

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Reunión del Ateneo Notarial

El día 5 de julio de 1971 realizó sesión el Ateneo Notarial para continuar el estudio del tema fijado para la reunión del 9 de noviembre de 1970 (ver Revista del Notariado, número 714, págs. 2005/18).

El tema era: "Tipificación del acto por el que se compra un inmueble para una sociedad: a) Según esté en formación o constituida definitivamente. b) Según que el dinero pertenezca o no a ella. c) Según que tenga o no conocimiento del acto".

El texto de la versión taquigráfica de la mencionada sesión es el siguiente:

- A la hora 19 y 45.

DR. PELOSI. - Por ausencia del presidente, doctor Osvaldo Solari, que se encuentra enfermo, me toca a mí presidir hoy la reunión del Ateneo Notarial, en la que se va a seguir tratando el tema "Tipificación del acto por el cual se compra un inmueble para una sociedad", que ya fuera considerado en la reunión anterior del 9 de noviembre de 1970.

Será relator el doctor Alberto G. Spota, figura ampliamente conocida, por lo que omitiré toda referencia a su relevante personalidad. También nos acompaña el doctor Guillermo Michelson, que fue uno de los relatores de este mismo tema en la reunión anterior.

Quiero recordar que de acuerdo con el reglamento que rige estas reuniones, el relator hará su exposición sin interrupciones, y al término de ella podrán hacerse preguntas o acotaciones por parte del público, empleando un tiempo no mayor de cinco minutos.

DR. SPOTA. - En primer término, quiero agradecer las palabras del doctor Pelosi acerca de mi modesta persona.

Cuando se me invitó a abordar este tema, leí las consideraciones que se formularon en la reunión anterior, que me parecieron muy buenas, tanto las de los doctores Carneiro y Michelson como las de quienes intervinieron en esa ocasión, además de las observaciones que formuló el doctor Pelosi.

El tema tiene interés doctrinario, pero tiene también un interés práctico notable, aunque más no fuera por el aspecto de derecho tributario que posee: determinar en ese caso de adquisición de un bien para una sociedad si existen dos negocios jurídicos. El primer negocio - el número 1, vamos a llamarlo así - es el que celebra aquella Persona que adquiere para la sociedad, y el número 2, es cuando el bien debe pasar al patrimonio de la sociedad, si más no sea mediante la llamada aceptación.

Cuando me puse a pensar sobre este tema, me di cuenta de que las

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

posibles explicaciones que podría tener este interesante fenómeno jurídico no eran unívocas; no podían reducirse quizá exclusivamente a la estipulación en favor de un tercero. Ni tampoco a la gestión de negocios. Entonces me pregunté: ¿no habrá un *tercius genus*, una tercera solución? ¿Por ejemplo, hablar de un representante sin acto de apoderamiento? ¿No podríamos hablar de una cuarta solución, como aquella que sobreviene para los supuestos de las sociedades en formación, cuando el promotor compra para la sociedad en formación?

El problema tiene muchas facetas, que no se pueden agotar exclusivamente en la estipulación en favor de tercero, como en cambio, con todo brillo y claridad, lo sostuvo el doctor Carneiro.

Por eso voy a seguir el mismo sistema del anterior relator y voy a empezar con esa estipulación en favor de tercero, o, como dicen los alemanes, el contrato de prestación a tercero. Es decir, un contrato en el cual alguien estipula en carácter de promisorio, con otro señor, que es el promitente, en favor de un tercero, al que llamamos el beneficiario.

Allí surgen las tres relaciones: la de cobertura, la de *valeur* y la directa.

Digamos dos palabras sobre el derecho alemán en esta materia. La relación de cobertura se forma entre el promisorio y el promitente, es decir, entre el estipulante y aquel que se obliga a efectuar una prestación en favor de un tercero. En cambio, entre el promisorio o estipulante, y el tercero, existe una relación de valor o de *valeur*, porque el promitente se obliga frente al tercero.

¿Cuál es el fundamento jurídico y, además, cómo adquiere derechos el tercero? El promitente se obliga porque existe esa relación de cobertura, ese contrato que ha celebrado con el promisorio, con el estipulante. Podrá existir un contrato de seguro y entonces el tercero es el beneficiario del seguro. El texto comercial español habla de "donación a tercero", pero bien dice Puig Brutau que no siempre es donación. Por ejemplo, el acreedor, previendo la posible muerte de su deudor, asegura la vida de éste. Como se ve, quien se va a beneficiar en este caso es el acreedor, pero ahí no existe donación de ninguna especie, sino que se tiende a evitar un perjuicio. Entonces, la relación de cobertura puede tener varias causas. Lo cierto es que esa relación de cobertura es fundamental en cuanto de ella va a surgir una causal de resolución de contrato o la posibilidad de oponer la excepción de incumplimiento contractual (art. 1201 del Cód. Civil).

A su vez, entre el estipulante o promisorio y el tercero existe, como dijimos, esa relación de valor. ¿Por qué surge? También las causas pueden ser diversas. Lo cierto, lo fundamental, en esta estipulación en favor de tercero es la adquisición del derecho de este tercero. Según el Código alemán, la adquisición se hace de inmediato, o sea que la aceptación no tiene en esto una función relevante para la adquisición del derecho. La aceptación tendrá el efecto del hecho impeditivo de la revocación, pero el derecho del tercero surge de inmediato, sin solución de continuidad, por la sola circunstancia del acuerdo entre estipulante y promitente. Entonces, en el patrimonio del tercero inmediatamente se formula la adquisición del derecho.

Si quisiéramos aprehender esta situación en el Código Civil argentino, el

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

problema estaría prácticamente resuelto. El estipulante conviene con el promitente en la transmisión del dominio en favor de la sociedad beneficiaria. El estipulante sería el comprador; el promitente, el vendedor, y la sociedad, la tercera beneficiaria.

