustituirse a los otros poderes del Estado en las funciones que le son propias (Fallos: 319:3241).

53) Que por otra parte esta Corte desde antiguo ha admitido restricciones al ejercicio del derecho de propiedad —no a su sustancia— en situaciones de emergencia, tal como se señaló supra, reconociendo la validez de la fijación de plazos o la concesión de esperas como una forma de hacer posible el cumplimiento de las obligaciones a la vez que atenuar su gravitación negativa sobre el orden económico e institucional y la sociedad en su conjunto (Fallos: 136:161). Aun en situaciones de normalidad institucional ha aceptado la validez de los límites en la afectación del patrimonio más allá de los cuales se encontraría comprometida la garantía del art. 17 de la Constitución Nacional (Fallos: 210:172; 220:699; 234:129; 239:157), y ha sentado pautas por las que en situaciones de grave crisis, el perjuicio debe ser soportado, en alguna medida, por todos los integrantes de la sociedad (Fallos: 313: 1513, considerandos 58 y 59).

54) Que la proyección de la presente decisión sobre la numerosa cantidad de pleitos en los que se debaten controversias similares, impone que a efectos de ejecutar la sentencia se tengan en cuenta todas aquellas modalidades, restricciones, y limitaciones temporarias que, sin afectar la sustancia del derecho reconocido, permitan compatibilizar su concreción con los intereses generales, en el contexto de la grave crisis económica en que se insertan. La aplicación de las pautas indicadas deberá ser establecida en armonía con los términos de lo dispuesto por los arts. 163 inc. 7º y 558 bis del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, conjugando la potestad de fijar un plazo razonable para el cumplimiento, con la necesidad de satisfacer el crédito procurando evitar perjuicios innecesarios; entre estos, considerando la enorme cantidad de acreedores que se encuentran en idéntica situación frente a las entidades financieras.

55) Facultad de los jueces de juzgar la responsabilidad de las medidas legales por las consecuencias que se deriban de cada criterio

Por ello y de conformidad en lo pertinente con lo dictaminado por el señor Procurador General se resuelve: I. Declarar la inconstitucionalidad de las normas impugnadas; II. Ordenar al Banco de la Nación Argentina que reintegre a la Provincia de San Luis las sumas depositadas en dólares estadounidenses, o su equivalente al valor en pesos según la cotización del mercado libre de cambios tipo vendedor al día del pago. De dichas sumas deberán deducirse las ya extraídas por el Estado provincial (ver alcances de la presentación de fs. 459/460). A este último efecto la diferencia deberá determinarse entre la suma retirada en pesos y el valor de cada dólar en el mercado referido a la fecha de la extracción; III. Fijar el plazo de sesenta días corridos para que las partes convengan o determinen la forma y plazos de devolución que no alteren la sustancia de la decisión, bajo apercibimiento de establecerlo el Tribunal a pedido de cualquiera de los interesados al vencimiento del plazo fijado. Notifíquese por cédula a las partes que se confeccionará por secretaría. JULIO S. NAZARENO (según su voto)- EDUARDO MOLINE O'CONNOR - CARLOS S. FAYT (según su voto)- AUGUSTO CESAR BELLUSCIO (en disidencia)- ANTONIO BOGGIANO (en disidencia)- GUILLERMO A. F. LOPEZ - ADOLFO ROBERTO VAZQUEZ (según su voto)- JUAN CARLOS MAQUEDA (en disidencia).

#### ES COPIA

Por ello y de conformidad en lo pertinente con lo dictaminado por el señor Procurador General se resuelve: I. Declarar la inconstitucionalidad de las normas impugnadas; II. Ordenar al Banco de la Nación Argentina que reintegre a la Provincia de San Luis las sumas depositadas en dólares estadounidenses, o su equivalente al valor en pesos según la cotización del mercado libre de cambios tipo vendedor al día del pago. De dichas sumas deberán deducirse las ya extraídas por el Estado provincial (ver alcances de la presentación de fs. 459/460). A este último efecto la diferencia deberá determinarse entre la suma retirada en pesos y el valor de cada dólar en el mercado referido a la fecha de la extracción; III. Fijar el plazo de sesenta días corridos para que las partes convengan o determinen la forma y plazos de devolución que no alteren la sustancia de la decisión, bajo apercibimiento de establecerlo el Tribunal a pedido de cualquiera de los interesados al vencimiento del plazo fijado. Notifíquese por cédula a las partes que se confeccionará por secretaría. JULIO S. NAZARENO.

