

La ley 50 *De las Notarías Estatales*, dada en la sala de sesiones de la Asamblea Nacional del Poder Popular, en la ciudad de La Habana, a los 28 días del mes de diciembre de 1984, establece en su artículo 8º que para ser nombrado notario se exige: ser ciudadano cubano, ser doctor o licenciado en Derecho, poseer buenas condiciones morales y gozar de buen concepto público y estar habilitado por el Ministerio de Justicia. En la reglamentación de la citada norma, reformada en 1992, se explica que la habilitación consiste, entre otros requisitos, en un examen de capacidad ante un tribunal integrado por cinco juristas de reconocido prestigio profesional y social.



Una de las primeras decisiones de la Revolución fue el cambio en las relaciones de propiedad, que se llevó a cabo entre 1959 y 1968, mediante *confiscación, nacionalización o expropiación*, lo que dio nacimiento a la *propiedad estatal socialista* y fue considerado un proceso de recuperación de las riquezas del país en contra de los intereses foráneos y de la burguesía nacional.

El 13 de febrero de 1959 se creó el “Ministerio de Recuperación de Bienes Malversados”, encargado de sustanciar los expedientes confiscatorios, que podían resultar en la restitución de los bienes ocupados a su titular, o en la sustracción e ingreso del producido al patrimonio nacional <sup>4</sup>.

Existían en la legislación supuestos o presunciones de fraudes que determinaban el enriquecimiento indebido de los sectores vinculados al régimen de Batista y justificaban la confiscación de los bienes, por ejemplo:

- cuando la fortuna de los funcionarios hubiere aumentado de forma desproporcionada durante el tiempo de desempeño de un cargo público;
- contratación de obras o servicios públicos, obtenida sin que se hubiere cumplido con los requisitos legales previos, o que los precios de adjudicación fueren excesivos en relación con el costo real de las obras o servicios;
- préstamo o financiamiento que se hubiere destinado a una finalidad distinta de aquella para la que fue concedido;
- etcétera.

Asimismo, se dispuso la confiscación y adjudicación al Estado de todos los bienes del patrimonio de Fulgencio Batista y Zaldívar, así como los de los demás miembros de su gobierno, aproximadamente seiscientos cuarenta personas.

El Ministerio publicó una lista de aproximadamente tres mil personas naturales y jurídicas cuyos bienes fueron confiscados y más de cuatro mil sujetas a investigación <sup>5</sup>.



(4) Apelable la resolución ante el Tribunal de Cuentas y, en última instancia, ante el Ministerio de Hacienda.

(5) *Gaceta Oficial*, 1960.

“LA HABANA. Irritado por un informe de la revista *Forbes*, que le atribuye una fortuna de 900 millones de dólares y lo sitúa entre los diez gobernantes más ricos del planeta, el presidente cubano *Fidel Castro* ofreció a Washington renunciar si encuentran un solo dólar suyo en un banco, en una reacción elogiada por sus seguidores pero considerada sólo un golpe de efecto por la oposición.

Con el ejemplar de *Forbes* en la mano y rodeado de cercanos colaboradores, Castro apareció en la televisión anteanoche para responder a lo que tildó de ‘basura’ e ‘infame calumnia’ ideada, según el mandatario cubano, por el presidente de Estados Unidos, George W. Bush, y los servicios de inteligencia de este país”<sup>6</sup>.



Hacia 1895 las inversiones norteamericanas ya se han fortalecido en la Isla, sobre todo en los sectores del azúcar, las minas y el tabaco.

Cuando el primer gobernador norteamericano, general John R. Brooke, ocupa oficialmente la administración de Cuba en 1898, ve materializada una de sus más caras y viejas ambiciones. “Considera a la Gran Antilla como un vital enclave en su estrategia económica, política y militar, así como un laboratorio donde experimentará las formas de dominación que ha de aplicar en otros países de América. Sin embargo, en ese momento no ha decidido aún la forma en que ejercerá ese dominio. Aunque pretende anexarse a la isla, esa pretensión encuentra serios obstáculos tanto en Cuba como en Norteamérica”<sup>7</sup>.

Ya desde los años 60 los lazos entre ambos países se estrecharon notablemente, y EE. UU. pasó a ocupar comercialmente el lugar de España. Primero se produjo la concesión de créditos para la producción de azúcar y, a partir de 1880, comenzaron las inversiones norteamericanas directas. Tan pronto como asumió el poder el Gral. Brooke, empresarios, comerciantes, inversores, etc. provenientes de Norteamérica invadieron la isla para establecerse en territorio cubano.

Al despuntar el siglo XX la mayoría de la industria y exportación estaban casi en un 90% en manos del capital norteamericano. Con la Constitución por un lado y el control americano por otro, llegaron los comicios el 31 de diciembre de 1901 y se inició la llamada “segunda ocupación yankee”.



## CÓDIGO CIVIL

### Artículo 492:

1. La libertad de *testar* se limita a la *mitad* de la herencia cuando existen herederos *especialmente protegidos*.

2. El testador no puede imponer gravamen alguno a la porción de la herencia que corresponde a los herederos especialmente protegidos.

(6) Diario *La Nación* del 17/5/2006.

(7) Cantón Navarro, José, *Historia de Cuba*, Editorial Linotipia Bolívar y Cía., Bogotá, Colombia.

*Artículo 493:*

1. Son herederos especialmente protegidos, *siempre que no estén aptos para trabajar y dependan económicamente del causante*, los siguientes:

- a) los hijos o sus descendientes en caso de haber premuerto aquéllos;
- b) el cónyuge sobreviviente; y
- c) los ascendientes.

2. Si concurren a la herencia dos o más herederos especialmente protegidos, heredan por partes iguales.



En la Reunión Nacional de Notarios auspiciada por el Ministerio de Justicia del mes de octubre de 1984, las distintas ponencias presentadas sostuvieron la posición novedosa en el sentido de que la actividad notarial es una disciplina jurídica *independiente* y debe ser estudiada de esa forma, de manera que se elaboró un programa teórico-práctico que en 1985 se implantó en la Universidad Nacional de La Habana.

El régimen notarial cubano, en lo formal, no se diferencia demasiado del español o del argentino, debido a que participan de iguales raíces. En el Código Notarial del año 1929, que rigió la actividad hasta 1984, cuando fue reemplazado por la legislación hoy vigente, se definía al notario como “funcionario público autorizado para dar fe conforme a las Leyes, de los contratos, hechos y demás actos extrajudiciales en que intervenga por razón de su cargo; para formalizar y autenticar los documentos en que consten; para custodiar y conservar en depósitos los protocolos y los libros pertenecientes a la Notaría a su cargo y para expedir los testimonios y copias correspondientes”.

La actual legislación, en su art. 1 expresa que “El notario es el funcionario público facultado para dar fe de los actos jurídicos extrajudiciales en los que por razón de su cargo interviene, de conformidad con lo establecido en la Ley”.

Entre los diversos incisos del art. 10 que explicitan las *funciones* del notario se encuentran la de autorizar la formalización de matrimonios y divorcios, dar fe de hechos, actos o circunstancias, calificar la legalidad del acto, emitir juicios de conocimiento y capacidad, protocolizar documentos, recibir depósitos, asesorar, expedir copias, etcétera.

Se le tiene *prohibido* autorizar instrumentos fuera de su competencia territorial, ejercer como abogado, negarse a prestar servicios, constituirse en fiador de los contratos en que intervenga y autorizar documentos notariales en que tengan parte o interés sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, salvo que los parientes concurren en representación de persona natural o jurídica.

Administrativamente, el notario está amparado por todos los derechos laborales que protegen a los trabajadores y empleados pero, como funcionario especial, goza de derechos que garantizan directamente el pleno desarrollo de su actividad dentro de la aplicación de la legalidad socialista en el sector pri-

vado y personal. En tal sentido, dispone el art. 4: “El notario en el ejercicio de sus funciones, debe obediencia a la ley y cumple en sus actuaciones con la legalidad socialista”; así como también que las autoridades del orden público y sus agentes auxilian al notario cuando éste lo requiera, como asimismo lo harán los dirigentes y funcionarios de organismos del Estado, sus empresas y entidades estatales, cooperativas y demás organizaciones sociales, cuando sea necesario.

En cuanto a la responsabilidad, la ley prescribe que el incumplimiento de sus funciones por parte de los notarios dará lugar a la aplicación de las medidas disciplinarias previstas legalmente para los dirigentes y funcionarios administrativos estatales, sin perjuicio de la responsabilidad penal o civil en que puedan haber incurrido.

Entonces, dentro de las características del notariado cubano actual debemos remarcar:

- Que el notario está directamente vinculado –en lo administrativo– a los órganos locales del Poder Popular a través de direcciones provinciales de Justicia y –en lo técnico-metodológico– al Ministerio de Justicia, a través de la Dirección de Registro de Notarías de dicha dependencia, lo que le da una especial *doble vinculación*.

- Que es un jurista especializado, y la legislación regula su nombramiento, habilitación y competencia.

- Que el documento notarial constituye un documento auténtico.



Es requisito esencial para la compraventa de viviendas entre particulares la intervención y la autorización del Estado y la Ley General de la Vivienda establece que la cesión de la propiedad por una vía que no sea la permuta se realiza ante notario con la previa *autorización* de la correspondiente Dirección Provincial de la Vivienda, la que tiene en todo caso la posibilidad de ejercer el *derecho de tanteo* a favor del Estado <sup>8</sup>.

La donación <sup>9</sup>, al igual que la compraventa, requiere la autorización estatal previa y abona el impuesto a la transmisión de bienes inmuebles; podrá hacerse donación a favor de ex cónyuges, ascendientes y descendientes, hermanos, tíos o sobrinos; y en el caso de no existir estos vínculos, se exige que el donatario haya convivido con el donante diez años como mínimo en la vivienda.

La permuta, a la que se aplican las normas de la compraventa, no requiere autorización especial, puede hacerse ante notario y está exenta de impuestos.

(8) Derecho real de adquisición preferente, legislado en los arts. 216 y sstes. del Código Civil.

(9) La donación debe hacerse por documento público, salvo que sea a favor de una entidad estatal, que podrá ser por documento privado, aun tratándose de inmuebles. C. Civ., arts. 376 y sstes.

En el régimen general se establece que es lícita la propiedad personal de sólo *dos* inmuebles: una vivienda permanente y otra ubicada en zona destinada al descanso o veraneo.



Por ser un sistema propio y autóctono, el *sistema electoral y parlamentario* cubano tiene características que obviamente lo diferencian, y es interesante destacar las siguientes:

- Inscripción universal, automática y gratuita de todos los ciudadanos a partir de los 16 años de edad.
- Postulación de los candidatos por los propios electores. Al existir un solo Partido se le prohíbe participar en la propuesta de los candidatos, por eso lo hacen los propios electores en asamblea pública, en cada circunscripción electoral, núcleo base de todo el sistema. Inexistencia de campañas electorales.
- El candidato sólo es electo si obtiene más del 50 % de los votos; de no alcanzarlo, pasarán a una segunda vuelta los dos que más votos obtuvieran.
- El voto es libre, igual y secreto. Se vota directamente por el candidato que se desee, se puede anular la boleta o votar en blanco.
- Todos los órganos representativos del Poder del Estado son elegidos y renovables. Todos tienen el deber de rendir cuenta de su actuación y pueden ser removidos en cualquier momento de su mandato.
- Los diputados y delegados no cobran salario, siguen recibiendo el salario de la actividad laboral que desempeñan.
- Los diputados a la Asamblea Nacional se eligen para un mandato de cinco años. En cada elección se renuevan más del 50 % de los diputados. Se elige un diputado por cada 20 mil habitantes, o fracción mayor de 10 mil. La actual Legislatura está integrada por 609 diputados, lo que garantiza, de manera proporcional, una alta representación del pueblo en el Parlamento.
- Todos los territorios municipales están representados en la Asamblea Nacional y la base del sistema, que es la circunscripción electoral, participa muy destacadamente en su composición. Para garantizar el cumplimiento de este importante principio de representatividad la ley dispone que cada municipio elegirá como mínimo dos diputados, independientemente del número de sus habitantes y, a partir de esa cifra, se elegirán proporcionalmente tantos diputados como habitantes existan. Una circunscripción electoral tiene entre 600 y 3.000 habitantes.
- La Asamblea Nacional elige, de entre sus diputados, al Consejo de Estado y a su presidente <sup>10</sup>.

Fidel Castro Ruz, doctor en Derecho Civil y licenciado en Derecho Diplomático, es presidente de los Consejos de Estado y de Ministros desde 1959.

(10) [www.cubagob.cu](http://www.cubagob.cu)

Primer secretario del Comité Central del PCC. Fecha de nacimiento: 13 de agosto de 1926.



Con respecto a la organización del notariado en Cuba, por tratarse originariamente de una actividad privada independiente, estaba regida por los Colegios notariales respectivos y por la Dirección General de Registros y del Notariado del Ministerio de Justicia. Conforme la densidad de población, se distribuían las notarías según la división político-administrativa del Estado prerrevolucionario, conformada por provincias, partidos judiciales y municipios.

Con el triunfo de la Revolución se produce un giro fundamental en la estructura antedicha; en un primer momento comienza un éxodo de notarios contrarios a las nuevas ideas y las vacantes producidas no son cubiertas, hasta que el Ministerio de Justicia designa con carácter interino a todos los notarios necesarios en 1966, establece un régimen centralizado, opuesto al establecido en el Código Notarial de 1929, y les impone la demarcación en la que prestarían sus funciones.

Como consecuencia de estas designaciones existió en el país un “Notariado dual”<sup>11</sup>, regido uno por el Código antiguo y otro formado por los notarios interinos a cargo del Ministerio, que ejercen sus funciones dentro de la Organización de los Bufetes de abogados del propio Ministerio, como integrantes de éstos.

A partir de 1973, con la organización legal del sistema judicial, estos Bufetes colectivos de abogados quedan constituidos como organización autónoma de interés social, excluidos los notarios, lo que obliga a unificar la actividad notarial y da lugar a la organización hoy vigente, así como al posterior dictado de la actual Ley de Notarías Estatales y su Reglamentación<sup>12</sup>, donde el Ministerio ejerce la dirección técnica, normativa y metodológica de la función y a ese efecto tiene a su cargo, entre otras cuestiones:

- habilitar a los juristas para ser nombrados notarios;
- designar sustitutos;
- aplicar medidas disciplinarias;
- asesorar, inspeccionar y controlar el trabajo de las Direcciones provinciales;
- desarrollar planes de capacitación y cursos;
- establecer los tipos de modelos, formularios y demás documentos para el uso de los notarios en su actividad técnica;
- mantener un control nacional actualizado de los notarios en ejercicio.

Luego, a las Direcciones Provinciales de Justicia de los órganos locales del Poder Popular les compete:

- confeccionar los expedientes de habilitación de los notarios;

(11) Verdejo Reyes, Pedro C., *Derecho notarial*, Editorial Pueblo y Educación, Cuba, 1990.

(12) Ver la recopilación de leyes notariales de la ONPI.

- proponer los Tribunales examinadores;
- nombrar al notario y sus auxiliares;
- supervisar, aplicar medidas y sanciones e informar al Ministerio;
- crear, trasladar, fusionar o cerrar unidades notariales;
- controlar la aplicación de la tarifa de precios por los servicios que prestan las unidades notariales <sup>13</sup>.



Es uno de los hechos paradigmáticos de la Revolución cubana. Un grupo de hombres a bordo del yate *Granma*, que desembarca en la Isla proveniente de México, con una tardanza que provoca graves trastornos y devuelve a Cuba a Fidel Castro con el asmático Che entre otros líderes, los que desde el exilio prepararon esta “invasión”; de allí debieron partir a instalarse en Sierra Maestra, lugar emblemático desde el cual por años hicieron la guerra de guerrillas que llena cientos y miles de páginas de literatura con anécdotas, técnicas, fotografías y el éxito final de un régimen político-económico que aún subsiste.



El *Registro de la Propiedad Inmueble* fue establecido conforme la antigua ley Hipotecaria de 1893 con los efectos publicitarios tradicionales. Pero para el socialismo hoy la finalidad esencial de la publicidad registral no es la misma <sup>14</sup>.

“Lo cierto es que además de las funciones de interés privado, en la concepción socialista los registros se vinculan a motivaciones sociales. Completada con los modernos estudios estadísticos y catastrales, la publicidad, especialmente la inmobiliaria, debe considerarse un elemento de riqueza y bienestar general, que permitirá la planificación territorial así como actos de expropiación, compra o intervención en el proceso de transmisión de los bienes inmuebles. Será también un instrumento para la parcelación, para ejecutar la política prohibitiva de los latifundios o de los minifundios, o para asegurar la distribución o asignación de tierras a las cooperativas de producción agropecuaria; todo ello, desde luego, sin perjuicio de robustecer las transmisiones, eliminando para el tercer adquirente el peligro de la clandestinidad” <sup>15</sup>.



(13) Se refiere a la tarifa o arancel que cubre las prestaciones notariales, que se recauda y se deposita en el Banco estatal y no se trata, obviamente, del honorario del notario, ya que éste percibe un salario mensual.

(14) Hoy en día los notarios manifiestan que está en plena informatización el Registro de la Propiedad Inmueble, al menos en La Habana, y que éste se encuentra desactualizado debido a las reformas y complejidades de la legislación en materia inmobiliaria. Nótese que no figura dentro de sus funciones la de inscribir los documentos que otorgan.

(15) Rapa Álvarez, Vicente, *Propiedad y otros derechos sobre bienes*, editorial Félix Varela, La Habana, 1999, pág. 29.

La VI *Jornada Internacional de la Sociedad del Notariado Cubano* se llevó a cabo en el mes de mayo de 2006 en la ciudad de La Habana. Allí estuvimos presentes las delegaciones extranjeras para disfrutar del alto nivel académico de los colegas cubanos, conocer su práctica, compartir doctrina y bibliografía, lo que fue ampliamente gratificante. Se destacan todas las ponencias, de un altísimo nivel expositivo y didáctico, muestra de una excelente preparación académica de los jóvenes participantes <sup>16</sup>.

Además de la excelente elección de los temas y su desarrollo organizado, claro y preciso, pasando desde los testigos en los documentos públicos por el matrimonio de personas del mismo sexo, la capacidad mental de los comparecientes, el documento electrónico, la eficacia del documento notarial en sede judicial, los principios del Derecho Notarial cubano, la calificación registral del documento notarial, renuncia a la herencia, cesión de derechos, y otros tantos más, todos sumamente atrapantes e integrados en un sistema legal con singulares características y serias limitaciones tecnológicas para obtener información y material de estudio.



Dejo atrás la Capital y caigo en la cuenta de que este país tiene las mejores playas del Caribe, pero por más que el sol me encandila completamente la vista, no dejo de vislumbrar la imagen de tantos seres que con su sacrificio diario sostienen el pesado bulto del ideal que comparten generaciones y, por encima de todo, esa capacidad de creer y no perder la fuerza que se respira por las calles de La Habana.

## Bibliografía

- Arciniegas, Germán, *Biografía del Caribe*, Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 1945.
- Cantón Navarro, José, *Historia de Cuba. El desafío, el yugo y la Estrella*, Editorial Linotipia Bolívar, Bogotá, Colombia, 2001.
- Código Civil, 2003.
- Constitución de la República de Cuba, 2005.
- García Henríquez, Francisco y otros, *Compendio de disposiciones legales sobre nacionalización y confiscación*, Editora del Ministerio de Justicia, La Habana, Cuba, 2004.
- Lascala, Jorge Hugo, "Régimen socialista y función notarial en Cuba", en *Revista del Notariado* 866, pág. 193.
- Ojeda Rodríguez, Nancy de la Caridad y otros, *Teoría general de las obligaciones*, Editorial Félix Varela, La Habana, Cuba, 2002.
- Rapa Álvarez, Vicente, *Propiedad y otros derechos sobre bienes*, Editorial Félix Varela, La Habana, Cuba, 1999.
- Valdés Díaz, Caridad del Carmen; Pérez Gallardo, Leonardo B., *Derecho Civil. Parte General*, Editorial Félix Varela, La Habana, Cuba, 2002.
- Verdejo Reyes, Pedro C., *Derecho Notarial*, Editorial Pueblo y Educación, La Habana, Cuba, 1990.

(16) Femeninos en un 95 %.

*A continuación se menciona el informe de la relatoría de las Jornadas, que desarrolla los puntos sobresalientes de las ponencias, en su mayoría referidas al régimen notarial cubano específicamente. Para una mejor comprensión del texto es necesario tener presente el régimen político de Cuba desde 1959 y su influencia sobre el rol del notario.*

## VI Jornada Internacional de la Sociedad del Notariado Cubano. Relatoría general

Por **Naiví Chikoc Barreda \***

Del miércoles 10 al viernes 12 de mayo de 2006, fue celebrada en La Habana la VI Jornada Internacional de la Sociedad del Notariado Cubano, que contó con la participación de destacados notarios, profesores, registradores y personalidades del Derecho. Tuvimos el placer de compartir experiencias profesionales con delegados procedentes de Argentina, Colombia, México, además de la ilustre representación de la Unión Internacional del Notariado Latino y de Italia, por el Viejo Continente. Fueron impartidas seis conferencias magistrales, once ponencias y un panel, sobre temas que motivaron amplios debates e interesantes intervenciones de los delegados.

Los temas abordados, de gran variedad e interés científico, discurrieron por los más diversos ámbitos de la actuación notarial, ninguno anclado en terreno pacífico, como el matrimonio del mismo sexo, el testamento vital, el intervalo lúcido o el controvertido documento electrónico, por sólo referir ejemplos. Los aportes fundamentales del evento en el orden científico pueden esbozarse en las siguientes pautas:

- La intervención de los testigos en los instrumentos públicos notariales tiende a restringirse. En Cuba, el Código Notarial de 1929 fue pionero en la supresión de los testigos instrumentales. En la actualidad son exigidos como requisitos *ad solemnitatem* en los matrimonios y testamentos, como un “controlador” de la fe pública notarial, cual un contrapeso del notario público. Por ello debería abogarse, *de lege ferenda*, por el destierro en nuestro Derecho vigente de esta modalidad de testigos; si bien el resto de los testigos pueden aún cumplir, con carácter excepcional, las funciones que les vienen impuestas por ley, lo cual supone que no deben concebirse como una mera reliquia histórica.

- Dentro de los principios del DN, el de profesionalidad constituye la columna vertebral dentro de la ciencia notarial; debiendo reformularse aquellos relativos a la forma y a la escritura, a la luz de las nuevas tecnologías de las comunicaciones. Los principios de legalidad, calificación y notoriedad deben combinarse en aras de garantizar la seguridad jurídica, que se logra con la producción de un instrumento eficaz, en lo probatorio y en lo negocial.

\* Licenciada en Derecho.

- Deben armonizarse las legislaciones notarial y procesal en la regulación del procedimiento de la consignación, de modo que la vía notarial resulte igualmente efectiva para el logro del fin liberatorio del vínculo por parte del deudor, no haciéndolo depender de la voluntad del acreedor, de aceptar el ofrecimiento de pago. Es deficiente el tratamiento de esta institución en el Código Civil cubano, pues la consignación no sólo procede en caso de mora del acreedor, sino en todos aquellos supuestos especiales en que el *favor debitoris* impone la necesidad de la liberación del deudor.

- El papel del notario en el comercio mercantil por las redes telemáticas es el de mera autoridad certificante. El documento electrónico es una realidad a la que el Derecho Notarial deberá responder, sin mengua del principio de seguridad jurídica que la fe pública imprime, lo que se logra mediante la utilización de la firma digital. El documento electrónico como prueba es, en la legislación cubana, de difícil práctica, de ahí que debamos avanzar paulatinamente hacia la implementación de los medios electrónicos en las Salas de lo Civil de nuestros órganos jurisdiccionales; así como a la recepción de un sistema *numerus apertus* de medios de prueba, en la Ley de Procedimiento Civil.

- Desde el punto de vista psicológico, los matices de la personalidad del individuo no determinan en el dictamen pericial de incapacidad; debe tratarse de cambios o defectos psíquicos cualitativos que inhabiliten al sujeto para dirigir su conducta. El perito se limitará a fijar que la persona carece de aptitud mental, reservándose el notario la terminología relativa a la falta de capacidad o incapacidad de obrar en Derecho.

- El juicio notarial sobre la capacidad del otorgante sienta una estricta presunción de veracidad y exactitud, lo que se traduce en la desestimación por los Tribunales de los procesos de impugnación de negocios contenidos en escrituras por falta de capacidad de obrar. No obstante, juicio notarial y capacidad real deben coincidir, lo que requiere una formación adicional del notario en cuestiones médicas y psicológicas.

- Deben distinguirse las nociones de intervalo y momento lúcido, refiriéndose la primera a la recuperación temporal de la plena capacidad, mientras que el segundo alude a un instante de lucidez intrascendente a efectos jurídicos.

- La institución de la autotutela se encuentra prevista en el Proyecto de nuevo Código de Familia. Sin embargo, puede concebirse, desde el presente, al documento notarial como vehículo formal idóneo para recoger esta singular manifestación de voluntad, la que podrá inscribirse en el Registro del Estado Civil, en la Sección relativa al nacimiento.

- El principio de seguridad jurídica se garantiza mediante el respeto de la jerarquía normativa, la uniformidad legislativa y la especialidad normativa. El notario es garante de la seguridad por excelencia, en el ejercicio de su función calificadora y de asesoramiento.

- El Reglamento de la LNE refiere a la sanción de la interdicción civil, en franco contraste con la regulación de las sanciones en el Código Penal, en el que sólo se prevé, desde el punto de vista civil, la privación del ejercicio de las funciones inherentes a la patria potestad y a la tutela. El notario requerirá la

certificación correspondiente sólo en los casos en que se pretenda ejercitar las funciones dimanantes de la patria potestad.

- La Resolución 249 de 2005 sobre el nuevo funcionamiento del Registro de la Propiedad no establece un plazo específico para la calificación registral, por lo que se propone aplicar el mismo relativo a la inscripción. La calificación registral se extiende tanto al examen de las formalidades extrínsecas del documento o título como al contenido o acto jurídico que recoge el instrumento, sin que le sea dable adentrarse en el juicio sobre la capacidad de obrar, que es exclusivo del notario.

- La labor calificadora en la práctica registral en Cuba constituye un reto, por la gran dispersión normativa que ha existido y perdura en materia de vivienda, debiendo proceder los registradores de la propiedad a la aplicación de la legislación vigente en cada momento histórico, en la medida en que recorren el tracto registral de una finca determinada.

- El Arquitecto de la Comunidad no fija medidas y linderos con trascendencia al Registro de la Propiedad, su función es la de un profesional técnicamente capacitado para complementar o apoyar la decisión que corresponde a la autoridad administrativa: la Dirección Municipal de la Vivienda.

