

ISSN 2408 - 4581



REVISTA DEL DEPARTAMENTO DE  
**DERECHO**

número  
**//05**  
enero / 2018



Editorial UGD  
Universidad Gastón Dachary

Salta 1912, Posadas, Misiones, Argentina  
Teléfono: +54 (0376) 4438677  
Fax: +54 (0376) 4438677

Revista del Departamento de Derecho de  
la Universidad Gastón Dachary.  
Enero 2018

Contacto: [editorial@dachary.edu.ar](mailto:editorial@dachary.edu.ar)  
Colección Revistas de la Editorial UGD



# Sumario

Régimen patrimonial primario y convenciones matrimoniales ..... 4

Evolución legislativa de las actas notariales .....12

El principio de rogación a la luz del Código Civil y Comercial.....15

“Propiedad Horizontal Especial”: Conjuntos inmobiliarios “propia-mente dichos”. Cuestión terminológica. Análisis del marco legal aplicable.....17

## Staff

### Rectora:

Prof. Alba Pérez Chilavet

### Secretaría de Extensión:

Lic. Gabriela Lichowski

### Coordinador Editorial UGD:

Lic. Jerónimo Peralta Rodríguez

### Director de Abogacía -UGD:

Dr. Juan Manuel Lezcano

### Editora Revista Derecho UGD:

Dra. Vanesa Carolina Rosas

### Corrección:

Gabriela Loreiro

ISSN 2408-4581

# Editorial

## Análisis y miradas más allá del quehacer notarial

Dra. Carolina Vanesa Rosas

Estimados lectores, en esta oportunidad en la que nos proponemos analizar cuestiones vinculadas al quehacer notarial y el impacto de la normativa del Código Civil y Comercial, tenemos el gusto de compartir publicaciones de docentes y egresados de nuestra casa de estudios.

Se trata de diferentes artículos que tienen una especial mirada notarial, por la incumbencia profesional específica, pero cuyo interés trasciende a lo estrictamente notarial, pues interesa a todos los operadores jurídicos.

Así, el Escribano Rubén Moroz nos propone analizar “el régimen patrimonial primario y las convenciones matrimoniales”, realizando un análisis exhaustivo de las distintas situaciones que se pueden plantear al respecto.

El Dr. Roberto Carlos Rosas nos propone analizar en detalle el principio de rogación y sus excepciones, que rige en el ámbito del derecho registral inmobiliario. Su estudio lo realiza a partir del Código Civil y Comercial ya modificado, lo cual es interesante en materia de hipotecas; y a su vez practica un análisis de la normativa local en materia de medidas cautelares.

Por otra parte, el Dr. Rafael Osudar, también con una profunda mirada en la legislación local nos propone analizar la normativa referente a las actas notariales, previstas ahora en forma expresa en el Código Civil y Comercial.

Resulta importante destacar en estos trabajos la labor de sus autores que han hecho “dialogar” a las fuentes nacionales con las locales.

Por último, también se comparte la ponencia que he presentado en las XXVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil celebradas en la Universidad Nacional de La Plata en septiembre de 2017 referida a los conjuntos inmobiliarios, es decir, a esta propiedad horizontal especial regulada ahora como novedad por primera vez en el Código Civil y Comercial, y cuya constitución y dictado del reglamento es labor del notario.

Agradeciendo, como en cada número, el aporte de todos, esperamos éste sea de su interés. Y como siempre, los invitamos a participar y asumir un rol activo en los números que siguen, compartiendo sus trabajos.

# Régimen patrimonial primario y convenciones matrimoniales

Por **Rubén Francisco Moroz**, Abogado (UCSF), Notario (UCSF), docente UCSF y UGD en abogacía y escribanía.

## 1- Introducción

El matrimonio, institución jurídica por excelencia, exhaustivamente regulada por la inmensa mayoría de las legislaciones de los países occidentales civilizados, es comprensivo de diferentes planos jurídicos de análisis. El primero, y quizás más importante aspecto, es el personal, aligerado notablemente en el vigente régimen argentino con la eliminación de dos de los tres deberes personales que existían en el régimen que rigió hasta el 31/07/2015 (supresión de los deberes jurídicos de fidelidad y cohabitación). El otro, y claramente materialista, es el patrimonial.

En este plano de análisis (el patrimonial), significativos cambios se han advertido en la evolución desde el código velezano al régimen impuesto por el nuevo Código Civil y Comercial. Nace así para los cónyuges la libertad de elegir el régimen patrimonial por el cual habrán de regir sus relaciones patrimoniales (comunidad de ganancias o separación de bienes).

No obstante, se ha impuesto un RÉGIMEN PATRIMONIAL PRIMARIO, constituido por un conjunto de normas instauradas con carácter imperativo, de orden público, inmodificables por acuerdo de voluntad de los cónyuges, que habrá de regirlos, con independencia o más allá del régimen patrimonial por el cual hayan optado.

Se ha revitalizado la vigencia de un instituto ya existente inclusive en el régimen originario velezano: hablamos de las CONVENCIONES MATRIMONIALES. Hoy, conforme han quedado reguladas en los artículos 446 a 450 del Código Civil y Comercial, las convenciones matrimo-

niales han quedado recicladas en términos de ampliación de los objetos posibles que se pueden volcar en las mismas (art.446 del CCyC). Y abre enormes expectativas de implementación práctica y diaria, con la posibilidad que asiste tanto a futuros contrayentes como a cónyuges en la actualidad, de elegir el régimen de separación de bienes, en donde cada cónyuge es exclusivo dueño de sus bienes y tiene la libre administración y disposición de los mismos, no generándose en el "cónyuge no titular" derecho subjetivo patrimonial alguno sobre tales bienes, tanto durante la vigencia del matrimonio, como luego de su extinción.

## 2- Régimen patrimonial primario (Sistema Primario)

Con la denominación "sistema primario" se ha dado en identificar por la doctrina<sup>1</sup> al conjunto normativo aplicable a ambos regímenes patrimoniales del matrimonio (de comunidad de ganancias y de separación de bienes). Se encuentra regulado en el Capítulo 1 "Disposiciones generales" del Título II ("Régimen patrimonial del matrimonio"), concretamente en la Sección Tercera del mismo bajo el rótulo "Disposiciones comunes a todos los regímenes" (arts. 454 al 462 del CCyC). El mismo está constituido por un conjunto de normas instauradas con carácter imperativo, de orden público, inmodificables por acuerdo de voluntad de los cónyuges<sup>2</sup>.

Este conjunto de disposiciones viene a regular distintos aspectos del régimen patrimonial más allá de cuál sea el sistema elegido. Particularmente encontraremos disposiciones referentes a las siguientes temáticas: 2.1- responsabilidad de los cón-

1- MEDINA, Graciela – RIVERA, Julio César. Código Civil y Comercial de la Nación Comentado. Tomo II. Editorial La Ley, Buenos Aires, 2015, p.115.

2- Artículo 454. Aplicación. Inderogabilidad. "Las disposiciones de esta sección se aplican, cualquiera sea el régimen matrimonial, y excepto que se disponga otra cosa en las normas referentes a un régimen específico. Son inderogables por convención de los cónyuges, anterior o posterior al matrimonio, excepto disposición expresa en contrario".

yuges por deudas contraídas durante el matrimonio; 2.2- requisitos del asentimiento conyugal (cualquiera fuere la especie de asentimiento); 2.3- asentimiento conyugal para disposición de derechos sobre la vivienda familiar y muebles indispensables de ésta; y 2.4- apoderamiento entre cónyuges.

Pasemos entonces a desarrollar cada una de las mismas.

### 2.1- Responsabilidad de los cónyuges por deudas contraídas durante el matrimonio

Este tema ha sufrido una gran evolución desde el originario código civil vlezano. Particularmente, en su momento, ya la Ley 11.357 había significado un gran cambio respecto del sistema originario. Así, el sistema legal vigente hasta la entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial, se podía resumir en las siguientes directrices: a) irresponsabilidad de un cónyuge por las deudas del otro cónyuge<sup>3</sup> (como principio general rector)<sup>4</sup>; y b) responsabilidad (excepcional) con los frutos de los bienes propios y de los bienes gananciales que administra un cónyuge por las deudas que contraiga el otro cónyuge, en tanto éstas hubieren sido contraídas para atender las necesidades del hogar, para la educación de los hijos o para la conservación de los bienes comunes<sup>5</sup>.

En el nuevo código ha quedado regulada esta cuestión en los artículos 455 y 461.

En esencia, de la interpretación coor-

dinada de los referidos artículos extraemos el siguiente principio rector (el cual se mantiene, conforme lo hemos reseñado recientemente): "Irresponsabilidad de un cónyuge por las deudas del otro cónyuge"<sup>6</sup>. Lo que en el nuevo sistema cambia, es que por las denominadas "deudas comunes", ya no sólo se responderá con los "frutos" de los bienes de cada cónyuge (sean propios o gananciales), sino con los bienes mismos propiamente. Ello a tenor de lo dispuesto por el artículo 461, 1º párrafo del Código Civil y Comercial<sup>7</sup>, siendo el artículo 455 el que definirá, en ocasión de regular el denominado "deber de contribución", cuáles son esas deudas comunes, comprendiendo como tales a todo lo relacionado con el propio sostenimiento de los cónyuges, del hogar y de los hijos comunes<sup>8</sup>.

### 2.2- Requisitos del asentimiento conyugal (cualquiera fuere la especie de asentimiento)

Al respecto, también ha habido una evolución legislativa. En efecto, y con gran interés práctico notarial, vale recordar que era usual observar la circulación en el tráfico jurídico-comercial-notarial de los denominados "poderes amplios de administración y disposición de bienes", en los cuales, si el otorgante revestía estado civil casado, usualmente se hacía comparecer al cónyuge del mismo, a los fines de la prestación del asentimiento conyugal previsto por el entonces vigente artículo 1.277 del Código Civil, para "con cualquiera de los actos de disposi-

ción que efectuare el poderdante"<sup>9</sup>.

Conforme a la nueva normativa, ello ya no será posible, atento a lo dispuesto por el artículo 457 del Código Civil y Comercial<sup>10</sup>. De tal manera se destierra la posibilidad de otorgarse los denominados asentimientos conyugales "genéricos", puesto que la norma exige ahora que el asentimiento esté circunstanciado, al exigirle que sea manifestado respecto de un acto particular y sus elementos constitutivos<sup>11</sup>.