#### ES COPIA<sup>22</sup>

#### SÍNTESIS NORMATIVA DE LA REGULACIÓN FINANCIERA DE LA EMERGENCIA ECONÓMICA EXTRACTADA DEL VOTO DEL DR. FAYT



15) Que, también, un inédito plexo normativo adquirió presencia a través de una multitud de normas de distinto rango

—leyes, decretos, resoluciones ministeriales, disposiciones del Banco Central de la República, etc.

— que se dictaron en el espacio de unos pocos meses, muchas de ellas con una vigencia fugaz. Así se fue tejiendo un complejo e inestable sistema que constituye el fundamento de la resistencia a la pretensión de la actora. Una síntesis, inevitable para la correcta decisión del caso, puede trazarse en estos términos:

a) La ley 25.466 fue publicada en el Boletín Oficial del 25 de septiembre de 2001

—cuya aplicación recién fue suspendida por el art. 15 de la ley 25.561 publicada el 7 de enero de 2002

— y sancionada por el Congreso de la Nación antes de la emisión del decreto 1570/01. Dispuso que todos los depósitos captados por las entidades financieras autorizadas para funcionar por el Banco Central, fuere en pesos o en moneda extranjera, a plazo fijo o a la vista, serían considerados intangibles (art. 1º). El art. 2º de la ley definió dicha condición disponiendo que «el Estado Nacional en ningún caso, podrá alterar las condiciones pactadas entre el/los depositantes y la entidad financiera, esto significa la prohibición de canjearlos por títulos de la deuda pública nacional, u otro activo del Estado Nacional, ni prorrogar el pago de los mismos, ni alterar las tasas pactadas, ni la moneda de origen, ni reestructurar los vencimientos, los que operarán en las fechas establecidas entre las partes».

El art. 3º añadió que «la presente ley es de orden público, los derechos derivados para los depositantes y las entidades depositarias de las operaciones comprendidas en el art. 1º de esta ley, serán considerados derechos adquiridos y protegidos por el art. 17 de la Constitución Nacional».

b) El 1º de diciembre de 2001, invocando las facultades conferidas por los incs. 1º, 2º y 3º del art. 99 de la Constitución Nacional, el Poder Ejecutivo dictó el decreto 1570/01, por el cual

—en lo que aquí interesa

— dispuso la prohibición de los retiros en efectivo por sumas superiores a los \$ 250 o u\$s 250 semanales por cuenta (art. 2º inc. a)

—autorizándose al Banco Central a disminuir la restricción cuando el saldo total de los depósitos del sistema aumentase respecto del nivel de cierre del 30 de septiembre de 2001 y las tasas de interés fuesen a su juicio normales (art. 3º)

— pero permitió la plena disponibilidad del dinero depositado, sea en cuentas a la vista o a plazo, a través de «...cualquier tipo de operatoria bancaria que no implique disminución de fondos en el sistema financiero», ratificándose consecuentemente su intangibilidad en los términos de la ley 25.466 (art. 4º). El decreto 1570/01 fue modificado por el decreto 1606/01 el cual

—en cuanto importa

— excluyó de su ámbito de aplicación los retiros en efectivo necesarios para atender el pago de sueldos que no debieren hacerse por vía bancaria (art. 1º, inc. a).

c) El 6 de enero de 2002 fue promulgada la ley 25.557, por la cual

—dejándose expresamente a salvo que ella no importaba ratificación ni expresa ni tácita de los decretos 1570/01 y 1606/01 (art. 3º)

— se excluyó del tope a los retiros en efectivo establecido en el inc. a del art. 2º del decreto 1570/01 a los importes acreditados correspondientes a rubros laborales, previsionales y de carácter alimentario en general, permitiéndose su libre y entera disponibilidad por parte de sus titulares (art. 1º). Con relación a las cuentas no salariales ni previsionales, el límite original de \$ 250 fijado por el decreto 1570/01, fue elevado a \$ 300 por la resolución (M.E.) 6/02, siendo él mantenido por las posteriores resoluciones (M.E.) 9/02, 18/02, 23/02 y 46/02.