- El documento público notarial es una prueba privilegiada dentro del conjunto de los medios de prueba establecidos en la legislación procesal. La noción de *falta de legitimidad* utilizada por el legislador está urgida de ulteriores precisiones, y rompe con la sistemática de la Ley de Enjuiciamiento Civil de la cual proviene. El juez debe conocer los extremos de hecho que se encuentran cubiertos con la fe pública notarial y, por tanto, vinculan al órgano jurisdiccional a apreciar de modo favorable a su validez, mientras no sean redargüidos de nulidad o falsedad.

- En el Derecho mexicano, el conflicto calificación notarial–calificación registral se soluciona mediante el sistema de aviso o notificación preventiva, por medio del cual el notario comunica anticipadamente al Registrador la futura celebración de un acto transmisivo sobre un bien inscripto.

- La sucesión por derecho de transmisión impone al notario el deber de narrar, en cláusulas separadas, en la Escritura de Partición y Adjudicación de bienes hereditarios, la doble aceptación por parte del transmisario que pretende adjudicarse la herencia del primer causante; a saber, la necesaria aceptación del caudal hereditario del transmitente, como vehículo jurídico que permite el ejercicio positivo del derecho de opción a la herencia del primer causante.

- El notario deberá tomar partido, bien por la teoría clásica, o por la teoría de la doble capacidad. En consecuencia, exigirá el presupuesto de la capacidad para suceder sólo respecto al transmitente, en el primer caso, o respecto a ambos causantes, en el segundo. En ningún caso deberá desconocer el fundamento moral y de respeto a la libertad de testar que está en el fondo de los graves supuestos de indignidad sucesoria.

- El fedatario, en el acto de cesión o enajenación de la cuota hereditaria, requerirá la presencia de cedente o cesionario para la perfección del acto. De otro modo, se trataría de un negocio unilateral de oferta de cesión. Es inco-

recto configurar a esta institución como el recurso que permite justificar la adquisición del dominio sobre la vivienda a favor del heredero ocupante, que deviene en único adjudicatario por la sola condición de conviviente en virtud de la Ley General de la Vivienda.

- El legislador del Reglamento de la Ley de Notarías Estatales incurre en inexacta técnica, en cuanto a la clasificación de las Actas Notariales, provocando, en la práctica notarial, dificultades en la aplicación de estas normas y los principios del Derecho Notarial, en sede de subsanación de errores y omisiones en los documentos notariales.

- El fenómeno de la integración política y económica, tanto en Europa como en América latina, impone nuevas posturas y actuaciones a la profesión notarial. El Derecho uniforme es ahora una realidad y una necesidad que se impone en el mundo, manifestada en la unificación legislativa, jurisprudencial, doctrinal y de los usos y costumbres en el tráfico. El documento elaborado por notario es elevado a la categoría de título ejecutivo europeo, en el proceso de integración económica o jurídica en Europa. Los principales problemas en esta sede vienen dados por la circulación del documento notarial en la Unión Europea, los requisitos formales de orden administrativo y la ejecución de los títulos notariales.

- El cónsul, en el ejercicio de la función fedataria que le viene impuesta por su propia investidura de funcionario consular, garantiza la autenticidad y legalidad de los actos que formaliza. Esta función se ejerce de conformidad con las normas previstas por el Estado emisor, en territorio ficticio del mismo, y con el fin de que los actos jurídicos en que intervienen produzcan efectos para el Estado al que representa.

- El cónsul, en virtud de la Ley de Procedimiento Civil, es equiparado al órgano jurisdiccional en cuanto a la totalidad de los procesos de jurisdicción voluntaria; sin embargo, no establece mecanismos de suplencia de la figura del fiscal y los representantes legales en estos procedimientos, de ahí el imperativo de dar coherencia interna al ordenamiento jurídico en este sentido.

- La particular naturaleza del derecho de autor añade dificultades a la partición hereditaria, dada la imposibilidad de aplicar a estos derechos el régimen ordinario de avalúo de bienes materiales, y de asimilarlos a los ingresos generados por la explotación económica de las obras, lo que implica la necesidad de su adjudicación *in generico*, salvo disposición testamentaria del autor en otro sentido. Este elemento y otros, como la independencia de las facultades patrimoniales que forman parte del contenido del derecho autoral, la inexistencia de documento acreditativo de estas titularidades y la necesaria distinción que debe hacerse de la creación como bien inmaterial e incorpóreo y el soporte material que lo contiene, requieren de un esfuerzo arduo y constante de profundización en la materia, en aras de la protección de los autores y sus causahabientes, y del desarrollo cultural en general.

*En la ciudad de La Habana, a 12 de mayo de 2006.*

J. R. CAUSSE: LA REFORMA DEL  
RÉGIMEN HORIZONTAL: UNA  
INEXPLICABLE DEMORA LEGISLATIVA

M. A. DE HOZ: ADQUISICIONES A  
*NON DOMINO*



## La reforma del régimen horizontal: una inexplicable demora legislativa \*

Por **Jorge R. Causse**

I. De la prohibición al régimen legal. El artículo 2617 del Código Civil y su nota. Los antecedentes

Es usual, en el tratamiento de las cuestiones legales, hacer una breve relación de cómo se desarrollaron los acontecimientos que precedieron al dictado de una norma.

Por el mensaje final que encierra el tema propuesto, cual es el de motivar al legislador para que revise el régimen legal imperante y produzca sin más demora la reforma necesaria, me animo a decir que esta descripción es inevitable, por no llamarla obligatoria.

Por un lado vamos a rememorar un episodio jurídico de singular trascendencia: la superación de una prohibición legal expresa, lo que constituye una empresa poco habitual en la órbita legislativa en nuestro país. Por el otro, vamos a presentar al legislador los argumentos y las herramientas necesarios para que cumpla su cometido.

Dice el Codificador en la nota al artículo 2617, por el que prohíbe al propietario de edificios dividirlos horizontalmente, que: “*La mayoría de los Códigos extranjeros lo permiten entrando a legislar sobre las escaleras o pasadizos de las diversas partes del edificio...*”; para advertir luego de los conflictos que se

---

\* Disertación pronunciada por el autor durante la Sesión Pública de la Academia Nacional del Notariado celebrada el lunes 24 de octubre de 2005, durante la cual fue incorporado como Miembro de Número.

suscitarían “... dando a unos los bajos y a otros los altos”, y dudar sobre la posibilidad de definir la propiedad del que ocupa el suelo cuyas formas no podrán cambiarse.

Los autores se han ocupado de establecer cuál pudo haber sido la fuente directa que el Codificador tuvo especialmente en cuenta para proscribir la división horizontal de los edificios, y citan, en muchos casos, el criterio negatorio que Teixeira de Freitas adoptó en los artículos 3703, 3706, 3905 inc. 8º, 4281 y 4282 inc. 3º de su *Esboço*<sup>1</sup>; quien no habría podido inspirarse en las *Ordenanzas Filipinas* (libro I, título 68, art. 34) por cuanto éstas admitían la división de edificios en planos, lo que se consagra en el Código de Portugal de 1867<sup>2</sup>.

Posiblemente, con una óptica menos ortodoxa y descartando que esa fuente hayan sido las accidentales manifestaciones ocurridas en la Antigüedad, lo acontecido en la Edad Media y patentizado en las Costumbres de la antigua Francia<sup>3</sup> y en los Estatutos de ciudades italianas pudo haber constituido un argumento convincente para que Vélez Sarsfield prohibiera la división horizontal.

Era suficiente con tener en cuenta la extensión de nuestro territorio para descartar que ocurriera lo que en aquellas ciudades, donde el cerramiento perimetral con murallas y la limitación impuesta por las cadenas montañosas a la expansión de los asentamientos marítimos acotaban seriamente el espacio vital y obligaban a la construcción vertical de las viviendas.

De cualquier modo, hay acuerdo general en el sentido de que los primeros rasgos de propiedad horizontal, con perfiles lo suficientemente definidos como para calificarlos de antecedentes, ocurren en el Medioevo. En los estatutos de ciudades italianas, como Milán, se reglamentaban las obligaciones de los condueños respecto de los bienes de cada una de las propiedades, que eran consideradas independientes y exclusivas.

El primer código que consagra esta institución es el francés de 1804, que la reglamenta en un solo artículo, el 664, y el primero que la prohíbe es el nuestro, en el artículo que citamos<sup>4</sup>.

A partir del código francés, las posteriores legislaciones se dividirán entre las que adoptan o rechazan a la propiedad horizontal y las que, como Estados Unidos de Norteamérica e Inglaterra, se limitan a guardar silencio admitiendo en subsidio locaciones de plazos muy extensos.

La prohibición impuesta por el codificador subsiste hasta que el Poder Ejecutivo promulga, el 13 de octubre de 1948, 77 años después de que comenzara a regir el Código Civil, la ley 13512.

(1) Valiente Noailles, Luis M., *La ley de propiedad horizontal*, Depalma, Buenos Aires, 1966, p. 2; Alterini, Jorge H., “Los ‘shopping centers’ en el llamado Código Único Civil y Comercial de la República Argentina”, en *Revista Notarial* n° 902, p. 30.

(2) Racciatti, Hernán, *Propiedad por pisos o por departamentos*, Depalma, Buenos Aires, 1975, p. 14.

(3) De Auxerre, Orleáns, Montargis, Berry, Breñaña, Bourbonnais, París y Clermont Ferrand (fuente: Racciatti, op cit. en nota 2).

(4) Battle Vázquez, Manuel, *La propiedad de casas por pisos*, 2ª ed., Ed. Alcoy, 1954, pp. 23, 24, 33.

Se trataba de un proyecto que el Poder Ejecutivo remitió al Senado en el año 1947, cuya Comisión de Legislación General produjo el despacho que se aprobó en agosto de 1948. La Cámara de Diputados aprobó este despacho a libro cerrado en septiembre de 1948 y la falta de debate limitó un conocimiento mejor y más amplio del instituto al que se le daba carta de ciudadanía.

A) La ausencia de debate dio pie a especular sobre el objetivo social implícito que traía aparejada la sanción de la ley, al permitir el acceso a la vivienda urbana construida en los edificios de la ciudad de Buenos Aires que se destinaban a renta.

Más allá de esta coyuntura, es necesario reconocer que la aplicación de la ley trajo aparejadas ventajas evidentes, al posibilitar un mejor aprovechamiento de los espacios de territorio en los que se produjeron las grandes concentraciones urbanas, lo que abarató los costos proporcionales del terreno y de la construcción. Desde el punto de vista jurídico, se hizo notar que la adquisición del dominio de una unidad sometida al régimen horizontal descartaba, o al menos disminuía, las dificultades operativas por las que generalmente atraviesan los contratos de locación.

La impronta social de esta ley, que ya había sido destacada por el profesor Racciatti <sup>5</sup>, fue confirmada judicialmente con estas expresiones:

“Consecuente con el criterio seguido por la mayoría de las legislaciones modernas, nuestro país ha incorporado también a su derecho positivo el sistema de la propiedad dividida en pisos o departamentos, por medio de la ley 13.512. La importancia social del instituto es trascendente: mantener la estabilidad social dentro de su órbita natural, marcada y delimitada por los principios políticos que deben regir a los pueblos, es una cuestión relevante para el sostenimiento del régimen democrático de gobierno. Por eso se ha señalado, refiriéndose a este tema, que al aumentar el número de propietarios ganará la estabilidad social ya que, en general, las tesis extremas hacen su presa en los que nada tienen que arriesgar (en palabras de Isidoro Ruiz Moreno <sup>6</sup>)” <sup>7</sup>.

B) A partir de lo que dispone el artículo 1º de la ley, se ha establecido que el componente material, que es a la vez su objeto especial, está constituido por pisos o departamentos terminados en edificios cuya construcción ha concluido.

El destino exclusivo de vivienda de las unidades de estos edificios no es un requisito necesario en el contexto legal. No obstante ello, según veremos, en la primera etapa las afectaciones al régimen se circunscribieron a edificios cuyas unidades tenían exclusivamente ese destino.

Es llamativo que el decreto reglamentario de la ley 18734/49, dictado en su momento para la Capital Federal y Territorios Nacionales –vigente a la fecha–, admita la división horizontal de edificios a construir mediante el otorgamiento del Reglamento de Copropiedad y Administración, porque esto desnaturaliza la especialidad objetiva de la ley y, por lo tanto, su alcance no debe ser te-

(5) Racciatti, Hernán, op. cit. en nota 2, pp. 24/5.

(6) Ruiz Moreno, Isidoro, “La propiedad inmobiliaria horizontal”, *JA* 1944-III Sec. Doct., p. 13.

(7) CNEspecial Civil y Com., Sala IV, noviembre 12/892, *ED* 104-512.

nido en cuenta dado que se extralimita del marco de la disposición legal que reglamenta.

C) La salida a la vía pública directamente o por un pasaje común es el componente funcional indispensable para que sea posible utilizar sin restricciones cada uno de los sectores privativos que conforman las distintas unidades funcionales de un edificio. Si el acceso a la vía pública depende de utilizar una unidad contigua, esto será posible siempre que ésta sea complementaria de la principal, de lo contrario se vería seriamente afectado el aprovechamiento independiente que se predica.

## II. Aplicación secuencial de la ley

Los indicadores demuestran que en la aplicación práctica de la ley se reconocen diferentes etapas, determinadas por las exigencias de la demanda inmobiliaria:

- la primera, en la que –salvo casos aislados– los edificios que se afectan al régimen están compuestos por unidades con destino exclusivo de vivienda;
- la segunda, en la que se afectaron edificios compuestos por unidades destinadas exclusivamente a espacios guardacoches, a oficinas o a locales comerciales;
- la tercera, en la que se afectaron edificios cuyas unidades tenían destinos de los más diversos: oficinas, galerías de locales comerciales, viviendas y cocheras, y
- la cuarta, en la que se afectaron complejos edilicios compuestos por torres asentadas en un mismo predio, funcionalmente independientes las unas de las otras.

Finalmente se apeló al régimen horizontal por considerarlo el recurso más adecuado para aplicarlo a ciertos fenómenos inmobiliarios modernos, tales como, entre otros, los clubes de campo y los barrios cerrados.

Esta tendencia de vestir con las ropas de la propiedad horizontal a aquellos fenómenos inmobiliarios modernos, que se ha evidenciado cada vez con mayor intensidad, no dejó de demostrar que, para los promotores y desarrolladores de estas modalidades inmobiliarias, el recurso de apelar al régimen horizontal generaba dificultades para comercializar los respectivos productos.

Particularmente en la provincia de Buenos Aires, donde han alcanzado mayor difusión aquellos fenómenos inmobiliarios, el cumplimiento de las normas administrativas y legales que era necesario observar se transformó en una complicada gestión.

Una parte de la doctrina puso en tela de juicio esta aplicación ilimitada del régimen horizontal con arreglo a la regulación vigente, y se propició la creación de nuevos derechos reales para las manifestaciones que mencionamos, sin considerar que una modificación sustancial de la ley 13512 permitiría superar muchos de los inconvenientes que su aplicación, sin reforma, trae aparejada.

En su momento adherimos a la postura contraria a la creación indiscriminada de derechos reales, suscribiendo el despacho que contó con la mayor cantidad de adhesiones en la IX Jornada Nacional de Derecho Civil, por conside-

rar que aquella creación conspira abiertamente contra el número cerrado propuesto por el codificador y plasmado en el artículo 2502.

Este exagerado forzamiento del régimen horizontal “... *que en sus aspectos estructurales está dominado por el orden público, máxime en sistemas que, como el argentino, están claramente enrolados en la concepción del numerus clausus*”<sup>8</sup> –de ahí que no sea necesario destacar su entidad–, no fue suficiente para movilizar las voluntades legislativas a fin de alcanzar la necesaria reforma de la ley 13512.

### III. Norma reglamentaria de la ley 13512 dictada en la provincia de Buenos Aires, en pugna con el régimen legal: decreto 2489/63

Necesito detenerme en algunas disposiciones específicas y las menciono por su conexión directa con el tema propuesto, dado que la ley 13512 es de aplicación nacional, de manera que cualquier tipo de articulación que la reglamente debe ser una cita obligatoria.

El decreto 2489/63, que es reglamentario de la ley de propiedad horizontal en el ámbito de la provincia de Buenos Aires, tiene varios artículos esenciales, entre los que se distinguen:

- el 1º, que admite la inscripción registral inmobiliaria de títulos que se hayan otorgado para la constitución, transferencia, modificación o extinción de derechos reales comprendidos en el régimen de la ley 13512 y
- el 6º, que establece las condiciones que deben reunir los edificios y las unidades a construir o en construcción, para que los actos a los que se refiere el artículo 1º puedan ser inscriptos por el Registro de la Propiedad.

Antes de aludir brevemente a estas disposiciones es conveniente señalar que este decreto constituyó una de las herramientas más importantes para el desarrollo de las construcciones que se afectarían al régimen horizontal en toda la provincia de Buenos Aires y, en particular, para el notable incremento de los complejos residenciales-recreativos que se emplazaron en determinados sectores de su territorio<sup>9</sup>.

Sin hacer su apología, es necesario recordar que su constitucionalidad no ha sido motivo de controversia en sede judicial. Siempre fue la doctrina especializada la que puso el acento en este aspecto, a la que me sumé no sin destacar que ha sido meritoria su vigencia y que el legislador nacional pudo aprovechar su historia para producir cambios necesarios en el régimen legal.

Respecto de lo que establece el artículo 1º y sin hacer del tema una cuestión semántica, lo cierto es que no puede hablarse de derechos reales comprendidos en la ley 13512 porque esta ley no califica así a la situación jurídica que regula.

(8) Alterini, Jorge H., op. cit. en nota 1, p. 31.

(9) Causse, Jorge R. y Rodríguez Álvarez, José L., “Actualización normativa”, en Causse, Jorge R. y colab., *Urbanizaciones privadas: barrios cerrados y clubes de campo*, 2ª ed., Ad Hoc, Buenos Aires, 2005, p. 259.

La doctrina de los autores le atribuyó la calidad de derecho real autónomo y le tocó a la justicia convalidarlo, lo que fue posible, precisamente, por la indefinición de la propia ley.

Por su parte, el artículo 6° dispone: que la inscripción de los títulos que tengan por objeto la transmisión o gravamen de unidades en construcción o a construir está sujeta a la verificación previa de que éstas se encuentren en alguna de estas dos situaciones de hecho:

- que constituyan cuerpos independientes de edificación o, en caso contrario,
- que estén concluidos los servicios y partes comunes indispensables para su buen funcionamiento.

La existencia de tales unidades a construir o en construcción, que para nosotros no quedaban sometidas al régimen de la ley 13512 por no cumplimentar el requisito de estar construidas conforme a su artículo 1° —no obstante estar determinadas planimétricamente y en el Reglamento de Copropiedad y Administración—, provocó el dictado de disposiciones técnico-registrales que contemplaran la anotación de medidas cautelares sobre ellas.

Un argumento que se esgrimió fue el de su valor económico y que, en tanto formara parte del patrimonio del titular y fuera prenda común de sus acreedores, era necesario evitar que se dispusiera de ellas.

De este modo, en la provincia de Buenos Aires se dictó la DTR N° 11 del 4/10/1977, cuyo artículo 1° dispone:

*“Autorízase la anotación de medidas cautelares sobre unidades funcionales ‘a construir’ o ‘en construcción’ de propiedad horizontal, en la ficha respectiva del inmueble afectado, comunicando al juzgado oficiante la situación registral de los inmuebles en esas condiciones”.*

Con un texto de factura algo similar pero con algunas precisiones adicionales, en los artículos 113 y 114 del decreto reglamentario de la ley 17801 para la Ciudad Autónoma de Buenos Aires 2080/80, en el texto ordenado dispuesto por el decreto 466 de fecha 5 de mayo de 1999, se estableció:

*“Artículo 113: Si en el reglamento de copropiedad y administración se incluyeran unidades por construir o en construcción, los asientos registrales consignarán tal circunstancia. Respecto de ellas sólo se admitirá el registro de medidas precautorias dispuestas por autoridad competente, haciéndose saber a los jueces que dichas unidades no pueden ser objeto de actos que transmitan o constituyan derechos reales hasta que fueren habilitados.*

*“Artículo 114: Obtenida la habilitación de las unidades a que se refiere el artículo anterior, se hará constar tal circunstancia en acta notarial de la que se tomará razón en los asientos correspondientes”.*

El contenido de las notificaciones que deben cursarse nos exime de mayores comentarios porque traduce hasta qué punto el registrador, a través del dictado de una norma administrativa, ajusta los términos de un decreto reglamentario opuesto a las directivas que emanan de la ley 13512, calificando que las unidades no terminadas están fuera del régimen horizontal. En su medida también condiciona los efectos de la medida cautelar ordenada judicialmente.

#### IV. Las propuestas de reforma de la ley 13512

- Proyecto de Código Único Civil y Comercial de la República Argentina, sancionado por la H. C. de Diputados de la Nación en el año 1987.
- Proyecto de ley especial sancionado por la H. C. de Diputados de la Nación en el año 1991.
- Proyecto de la Comisión Federal que obtuvo media sanción de la H. C. de Diputados de la Nación en el año 1993.
- Régimen legal propuesto por la Comisión creada por decreto 685/95 del Poder Ejecutivo Nacional, en el Proyecto de Unificación de la Legislación Civil y el Código de Comercio. Proyecto de 1998.
- Proyecto Usandizaga.

Con excepción de la última propuesta que mencionamos, el Proyecto Usandizaga –que reproduce la magnífica iniciativa que el profesor Hernán Racciatti presentó como proyecto propio en las XIV Jornadas de Derecho Civil celebradas en la ciudad de Tucumán en el año 1993, redactado a pedido de la Secretaría de Asuntos Institucionales del Ministerio del Interior–, las cuatro primeras, no obstante las diferentes técnicas legislativas que emplean para que una nueva Propiedad Horizontal forme parte de la legislación sustantiva, siguen un hilo conductor cuya estructura esencial considero que se reeditó en el Código Único Civil y Comercial de la República Argentina del año 1987<sup>10</sup>.

Una de las columnas vertebrales de esta estructura, siguiendo el criterio de la ley francesa nº 65-557 del 10 de julio de 1968<sup>11</sup>, consiste en la modificación de la especialidad objetiva en propiedad horizontal, aceptando que las unidades de aprovechamiento independiente puedan estar construidas, o no.

Ampliado el objeto que actúa como centro de imputación de la normativa horizontal, se abre la posibilidad de aplicar su régimen a parcelas o fracciones determinadas de tierra, con lo que se supera el principal escollo de la regulación vigente, que considera al terreno como cosa necesariamente común. Con ese objetivo, en esta propuesta de reforma del artículo 2617 del Código Civil se disponía:

*“En los clubes de campo, parques industriales, centros de compra, cementerios privados, u organizaciones similares que se sometan al régimen de la propiedad horizontal, sólo serán necesariamente comunes las partes del terreno destinadas a vías de acceso y comunicación e instalaciones de uso compartido, con sus accesiones”.*

(10) Entendemos que su antecedente fue el Proyecto confeccionado en 1981 por los doctores Guillermo Lorenzo Allende, Jorge H. Alterini, Carlos A. Chevallier Boutell y Agustín Duración y Vedia.

(11) El artículo 1º de esta ley establece: “La presente ley rige para todo inmueble construido o grupo de inmuebles construidos cuya propiedad está repartida, entre varias personas, por lotes que comprenden cada uno una parte privativa y una cuota parte de partes comunes. A falta de convención contraria que cree una organización diferente, la presente ley es igualmente aplicable a los conjuntos inmobiliarios que, además de los terrenos, las disposiciones y los servicios comunes, comportan parcelas, construidas o no, sustenta los derechos de propiedad privativos”.

En el mensaje de elevación del Proyecto de 1998 se resume en parte la aludida secuencia, por lo que consideramos útil reproducir los textos pertinentes:

*“Título V: De la propiedad horizontal [...] Ha llegado la oportunidad para que la propiedad horizontal ingrese en el Código, como se lo intentó en el Proyecto de la Comisión Federal con media sanción de la H. Cámara de Diputados desde 1993 [...] Los textos proyectados se corresponden en su esencia y en la casi totalidad de su contenido normativo, tanto con el proyecto de ley especial sancionado por la H. Cámara de Diputados de la Nación en 1991, como con el referido Proyecto de la Comisión Federal de la Cámara de Diputados de 1993 [...] Se amplía el concepto de unidad funcional, la que alcanza hasta a espacios susceptibles de aprovechamiento independiente [...] Título VII. Propiedades especiales [...] La orientación general del Proyecto está encaminada a fijar los grandes lineamientos a los que deberán someterse los promotores de esos sistemas, si optan por el régimen de los derechos reales, pues se acepta igualmente que puedan decidirse por sujetarlos al régimen de los derechos personales. Para los clubes de campo, parques industriales, barrios o cementerios privados, centros de compras y entidades similares, se piensa que la propiedad horizontal, con las adecuaciones pertinentes, es el marco más apropiado para su desenvolvimiento. La modificación central de la propiedad horizontal para proyectarla en los conjuntos inmobiliarios, consiste en reconocer que puedan existir unidades de propiedad privativa sobre el terreno, pues de máxima transparencia que en la ley vigente 13.512 el terreno es necesariamente común de todos los consorcistas, lo que debió obstar a la pretensión de aplicarla a estos conjuntos”.*

## V. La demora en reformar y la actividad legiferante de los jueces

Luis Legaz y Lacambra <sup>12</sup> señaló que los jueces no son creadores de normas generales, están sometidos a la ley y tienen que aplicarla al caso concreto, pero como la ley siempre tiene una dosis de indeterminación, el juez, al aplicar la norma general, crea una norma individual que constituye un aporte al orden jurídico general.

Son muchas y diferentes las cuestiones resueltas en los estrados judiciales que posibilitaron suplir, completar o complementar el régimen legal. Preferimos acotar la síntesis de los fallos a aquellos cuyos tópicos, como tantos otros, han tenido reflejo en el derecho proyectado.

### 1) Sobre su calidad de derecho real autónomo

*“El derecho de propiedad horizontal es un derecho autónomo, nuevo y distinto de los derechos reales enumerados en el art. 2503 del Código Civil, que recae sobre una unidad funcional formada por un objeto exclusivo consistente en un departamento (del verbo partiri, que implica la idea de una partición de un edificio) y un porcentaje de cosas comunes. La suma de los derechos de propiedad ho-*

(12) *Filosofía del Derecho*, Ed. Bosch, 1961, Madrid, España, p. 536.

horizontal de todos los consorcistas recae sobre una sola cosa, un inmueble edificado y cada uno sobre un sector del edificio, estructura de modo tal que forma una unidad autónoma pero que integra un mismo bloque de construcción” (del fallo de 1ª instancia confirmado por la Cámara). CNCiv., Sala C, 19/9/1989, LL 1991-A-333).