Por la compraventa entre estipulante y promitente surge la atribución patrimonial inmediata, repito, sin solución de continuidad en cabeza de la sociedad. No ha habido tradición. Claro que nadie es dueño si no quiere. El tercero podrá rechazarlo, pero ese es un hecho a posteriori, algo que no afecta lo fundamental, que es la adquisición del dominio por parte de la sociedad.

Esta es la solución del Código alemán. Esta solución, que no le da significación a la aceptación, es la misma solución del Código Civil argentino. El artículo 604 exige la aceptación del beneficiario y que este beneficiario haga saber al obligado que ha aceptado. Recién entonces se produce el hecho impeditivo de la revocación; pero la aceptación es fundamental para que surja el derecho del tercero. Está en la obligación del promitente; el promitente se obliga, pero para la adquisición del derecho se requiere un acto jurídico, o por lo menos una manifestación de voluntad, una exteriorización de voluntad; si no, no lo llamamos acto jurídico. Podrá ser que la aceptación no encuadre dentro de la definición del acto negociable, del acto jurídico del artículo 944; puede no ser una declaración de voluntad que tiene por fin inmediato establecer relaciones jurídicas. Sería una exteriorización de voluntad, lo que fuere; pero sin esa exteriorización de voluntad, sin esa aceptación del tercero, el derecho no se transmite.

Y entonces tenemos dos etapas: una, el acuerdo entre estipulante y promitente, y de ahí el contrato de compraventa; otra, la exteriorización de la voluntad de la sociedad. Y surge la pregunta: ¿esa aceptación significa no alterar el primer acto jurídico? O sea, la transmisión ya se produce en cabeza de la sociedad por esa estipulación, pero la transmisión se verificó primero en cabeza del comprador y después, por obra del promitente, pasa ese derecho a la sociedad.

Ustedes conocen cuál es el problema que existe de derecho tributario. El doctor Pelosi lo consideró en una reunión anterior. Es un problema de orden práctico y particular, pero desde el punto de vista de los intereses en juego tiene su significación económica muy importante. Es todo un impuesto; es toda una serie de gabelas, de contribuciones que va a afectar a los dos actos, a las dos transmisiones.

Tenemos entonces que el artículo 504 del Código Civil reconoce su antecedente en el derecho español y en el proyecto Goyena, y por eso el artículo 1257, segunda parte, del Código Civil español impone la misma aceptación que el artículo 504 nuestro.

El artículo 504 del Código Civil argentino recoge el proyecto de Goyena y del Código español; de autores como Pérez González; de los traductores y anotadores; de Enneccerus y Lehmann, cuando formulan el paralelismo entre el derecho alemán y el derecho español en esta materia de la estipulación en favor de un tercero, siempre llaman la atención sobre ese elemento, es decir, que en el derecho español se requiere siempre la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

aceptación. Vale decir, que la estipulación no tiene por efecto inmediato el pase del derecho hacia la sociedad. Hay una solución de continuidad, repito, que requiere la aceptación en el derecho español, y también en el derecho argentino.

La aceptación es fundamental. Entonces, la teoría de la estipulación en beneficio de un tercero tiene, en esta materia, un escollo: el de la aceptación.

Encontramos, pues, dos episodios jurídicos, no uno solo. Además, en virtud de la estipulación en favor de un tercero, ¿podemos suponer que este tercero se hace cargo de la hipoteca en garantía del saldo de precio? Es la modalidad corriente, o sea, la compraventa, que es una parte al contado y otra parte a crédito, y con esa garantía, con ese derecho real de hipoteca, ¿podemos decir que por ese derecho en favor del tercero vamos a cargar al tercero con la obligación de abonar el saldo del precio y, a su vez, todavía con una garantía hipotecaria?

Caemos así en el contrato no en favor del tercero, sino a cargo de un tercero. Esto está previsto en los artículos 1162 y 1163 del Código Civil, donde se admite que alguien prometa el hecho de un tercero, y este alguien es el estipulante, que está prometiendo que el tercero, la sociedad, va a hacerse cargo de la hipoteca, va a cumplir con la hipoteca y con el saldo de precio, y va a afectar no sólo ese derecho real de garantía, sino también todo el patrimonio de la sociedad.

Cabe preguntarse entonces: ¿encaja la estipulación en favor de un tercero? Creo que no, que excede del marco del contrato de prestación a terceros y cae en el marco del contrato de prestación a cargo de terceros. Y para esto, en el derecho alemán rige la aceptación. Entre nosotros no hay duda: si se requiere la aceptación para algo que beneficie, con mayor razón para que nosotros pretendamos crear una obligación a cargo de un señor que no forma parte del acto negociable. Porque, recuerden ustedes, que las partes del contrato de prestación a terceros son estipulante y promitente, y no la sociedad.

Ella es una parte contractual.

Muchas veces se dice que hay una figura triangular. Está bien, pero con tal que se tenga en cuenta que el tercero beneficiario, la sociedad beneficiaria, no es parte de ese contrato de prestación a tercero; es el beneficiario, pero no es la parte.

Diría que la estipulación a favor de tercero está muy clara en cuanto a la relación básica entre promitente y promisorio. Pero en cambio los perturba para hallar una justa solución al tema que nos preocupa, la llamada relación eje, o sea la relación entre el promitente y el tercero. Aquí empleo la terminología de un autor alemán, en la traducción de su manual referido a obligaciones.

La estipulación en favor de terceros tiene un aspecto que cautiva, que es el de que la sociedad va a tener un derecho que es hasta incausado, que es una relación abstracta, porque la relación entre el promitente y el tercero es abstracta. Es verdad que el promitente puede oponerle al tercero la falta de cumplimiento de la estipulación, la resolución contractual, la excepción de

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

incumplimiento, pero dejando de lado estos aspectos, la relación entre el promitente y la sociedad beneficiaria es abstracta, no causada. Desde ese punto de vista, es interesante.