d) El Congreso de la Nación también sancionó el 6 de enero de 2002 la ley 25.561, por la cual, con arreglo a lo dispuesto en el art. 76 de la Constitución Nacional, se declaró la emergencia pública en materia social, económica, administrativa, financiera y cambiaria, delegando al Poder Ejecutivo Nacional, hasta el 10 de diciembre de 2003, el ejercicio de las facultades en ella establecidas a fin de «proceder al reordenamiento del sistema financiero, bancario y del mercado de cambios» y «reglar la reestructuración de las obligaciones, en curso de ejecución, afectadas por el nuevo régimen cambiario instituido en el artículo 2º» (incs. 1º y 4º, respectivamente, del art. 1º). Esta ley concretamente: a) Facultó al P.E.N. «...para establecer el sistema que determinará la relación de cambio entre el peso y las divisas extranjeras, y dictar regulaciones cambiarias» (art. 2º); b) Instruyó al Poder Ejecutivo a disponer «...medidas tendientes a disminuir el impacto producido por la modificación de la relación de cambio

dispuesta en el art. 2º (...) en las personas (...) que mantuviesen con el sistema financiero deudas



nominadas en dólares...» (art. 6º, primer párrafo); c) Estableció que esas deudas en dólares con el sistema financiero, cuando no fuesen superiores a los U\$S 100.000

- disposición esta última observada por el Poder Ejecutivo
- y se encontrasen vinculadas con los destinos allí especificados

—créditos hipotecarios destinados a la adquisición, construcción, refacción y/o ampliación de vivienda; créditos personales; créditos prendarios para la adquisición de automóviles; y créditos de personas que cumplan con los requisitos de micro, pequeña y mediana empresa

—, fuesen reestructuradas a la relación de \$ 1 igual a U\$S 1 (art. 6º, segundo párrafo); d) En relación a esas deudas en dólares con el sistema financiero que la misma ley pesifica a \$ 1 igual U\$S 1, facultó al Poder Ejecutivo a «...establecer medidas compensatorias que eviten desequilibrios en las entidades financieras (...), las que podrán incluir la emisión de títulos del Gobierno Nacional en moneda extranjera garantizados» (art. 6º, tercer párrafo); e) Suspendió la vigencia de la Ley de Intangibilidad de los Depósitos 25.466 hasta que fuese superada la emergencia del sistema financiero o hasta que el Poder Ejecutivo considere superada la emergencia (art. 15); f) Habilitó al Poder Ejecutivo para disponer «las medidas tendientes a preservar el capital perteneciente a los ahorristas (...), reestructurando las obligaciones originarias de modo compatible con la evolución de la solvencia del sistema financiero. Esa protección comprenderá a los depósitos efectuados en divisas extranjeras» (art. 6, último párrafo)

e) El 9 de enero de 2002 el Poder Ejecutivo Nacional, dando cumplimiento a la ley 25.561, dictó el decreto 71/02 que: a) Estableció un mercado oficial de cambios, disponiendo que las operaciones de compra y venta de dólares que en él efectuase el Banco Central de la República Argentina serían realizadas a razón de \$ 1,40 por cada U\$S 1, «...quedando así establecida la relación de cambio entre el peso y la citada divisa extranjera, conforme las previsiones del artículo 2º de la ley 25.561...» (art. 1º); b) Encomendó al Banco Central reglamentar la reestructuración de las deudas de las personas físicas y jurídicas con el sector financiero, mandándole contemplar los distintos supuestos que allí consignó (art. 4º); c) Estableció que «el Ministerio de Economía reglamentará la oportunidad y modo de disposición por sus titulares de los depósitos en pesos o en divisas extranjeras respetando la moneda en que hubiesen sido impuestos por sus titulares...». A esos fines el Ministerio debía «...tomar en cuenta los intereses de los ahorristas y la solvencia y liquidez del sector financiero limitando, de ser necesario, las transferencias de depósitos entre diferentes instituciones financieras por plazo determinado y de ser ello requerido para resolver cuestiones operativas» (art. 5º).

f) En cumplimiento de ello, el Ministerio de Economía, emitió la resolución 6/02 por cuyo anexo I «Cronograma de Vencimientos Reprogramados de los Depósitos», en relación a las imposiciones en moneda extranjera