### 2) Sobre la integración del reglamento de copropiedad y administración al título de adquisición

“El reglamento de copropiedad, que forma parte integrante del título de dominio de los copropietarios, constituye la ley a la que deben ajustarse sus derechos y obligaciones, su acatamiento es fundamental en el sistema organizado por la ley 13.512, es decir, que constituye el estatuto y crea el marco legal donde han de actuarse los derechos individuales, todo lo concerniente a él se rige por los principios generales aplicables a los contratos o sea que sus alcances dependen de la voluntad de los interesados en cuanto no sea restringida por la ley”. CNCiv., Sala F, 9/10/1990, LL 1991-A.400.

### 3) Sobre la personalidad del consorcio de copropietarios

“La ley 13.512 no tipifica al consorcio ni define su naturaleza jurídica y sólo se refiere al mismo a través del Art. 9º (al establecer que ‘el consorcio de propietarios deberá redactar un reglamento de propiedad’). Dicho argumento es utilizado básicamente por quienes se oponen a su existencia. Pero, a pesar de este silencio, el consorcio surge de la propia economía de la ley, pues su mismo texto le da vida, cuando impone la necesidad de que los propietarios, sin perder su calidad de tales, constituyan un organismo distinto, con capacidad para realizar todos aquellos actos que hacen al manejo de las cosas comunes. Es una persona jurídica restringida, sujeta al mecanismo de la ley. Está comprendida en el Art. 33 del Cód. Civil, que incluye en la categoría de persona jurídica de derecho privado a todos los entes con aptitud de adquirir derechos y contraer obligaciones, como ocurre con el consorcio de propietarios”. Capel. CC. Mar del Plata, Sala II, 18/10/1984.

“El consorcio de propietarios debe considerarse una persona jurídica –en los términos del art. 33 del Código Civil–, capaz de contraer obligaciones y adquirir derechos, con nombre, domicilio y patrimonio propio e independiente del de los consorcistas. El patrimonio del consorcio está integrado por el crédito de expensas comunes y el fondo de reserva, y esos bienes son los que pueden afectarse en caso de embargo. Frente a la ejecución de una sentencia de condena contra el consorcio, no se puede dirigir la ejecución directamente contra los copropietarios, quienes resultan subsidiariamente responsables y responden por partes iguales, sin perjuicio de repartir luego la deuda en la proporción asignada para el pago de las expensas comunes o bien sobre el fondo de reserva, si lo hubiera. La responsabilidad de los consorcistas por las deudas del consorcio es subsidiaria, pues responde a la manera de los fiadores”. CNCiv., Sala H, 21/8/2002.

Un dato ilustrativo sobre la personalidad del consorcio es el pronunciamiento mayoritario de la Comisión que trató, entre otros, este tema en el XIII

Congreso Nacional de Derecho Registral celebrado en la ciudad de Mendoza en el mes de octubre de 2004.

Allí se sostuvo, *de lege data*: “El consorcio de propietarios de la ley n° 13.512 de propiedad horizontal es persona jurídica privada, con ajuste a lo preceptuado por el art. 33, segundo párrafo, apartado 2) del Código Civil. Como persona, el consorcio presenta los atributos inherentes a todas ellas: capacidad de derecho, nombre, domicilio y patrimonio”. La disidencia de la Dirección del Registro Público de la provincia de Mendoza sostuvo que el consorcio no es persona jurídica y propuso, *de lege ferenda*, que el patrimonio del consorcio se integre con las unidades del edificio que se le asignen.

#### 4) Sobre el Consejo de Administración

“El Consejo de Administración no está contemplado en la ley 13.512, pero nada obsta a que el administrador cuente para el mejor desempeño de sus funciones con dicho consejo, que significa la colaboración de los consorcistas permitida por la ley (art. 8°). El Consejo de Administración es una especie de órgano auxiliar que tiene un lugar intermedio o de enlace entre la asamblea y el administrador y puede ser inclusive de carácter consultivo, pero sin poderes de representación ante terceros, lo que la ley sólo otorga al administrador, y sus facultades deben limitarse a las señaladas por el reglamento de copropiedad y administración”. CNEsp. Civ. y Com., Sala IV, 19/6/1979, Rep. ED 17-787.

#### 5) Sobre las funciones del Consejo de Administración

“El Consejo de Administración de un consorcio de copropietarios es un organismo de control de la gestión de la administración, que no delibera ni asume la ejecución de las decisiones asamblearias, por lo cual resulta inapropiado endilgarle las funciones de la asamblea o del administrador”. CNCiv., Sala M, 3/3/1997, LL 1997-D-178.

#### 6) Sobre la relación de mandato que vincula al administrador con el consorcio de copropietarios

“El administrador del consorcio actúa como representante legal de éste y contrata en su nombre y le son aplicables las normas de derecho civil que rigen el mandato”. CNEsp. Civ. y Com., Sala I, 29/4/1982, LL: 1982-C-305.

#### 7) Sobre las calidades especiales que debe acreditar el administrador

“Sobre el administrador de un consorcio pesa un especial deber de obrar con prudencia y conocimiento, porque se trata de un profesional que ofrece sus servicios y porque lo hace en interés ajeno. Así en la relación que vincula al administrador con los propietarios el elemento psicológico de la confianza adquiere un rango predominante, ya que en uno de los contratantes se presuponen cualidades en virtud de las cuales la otra parte lo escoge”. Parte del fallo emitido por la Sala H de la CNCiv. el 9/8/99.

### 8) Sobre los subconsorcios

“Si en un inmueble se han formado tres consorcios autónomos con cada uno de sus tres cuerpos del edificio, y a la vez tienen entre sí cosas comunes, estos se rigen por un reglamento de copropiedad, formando una figura de comunidad horizontal *sui generis*”. CNCiv., Sala C, 27/1/1992, ED 146-431.

Cada una de las cuestiones resueltas en el muestreo de las decisiones judiciales que se adoptaron, posiblemente de manera embrionaria en algunos casos, constituyeron normas individuales dictadas por los jueces al amparo de la norma general y han tenido reflejo en el derecho proyectado, concretamente, en el Proyecto de Código Civil de la República Argentina Unificado con el de Comercio, del año 1998. Estas son herramientas que el legislador deberá tener especialmente en cuenta.

## VI. Otras normas necesarias dictadas en la provincia de Buenos Aires: contenido y alcance

El decreto 947/04<sup>13</sup> incorpora al decreto 2489/63, reglamentario de la ley 13512 en el ámbito de la provincia de Buenos Aires, los artículos 6° bis y 6° ter. y modifica su artículo 13.

Está dirigido especialmente a las urbanizaciones particularizadas que adoptaron o adopten en el futuro la forma de clubes de campo o de barrios cerrados, subdivididos bajo el régimen de la ley 13512.

El primer artículo que se incorpora al mencionado decreto establece, con respecto a las urbanizaciones cuya subdivisión comprende unidades no construidas o en proceso de construcción, un mecanismo que permitirá actualizar el estado constructivo de aquellas cuya edificación haya concluido —a los efectos de que queden incorporadas al régimen de la referida ley—; trámite que, en el caso de inmuebles integrantes de clubes de campo o barrios cerrados, por su magnitud, resultaban de dificultosa cuando no de imposible concreción.

El segundo artículo incorporado contiene una disposición de singular trascendencia por las implicancias de que se califiquen como necesariamente comunes las partes del terreno de estos emprendimientos que están destinadas a vías de comunicación y a las instalaciones de uso común.

Esta modificación encuentra respaldo en el art. 2029 del Título VII, referido a “Propiedades Especiales” del Proyecto de Código Civil Unificado con el de Comercio de 1998, cuyos fundamentos hemos reproducido.

Finalmente, con el cambio que se le introduce al artículo 13, se extiende el alcance de la regulación sancionada a todas las unidades sometidas al régimen de la ley 13512, aun a aquellas que este decreto no individualiza, a cuyos efectos faculta a los organismos competentes a dictar las disposiciones complementarias que permitan transferir, constituir, modificar o extinguir derechos reales sobre ellas.

(13) Ver Cap. IV por Jorge R. Causse y José L. Rodríguez Álvarez, en Causse, Jorge R. y colab., *Urbanizaciones privadas: barrios cerrados y clubes de campo*, Ad Hoc, Bs. As., 2005, p. 253.

La sanción de este decreto no fue antojadiza.

El primer imperativo era el de garantizar a los adquirentes de unidades en estos emprendimientos la existencia y magnitud del objeto que se les transfería y su aprovechamiento funcional. Así, la edificación debía ajustarse al plano de obra aprobado, certificado catastralmente, y estar terminadas las obras de infraestructura que permitan su aprovechamiento funcional.

El segundo imperativo era el de establecer el mecanismo administrativo que permitiera actualizar catastralmente y en el registro inmobiliario el estado constructivo de estas unidades, por haberse modificado el de origen, que las individualizaba como a construir o en construcción.

Finalmente, era imperioso no paralizar la contratación inmobiliaria, por los desfavorables efectos que se le ocasionaría a los particulares involucrados.

Operativamente, el procedimiento fue ajustándose mediante el dictado de las oportunas disposiciones complementarias, transcurriendo todo sin reproche alguno por parte de los administrados sin distinción alguna.

## VII. El Proyecto sobre Propiedad Urbana Especial

Como ya tuvimos oportunidad de comentarlo <sup>14</sup>, este proyecto –motorizado desde la Federación Argentina de Clubes de Campo con origen en la Comisión de Asuntos Municipales de la H. C. de Diputados de la Nación– sigue los lineamientos de una cadena de propuestas legislativas que se concretaron en los sucesivos de Propiedad Residencial del año 1998 y de Urbanizaciones Especiales del año 2000; ambos alcanzaron trámite parlamentario.

Este proyecto de ley se desarrolla en XIII capítulos que abarcan, desde el Régimen de Propiedad hasta Disposiciones procesales, pasando por la regulación del uso y goce de los espacios comunes y las incumbencias que se le atribuyen a los Consejos de Administración y de Disciplina.

Se destacan entre sus normas el primer artículo, donde se le atribuye a la *Propiedad Urbana Especial* el carácter de *Derecho Real*, que confiere a su titular la facultad de “... usar, gozar y disponer de un inmueble propio y de las partes o cosas comunes que le son accesorias”.

La descripción de este inmueble propio surge del segundo artículo en el que se indica que la ley será aplicable a aquellas urbanizaciones ubicadas en zonas urbanas, suburbanas o rurales, que estén conformadas por un sector que integran unidades funcionalmente independientes entre sí (“particulares” en la terminología del proyecto) –construidas o no, con destino de vivienda (salvo las excepciones contempladas) y con salida indirecta a la vía pública o, además, directa a cursos de agua navegables–, cuyo titular o titulares tendrán el dominio exclusivo; y por otro sector ubicado dentro del mismo fraccionamiento que se destine a la práctica de deportes y otras actividades recreativas, que le pertenecerán a todos los propietarios del emprendimiento en condominio de indivisión forzosa, constituyendo ambos sectores “... un todo jurídica y funcionalmente inescindible”.

(14) Editorial La Ley. V. Suplemento diario del 19/9/2005.

Entre los fundamentos que sostienen a este proyecto de ley, se alude a la inexistencia de una normativa específica que regule la creación, organización, funcionamiento y administración de estas entidades.

Se agrega que “... los derechos reales que les pertenecen a los propietarios o miembros de esas comunidades son [...] consustanciales a derechos y deberes personales que les vinculan con los demás propietarios [...] y se refleja en las restricciones al dominio, y en las facultades y deberes consiguientes al aprovechamiento de las cosas inmuebles tenidas a título individual o colectivo”.

La intención de este proyecto, según estos fundamentos, es la de sancionar una ley nacional que no sólo contemple un enfoque jurisdiccional [...] sino que, además, le otorgue un régimen jurídico de fondo que enmarque adecuadamente la situación jurídica de los actuales propietarios, de los futuros adquirentes, de los desarrolladores, de las autoridades provinciales y municipales y de todos aquellos que de una u otra forma participan de este modo de aprovechamiento de la propiedad, independientemente del lugar donde el proyecto urbanístico se realice.

Esta iniciativa, siguiendo sus fundamentos, deja un amplio margen de libertad a la organización de los regímenes que sean más adecuados según cada emprendimiento y, en cuanto a las sanciones aplicables, serán siempre susceptibles de control judicial sin incurrir en discriminaciones.

Es destacable, en cuanto a la especialidad objetiva de esta propuesta, que siga los lineamientos del artículo 1974 del Proyecto de Código Civil de la República Argentina, elaborado por la Comisión creada por decreto 685/85, en el que se describe a la Unidad Funcional dentro del régimen previsto para el derecho real de Propiedad Horizontal.

Por otra parte, quienes apoyan este proyecto ofrecen permanentemente debatir en forma pública sobre su contenido y alcance, defendiendo la oportunidad, necesidad y razonabilidad de su sanción.

## VIII. Una reflexión final

Con la prudente limitación del tiempo apropiado para este tipo de exposiciones, reseñamos algunos acontecimientos acaecidos en rededor de nuestra ley horizontal, que ya alcanzó los 57 años de vigencia. Le hemos rendido y lo seguiremos haciendo los merecidos homenajes, ojalá siempre con el majestuoso brillo del que se le brindó a través de la Cámara Argentina de la Propiedad Horizontal al cumplir su 50° aniversario.

También esperamos que no pasen 20 años más para que su actualización se convierta en ley, equiparándose al plazo que debió transcurrir para derogar la prohibición del artículo 2617 del Código Civil.

No estamos propiciando el derroche legislativo porque nunca ha sido conducente, al contrario, genera involución en las sociedades que lo padecen; sugerimos superar la inmovilidad que padecemos.

El desarrollo que expusimos fue objetivo porque ha sido el reflejo de los hechos que ocurren en la realidad cotidiana, tratando de no soslayar ninguno ya que sería imposible, por caso, disimular la actividad legiferante cumplida

por los jueces y que tanto ha contribuido para re proyectar el régimen horizontal.

No ocultamos la generación de normas locales que modificaron la legislación sustantiva, la que fue necesario producir para darle una respuesta coherente al reclamo de los administrados de racionalizar las gestiones necesarias procurando, además, un abaratamiento en los costos relativos. Frente al reproche por el exceso en las facultades reglamentarias que ha ejercido un gobierno local, respecto de instituciones legales de alcance nacional, nadie negará que se han observado los parámetros legales para garantizar, dentro de su contexto, la mayor certeza y seguridad jurídicas posibles.

Los argumentos y las herramientas están disponibles.

## Adquisiciones a *non domino* \*

Por **Marcelo Armando de Hoz**

### I. Replanteo de la denominación

En primer lugar, y con relación a la denominación adoptada, es mi intención agradecer al consejero, escribano Carminio Castagno por proponer una denominación distinta de la que nosotros solíamos utilizar para caracterizar las situaciones a las que voy a referirme. Efectivamente, dichas circunstancias son comúnmente caracterizadas como “Transmisiones a *non domino*”, con lo que no se agrega dato novedoso alguno, ya que en principio toda transmisión es a un “no dueño”, que va a serlo luego como consecuencia del mismo acto de transmisión.

### II. Situaciones que abarca

Por ello, aceptando el replanteo del nombre utilizado, me interesa hablar de las adquisiciones a *non domino*, tipificando la situación de una persona que adquiere un inmueble de quien no es su dueño, es decir, problemáticas que hacen a la falta de legitimación del transmitente.

Las situaciones comprendidas en esta hipótesis lejos están de ser casos de simple elaboración doctrinaria; aquellos que ejercemos nuestra profesión a diario nos topamos con ellos a cada rato. Así es como nos enfrentamos a sustituciones de personas, escrituras materialmente falsificadas, utilización de poderes apócrifos, inválidos o revocados, personerías inexistentes o ineficaces,

---

\* Disertación pronunciada por el autor durante la Sesión Pública de la Academia Nacional del Notariado celebrada el lunes 5 de diciembre de 2005, durante la cual fue incorporado como Miembro de Número.

y demás situaciones que se caracterizan por la falta de autoría o participación del verdadero dueño del inmueble en el acto transmisivo.

### III. Planteo del conflicto

Pero esto no queda allí, el conflicto al que me interesa referirme es el que surge cuando en dicha cadena de transmisión dominial aparece un tercero, subadquirente de buena fe y a título oneroso, tal como reza el artículo 1051 de nuestro Código Civil, pretendiendo oponerse al intento reivindicatorio del propietario, fundándose en las cualidades que dicho artículo menciona (tercerero + buena fe + onerosidad).

Así queda planteado el conflicto entre el propietario y el tercero por el inmueble transmitido en tales condiciones.

### IV. Aplicación del artículo 1051

Al traer a colación la normativa del artículo 1051, creo interesante analizar para esta hipótesis planteada la procedencia de los requisitos exigidos por tal normativa para lograr la efectiva defensa del tercero.

En primer lugar, necesitamos un acto antecedente nulo o anulable, entre “A” y “B”, dueño y primer adquirente del bien; el segundo elemento, el contar con un tercero, “C”, es decir, un sujeto ajeno a esa relación contractual, un subadquirente; el tercer elemento va a exigir título oneroso para esta segunda adquisición; y, por último, un cuarto elemento consistente en la caracterización de buena fe en la adquisición de ese tercero.

Según nuestro parecer, el problema se presenta en el primero de los requisitos expuestos, es decir, si estas situaciones planteadas de faltas de autoría, sustitución de personas o escrituras materialmente falsificadas pueden identificarse con el nulo o anulable, dándose por cumplido este primer elemento para proceder con el análisis de los siguientes, y así defender al tercero.

### V. Protección al propietario ante falta de autoría

Ante estos supuestos y en forma claramente mayoritaria, nuestra doctrina y jurisprudencia se han pronunciado en el sentido negativo, afirmando que ésta no es una situación equiparable a la del artículo 1051.

Los motivos por los cuales no se ha otorgado protección al tercero en estos casos son variados.

En este sentido, comenzamos por el mismo autor de la reforma del año 1968, Guillermo Borda, quien caracterizaba a las hipótesis planteadas como supuestos de “actos inexistentes”, categoría doctrinaria distinta de las del acto nulo o anulable, únicas comprendidas dentro de los términos del artículo 1051. Por lo tanto, al no darse ya el primer requisito necesario, el tercero no cuenta con la protección aludida por tal artículo. Al referirse a dicha categoría de actos, el autor se pregunta: si dichos actos inexistentes, de origen en el derecho francés, han tenido receptividad en nuestra doctrina en materia de derecho de familia, por qué excluirla al pretender aplicarla con relación a actos que transmitan derechos reales sobre inmuebles.

Sin embargo, este razonamiento muchas veces no es compartido por parte de nuestra doctrina, con relación a aceptar la categoría doctrinaria de actos inexistentes como distinta de la de actos nulos o anulables, tal como lo afirma el doctor Goldenberg.

Sin llegar a dicha categorización de actos inexistentes, algunos autores afirmaron que ante la falta de autoría del propietario en un acto de transmisión, no puede generarse una protección para el tercero en esa cadena dominial, por más onerosidad y buena fe que el tercero haya acreditado en su adquisición. Así, la relatividad de las convenciones consagradas en el artículo 1195 de nuestro Código Civil establece que a nadie puede oponérsele algo que no haya pactado. Lo mismo que el precepto previsto por dicho cuerpo legal, por lo que nadie puede perder un derecho sin haber hecho algo para perderlo. La posibilidad que brinda la usucapión no se fundamenta tanto en un dejar de hacer por el titular de ese derecho, sino por permitir que otro adecue su conducta a los preceptos legislativos a los efectos de adquirir, ya sea en forma breve (con justo título, buena fe y posesión de 10 años) o larga (poseyendo durante 20 años), un derecho real de dominio sobre un inmueble.

Desde este punto de vista, algunos autores consideran que en estos casos de falta de autoría, si se otorgara protección al tercero se estaría incluso vulnerando el principio de perpetuidad del dominio, expresamente consagrado por el artículo 2510 de nuestro Código Civil. El derecho real de dominio, como derecho real sobre cosa propia, no se agota en el uso y goce de la misma. Donde sí parece agotarse es en los casos de otros derechos reales, sobre cosa ajena, donde la utilización de la cosa ajena constituye la misma esencia de ese derecho (usufructo, uso, habitación, servidumbre).

Autores como Cortés y Gurfinkel de Wendy sostienen la absoluta necesidad de la intervención del titular del dominio para modificar el estado de derecho del bien que posee, caso contrario se llegarían a amparar actos dolosos y delictivos, con lo que se crearía un riesgoso margen de inseguridad jurídica que no sólo pone en juego el derecho de dominio sino principios soportes de nuestro ordenamiento jurídico, tales como el orden público, la buena fe, la moral y buenas costumbres, lo que afectaría, en definitiva, la protección constitucional del derecho de propiedad, si se admitiera este supuesto de defensa del tercero, que constituye, según consideración de los autores, un supuesto de expropiación sin indemnización.

Una de las razones o fundamentos, quizás el más claro o convincente para excluir la protección del tercero ante este caso de falta de autoría, es el que esboza el doctor Jorge Alterini sobre el acto irrelevante. Para este autor, ya encontramos la solución en los supuestos que nuestro Código Civil prevé para los casos de cosas muebles robadas o perdidas y para el supuesto de venta de cosa ajena. Así como la presunción de propiedad de cosas muebles que surge del artículo 2412 cae en el supuesto de que dicha cosa sea robada o perdida, la venta de cosa ajena prevista en los artículos 1329 y 1330 es “inoponible”, “irrelevante” para el verdadero propietario que no ha tenido intervención en el acto de transmisión. Ese tercero puede “parecer” propietario frente a todos, me-

nos frente al verdadero titular, que conserva su derecho a recuperar dicha cosa. Por otra parte, resulta difícil interpretar que nuestro codificador haya ofrecido una mayor protección al titular de una cosa mueble que al de una cosa inmueble.

En esta dirección, autores destacados, como Andorno, sostienen que si bien la defensa del tercero en los términos del artículo 1051 consagra un principio fundamental para nuestro ordenamiento jurídico, como es el de la “apariencia jurídica”, que en cierta forma independiza la adquisición de este tercero del acto antecedente, sea nulo o anulable, de nulidad absoluta o relativa, siempre es requerida la intervención del propietario en dicho negocio causal para que pueda proceder la protección a ese tercero. Claramente señala el autor que dicha participación, por más pequeña que sea, por los vicios de la voluntad que la afectan resulta absolutamente necesaria, sin que tenga que presumirse que dicho titular ha abandonado o desatendido su derecho sobre el inmueble.

La falta de protección del tercero en los casos de falta de autoría fue expresamente consagrada en las conclusiones de las V Jornadas Sanrafaelinas en 1978, en el V Congreso de Derecho Civil celebrado en Rosario en 1971 y en las II Jornadas Rioplatenses de Derecho Civil del año 1981, donde se estableció el límite de la aplicación de los efectos del artículo 1051, que no cubre aquellos supuestos en los que el título no emana del verdadero dueño, y se dejó constancia de que en ningún caso se ha receptado el principio de fe pública registral en nuestro sistema jurídico.

## VI. Protección al tercero: postura minoritaria

Desde otro punto de vista, una doctrina minoritaria cree encontrar, a través de distintos fundamentos, la posibilidad de la protección del tercer subadquirente de buena fe y a título oneroso, aun en este supuesto de falta de autoría.

De esta manera, Alsina Atienza, previendo la posibilidad de asimilar la situación de falta de autoría a supuestos de actos nulos o anulables, y no aceptando la categoría doctrinaria de “acto inexistente”, permite la defensa del tercero en estos casos, siempre que logre acreditar su onerosidad y buena fe en el acto de adquisición. De allí que el autor haya recomendado en el año 1968 la inclusión de un párrafo seguido al reformado 1051, que textualmente establecía: “Esta excepción no es aplicable si el acto anulado ha sido realizado sin intervención alguna del titular del derecho o consistiera en actos dolosos de terceros”. Este párrafo, cuya inclusión fue aconsejada en 1968, es actualmente reproducido en el Proyecto de Unificación de la Legislación Civil y Comercial, en la última parte del artículo 389, que expresa: “Los subadquirentes no pueden ampararse en su buena fe y a título oneroso si el acto se ha realizado sin intervención del titular del derecho”.

La apariencia jurídica –como principio consagrado por nuestra legislación– es, para algunos, fundamento más que suficiente para lograr la protección del tercero. Así, autores como Mosset Iturraspe ven en el artículo 1051 la consagración de este principio, que pone a salvo al subadquirente de buena fe y a título oneroso de cualquier vicisitud que pueda afectar al acto anterior a su

adquisición, sea dicho acto nulo, anulable, inoponible, irrelevante, inexistente. De esta manera, la transmisión operada sobre la base de actos falsos o adulterados puede quedar legitimada en cabeza de ese tercero, al cual el juez juzgará severamente en cuanto a la calificación de su buena fe.

Spota va más allá, entendiendo que el artículo 1051 de nuestro Código Civil ha consagrado el principio de abstracción de causa en miras a la protección del tráfico jurídico inmobiliario. El segundo negocio dispositivo en el que ha actuado el subadquirente de buena fe y a título oneroso es perfectamente válido, a punto tal que se separa y se abstrae del primer negocio jurídico, cuya inexistencia, invalidez o inoponibilidad no lo afectan. Esa fuente legal jurígena permite al tercero legitimar el derecho así adquirido, bonificando su título y aproximando nuestro sistema jurídico al derecho alemán. Poyssegur no cree que se haya recepcionado en nuestro derecho la teoría de la abstracción de causa. En nuestro sistema, afirma, el simple acuerdo no basta para constituir o transmitir derechos reales sobre inmuebles, sino que se necesita siempre de un acto jurídico causal que le dé origen (artículo 577 del Código Civil). Sostiene, entonces, en relación con el Proyecto de modificación del Código de 1936, que la abstracción es un rodeo, un artificio técnico sólo reconocido por aquellos supuestos que la ley consagra en forma explícita e inequívoca, y éste supuesto planteado no es uno de ellos.