En consonancia con esta regulación, el artículo 375 inciso "b" del nuevo código<sup>12</sup>, exige que si un cónyuge pretende apoderar a otra persona para que preste en su nombre y representación el asentimiento conyugal, será necesario que el mismo se confiera como "facultad expresa"<sup>13</sup>, debiendo además identificar el bien a cuál se refiere<sup>14</sup>.

Debe quedar en claro entonces, que lo que no podrán existir más, son los "asentimiento genéricos", no los "anticipados", entendiéndose por estos últimos a los prestados con anterioridad al acto al cual acceden o complementan, cuyos otorgamientos siguen siendo perfectamente viables a luz del nuevo Código Civil y Comercial.

Finalmente, respecto de la temática aquí aludida, se entiende que dichas directrices se aplican a cualquiera de los asentimientos conyugales contemplados en la nueva legislación (sea para disposición de vivienda familiar -art.456 del CCyC-, sea para disposición de gananciales -art.470 del CCyC-).

3- Artículo 5 (ley 11.357): "Los bienes propios de la mujer y los bienes gananciales que ella adquiera no responden por las deudas del marido, ni los bienes propios del marido y los gananciales que él administre responden por las deudas de la mujer".

4- HERNÁNDEZ, Lydia B., en "Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial", bajo la dirección de Alberto J. Bueres y coordinación de Elena I. Highton. Tomo 3-C. Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1999, p.154.

5- Artículo 6 (Ley 11.357): "Un cónyuge sólo responde con los frutos de sus bienes propios y con los frutos de los bienes gananciales que administre, por las obligaciones contraídas por el otro, cuando sean contraídas para atender las necesidades del hogar, para la educación de los hijos, o para la conservación de los bienes comunes".

6- Artículo 461, parte final: "... Fuera de esos casos, y excepto disposición en contrario del régimen matrimonial, ninguno de los cónyuges responde por las obligaciones del otro".

7- Artículo 461, 1º párrafo: "Los cónyuges responden solidariamente por las obligaciones contraídas por uno de ellos para solventar las necesidades ordinarias del hogar o el sostenimiento y la educación de los hijos de conformidad con lo dispuesto en el artículo 455".

8- Artículo 455. Deber de contribución. "Los cónyuges deben contribuir a su propio sostenimiento, el del hogar y el de los hijos comunes, en proporción a sus recursos. Esta obligación se extiende a las necesidades de los hijos menores de edad, con capacidad restringida, o con discapacidad de uno de los cónyuges que conviven con ellos. El cónyuge que no da cumplimiento a esta obligación puede ser demandado judicialmente por el otro para que lo haga, debiéndose considerar que el trabajo en el hogar es computable como contribución a las cargas".

9- Términos en los cuales habitualmente se redactaba como cláusula de estilo el mencionado aspecto.

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

11- Entendiéndose por tales al precio (al menos mínimo; "piso"), contraparte, objeto del acto.

12- Artículo 375. Poder conferido en términos generales y facultades expresas. "Las facultades contenidas en el poder son de interpretación restrictiva. El poder conferido en términos generales sólo incluye los actos propios de administración ordinaria y los necesarios para su ejecución. Son necesarias facultades expresas para: ... b) otorgar el asentimiento conyugal si el acto lo requiere, caso en el que deben identificarse los bienes a que se refiere ...".

13- El paralelo en lo que antes se daba en denominar "poderes especiales".

14- El denominado "poder específico", que necesita de la individualización del bien (como antes era exigido en materia de donación -art.1807, inciso 6, del Código Civil Vlezano).

### 2.3- Asentimiento conyugal para disposición de derechos sobre la vivienda familiar y muebles indispensables de ésta

Esta cuestión reconoce su antecedente inmediato en el segundo párrafo del artículo 1277 del Código Civil Velezano según decreto-ley 17.711, que ya exigía el consentimiento de ambos cónyuges para disponer del inmueble propio de uno de ellos, si en él estaba radicada la sede del hogar conyugal o existían hijos menores o incapaces.

En la nueva normativa aparece contemplado, renovado y ampliado en su campo de aplicación, en el artículo 456 del Código Civil y Comercial de la Nación<sup>15</sup>.

Estamos entonces en presencia del análisis del primero de los casos de asentimientos previstos en el nuevo código<sup>16</sup>. Notables diferencias se advierten en el comparativo de los referidos dispositivos legales:

- el nuevo artículo no sólo se refiere a la vivienda familiar (comprende a los muebles indispensables de ésta)
- con pureza de técnica legislativa, se habla correctamente de "asentimiento"<sup>17</sup> (y no "consentimiento")
- se regula ahora la consecuencia ante su omisión: como principio, se establece la sanción de nulidad de lo obrado<sup>18</sup>, fijándose un plazo de caducidad<sup>19</sup> de 6 meses contados desde que el cónyuge no titular lo hubiese conocido (a su vez, nunca podrá superar 6 meses de extinguido el régimen patrimonial por entonces vigente)

Diferentes cuestiones interpretativas comenzaron a plantearse desde el mismo momento de entrada en vigencia del

nuevo código (01/08/2015):

- se deberá exigir el asentimiento siempre que el inmueble revista la tipología "vivienda" (se descartan así baldíos, locales comerciales, galpones, extensiones rurales), debiendo ser además la vigente sede del hogar conyugal
- no interesa que el inmueble se encuentre o no afectado al régimen tuitivo de "Protección de Vivienda" (artículos 244 y sgtes. del CCyC; antes "Bien de Familia")
- se discute el alcance de la frase "... disponer de los derechos sobre la vivienda familiar...": encontrándose opiniones que van desde interpretar como sola comprensiva de la transferencia o constitución de derechos reales (venta, permuta, hipoteca, etc.) hasta otros que amplían notablemente el campo de aplicación del artículo hasta el de los derechos personales (locación, comodato)

Por último, y como corolario de encontrarse este artículo en el régimen primario, debe ponerse de manifiesto que este dispositivo debe aplicarse:

- a) a la disposición de derechos sobre la vivienda familiar de carácter propio de uno de los cónyuges (régimen de comunidad)
- b) a la disposición de derechos sobre la vivienda familiar de carácter ganancial de uno de los cónyuges (régimen de comunidad)
- c) a la disposición de derechos sobre la vivienda familiar de carácter personal<sup>20</sup> de uno de los cónyuges (régimen de separación). -

### 2.4- Apoderamientos entre cónyuges

Este tema debe ser visualizado dentro del horizonte de la capacidad jurídica de los cónyuges entre sí. En su tratamiento actualizado hay que partir del análisis de una norma fundamental: hablamos del artículo 1002 inciso "d" del Código Civil y Comercial<sup>21</sup>, clave para comprender la dinámica particular del régimen de comunidad de bienes.

Podemos afirmar que conforme a los sistemas patrimoniales actualmente existentes, será el régimen de separación de bienes el que brinde mayor libertad y capacidad jurídica a los cónyuges para celebrar contratos entre sí.

En ese contexto se presente el artículo 459 del código<sup>22</sup>: más allá de la confusa terminología utilizada por el novel codificador (en la cual nuevamente aparecen difusas tanto en el epígrafe del artículo como en su contenido, las diferencias existentes entre el contrato de "mandato" y el acto unilateral y recepticio del "apoderamiento"<sup>23</sup>), se regula en el mismo con carácter general (esto es tanto para el régimen de comunidad como para el régimen de separación) la facultad que permite a los cónyuges apoderarse entre sí, evitándose así caer en una prohibición (incapacidad de derecho, o bien inhabilidad para contratar).

Es decir podrán apoderarse libremente para la celebración de actos y contratos en general. Pero atención, que existe una importante limitación prevista en el propio artículo 459 que debemos remarcar respecto de un acto particular: un cónyuge no podrá apoderar al otro para que éste último preste por el primero el asentimiento conyugal para la disposición de

15- Artículo 456. Actos que requieren asentimiento (primer párrafo). "Ninguno de los cónyuges puede, sin el asentimiento del otro, disponer de los derechos sobre la vivienda familiar, ni de los muebles indispensables de ésta, ni transportarlos fuera de ella. El que no ha dado su asentimiento puede demandar la nulidad del acto o la restitución de los muebles dentro del plazo de caducidad de seis meses de haberlo conocido, pero no más allá de seis meses de la extinción del régimen matrimonial".

16- De los dos restantes, uno de ellos también se aplicará al matrimonio (art.470 del CCyC: para disposición de bienes gananciales) y el otro a la unión convivencial (art.522 del CCyC: para disposición de derechos sobre la vivienda familiar y muebles indispensables de ésta).

17- Como conformidad con un acto ajeno.

18- Aspecto arduamente debatido tanto en la fuente jurisprudencial como doctrinaria, con posiciones que iban justamente desde la propia sanción de nulidad al acto obrado en infracción hasta la de inoponibilidad al cónyuge no titular.

19- Recordemos que la "caducidad" extingue el derecho subjetivo mismo (art.2566 del CCyC), a diferencia de la "prescripción" que sólo extingue la acción (como posibilidad de reclamo ante el órgano jurisdiccional).

20- En el régimen de separación no existen ni bienes "gananciales" ni "propios", tan sólo "personales".

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

22- Artículo 459. Mandato entre cónyuges. "Uno de los cónyuges puede dar poder al otro para representarlo en el ejercicio de las facultades que el régimen matrimonial le atribuye, pero no para darse a sí mismo el asentimiento en los casos en que se aplica el artículo 456. La facultad de revocar el poder no puede ser objeto de limitaciones. Excepto convención en contrario, el apoderado no está obligado a rendir cuentas de los frutos y rentas percibidos".

23- Aspecto que ha quedado zanjado con la normativa prevista por el Código Civil y Comercial a partir del artículo 358 (donde claramente se distingue la "representación", el "poder" y el "mandato").

derechos sobre la vivienda familiar y muebles indispensables de ésta (art.456 del CCyC)<sup>24</sup>. De no poder comparecer personalmente, deberá apoderar para la celebración de dicho acto accesorio y complementario a otra persona y no a su cónyuge, lo cual ha merecido en doctrina algunas razonadas críticas<sup>25</sup>.

Otra vía para evitar caer en el impedimento legal, sería que el cónyuge que no podrá estar presente en el acto principal de disposición de derechos sobre la vivienda familiar (ej: una venta, una constitución de derecho real de hipoteca) otorgue su asentimiento conyugal por acto separado y previo al principal, puesto que como ya lo hemos remarcado, la posibilidad del otorgamiento del asentimiento previo sigue plenamente vigente, en tanto y en cuanto cumpla con los requisitos aplicables a todos los asentimientos (debe referirse al acto en sí y a sus elementos constitutivos -art.457-).