- que son las que interesan al caso

—, distinguiendo según su tipo y monto, estableció un triple régimen: a) Plazos fijos. Dispuso que serían reprogramados en la misma entidad financiera y que, según sus montos, serían cancelados: 1) Hasta 5.000 dólares, en 12 cuotas pagaderas a partir de enero de 2003; 2) De 5.000 a 10.000 dólares, en igual número de cuotas a partir de marzo de 2003; 3) De 10.000 hasta 30.000 dólares, en 18 cuotas a partir de junio de 2003; y 4) De más de 30.000 dólares, en 24 cuotas a partir de septiembre de 2003; b) Cajas de ahorro. Estableció que los saldos superiores a 3.000 dólares serían reprogramados, asimilando su tratamiento a un plazo fijo de similar importe, y acordó al titular, hasta el 15 de febrero de 2002, la opción de convertir a pesos los saldos menores a 3.000 dólares, al cambio de \$ 1,40 igual a U\$S 1, transfiriéndolos a cualquier cuenta en pesos del mismo titular, la que operaría de acuerdo a las normas vigentes.

Cuentas corrientes. Dispuso que los saldos superiores a 10.000 dólares recibirían el tratamiento de los plazos fijos, y acordó al titular la opción de convertir hasta 10.000 dólares a pesos, según la paridad de \$ 1,40 por dólar, transfiriéndolos a cualquier cuenta en pesos. Para el caso que no se hiciese uso de la opción, establecía que el titular podía «realizar retiros en efectivo de hasta un valor equivalente a dólares estadounidenses quinientos (U\$S 500) por mes, que serán libres de transferencia entre cuentas».

- g) En ese marco el Poder Ejecutivo

—invocando la gravedad de la situación que determinó la sanción del decreto 1570/01 como de la ley 25.561; la práctica interrupción del funcionamiento de la economía; la máxima prioridad que debía acordársele al sistema financiero tanto para facilitar la paulatina normalización de la actividad económica como para restituir a los ahorristas y deudores las mayores condiciones de libertad y certidumbre, preservando sus derechos de propiedad; la importancia prioritaria de «restablecer el orden público económico aun cuando ello, en forma parcial y transitoria, limite el derecho de los particulares a dispo-



ner, libremente, de la totalidad de sus propios recursos»; el riesgo cambiario y de hiperinflación al que podría conducir una excesiva aceleración en la liberación de los depósitos; y en que, como consecuencia de las medidas adoptadas, «los ahorristas podrán disponer en plazos más breves, de sus ahorros en dólares estadounidenses convertidos a pesos, o bien optar por recibir bonos nominados en dólares estadounidenses»

— en uso de las facultades conferidas por el art. 99, inc. 3º, de la Constitución Nacional, dictó el decreto 214/02 que modificó sustancialmente el régimen hasta entonces vigente.

Mediante éste se transformaron a pesos, con carácter general, todas las obligaciones de dar sumas de dinero expresadas en moneda extranjera que no se encontrasen ya convertidas a pesos (art. 1º), estableciéndose, tanto para las deudas vinculadas al sistema financiero

—que no se encontrasen ya convertidas (art. 3º)

—, como para las ajenas a él (art. 8º)

—existentes a la fecha de entrada en vigencia de la ley 25.561 como fue luego aclarado por el art. 2º del decreto 320/02

— que serían convertidas a razón de un peso por cada dólar, aplicándose sobre ambas el Coeficiente de Estabilización de Referencia (CER) que prevé su art. 4º.

En lo relevante para el caso, por su art. 2º se estableció que «todos los depósitos en dólares estadounidenses u otras monedas extranjeras existentes en el sistema financiero, serán convertidos a pesos a razón de pesos uno con cuarenta centavos (\$ 1,40) por cada dólar estadounidense, o su equivalente en otra moneda extranjera...», a lo cual, de conformidad con lo previsto en el art. 4º, debían adicionarse los intereses y la suma resultante por aplicación del CER.