Algunos interpretaron, entre ellos Manuel Adrogué, que el artículo 1051 reformado en el año 1968 permitía, aunque con alcances restringidos, la incorporación del principio de fe pública registral en nuestro sistema jurídico. Por lo tanto, si el tercero, actuando de buena fe y a título oneroso adquiriría de quien se hallaba legitimado registralmente a transmitir, adquiriría bien, nada más se le exigiría, independientemente de que el acto antecedente hubiera acontecido con falta de autoría del verdadero titular. El mismo autor lamenta que en estos casos no se hubiera previsto legalmente un régimen de fondo de reparación para las víctimas. Así, el artículo 1051 no sólo consagra una excepción al principio del *nemo plus iuris* del artículo 3270 y al régimen de reivindicación previsto por nuestra legislación, sino que crea una nueva forma de atribución del dominio en protección a estos terceros, que bien merece ser agregada al artículo 2524 del Código Civil como una nueva causal de acceder al dominio sobre las cosas. De esta manera, según la presente interpretación, el tercero que cuente con el emplazamiento registral correspondiente podrá oponerse al *verus dominus*.

## VII. ¿Cómo juega la usucapión breve?

Si analizamos las situaciones fácticas abarcadas por los supuestos de falta de autoría, tales como escrituras materialmente falsificadas, poderes apócrifos o revocados, sustitución de personas, encontraremos una gran similitud con las exigencias para la procedencia de usucapión breve, por cuanto todos estos casos constituirían supuesto de justos títulos, es decir, revestidos de formalidades legales, sin tener en cuenta la legitimidad de quien emanan (artículo

4010). De esta manera, si sumamos a este requisito la buena fe y la posesión decenal continua, estaremos en condición de usucapir.

Ahora, si razonamos de acuerdo con los parámetros expuestos por la doctrina minoritaria, que extiende la protección a favor de los terceros, en estos casos de falta de autoría, ¿qué quedaría de la usucapión breve? Si el tercero encuentra protección inmediata para estos supuestos, ¿por qué esperar diez años para lograr la protección que puede conseguir en forma instantánea? Es decir que seguir los lineamientos de esta postura nos llevaría a dejar sin efecto a este remedio legalmente consagrado o resignar su aplicación a los casos en los que el tercero no haya dado contraprestación alguna por lo recibido.

#### VIII. Otra posible solución

Nadie duda de que, en principio, la única forma de protección del tercero en estos casos de falta de autoría es la usucapión, breve o larga, a los efectos de adquirir el dominio sobre el inmueble.

Sin embargo, el doctor Jorge Alterini, en una propuesta más que interesante, nos plantea otra posible solución. Interpretando en forma taxativa o *a contrario sensu* los supuestos viables de la acción reivindicatoria que surgen de los artículos 2776, 2777 y 2778, y armonizando su aplicación con el actual texto del artículo 1051, podríamos lograr la protección del tercero, aun en estos casos de falta de autoría, si en las sucesivas transmisiones dominiales logramos acreditar una doble cadena de buena fe y onerosidad. De esta manera, seríamos muy rigurosos al exigir en el enajenante del tercero el requisito de buena fe, descartando así toda posible complicidad, tan común en estos casos. En cuanto a la calificación de esta buena fe exigida en la doble cadena de transmisión dominial, el correspondiente estudio de títulos jugaría un rol esencial para su determinación. De esta manera, el autor pretende lograr una armonización de principios jurídicos, más que una opción por el enfrentamiento de artículos incompatibles.

La doctora Mariani de Vidal, en esta dirección, no acepta la tácita derogación del artículo 2777 por el reformado 1051 y encuentra en esta interpretación una manera de armonizar las normas jurídicas vigentes sin sacrificar ninguna de ellas.

Por su parte, la doctora Adriana Abella, siguiendo este análisis, afirma que habría que distinguir determinadas hipótesis dentro de la falta de autoría. Así, en los casos de falta de matricidad en la escritura de transmisión, la única opción que tiene el tercero para su protección frente a la acción reivindicatoria del propietario será la usucapión breve, ya que un estudio de títulos pondría de relieve este vicio, haciendo caer en consecuencia la pretendida buena fe del subadquirente. En aquellos casos en donde el vicio no pudiera ser descubierto por tal actividad, como ser la sustitución de personas, sería viable la defensa del tercero en los supuestos de la doble cadena de buena fe.

Por último, en el caso judicial de “Gonella c/ Portella”, en el que el juez de segunda instancia otorga la protección a los terceros, la doctora Elena Highton, en su crítica a dicho fallo, establece con claridad los ámbitos de aplicación de

los distintos artículos de nuestro Código Civil, a los efectos de lograr la protección a los terceros subadquirentes de buena fe y a título oneroso, así: la aplicación del artículo 1051 quedaría reservada a los supuestos de nulidad de los actos, prescindiendo de la buena fe del enajenante; la aplicación *a contrario sensu* de los artículos 2777 y 2778 quedaría reservada a los supuestos de abuso de confianza, en donde hubo tradición de la cosa por el propietario a favor de alguien que ha intervertido su título y lo ha enajenado a favor de un tercero, y a partir de allí la doble cadena de buena fe de los sucesivos adquirentes y la usucapión breve como salvaguarda de los terceros ante los casos de falta de autoría, en los que el propietario no haya hecho entrega a nadie de la cosa.

## Bibliografía

- Adrogué, Manuel, “El artículo 1051 y su influencia sobre el régimen de los derechos reales”, en *La Ley*, Buenos Aires, tomo 143, pág. 1.180.
- Alterini, Jorge, “Importancia del estudio de títulos”, en *Gaceta del Notariado de la prov. de Santa Fe* N° 88, año 1982, pág. 21. “El artículo 1051 y el acto inoponible”, en *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, 1971, pág. 634.
- Alsina Atienza, Dalmiro, “La necesidad de tutela jurídica y el interés en las nulidades”, en *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, tomo 1954-IV, pág. 281. “Retroactividad de la anulación de los actos jurídicos”, en *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, tomo 1950-II, pág. 3.
- Andorno, Luis, “El artículo 1051 y los terceros adquirentes de buena fe y a título oneroso”, en *El Derecho*, Buenos Aires, 1979, tomo 82, pág. 821.
- Borda, Guillermo, “Efectos de la interposición de demanda de reivindicación y posesión de buena fe”, en *Tratado de Derecho Civil. Derechos Reales*, Perrot, Buenos Aires, 1975, págs. 125/143.
- Cortés, Hernán, “Los efectos contra terceros de la nulidad de los actos jurídicos y la reforma de la ley 17711”, en *La Ley*, Buenos Aires, 1970, tomo 139, pág. 906.
- Laquis, Manuel Antonio, *Consecuencias de la reforma: adquirentes de buena fe y a título oneroso. Derechos Reales*, Depalma, Buenos Aires, 1975, tomo 1, pág. 312.
- Molinario, Alberto, “La reivindicación inmobiliaria y el adquirente de buena fe a título oneroso”, en *El Derecho*, Buenos Aires, 1964, tomo 7, pág. 179.
- Pouyssegur, Martín, “El art. 1051 del C. C.”, en *La Ley*, Buenos Aires, 1973, tomo 152, pág. 873.
- Trigo Represas, Félix Alberto, “La nulidad de los actos jurídicos y los terceros adquirentes de inmuebles”, en *Revista Notarial* N° 829, La Plata, 1976, pág. 1427.
- Abella, Adriana, “Estudio de títulos”, en *Revista del Notariado* N° 833, Buenos Aires, 1993, pág. 455.
- Highton de Nolasco, Elena, Nota a fallo: “De las sorpresas que puede llevarse un propietario”, en *Revista del Notariado* N° 809, Buenos Aires, 1987, págs. 547-614.
- de Hoz, Marcelo, “Revalorización del estudio de títulos en el ejercicio de la función notarial”, en *Revista del Notariado* N° 842, Buenos Aires, 1995, pág. 485.



E. CABULI Y G. J. JATIB:  
LA PREVENCIÓN DEL LAVADO DE  
ACTIVOS Y EL EJERCICIO PROFESIO-  
NAL EN EL MUNDO GLOBALIZADO



# La prevención del lavado de activos y el ejercicio profesional en el mundo globalizado \*

Por **Ezequiel Cabuli** y **Griselda J. Jatib**

## Sumario

I. Introducción. II. Las secuelas de la globalización. III. La pista del dinero. IV. La desigual cooperación de los gobiernos. V. Etapas del lavado. VI. El GAFI. Su función. VII. La lupa sobre las operaciones bancarias. VIII. Profesionales: la obligación de informar. IX. La resistencia de los abogados europeos. X. El secreto profesional. XI. El dictado de normas de protección en la Argentina. La obligación de informar. XII. La reforma a la ley 25246. XIII. Los profesionales en Ciencias Económicas. XIV. Conclusiones. XV. Bibliografía.

## I. Introducción

El lavado de activos en el marco internacional

El lavado de activos se caracteriza como el proceso de transformación, mediante la inversión en actividades lícitas, de activos obtenidos en cualquier género de conducta ilícita con la finalidad de otorgarles una apariencia de legalidad. Como consecuencia de esta modalidad criminal, distintos organismos internacionales han impulsado un conjunto de iniciativas tendientes a consolidar mecanismos de prevención y control.

El blanqueo es uno de los fenómenos globales que más preocupan en la actualidad a los gobiernos del mundo entero: para la realización de tales opera-

---

\* Publicado en *La Ley* del 2/5/2006.

ciones la delincuencia organizada cuenta con técnicas modernas sofisticadas que se infiltran, se asientan y conviven en la globalización de la economía, junto con la tecnología.

Hoy el término no es unívoco y sí abarcativo de un amplio espectro que adoptan las sociedades criminales para llevar adelante su cometido. En una etapa inicial, las actividades de lavado se reducían a controlar el dinero proveniente casi únicamente del tráfico de drogas; más adelante se incorporó el tema del terrorismo, pero sabemos que hoy, desde las más inocentes actividades comerciales como la más compleja asociación, se pueden encubrir operaciones ilícitas.

El escaso control de las barreras para la circulación del dinero sucio, producto de referidas actividades, sumado al dinero proveniente de la corrupción (este último caso, el más difícil de probar, debido a que en la mayoría de los casos los protagonistas se vuelven juez y parte, por su posición de control sobre los mecanismos de protección) han proliferado significativamente en los últimos diez años y provocado la imperiosa necesidad de los gobiernos de buscar mecanismos conjuntos a través de la cooperación internacional, mediante la adopción de compromisos y normas de derecho internacional, cuyos alcances y resultados veremos en el presente trabajo.

El fenómeno del lavado ha adquirido el carácter de transnacional. Resulta importante destacar que sin un “componente internacional” el mismo no podría llevarse a cabo con la impunidad que actualmente enseña. A todo ello se le agrega una serie de factores tecnológicos, como son las telecomunicaciones, que han facilitado el crecimiento monstruoso con el que se ha sucedido.

## II. Las secuelas de la globalización

Es indudable que la globalización y sus efectos han facilitado la multiplicación de este fenómeno y, en efecto, la libre circulación de personas, bienes y servicios. El desdibujamiento de las fronteras que trae aparejado y la creciente falta de control fronterizo, unidos a la fluidez de los datos enviados por Internet, y el vacío jurídico, han contribuido a esta expansión y al ocultamiento del origen delictivo de los bienes.

Debemos aceptar, con Ulrich Beck <sup>1</sup>, que “la Sociedad Mundial se remite a una especie de Nuevo Mundo, una especie de continente no investigado que se abre a una tierra de nadie transnacional, a un espacio intermedio entre los Estados nacionales y las Sociedades nacionales y, como consecuencia de esto, se produce una diferencia de poder entre la política del Estado nacional y las posibilidades de acción de las sociedades mundiales” y agrega que “la actitud solipsista del Estado destroza cualquier política nacional, mientras que la colaboración transnacional la vivifica”; por eso concluimos que este terrible flagelo que es el narcotráfico y el blanqueo del dinero producido por él exigen un planteo desde el punto de vista internacional, pues las fronteras se diluyen y aún no es posible calcular la magnitud de la masa monetaria que circula. Esto

(1) Beck, U., *¿Qué es la globalización?*, Ed. Paidós, Buenos Aires, 2004, p. 63.

se traduce en la imperiosa necesidad que tiene cada país de someterse a este nuevo Derecho Internacional y comunitario, para combatir eficazmente, de manera organizada, a la criminalidad transnacional y aceptar este nuevo “Poder Mundial”.

Entre las consecuencias de la globalización, la más importante ha sido la operada en los medios de comunicación. Ignacio Ramonet <sup>2</sup> dice al respecto: “una estructura de información global cubre la tierra, como una Telaraña, aprovechando las ventajas de la digitalización y fomentando el entramado de las Comunicaciones (Internet y la informática aplicada a telecomunicaciones)” y agrega que “controlar un mundo donde hay 690 millones de abonados al teléfono, de los cuales 80 millones están abonados a su vez a la telefonía móvil y 200 millones de ordenadores de los cuales 30 millones de usuarios están conectados a Internet, medios que están prácticamente desregulados y favorecen a la globalización de la economía y la autogestión”.

Todo esto lleva fatalmente a la supresión de la supervisión estatal y a obviar la autoridad de los gobiernos y de los parlamentos.

El Estado nacional ejercita su soberanía en un territorio determinado, dicta sus leyes, ejerce la justicia, defiende sus fronteras e impone sus impuestos. Vemos que resulta una falacia pensar que se controla lo incontrolable, ya que estas poderosas estructuras transnacionales “se organizan en sus modos de trabajo, producción y cooperación, a través de Bancos, corrientes financieras y tecnología, siendo ellas, por lo tanto, las que crean y estabilizan relaciones de cooperación o de crisis, por encima y más allá de las fronteras”.

### III. La pista del dinero

El producto obtenido a través del dinero lavado, el llamado “dinero sucio”, afecta las economías de todos los países. Se estima, según informe del Fondo Monetario Internacional, que alcanza a un 5% del PBI mundial.

La transformación de capitales ilícitos se lleva a cabo a través de complejísimas operaciones bancarias, o sea, transferencias a distintos Bancos del mundo, principalmente a instituciones situadas en los llamados paraísos fiscales (la OCDE, Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico, publicó recientemente una lista de 35 paraísos fiscales, intimando a estos países sede para que modifiquen su régimen impositivo y colaboren eliminando la exagerada imposición de beneficios para estas actividades financieras).

Los organismos especializados en la lucha contra el lavado insisten en la importancia de que los gobiernos, en forma organizada, realicen un adecuado control de “la pista del dinero” y su recorrido: esto será posible de llevar a cabo a partir de la incorporación a los sistemas jurídicos locales de una serie de medidas de control que obligue a los operadores y agentes, ante quienes habitualmente tiene “paso obligado” el dinero proveniente del lavado. Lo manifestado en el párrafo anterior es considerado crucial para una investigación exitosa.

(2) Ramonet, Ignacio, *Le Monde Diplomatique* 11/4/97.

#### IV. La desigual cooperación de los gobiernos

Ante este fenómeno mundial, existen países que han prestado diversos niveles de colaboración a las normativas internacionales: existen países que han adoptado importantes medidas de protección, como ser, el levantamiento de los secretos bancarios, que protegen los fondos ilícitos, y han colaborado, en gran medida, en la investigación internacional del lavado de activos, con importantes resultados. Sin embargo, existen países que, de acuerdo con informes del GAFI (Grupo de Acción Financiera), no colaboran en la lucha contra el blanqueo al no controlar la entrada de capitales ilícitos, con lo cual no se puede remontar y detectar el origen de los mismos.

En reciente reunión de funcionarios de alto nivel contra la lucha de la corrupción en la sede del BID, en Washington, José Ugaz, funcionario del Banco Mundial, destacó la recuperación de fondos ilícitos en el procesamiento a Fujimori y Montesinos, donde los investigadores peruanos lograron obtener pruebas sobre 210 millones de dólares en fondos enviados ilegalmente, desde su país (Perú) al extranjero.

#### V. Etapas del lavado

La primera etapa es la introducción del dinero dentro de los circuitos financieros: esto se logra a través de pequeños depósitos inferiores, giros postales que se cobran y depositan en diversas cuentas y en distintos lugares del mundo, o por medio de la adquisición de bienes raíces. La colocación de los fondos en el sistema no financiero oficial implica menos riesgos que a través del sistema bancario, en el cual se han tomado una serie de medidas que desalientan a los lavadores, aunque éstos siempre tienen la opción de recurrir a la banca *off shore*.

La segunda etapa, que es la “estratificación o diversificación”, implica su transformación o reconversión por infinitas permutas y operaciones y combinaciones de todo tipo para legitimar el dinero; es en esta etapa donde más se complica detectar los fondos ilícitos.

Por último, la tercera etapa, la de “integración”, implica la reintegración final a la economía regular. Con frecuencia este ingreso se produce entremezclado en la tesorería de empresas legales con transacciones masivas en metálico, como supermercados, restaurantes, bares, discotecas, clubes de fútbol, casinos, locutorios o tiendas de informática, como también sorprendentes reflojamientos de empresas en crisis.

Por ello el GAFI previene, en una de sus recomendaciones (la 23 del 2003), la toma de control de instituciones financieras por parte de organizaciones criminales. Estas últimas recurren a sociedades falsas que permiten la circulación de los fondos, que retornan a los mismos integrantes de la sociedad, la subfacturación a través del comercio transfronterizo, la utilización de sociedades *off shore* constituidas en países de baja o nula tributación o en países exigentes con el secreto bancario, lo que permite que los fondos permanezcan en el anonimato, así como los agentes involucrados.

## VI. El GAFI. Su función

El GAFI es, sin duda, el más importante organismo mundial en la lucha contra el lavado; su progresiva y persistente acción ha logrado identificar no sólo los paraísos fiscales, sino que con su accionar ha logrado la cooperación de los mismos bancos, como hemos visto, y a los cuales se les exige la máxima diligencia en la identificación de sus clientes (según la regla *know your customer*) y por la cual deberán informar a las autoridades competentes y conservar la documentación correspondiente, obligación que se hace extensiva a notarios, registradores y contadores.

Este organismo subcontinental ya está instalado en la Argentina, en donde la Ciudad de Buenos Aires, como sede ejecutiva (GAFIsud) del Organismo Intergubernamental, agrupa a los países de América del Sur en la lucha contra el lavado de dinero de origen delictivo. El grupo GAFIsud se ha creado de manera semejante al Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI), el que ha diseñado el estándar internacional de antilavado más reconocido del mundo, del que también nuestro país es integrante a través de su Unidad de Información Financiera (UIF).

Es de destacar que el GAFI ha emitido las famosas cuarenta recomendaciones volcadas en el Documento Consultivo, cuya versión consolidada fue publicada en junio de 2003, además de las notas explicativas y un Glosario (que se puede consultar en Internet en [www.falf-GAFI.org](http://www.falf-GAFI.org)).

Tanto el GAFI como el GAFIsud promueven esquemas de trabajo y consultas que comprueban la marcha del combate antilavado y la conducta de los países integrantes, como asimismo un sistema de consultas.

No podemos dejar de tener presente que tanto las cuarenta recomendaciones como asimismo sus recomendaciones especiales han sido reconocidas por el Fondo Monetario Internacional y por el Banco Mundial como Normas Internacionales en materia de lucha contra el blanqueo de capitales y financiación del terrorismo.

## VII. La lupa sobre las operaciones bancarias

Es sabido que en todos los países del mundo los bancos representan a grandes sectores empresariales, a instituciones u organizaciones y a individuos que, por medio de depósitos, préstamos, créditos, transferencias, etc. utilizan sus servicios.

La mayoría de los bancos y demás instituciones financieras que realizan estas actividades deben estar sometidos al ámbito de la legislación bancaria o leyes que protejan a los ciudadanos; por eso para las “Normas Internacionales de Contabilidad” se exige que los bancos o entidades financieras que realicen préstamos y operaciones similares informen mediante análisis claros y documentados “la posición financiera de la entidad bancaria, como asimismo las actividades que lleva adelante la misma o su liquidez”, puesto que la mayoría de los bancos “llevan a cabo operaciones que no son siempre conocidas por los usuarios”.

El GAFI, en su recomendación número 12, exige a las instituciones credi-

ticias conservar los registros de compraventa, efectuados por clientes del banco o de ellas, la administración de dinero en su caso, la creación y administración de sociedades comerciales, cuentas bancarias o de ahorro, títulos valores u otros activos del cliente y el control de las operaciones con las bancas *off shore*, “pues si éstas no existieran, no habría dónde ocultar el dinero”.

El 22 de abril del corriente año entró en vigor el nuevo Reglamento sobre la Prevención del Blanqueo de Capitales, aprobado por el Consejo de Ministros de la Unión Europea. En él se resalta la importancia de cubrir las lagunas legales en lo que respecta al “secreto bancario”, que obstaculiza la lucha contra innumerables delitos; de acuerdo con el mismo: “las entidades crediticias tendrán que identificar las operaciones que se realicen con países considerados paraísos fiscales o con países con normas sumamente rígidas en cuanto al ‘secreto bancario’ como Suiza, Andorra, Mónaco, Liechtenstein o San Marino”. El Reglamento especifica también que esta identificación deberá hacerse mediante un perfil *standard* para entidades financieras, aseguradores y sociedades de valores de acuerdo con el Foro Internacional de Basilea, la Asociación Internacional de Supervisores de Seguros o la Organización Internacional de Comisiones de Valores. El límite de la obligación de informar sobre operaciones sistemáticas será por sobre los 30.000 euros en efectivo y será supervisado y aplicado por el Servicio Ejecutivo de la Comisión para la Prevención de Blanqueos de Capitales (SEPBLAC).

Luego, el pasado 20 de septiembre de 2005, la tercera Directiva europea, aprobada por el Consejo Europeo, introduce disposiciones expresas y de manera pormenorizada sobre la exigencia de la “identificación del cliente” y del “titular real”, y contiene una definición de titular real realmente innovadora.

La referencia de los pasos seguidos por los caminos del lavado revela que aún falta mucho por hacer. Los progresos que se han registrado, obtenidos gracias a la acción conjunta internacional, y de ciertas instituciones como el GAFI, están intentando sanear el sistema financiero legal, extendiendo el control sobre los bancos y entidades financieras similares. Esta directiva, sin embargo, ha instaurado un gran debate sobre la deontología profesional.

### VIII. Profesionales: la obligación de informar

Las recomendaciones del GAFI y de otras instituciones sobre operaciones financieras y otras actividades han apuntado a las profesiones liberales que “tienen como ejecutores actores e integrantes de profesiones jurídicas independientes, entre otros, a los abogados, notarios y contadores”. Si bien coincidimos en que en una gran parte de las “actividades u operaciones” que se mencionan en el anexo de la recomendación número 9 de la GAFI intervienen los citados profesionales, ello no explica que, además de incluirlos, se les exijan idénticas obligaciones que a las instituciones financieras.

Fue también receptado este principio por la Directiva europea 2001/97, modificatoria de la Directiva 91/308, que vehiculizó los sucesivos informes del Consejo Europeo y ampliaron el ámbito de los sujetos obligados, al incluir también a los auditores contables externos, asesores fiscales y agentes de la

propiedad inmobiliaria, incluso a comerciantes de bienes de valor suntuario, etcétera.

## IX. La resistencia de los abogados europeos

Finalmente, la tercera Directiva sobre Blanqueo de Capitales de septiembre de 2005, a la cual nos referimos, y que fue aprobada por el Consejo de la UE, es la que más resistencia ha generado en los abogados europeos, quienes manifestaron “que por cuanto en lo que atañe a esta profesión, consideran que la misma se encuentra regulada y muy liberalizada, por lo que no se debe interferir en su funcionamiento”; así lo ha sostenido la Conferencia de Presidentes de las Abogacías Europeas, quienes firmaron una carta de intención, donde formulan su desacuerdo con la Directiva.

En julio de 2005 los Colegios de Abogados belgas obtuvieron la aprobación del Tribunal Constitucional Belga para que éste planteara una cuestión prejudicial ante el TJCE de la UE, para que se pronuncie sobre la ley belga que transpone a la legislación nacional de este país la Directiva de Blanqueo de Capitales del año 2001, donde se establece la obligación de denunciar que tienen los abogados, y si la misma es compatible con el art. 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (derecho a un juicio justo); el TJCE deberá expedirse en un plazo de 18 a 24 meses.

Asimismo, los Colegios de Abogados de España y Francia han realizado peticiones al Parlamento Europeo sobre las exigencias de la última Directiva, pidiendo su posposición antes de su transposición a las legislaciones respectivas.

### ¿Cómo puede ayudar un profesional a la prevención del lavado?

Es importante advertir que, frente a cualquier investigación, los lavadores pueden recurrir a despachos de abogados, notarios o contadores (entre otros), por lo que se entendió que éstos también deberían involucrarse, al igual que las instituciones crediticias y bancarias, en esta contienda que reviste el carácter de internacional que, como ya hemos aclarado, tiene su correlato en el deber de “cooperación”. Es sin embargo útil destacar, y como hemos mencionado, que la “pista del dinero” tiene su principal desarrollo a través de operaciones bancarias, con lo que sostenemos que es sobre estas entidades donde hay que establecer el principal y agudo control.

La mayor parte de las instituciones involucradas en el lavado de dinero son bancos comerciales, sociedades fiduciarias, asociaciones de ahorro y préstamos, bancos de ahorro, bancos industriales, cooperativas, como asimismo fundaciones que ocultan el lado oscuro de la filantropía.

## X. El secreto profesional

La documentación archivada en una notaría o en un estudio jurídico o contable es una prueba contundente para la pesquisa del trayecto seguido por el dinero ilícito, aunque no siempre se puede establecer el origen del mismo porque el lavado recorre una ruta sinuosa y compleja, que dificulta la identificación por parte del notario, por resultar ajeno a sus “operaciones de ejercicio”;

en tanto también es cierto que éste no debe transformarse en un “gendarme financiero”, según la acertada frase del notario español Juan Álvarez Salas.

La cuestión ha suscitado numerosas polémicas en cuanto al alcance que las legislaciones de no sólo nuestro país, sino de Europa, le han dado, donde las sanciones recaen, además de sobre los notarios, también sobre los abogados, contadores y otros operadores, en su deber de información, frente a una operación sospechosa.

Lejos estuvo la reciente reforma en nuestro país (ley 26087) de contemplar tales aspectos y, por el contrario, estableció que los sujetos del artículo 20 de la ley 25246, en los que se incluyen profesionales, no podrán oponer a la UIF los compromisos de confidencialidad ni el secreto profesional.

¿Implica esto una falta de ética de los profesionales para con sus clientes?

Recientemente en España, según una nota aparecida en el diario *ABC*, se establecía que “los notarios serían obligados a notificar por escrito al Banco de España frente a cualquier operación sospechosa”. La preocupación en particular es por la relación contractual que se establece entre el profesional y su cliente, y la posibilidad de violar el código ético y la confiabilidad establecida entre ambos. Esta dificultad se da principalmente en la apreciación, por parte del profesional del derecho, del “delito grave” y su evaluación, que puede llegar a hacer, sin violar los principios mencionados ni incurrir en delito por una confusa aplicación de la norma de protección. Es por ello que la misma deberá ser clara en su contenido para no generar pautas que den lugar a una violación a los más altos preceptos del deber profesional.