### 3- Convenciones matrimoniales

El tema aquí planteado no adquiere notoriedad por su novedad. Pues el mismo ya fue originariamente regulado por el propio Vélez Sarsfield (ley nacional 340), a partir del artículo 1217 del Código Civil Argentino puesto en vigencia el 01/01/1871. Tampoco porque se trate de un convenio con extensa aplicación práctica diaria. Al contrario, prácticamente letra muerta en casi 150 años de vigencia de tal institución. El Derecho Comparado también verifica una larga tradición de esta institución, al menos en la letra de los distintos códigos civiles de los diferentes países<sup>26</sup>.

La difusión que tal institución ha tenido en nuestro país en los últimos tiempos, precisamente se engarza en la posibilidad de materializar un anhelo largamente solicitado por la doctrina tanto civilista como notarial: hablamos de la implementación por parte de los cónyuges del régimen de separación de bienes como sistema vigente para sus relaciones patrimoniales. Este es precisamente el aspecto que se espera vivificará en la práctica diaria tanto notarial como judicial a las convenciones nupciales.

Se encuentran reguladas en el Capítulo 1 "Disposiciones generales" del Título II ("Régimen patrimonial del matrimonio"), en la Sección Segunda del mismo bajo el rótulo "Convenciones matrimoniales" (arts. 446 al 450 del CCyC).

Útil será a través del método comparativo de nuestras propias fuentes nacionales del derecho, recorrer distintos aspectos fundamentales de las mismas, a saber: 3.1- Contenido; 3.2- Oportunidad; 3.3- Forma; 3.4- Otorgantes; 3.5- Publicidad y 3.6- Modificación.

#### 3.1- Contenido

En el Código vigente hasta el 31/07/2015, dos eran los posibles contenidos de los convenios prenupciales: la designación de los bienes que cada uno llevaba al matrimonio (artículo 1217, inciso "1") y las donaciones que un futuro cónyuge hacía al otro (artículo 1217, inciso "3")<sup>27</sup>.

Ese catálogo se amplió en la nueva legislación, a cuatro objetos posibles (artículo 446):

- designación y avalúo de los bienes que cada cónyuge lleva al

matrimonio (inciso "a")

- la enunciación de las deudas (inciso "b")

- las donaciones que se hagan entre ellos (inciso "c")

- la opción que hagan por alguno de los regímenes patrimoniales previstos en el código (inciso "d")<sup>28</sup>.

Como puede observarse, dos de las opciones son novedosas (incisos "b" y "d") mientras que las dos restantes son réplicas del código velezano (incisos "a" y "c").

Cualquier otra cuestión que se pretenda incorporar a la convención será de ningún valor; así lo dispone terminantemente el artículo 447 del código<sup>29</sup>. Por ello descartamos de plano, la propuesta planteada por parte de la doctrina notarial<sup>30</sup>, en incorporar a la convención, de manera anticipada, algún párrafo referente el mecanismo de liquidación y partición de los bienes ante la extinción por disolución del nuevo régimen elegido; ni tampoco, por acuerdo de partes en la convención, combinar los dos regímenes patrimoniales, como lo permiten otras legislaciones en el Derecho Comparado<sup>31</sup>.

#### 3.2- Oportunidad

En el Código vigente hasta el 31/07/2015, la convención necesariamente debía otorgarse con anterioridad a la celebración del acto matrimonial, siendo terminante al respecto lo dispuesto por el artículo 1219, por entonces vigente<sup>32</sup>. De allí la denominación popularmente extendida de convenios "prenupciales".

24- El caso simplificado es el siguiente: un cónyuge pretende, supongamos, transferir el dominio de un inmueble propio que a su vez es la vivienda familiar. Su cónyuge, que debe prestar el asentimiento conyugal a tenor de lo previsto por el artículo 456, no podrá apoderarlo, en caso de no poder comparecer a dicho acto. Recae sobre ellos una prohibición (incapacidad respecto del nombramiento de una determinada persona como su apoderado, respecto de ese caso específico).

25- SIERZ, Susana Violeta. Temas y soluciones en el nuevo Código Civil y Comercial. Técnicas de redacción escrituraria. Di Lalla Ediciones, Buenos Aires, 2015, p.189. La referida autora se plantea el siguiente interrogante: "¿es el consorte un enemigo del que hay que desconfiar sistemáticamente y, en consecuencia, apoderar a una tercera persona para asentir?"

26- REZENDE, Afonso Celso F. - BRASIL CHAVES, Carlos Fernando. Tabelaionato de notas e o Notário Perfeito. 7ª Edición. Editorial Saraiva, Sao Paulo, 2014, p.288. En la República Federativa del Brasil, la denominación para estos acuerdos es la de "Pacto Antenupcial" celebrado por los "nubentes" (contrayentes), debiendo necesariamente ser realizado por escritura pública ante el "tabelião" (notario).

27- Donaciones "propter nuptias": por causa de las nupcias. Claramente ese era el momento indicado para realizar la donación, pues luego nacía la incapacidad de derecho de hacerlo entre los cónyuges (artículo 1807, inciso "4").

28- Forzosamente debería ser la opción por el régimen de separación, pues si la intención es regirse por el régimen de comunidad, bastaría con guardar silencio (art.463).

29- Artículo 447. Nulidad de otros acuerdos. "Toda convención entre los futuros cónyuges sobre cualquier otro objeto relativo a su patrimonio es de ningún valor".

30- SIERZ, Susana Violeta. Ob.cit, p.161. La autora propone como modelo escriturario, un convenio en el cual se prevé la modificación del régimen patrimonial (para un matrimonio que se encontraba bajo el régimen de comunidad, que decide cambiar hacia uno de separación de bienes) incorporando, preventivamente, un esquema de liquidación y partición de bienes para el momento oportuno en el que acaezca la disolución del nuevo régimen elegido. Esto último es lo que consideramos que carecería de valor, considerando el dispositivo legal prohibitivo analizado.

31- BELLUSCIO, Claudio A. Régimen patrimonial del matrimonio y de las uniones convivenciales según el nuevo Código Civil y Comercial. Editorial García Alonso, Buenos Aires, 2017, p.24.

32- Artículo 1219 del Código Velezano: "Ningún contrato de matrimonio podrá hacerse, so pena de nulidad, después de la celebración del matrimonio ...".

En el nuevo Código, los convenios podrán formalizarse tanto antes de la celebración del matrimonio como luego de la celebración del mismo. Este aspecto se encuentra regulado en los artículos 446, 448 y 449 del Código Civil y Comercial de la Nación.

Lógicamente, los momentos de celebración influirán en los posibles objetos a ser volcados en los mismos. En los celebrados antes del acto matrimonial quedan habilitados los cuatro objetos posibles que hemos visto; en los postnupciales, el objeto se reduce exclusivamente a la opción por el cambio del régimen patrimonial.

### 3.3- Forma

En el Código vigente hasta el 31/07/2015, en la práctica, la convención necesariamente debía otorgarse bajo forma de escritura pública, conforme al artículo 1223 por entonces vigente<sup>33</sup>.

En el nuevo Código Civil y Comercial, a pesar de la letra contundente del articulado del propio código, en la práctica diaria se están planteando continua y paulatinamente más dudas que certezas.

En efecto, si leemos la contundente letra del propio código, encontramos los artículos 448 (para las convenciones celebradas con anterioridad al matrimonio) y 449 (para la modificación de convenciones ya celebradas, o bien para aquellos cónyuges que ya se encuentren casados con anterioridad a la entrada en vigencia del nuevo código y desean optar por otro régimen patrimonial). En uno y otro caso, el código es tajante en el lenguaje legal literal utilizado: las convenciones matrimoniales "DEBEN ser hechas por escritura pública".

¿Cuáles son las vacilaciones que se están planteando en la práctica diaria? Algunos registros provinciales del Estado

Civil y Capacidad de las Personas<sup>34</sup>, haciendo una interpretación que entendemos humildemente, salvo mejor opinión debidamente fundada, se torna errónea, admiten que los contrayentes, en ocasión de la celebración del acto jurídico matrimonial, opten por alguno de los regímenes patrimoniales (necesariamente deberían hacerlo por el régimen de separación; puesto que el régimen de comunidad actúa con carácter supletorio ante la voluntad inexpresada de los contrayentes; parafraseando una terminología de la ciencia informática, se aplica "por defecto" ante el silencio<sup>35</sup>), volcando ello al tenor escrito de la propia acta de celebración del matrimonio, constituyendo de tal manera, a la postre, una "convención matrimonial". Parten de la interpretación del artículo 420 inciso "j" del nuevo Código Civil y Comercial, al cual toman para fundamentar su postura, que menciona, entre los requisitos que debe contener el acta matrimonial: la "... declaración de los contrayentes, si se ha optado por el régimen de separación de bienes". Además, como complemento del mecanismo implementado, se basan en parte de las afirmaciones oportunamente volcadas a los Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial del Año 2012 en lo que a la temática específica refiere<sup>36</sup>.

Creemos más adecuada al Código Civil y Comercial, interpretado éste como un todo armónico, la aplicación que le ha dado el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas de la Provincia de Misiones a esta temática, a través del dictado de la Disposición 1583/2015, de fecha 05/08/2015, que aprueba el instructivo de procedimiento de implementación registral del nuevo Código Civil Argentino, mencionándose en diferentes

pasajes de la misma, entre otras, las siguientes afirmaciones: "Los contrayentes podrán optar, mediante la celebración de convenciones matrimoniales, entre los siguientes regímenes patrimoniales: 1) de comunidad de ganancias; y 2) de separación de bienes...", "Las convenciones matrimoniales deben ser instrumentadas mediante escritura pública", "...D) En el acta de matrimonio se deberá dejar constancia si los contrayentes han celebrado o no convención matrimonial y, en caso afirmativo, su fecha y el registro notarial en el que se otorgó. También se deberá dejar constancia del régimen patrimonial optado", "Convenciones matrimoniales (art.448). Requisitos para su aceptación: La convención matrimonial que pudiera ser presentada por los futuros contrayentes conforme lo establecido en el art.448 del CC y C de la Nación, no es obligatoria y de existir deberá obligatoriamente ser protocolizada previamente en la Dirección General del Registro Provincial de las Personas, sin que ello implique análisis sobre su contenido".

Si evidentemente el legislador hubiese querido la opción que permita a los contrayentes elegir el régimen patrimonial ante el propio oficial público, lo hubiese consagrado expresamente en el propio artículo 448 que regula exclusivamente la forma de las convenciones matrimoniales; cosa que no ocurrió. Hasta que ello no acaezca, lo expresado en los Fundamentos del Anteproyecto no muda su rótulo de simple expresión de deseos de los autores del proyecto y en nada obliga en términos de derecho positivo vigente.