Pero en cambio ya vemos que tiene el inconveniente de que la transmisión del dominio no se produce en cabeza de la sociedad sino sobre la base de una exteriorización de voluntad, que se llama en el artículo 504 del Código argentino, aceptación.

Los españoles dicen que la aceptación no exige forma alguna. Nosotros digamos que por el principio de que lo accesorio sigue a lo principal, la escritura de adquisición de un bien inmueble - escritura pública, según el artículo 1184 - también va a imponer en ese acto accesorio de la aceptación - llamémoslo así - la forma notarial de la escritura pública.

Pero por lo que he dicho, la aceptación no es accesorio, es la condición sine qua non para que la sociedad adquiera el dominio y para que la sociedad también se constituya en deudora del saldo de precio, y además acepta ese derecho real de garantía como el accesorio, sí, de su obligación por el saldo de precio. Si ustedes quieren, aquí habría una delegación del deudor, y la pregunta es: ¿se trata de una delegación perfecta o de una delegación imperfecta? Me inclino a pensar que es una delegación de deudor imperfecta, o sea que el vendedor del inmueble va a tener dos deudores: el estipulante por un lado y la sociedad por el otro.

Esto está bien; está de acuerdo con las exigencias del tráfico.

Yo me he preguntado quién es el que compra para la sociedad. ¿Es un promotor? ¿Es un fundador? ¿Es un socio que va a cumplir con un aporte social? ¿Es la sociedad promotora la fundadora, frente a la sociedad fundada? Si es un aportante, está bien que quede obligado por el saldo de precio. Si en cambio es una sociedad promotora, pero que no asume la obligación para sí, me parece que excede del marco de la sociedad promotora que quede obligada. Si es un órgano de voluntad de la sociedad fundada, entiendo que no compra para sí sino que lo hace para la sociedad fundada. Si es un gestor de negocios, el problema ya parece un poco más claro. El gestor de negocios compra en nombre del dueño y compra para el dueño, pero él no se obliga, en cuanto se cumplan los requisitos de la gestión de negocios; o sea, en primer lugar, la conducción útil, la utilidad, y en segundo término, que no se dé ninguno de los supuestos en los cuales nuestro Código Civil al tratar de la gestión de negocios le niega al gestor el derecho a la liberación de las obligaciones, salvo en la medida del enriquecimiento que ha reportado su conducta al dueño del negocio.

Por eso digamos dos o tres palabras acerca de la gestión de negocios. Josseland calificó a la gestión de negocios como una figura híbrida, algo así como un monstruo jurídico. Porque, ¿cuál es el fundamento de la obligación del dueño del negocio? Cuando los hermanos Mazeaud analizan esto, comienzan por decir que no se trata de un acto ilícito. La gestión de negocios no es un acto ilícito en cuanto no exista la prohibición del dueño. No se trata de un contrato - claro - , porque no hay acuerdo.

Como dice nuestro Código, hay gestión de negocios cuando alguien sin mandato se encarga de los negocios del otro. No hay mandato; por lo tanto

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

no hay un contrato. ¿Pero, entonces, aplicamos el enriquecimiento sin causa? No, porque el gestor tiene el derecho al reembolso de todo lo que ha invertido, aun cuando en definitiva la utilidad no se alcance, con tal que él haya conducido en forma regular el negocio. Lo que la misma ley exige es que se inicie útilmente la gestión, pero la gestión puede fracasar sin culpa del gestor, y la ley entonces le impone al dueño el reembolso de todos esos gastos.

- Por una interrupción en el suministro de la corriente eléctrica, se suspende brevemente la disertación.

DR. SPOTA. - Estábamos hablando de la gestión de negocios y si era posible aplicar esta figura tan rara del cuasicontrato.

Comienzo por señalar que toda la teoría del cuasicontrato está en plena crisis y que prácticamente es una figura que tiene que desaparecer. El gran mérito de Vélez fue no haber mencionado en su texto el cuasicontrato. Es la diferencia del Código francés, del mismo Código español. Entre nosotros no existe ningún artículo que nos habla del cuasicontrato; habrá notas de Vélez que mencionan eso, pero no preceptos.

La gestión de negocios es el ejemplo típico de ese famoso cuasicontrato. Vélez la colocó al final de los contratos, antes de comenzar los derechos reales.

Yo diría que si debiéramos hablar de la gestión de negocios en un futuro Código Civil, tendríamos que colocarla como lo propone Bibiloni y lo aceptó el proyecto del 36, al final del mandato, no como un mandato anómalo sino como un fenómeno de representación.

La gestión de negocios actualmente es muy útil, cada vez se va empleando más y en campos que no lo imaginaba la doctrina clásica.

Les decía que todavía se discute sobre cuál es el fundamento de la responsabilidad del dueño del negocio, del dominus, frente al gestor de negocios ajenos. Comienzo por expresarles que me inclino por sostener que la gestión de negocios es, más que un hecho jurídico, un acto jurídico, y un acto jurídico aun con el concepto del artículo 944 del Código Civil, como declaración de voluntad. O sea que bastan los hechos para que el acto jurídico, el acto negocial, surja; es un acto jurídico unilateral y, como tal, lícito. Lo que la ley no ve con buenos ojos es la inmixión en el patrimonio ajeno cuando no existen condiciones de utilidad, que están dadas, sea en los supuestos de urgencia, en los supuestos de necesidad o en los casos de utilidad.