Es difícil imaginar que alguien acuda a su profesional de confianza sin tener la seguridad de que lo que le cuente no saldrá nunca de su despacho.

## XI. El dictado de normas de protección en la Argentina. La obligación de informar

En sintonía con los estándares promocionados internacionalmente, la Argentina sancionó, en mayo de 2000, la ley 25246 de encubrimiento y lavado de activos de origen delictivo, asumiendo el compromiso de estructurar un sistema preventivo a los efectos de impedir el lavado de dinero.

Un año después se reglamentó esta ley mediante dos decretos, en los cuales se destaca la importancia de que tanto el Estado como la sociedad deben adoptar medidas que permitan enfrentar semejante fenómeno, estableciendo cuáles serán las “operaciones sospechosas” y quiénes tendrán el deber de informarlas. Además, se creó la Unidad de Información Financiera, organismo encargado del tratamiento y análisis de tales operaciones.

Entre estos “hechos” u “operaciones sospechosas” se destacan ciertas actividades realizadas ante escribanos, contadores, despachantes de Aduana y martilleros, entre otros operadores, en ejercicio habitual de su profesión, que por su magnitud y características se aparten de las prácticas usuales del mercado, y se establece un sistema de sanciones por su incumplimiento.

Siguiendo al escribano Pelosi <sup>3</sup>, coincidimos en que estas normas violan el “principio de legalidad, en tanto obligan al escribano a denunciar operaciones consideradas sospechosas, basadas en criterios difusos, ello agregado a la delegabilidad de la potestad punitiva del Estado, y la transferencia de la misma a una repartición sin facultades legislativas como la UIF, donde la transforman lisa y llanamente en normas violatorias de nuestra Constitución”.

Ante estos hechos tan graves, el Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires y el Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires hicieron sendas presentaciones ante la justicia federal para que se declare la inconstitucionalidad de la ley 25246 y la resolución de la UIF 10/2004.

Entendemos y concordamos con la presentación del Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires en que la reglamentación de la ley viola garantías constitucionales enunciadas en el art. 18 de nuestra Constitución, que respalda y fundamenta, estableciendo a su vez la doctrina nacional e internacional la exclusión de la defensa por mano propia y su reemplazo por el debido proceso judicial.

Asimismo, se destaca que “la simple lectura de la resolución número 10/2004 advierte que se ha delegado en los escribanos públicos facultades de investigación de probables ilícitos de naturaleza penal compleja con un evidente criterio subjetivo [...] el ejercicio de actividades de investigación y de instrucción, de por sí ajenas a su formación profesional, han obligado a su aplicación con criterio subjetivo, condicionando las mismas, conforme a su resultado, a graves sanciones”: esto resulta de por sí esclarecedor.

La ley 23187 (*Adla*, XLI-C, 2006), que rige el ejercicio de la abogacía en la Capital Federal, impone a los abogados el deber de “observar con fidelidad el secreto profesional”. Por su parte, el Tribunal de Disciplina del Colegio Público de Abogados ha dicho: “Que el deber de reserva constituye un derecho, pero primordialmente un deber del abogado y su violación hiere a la sociedad entera, porque quita a los profesionales en los que la sociedad se apoya, su principal sustento, que es la confianza <sup>4</sup>.”

## XII. La reforma a la ley 25246

El originario art. 14 de la ley 25246 (*Adla*, LX-C, 2805) establecía que la Unidad de Información Financiera (UIF) estaba facultada para solicitar informes, documentos, antecedentes y todo otro elemento que estime útil para el cumplimiento de sus funciones y, en caso de que frente a ella se interponga el “secreto profesional”, podía reclamar su excepción de cumplimiento, ante juez competente del lugar de aplicación de lo solicitado.

Los compromisos internacionales no podían esperar: una reforma legisla-

(3) Pelosi, Horacio, «Encubrimiento y lavado de activos de origen delictivo», *La Ley*, 2005-C, 1465.

(4) Durrieu (h), Roberto, artículo publicado en la revista *Abogados*, editada por el Colegio Público de Abogados, Ciudad de Buenos Aires, Supl. N° 43, junio de 2004.

tiva debía poner fin a las contiendas judiciales generadas por la interpretación de los artículos 14 y el 20 de la referida ley.

La reforma se operó sobre los referidos artículos, a través de la ley 26087 (publicada en el *BO* del 24/04/2006). Esta suprime la “autorización judicial”, camino obligado que debía recorrer el organismo, ante una oposición basada en la protección de información. De este modo, estableció en forma definitiva “la inaplicabilidad y prohibición de invocación del secreto bancario, fiscal, bursátil o profesional”.

Entendemos que para esta ley se trata de secretos equivalentes, que son tratados con la misma jerarquía. Circunstancia que no compartimos.

### XIII. Los profesionales en Ciencias Económicas

Matriculados en un consejo profesional, los contadores también son incluidos en la misma categoría de informantes, involucrados en la enumeración del art. 20 de la ley 25246 antes citada.

Esta carga pública implica también, en esta profesión, la violación de su Código de Ética, que en sus artículos 21 y 22 prescribe que “la relación entre el profesional y el cliente debe desarrollarse dentro de la más absoluta reserva y confianza, no debiendo el profesional divulgar asunto alguno sin la autorización de su cliente”<sup>5</sup>.

### XIV. Conclusiones

Resulta de suma importancia la colaboración de las profesiones jurídicas y económicas, pero ésta debe cuidar no excederse en las exigencias impuestas. El profesional debe tener una conducta de diligencia, donde evalúe las posibilidades de cumplir la ley sin faltar al Código deontológico que rige su profesión.

Debemos considerar en forma realista que el solo ejercicio profesional en nuestro país, donde en determinadas ocasiones las reglas de juego presentan incongruencias tales que ni los más calificados doctrinarios pueden analizar y prever en forma eficaz, implica asumir una responsabilidad que, de por sí, es más que trascendente.

Resulta imprescindible tener cautela a la hora de reglamentar la ley de lavado de dinero. Ponernos a pensar en un sistema de protección adecuado implica imponerle al profesional un deber de información con pautas claras, precisas y definitivas, para combatir el lavado y no su profesión, basada en el secreto profesional como sustento de confianza.

En cuanto a las “operaciones sospechosas” que describe la ley, concluimos que los términos ambiguos que se han empleado no sólo no ayudan a esclarecer las intenciones de la misma, sino que violan la estructura interior y las “posibilidades expresivas del lenguaje” y es en el lenguaje “soberano y obsesivo –como decía Michel Foucault<sup>6</sup>– donde debe hallarse el laberinto que lleva a la

(5) Ver Sánchez Brot, Luis E., “La responsabilidad de los profesionales en Ciencias Económicas ante el lavado”, en revista *Actuación Profesional*, N° 5, Ed. La Ley, septiembre de 2005, p. 97.

(6) Foucault, *Las palabras y las cosas*.

verdad”. El lenguaje jurídico, por lo tanto, debe transmitir la realidad que lo circunda, con rigurosidad, para evitar transformarse en un “lenguaje de ficción”, que se vuelca en leyes “que resultan moldes vacíos”.

Implicará, además, hacer un análisis exhaustivo, enfocando los esfuerzos, principalmente en el control de los fondos operados a través de las entidades bancarias y, a partir de ello, organizar correlativamente una política de estado racional, teniendo en cuenta a nivel estatal qué se ha hecho y qué se ha dejado de hacer hasta ahora, para prevenir los distintos delitos que la misma ley enumera en su articulado.

La responsabilidad es un compromiso, por eso Nietzsche se preguntaba: ¿Qué es la libertad? “la voluntad de responder por sí mismo”, y estimaba que “la libertad nace de la fuerza de las instituciones”. De manera que el profesional responsable y libre adoptará la posición que necesariamente le corresponde, en este tema tan crucial, donde se juegan las libertades individuales y el deber ético de la lealtad.

## XV. Bibliografía

- \* Ulrich Beck, *¿Qué es la globalización?*, Ed. Paidós, 2004.
- \* Diario español *El País* del 27/5/2004.
- \* Revista del BID, 15/9/2005.
- \* *El blanqueo de capitales y las profesiones jurídicas*, Notario de Madrid D. Juan Álvarez Sala.
- \* SEPBLAC, Madrid, España, *DJU* 26/11/2001.
- \* Diario español ABC del 16/3/2005.
- \* CBE.
- \* Recurso interpuesto ante la Justicia Federal de La Plata por el Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires: “Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires c. Poder Ejecutivo Nacional (Unidad de Información Financiera) s/ acción declarativa y medida cautelar Ley 25.246”.
- \* Alfredo Carella, “El lavado de dinero: alcances del secreto profesional”, *La Ley*, año 2005, t. B.
- \* Ignacio Ramonet, *Le Monde Diplomatique* del 11/4/97.
- \* Horacio Pelosi, “Encubrimiento y lavado de activos de origen delictivo”, *La Ley*, 2005-C, 1465.
- \* Roberto Durrieu (h.), artículo publicado en la revista *Abogados*, editada por el Colegio Público de Abogados, Ciudad de Buenos Aires, suplemento n° 43, junio de 2004.
- \* Luis E. Sánchez Brot, “La responsabilidad de los profesionales en Ciencias Económicas ante el lavado”, en revista *Actuación Profesional* N° 5, *La Ley*, septiembre de 2005.
- \* Michel Foucault, *Las palabras y las cosas*.
- \* “Los requerimientos internacionales en la prevención del lavado de dinero”, Gustavo Enrique Gener, *La Ley*, 2005CN n 113, 10 de junio de 2005, p. 1374.
- \* [www.lavadodenedinero.com](http://www.lavadodenedinero.com)
- \* [www.infef.com](http://www.infef.com) Normas internacionales de Contabilidad.
- \* Guillermina García Padín, “Terrorismo Financiamiento, situación actual de la Argentina”, en *Revista de Derecho Penal y Actualidad Legislativa*.
- \* [www.diariojudicial.com](http://www.diariojudicial.com) del miércoles 26 de octubre de 2005.
- \* John A. E. Vervale, “EL MERCOSUR y la integración regional en Sudamérica”, *RD M*, 4 de agosto de 2005, pp. 11-14.



- **ESCRIBANOS: DAÑOS Y PERJUICIOS. 1. COMPRAVENTA DE INMUEBLE. SUSTITUCIÓN DEL REPRESENTANTE DE LA PERSONA JURÍDICA ENAJENANTE. PERSONA...**
- **COMPRAVENTA. PRINCIPIOS GENERALES. ARREPENTIMIENTO. ENTREGA EFECTIVA DE LAS SUMAS PERCIBIDAS. REAJUSTE DEL PRECIO. IMPROCEDENCIA. VALOR...  
MOLLURA, PEDRO: NOTA A FALLO**
- **DONACIÓN. DONACIÓN DE UN INMUEBLE. FALTA DE ESCRITURA PÚBLICA. ARTÍCULO 1810 DEL CÓDIGO CIVIL. AUDIENCIA DEL JUICIO DE DIVORCIO. DONACIÓN...  
BELLUSCIO, AUGUSTO C.: NOTA A FALLO**
- **COMPRAVENTA. NULIDAD DE LA VENTA CELEBRADA POR UN MANDATARIO DE LA VENDEDORA MEDIANTE LA UTILIZACIÓN DE PODERES FRAGUADOS. NECESIDAD ...**
- **SOCIEDAD: SOCIEDADES EXTRANJERAS: CAPACIDAD; ACTOS AISLADOS; COMPRA DE INMUEBLES; FUNDAMENTO Y CONSTITUCIONALIDAD DE LA RESOLUCIÓN...**
- **MANDATO. FACULTAD PARA CONSTITUIR USUFRUCTO GRATUITO Y VITALICIO. NO CORRESPONDE ASIMILAR EL USUFRUCTO GRATUITO A LA DONACIÓN A...**
- **CONTRATOS: EXTINCIÓN; FRUSTRACIÓN DEL FIN DEL CONTRATO; CONFIGURACIÓN; PRESUPUESTOS; ART. 1200 DEL CÓDIGO CIVIL; APLICABILIDAD...**



**Escribanos:** Daños y perjuicios. 1. Compraventa de inmueble. Sustitución del representante de la persona jurídica enajenante. Persona detenida. Falta de verificación de la representación invocada. Responsabilidad. 2. Mutuo posterior con garantía hipotecaria y aval societario. Estudio de títulos y antecedentes. Falta de verificación de la representación invocada. Adscripto: actuación protocolar. Responsabilidad. Titular: concurrencia. Responsabilidad. Recurso extraordinario: rechazo \*

**Doctrina:**

*Cabe responsabilizar al escribano de registro que autoriza una operación de compraventa efectuada por quien dice comparecer en nombre y representación de una persona jurídica y, a la fecha de la venta, no sólo se encontraba detenido sino que, además, la representación invocada fue justificada por un acta y escritura constitutiva del ente, que corresponderían a un libro nunca rubrica-*

*do por ante la Inspección General de Justicia.*

*Para arribar a ese resultado se tuvo en cuenta que las rúbricas insertas por quien dijo actuar en nombre y representación de la persona jurídica enajenante eran falsas, no sólo en la escritura traslativa de dominio, sino también en el acta de directorio que pretendía probar ese extremo.*

*El instrumento público requiere, como condición esencial de vali-*

\* Fallo inédito.

*Nota de Redacción:* la doctrina de este fallo ha sido elaborada por el doctor **Gustavo Romano Duffau**.

dez, que se halle firmado por todos los interesados que intervienen como partes en él, no cumpliendo con ese requisito aquel que ostenta la grafía falsa de quien comparece al acto en representación de la persona jurídica vendedora.

Así, siendo el acta de directorio de la persona jurídica que pretendiera acreditar la representatividad del firmante falsa, la escritura de venta en donde ésta se esgrimió resulta nula por inexistente e inválida.

La fe de conocimiento que debe dar el escribano en actos de trascendencia como el que motivó la litis debe ser evaluada con criterio estricto conforme a lo normado en los artículos 1001 y 1002 del Código Civil.

La sola presentación del documento de identidad no alcanza para que el escribano dé fe de conocimiento, aun cuando el falso sujeto haya sido llevado a su presencia por un letrado que compartía oficinas con el escribano, porque para cumplir eficazmente con su deber, como acto de ciencia propia, el notario debe utilizar los testigos de conocimiento o de identificación que prevé la normativa aún vigente.

La identificación conocida por fe de conocimiento pertenece a los actos de ciencia propia y exige al notario la realización de un juicio de certeza basado en un análisis prudente de la identidad de los otorgantes.

Cuando el escribano no conoce a las partes —por conocimiento personal o directo— puede, igualmen-

te, autorizar la escritura, bien asegurándose previamente sobre la identidad, sin necesidad de recurrir a los testigos de conocimiento, pero para ello debe emplear los medios adecuados que le permitan llegar a la convicción íntima y racional de que quien ante él se halla es la misma persona que dice ser.

Además, el negocio presentaba ciertas particularidades que debieron llamar la atención del escribano, como que el precio de la operación fue pactado en un importe inferior a la suma de la valuación fiscal de los lotes enajenados y la vendedora manifestó haberlo recibido de manos del comprador antes de la escritura, circunstancia que no se compadece con la inexistencia de boleto de compraventa esgrimida.

Ese actuar demuestra que el autorizante no obró con la diligencia exigida por la ley para dar fe de conocimiento y, ante la negligencia evidenciada, no puede ser exonerado por las consecuencias de la sustitución de persona, pues a falta de conocimiento, debió abstenerse de intervenir.

Por otra parte, refuerzan la culpa del escribano las fundadas sospechas respecto de la realización de algún estudio de títulos, por cuanto de haber pretendido verificar personalmente los antecedentes en torno a la representatividad invocada, debería haber advertido la inexistencia del Libro de Actas original correspondiente a la persona jurídica vendedora. Así, no sólo no ha individualizado al ente social al que pertenecía el

*“Libro de Actas” que dijo haber tenido a la vista, sino que además este Libro no ha sido nunca rubricado en el Registro Público de Comercio y el acta fraguada ni siquiera consigna el nombre de la sociedad.*

*La habilidad para realizar un acto jurídico por quien invoca la calidad de representante de una persona colectiva obliga al escribano interviniente a realizar una cuidadosa investigación de los antecedentes instrumentales, ya que de conformidad con lo normado en el artículo 1003 del Código Civil, incumbe al notario verificar la realidad y extensión de las facultades mediante la debida compulsación de los documentos habilitantes, que son aquellos donde consta el título invocado que los legitima para actuar en nombre de otra persona –ver además artículo 35, inciso 4 de la ley 9020–.*

*La endilgada conducta profesional culpable del notario se complementa con la falta de incorporación al protocolo de la documentación antecedente relacionada con la persona jurídica de que se trata, por cuanto sólo se ha verificado la existencia del acto constitutivo originario de aquella, sujeto a aprobación, mas no la constitución definitiva, las distintas modificaciones estatutarias, el acta de decisión asamblearia de designación de directores y el acta que habría autorizado la celebración del negocio de referencia, certificando así el escribano la mentida calidad de presidente de la sociedad vendedora por parte del impostor, sobre la única base*

*de una presunta acta de reunión de directorio falsa.*

*La conducta profesional culpable del escribano guarda evidente nexo causal con el daño sufrido por los reconvinientes y compromete su responsabilidad civil y, siendo la fuente de deber jurídico de carácter extracontractual, el notario está obligado a reparar el perjuicio sufrido por los terceros damnificados por simple aplicación del artículo 1109 del Código Civil.*

*Queda analizar, por otra parte, la responsabilidad de los restantes escribanos intervinientes en el suceso analizado, que fueron quienes autorizaron un mutuo dinerario con garantía hipotecaria y aval societario, en su carácter de titular y adscripto del registro notarial.*

*Si bien el fallo de primera instancia procedió a liberar de responsabilidad al escribano adscripto autorizante de la escritura citada, por entender que habría agotado la totalidad de las diligencias preparatorias con celo y profesionalidad, ello debía ser revocado.*

*Cabe principiar esta doctrina por referir que el escribano había asumido la realización del estudio de títulos y antecedentes de los bienes sobre los cuales iba a constituirse el gravamen hipotecario, debiendo verificarse la realización adecuada del mismo.*

*El examen cuidadoso de los antecedentes de la escritura de compraventa antes cuestionada debería haber advertido al escribano que autorizara el mutuo con garantía hipotecaria que los docu-*

mentos habilitantes presentados por quien compareció a otorgar el acto en representación de la vendedora no justificaban idóneamente ese carácter.

En ese sentido, cobra importancia la circunstancia de no haber advertido la falta de incorporación al protocolo de la documentación antecedente relacionada con la persona jurídica de que se trata, ya que sólo obraba el acta constitutiva de la sociedad, sujeta a aprobación, mas no la constitución definitiva, las distintas modificaciones estatutarias, el acta de decisión asamblearia de designación de directores y el acta que habría autorizado la celebración del negocio de referencia, certificando así el escribano la mentida calidad de presidente de la sociedad vendedora por parte del impostor, sobre la única base de una presunta acta de reunión de directorio falsa.

Lo expuesto denota que no se ha hecho una investigación prolija del título y antecedentes en cuya virtud autorizó la constitución de un derecho real de hipoteca, ya que al margen de la sustitución de persona, de haber realizado un examen exhaustivo de la documentación agregada al protocolo compulsado en la escribanía donde se efectuó la compraventa antecedente, aquel hubiese podido verificar que quien obró en representación de la sociedad vendedora no contaba con los poderes habilitantes para el acto.

Dicha omisión no puede verse su-  
plida con la sola verificación de la

existencia y correlación del tracto a la fecha de confección de la escritura cuestionada.

Pero además, tampoco el escribano autorizante ha procurado verificar seriamente la realidad de la personería y las facultades falsamente también invocadas por quien manifestó avalar el préstamo en representación de una persona jurídica.

Debe tenerse presente para ello que no existe en el protocolo copia de la escritura de constitución definitiva de la sociedad avalista; los datos de inscripción del estatuto social no coinciden con la atestación puesta por el Registro Público de Comercio en el contrato de constitución definitivo; no se encuentra agregada la fotocopia certificada del acta de asamblea de elección de autoridades indicada en la escritura y, finalmente, las actas de directorio de distribución de cargos y autorización para otorgamiento de “aval societario”, cuyas fotocopias certificadas fueron anexadas al protocolo, no aparecen foliadas.

Dichas apreciaciones llevan a concluir respecto de la actuación negligente del escribano, tanto en el examen de títulos y antecedentes anejados al protocolo de la escritura extendida por el escribano de la compraventa antecedente, como en la verificación de la documentación habilitante que le fue presentada por quien obró, dolosamente, en representación de la supuesta avalista societaria, teniendo ese proceder necesaria relación de causalidad con el daño

*ocasionado, pues de haber obrado con la diligencia inherente a la función notarial, es claro que la escritura no se hubiera celebrado. Siendo que la vinculación del escribano y sus clientes es de carácter contractual, el reconvenido debe ser responsabilizado patrimonialmente con arreglo a lo dispuesto en el artículo 520 del Código Civil.*

*De conformidad con lo normado en el artículo 23 de la ley 12990, vigente a la fecha de los sucesos analizados en autos, el escribano titular responderá de los actos de los adscriptos en cuanto sean sus-*

*ceptibles de su apreciación y cuidado.*

*Tratándose de un acto realizado dentro del registro y valorando que la actuación del autorizante fue susceptible del control del regente, el escribano titular debe responder frente a los reconvientes en forma concurrente con el notario adscripto.*

*No hay solidaridad entre regente y adscripto, pero sí las obligaciones son concurrentes o indistintas por los actos protocolares del adscripto, ya que el deber del notario de registro es objetivo y reposa en la noción de garantía.*

“Cuatro Vientos S. A. c. González Venzano, Alberto Héctor y otro s/ ordinario”. “Cuatro Vientos S. A. s/ tercería en autos: ‘Fiorito, Armando Roberto c. Rodríguez Romero, Ricardo Edmundo José s/ ejecución hipotecaria’”.

Juzgado n° 2, Secretaría N° 3. Jueces: Rodolfo A. Ramírez — Ángel O. Sala — Martín Arecha.



**Compraventa.** Principios generales. Arrepentimiento. Entrega efectiva de las sumas percibidas. Reajuste del precio. Imprudencia. Valor actual. Falta de prueba. Daños y perjuicios. Negativa del vendedor a escriturar el inmueble. Valuación del daño. Pérdida de la chance de alquilar \*

Hechos:

*En el marco de un juicio de escrituración, el juez de primera instancia hizo lugar a la acción, desestimando el pedido de la demandada de ejercer el “derecho de arrepentimiento”. A su vez, rechazó el reclamo de los daños y perjuicios incoado por el accionante. La Cámara modificó la sentencia apelada, condenando a la demandada al pago de una indemnización en concepto de pérdida de la chance.*

Doctrina:

- 1) *Cabe desestimar la pretensión de ejercer el derecho de arrepentimiento deducida por la empresa*

*demandada en un juicio de escrituración, ya que ésta omitió entregar las sumas percibidas, sea con la conformidad del comprador o mediante su consignación, máxime cuando la relación contractual que une a las partes se encuentra enmarcada en el ámbito del derecho de defensa del consumidor y de los contratos de adhesión.*

- 2) *Es improcedente el reajuste de las prestaciones a cargo de la compradora de un inmueble a fin de cubrir su valor actual, toda vez que la postura de la vendedora carece de sustento probatorio, pues no acompañó tasación alguna que acredite el valor que invo-*

\* Publicado en *La Ley* del 20/1/2006, fallo 109.942.

*ca y, por ende, que el pago efectuado resulte insuficiente.*

- 3) *A los fines de determinar la reparación debida al comprador de un inmueble por la pérdida de la chance de alquilarlo desde que debió efectuarse la entrega del bien y otorgarse la escritura hasta que ésta se efectivice, debe tenerse en cuenta el tiempo que demora en concretarse un contrato de locación, la variación del canon locativo según la contraoferta del inquilino y los gastos que puedan acordarse a cargo de cada parte.*

- 4) *Ante la negativa del vendedor de suscribir la escritura traslativa de dominio de un inmueble y demostrada por el comprador la frustración de concretas operaciones de locación, cabe establecer un resarcimiento por la pérdida del valor locativo (del voto de la doctora Díaz de Vivar).*

Cámara Nacional Civil, Sala M, septiembre 12 de 2005. Autos: “Miguel, Fernando A. c. Grupo BCN España S. A.”.

## Nota a fallo

Arrepentimiento. Pacto de retroventa y seña, señal o arras: ¿institutos diferentes?

Por **Pedro Mollura**

Esta nota a fallo está centrada en el tratamiento que se le dio al instituto del arrepentimiento en la compraventa de inmuebles. Adelantamos que no compartimos el procedimiento **generalizado** de aplicación que la Cámara interpretó debe llevarse adelante para hacerla valer o dejarla sin efecto, debido a que estamos frente a un caso particular.

La Cámara Civil, Sala M, de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires confirmó la sentencia de primera instancia, en la cual, en un juicio de escrituración, se hizo lugar a la acción desestimando el pedido de la demandada a ejercer “el derecho de arrepentimiento”. Además, modificó aquella sentencia y admitió, en cambio, el reclamo de los daños y perjuicios, reduciéndolos a la pérdida de la chance de alquilar el inmueble por parte de la parte compradora.

Es pertinente, entonces, hacer alguna referencia a los institutos del arrepentimiento, del pacto de retroventa y seña, señal o arras, para luego trasladar dichos conceptos a lo resuelto por la Cámara.

La cláusula o pacto de arrepentimiento es aquella en la cual el vendedor y/o el comprador quedan facultados en forma expresa para arrepentirse de concretar la operación; efectuada dicha opción, opera como condición resolutoria; el artículo 1373 del Código Civil da cuenta de ello <sup>1</sup>.

(1) *Art. 1373:* “La venta con cláusula de poderse arrepentir el comprador y vendedor, se reputa hecha bajo una condición resolutoria, aunque el vendedor no hubiese hecho tradición de la cosa al comprador. Habiendo habido tradición, o habiéndose pagado el precio de la cosa

El pacto de retroventa, en cambio, es aquel en el cual el vendedor se reserva la potestad de recuperar la cosa vendida <sup>2</sup>; el Código Civil regula su procedimiento en los artículos 1380 a 1391.

Por último, la seña, señal o arras, inserta en el artículo 1202 del Código Civil, es la dación o entrega de una cosa mueble que puede, o no, ser dinero y que una de las partes contratantes realiza a favor de la otra u otras para reforzar el cumplimiento o permitir el arrepentimiento, actuando como indemnización de daños y perjuicios <sup>3</sup>.