Un grave problema que se plantea es como operar ante un caso en que nos toque diligenciar algún trámite relativo a algún matrimonio que crea haber elegido correctamente el régimen de separación

33- Artículo 1223 del Código Velezano: "Las convenciones matrimoniales deben hacerse en escritura pública, so pena de nulidad si el valor de los bienes pasare de mil pesos, o si se constituyeren derechos sobre bienes raíces ...".

34- Como el de ciudad de Rosario, Provincia de Santa Fe.

35- Artículo 463. Carácter supletorio. "A falta de opción hecha en la convención matrimonial, los cónyuges quedan sometidos desde la celebración del matrimonio al régimen de comunidad de ganancias reglamentado en este Capítulo. No puede estipularse que la comunidad comience antes o después, excepto el caso de cambio de régimen patrimonial previsto en el artículo 449".

36- En efecto, dispone el Anteproyecto, en las explicaciones al Título II ("Régimen patrimonial del matrimonio") del Libro Segundo ("Relaciones de familia"), lo siguiente: "El Anteproyecto admite, con limitaciones, el principio de la autonomía de la voluntad en el régimen patrimonial del matrimonio, y otorga a los contrayentes la opción de elegir entre dos regímenes de bienes: comunidad y separación de bienes. Esta elección se realiza por escritura pública antes de la celebración del matrimonio o frente al funcionario del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas y admite el cambio del régimen de bienes después de transcurrido el año de aplicarse el elegido o supletorio" (la negrita es de nuestra autoría).



de bienes, cuando en realidad tan sólo obre dicha declaración en el contexto de un acta matrimonial<sup>37</sup>. En principio, cabría interpretar que estos convenios, respecto de la forma, quedarían comprendidos en la formulación genérica del artículo 1017, inciso "d" del código<sup>38</sup>, siéndoles entonces plenamente aplicables las consecuencias del artículo 1018<sup>39</sup>, es decir quedarían concluidos como contratos por los cuales sus otorgantes se obligan a otorgar el mismo por la formalidad exigida por la legislación, es decir bajo forma de escritura pública<sup>40</sup>. Más adelante veremos además, que consecuencias provienen del sistema de publicidad<sup>41</sup> instaurado para dichos convenios a la hora de reafirmar posibilidades interpretativas respecto de terceros/operadores.

### 3.4- Otorgantes

Bajo este subtítulo lo que pretendemos analizar es la capacidad con la cual deberán contar los otorgantes de la convención matrimonial.

En principio, y partiendo tanto de la celebración de un convenio propiamente "pre-nupcial", es decir, previo a la celebración del matrimonio, como así también simplemente nupcial (suponiendo que ya se encuentran casados), estaremos ante la presencia de sujetos que deberán contar con la edad nupcial para celebrar válidamente el acto jurídico matrimonial, es decir, 18 años de edad<sup>42</sup>, coincidiendo ello entonces con la adquisición de la plena capacidad jurídica.

Ahora bien, pasemos al análisis de los menores de edad, teniendo en cuenta que también pueden válidamente casarse. Si preguntamos globalmente "¿pueden los menores de edad celebrar convenciones matrimoniales?", la respuesta también general, será un contundente "SÍ". Pero si profundizamos nuestro análisis, debemos adentrarnos en los posibles objetos que quieran introducir a sus convenciones matrimoniales. Allí sí encontraremos limitaciones. Hay que contemplar el dispositivo legal previsto en el artículo 450 del Código, que al respecto dispone: "Personas menores de edad. Las personas menores de edad autorizadas judicialmente para casarse no pueden hacer donaciones en la convención matrimonial ni ejercer la opción prevista en el artículo 446 inciso d)".

Como se ve, la prohibición no abarca genéricamente al tipo "convención matrimonial", sino tan sólo a dos de los posibles objetos a ser incorporados en las mismas, cuales son, las donaciones que pretendan hacerse entre ellos (artículo 446 inciso "c") y la elección del régimen patrimonial (artículo 446 inciso "d"). Por lo cual, habría libertad para incluir en la convención tanto el tema de la designación de los bienes que cada uno lleva al matrimonio (artículo 446 inciso "a") como la enunciación de las deudas de cada contrayente (artículo 446 inciso "b").

Pero haciendo enfoque fino a la interpretación del artículo: ¿qué ha querido establecer en definitiva el mismo? Las dudas interpretativas sobrevuelan la te-

mática señalada. Pues debemos recordar, que conforme al régimen legal vigente establecido en nuestro Código Civil y Comercial, de la interpretación coordinada de los artículos 403 inciso "f" y 404<sup>43</sup>, debemos establecer dos grandes grupos de menores de edad que pueden contraer nupcias: por un lado, los que aún no han cumplido los 16 años de edad, quienes justamente para poder hacerlo necesitan del mecanismo de "dispensa judicial" (autorización judicial); y por otro lado, los menores de edad que ya cuentan con los 16 años de edad cumplidos, quienes podrán hacerlo con autorización de sus representantes legales, o bien ante la falta de ésta, previa dispensa judicial.

Entonces, si hiciéramos una interpretación lineal y literal, considerando las diferencias existentes entre estos dos grupos de menores de edad ¿pueden los menores de edad que contraerán nupcias por autorización de sus representantes legales<sup>44</sup>, celebrar válidamente convenciones matrimoniales en las cuales incluyan los objetos prohibidos para los otros menores de edad? Es decir, y pasando en limpio ¿la prohibición sólo opera respecto de los menores de 16 años de edad<sup>45</sup> y de aquellos que contando ya con esa edad obtienen dispensa judicial para casarse?

El origen de este conflicto interpretativo quizás lo podamos encontrar a partir del análisis de las fuentes que dieron a luz a nuestro nuevo Código Civil y Comercial, sancionado por ley nacional N° 26.994. El artículo 450 actual siempre se mantuvo igual, así tal cual como luce hoy en día ple-

37 - Supongamos que comparece a la escribanía un cónyuge a disponer de un bien inmueble que entiende es de carácter personal por haberlo adquirido a título oneroso estando ya casados pero bajo un régimen de separación de bienes (recordemos que en el régimen de separación de bienes, no existe la subdivisión entre bienes propios y gananciales; son todos bienes "personales" de su titular), el cual, a su vez, no es sede de la vivienda familiar (por la cual no resultaría aplicable la exigibilidad del asentimiento del cónyuge no titular -art.456-). ¿Qué hacemos? ¿interpretamos que se encuentran en un régimen de comunidad? (por no surtir efecto la declaración efectuada en el contexto del acta matrimonial, rigiéndoles en consecuencia, el régimen de comunidad, a tenor del art.463, tornándose exigible la prestación del asentimiento conyugal por parte del cónyuge no titular -art.470. inc."a")- ¿O que se encuentran plenamente en un régimen de separación de bienes? (y en consecuencia no se torna exigible el asentimiento conyugal para la disposición del bien -art.470, inc."a"). Proyectar la incertidumbre que se plantearía a la hora de pretender liquidar el régimen de comunidad, si así lo cuestiona o interpreta alguno de los consortes.

38 - Artículo 1017. Escritura Pública. "Deben ser otorgados por escritura pública: ... d) los demás contratos que, por acuerdo de partes o disposición de la ley, deben ser otorgados en escritura pública".

39 - Artículo 1018. Otorgamiento pendiente del instrumento. "El otorgamiento pendiente de un instrumento previsto constituye una obligación de hacer si el futuro contrato no requiere una forma bajo sanción de nulidad. Si la parte condenada a otorgarlo es remisa, el juez lo hace en su representación, siempre que las contraprestaciones estén cumplidas, o sea asegurado su cumplimiento".

40- Sería un acto formal solemne relativo, conforme a la clasificación de los actos jurídicos según su forma más extendida en la doctrina. La legislación impone una forma (escritura pública); si la misma no es cumplimentada por las partes, el convenio queda concluido como un instrumento por el cual las partes se obligan a otorgar el acto bajo la forma establecida; quedan entonces, en definitiva, configuradas las recíprocas obligaciones de hacer en cabeza de los contrayentes; esos serían los efectos jurídicos del acto que subsisten, que se mantienen en pie, a pesar de haber incumplido con la forma indicada.

41- Anotación marginal de la opción por el régimen patrimonial elegido (art.448, parte final, y art.449, primer párrafo, parte final).

42- Artículo 403, inciso f del CCyC (contrario sensu): "Son impedimentos dirimentes para contraer matrimonio: ... f) tener menos de dieciocho años".

43- Artículo 404. Falta de edad nupcial. Dispensa judicial. "En el supuesto del inciso f) del artículo 403, el menor de edad que no haya cumplido la edad de 16 años puede contraer matrimonio previa dispensa judicial. El menor que haya cumplido la edad de 16 años puede contraer matrimonio con autorización de sus representantes legales. A falta de ésta, puede hacerlo previa dispensa judicial ...".

44- Deberían ser menores de edad que ya cumplieron al menos 16 años de edad.

45- Los que necesariamente deben recurrir al trámite de dispensa judicial.

namente vigente, no habiendo sido modificado desde el originario Anteproyecto de Código Civil y Comercial, pasando luego por el Proyecto ingresado al Congreso, ni por su tratamiento en ambas cámaras que culminaría con la sanción. Lo que sí se modificó es el mecanismo establecido para que los menores de edad puedan contraer válidamente nupcias; hacemos concreta mención del artículo 404 del código. Puesto que, tanto en el Anteproyecto, como luego en el Proyecto ingresado definitivamente a nuestro alto cuerpo orgánico sancionador de leyes, todos los menores de edad, sin hacer distinción de edades, debían obtener la dispensa judicial para poder contraer nupcias<sup>46</sup>. De tal manera, allí sí no existía la inconsistencia interpretativa señalada. Hasta entonces el artículo 450 se hubiese aplicado enteramente y sin conflictos a cualquier menor de edad, sin distinciones. Lo cierto, es que en ocasión del tratamiento del código civil y comercial, sí se modificó el referido artículo 404, quedando entonces regulado el sistema para los menores de edad que pretendan contraer nupcias, conforme se referenció más arriba. Veremos qué sucede entonces, una vez que tome la voz cantante en este aspecto, la fuente jurisprudencial en la materia, fortaleciendo así la aplicación del todavía "joven" código civil y comercial argentino.