En una de las notas de Vélez, siguiendo a autores de su época, se hace el distinguo entre la gestión que implica continuar un negocio del dueño y la gestión que significa crear de nuevo el negocio. Parece que Vélez entiende que en este segundo caso no hay gestión, como en el ejemplo de aquel que se pone a construir en terreno ajeno; allí hay creación de negocio y no hay continuación de negocio, pero esa es una nota de Vélez siguiendo a autores de su época. Eso no es norma y el intérprete puede independizarse de esa nota y concebir, como hacen los autores franceses y los italianos modernos, la gestión de negocio con un amplísimo contenido. O sea, que se puede adquirir - dicen autores italianos - toda una propiedad por la vía de la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

gestión de negocios; vale decir que el gestor adquiere para el dominus, para el dueño, invocando el nombre de él, y no contando con representación.

Yo diría: ¿no estamos aquí ante el acto del representante, pero sin poder, o sea, ante una representación sin acto de apoderamiento? ¿No lo acepta el Código allá por los artículos 1930, 1931 y 1932? ¿No acepta que alguien sin poder invoque el nombre de otro? ¿No acepta que se obligue a obtener la ratificación? Yo creo que sí. Me parece que habría como una simbiosis entre la gestión de negocios y ese representante que se excede en su mandato o que no tiene poder alguno. La gestión de negocios en este caso estaría fundada no sólo en el interés particular del dueño, sino en el interés social, que es el fundamento de la gestión de negocios. Porque la responsabilidad del dueño es responsabilidad por acto lícito, es decir, por voluntad del gestor acogida por la ley; es una conjunción de voluntad del gestor más la ficción de la ley.

Sostengo que se dan todos los requisitos para que acá haya una gestión de negocios. En primer lugar, la inmixión en el patrimonio de otro, pero no habiendo prohibición. En segundo término, el hecho de que se actúe sin mandato, sin acto de apoderamiento. En tercer lugar, la circunstancia de que el negocio se continúe o se inicie en forma útil.

¿Qué quiere decir "conducción útil"? Quiere decir ejercicio regular, normal, diligente, o sea que el gestor se conduzca en forma ordenada, coherente. Yo no voy a decir, como suelen hacerlo los italianos, que actúe como el buen padre de familia. No, nuestro Código ha rechazado esa categoría. Y se debe emplear toda la diligencia necesaria, salvo el caso de urgencia. Pero aquí no estamos en caso de urgencia, sino en caso de un negocio que se inicia o se continúa, no interesa, pero sí de un negocio útil, de un negocio beneficioso. Puede ser no urgente, pero sí útil en sentido beneficioso; y es útil y es conducido útilmente cuando el gestor obra con regularidad, sin negligencia.

¿Qué ventajas existen ahora en el problema que nos planteamos para aprehenderlo desde el punto de vista de la gestión de negocios y no de la estipulación en favor de un tercero? La siguiente: todo acto del representante va a repercutir en el representado, como si el mismo representado está actuando con mano larga ("una lunga mano"). O sea, que no hay solución de continuidad.

Cuando el comprador adquiere a nombre del dueño del negocio, está pidiendo para el dueño del negocio, no para él. No es más que un órgano, la exteriorización de la voluntad del administrado, en este caso, de la sociedad.

He sostenido, en mi conferencia del año pasado en esta casa - que para mí es tan grato y que tanto quiero - , que el mandato, aprehendido con las ideas modernas, pone de manifiesto la voluntad no del mandante, sino sobre todo del mandatario. Acá está la voluntad del gestor, pero esa voluntad del gestor la asigna la ley al dueño del negocio. Desde ese punto de vista, entiendo que el aspecto fiscal por un lado y el aspecto de la adquisición inmediata por el otro, nos están enfrentando ante una solución

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

que tiene ventajas de todo orden.

El gestor tiene derecho a quedar liberado por la conducción útil, haya o no haya ratificación. La gestión del negocio no exige ratificación, sino conducción útil. No tenemos, entonces, el problema de la aceptación del artículo 504. Si se produce, la ratificación no implica solución de continuidad; no hay dos actos jurídicos; no hay dos transmisiones; no existe la adquisición en manos de estipulante, y éste, entonces, tiene el derecho de exigir al promitente que trasmita al beneficiario. No; el gestor es el hombre que está actuando para el dueño. Es el dueño el que compra; es el dueño el que quiere de inmediato la propiedad. Claro que él puede no ratificar; no interesa. Basta la conducción útil. Se me dirá: pero para la protección del título y para que todo quede perfectamente establecido, que venga la ratificación. No hay inconveniente; la ratificación es algo que se añade, pero que no perfecciona el negocio jurídico.

Me preguntarán quién es el que determina si hay o no conducción útil. Yo diría que en este caso el aprovechamiento, el uso de ese bien, la transmisión, la posesión de ese bien, ya significa esa ratificación.

En conclusión, ninguna de las dos figuras jurídicas, la estipulación y la gestión de negocios, es completamente satisfactoria; pero de las dos me parece que es más ventajosa para los intereses en juego, para la modalidad argentina, para este fenómeno que estamos generalizando aprehenderlo, la gestión de negocios. Yo diría que es algo similar al supuesto de la fundación de una sociedad, sea anónima o de cualquier otro tipo.

Tuve ocasión de analizar ese problema al tratar de la persona jurídica en mi Tratado de derecho civil, pero me pregunté cuál es el papel del vendedor, del promotor y de la sociedad. ¿Qué alcance tiene el contrato que celebra el fundador para la sociedad? Existen dos preceptos del Código de Comercio que se refieren a aquellos actos que celebran los promotores para la sociedad cuando resultan necesarios o por lo menos útiles, ventajosos para la sociedad que está en formación. ¿Qué dicen esos preceptos del Código de Comercio? Cuando la sociedad se funda, todos esos contratos pasan ministerio legis a la sociedad fundada, es decir, todas las adquisiciones, todas las consecuencias jurídicas, van a esa sociedad fundada. Pero la mejor doctrina - la alemana, la suiza - entiende que en caso de la fundación de sociedades, cuando está actuando el grupo promotor, nos encontramos ante el problema de la identidad. o sea que entre la sociedad fundada y la sociedad fundadora, debemos partir de la idea de que la sociedad fundada ya existe, ya es persona cuando surge como embrión. La sociedad anónima en formación ya es persona jurídica, colectiva, y, por ende los promotores que están comprando para ella, están comprando como órgano de voluntad de esa sociedad en formación.