h) El 31 de mayo de 2002 el decreto 905/02 dispuso que los titulares de depósitos originalmente constituidos en moneda extranjera que fueron convertidos a pesos en virtud de lo dispuesto en el decreto 214/02, cualquiera fuera el monto del saldo reprogramado en los términos de las resoluciones (M.E.) 6/02, 9/02, 18/02, 23/02 y 46/02, tendrían la opción de recibir, a través de la entidad financiera correspondiente, en pago (total o parcial) cancelatorio de dichos depósitos, tres tipos de bonos: a) «Bonos del Gobierno Nacional en Dólares Estadounidenses Libor 2012», a un plazo de 10 años y 6 meses, con vencimiento el 3 de agosto de 2012, amortizables en 8 cuotas anuales, iguales y consecutivas, equivalentes cada una al 12,5% del monto emitido, con vencimiento la primera de ellas el 3 de agosto de 2005, y con un interés sobre saldos a partir de la fecha de emisión equivalente al de los depósitos en eurodólares a 6 meses de plazo en el mercado interbancario de Londres según la tasa Libor, pagadero por semestre vencido, a entregarse por el importe del depósito en moneda extranjera reprogramado, antes de su conversión a pesos (ver arts. 2º y 10); b) «Bonos del Gobierno Nacional en Pesos 2% 2007», a un plazo de 5 años, con vencimiento el 3 de febrero de 2007, amortizables en 8 cuotas semestrales, iguales y consecutivas equivalentes cada una al 12,50% del monto emitido y ajustado por el CER, con vencimiento la primera de ellas el 3 de agosto de 2003, y con un interés sobre saldos ajustados a partir de la fecha de emisión equivalente a la tasa del 2% anual, pagadero por semestre vencido, a entregarse por el importe convertido a pesos del depósito reprogramado (ver arts. 3º y 11); y c) «Bonos del Gobierno Nacional en Dólares Estadounidenses Libor 2005», a un plazo de 3 años y 3 meses, con vencimiento el 3 de mayo del 2005, amortizables en 3 cuotas anuales, iguales y consecutivas, equivalentes las dos primeras al 30% y la última al 40% del monto emitido, con vencimiento la primera de ellas el 3 de mayo de 2003, y con un interés sobre saldos equivalente al de los depósitos en eurodólares a 6 meses de plazo en el mercado intercambiario de Londres según la tasa Libor, pagadero por semestre vencido, a entregarse por el importe del depósito reprogramado, antes de su conversión a pesos (ver arts. 4º y 12). Estos bonos sólo alcanzan a los titulares que: fuesen personas físicas mayores de 75 años; hubiesen recibido las sumas depositadas en concepto de indemnizaciones o pagos de similar naturaleza en concepto de desvinculaciones laborales; o atravesasen situaciones en las que estuviera en riesgo su vida, su salud o su integridad física.

i) Finalmente, el Poder Ejecutivo dictó el decreto 1836/02 que dispuso: a) A los titulares de Certificados de Depósitos Reprogramados (CEDROS) a que se refiere el tercer párrafo del art. 6º del decreto 905/02, se les renovó la opción de recibir, a través de la entidad financiera, en dación en pago de esos certificados, títulos de la deuda argentina, esta vez denominados «Bonos del Gobierno Nacional en Dólares Estadounidenses 2013»

—los que tendrán las mismas condiciones financieras que los «Bonos en Dólares 2012» del decreto 905/02, salvo en cuanto a las fechas de emisión.

Volviendo a las cuestiones referenciadas al comienzo, podríamos comentar lo prometido sobre la



base del siguiente supuesto:

**CONTRATO DE COMPRAVENTA INMOBILIARIA DONDE EL TRANSMITENTE ES UN JUBILADO**—que adquirió con el producto de su sacrificado trabajo el único inmueble que transfiere en el marco de la convertibilidad con cláusula que dice: **EL precio es de PESOS CUARENTA MIL (\$40.000 ) pagadero de la siguiente manera: Una cuota de Pesos Diez mil (\$.10.000) y 100 cuotas mensuales, iguales y consecutivas de Pesos Trescientos (\$300), sin interés.- Las partes pactan el mismo sujeto a la PARIDAD DÓLAR y en el marco de la ley de convertibilidad».-**

a) Respecto a la inequidad resultante de hacer asumir a las partes de un contrato privado, las consecuencias de una política estatal monetaria que resiente tales relaciones haciendo gravosas las soluciones legales ya sea para una parte o la otra, sobre la que pesará la solución de política estatal sin causa obligacional alguna, **TENEMOS EN ESTE SUPUESTO UN PERJUICIO EVIDENTE PARA EL ACREEDOR**, que se debe distinguir del acreedor-Banco, pues ahora este señor enajena su único inmueble con el que pensaba adquirir dos de menor precio por ej., por un monto que no le alcanza ya mas que para ir mensualmente al SUPERMERCADO, como consecuencia de la pesificación obligatoria ya analizada.