### 3.5- Publicidad

El vigente Código Civil y Comercial no reguló el tema del mecanismo de publicidad para las convenciones matrimoniales "en general". Si lo hizo respecto del objeto particular y exclusivo en caso que los otorgantes deseen elegir, en el contexto de una convención matrimonial, el régimen aplicable a sus relaciones patrimoniales (art.446, inciso "d"): al respecto, disponen los artículos 448 (para convenciones "pre-nupciales" propiamente dichas) y 449 (para

cónyuges ya casados que pretendan modificar el régimen) que para que la opción elegida surta efectos respecto de terceros la misma deberá anotarse marginalmente en el acta de matrimonio.

De tal manera, se entendería que respecto de los tres objetos posibles restantes (designación de los bienes que cada uno lleva al matrimonio, designación de deudas y donaciones que los cónyuges se hagan entre sí) no existe manda legal alguna en sentido específico que imponga publicidad ni registración. La razón de ello es clara y contundente: la inclusión de cualquiera de estos tres posibles objetos atiende a relaciones internas patrimoniales de los cónyuges entre sí, sin relevancia para el tráfico jurídico-comercial frente a terceros.

En los casos en que se incluya en la convención el cambio de régimen patrimonial, surgen algunas dudas prácticas interpretativas acerca de quién sería el sujeto "rogante" de la publicidad de la convención frente al Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas: el sentido común jurídico indicaría que si la elección del régimen se encuentra en una convención "pre-nupcial" en sentido específico (antes de la celebración del matrimonio), los otorgantes serían los encargados de instar el procedimiento en ocasión del cumplimiento de los trámites tendientes a la celebración del acto jurídico matrimonial (aparecería como sin sentido que lo haga el notario autorizante, máxime considerando que dicha convención queda sin efecto alguno si los contrayentes no celebran definitivamente el acto matrimonial o si el mismo es anulado); si la opción del cambio de régimen es "post-nupcial" (después de la celebración del matrimonio), se entendería que el notario autorizante también estaría legitimado para instar dicho trámite, o al menos colaborar con el mismo. Entendemos, considerando el vacío de normas legales al respecto, que

el hecho de no instar la inscripción, no le podría acarrear responsabilidad civil alguna al notario autorizante de una convención matrimonial por la omisión. Será interesante ver cómo evolucionará la jurisprudencia de nuestros tribunales respecto a la temática aquí aludida.

### 3.6- Modificación

Conforme ya lo habíamos anticipado, al desarrollar lo atinente a la "oportunidad" de las convenciones matrimoniales, una de las grandes diferencias que se advierten entre el código velezano y el nuevo, es la absoluta necesidad que en el sistema antiguo las mismas se celebrasen con anterioridad al acto matrimonial. En la nueva codificación, entonces debe quedar en claro que el convenio puede formalizarse tanto antes como después de la celebración del matrimonio, y he aquí lo que al desarrollo de esta temática importa, los convenios ya celebrados también podrán modificarse, y ello, inclusive, en distinto momentos:

- a- podrá existir modificación de convenciones matrimoniales ya celebradas antes del matrimonio, y ello es plenamente válido, a tenor de lo dispuesto por el artículo 448
- b- también podrán modificarse convenciones matrimoniales luego de celebrado el matrimonio; pero en este supuesto juegan dos limitaciones importantes: una de ellas tiene que ver con el objeto de la convención, puesto que sólo podrán referirse al cambio de régimen patrimonial; la otra, tiene que ver con lo temporal, según lo establecido en el artículo 449 del código, que habilita el cambio de régimen siempre que haya transcurrido al menos el plazo de un año de aplicación del régimen patrimonial que se pretende cambiar, sea éste convencional<sup>47</sup> o legal<sup>48</sup>.

46- Artículo 404 (según Anteproyecto y según Proyecto ingresado al recinto): Falta de edad nupcial. Dispensa judicial. "En el supuesto del inciso f) del artículo anterior, puede contraerse matrimonio válido, previa dispensa judicial ...".

47- Suponiendo que ya hayan elegido un régimen de separación de bienes (originariamente) o haya transcurrido el referido plazo sobre un régimen de comunidad previamente elegido (que tuvo que haber transcurrido con posterioridad a uno de separación).

48 - Suponiendo que los cónyuges originariamente al momento de contraer nupcias, nada hayan manifestado al respecto, aplicándoseles en consecuencia, el régimen supletorio de comunidad en las ganancias (art.463).

Sea cual fuere el caso de la modificación de la convención, la forma escrita pública se impone como la formalidad exclusiva y excluyente.

Por último, es dable destacar que la modificación del régimen operará como causal autónoma de extinción tanto del régimen de comunidad (art.475, inciso "e"<sup>49</sup>) como del régimen de separación (art.507, parte final<sup>50</sup>).

#### 4- Conclusión

A modo de cierre final del trabajo aquí expuesto, nos permitimos expresar las siguientes conclusiones:

a- el régimen patrimonial primario es inderogable por acuerdo de voluntad de los contrayentes y se aplica a ambos regímenes patrimoniales (comunidad y separación)

b- el principio de "irresponsabilidad por las deudas del otro cónyuge" se mantiene en el nuevo código; respecto de las "deu-

das comunes", en el nuevo ordenamiento ya se responde con los bienes mismos (y no solamente con los frutos, como era en el código de Vélez)

c- se ha desterrado la posibilidad de otorgar el asentimiento conyugal "genérico"; no así el "anticipado", cuya viabilidad sigue plenamente vigente

d- el asentimiento conyugal para disposición de los derechos sobre la vivienda familiar se aplica siempre, sin interesar el carácter del bien (sea propio o ganancial, en el régimen de comunidad; o personal, en el régimen de separación), como consecuencia de integrar el bloque normativo del régimen primario

e- los apoderamientos entre cónyuges se encuentran expresamente habilitados, con la sola limitación de la prohibición del apoderamiento al cónyuge para asentir en los bienes de titularidad suya

f- se ha ampliado el catálogo de los objetos posibles a ser introducidos en las

convenciones matrimoniales, destacándose, claro está, la posibilidad de introducir la opción por el régimen patrimonial, como el objeto que alentará, de sobremanera, la formalización de estos convenios

g- las convenciones matrimoniales en el nuevo régimen, pueden ser "pre-nupciales", "post-nupciales", e inclusive también podrán luego modificarse

h- se advierte respecto de las convenciones matrimoniales dudas y vacilaciones interpretativas en los siguientes aspectos: el caso de menores de edad y la posibilidad de que éstos elijan el régimen patrimonial aplicable; y respecto a la forma, si la escritura pública es la única vía legal a la cual recurrir o si también podrá elegirse el régimen patrimonial en el acta de celebración del matrimonio; aspectos sobre cuyo alcance y definición deberá ir pronunciándose paulatinamente la jurisprudencia de nuestros tribunales.

49 - Artículo 475, inciso "e": "La comunidad se extingue por: ... e) la modificación del régimen matrimonial convenido".

50 - Artículo 507. Cese del régimen. "Cesa la separación de bienes por la disolución del matrimonio y por la modificación del régimen convenido entre los cónyuges".

# Evolución legislativa de las actas notariales

## El caso de la provincia de Misiones

Por **Rafael Osudar**. Abogado (UCSF), Notario (UGD), docente UGD.

**SUMARIO:** En el presente trabajo intentaremos estudiar la evolución legislativa del acta notarial en la provincia de Misiones, analizando primero el antecedente nacional más importante a la hora de hablar de acta notarial, el anteproyecto de ley de documentos notariales, que sirvió como fundamento normativo a las leyes notariales locales; luego analizaremos el plexo normativo nacional y los provinciales más relevantes, para concluir finalmente con la legislación provincial de Misiones.

### Anteproyecto de ley de documentos notariales

Para comenzar a tratar la cuestión creemos menester conocer brevemente como se legislaron las actas notariales en Argentina. Así podemos mencionar el anteproyecto<sup>1</sup> de Ley de Documentos Notariales, que es el antecedente más importante al momento de hablar sobre actas notariales en nuestro país; el mismo fue realizado por el Instituto Argentino de Cultura Notarial<sup>2</sup>, hoy Academia Nacional del Notariado, a solicitud del Consejo Federal del Notariado Argentino.

Afirmado lo anterior, podemos mencionar que el anteproyecto tuvo el infortunio de ser presentado en marzo de 1976, el mismo mes en que se produjo el golpe de Estado llamado "proceso de reorganización nacional", motivo por el cual no fue tratado legislativamente.

Sin embargo el contenido normativo del anteproyecto conjuntamente con la labor de los doctrinarios sentó las directrices que dieron origen a las diversas leyes notariales provinciales, pautas que se encuentran plenamente vigentes al ser incorporadas al Código Civil y Comercial de la Nación Argentina.

El artículo 40 del anteproyecto definía a las actas diciendo que son: "...documentos que tienen por objeto la autenticación, comprobación y fijación de hechos...". Además intenta definir por ex-

clusión lo que no es acta notarial, cuando dice que quedan: "...excluidos aquellos documentos cuyo contenido es propio de las escrituras públicas y los que tienen designación específica".

### Código Civil de Vélez Sarsfield

El Código Civil Velezano<sup>3</sup> de 1869 que entraría en vigencia en enero de 1871<sup>4</sup>, y sus posteriores reformas, fueron esquivas a regular específicamente sobre las actas notariales. Sin embargo la doctrina notarial y civilista, principalmente los doctrinarios de la parte general, entendían que si bien el código no hablaba de actas notariales, éstas se encontraban implícitamente en el artículo 979 inciso segundo.

Ubicado en el libro segundo, sección segunda, título tercero: "De los instrumentos públicos" el Art. 979 Inc. 2° dejaba tácitamente la posibilidad de discutir acerca del acta notarial; se entendía así debido a que luego de legislar en su inciso primero sobre las escrituras públicas, en el segundo rezaba "...cualquier otro instrumento que extendieren los escribanos o funcionarios públicos en las formas que las leyes hubieren determinado".

Por otra parte el Código Civil reguló originariamente lo que la doctrina luego denominó el acta de protocolización de testamento. Si bien no utiliza el término acta o acta notarial, describió la protocolización del testamento ológrafo o ce-

1 - El Anteproyecto de Ley del Documento Notarial que, aunque no ha logrado sanción legislativa, puede considerarse el mejor exponente del largo camino de superación que el notariado argentino ha recorrido partiendo de los 15 artículos originarios del Código Civil, hasta plasmar este cuerpo de 100 artículos que, con sus documentados y exhaustivos fundamentos constituye un sólido cuerpo integral de doctrina. Extraordinaria ha sido la influencia de este Anteproyecto en la redacción de las leyes notariales de cada Provincia y la de la Ciudad Autónoma, que fueron recogiendo cada uno de sus principios compatibles con la legislación de fondo y obtuvieron sanción legislativa.