Por lo tanto, la tesis que yo sostengo tiene a mi juicio esta ventaja: la adquisición inmediata del bien sin necesidad de que este bien pase a través del patrimonio del que está actuando, llámese a éste estipulante, gestor de negocios u órgano de voluntad. Lo cierto es que cuando nosotros dejamos de lado el estipulante y hablamos del gestor o del órgano de

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

voluntad, entonces la cosa adquirida, la cosa comprada pasa inmediatamente al patrimonio de la sociedad. No hay problemas de derecho tributario y no existe ninguna otra dificultad, aun de forma. No se requiere, a mi modo de ver, una reiteración de escrituras. Me parece que todo surge completo con el acto del gestor, sin perjuicio de que venga una manifestación de voluntad a agregarse, a completarse, pero no en afán de perfeccionar sino de probar las circunstancias de la ley, en el sentido de que el dueño del negocio nada tiene que observar a lo que este gestor ha hecho. Desde ese punto de vista, sigo sosteniendo que la tesis de la gestión de negocios, la tesis de la representación, explica esto e impide las dificultades que nosotros observamos y de las cuales yo pude concebir algo en la discusión anterior, al leer la versión taquigráfica.

Para concluir, les digo que la estipulación en favor de terceros no se concibe cuando el tercero es representado por uno de ellos, cuando hay representación. Es decir, cuando el estipulante es un representante del tercero ya no se puede hablar de contrato en favor de terceros; o sea que el estipulante no es parte.

Entonces, cuando hay gestión de negocios, las partes son el dueño del negocio y el vendedor. Cuando existe órgano de voluntad, las partes son la sociedad y la parte vendedora. No existe por lo tanto otra parte; ésta es un representante, es un órgano de voluntad, es un gestor. Entonces, vuelvo a insistir que creo que las dificultades que la práctica está presentando, que el derecho tributario está ofreciendo, quedan a mi juicio solucionadas.

Espero poder responder algunas dudas que ustedes tengan, que serán muchas, porque el tema es de los más dificultosos, pero es de sumo interés doctrinario.

DR. PELOSI. - Antes de comenzar el debate, vamos a invitar al doctor Michelson a que exponga algunas ideas.

DR. MICHELSON. - Siempre son atrayentes las tentativas de solucionar los problemas que la realidad jurídica nos presenta.

El primero de los puntos sometidos a la concurrencia se refiere a la adquisición para la sociedad, según que esté en formación o ya constituida. ¿Cuál es el antecedente de juzgamiento que puede darse con respecto a las sociedades en formación? Que quien actúa en la adquisición para la sociedad sea un integrante, un constituyente o un tercero totalmente ajeno a la relación contractual que se intenta constituir a efectos de dar nacimiento a la sociedad.

Considero que esta distinción y las circunstancias de que la doctrina uniformemente estime que no existen tipos de sociedad en formación sino que el fenómeno que se da es la existencia de una sociedad irregular o de hecho, según que exista o no instrumento escrito suficiente para trasuntar la voluntad de constituir la sociedad, nos lleva a pensar que son dos soluciones distintas.

Si se trata de un constituyente, como todos ellos están capacitados para representar al ente en formación y obligarlo, porque esa es la conclusión en materia de sociedades irregulares o de hecho, tendríamos en realidad que la contratación - pongamos como ejemplo el señalado por el profesor

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Spota, de la adquisición de un inmueble - , la adquisición, se estaría haciendo invocando una representación legal suficiente en favor del ente societario por crearse o en vías de creación. Entonces, el problema de la regulación del contrato para tercero quedaría eliminado en este proceso.

Cuando se trata de una sociedad definitivamente constituida y quien contrata la adquisición careciera de la calidad de órgano o de mandatario, el problema entra dentro del terreno dubitativo, señalado con tanta precisión por el doctor Spota.

Lo que no me parece compartible es que las razones de orden tributario puedan alterar el orden jurídico emergente de la ley civil o de la ley mercantil, porque las finalidades de ambas legislaciones son totalmente distintas.

Vale decir, podría el legislador en un acto de imperio, establecer que cuando medie la adquisición para tercero se conceptúe a los efectos impositivos que existe una doble transmisión, aunque esto no tuviera ningún fundamento en el derecho civil o en el mercantil. En materia de derecho mercantil, evidentemente si el que adquiere no es órgano o mandatario de la sociedad, aun cuando pudiera haber exceso o abuso del mandato, el problema sería de que existe o una estipulación por tercero o una gestión o un contrato en beneficio de tercero, respecto de cuya problemática me parece que no debemos ahondar en este momento. Pero sí interesa, por ser el negocio jurídico más constante, determinar la naturaleza del acto en favor de sociedades en formación cuando el que actúa declara ser componente de ésta o invoca el carácter de director o presidente de una sociedad anónima en formación, cuando sabemos que esta designación es una comodidad del lenguaje, puesto que hasta tanto se cumpla el acto de publicación e inscripción, que es constitutivo y que hace dar nacimiento real, ya sea a la sociedad anónima, a la que se parezca o a la sociedad de responsabilidad limitada. tendríamos la capacidad de obligar en razón de ser socio irregular o de hecho.

Esto es todo cuanto puedo aportar en lo que hace al primer punto.