b) En lo atinente a la necesidad de distinguir distintos tipos de deudores y acreedores: evidentemente no es lo mismo un acreedor-Banco que este acreedor vg., entre otros casos.

c) La inaplicabilidad práctica del art. 11 de la ley 25561 por resultar insalvables las diferencias para «readecuar los términos contractuales en el plazo legal propuesto de 180 días» quedando la instancia de mediación o la judicial, soluciones que a la fecha no tienen resoluciones firmes acabadas o definidas en instancias rectoras superiores, creando a las partes incertidumbre mayúscula y agostando por cansancio o temor los derechos sustentables de base no merece mayor comentario.- **AL respecto cabe agregar la discusión sobreviniente acerca de la necesidad de distinguir «cláusulas de reajuste» prohibidas desde la convertibilidad —no derogadas y reafirmadas por la 25561.-**

**d) La posibilidad de una acción contra el Estado para que «cargue» con la discordante voluntad de las partes surgida por el desequilibrio engendrado por la política estatal que se sigue de la aplicación de las leyes de emergencia: ello por vía de algún reclamo de un particular contra el primero y cuando el perjuicio así lo justifique.-**

**e) La imposibilidad que alguna de las partes pueda invocar en su beneficio —si no hubiere encuadre en los arts. 1 y 2 de la ley de defensa del consumidor (24420\*)- la protección de ésta legislación particular sólo aplicable en tanto y en cuanto haya un «empresario» y un «consumidor» en los referidos términos: esto sólo posible por ejemplo cuando el enajenate sea una inmobiliaria o empresa constructora.-**

Agregamos fallo de Cámara que nos merece el aplauso por resaltar los argumentos extraídos  
**Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala B**

9 de mayo de 2003

**Zappala de Elissi, Ida Mabel c/C & S. Group S.A. s/Ejecutivo**  
**Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala B**  
**Buenos Aires, 9 de mayo de 2003**

**Considerando:**

1) Apeló la actora la decisión de fs. 72/75 mediante la memoria de fs. 78/87, respondida a fs. 91/92.

En punto a la inconstitucionalidad invocada respecto de la ley N° 25561 (art. 11) y del dec. N° 214/02, los fundamentos del dictamen fiscal obrante a fs. 97/103 —hasta cierto punto compartidos por este tribunal— son adecuados para proponer su desestimación. Sin embargo, resulta útil insistir en los preceptos involucrados en la solución del litigio.

La ley 25561 que declara la emergencia pública en materia social, económica, administrativa, financiera y cambiaria, delegó en el PEN, la facultad de establecer el sistema que determina la relación de cambio entre el peso y las divisas extranjeras y dictar regulaciones cambiarias. Dispuso en su art. 11 que «Las prestaciones dinerarias exigibles desde la fecha de promulgación de la presente ley, originadas en contratos celebrados entre particulares, sometidos a normas de derecho privado, pactados en dólares u otra moneda extranjera o en los que se hubiesen establecido cláusulas de ajuste en dólares u otra moneda extranjera, quedan sometidas a la regulación que precisó.

En uso de tales facultades, el Poder Ejecutivo a través del decreto 214 (B.O. del 4/2/2002) estableció la transformación a pesos de todas las obligaciones de dar sumas de dinero, de cualquier causa u origen —judiciales o extrajudiciales— expresadas en dólares estadounidenses, u otras monedas extranjeras, existentes a la sanción.



De su lado, el decreto 320/2002 aclaró que las disposiciones del decreto antes citado, son aplicables a todas las obligaciones en dólares estructuradas por la ley N° 25561 a la relación de \$ 1 = US\$ 1.