En el caso del pacto de arrepentimiento, este instituto es pertinente cuando hay una promesa de transferencia de dominio, por eso suele hacerse en los boletos de compraventa; en cambio, cuando se estipula ese derecho y se hace tradición de la cosa, no se habla de promesa sino de la efectiva realización de la venta mediante la configuración del título y modo, la firma de la escritura traslativa de dominio. En este caso, pacto de arrepentimiento y pacto de retroventa son asimilables en cuanto a la forma de hacerse valer los derechos y obligaciones.

La diferencia con la seña o señal, en especial la penitencial, es que en ésta se da la entrega-recepción de una cosa que posibilita el arrepentimiento porque todavía no se ha consumado el contrato traslativo de dominio, por lo que sirve como indemnización.

Si bien la Cámara afirma que son distintos los institutos del arrepentimiento y la seña, no está diciendo que los motivos por los cuales una parte inserta el pacto de arrepentimiento o seña sean diferentes también, porque en el primero la causa motivo es “arrepentirse” lisa y llanamente, ejercer dicha facultad; en cambio, en la última descripta, la causa motivo es, en el caso del vendedor, “devolver lo recibido en concepto de seña”, porque ejerció el arrepentimiento; son diferentes actos jurídicos extintivos de derechos con un mismo efecto, la resolución del contrato.

Para circunscribir la responsabilidad de la demandada, puede decirse que la empresa Grupo BCN España SA se equivoca cuando reconoce que la cláusula undécima del boleto tiene base legal en los arts. 1366 y 1373, porque aquella cláusula no sólo confunde terminologías y alcances de ambos institutos sino que va más allá de los citados artículos, estipulando procedimientos ni siquiera prescriptos por el propio legislador.

En la primera observación, no corresponde decir *readquirir los derechos que otorga a...* Si hay cláusula de arrepentimiento debe decir: *podrá arrepentirse hasta la fecha estipulada para la escrituración*; si pretende transformarla en

---

vendida, la cláusula de arrepentimiento tendrá los efectos de la venta bajo pacto de *retroventa*, si fuese estipulada a favor del vendedor; o tendrá los efectos del pacto de *reventa*, si fuese estipulada a favor del comprador”.

(2) Art. 1366: “Venta con pacto de *retroventa*, es la que se hace con la cláusula de poder el vendedor recuperar la cosa vendida entregada al comprador, restituyendo a éste el precio percibido, con exceso o disminución”.

(3) Mosset Iturraspe, Jorge, *Contratos*, edición actualizada, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1995, pág. 454.

cláusula de retroventa, en el mismo boleto debe decir: *una vez otorgada la escritura traslativa de dominio, la vendedora podrá recuperar el inmueble vendido, restituyendo a éste el precio recibido; la presente cláusula deberá estar transcrita en la escritura traslativa de dominio*. Por eso consideramos que la cláusula undécima va más allá, ya que toma relevancia en este caso particular la autonomía de la voluntad y la buena fe prescripta por el 1198 del Código Civil, debido a que la misma demandada está describiendo el procedimiento a seguir<sup>4</sup> para ejercer el derecho de arrepentimiento y/o recuperación del inmueble.

Al estar redactada dicha cláusula en forma confusa, la Cámara con buena discrecionalidad y sabiendo que el mismo Código Civil no prevé la forma en que debe hacerse valer el derecho de arrepentimiento, recepta la normativa de la Ley del Consumidor (ley 24240) y fundamenta mediante analogía aplicando el artículo 1384 del Código Civil<sup>5</sup>.

Ahora bien, este criterio metodológico y sistemático de haber fundamentado la responsabilidad de la demandada a escriturar, mediante lo dicho precedentemente, puede ser aplicado por la confusión gramatical y conceptual –repetimos– de la cláusula undécima, permitiendo al tribunal dirigir su discurso hacia la necesidad de devolver el precio abonado por la compradora en forma simultánea al momento de ejercer el derecho de arrepentimiento.

Sin embargo, estamos en un caso particular, en el que de ninguna manera puede tomarse como principio general (lo hace la Cámara) dejar sentada la forma de hacer valer el derecho de arrepentimiento del art. 1373 del Código Civil.

Y lo sostenemos porque la misma cláusula 11 del boleto deja sentado en forma objetiva el incumplimiento de la demandada, ya que no surge a ciencia cierta que ésta haya puesto a disposición de la otra parte las sumas abonadas por la compradora, y este solo hecho hace que se configure el llamado “incumplimiento contractual”, no ya por transgredir lo que dice o puede decir la ley, sino porque se transgredió lo dicho en el mismo “contrato”, que es ley para las partes.

Por lo tanto, discutir el momento en que debe hacerse la declaración de arrepentimiento, o si se abona simultáneamente, o no, el dinero percibido, no entra a formar parte de este caso, debido a que el procedimiento está descrito en forma expresa en la cláusula 11 que se ha incumplido, por lo que le queda a la demandada probar la existencia de un caso fortuito o de fuerza mayor.

En consecuencia, al no haber arrepentimiento y sí incumplimiento de la

---

(4) *Cláusula undécima del boleto de compraventa presentado en el juicio de escrituración*: “... A los efectos de ejercitar esta opción deberá notificar en forma fehaciente a la compradora su decisión y poner a disposición de la misma todas las sumas abonadas por la compradora en cualquier concepto con motivo de la celebración del presente”.

(5) *Art. 1384*: “El vendedor queda obligado a reembolsar al comprador, no sólo el precio de la venta, sino los gastos hechos por ocasión de la entrega de la cosa vendida, los gastos del contrato, como también las mejoras en la cosa que no sean voluntarias; y no puede entrar en posesión de la cosa, sino después de haber satisfecho estas obligaciones”.

obligación, se accionan los mecanismos previstos por el legislador en temas contractuales, *dar por resuelto el contrato o exigir su cumplimiento*.

En el caso comentado, se decidió por exigir el cumplimiento de la obligación, de ahí que se haya pedido también la reparación de los daños ocasionados, admitiéndose la pérdida de la chance.

Por último, y partiendo de lo manifestado por Llambías (citado por la misma Cámara), “las cláusulas que permiten a las partes arrepentirse deben clasificarse conforme a los momentos en que pueden ser ejercidas”, es que sostenemos que hay que considerar cada situación particular para establecer si la declaración de voluntad de arrepentirse debe ir acompañada del depósito del dinero percibido, con más sus prestaciones accesorias, ya que no es lo mismo: a) pactar arrepentirse, cuando se ha percibido la totalidad o parte del precio sin haber hecho tradición del inmueble; b) pactar la retroventa, cuando se ha percibido la totalidad del precio y hecho la tradición del inmueble, y c) entregar una señal para poder arrepentirse. Por eso, y como conclusión, según el tipo de pacto y/o cláusula insertados en el contrato, variarán los procedimientos y/o acciones tendientes a exigir el cumplimiento de los derechos y obligaciones transgredidos.



**Donación.** Donación de un inmueble. Falta de escritura pública. Artículo 1810 del Código Civil. Audiencia del juicio de divorcio. Donación de los padres en favor de los hijos menores. Aceptación de la donación. Revocación de la donación. Improcedencia \*

**Hechos:**

*En una audiencia del juicio de divorcio, los cónyuges decidieron donar el único inmueble de la sociedad conyugal a sus hijos menores. La madre, en su carácter de representante legal, aceptó la donación. El padre solicitó su revocación en virtud de la mora en la ejecución de la obligación de escriturar. El juez de primera instancia consideró inválida la donación. La Cámara revocó el fallo apelado y desestimó el pedido de revocación.*

*En el juicio de divorcio, adjudicar a sus hijos menores el único inmueble integrante de la sociedad conyugal pues, aun cuando la referida donación no haya sido instrumentada en escritura pública como lo exige el art. 1810 del Código Civil, el hecho de que la declaración haya sido efectuada ante el juez del divorcio descarta la irreflexión por parte de los donantes, es decir que los fines de la citada norma se encuentran resguardados.*

- 2) *Debe considerarse aceptada la donación realizada a favor de los hijos menores del donante, si la madre de éstos la aceptó antes de que fuera revocada pues, al tratarse de una donación sin cargo*

**Doctrina:**

- 1) *Resulta válida la donación en virtud de la cual los cónyuges decidieron, en una audiencia del jui-*

\* Publicado en *La Ley* del 13/3/2006, fallo 110.128.

*ni contraprestación, no se aplican las exigencias que el art. 264 quarter prevé para los actos de disposición.*

- 3) *Corresponde rechazar la revocación de la donación solicitada por uno de los donantes en virtud de la mora en la ejecución de la carga impuesta toda vez que, siendo los otorgantes del acto represen-*

*tantes legales de los beneficiarios, dicha carga gravitaba sobre ambos, razón por la cual uno de ellos no puede fundar un derecho en el incumplimiento de una obligación que pesaba también sobre él.*

Cámara Nacional Civil, Sala I, julio 7 de 2005. Autos: “O., D. C. c. S. E., J. I.”

## Nota a fallo

### ¿Donación sin escritura pública? \*

Por **Augusto C. Belluscio**

*El caso resuelto.* Durante el proceso de su divorcio, dos cónyuges acordaron adjudicar en donación a sus hijos menores el único bien que integraba la sociedad conyugal –un inmueble–, reservándose la madre el usufructo vitalicio, y se obligaron “a entregar escrituras y documentación necesaria para su concreción...”. No resulta del fallo si el inmueble era propiedad del marido, o de la mujer, o condominio entre ellos.

Por escrito judicial, la madre aceptó la donación –lo que hace presumir que era un ganancial adquirido por el marido–, a lo que dieron conformidad la defensora de menores y el tutor *ad litem*. Luego, aquél solicitó la revocación de la donación por mora de la donataria “en cuanto a la ejecución de la carga impuesta”, considerando como tal a la obligación de entregar las escrituras y demás documentación necesaria.

*La sentencia de primera instancia.* La sentencia de primera instancia decidió –con correcto criterio jurídico– que no había donación que pudiera ser revocada, ya que el art. 1810 del Cód. Civil establece para las donaciones de cosas inmuebles la forma de escritura pública bajo sanción de nulidad, y que para ellas no rige el art. 1185, que permite considerar que el contrato que no observa esa forma crea la obligación de hacer consistente en otorgar la escritura pública.

*La sentencia de alzada.* La sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala I, revocó aquel fallo.

Para decidir así, comenzó por preguntarse si, pese a la clara letra del art. 1810, cabía idear una solución que otorgase “validez vinculante” (?) a la “donación realizada sin escritura pública”. Sostuvo que con un criterio puramente exegético sólo podía concluirse en la nulidad de la donación realizada sin la solemnidad requerida por el codificador, pero que esa “visión unidireccional”

\*Publicado en *La Ley* del 13/3/2006.

podía superarse, ampliándola en otras direcciones. Razonó entonces que las normas deben ser interpretadas indagando su verdadero alcance mediante un examen que contemple la racionalidad del precepto armonizándolo con el resto del ordenamiento específico, que el fundamento de la imposición de forma notarial radica en asegurarse la libertad del consentimiento mediante un proceso de asistir a la escribanía, hacer preparar la escritura y luego firmarla, durante el cual el donante puede arrepentirse o reafirmar su propósito, y que la declaración realizada ante el juez del divorcio descartaba la irreflexión, máxime cuando no se había vuelto sobre esa voluntad durante un lapso de siete años. Añadió que al haber sido realizada la donación a favor de menores de edad, eran los padres los habilitados para requerir la instrumentación en la forma legal, y que su desinterés no podía redundar en perjuicio de aquéllos. Y remató el examen afirmando que la interpretación a favor del donante debe quedar superada por la hecha a favor del interés de los menores, parte débil del “negocio jurídico”, atendiendo a que en el mismo acto se convinieron los alimentos y la tenencia de los beneficiarios.

Consideró entonces que la aceptación había quedado perfeccionada con la aceptación. Finalmente, juzgó que no mediaba causa de revocación.

*El alzamiento del tribunal contra el orden jurídico.* La decisión de alzada constituye un claro e inequívoco alzamiento contra el orden jurídico.

En efecto, el art. 1810 consagró, desde su texto originario, el criterio tradicional de exigir escritura pública para la donación de inmuebles, el cual, arrancando del art. 931 del Código Civil francés, fue adoptado por la generalidad de las legislaciones. Lo que se explica porque en actos de este tipo, que implican desprenderse de elementos sustanciales del patrimonio, es preciso defender la libertad del donante, expuesto siempre a engaños y captaciones, y llamar su atención respecto del acto que va a realizar, evitándole de ese modo los perjuicios que pueden resultarle de un impulso irreflexivo y generoso <sup>1</sup>.

Cierto es que, aun cuando el texto originario ya establecía que la forma impuesta debía ser observada “*bajo pena de nulidad*”, parte de la doctrina y de la jurisprudencia discutía el carácter absoluto de la solemnidad impuesta, admitiendo con base en el art. 1185 la obligación de escriturar resultante de la oferta y la aceptación hechas en instrumento privado <sup>2</sup>. Sin embargo, la reforma de 1968 puso fin a la discusión y eliminó toda duda, al añadir el actual penúltimo párrafo del artículo, según el cual “*respecto de los casos previstos en este artículo no regirá el art. 1185*”.

(1) Salvat-Acuña Anzorena, *Fuentes de las obligaciones*, t. III, N° 1594; Borda, *Contratos*, t. II, n° 1539; CCiv. y Com. Mar del Plata, Sala II, 14/6/88, *La Ley*, 1988-D, 118; C5ª Civ. y Com. Córdoba, 27/10/93, *LLC*, 1994-107.

(2) Segovia, t. I, nota 50 al art. 1812 de su numeración; Machado, t. V, nota al art. 1810, p. 61; Acuña Anzorena, en Salvat-Acuña Anzorena, *Fuentes de las obligaciones*, t. III, n° 1598, nota 76, y “La naturaleza de los requisitos formales en materia de donaciones”, *JA*, 44-123; Cám. Civ. 1ª, 19/12/41, *La Ley*, 25-667.

En sentido contrario, Llerena, t. VI, art. 1810, n° 2; Borda, *Contratos*, 1ª ed., t. II, n° 1538; Cám. Civ. 2ª, 11/5/31, *JA*, 35-950; SC Buenos Aires, 03/07/51, *La Ley*, 63-799.

Se trata, pues, sin posible hesitación, de una solemnidad absoluta, la cual –contrariamente a la solemnidad relativa, que admite que el acto nulo por haber sido otorgado sin la forma legal se convierta en otro válido que crea la obligación de otorgar la escritura pública– no permite tal conversión. Podrá dudarse acerca de si la donación sin forma notarial es un acto inexistente o viciado de nulidad absoluta, pero acerca de lo que no cabe dudar es de que carece de efectos jurídicos. En efecto, no es nueva la distinción entre actos solemnes de solemnidad absoluta y actos solemnes de solemnidad relativa: los primeros, cuyo caso más típico es el de las donaciones contempladas en el art. 1810 realizadas sin el cumplimiento de la forma, están privados de todo efecto civil; los segundos están privados de sus efectos propios pero se les asignan otros diferentes, es decir que el acto es nulo pero se convierte en otro distinto válido, caso de los enunciados en el art. 1184 conforme al art. 1185<sup>3</sup>.

La dialéctica del tribunal –que parece más propia de una obra literaria o, en todo caso, de un alegato, pero no de un fallo– no es convincente.

En primer lugar, no se trata aquí de descalificar la “perspectiva puramente exegética” o la “visión unidimensional de la materia” invocando una supuesta racionalidad derivada de la interpretación armónica con el resto del ordenamiento jurídico. Por el contrario, lo que correspondía era –como lo hizo la primera instancia– aplicar normas que no dejan lugar a un mínimo asomo de duda. Al no proceder así, el tribunal se ha arrogado el papel de legislador arrasando con uno de los pilares fundamentales de nuestra organización institucional, como lo es la separación de los poderes legislativo y judicial, pues en lugar de atender a la norma que dice que en los casos del art. 1810 no rige el art. 1185, sustituyó la disposición legal vigente por otra que expresaría algo así como que “la forma establecida en este artículo puede ser omitida si se demuestra que no hubo irreflexión de parte del donante”.

Por lo demás, el razonamiento en ese sentido no sirve. No sólo porque no se trata de que el supuesto donante haya reflexionado suficientemente antes de realizar la supuesta donación sino de que nada le impedía la retractación de una promesa que carece de efectos jurídicos como es la promesa de donación<sup>4</sup>. El mantenimiento de la voluntad durante un lapso de siete años es una mera conjetura, pues el silencio tanto puede ser interpretado en ese sentido como en la ausencia de voluntad de hacer la donación. La circunstancia de que en el mismo acto se haya pactado la tenencia de los hijos y la provisión de alimentos por parte del padre es irrelevante, pues en todo caso la falta de concreción de la donación podría haber derivado en un aumento de la cuota alimentaria pactada mas no en crear una donación forzada. Además, no se trataba de que

(3) Elías P. Guastavino, “Elementos esenciales de los contratos”, en *Boletín del Seminario de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, Universidad Nacional del Litoral, Santa F, 1953, p. 163, n° 27, en las ps. 210 y sigtes.; Jorge Mosset Iturraspe, *Teoría general del contrato*, Santa Fe, 1970, ps. 277 a 281; Fernando López de Zavalía, *Teoría de los contratos, Parte general*, Buenos Aires, 1971, p. 371, n° 2; Rubén Compagnucci de Caso, *El negocio jurídico*, Buenos Aires, 1992, § 72; Santos Cifuentes, *El acto jurídico*, 2ª ed., Buenos Aires, 2004, § 118.

(4) Belluscio-Zannoni, *Código Civil comentado*, t. 9, art. 1789, § 7.

los padres fuesen los obligados a requerir la instrumentación del acto, requerimiento que el derecho vigente no admite, sino de que el cónyuge propietario podía realizar la donación o no realizarla toda vez que no tenía obligación legal de hacerlo. Finalmente, la omisión no podía causar perjuicio alguno a los menores sino, en todo caso, la pérdida de una esperanza de beneficio; y las meras esperanzas carecen de protección jurídica. Por ello, no se trata de contraponer el interés del padre al de los hijos sino de aplicar el derecho vigente. Porque, ¿de qué interés de los menores se trata cuando es de suponer que al tener hijos menores de edad la madre constituida en usufructuario es una persona relativamente joven que seguramente sobrevivirá mucho después de que aquéllos alcancen la mayoría de edad? En verdad, no hay ningún interés actual de los menores sino, en todo caso, adelantar la herencia de la nuda propiedad –que de nada les sirve ahora– y esperar la muerte de la madre para adquirir el dominio pleno; en rigor, pues, es un medio de asegurar que el bien no será extraído de la eventual herencia.

La aceptación por parte de la madre en nombre de los hijos mediante un mero escrito presentado judicialmente nada añade, ya que la misma forma notarial impone el art. 1811 a ese acto, por lo que también es un acto nulo.

Desde otros puntos de vista, pueden hacerse distintas observaciones. Por lo pronto, el art. 1801 del Código Civil dispone que “*el donante puede reservarse a su favor, o disponer a favor de un tercero del usufructo de los bienes donados*”. En la supuesta donación, el marido habría dispuesto de la nuda propiedad a favor de los hijos y del usufructo vitalicio a favor de la esposa. La constitución gratuita de usufructo puede ser entendida como una donación <sup>5</sup>, o bien como un contrato innominado a título gratuito pero que de todos modos estaría regido por las mismas reglas de la donación <sup>6</sup>, por lo que –ya que si el pacto se hizo en una audiencia del juicio de divorcio, hay que suponer que fue anterior a la sentencia– el beneficio otorgado a la esposa caería dentro de la prohibición de donaciones entre esposos del art. 1807 y sería nulo por aplicación de otro artículo del Código, tema que no fue considerado por el tribunal a pesar de tratarse de su obligación pues la nulidad sería absoluta y manifiesta y debería ser declarada de oficio.

Ahora bien, es preciso apartarse de razonamientos teóricos alejados de la realidad de las cosas, que en este caso parece haber sido pérdida de vista por los jueces, y escudriñar el real objetivo del acto. Obsérvese que se trataba de un matrimonio en trance de divorcio y que el único patrimonio ganancial era el inmueble habitado por la familia. ¿Cuál tiene que haber sido entonces el fundamento y el sentido del acuerdo? Esencialmente, permitir a la esposa divorciada continuar habitando el inmueble de por vida, para que a su muerte se consolidara el usufructo con la nuda propiedad de los hijos. Quizás ello haya sido realizado con el propósito de facilitar la disolución del vínculo evitando la discusión sobre la culpa y sustituyendo una eventual obligación alimentaria

(5) López de Zavalía, ob. cit., t. 2, pp. 427 a 432.

(6) Belluscio-Zannoni, ob. cit., t. 9, art. 1789, § 4.

hacia la esposa por la entrega del dominio útil de la vivienda; quizás haya sido —como expresé más arriba— el medio de asegurar la eventual herencia de los hijos. Pero de lo que no cabe duda es de que no fue el interés actual de los hijos el tenido en vista y que el interés sólo aparecería en su calidad de menores de edad en el hipotético y desgraciado caso de que la madre muriera antes de que alcanzaran la mayoría. ¡Vaya interés de los menores el de perder a la madre durante su menor edad para obtener el dominio pleno de la vivienda!

*¿Y el futuro de la cosa supuestamente donada?* La sentencia revoca el pronunciamiento apelado, desestimando el pedido de revocación de la donación. Ello implica reconocer que la donación existió.

Frente a esa decisión, es posible que el propietario acceda a otorgar la escritura necesaria para realizar la donación que, pese a lo dicho por la Cámara, no existió. Pero también es posible que se rehúse a hacerlo. En ese caso, ¿cómo se procederá? No correspondería que el juez otorgase la escritura en nombre del supuesto donante, pues para el tribunal la donación ya está ofrecida y aceptada. Pero es necesaria la inscripción registral. Entonces, ¿se ordenará la inscripción, quizás precedida de protocolización, de las piezas de la causa?

En uno u otro caso, se estaría llevando al registro un acto o bien inexistente o bien absolutamente nulo, pero siempre privado de efectos jurídicos e inconfirmable. Obviamente, el registro debería rechazar la inscripción; de lo contrario violaría la ley pues el art. 3 de la ley 17801 (*Adla*, XXVIII-B, 1929) sólo admite la inscripción de escrituras notariales o resoluciones judiciales o administrativas, y aquí no habría mediado escritura notarial ni resolución judicial, ya que una resolución judicial no puede donar, y el art. 9, inc. a, le manda rechazar los documentos viciados de nulidad absoluta y manifiesta. Supongamos que a pesar de ello, el registro inscriba. ¿Cuál será el dominio de los supuestos donatarios? No un verdadero dominio pues no podrán enajenar la cosa ya que el más somero estudio futuro de títulos pondrá de relieve que en los antecedentes se registra un acto ineficaz. La nulidad no será solamente absoluta sino también manifiesta, y una decisión judicial no pudo convalidarla. Solamente podrán mantener ese irregular dominio hasta su muerte, y transmitir el problema a sus herederos, o bien enajenar a precio vil a quien se haga cargo del defecto. Este último sería el resultado más probable ya que regularmente una vez que alcanzan cierta edad los hermanos dejan de convivir, con lo que el condominio les sería de poca utilidad o constituiría una fuente de conflictos. En fin, los hijos ni siendo menores ni siendo mayores resultarían realmente beneficiados.

En conclusión, si el padre no otorga voluntariamente la escritura de donación, se creará un verdadero galimatías jurídico que será el precio pagado porque quienes debían juzgar hayan legislado sin tener atribuciones para hacerlo.

**Compraventa.** Nulidad de la venta celebrada por un mandatario de la vendedora mediante la utilización de poderes fraguados. Necesidad de dirigir la acción contra todas las partes y el escribano interviniente. Litisconsorcio necesario. Litisconsorcio \*

**Doctrina:**

*La acción de nulidad de la venta de un inmueble celebrada por quien había sido designado mandatario sustituto de la vendedora mediante la utilización de un poder fraguado, debe dirigirse contra todos los partícipes de dicho acto y contra el escribano intervi-*

*niente, toda vez que los mismos configuran un litisconsorcio necesario en los términos del art. 89 del Código Procesal.*

Cámara Nacional Civil, Sala G, febrero 8 de 2005. Autos: “Lafontaine, Pedro A. F. c. Piñeroa, José A. y otros”.

2ª Instancia. – Buenos Aires, febrero 8 de 2005.

¿Es justa la sentencia apelada?

El doctor *Molteni* dijo:

1. La sentencia de fs. 761/770 admitió la demanda entablada por Pedro Andrés Francisco Lafontaine y admitió la nulidad de la venta celebrada en favor de Ricardo Héctor Beloqui, instrumentada en la escritura n° 257 de fecha 1° de junio de 1987, respecto del inmueble sito en el partido de..., provincia de Buenos Aires, lote... del cuartel séptimo, circunscripción..., sección..., manzana..., parcela..., con frente a la calle... entre... y..., como también declaró

\* Publicado en *La Ley* del 5/9/2005, fallo 109.360.

la invalidez de la hipoteca en primer grado constituida sobre ese mismo inmueble en favor de Jorge Luis Royán.

Dicho pronunciamiento rechazó la demanda respecto de Calina Quintin, quien en un poder fraguado había figurado como originaria mandataria de la titular de dominio del inmueble enajenado –María Esther Gutiérrez o Gutiérrez Ballester–, como también respecto de José Antonio Piñeroa, a quien en otro mandato espurio se lo designara falsamente como mandatario sustituto y fuera quien suscribiera la escritura de venta, invocando la representación convencional de la citada propietaria. También exoneró de la condena a los herederos del escribano L. F. V., quien en su momento autorizó el fraudulento poder, como también del notario R. S. A., en cuyo registro se labrara la escritura de sustitución del mandato. Absolvió asimismo a la escribana M. G. C., quien autorizó la escritura de la venta declarada ineficaz.

La sentencia impuso al actor las costas con relación a todos estos emplazados a cuyo respecto desestimó la acción, mientras que las costas de la acción que prospera se las atribuyó al co-demandado Beloqui, con excepción de las relativas al allanamiento del titular de la hipoteca –Jorge Luis Royán–, que en la aclaratoria de fs. 773 dispuso –concordantemente a lo plasmado en el considerando VI de fs. 769 vta.– imponérselas al accionante.

Contra este decisorio se alzan las quejas del demandado, quien en el libelo de fs. 841/843 se agravia respecto de la procedencia de la nulidad de la venta, por cuanto argumenta que de su parte existió buena fe en la celebración del negocio y que desconocía que los poderes de quien representara en el acto a la titular de dominio fueran falsos.