Esc. GIRALT FONT. - Ante todo deseo significar que el problema lo trae un poco el propio temario, o sea, la tipificación, cuando en cierta medida podríamos haber hablado de la atipificación del contrato.

Este tipo de contrato crea una serie de relaciones no específicamente tipificadas, como lo crea, por ejemplo, el contrato de la tarjeta de créditos.

No sé si en cierta medida la gestión de negocios implica el contrato a nombre, no a favor, de terceros. Pero esto no cubre toda la problemática, porque podría suceder que esa sociedad en formación no se constituyera nunca, y entonces el inmueble quedaría prácticamente fuera de comercio si el gestor - llamémosle así - no pudiera disponer nuevamente del inmueble adquirido para esa sociedad.

Además, se presenta el problema planteado en el temario de la posibilidad de que se compre para la sociedad ya constituida, con conocimiento de esa sociedad, que no espera la figura del gestor de negocio, porque puede tener el beneficiario, el dueño del negocio, conocimiento y, asimismo, dinero de la sociedad. En cierta medida, no sé si podríamos considerar la gestión del mandato tácito, que traería una serie de complicaciones, a los

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

efectos instrumentales.

Creo que, en realidad, ninguna de las figuras esbozadas llega a cubrir la totalidad de los supuestos.

DR. PELOSI. - El doctor Spota contestará al final los interrogantes que se formulen en el debate.

ESC. RUBINSON. - Algunas de las dudas que trasuntan los puntos puestos a consideración se presentan, justamente, a los profesionales en el diario quehacer. El Registro de la Propiedad, por ejemplo, considera que el dominio está consolidado en la persona del comprador, del supuesto apoderado o supuesto gestor, mientras no sea ratificada o aceptada la compra, el titular del dominio es la persona que ha comparecido como comprador, haciendo esa manifestación que ha comprado para terceros. De manera que aquí habría una contradicción con la posición de naturaleza jurídica del contrato que ha esbozado el doctor Spota cuando dice que hay dos partes contratantes, la sociedad para la cual se ha comprado, el tercero, y el vendedor. El gestor desaparecería del contrato o del vínculo jurídico, lo que en realidad es otra cosa.

El escribano Giralt Font ha expuesto la duda de la sociedad que no ha llegado a constituirse: ante la urgencia de un negocio que se piensa hacer para una sociedad, se hace el negocio, se dice que se compra la sociedad, y después la sociedad, por razones equis, no llega a constituirse por no reunir los capitales o las personas, etc., etc. Y entonces estamos siempre en ese problema: quién es el titular del dominio, quién va a hacer la futura venta en caso de que no se llegue a formalizar la sociedad? Son todos interrogantes que se producen en el trabajo diario.

ESC. GUERRICO. - Los escribanos preopinantes han tocado el tema que también me interesaba abordar. Un señor cualquiera, que puede ser o no, según lo manifieste o no, un constituyente de la sociedad en formación, acepta para una determinada sociedad en formación, cuyo nombre está o ha sido aceptado por la Inspección General de Personas Jurídicas; pero no acepta para él, sino para otro. No ha comprado con su dinero, sino de esa sociedad en formación, y como dice el preopinante, el Registro entiende que el dominio queda perfeccionado a nombre de ese comprador para tercera persona. ¿Cuál es la realidad de esa situación? ¿Hay realmente un comprador que no aceptó, que no posee dinero, que invocó una representación de alguien que todavía no existe?

Además puede presentarse esta otra posibilidad. El comprador dice que compra para una sociedad en formación. El Registro dice: si la sociedad no se formó y nunca llegó a dar su aceptación, esa propiedad es de ese señor que concurrió. Ese señor es casado: ¿compró como un bien ganancial? ¿Debe concurrir la esposa para dar la ratificación en la persona del comprador? Son todos problemas que se presentan en orden práctico. Se me ocurre que es interesante analizarlos en el momento.

Esc. GIRALT FONT. - Una pequeña acotación.

Dijo el doctor Spota que la dificultad que existía a efectos de poder aplicar la estipulación a favor de terceros era que nuestra ley exige la aceptación.

El problema podría encararse por otro lado, en el sentido de que en la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

estipulación a favor de terceros, tanto el promitente como el promisorio en general contratan para el tercero, lo que no ocurre en este tipo de contrato que trae el temario.

Normalmente se entiende que el escribano es intérprete de la voluntad de las partes, y lo cierto es que en este tipo de operaciones, el vendedor entiende contratar con el que compra en ese acto, quien hace la aclaración que adquiere para un tercero. Pero el vendedor, repito, entiende contratar con quien está comprando en ese momento.

Esc. RUBINSON. - Cuando se compra para una tercera persona, ¿estamos creando el reconocimiento de una deuda con un privilegio especial de un inmueble? ¿Qué pasaría si esa persona luego no acepta?

Esc. PERLINI. - Bosquejo algo así como una variante dentro del caso genérico de la gestión de negocios. Se me ha alcanzado una fórmula estudiada por abogados donde una sociedad anónima adquiere una serie de terrenos rurales en una suma bastante importante, y se me dice que consigne en la escritura que esa sociedad anónima compra por cuenta y orden de un menor de edad.

Someto esto como una nota que para mí es nueva, pero que no deja de ser tremendamente interesante, porque pienso que allí se ha extralimitado la función específica en todos sus aspectos.

Considero que en ese supuesto existen dos contratos totalmente desvinculados.

Por eso, como decía el doctor Spota, la formatura de la gestión de negocios tiene una modalidad tan extraordinaria, que entra en una técnica nunca conocida.