2 - El 25 de noviembre de 1961 el Consejo Federal del Notariado Argentino aprueba la creación del Instituto Argentino de Cultura Notarial que por su transformación en Academia Argentina del Notariado, constituirá el antecedente directo de la Academia Nacional del Notariado. A lo largo de casi treinta años, el Instituto Argentino de Cultura Notarial desarrolla una extraordinaria labor de investigación, en la que se destaca por su importancia científica.

3 - Ley 340.

4 - Ley 340. Art. 1° El Código Civil redactado por el doctor Dalmacio Vélez Sarsfield se observará como ley en la República Argentina desde el 1° de enero de 1871.

rrado a través de su formalización ante un escribano público, estableciendo así una subespecie de acta notarial. El acta de protocolización de testamento tenía que revestir forma protocolar, debiendo realizarse por escritura pública. No obstante la primera excepción a la protocolización de las actas la instituye el testamento cerrado, ya que se formalizaba en la cubierta del sobre en el cual se incorpora el testamento, el que debía ser protocolizado luego por orden judicial.

### Actas de protocolización por orden judicial

Partiendo de la redacción velezana que sólo reconocía implícitamente en materia testamentaria las actas notariales, con la modificación del artículo 1003 del Código Civil amplía el género del acta de protocolización y se comienza a reconocer la subespecie protocolización por orden judicial.

La modificación del artículo 1003<sup>5</sup> del Código Civil tuvo lugar en el año 1934, facultó a los escribanos a formalizar actas de protocolización, introduciendo el reconocimiento de las actas de protocolización dentro de la subespecie protocolización de documentos por orden judicial.

No obstante lo expuesto la falta de reconocimiento expreso del género acta notarial hacía que la misma no posea la importancia o el verdadero valor probatorio que como instrumento público tenían, sobre todo a la hora de formalizar actas de comprobación y de fijación de hechos en los casos litigiosos.

### Decreto Ley 5.965 (6)

El decreto Ley 5.965 al reglamentar el procedimiento de creación, los mecanismos de cobro y de protesto en las letras de cambios crea una nueva incumbencia en materia notarial, el "acta de protesto". Su artículo 63 establece: "El protesto de las

letras de cambio, ya sea por falta de aceptación o de pago, debe hacerse por cualquiera de estos dos procedimientos, a elección del portador:

- a) Por acta que labrará en su protocolo un escribano público, quien deberá dejar constancia bajo su firma, del protesto, en el mismo título;
- b) Por notificación postal cursada por un banco al requerido".

### Código Civil y Comercial

El nuevo Código Civil y Comercial que entró en vigencia el 1º de agosto del 2015, es la primera ley de fondo nacional que regula expresamente sobre las actas notariales y pone fin a la discusión doctrinaria sobre si las mismas son protocolares o extraprotocolares. Dicho reconocimiento se encuentra sucintamente expuesto en tres artículos que citaremos a continuación:

**ARTÍCULO 310-** Actas. "Se denominan actas los documentos notariales que tienen por objeto la comprobación de hechos".

**ARTÍCULO 311-** Requisitos de las actas notariales. Las actas están sujetas a los requisitos de las escrituras públicas, con las siguientes modificaciones:

- a. se debe hacer constar el requerimiento que motiva la intervención del notario y, en su caso, la manifestación del requirente respecto al interés propio o de terceros con que actúa;
- b. no es necesaria la acreditación de personería ni la del interés de terceros que alega el requirente;
- c. no es necesario que el notario conozca o identifique a las personas con quienes trata a los efectos de realizar las notificaciones, requerimientos y otras diligencias;
- d. las personas requeridas o notificadas, en la medida en que el ob-

jeto de la comprobación así lo permita, deben ser previamente informadas del carácter en que interviene el notario y, en su caso, del derecho a no responder o de contestar; en este último supuesto se deben hacer constar en el documento las manifestaciones que se hagan;

e. el notario puede practicar las diligencias sin la concurrencia del requirente cuando por su objeto no sea necesario;

f. no requieren unidad de acto ni de redacción; pueden extenderse simultáneamente o con posterioridad a los hechos que se narran, pero en el mismo día, y pueden separarse en dos o más partes o diligencias, siguiendo el orden cronológico;

g. pueden autorizarse aun cuando alguno de los interesados rehúse firmar, de lo cual debe dejarse constancia.

**ARTÍCULO 312-** Valor probatorio. El valor probatorio de las actas se circunscribe a los hechos que el notario tiene a la vista, a la verificación de su existencia y su estado.

En cuanto a las personas, se circunscribe a su identificación si existe, y debe dejarse constancia de las declaraciones y juicios que emiten. Las declaraciones deben referirse como mero hecho y no como contenido negocial.

A partir de la entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial las actas notariales deben ser protocolares. Si bien no es señalado expresamente en el Art. 310 entendemos que lo establece el Art. 311 cuando indica que tiene los requisitos de las escrituras públicas, provocando de este modo una derogación tácita de las leyes notariales provinciales que reconocían las actas notariales extraprotocolares.

5- ARTÍCULO 1003.- Si los otorgantes fuesen representados por mandatarios o representantes legales, el notario expresará que se le han presentado los poderes y documentos habilitantes, que anexará a su protocolo. Si fuese menester la devolución de los mismos, o se tratase de poderes generales, hará constar la circunstancia y agregará copia autenticada al protocolo. En caso de que los poderes o documentos se hubieren otorgado en su oficina, o se hallaren protocolizados en su registro, expresará este antecedente, indicando el folio y año respectivo. La protocolización de documentos exigida por ley, se hará por resolución judicial previa. El documento a protocolizarse será entregado al escribano público que haya de realizar la diligencia, para que lo agregue a su protocolo, mediante un acta que contenga solamente los datos necesarios para precisar la identidad del documento protocolizado. El escribano público que haya efectuado la protocolización, dará a los interesados los testimonios que se le pidieren.

## Leyes notariales locales

Luego de observar la evolución legislativa nacional sobre las actas notariales es hora de analizar de qué modo las leyes locales fueron legislando ante este vacío legal. Es menester recordar que el Código de Vélez Sarsfield no poseía legislación expresa sobre las actas notariales; ante esta laguna de la legislación federal las provincias comenzaron a dictar leyes notariales locales que fueron reconociendo la incumbencia del escribano, admitiendo de acuerdo a la jurisdicción la forma protocolar o extraprotocolar de las actas notariales.

Dentro de las leyes locales más influyentes podemos encontrar la Ley 5.015 de la Provincia de Buenos Aires, derogada y reemplazada por la Ley 9.020. Y la Ley Nacional 11.990 que poseía su ámbito de aplicación sobre Capital Federal y territorios nacionales, derogada por la Ley 404 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Neri<sup>6</sup> sostiene que las legislaciones locales "pueden, por fuerza de necesidad pública, atribuir a los notarios la facultad de autorizar otros documentos públicos que no sean escrituras públicas". La Ley 5.015 además de ser la primera ley orgánica del notariado de la provincia de Buenos Aires, fue la primera norma orgánica dictada en el país para regular el ejercicio de la función notarial y para organizar un Colegio de Escribanos como institución profesional. A su vez la Ley 12.990 reguló la función del notariado de la Capital Federal hasta la sanción de la Ley 404 de la Ciudad

Autónoma de Buenos Aires.

## Ley notarial local

En Misiones el decreto Ley 1.652 del año 1956 era el que se aplicó para la regulación del notariado en la provincia hasta noviembre del 2001; año en el cual entró en vigencia la Ley 3.743.

La legislación local perteneciente a la provincia de Misiones, decreto Ley 1.652, no reguló la temática de acta notarial como especie de documento notarial distinto a la escritura pública.

Estableció dentro del ámbito de competencia material del notario en su Art. 14 Inc. G que el escribano de registro es competente además para acta de notoriedad de sorteos y protestas para comprobar hechos y/o reservar derechos. Es así como nuestro decreto ley del año 1956 anterior al decreto Ley 5.965 del año 1963 dejaba abierta la posibilidad de formalizar a través del acta el protesto establecido por el código de comercio.

A diferencia de Provincia de Buenos Aires y Capital Federal que admitían actas notariales protocolares extraprotocolares, la provincia de Misiones al reconocer únicamente las escrituras públicas exigía que las actas notariales fueran protocolares.

Ante la falta de una legislación homogénea a nivel nacional la Ley 3.743 hoy Ley I N° 118 rigió en la provincia de Misiones desde noviembre del 2001 regulando las actas notariales, semejante al decreto Ley 1.652, estableciendo que los escribanos de registro son competes para realizar actas para comprobar hechos o

reservar; reconociendo así la posibilidad de preconstituir prueba<sup>7</sup> judicial, realizando actas notariales prejudiciales.

La Ley I N°118 le va a dar un tratamiento específico al acta notarial, no solo la menciona como posible incumbencia del escribano sino que regula con un articulado en concreto como debe realizarse dicha acta. Dentro de la ley podemos encontrar un capítulo llamado actas dentro de ese título decimo referido a los documentos protocolares.

Analizando al por menor la ley notarial Misionera podemos encontrar que en primer término regula de manera genérica bajo el rotulo requisitos generales acerca de cómo deben formalizarse los documentos notariales. Luego distingue entre documentos protocolares y extraprotocolares; encontrando las actas notariales dentro de la regulación de los documentos protocolares.

La ley I N° 118 profundiza sobre las actas notariales, ya no solo se ocupa de establecer la incumbencia del escribano, sino que además establece la realización del acta de requerimiento, el modo de realizar el requerimiento, la forma de realizar el diligenciamiento.

La sanción del Nuevo Código Civil y Comercial no trae aparejado grandes cambios a lo establecido por la normativa provincial, ya que, como lo hemos expuesto las actas notariales en Misiones eran protocolares al igual que lo establece el CCyC, a diferencia de lo que establecía la legislación de la provincia de Buenos Aires y la Ciudad de Buenos Aires.

6- Neri, Argentino; tratado Teórico y Práctico de Derecho Notarial T 3; Depalma; Buenos Aires Argentina.

7- Las pruebas dentro de un proceso judicial tienen por objeto comprobar la existencia o inexistencia de un hecho, materia del proceso y las circunstancias en que se produjo. En general las pruebas se producen en un momento especial del juicio denominado apertura a prueba. Sin embargo, muchas veces se deben tomar ciertos recaudos para que hechos relevantes que pueden perderse o no estar los testigos para acreditarse, deban ser "pre constituidos" y queden acreditados o plasmados certificadamente antes de iniciarse la causa.