El accionante, por su parte, también se queja a fs. 845/849 de que se haya desestimado la demanda respecto de varios emplazados que fueron parte del acto impugnado o actuaron como escribanos en los instrumentos que motivaron la invalidez de la venta e hipoteca y además se agravia de la imposición de las costas relativas al allanamiento deducido por Jorge Luis Royán con relación a la acción tendiente a la nulidad del acto de constitución de la hipoteca.

Por último, a fs. 839/840 el co-demandado Royán fundó el recurso diferido deducido respecto de la imposición de costas contenida en la resolución de fs. 217.

2. Para consagrar el acogimiento de la demanda respecto de la invalidez de la venta celebrada en favor de Ricardo Héctor Beloqui, el Sr. juez *a quo* ponderó que dicho adquirente no podía pretender el amparo de su dominio en las previsiones del art. 1051 del Código Civil, desde que esa norma protege a los terceros adquirentes de buena fe que hubieran derivado su derecho de un acto nulo o anulable y no a las partes del acto mismo, como es el caso de dicho accionado. Analizó, además, que era inexistente el poder otorgado por la propietaria del lote –María Esther Gutiérrez o Gutiérrez Ballester– a favor de Celine Quintin, por lo que ninguna eficacia tuvo la sustitución de ese mandato en beneficio de José Antonio Piñeroa, que autorizara el escribano R. J. S. A. el 5 de agosto de 1975. Esta circunstancia, sumada al hecho de que de todos modos el poder fraguado de la vendedora fue utilizado en la operación de venta

del 1º de junio de 1987 cuando la misma había fallecido (4/9/79), determinó que el sentenciante considerara que tampoco en este aspecto resulta de aplicación el referido art. 1051, ya que la protección que la norma dispensa al adquirente de buena fe y a título oneroso no comprende los casos de enajenaciones *a non domino*, donde no media participación alguna del verdadero titular del derecho real transmitido.

Al margen de estas decisivas razones que viabilizaban el reconocimiento de la ineficacia de la venta cuestionada, el Sr. juez *a quo*, a mayor abundamiento, analizó ciertos aspectos que comprometían al adquirente o al menos evidenciaban cierta culpabilidad en la actuación que le cupo con motivo de la compra del inmueble, como el hecho de haber relevado a la escribana interviniente de efectuar el estudio de antecedentes, por manifestar que conocía los antecedentes dominiales del bien adquirido.

Los agravios desarrollados por Beloqui a fs. 841/843 apuntan a justificar la atribución de culpabilidad que se le formula, pero de ningún modo atacan la medular conclusión referida a que con prescindencia de su buena o mala fe, el mismo no podía evitar la invalidez de la venta, porque la transmisión no había sido efectuada por su dueña, ni era un tercero respecto del acto viciado. Este esencial aspecto aparece inatacado en los agravios, donde el comprador sustenta distintas excusas para mostrar que él también fue víctima del accionar delictivo del aparente mandatario sustituto y de los escribanos actuantes, pero lo cierto es que, aun cuando se admitiese que la estipulación de la escritura respecto de su conocimiento acerca de los antecedentes haya sido introducida dolosamente por la escribana C. y no leídos al momento de suscribirla —hecho que en rigor no se encuentra demostrado con el testimonio rendido a fs. 411 vta.—, de todos modos habría que concluir en la deserción del recurso, por no haberse atacado el fundamento principal en que el sentenciante basó su tesis invalidatoria de la venta.

Exige el artículo 265 del Código Procesal que la expresión de agravios contenga la crítica concreta y razonada de las partes del fallo que el apelante considera equivocadas. Y en este sentido, el contenido de la impugnación se relaciona con la carga que le incumbe de motivar y fundar su queja, señalando y demostrando, punto por punto, los errores en que se hubiere incurrido en el pronunciamiento, o las causas por las cuales se lo considera contrario a derecho (conf. Fenochietto-Arazi, *Código Procesal Civil y Comercial, Anotado, Comentado y Concordado*, t. I, págs. 835/837; CNCiv., esta Sala, libres n° 37.127 del 10/8/88, n° 33.911 del 21/9/88, entre muchos otros).

Al no haberse cumplido con esa exigencia legal, propongo que el recurso sea declarado desierto, tal como lo dispone el art. 266 del ordenamiento ritual.

3. Con relación a las costas impuestas a su parte, considero que la decisión de grado resulta acertada, porque ese criterio encuentra sustento en el principio objetivo de la derrota que establece el art. 68 del Código Procesal. Con prescindencia de la inexistencia de mala fe de su parte, es obvio que la defensa sostenida en este pleito para preservar la eficacia de la venta en su favor resultó desestimada, por lo cual, en virtud de esa objetiva calidad de vencido, el

recurrente debe soportar las costas, las que no constituyen una sanción que esté referida al que actuó de mala fe o dolosamente.

4. Resulta, en cambio, acertada la queja sostenida por la actora cuando cuestiona el rechazo de la demanda que se dispusiera en la sentencia de grado respecto de los partícipes del acto jurídico invalidado y de los poderes en que se sustentaba el mandato atribuido a la titular de dominio, como los intervinientes en su posterior sustitución. Si bien frente al desistimiento de la acción de daños y perjuicios que el actor originariamente había acumulado a su acción de nulidad no es factible expedir una condena que imponga una prestación obligacional a dichos emplazados, no es acertado tampoco concluir “rechazando” la demanda dirigida en su contra, toda vez que –como bien sostiene el apelante– la acción de nulidad que prospera debía ser intentada contra las partes del acto y el escribano actuante, los cuales constituían litisconsortes necesarios en los términos del art. 89 del Código Procesal.

La ineludible participación procesal de los escribanos que autorizaron el fraguado poder y su sustitución, como la que intervino en la inválida venta, encontraba un incontrovertido sustento en la responsabilidad que consagraban los arts. 28 y ss. de la ley 12990 –vigente al momento de la integración de la litis– por lo que la admisión de la acción, lejos de imponer el rechazo de la demanda en su contra, consagra el efecto de la cosa juzgada respecto de la invalidez de la venta y de la ineficacia de los poderes autorizados por ellos.

Igual conclusión se impone respecto de quien actuara como supuesto mandatario en la operación invalidada –José Antonio Piñeroa–, pues aunque no se dispusiera el cumplimiento de una determinada prestación a su cargo y la decisión de la nulidad quedase consagrada mediante la inscripción registral de la sentencia, de todos modos la procedencia de la demanda hace cosa juzgada en su contra y por ello no era viable decretar su rechazo, como si la acción se hubiese desestimado.

La única respecto de quien se justificaba mantenerla al margen del pronunciamiento dictado era Celina Quintín, quien en realidad no habría participado en la extensión del falso mandato otorgado por la titular de dominio, por lo que, con dicha salvedad, debería revocarse el punto I de la parte dispositiva.

Siendo así, corresponde también modificar la imposición de costas respecto de ellos, quienes resistieron a la procedencia de la demanda y por ende resultaron perdedores ante la admisión de la acción consagrada en la sentencia.

Esta conclusión se aplica aun para los ausentes representados por la Sra. Defensora oficial, ya que si bien en la expresión de agravios no se menciona la contestación de demanda de los mismos, su situación procesal no es diferente de la de los otros demandados, ya que era menester su participación procesal para obtener la declaración de nulidad de la venta y el argumento vertido en los agravios para todos esos demandados en general resulta suficiente para fundar el recurso.

5. El hecho de que el allanamiento de Royán a la acción que perseguía la nulidad de la constitución de la hipoteca se hubiese supeditado a la proceden-

cia de la nulidad de la compraventa no implicó en realidad que tal admisión estuviese condicionada, sino que su virtualidad estuviese supeditada a la comprobación de la denunciada invalidez de la venta. Es obvio que si –por hipótesis– se arribaba a la conclusión de que la operación de venta era eficaz, el beneficiario de la hipoteca no podía admitir la extinción de un gravamen que no estaba cuestionado por vicios propios de su constitución, sino porque el propietario del bien gravado no era el legítimo titular del dominio.

Pero si bien el allanamiento –como dice la sentencia– reunía los presupuestos del art. 70 inc. 2 *in fine* del Código Procesal, no fue acertado imponerle las costas al actor por la participación procesal de Royán ya que, en primer lugar, dicha parte sólo pretendió ser eximido de costas y no que las mismas fueran soportadas por el accionante (ver fs. 60, p. c), por lo que la solución de la sentencia excede la pretensión del allanado. Pero además, como para obtener la nulidad de la hipoteca era ineludible obtener un pronunciamiento judicial que así lo dispusiera, es evidente que el actor se veía compelido a deducir esta pretensión por vía judicial y entonces no puede pensarse que su actuación jurisdiccional fuera innecesariamente litigiosa frente a la actitud reconocitiva del beneficiario de la hipoteca.

Por ello entiendo que este aspecto de la sentencia debe también modificarse e imponerse las costas por el orden causado, como pretendió Royán al contestar la demanda y lo postula el propio recurrente, en una de las alternativas que propugna en esta alzada.

6. En cuanto al recurso diferido que Royán funda a fs. 839/840, considero que las costas de la resolución de fs. 217 fueron correctamente impuestas a su parte, porque la revocatoria del segundo párrafo del auto de fs. 207 fue en rigor interpuesta de manera extemporánea, pues la cuestionada admisión del desistimiento no estaba sujeta a la notificación por cédula del traslado del primer párrafo de esa providencia. El hecho de haberse sustanciado el recurso de revocatoria no impedía que el tribunal juzgase su temporaneidad al tiempo de decidirlo.

Desde otro ángulo, el planteo de Royán carecía de asidero y por ello las costas estuvieron bien impuestas a su parte, porque si el actor había aclarado que la acción de daños y perjuicios no alcanzaba a su parte, en rigor no era menester consagrar un desistimiento o discutir sus alcances, sino simplemente interpretar de acuerdo con esos términos aclaratorios –fruto de la defensa de defecto legal– el verdadero alcance de la demanda.

7. En definitiva, propongo que se declare la deserción del recurso entablado por el co-demandado Ricardo Héctor Beloqui y firme la sentencia en cuanto dispone la nulidad de la venta. Asimismo, propicio que se confirme la imposición de costas dispuesta en el punto III de la parte dispositiva de fs. 770/vta. Respecto de ambos aspectos, las costas de alzada deben ser soportadas por dicho demandado vencido (art. 68 del Cód. Proc.).

Voto que se deje sin efecto la sentencia en cuanto dispuso el rechazo de la demanda en el punto I de fs. 770 respecto de los emplazados que allí nomina, con excepción de Celina Quintin y que las costas respecto de la participación

de dichos demandados les sean a ellos impuestas. Las costas de alzada deben seguir el mismo régimen (art. 68 cit.).

Sugiero también que se modifique lo decidido en la aclaratoria de fs. 773 y se impongan por el orden causado las costas por la participación procesal del co-demandado Jorge Luis Royán. Las costas de alzada de este recurso propongo que también sean soportadas por el orden causado, en atención a que la decisión recurrida obedeció a un exceso respecto de lo pedido por el allanado.

Debe ser confirmada la imposición de costas de la resolución de fs. 217, con costas de alzada a cargo del apelante.

Los doctores *Montes de Oca* y *Bellucci* votaron en el mismo sentido por razones análogas a las expresadas en su voto por el doctor *Molteni*.

Por lo que resulta de la votación de que instruye el acuerdo que antecede, se resuelve: 1) declarar desierto el recurso de Ricardo Héctor Beloqui y firme lo decidido en el punto III de la sentencia de fs. 770, confirmándose la imposición de las costas dispuestas en ese mismo apartado. Con costas de alzada al apelante. 2) Dejar sin efecto el punto I de la sentencia de fs. 770, en cuanto dispuso el rechazo de la demanda respecto de los emplazados allí nominados, con excepción de Celia Quintin, revocándose la imposición de costas dispuesta en ese apartado, la que se establece a cargo de dichos demandados. Por los recursos de este apartado, se imponen las costas de alzada a esos mismos accionados. 3) Imponer por su orden las costas de ambas instancias respecto de la participación procesal de Jorge Luis Royán. 4) Confirmar la imposición de costas de la resolución de fs. 217, con costas de alzada a cargo del apelante. Los honorarios serán regulados una vez fijados los de la instancia anterior. — *Hugo Molteni*. — *Leopoldo Montes de Oca*. — *Carlos A. Bellucci*.

**Sociedad:** sociedades extranjeras: capacidad; actos aislados; compra de inmuebles; fundamento y constitucionalidad de la Resolución General 8/03 de la Inspección General de Justicia; sociedades *off shore*; actuación ilegítima; sociedades constituidas a los fines de defraudar al fisco; atribuciones de la Inspección General de Justicia \*

Doctrina:

1) *La resolución de la Inspección General de Justicia, conforme a la cual se hizo saber a la sociedad extranjera, la cual adquirió varios inmuebles, invocando efectuar un acto aislado en el país, que debía cumplir con la inscripción registral prevista en el párr. 3º del art. 118 de la ley 19550, bajo apercibimiento de iniciar las acciones judiciales correspondientes, no constituye un verdadero emplazamiento, pues carece de una consecuencia inmediata y específica, pasible de promover efectos en la sociedad. La consecuencia de ese emplazamiento no*

*es otro que una reiteración de las facultades genéricas conferidas por el art. 8º de la ley 22315 a esa dependencia estatal y la advertencia sobre una acción futura.*

2) *El procedimiento instituido por la Resolución General IGJ 8/03 para verificar el cumplimiento del régimen de publicidad del art. 118, párr. 3º de la ley 19550, fue dispuesto en ejercicio de las facultades conferidas al Inspector General en el art. 3º de la ley 22315. Esa norma establece específicamente su competencia para fiscalizar las sociedades constituidas en el extranjero que hagan ejercicio habitual en el país de actos*

\* Publicado en *El Derecho* del 26 y 27/11/2005, fallo 53.814.

*comprendidos en su objeto social, con los alcances puntualizados en los arts. 6º y 8º de la misma ley (del dictamen de la Fiscal de Cámara).*

- 3) *La creación por la Inspección General de Justicia de un registro de datos en coordinación con el Registro de la Propiedad Inmueble halla respaldo en la atribución del organismo de requerir información para el mejor cumplimiento de sus funciones (arts. 6º y 11, ley 22315). Éste se adecua a los requisitos establecidos por la ley 25326 de Protección de Datos Personales, que regula la creación y funcionamiento de los registros públicos. Es decir, fue creado por disposición general publicada en el Boletín Oficial de la Nación (art. 22.1) y observa los recaudos para el tratamiento de la información exigidos por la citada ley, a saber: 1) el tratamiento de datos personales es lícito cuando se recaba para el ejercicio de funciones propias de los poderes del Estado (art. 5º, inc. b); 2) las dependencias del Estado se encuentran habilitadas para compartir la información necesaria para el ejercicio de sus respectivas competencias y en la medida de sus funciones atribuidas por la ley (art. 11, inc. c). Máxime que en el caso se trata de un registro de uso interno.*
- 4) *La creación del Registro de Actos Aislados por parte de la Inspección General de Justicia en la Resolución General 8/03 no ha sido utilizada como un fin en sí mismo, sino como un medio para ejecutar las facultades de fiscalización atribuidas a dicho ente de control por el art. 3º de la ley 22315 (del dictamen de la Fiscal de Cámara).*
- 5) *Resulta aplicable a la Administración Pública la tesis según la cual, otorgado un poder a un organismo, como es el caso de las facultades de fiscalización atribuidas a la Inspección General de Justicia, corresponde entender que se le han dotado todos los poderes necesarios para el ejercicio del que ha sido expresamente conferido, y sin los cuales, sino imposible, sería sumamente difícil y embarazosa la ejecución del poder expresamente otorgado (del dictamen de la Fiscal de Cámara).*
- 6) *La Resolución General de la Inspección General de Justicia número 8/03 halla fundamento en los siguientes propósitos que surgen de sus considerandos: a) Velar por los principios de soberanía y control del régimen registral de la ley 19550; b) Distinguir aquellas sociedades que funcionan efectivamente en el exterior y canalizan sus inversiones productivas, de aquellas cuyo único objeto es la elusión del derecho argentino; c) La moralización de la vida empresarial y del tráfico; d) Prevenir la interposición de personas para violar la ley; e) Limitar la eventual legitimación de activos de origen ilícito y la infracción a normas tributarias (del dictamen de la Fiscal de Cámara).*
- 7) *El designio de la Resolución General 8/03 de la Inspección General de Justicia no es instrumentar una cruzada nacionalista destinada a los inversores foráneos, sino que pretende revertir un fenómeno de la realidad jurídica que*

- crea un grado de desigualdad de las personas ante la ley, deletéreo del orden normativo (del dictamen de la Fiscal de Cámara).
- 8) *Todo el sistema de publicidad que inspira la registración de personas jurídicas, nacionales y extranjeras se dirige a dar seguridad a los terceros en sus relaciones comerciales y a las relaciones de responsabilidad que se susciten en virtud de la actuación del ente ideal. Sin embargo, los evasores de la ley siempre encuentran antes que la justicia los resquicios que deja el sistema legal o los ámbitos poco reglamentados para llevar a cabo sus propósitos (del dictamen de la Fiscal de Cámara).*
- 9) *En los últimos tiempos se advierte un uso creciente de sociedades extranjeras off shore que permiten obrar en la clandestinidad para cometer delitos económicos y burlar toda clase de imperativos legales mediante la actuación por interpósita persona. Me refiero a la elusión de obligaciones tributarias, las derivadas del régimen sucesorio, deberes de asistencia familiar, división de la sociedad conyugal, responsabilidad ante los acreedores y toda clase de simulación y fraude a derechos de terceros. Esta disfunción se ha puesto de manifiesto a nivel internacional ya que las sociedades off shore han desempeñado un rol protagónico en grandes escándalos financieros, como en los casos “Enron”, “World Com”, “Parmalat” y “Adecco”, donde una serie de propiedades y bienes –de origen no explicable– aparecía bajo la titularidad de esta clase de sociedades (del dictamen de la Fiscal de Cámara).*
- 10) *El fenómeno de la globalización y el acceso a las redes digitales han facilitado la adquisición de las sociedades off shore, que se han convertido en una herramienta accesible para encubrir actividades ilegales o en fraude a las leyes nacionales (del dictamen de la Fiscal de Cámara).*
- 11) *La Resolución General 8/03, emanada de la Inspección General de Justicia, también se dirige a revertir una situación de vacío reglamentario que facilita la comisión de actos criminales que comprometen la seguridad del Estado y de la comunidad internacional, como es el caso de la evasión fiscal, el lavado de dinero y la financiación del terrorismo internacional (del dictamen de la Fiscal de Cámara).*
- 12) *Constituye un fenómeno conocido el incremento de la creación de sociedades extranjeras alejadas de toda finalidad comercial, con el solo propósito de infringir las leyes tributarias (del dictamen de la Fiscal de Cámara).*
- 13) *Mientras que la planificación fiscal es admitida, la evasión y la elusión deben ser reprochadas. En la elusión fiscal sólo hay una apariencia de legalidad, en tanto el contribuyente utiliza formas jurídicas previstas por la legislación, pero no para los fines que tuvo en cuenta el legislador al crearlas, sino para reducir sus impuestos. Ello difiere de la planificación fiscal donde el contribuyente aprovecha un territorio fiscalmente liberado por voluntad expresa del le-*

gislador, que se revela objetivamente en el texto de la ley (del dictamen de la Fiscal de Cámara).

- 14) *La línea que distingue la planificación fiscal de la elusión es delgada (del dictamen de la Fiscal de Cámara).*
- 15) *El proceso de verificación creado por la Resolución General 8/03 de la Inspección General de Justicia tiende a desalentar la evasión tributaria, pues permite distinguir aquellas sociedades extranjeras que tienen una finalidad de inversión –Resolución General IGJ 22/04– de aquellas que se han constituido con el solo fin de eludir impuestos, o para sustraer bienes de la garantía de los acreedores o del cumplimiento de obligaciones familiares u otras leyes imperativas (del dictamen de la Fiscal de Cámara).*
- 16) *En un país como la República Argentina, donde cerca de la mitad de la población está excluida de tener un nivel digno de subsistencia, los niños, los jóvenes, los desocupados, las personas ineficientes desde el punto de vista económico, necesitan programas de salud y educación que los rescate del aislamiento. La instrucción insuficiente es garantía de exclusión. Ante un problema de esas dimensiones, ya no cabe duda de que sólo la acción estatal puede encarar con eficacia esas políticas, cuya desatención acarreará graves consecuencias para la paz social. La elusión tributaria impide realizar estos proyectos, que también requieren una democracia más exigente en cuanto al uso de los fon-*

*dos públicos (del dictamen de la Fiscal de Cámara).*

- 17) *Si bien algunos sectores pueden caer en el error de considerar que los capitales provenientes del crimen organizado, una vez ingresados al país pueden insertarse en la economía, generando inversiones duraderas, ello sin embargo no es así: el lavado de dinero trae consecuencias nefastas para las sociedades en que se instala; sus procesos no encuadran en las leyes de los mercados, ni en las sanas prácticas económico-financieras que deben gobernarlos. La influencia política y económica del crimen organizado debilita la estructura social, los estándares éticos de la colectividad y finalmente las instituciones democráticas de la sociedad. Fundamentalmente, el lavado de dinero está inextricablemente ligado a la actividad criminal subyacente que lo genera (del dictamen de la señora Fiscal de Cámara).*
- 18) *En el ámbito del lavado de activos, la actuación a través de sociedades off shore juega un papel protagónico, porque éstas ofrecen un elemento fundamental para ocultar la fuente ilícita: la confidencialidad. Por otra parte, el acceso fácil y anónimo a los centros off shore que proporciona Internet ha facilitado su producción industrial, sin moverse de la propia casa u oficina, con absoluta discreción, mediante los sistemas de navegación anónima que provee la red (del dictamen de la Fiscal de Cámara).*
- 19) *La exigencia de mayor transpa-*

- rencia en la actuación de sociedades extranjeras dispuesta por la Inspección General de Justicia no presenta una magnitud que disuada a los inversores genuinos. Éstos se adecuarán a los requerimientos de información —mediante la inscripción de las denominadas “sociedades vehículo” (RG 22/04 IGJ)— como ocurre en todas las economías avanzadas cuando los extranjeros (ajenos a la comunidad) pretenden insertarse en sus mercados (del dictamen de la Fiscal de Cámara).
- 20) Debe destacarse un aspecto esencial que define al delito de lavado de dinero, distinguiéndolo de la mayoría: sólo produce un daño colectivo. Jamás se hallará un damnificado individual que denuncie ese delito o promueva una acción judicial. El lavado de dinero es un delito invisible que perjudica a todos, corroe la economía y la sociedad. Vemos, pues, que también en este aspecto la acción de los particulares es insuficiente para garantizar la observancia de la ley y el bienestar general de la sociedad (del dictamen de la Fiscal de Cámara).
- 21) El abuso de formas societarias con fines de fraude a la ley ha derivado en la creación de un mundo jurídico paralelo donde la eficacia de nuestras leyes decae. Se presenta así la paradoja de que el mismo ordenamiento jurídico que los jueces mandan a respetar sirve de fundamento para que un grupo de personas adecuadamente dotadas de asesoramiento y técnicas jurídico-contables se halle a resguardo de su imperatividad (del dictamen de la Fiscal de Cámara).
- 22) El vacío reglamentario permitió que algunas personas con recursos para constituir sociedades off shore eludan la imperatividad de las leyes en perjuicio de la sociedad toda. La Resolución General de la Inspección General de Justicia número 8/03 se dirige a cubrir esa laguna.
- 23) Es deber del Estado crear las garantías para que el cumplimiento de las leyes sea efectivo. En esa inteligencia, el accionar de la Inspección General de Justicia no podía permanecer aislado de las demás políticas estatales. El Estado, a través de todas sus dependencias, debe desarrollar un obrar sistemático dirigido a la realización del bien común (del dictamen de la Fiscal de Cámara).
- 24) Si bien se han formulado objeciones de tinte liberal contra la Resolución General 8/03 de la Inspección General de Justicia en orden a justificar la libre actuación de sociedades extranjeras, invocando el peligro de un Estado intervencionista que sustituya las leyes del mercado, en tanto la propiedad privada constituye efectivamente una barrera a la intromisión del Estado y la libertad de mercado es un bastión de la democracia y del crecimiento económico; mas ello no implica desconocer la necesidad de la intervención estatal para corregir sus fallos y restablecer el orden público vulnerado en defensa de la colectividad (del dictamen de la Fiscal de Cámara).
- 25) La filosofía liberal ha sufrido mu-

chas veces haber sido usada para justificar las pretensiones irrestrictas de los apetitos económicos privados (del dictamen de la Fiscal de Cámara).

- 26) La política instrumentada en la Resolución General IGJ 8/03 halla pleno respaldo en el derecho vigente y garantiza el respeto a las normas constitucionales, en cuanto tiende a revertir una tendencia elitista y antidemocrática, que favorece la corrupción y la impunidad, por lo que su planteo de inconstitucionalidad debe ser rechazado (del dictamen de la Fiscal de Cámara).
- 27) Desde el caso “Delfino A. M. y Cía.”, la Corte Suprema de la Nación ha reconocido la facultad del Poder Ejecutivo o de un cuerpo administrativo a fin de reglar los pormenores y detalles necesarios para la ejecución de una ley, siempre que no se altere su espíritu. En tal sentido, la Resolución General de la Inspección General de Justicia 8/03 IGJ no altera la distinción realizada por el legislador entre las sociedades extranjeras que realizan actos aislados y las que desarrollan actividades comerciales en forma habitual en la Argentina, sino que fija los detalles necesarios para la ejecución de la ley de sociedades (del dictamen de la Fiscal de Cámara).
- 28) Es razonable que la Inspección General de Justicia, que tiene conocimientos específicos con respecto al régimen societario, precise qué debe considerarse un acto aislado, una vez que el legislador ha manifestado su voluntad de crear esa categoría. El organismo

de control está en una mejor posición con respecto al legislador para reglamentar el concepto de acto aislado debido a los conocimientos específicos que dicha notición requiere y a la rapidez con que se debe responder a las maniobras desarrolladas por las sociedades para manipular dicho concepto (del dictamen de la Fiscal de Cámara).