Esc. FERRARI CERETTI. - Con respecto a la fórmula de que el gestor había contratado para la sociedad y el dominio estaría aplicado en la cabeza, ¿qué ocurre si la sociedad no acepta o no llega a formarse, y según la estructuración científica que ha planteado muy bien el doctor Spota, el dominio se ha contratado para esa sociedad que no llega a existir? El Código Civil dice expresamente que si el tercero no ratifica la gestión de negocios, el gestor ha contratado para sí.

Quiero dejar aclarado, como muy bien lo expresó el doctor Michelson, que los aspectos fiscales son totalmente ajenos a la estructuración civil o mercantil que se haga en este problema. La lucha que hay entre los fiscalistas, queriendo imponer las decisiones y las estructuraciones fiscales al derecho civil o al derecho mercantil, no pasarán nunca de esa postura. El derecho civil y el derecho mercantil, subsidiariamente, son la madre de la estructuración del derecho.

DR. SPOTA. - En cuanto a las consideraciones tan medidas del doctor Michelson, no tengo nada que agregar, sino que voy a defenderme un poco en cuanto a lo que se acaba de decir sobre el problema visto desde el ángulo del derecho tributario.

No he dicho que la solución tiene que hacerse considerando ese aspecto tributario, sino que he manifestado que la fórmula que propicio tiene ventajas desde el punto de del derecho tributario.

A mí me parece que el hecho imponible es uno solo y que es altamente

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

injusto que esta operación hecha para una sociedad y que tiene como exclusivo fundamento esa sociedad, tenga u ofrezca la anomalía de una doble tributación. Pero es sabido que nuestra Corte Suprema nos ha dicho que la doble imposición no es anticonstitucional. Entonces, si el derecho tributario quiere tomar como hecho imponible el acto del gestor y luego la circunstancia de que el bien es del dominio de la sociedad a fundar, es un problema que escapa al ámbito del derecho civil y del derecho comercial. Sin embargo, siempre es una solución lamentable la doble imposición, y no es de escatimar que en la interpretación de la ley se llegue a soluciones apetecibles aun desde el punto de vista del derecho tributario.

Quiero ahora referirme a la observación tan esencial de qué es lo que sucede si la sociedad no llega a fundarse, no llega a constituirse. Por otra parte, ¿cómo se puede hablar de órgano de voluntad, de mandato, si todavía la sociedad no está constituida? Y, ¿qué forma tendría ese mandato? Además, ¿cómo se explica - se me ha dicho - que el Registro de la Propiedad reconozca como titular del dominio al gestor y no a la sociedad, mientras no se devengue la aceptación o ratificación?

Comienzo con el problema de que la sociedad no llega a fundarse, y que el gestor expresa que compra para la sociedad, con dinero de la sociedad a fundarse; lo hace todo para ella, pero esa sociedad luego no se constituye. Diría que aquí no se trata de un bien sin dueño, porque el supuesto que se me está planteando ya no es el de gestión de negocios ajenos. Cuando se me dice que alguien está gestionando los intereses patrimoniales de una sociedad, y luego se me agrega que esta sociedad no se constituyó nunca, allí no hay gestión de negocios; allí falta el elemento fundamental para la gestión de negocios: la conducción útil.

No he dicho que el acto del gestor sea de necesidad ni de urgencia. He expresado que basta con que sea un acto de conveniencia; un acto ventajoso. Pero cuando se está comprando para alguien que en definitiva nunca existió, no veo ni necesidad, ni urgencia, ni ventaja. Allí no hay gestión; lo que existe es un señor que ha comprado para él con dinero de otro.

No diría que ha incurrido en simulación, sino que ha creído en algo que luego no se ha realizado. Ha incurrido en error.

Esc. FERRARI CERETTI. - Puede haber un caso en que no haya incurrido en error. Lo que pasa es que el derecho fiscal está primando en el pensamiento de ese contratante, y lo que se quiere evitar es la doble tributación.

DR. SPOTA. - Puede ser, pero supongamos que por circunstancias ajenas al gestor, la sociedad no se funda. Insisto: allí hay un titular del dominio; es el gestor. Se me dice: ¿pero, en ese caso no hay un privilegio? No hay alguien que ha entregado dinero y surge un privilegio? Yo no veo adónde surge el privilegio. El hecho que alguien compre con dinero de otro y reconozca que allí hubo un mutuo, no hace surgir un privilegio. Allí no hay un mutuo hipotecario; allí no existe un saldo de precio. Es decir, no hay un préstamo que haga el vendedor al comprador, y entonces una venta al fiado, una venta parcialmente a crédito. En ese caso sí surge el privilegio en favor del

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

vendedor. Pero que haya un privilegio en favor de un señor que le ha prestado dinero a otro para comprar un inmueble, en ninguna manera, a menos que esté acordado, lo establece el Código Civil.

Por lo tanto no hay problema jurídico.

Se me dice que si aparece el gestor adquiriendo, el Registro considera que es el dueño mientras no venga la ratificación. Pero esa es una opinión del Registro, que quizá se explique por las exigencias de un mejor método, una mayor claridad en los libros del Registro, que así lo exige, por la publicidad registral. También puede existir el temor del Registro de que haya un bien comprado para una sociedad fantasma, una sociedad que no aparece nunca en el escenario jurídico.

Entonces, la actitud del Registro es cautelar en el sentido de que pro tempore el titular del dominio es el gestor. En cuanto sobrevenga la ratificación, el titular del dominio será el dueño del negocio. Esto me parece importante en el sentido de la publicidad. Pero yo entiendo que la base, la solución, lo fundamental, es que, constituida la sociedad y probada su constitución, haya o no ratificación, el titular del dominio es la sociedad.