# El principio de rogación a la luz del Código Civil y Comercial

Por **Roberto Carlos Rosas**. Abogado UCSF, Escribano (UGD). Docente UGD.

## Introducción

La publicidad en materia inmobiliaria contribuye a dar seguridad jurídica, y lograr la oponibilidad frente a terceros de los derechos inscriptos en los Registros de la Propiedad de cada jurisdicción.

El tema del presente el trabajo tiene como objetivo analizar precisamente el funcionamiento y las normas de los Registros, centrándonos en especial en el funcionamiento del principio de rogación y los cambios introducidos por el Código Civil y Comercial ya reformado incluso en este punto.

## 1. Sistema Registral Inmobiliario Argentino. Breve introducción

El Sistema Registral Inmobiliario Argentino está regulado en la ley Nacional N° 17.801<sup>1</sup>.

Se trata de un sistema declarativo, es decir que la inscripción de los documentos en los registros tiene como efecto producir oponibilidad a terceros.

Así, la Ley 17.801 en su art. 2 expresa: "... para su publicidad, oponibilidad a terceros y demás previsiones de esta ley, en los mencionados registros se inscribirán o anotarán según corresponda, los siguientes documento: a) Los que constituyan, transmitan, declaren, modifiquen o extingan derechos reales sobre inmuebles; b) los que dispongan embargos, inhibiciones y demás providencias cautelares; c) los establecidos por otras leyes nacionales y provinciales".

En cuanto a la técnica de inscripción utilizada, el sistema registral inmobiliario argentino es, desde la sanción de la Ley 17.801 en el año 1968, un sistema real; regulándose en los artículos 10 a 14 que los inmuebles con respecto a los cuales deben inscribirse o anotarse los docu-

mentos deben ser previamente matriculados (artículo 10).

Esta matriculación debe hacerse destinando un folio especial para cada inmueble. Esto está previsto en el art. 11 de la ley registral nacional: *"La matriculación se efectuará destinando a cada inmueble un folio especial con una característica de ordenamiento que servirá para designarlo."*

En Misiones, la Ley Registral local II – N° 4 (antes Ley 391) en su artículo 2 determina: *"La matriculación de los inmuebles se practicará a medida que sean presentados los títulos que constituyen, transmitan o declaren derechos reales relativos a los mismos. La Dirección fijará la oportunidad en que incorporarán de oficio los inmuebles aún no volcados al Folio Real"*.

Ahora bien, todas las notaciones e inscripciones que se practiquen en el registro deben realizarse a solicitud de parte interesada, y ello nos lleva a analizar a los principios registrales, y en particular al principio de rogación.

## 2.- Principios Registrales. Definición. Principio de rogación, análisis

Los principios registrales se desprenden de la Ley Registral Nacional y expresan sintéticamente características básicas del sistema registral.

Entre ellos se encuentra el principio de rogación.

Como el sentido de la palabra lo sugiere, rogación viene de rogar; esto es pedir, solicitar. Y ello, en el contexto que analizamos, implica afirmar que ningún cambio y/o modificación de la situación registral de un inmueble se hace de oficio por el registrador. El registro actúa, como regla, a pedido de parte o requerimiento de autoridad judicial y/o administrativa.

1- Sancionada el 28/06/1968 y Publicada en el Boletín Oficial el 10/06/1968

Este principio surge del artículo 6 de la Ley 17.801, que dispone: *"La situación registral sólo variará a petición de: a) El autorizante del documento que se pretende inscribir o anotar, o su reemplazante legal: b) quien tuviere interés en asegurar el derecho que se ha de registrar. Cuando por ley local estas tareas estuvieran asignadas a funcionarios con atribuciones exclusivas, la petición deberá ser formulada con su intervención"*.

A nivel local, la Ley II- N° 4 al reglamentar el artículo 6 citado, dispone: *"Artículo 6 inc. a) júzguense funcionarios hábiles para solicitar inscripciones además de los autorizantes, sus reemplazantes; adscriptos o suplentes: inc b) cuando la solicitud de inscripción fuera presentada por particulares, estos deberán acreditar que actúan por derecho propio o justificar su interés personal a satisfacción de la Dirección, fijar domicilio en la capital de la Provincia y autenticar su firma por ante Escribano Público"*.

Este principio no es absoluto y las excepciones a él están contempladas en el mismo cuerpo legal, en el artículo 37. En efecto, en éste se establece que caducan de pleno derecho y sin necesidad de solicitud alguna, por el mero transcurso del tiempo que expresa dicho artículo a) la inscripción de la hipoteca al vencimiento del plazo legal (20 años) b) las anotaciones respecto a embargos, inhibiciones, y medidas cautelares en general, a los cinco años, salvo disposición en contrario de las leyes locales. Los plazos se

cuentan a partir de la toma de razón.

Pero ambos incisos merecen algunas observaciones. Así, el plazo de 20 años de efectos del asiento registral de hipoteca debe interpretarse hoy día a la luz del Código Civil y Comercial, que ya fue reformado en este punto en el año 2016. Es decir, el Código nuevo mantenía el plazo de 20 años, pero la Ley 27.271, publicada en el boletín oficial el 15/09/2016 elevó el plazo a 35 años, al disponer en su artículo 24: *"Reemplácese el texto del artículo 2.210 del Código Civil y Comercial de la Nación por el siguiente: Duración de la inscripción: Los efectos del registro de la hipoteca se conservan por el término de treinta y cinco (35) años, si antes no se renueva"*.

En lo que respecta a las medidas cautelares, debemos mencionar que en nuestra provincia se evidenciaban conflictos en la interpretación de la vigencia de las anotaciones de litis previstas en el antiguo artículo 229 del Código Procesal Civil y Comercial, que establecía que se mantendrán hasta la finalización del proceso. Por lo que las solicitudes de estas medidas eran por tiempo indeterminado, hasta tanto no hubiera un oficio del mismo juzgado ordenando su levantamiento. Esto tuvo solución con la entrada en vigencia del Código Civil, Comercial y de Violencia Familiar que rige a partir del año 2014, donde expresamente se establece la vigencia de esta medida cautelar durante 5 años, al igual que los embargos.

Otra excepción a nivel local está dada en materia tributaria respecto de la reins-

cripción de embargos e inhibiciones solicitados por la Dirección General de Rentas. El art. 108 del Código Fiscal en su segundo párrafo establece: *"La anotación y levantamiento de las medidas cautelares y la orden de transferencia de fondos se practicará por oficio expedido por el apoderado de la Dirección, el cual tendrá el mismo valor que una requisitoria y orden judicial, con transcripción de la parte pertinente del auto que lo ordena... En los casos de embargos de inmuebles e inhibiciones generales de bienes a trabarse en el registro de esta Provincia, salvo que se hubiere comunicado el levantamiento se deberá reinscribir por el registro respectivo en forma automática por única vez"*.

En síntesis, estas previsiones, del Código Civil y Comercial nuevo, y de la normativa local, impactan, como lo hemos analizado, en el principio de rogación.

## Conclusiones

- Los principios registrales son la guía que orientan todo el sistema registral inmobiliario.

- El principio de rogación y sus excepciones, regulados en la ley 17.801, han de ser interpretados sistemáticamente con la modificación de la Ley 27.271 al Código Civil y Comercial, por lo cual los efectos han de mantenerse por 35 años.

- En materia de medidas cautelares las excepciones a tal principio deben interpretarse en consonancia a nuestro Código Procesal Civil, Comercial, de Familia y Violencia Familiar.

## Bibliografía

- Derecho Notarial Registral e Inmobiliario. Director Jorge H. Alterini. Coordinador Ignacio Ezequiel Alterini. Derecho Registral. Tomo IV. La Ley.

- Etchegaray, Natalio Pedro "Derecho Registral Inmobiliario". Editorial Astrea. Abril 2010.  
- Villaró, Felipe "Derecho Registral In-

mobiliario"- Función Notarial 2". Ed Astrea.  
- Ley Nacional 17.801  
- Ley Provincial N° II-4



# "Propiedad Horizontal Especial"

## Conjuntos inmobiliarios "propiamente dichos". Cuestión terminológica. Análisis del marco legal aplicable.

**Por Carolina Vanesa Rosas.** Profesora Adjunta de Derechos Reales en la Universidad Católica de Santa Fe (UCSF- Sede Posadas), y Titular en la Universidad Gastón Dachary (UGD- Posadas). Docente de Escribanía en la UGD. Doctorando UCA. El presente trabajo fue presentado en las XXVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil celebradas en la Universidad Nacional de La Plata en septiembre de 2017.

**Resumen:** Los conjuntos inmobiliarios están regulados por primera vez en el ordenamiento jurídico de fondo, incorporándose a la nómina del *numerus clausus* de los derechos reales, lo cual resulta plausible. Sin embargo, quedan dudas acerca de la terminología utilizada, la metodología, la definición de su objeto, y la delimitación de lo "específico" de su normativa, como así también acerca de la necesidad y posibilidad de la aplicación retroactiva de estas normas a los conjuntos preexistentes a la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial.

### 1. "Conjuntos inmobiliarios propiamente dichos" y normativa aplicable

El título de la ponencia resulta obligado en virtud de la metodología con la cual este derecho real se encuentra regulado en el nuevo CCyC, para que resulte con meridiana claridad a qué queremos referirnos en este trabajo.

Resulta plausible que el legislador haya finalmente regulado a los conjuntos inmobiliarios, pues era una situación que reclamaba un solución del derecho de fondo, pues atento al *numerus clausus* que rige desde siempre en nuestro país en materia de derechos reales, y ante la ausencia de normativa del Congreso de la Nación este tipo de emprendimientos antes de la vigencia del CCyC encontraba su regulación a veces en normativas locales, tildadas de inconstitucionales; en ocasiones presentándose como una mixtura entre derechos personales y reales, o con multiplicidad de derechos reales.

Lo cierto es que en lo que refiere a terminología existe una evidente contradicción. Pues en el título se lee "conjuntos inmobiliarios", y luego, en el contenido del título aparecen como capítulos: los conjuntos inmobiliarios, el tiempo compartido y los cementerios privados. El orden metodológico pareciera sugerir que lo que se indica en el "Título" es el género, y en cada "Capítulo" se encuentran las especies. Sin embargo, lo que es género, es a la vez la primera de las especies normadas; lo cual resulta lógicamente

contradictorio.