2) Del análisis de las normas citadas y al margen de lo dudoso de su formal validez en la llamada «pirámide jurídica» prevenirse una directiva hasta cierto punto compatible, orientada a la renegociación del contrato —tal como intentara este tribunal al disponer la celebración de la audiencia de fs. 112— en cuanto éstas produjeron, entre sus múltiples consecuencias, la alteración del programa de conducta previsto en los contratos concertados con anterioridad al 6/1/2002. Las consecuencias que las recientes normas generaron en las relaciones contractuales superaron ampliamente la previsión de las partes, resultando que en la mayoría de los casos los contratos requieren en equidad una adaptación a las nuevas circunstancias (conf. Ariza, Ariel, «Revisión judicial de los contratos en la emergencia económica», Rev. Lexis Nexis Arg. N° 0003/110669).

Adviértase de un lado que la pérdida del poder adquisitivo en el mercado interno sería el perjuicio que sufre el acreedor que cobre en pesos en lugar de los dólares que le eran debidos. Porque el peso sin el apoyo del dólar pierde valor o poder de compra en el mercado interno en relación con el que tenía cuando estaban las dos monedas a la paridad, y tanto para el acreedor como para el deudor (conf. Casiello, Juan J., «Se pretende *minimizar* la pesificación?») y, como se vio, en algunos casos, como el concretísimo de la especie, a falta de prueba en contrario, puede concluirse que se ha tratado de una mera cláusula de estabilización.

Asimismo se ha dicho, es tan injusto que un acreedor cobre menos de lo que se le debe como también que un deudor pague más de lo debido (Vergara, Leandro, «Argumentos a favor y en contra de la pesificación de las obligaciones en mora», Suplemento especial de La Ley, Pesificación II, noviembre 2002, p. 351).

Por lo demás, desde siempre —tomando como obvio punto de partida el derecho romano— la regla *pacta sunt servanda* o el respeto a la palabra empeñada, ese sometimiento fiel y estricto a lo acordado, estuvo condicionado al mantenimiento de las circunstancias tenidas en vista al celebrar el contrato, aspecto atendido en la fórmula *rebus sic stantibus*. Cuando las circunstancias tenidas en vista por una u otra de las partes, entendiéndose por la expresión «circunstancias» las de personas, tiempo y lugar, estado de la plaza, alternativas de la moneda, precio de los bienes y servicios, etc., se hubieran alterado, cambiado, fueren distintas a las originales, contemporáneas a la celebración, mantener inalterado el negocio resultaba una sin razón. Cambiadas las circunstancias del contrato se imponía la revisión («Contratos en Dólares - Revisión Judicial - Teoría de la Imprevisión; Hiperinflación-Moneda extranjera» Jorge Mosset Iturraspe, ps. 27 y ss. Ed. La Rocca, Buenos Aires, 1989).

3) Por todo ello y por cuanto los derechos constitucionales deben ser protegidos no sólo en pro de los acreedores, sino también de los deudores que podrían encontrar vulnerados aquellos ante el mantenimiento de las pautas contractuales en un contexto totalmente distinto e imprevisible al momento de contratar, donde los riesgos asumidos por las partes han sido superados por los parámetros impuestos por la realidad.

No cabe duda entonces de que la situación de crisis por la que atravesó y atraviesa el país amerita en ciertos supuestos muy específicos como el de la especie que se la califique como de emergencia. Sin entrar a considerar las medidas económicas introducidas por los poderes a quienes la Constitución les atribuyó las facultades para tomarlas (establecer el régimen monetario y cambiario de la Nación —art. 75 inc. 11 CN.), ni sostener los fines por los que se recurre al supuesto estado de emergencia lo cierto es que nos encontramos con un escenario donde le corresponde al Poder Judicial como lo ha hecho desde siempre morigerar el impacto que las leyes impugnadas generaron sobre los contratos celebrados entre los particulares, y donde se advierte —a partir de la recomposición y los remedios que las mismas normas atacadas prevén— que el propio texto de la ley brinda herramientas para ajustar la deuda, solución, se reitera, de equidad (conf. CCom. art. 216) que por otra parte, es propiciada en subsidio por el propio actor.