Desde el punto de vista del derecho civil, es decir, la gestión conducida útilmente, hace dueño del inmueble al dueño del negocio. No se requiere ratificación, que no es impuesta por el Código Civil en materia de gestión de negocios. Obsérvese que la conducción útil impone deberes al gestor y al dueño como si hubiera un mandante y un mandatario, pero no se requiere ratificación de ninguna especie. Cuando sobrevenga la ratificación no hay dudas, y todo se arregla como si fuera un mandato y con efecto retroactivo al acto jurídico de que se trata. Pero, repito, la gestión de negocios, sin ratificación, implica que este contrato de compraventa cae en el ámbito patrimonial del dueño del negocio.

A pesar de todo, justifico la conducta del Registro: en cuanto no haya ratificación, por necesidad de pericia registral, por necesidad de publicidad registral, el Registro abre un compás de espera y está solicitando la ratificación.

Es un problema de publicidad, pero la sociedad es la dueña y en cualquier momento ella podrá probarlo. Se me dirá: pero, frente a los terceros, en definitiva, ¿quién es el legitimado para disponer? En nuestra situación, por necesidad de publicidad registral, como no se ha inscripto a nombre de la sociedad, sino a nombre del gestor, el legitimado será el gestor.

Entre partes, el acto es perfecto a la espera de ratificación para que tenga efecto y se perfeccione frente a los terceros.

Se me podrá decir: bueno, pero en este caso, cuando venga la aceptación o la ratificación o en otro supuesto, ¿no estaremos frente a un bien que aparece en el patrimonio del gestor? ¿No tendrá entonces algo que decir la cónyuge o el cónyuge, según el caso, de este gestor? Pero esto fuera del alcance del 1277. Además, no es un bien ganancial. El mismo gestor está diciendo: esto lo compro no para mí, sino para tal persona.

Adviertan ustedes que el artículo 1277 no ha innovado sobre los artículos 5° y 6° de la ley 11357. Todas las obligaciones, todos los actos que haga un esposo o esposa, no están interferidos por el 1277. Este artículo. que exige

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

el acuerdo de marido y mujer, sólo entra a funcionar cuando el bien asume el carácter de ganancial puro, y éste no es un problema de ganancial, éste es un bien que está a la espera de que se funde la sociedad. Si la sociedad no se ha fundado, el bien es ganancial.

Pero si la sociedad se funda y sobreviene la ratificación para perfeccionarse frente a terceros, el cónyuge del gestor no tiene nada que ver en este problema, porque el 1277 no se ha sancionado estos casos.

Me parece que me estoy olvidando de algo. . .

Esc. GIRALT FONT. - La diferencia entre el contrato a nombre de tercero y la gestión de negocios.

DR. SPOTA. - Si nos atenemos a los artículos 1071 y 1073, parecería que ahí estamos en pleno campo de la gestión de negocios, y el mismo Código nos habla de que se lo debe reputar como un gestor. Pero me parece que ésta es una opinión doctrinal de la ley y carece de alcance preceptivo.

La gestión de negocios significa la intención de administrar los negocios ajenos, y con el concepto de administrar, también entiendo que entra en juego el acto de administración propiamente dicho y aun el acto de disposición.

O sea, hay gestión cuando se venden las acciones de otra persona. Puede entrar en el acto de gestión sin mandato. Este gestor está invocando los intereses de otro; está gestionando los intereses de otro, no los intereses de él. La propia ley nos dice que la gestión no existe cuando es el interés de él y no de otros.

La gestión pura trata de gestionar los intereses ajenos, sin mandato. Y él no está invocando el nombre de otro; no lo dice: lo hago por poder de otro, no lo hago a nombre de otro en el sentido de poder, sino que lo hago en interés de otro, por razón de necesidad, de urgencia, de conveniencia o de ventaja o sobre la base de la solidaridad social, que es el fundamento del instituto de la gestión de negocios ajenos.

Entonces, el contrato en favor de terceros es estipulación en favor de terceros Contrato a cargo de tercero es la promesa de un hecho de un tercero, la ratificación Contrato a nombre de otro es cuando se invoca la representación, pero sin tener ese poder.

Estoy sosteniendo que si el gestor es un señor que está invocando el interés de otro, está actuando, si se quiere, por otro, pero falta el poder, porque el presupuesto la base de la gestión, es que alguien se encargue sin mandato de los intereses ajenos. Están muy cerca los dos supuestos: a nombre de otro y en gestión de los intereses de otro; pero el gestor no es un apoderado, no es un mandatario.

Sin embargo, en la representación todo es para el otro; no es nada para el gestor todo es para el dueño del negocio; es como si obrara a nombre de él, pero no puede obrar a nombre de él porque no tiene mandato. Esa es la diferencia.

Ahora, cuando se trata del vendedor, cuando se trata del promotor, cuando se trata del socio que debe aportar ese bien inmueble a la sociedad y compra para la sociedad, allí sí nos encontramos ante el representante; allí sí es el acto a nombre de otro, pero sin poder; es el representante sin acto

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

de apoderamiento; allí él promete en ese caso la ratificación del dueño del negocio; la ratificación de ese mandante que todavía no aparece como tal. Entonces, la ratificación es indispensable en el contrato a nombre de tercero. En cambio, la ratificación no es indispensable en la gestión de negocios ajenos. De ahí la diferencia, por vía de consecuencia.

Por fin, el tema más importante, del que he citado una palabra sola: el de las sociedades no fundadas. Habría como una correspondencia con el niño por nacer, es una persona, no es una ficción, es una realidad jurídica, calificada por la ley como persona; adquiere derechos, pero están sujetos a resolverse si este niño no nace con vida. Lo mismo ocurre con la sociedad en formación; adquiere derechos, pero está sujeta a resolverse si en definitiva no nace al escenario jurídico.

DR. PELOSI. - Vamos a levantar la reunión, no sin antes agradecer al doctor Spota, en nombre del Instituto, su aporte valioso para el esclarecimiento del tema, agradecimiento que hacemos extensivo también al doctor Michelson.

- Se levanta la reunión.