Amén de ello existe una confusión conceptual en el artículo 2.073, que al pretender definir a los conjuntos inmobiliarios, lo que señala en verdad es su objeto al disponer: "*Son conjuntos inmobiliarios los clubes de campo, barrios cerrados o privados, parques industriales, empresariales o náuticos, o cualquier otro emprendimiento urbanístico independientemente del destino de vivienda permanente o temporaria, laboral, comercial o empresarial que tenga, comprendidos asimismo aquellos que contemplan usos mixtos, con arreglo a lo dispuesto en las normas administrativas locales.*"

Desde un buen tiempo a esta parte la doctrina ha debatido acerca de la manera en la cual debían regularse, y existieron intentos previos de normativa de fondo. La doctrina ha debatido si debía normarse a esta figura como un derecho real autónomo, o si era más pertinente adaptar las normas de propiedad horizontal. En este orden de ideas, las XI y las XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, en sus ediciones de 1987 y del 2009 sostenían la tesis de "adecuar" las normas de la propiedad horizontal a los conjuntos inmobiliarios para así sortear los obstáculos que la aplicación lisa y llana del entonces régimen de la Ley 13.512 traía al intentar aplicarse a estos emprendimientos.

En lo que respecta al CCyC parecieran advertirse distintas plumas en la redacción, pues en el artículo 1887 se lo enumera en un inciso aparte, lo cual

denotaría se trata de un derecho real autónomo, diferente a todos los demás incisos de la enumeración; sin embargo, en el artículo 2.075 al señalarse cuál es el régimen legal aplicable se dispone que los conjuntos inmobiliarios constituyen una “propiedad horizontal especial”, y por ello resultan aplicables las disposiciones del derecho real de propiedad horizontal establecidas en el Título V del Libro IV, con las modificaciones que establece el presente título.

Nótese que el texto vigente difiere de lo previsto en el Anteproyecto de 2012, que establecía en su artículo 2075: *“Marco legal. Cuando se configuran derechos reales, los conjuntos inmobiliarios deben someterse a la normativa del derecho real de propiedad horizontal establecida en el Título VI de este Libro, con las modificaciones que establece el presente Título, a los fines de conformar un derecho real de propiedad horizontal especial. Pueden asimismo existir conjuntos inmobiliarios en los que se establecen los derechos como personales o donde coexisten derechos reales y derechos personales”*.

En consecuencia en el Anteproyecto podían establecerse conjuntos inmobiliarios: a) como derechos personales; o b) con coexistencia de derechos personales y reales. Sin embargo el texto aprobado optó por establecerlos como derecho real, particularmente como derecho real de propiedad horizontal especial.

Ahora bien, esto último tiene como acierto hacer desaparecer el obstáculo que significa que el terreno sea común (artículo 2.076), como lo es en la propiedad horizontal “común”, y permitir la afectación al régimen cuando existen unidades funcionales en construcción, pues el artículo 2.077 dispone: *“La unidad funcional que constituye parte privativa puede hallarse construida o en proceso de construcción...”*. Entendemos que esto último se hace extensivo al supuesto en que las unidades estén a construirse, y que se ha tratado de una omisión del legislador, pero que en una futura reforma sería oportuno incluirlo expresamente, ya

que se trata de un punto fundamental que distingue a la propiedad horizontal común de la especial, y es propio de este tipo de emprendimientos que en muchas oportunidades la unidad no esté aún construida al momento de pretender realizar la afectación al régimen.

El CCyC si bien señala que se trata de una propiedad horizontal especial y realiza la remisión a la normativa del Título V del Libro IV, reitera innecesariamente conceptos. Pareciera más claro desde lo metodológico disponer que se trata de una propiedad horizontal especial, remitir a la normativa de la propiedad horizontal común, y limitarse a señalar cuáles son las diferencias específicas; que estas últimas entendemos puntualmente son: a) el terreno no es común; b) la posibilidad de afectar un inmueble con unidades a construirse (a pesar que expresamente el CCyC no lo diga) o en construcción; y c) la posibilidad de que en el reglamento se establezcan limitaciones a la transmisión de unidades y preferencia en la adquisición a favor del consorcio o de propietarios (artículo 2.085 CCyC). Esto último incluso cierra la vieja discusión acerca de si es posible que el consorcio de propietarios pueda adquirir unidades, al menos en el ámbito de esta propiedad horizontal “especial”; pero resultaría inadmisibles sostener que en los conjuntos inmobiliarios el consorcio pueda adquirir unidades atento a esta previsión legal, y que no pueda hacerlo en el marco de la propiedad horizontal “común” al no existir en aquella una norma expresa.

En relación a esto último, debemos señalar que si bien el nuevo CCyC ha tomado en gran parte de su texto al Proyecto de 1998, en materia de conjuntos inmobiliarios, se ha apartado de éste. Pues aquel, en el primer párrafo del artículo 2.029 proyectado proponía una opción entre derechos personales o propiedad horizontal al disponer: *“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...”*. Y en materia de propiedad horizontal ya expresamente se preveía dentro de los bienes que conforman el patrimonio del consorcio a las unidades funcionales que se le asignen o las que adquiera, pues el artículo 1.980 del Proyecto de 1998 establecía: *“Patrimonio. El patrimonio del consorcio se integra con el fondo de reserva, otras recaudaciones, los créditos contra los consortes o terceros, las unidades funcionales que se le asignen o adquiera en el inmueble, y en general las cosas y bienes afectados en su beneficio dentro de los fines que justifican su existencia”*.

Además de ello, el Proyecto de 1998 tenía una visión económica, pues preveía en el mismo artículo citado la posibilidad de *“instituir una administración con el carácter de mandatario irrevocable”*, lo cual es de interés para quien gesta y desarrolla el proyecto; mientras que el CCyC al respecto guarda silencio.

## 2. Acerca de la necesidad y posibilidad de la “adecuación”

Para cerrar este breve análisis del marco legal aplicable a los conjuntos inmobiliarios debemos señalar que el último párrafo del artículo 2.075 del CCyC dispone: *“Los conjuntos inmobiliarios preexistentes que se hubiesen establecido como derechos personales o donde coexistan derechos reales y derechos personales se deben adecuar a las previsiones normativas que regulan este derecho real”*.

Ello merece dos grandes observaciones: 1) entendemos que la aplicación retroactiva de la norma puede afectar derechos con jerarquía constitucional (derecho de propiedad) y ello es contrario a lo establecido por el propio artículo 7 del CCyC que dispone: *“...la retroactividad establecida por ley no puede afectar derechos amparados por garantías constitucionales...”*; y 2) en el supuesto que se admita la posibilidad de la adecuación, y atendiendo al texto de la norma surge el siguiente interrogante: ¿deben necesari-

riamente adecuarse los emprendimientos establecidos como derechos reales solamente?, pues de la literalidad de la norma surgiría que deben adecuarse sólo cuando haya derechos personales o cuando coexistan derechos personales y reales.

## 1. Conclusiones

-El artículo 2.073 del CCyC al pretender definir a los conjuntos inmobiliarios, lo que señala en verdad es su objeto.

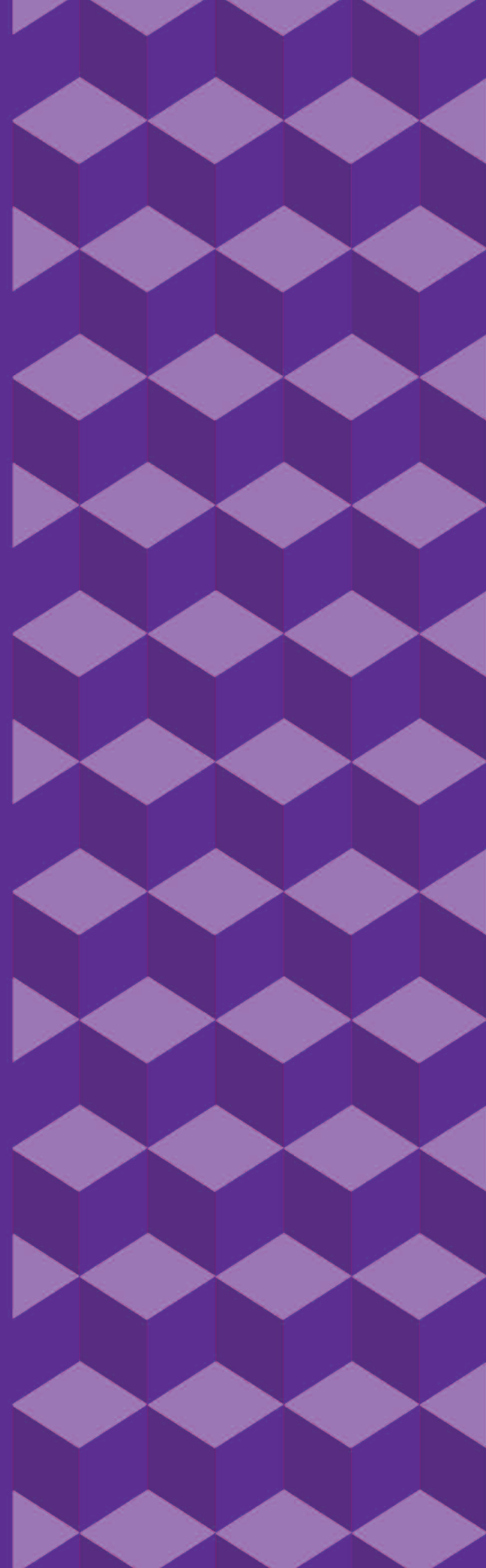
-El artículo 2.077 dispone: *“La unidad funcional que constituye parte privativa puede hallarse construida o en proceso*

*de construcción...”*. Entendemos que esto último se hace extensivo al supuesto en que las unidades estén a construirse, y que se ha tratado de una omisión del legislador, pero que en una futura reforma sería oportuno incluirlo expresamente.

-Las diferencias específicas que hacen que los conjuntos inmobiliarios sean una propiedad horizontal “especial” son: a) el terreno no es común; b) la posibilidad de afectar un inmueble con unidades a construirse (a pesar de que expresamente el CCyC no lo diga) o en construcción; y c) la posibilidad de que en el reglamento se establezcan limitaciones a la transmi-

sión de unidades y preferencia en la adquisición a favor del consorcio o de propietarios (artículo 2.085 CCyC).

-La adecuación exigida en el último párrafo del artículo 2.075 del CCyC puede afectar derechos con jerarquía constitucional (derecho de propiedad) y ello es contrario a lo establecido por el propio artículo 7 del CCyC que dispone: *“... la retroactividad establecida por ley no puede afectar derechos amparados por garantías constitucionales...”*. Y de resultar aplicable, tal exigencia no parece aplicable a los conjuntos donde exclusivamente coexistan derechos reales.



EDITORIAL