En definitiva, las normas imponen la necesidad de que todos soporten equitativamente las consecuencias de la emergencia de modo que nadie se beneficie con la crisis a expensas de otros (C. Nac. Civ. sala F, «Torrada, Silvina F. y otros c/ Oscar Dato Robinson S.A. s/ ejecución hipotecaria», del 27/12/02). Como se ha dicho, imaginar que en una grave crisis es posible preservar inmutables las condiciones bajo las cuales se desenvuelve cada uno de los habitantes es no tener sentido de la realidad. Y de ese sentido no se puede carecer si realmente se procura administrar justicia (Ratti, Eduardo A., «La conversión a pesos de las obligaciones nominales en dólares»).

4) Resta considerar el argumento del recurrente relativo a que la normativa en cuestión no resultaría aplicable a los supuestos de obligaciones constituidas en mora antes del 6/1/2002. Si bien ello es obje-



tivamente cierto, se advierte que en el presente supuesto la mora fue consecuencia de las modificaciones legales por lo que su existencia no constituye argumento dirimente. Es que, la exigibilidad del crédito reclamado se produce en el caso a los sesenta días de la suscripción del mutuo —16/10/01— o sea el 16/12/01, en vigencia del decreto PEN. 1570/2001 de fecha 1/12/01 (B.O. 3/12/01) que adoptó medidas de emergencia para evitar el retiro en efectivo, y las transferencias de fondos al exterior, y a escasos días de esa fecha se declara la emergencia pública mediante la ley 25561 (B.O. 7/01/02).

5) Así las cosas y aún sin desconocer las dificultades que existen para revisar el equilibrio de las prestaciones, sin considerar que a falta de elementos objetivos que nos permitan encontrar una justa solución propiciaremos la que consideramos mas adecuada y que incluso fuera propuesta por la misma actora, bien que de modo subsidiario.

Las particularidades que exhibe el caso persuaden a este tribunal de la necesidad de aplicar el principio del esfuerzo compartido y la regla de la equidad. Por ello, la suma por la que la ejecución prospere y el valor del dólar estadounidense, según exceda su cotización en el mercado libre de cambio, de la paridad vigente a la hora de contratar (uno a uno) deberá ser absorbida por las partes en un 50 % cada una. Es decir, se deberán convertir los dólares a razón del ya dicho importe y se le adicionará el 50 % de la brecha entre \$ 1 y el valor del dólar libre a la cotización de la fecha en que se practique la liquidación, solución que se arbitrará para el concretísimo caso de la especie y sin anticipar opinión sobre el obviamente amplio universo de supuestos posibles para esta compleja realidad.

6) Con tal alcance, se estima parcialmente el recurso de fs. 76. La ejecución prosperará entonces por los montos que surjan de la liquidación a practicarse conforme las pautas fijadas en la sentencia y en los considerandos que anteceden. Las costas se imponen en el orden causado en atención a la naturaleza de las cuestiones debatidas y los distintos criterios asumidos (arts. 68, párr. 2 Cpr. Notifíquese. La señora Juez de Cámara Dra. Ana I. Piaggi no interviene por hallarse en uso de licencia (art. 109 RJN).

Enrique M. Butty. - María L. Gómez Alonso de Díaz Cordero.

**EN LA PAG.WWW.ABOGADOSDECÓRDOBA.ORG.AR,  
encontramos el siguiente análisis**

**V)- Obligaciones y créditos en dólares que no son con las entidades financieras**

Conforme con la ley 25561, las prestaciones dinerarias exigibles desde la fecha de promulgación de la ley originadas en contratos entre particulares pactados en dólares, se pagan con una valuación uno a uno por ciento ochenta días; se trata de un pago a cuenta, luego si no hay acuerdo el acreedor podrá plantear el proceso de mediación o el juicio que corresponda.-

Esta norma prevista para paliar la situación de los endeudados a pagar en dólares que debían cumplir conforme al valor de dicha divisa en el mercado oficial y luego en el mercado libre, cambió de sentido.- No ha sido derogada, de modo que podrá ser usada, no por los deudores, sino por los acreedores, quienes invocarán la excesiva onerosidad sobreviniente (Art. 1198 CC).- En efecto, al establecerse la paridad uno a uno de todos los créditos y deudas, el que pierde ahora conforme al decreto 214/02, es el acreedor, por una circunstancia sobreviniente y ajena.-

La acción derivada de la imprevisión es analizada en el capítulo respectivo.-



# HUMOR



**GRÁFICO: ALEJANDRO R. UGARTE – 2003**