- 29) La circunstancia de que la sociedad extranjera adquirente del inmueble se haya constituido en un paraíso fiscal, a saber, en las Islas Vírgenes Británicas, que figura en la “lista negra” de países de baja o nula tributación según la ley local –decreto 1344/98, reglamentario del impuesto a las ganancias– y extranjera –informe del Grupo de Acción Financiera contra el Lavado de Dinero del 23/6/01 e informe de la OCDE–, configura una presunción en contra de que se trate de una sociedad extranjera bona fide, esto es, una sociedad que desarrolla su actividad comercial principal en el exterior y que únicamente ha realizado en nuestro país una compra aislada (del dictamen de la Fiscal de Cámara).
- 30) La adquisición por una sociedad extranjera de 19 unidades y 25 unidades complementarias de gran envergadura demuestra que aquella adquirió dichos inmuebles con fines comerciales, así como el hecho de que esas unidades no hayan sido revendidas inmediatamente y los poderes otorgados a los efectos de la administración y comercialización de las unidades reflejan un grado de

*permanencia de la actividad desarrollada por dicha compañía, que excede el concepto de “acto aislado”* (del dictamen de la Fiscal de Cámara).

Cámara Nacional Comercial, Sala D, octubre 13 de 2005. Autos: “Inspección General de Justicia c. Bryce Services Corporation s/ recurso de apelación”.

DICTAMEN DE LA FISCAL ANTE CÁMARA: 1. El Inspector General de Justicia intimó a la sociedad Bryce Services Corp. para que en treinta días proceda a cumplir con la inscripción registral prevista en el párr. 3º del art. 118 de la ley 19550 [ED, 42-943 y EDLA, 1984-269], bajo apercibimiento de iniciar las acciones judiciales correspondientes.

2. El acto fue apelado por la sociedad, que expresó sus agravios a fs. 86/7.

La recurrente planteó la inconstitucionalidad de la Resolución General IGJ 8/03 [EDLA, 2003-B-460], en que se funda la decisión recurrida. Sostiene que modifica las leyes 19550 y 22315 [EDLA, 1980-355], por cuanto amplía el régimen sancionatorio de las sociedades constituidas en el extranjero.

Alega que el Inspector General se ha atribuido facultades legislativas, ya que la única sanción que le podría corresponder es alguna de las enumeradas en los arts. 13 de la ley 22315 y 302 de la ley 19550, es decir, apercibimiento, apercibimiento con publicación o multa. Señala que las únicas causales de disolución y liquidación previstas por la ley son las enumeradas en el art. 94 de la Ley de Sociedades.

Asimismo, considera vulnerado el derecho de igualdad ante la ley garantizado por los arts. 16 y 20 de la Constitución Nacional, que comprende también a los extranjeros. Dice que hubiera recibido un tratamiento distinto en otra jurisdicción porque el registro es local y que el Inspector pretende legislar sobre aspectos propios de otros organismos de jurisdicción nacional, como la Administración Federal de Ingresos Públicos –al perseguir la evasión fiscal– y el lavado de dinero, que escapan a las facultades propias de un registro local.

Sostiene que la compra de varios inmuebles realizada por Bryce Services Corp. es un acto aislado y que el fallo plenario citado en la resolución apelada es inaplicable. Por último, dice que no está acreditado que se trate de una sociedad constituida en un paraíso fiscal, así como tampoco que haya celebrado contratos de locación o comodatos con terceros desde que adquiriera las unidades funcionales.

3. A mi modo de ver, el recurso interpuesto no debe prosperar por las razones que a continuación expongo.

La Inspección General de Justicia creó mediante Resolución General 8/03 IGJ el Registro de Actos Aislados de Sociedades Constituidas en el Extranjero, que recopilará la información provista por el Registro de la Propiedad Inmueble sobre la constitución, adquisición, transmisión o cancelación de derechos reales sobre bienes inmuebles por parte de sociedades extranjeras. El Inspector estimó que, en razón del orden público comprometido en el régimen de extranjería, le incumbía verificar que la calificación de actos “aislados” o si-

milar atribuida a determinadas operaciones por sociedades constituidas en el extranjero se ajuste a la realidad. Ello en ejercicio de sus funciones de fiscalización (art. 8º, inc. b, leyes 19550 y 22315) y a fin de determinar el eventual encuadramiento de las sociedades extranjeras en los términos del art. 124 de la ley 19550.

Dice la Resolución General 8/03 IGJ que *“en virtud del apuntado carácter de orden público del régimen de la actuación extraterritorial de dichas sociedades, el nomen juris de esa actuación y las consecuencias legales que le correspondan, no pueden quedar exclusivamente libradas a manifestaciones de las partes en el acto de que se trate, toda vez que, en caso de que esa calificación no fuera veraz, ello importaría la frustración e ineficacia práctica del régimen legal instituido y la consagración de un tratamiento desigual con respecto a los negociantes locales, en orden a la publicidad de su actuación”*.

También señala que las medidas dispuestas son aptas para contribuir a dificultar la operatividad de mecanismos de legitimación de activos de origen ilícito, el indebido uso de la planificación fiscal, la transgresión de normas indisponibles en materia de derecho de familia y sucesorio, la limitación de la responsabilidad de los socios o controlantes, en hipótesis de desestimación de la personalidad jurídica societaria de sociedades *off shore* en cabeza de las cuales se ponen los bienes mediante actos calificados de “aislados”.

A su vez, allí se destacó la relevante significación económico-patrimonial de actos denunciados como “aislados”, como la compra de grandes inmuebles urbanos o rurales, la de buques, aeronaves o rodados de gran valor, la constitución o cesión de hipotecas, entre otros.

4. En mi parecer, no deben prosperar los agravios de la apelante en cuanto sostiene que el Inspector General se ha excedido en sus atribuciones.

El procedimiento instituido por la Resolución General 8/03 IGJ para verificar el cumplimiento del régimen de publicidad del art. 118, párr. 3º de la ley 19550 fue dispuesto en ejercicio de las facultades conferidas al Inspector General de Justicia en el art. 3º de la ley 22315. Esa norma establece específicamente su competencia para fiscalizar las sociedades constituidas en el extranjero que hagan ejercicio habitual en el país de actos comprendidos en su objeto social, con los alcances puntualizados en los arts. 6º y 8º de la misma ley.

A su vez, la creación de un registro de datos en coordinación con el Registro de la Propiedad Inmueble halla respaldo en la atribución del organismo de requerir información para el mejor cumplimiento de sus funciones (arts. 6º y 11, ley 22315).

Por otra parte, el mencionado registro se adecua a los requisitos establecidos por la ley 25326 [EDLA, 2000-B-131] de Protección de Datos Personales, que regula la creación y funcionamiento de los registros públicos. Es decir, fue creado por disposición general publicada en el Boletín Oficial de la Nación (art. 22.1) y observa los recaudos para el tratamiento de la información exigidos por la citada ley, a saber: 1) el tratamiento de datos personales es lícito cuando se recaba para el ejercicio de funciones propias de los poderes del Estado (art. 5º, inc. b); 2) las dependencias del Estado se encuentran habilitadas

para compartir la información necesaria para el ejercicio de sus respectivas competencias y en la medida de sus funciones atribuidas por la ley (art. 11, inc. c); máxime que se trata de un registro de uso interno.

Además, la creación del Registro de Actos Aislados no ha sido utilizada como un fin en sí mismo, sino como un medio para ejecutar las facultades de fiscalización atribuidas al Inspector General de Justicia por el art. 3º de la ley 22315.

Desde el memorable caso “McCulloch v. Maryland” (17 US, 1819) resuelto por la Corte Suprema de los Estados Unidos, la doctrina y la jurisprudencia local (“Lino de la Torre s/ recurso de *habeas corpus*”, CS, Fallos, 19:231 del 21/8/77) y extranjera han receptado la doctrina de los poderes inherentes. El juez Marshall sostuvo en dicha oportunidad que “un gobierno, dotado de vastos poderes, de cuya adecuada ejecución depende tan fundamentalmente la felicidad y prosperidad de la nación, debe ser también dotado de amplios medios para su ejecución. Otorgado el poder, el interés de la nación es facilitar su ejecución. Nunca podría ser su interés [...] obstaculizar y entorpecer su ejecución reteniendo los medios más apropiados”.

Si bien dicho caso se refería a las facultades del Congreso, es aplicable a la Administración la tesis según la cual, otorgado un poder a un organismo, como es el caso de las facultades de fiscalización atribuidas a la Inspección General de Justicia, corresponde entender que se le han dotado todos los poderes necesarios para el ejercicio del que ha sido expresamente conferido, y sin los cuales, sino imposible, sería sumamente difícil y embarazosa la ejecución del poder expresamente otorgado.

En este sentido, los catedráticos españoles García de Enterría y Fernández sostienen que “La atribución de potestades a la Administración tiene que ser, en primer término, expresa [...] Ahora bien, esa exigencia debe ser matizada con la doctrina de los poderes inherentes o implícitos que, por excepción, pueden inferirse por interpretación de las normas más que sobre su texto directo [...] Se trata, simplemente, de hacer coherente el sistema legal, que ha de suponerse responde a un orden de razón y no a un casuismo ciego...” (Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, Civitas, t. I, pág. 447).

Tal como lo señaló entonces el juez Marshall con respecto a la facultad de crear un banco, ésta no se asemeja a la facultad de crear impuestos o a la de declarar guerras, esto es, facultades sustantivas e independientes, que no pueden ser implicadas como incidentales a otros poderes o usadas como medios de ejecución de ellos. Por el contrario, en el caso, la facultad de crear un registro de datos no constituye un fin sino un medio para ejercitar facultades de control, como las que tiene la Inspección General de Justicia respecto de las sociedades extranjeras.

5. La Resolución General 8/03 IGJ halla fundamento en los siguientes propósitos que surgen de sus considerandos: a) velar por los principios de soberanía y control del régimen registral de la ley 19550; b) distinguir aquellas sociedades que funcionan efectivamente en el exterior y canalizan sus inversio-

nes productivas, de aquellas cuyo único objeto es la elusión del derecho argentino; c) la moralización de la vida empresaria y del tráfico; d) prevenir la interposición de personas para violar la ley; e) limitar la eventual legitimación de activos de origen ilícito y la infracción a normas tributarias.

En mi opinión, las razones expuestas justifican adecuadamente las medidas arbitradas por el Inspector para garantizar la eficacia de las leyes vigentes. El designio de la Resolución General tachada de inconstitucional no es instrumentar una cruzada nacionalista destinada a los inversores foráneos, sino que pretende revertir un fenómeno de la realidad jurídica que crea un grado de desigualdad de las personas ante la ley, deletéreo del orden normativo.

Todo el sistema de publicidad que inspira la registración de personas jurídicas, nacionales y extranjeras, se dirige a dar seguridad a los terceros en sus relaciones comerciales y a las relaciones de responsabilidad que se susciten en virtud de la actuación del ente ideal. Sin embargo, los evasores de la ley siempre encuentran antes que la justicia los resquicios que deja el sistema legal o los ámbitos poco reglamentados para llevar a cabo sus propósitos.

En efecto, en los últimos tiempos se advierte un uso creciente de sociedades extranjeras *off shore* que permiten obrar en la clandestinidad para cometer delitos económicos y burlar toda clase de imperativos legales mediante la actuación por interpósita persona. Me refiero a la elusión de obligaciones tributarias, las derivadas del régimen sucesorio, deberes de asistencia familiar, división de la sociedad conyugal, responsabilidad ante los acreedores y toda clase de simulación y fraude a derechos de terceros. Esta disfunción se ha puesto de manifiesto a nivel internacional ya que las sociedades *off shore* han desempeñado un rol protagónico en grandes escándalos financieros, como en los casos “Enron”, “World Com”, “Parmalat” y “Adecco”, donde una serie de propiedades y bienes –de origen no explicable– aparecía bajo la titularidad de esta clase de sociedades (v. Vítoló, Daniel, *Sociedades constituidas en el extranjero con sede o principal objeto en la República*, Buenos Aires, El Derecho, pág. 36). El fenómeno de la globalización y el acceso a las redes digitales han facilitado la adquisición de esos instrumentos, que se han convertido en una herramienta accesible para encubrir actividades ilegales o en fraude a las leyes nacionales.

La Resolución examinada también se dirige a revertir una situación de vacío reglamentario que facilita la comisión de actos criminales que comprometen la seguridad del Estado y de la comunidad internacional, como es el caso de la evasión fiscal, el lavado de dinero y la financiación del terrorismo internacional.

Veremos a continuación que las tradicionales concepciones iusprivatistas que relegan la persecución del fraude societario y la reparación de la ilicitud al ámbito de una acción judicial promovida por el tercero afectado no aportan una solución real a un problema que se ha vuelto endémico. La realidad ha mutado y exige a los operadores del derecho la debida intervención para restablecer el orden público vulnerado con grave perjuicio para la comunidad.

Sabido es que no puede delinearse estáticamente dónde está el confín en-

tre lo público y lo privado, ya que esas barreras se destruyen y reconstruyen incesantemente a lo largo de la historia.

6. En primer lugar, podemos mencionar que se ha incrementado la creación de sociedades extranjeras alejadas de toda finalidad comercial, con el solo propósito de infringir las leyes tributarias.

Trazar la línea que distingue el ahorro tributario lícito del ilícito es un tema clásico del derecho tributario.

El problema tiene su punto de partida en el principio según el cual los contribuyentes pueden elegir entre diferentes caminos o procedimientos para estructurar sus negocios y, entre ellos, el camino o procedimiento que trae consigo la menor carga fiscal en cuanto sea legal (Dino Jarach, “Elusión de impuestos”, en *Estudios de Derecho Tributario*, CIMA, 1998, pág. 402). Tanto el derecho local como el extranjero han receptado ese principio. Así, la Corte Suprema afirmó que “el esfuerzo honesto del contribuyente de mantener sus impuestos tan bajos como es legalmente posible no merece reprobación” (Fallos, 241:210; 308:215; entre otros). En igual sentido se expidió la Corte de los Estados Unidos en “Gregory v. Helvering”, sobre el que volveremos más adelante (293 U. S. 465, 1935).

Magill se refiere con ironía al mencionado principio como *perfectamente verdadero, perfectamente general y perfectamente sin sentido* (Magill, *Taxable Income*, citado por Dino Jarach, *El hecho imponible*, pág. 153).

No hay un criterio unificado para distinguir entre el ahorro tributario lícito del ilícito. Se han utilizado diversos términos: planificación fiscal, economía de opción, elusión, evasión, etcétera, sobre los que no hay consenso en su conceptualización.

La evasión consiste en la utilización de medios ilícitos para disminuir los impuestos; en este caso, hay una violación directa a la ley. En la elusión, el contribuyente utiliza formas jurídicas lícitas, pero con fines diversos a los previstos por el legislador, para reducir la carga tributaria (Tarsitano, Alberto, “El principio de la realidad económica y el exceso de la potestad calificadora del Fisco”, en *Protección constitucional de los contribuyentes*, pág. 275). En este sentido, la elusión se relaciona con el abuso de las formas.

Mientras que la planificación fiscal es admitida, la evasión y la elusión deben ser reprochadas. En la elusión fiscal, sólo hay una apariencia de legalidad, en tanto el contribuyente utiliza formas jurídicas previstas por la legislación, pero no para los fines que tuvo en cuenta el legislador al crearlas, sino para reducir sus impuestos. Ello difiere de la planificación fiscal donde el contribuyente aprovecha un territorio fiscalmente liberado por voluntad expresa del legislador, que se revela objetivamente en el texto de la ley (Casado Ollero, “La recalificación administrativa como mecanismo de reacción frente a la elusión tributaria y al fraude a la ley: posibilidades y límites”, *Boletín de la Asociación Argentina de Estudios Fiscales*, dic. 2000, pág. 63).

La línea que distingue la planificación fiscal de la elusión es delgada. Y también lo es el límite entre la elusión y la evasión.

El citado caso “Helvering vs. Gregory” de la Corte de Estados Unidos es pa-

radigmático. El tribunal, luego de establecer el principio según el cual el contribuyente tiene un derecho a reducir sus impuestos por los medios que el derecho permite, sostuvo que la constitución de la sociedad formada por el contribuyente debía ser dejada de lado por el Fisco en tanto el contribuyente no perseguía *ninguna finalidad comercial* distinta de la de bajar sus impuestos.

Así nace el “test de la finalidad comercial” para distinguir el ahorro tributario lícito del ilícito. De acuerdo con ese *test*, toda operación que persiga una finalidad comercial debe ser respetada por el Fisco, aun cuando implique una disminución de la carga impositiva. Por el contrario, si el contribuyente utilizó un medio lícito, como la constitución de una sociedad, con el único propósito de disminuir sus impuestos y no puede mostrar un fin comercial, esa transacción será considerada un ahorro tributario ilícito.

Bollini Shaw ha señalado que *en nuestro país gran parte de las sociedades existentes no son tales y tienen por origen el haber sido formadas por consejo, generalmente de contadores o abogados, que seguían una cierta moda que por cierto no fue pasajera*. Se refería concretamente a las sociedades de familia creadas para no pagar determinados impuestos, para preservar patrimonios o empresas o dificultar a algunos herederos retirar su parte. Sostiene que esas sociedades aparentes no fueron ni son sociedades (conf. Bollini Shaw, Carlos, “Sociedades aparentes e inexistentes” en *Congreso Argentino de Derecho Comercial*, Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires, 1990, vol. 2, pág. 33).

Dice Julio César Rivera que *el principio de unidad del patrimonio es un considerable obstáculo al desarrollo de los negocios tanto individuales como empresarios*. Ésa es la finalidad legítima: favorecer el desarrollo económico. Lo que habilita el uso de las prerrogativas exorbitantes del derecho común creadas a favor de particulares en el derecho privado, como lo es la creación de un ente ideal, es *el fin legítimo*, según lo ha consagrado en esta materia el art. 54 de la ley de sociedades.

En resumidas cuentas, el criterio antes expuesto busca distinguir las transacciones *bona fide* de las que sólo persiguen un fin impositivo.

En el citado precedente de la Corte de los Estados Unidos, se sentó otro criterio esencial del régimen tributario: el principio de la “sustancia sobre la forma”, que es ampliamente defendido por Dino Jarach y receptado por nuestra Ley de Procedimiento Fiscal (arts. 1º y 2º). Según este principio, si bien los contribuyentes pueden elegir entre diversas formas jurídicas, el Fisco puede prescindir de dicha elección, cuando la forma jurídica no refleje la substancia económica subyacente. La realidad económica, y no la forma jurídica elegida por el contribuyente, es el presupuesto del hecho imponible. De acuerdo con este criterio, es lícito todo ahorro tributario realizado a través de formas jurídicas que reflejen la realidad económica de la operación y, por el contrario, es ilícito todo ahorro procurado a través de formas jurídicas que no coincidan con la sustancia económica de la operación.

Finalmente, es útil señalar el criterio utilizado en Inglaterra para distinguir el ahorro tributario lícito del ilícito, que consiste en examinar la voluntad expresa e implícita del Congreso al crear el régimen tributario. Una operación es

admitida, aun cuando genere un ahorro fiscal, si el intérprete considera que el Congreso ha creado expresa o implícitamente un territorio fiscalmente liberado que puede ser aprovechado lícitamente por los contribuyentes. Por el contrario, los ahorros fiscales que no son admitidos expresa o implícitamente por el Congreso son reprochados.

En conclusión, el ahorro fiscal del contribuyente es considerado inadmisibles cuando éste utiliza formas jurídicas con el único fin de reducir sus impuestos y *sin ninguna finalidad comercial* (“test de la finalidad comercial”) o *sin la finalidad comercial prevista por el legislador* al crear la forma utilizada (“principio de la realidad económica” o de “sustancia sobre la forma”).

El proceso de verificación creado por la Resolución General 8/03 tiende a desalentar la evasión tributaria pues permite distinguir aquellas sociedades extranjeras que tienen una finalidad de inversión –Resolución General IGJ 22/04– de aquellas que se han constituido con el solo fin de eludir impuestos, o para sustraer bienes de la garantía de los acreedores o del cumplimiento de obligaciones familiares u otras leyes imperativas.

En un país como la República Argentina, donde cerca de la mitad de la población está excluida de tener un nivel digno de subsistencia, los niños, los jóvenes, los desocupados, las personas ineficientes desde el punto de vista económico, necesitan programas de salud y educación que los rescaten del aislamiento. La instrucción insuficiente es garantía de exclusión. Ante un problema de esas dimensiones, ya no cabe duda de que sólo la acción estatal puede encarar con eficacia esas políticas, cuya desatención acarreará graves consecuencias para la paz social. La elusión tributaria impide realizar estos proyectos, que también requieren una democracia más exigente en cuanto al uso de los fondos públicos.

Sin embargo, ninguna de aquellas personas que esperan planes sociales tiene una acción judicial individual para reclamar al Estado el goce de sus derechos humanos. A su vez, los ciudadanos comunes, es decir, los que no recurren a técnicas jurídico-contables para eludir impuestos, no hallan un paraíso fiscal que los proteja de la presión impositiva, ni siquiera un purgatorio. Ninguno de ellos puede ejercer una acción judicial para luchar contra esa iniquidad.

7. Una de las principales preocupaciones de la comunidad internacional en la última década es el efecto corrosivo del orden económico que produce el reciclaje de dinero proveniente de actividades delictivas. La globalización de la economía trajo aparejada también una globalización del crimen, de modo que sus consecuencias se trasladan en forma transnacional.

El dinero proveniente del crimen organizado penetra mediante negocios ilegítimos para esconder sus ganancias ilícitas. Distorsiona y erosiona las empresas comerciales, especialmente del sector financiero, corrompe funcionarios y pone en riesgo la estabilidad y seguridad de los Estados (conf. Pérez Lamela, H. y Reartes, R., *El lavado de dinero*, Depalma, 2000, pág. 14).

Algunos sectores pueden caer en el error de considerar que estos capitales una vez ingresados se insertan en la economía generando inversiones durade-

ras. Algunos piensan que cualquier inversión que ingresa al país es buena y debe ser bienvenida sin controles.

Ello no es así: el lavado de dinero trae consecuencias nefastas para las sociedades en que se instala. Sus procesos no encuadran en las leyes de los mercados, ni en las sanas prácticas económico-financieras que deben gobernarlos. La influencia política y económica del crimen organizado debilita la estructura social, los estándares éticos de la colectividad y finalmente las instituciones democráticas de la sociedad. Fundamentalmente, el lavado de dinero está inextricablemente ligado a la actividad criminal subyacente que lo genera (v. *Financial Action Task Force in Money Laundering*, [www.oecd.org/fatf](http://www.oecd.org/fatf)).

Las organizaciones criminales invierten grandes sumas y desplazan a las estructuras tradicionales de producción. Esto afecta la capacidad productiva de bienes y servicios de la plaza (Lamela, ob. cit., pág. 14).

En los países dependientes de capitales de las economías fantasmas, la consecuencia será, a mediano o largo plazo, la deformación de su estructura macroeconómica en perjuicio de las actividades genuinas. La movilización de medios financieros ilegales desalienta los planes de los inversores reales, o los asocia a la actividad delictiva. Sustraer de la economía regular recursos económicos significativos reduciendo su nivel de crecimiento. La entrada y salida de capitales en grandes volúmenes pueden influir en la tasa de interés, en la de cambio y en los precios de determinados bienes y servicios hacia los cuales van dirigidos esos capitales (Lamela, ob. cit., pág. 12).

A la distorsión del mercado se suman los efectos colaterales que trae aparejada su instalación en una plaza permisiva. Las facilidades que un país otorgue al ingreso de dinero ilícito serán proporcionales al ingreso de las organizaciones delictivas que los generan: el narcotráfico, la venta ilegal de armas, de seres humanos o de sus órganos, el juego, el contrabando, el enriquecimiento ilícito de funcionarios públicos, el financiamiento de actividades terroristas, etc. Una política permisiva en esta materia puede transformar a nuestro país en el objeto preferido de la amenaza.

De acuerdo con las cifras proporcionadas por *The Financial Action Task Force of Money Laundering*, el lavado de dinero moviliza entre 590 billones y hasta 1.5 trillones de dólares. En su menor estimación equivale a la producción total de una economía como la de España (ver [www.oecd.org/fatf](http://www.oecd.org/fatf)).

Las naciones del globo despliegan una actividad concertada para combatirlo a través de la creación de organismos especializados y de la celebración de convenios internacionales de cooperación, de carácter bilateral o multilateral, algunos de los cuales la Argentina ha suscripto. Este flagelo mundial ha llevado a repensar la función macroeconómica y los alcances del secreto bancario, financiero y bursátil, así como el tratamiento a dispensar a los paraísos fiscales y plazas operativas *off shore* (conf. Barreira Delfino, Eduardo, en prólogo a la obra de Lamela y Reartes, cit., pág. VIII).

La persecución se desarrolla principalmente a través de una labor de prevención de las conductas constitutivas del lavado de activos, para lo cual resulta de singular relevancia la actividad de los actores institucionales a los que

las normas legales les imponen un específico “deber de informar” (v. Gené, Gustavo E., “Las unidades de Información Financiera: roles, funciones y riesgos”, *Rev. LL*, del 18/4/03).

Las Cuarenta Recomendaciones del Grupo de Acción Financiera (GAFI) establecen que *los países deberían tomar medidas para impedir el uso ilícito de personas jurídicas por parte de los lavadores de activos. Los países deberían asegurarse de contar con información adecuada, precisa y oportuna sobre los titulares beneficiarios finales y el control de las personas jurídicas que las autoridades competentes puedan obtener o a las que puedan acceder sin demora (nº 33)*. Asimismo especifica que *Los países que tengan personas jurídicas autorizadas a emitir acciones al portador deberían tomar medidas apropiadas para asegurar que dichas acciones no sean empleadas incorrectamente para el lavado de activos... (nº 33)*.

En este ámbito, la actuación a través de sociedades *off shore* juega un papel protagónico porque éstas ofrecen un elemento fundamental para ocultar la fuente ilícita: la confidencialidad. Por otra parte, el acceso fácil y anónimo a los centros *off shore* que proporciona internet ha facilitado su producción industrial, sin moverse de la propia casa u oficina, con absoluta discreción, mediante los sistemas de navegación anónima que provee la red.

Se calcula que el giro de negocios de los paraísos fiscales ronda los 1800 billones de dólares anuales. Se ha estimado que el 40% proviene del crimen organizado, tráfico de armas y actividad terrorista en sentido amplio; el 45% de “planificación fiscal” proveniente de sociedades multinacionales, hombres de negocios, del espectáculo, etc.; y el 15% de la corrupción o saqueo político. Funcionan en esta operatoria unas 680.000 sociedades *off shore*, 1.200.000 trust y 10.000 agencias de bancos extranjeros. Estas entidades canalizan una evasión fiscal estimada en 292 millones de dólares al año y lavado de dinero por 600 millones anuales (cifras del año 2000, en *Paradisi fiscali: uno scippo planetario*, Malatempora, 2000).

La sustracción de estos recursos a países poco desarrollados es causa de marginación y pobreza. Mientras, se incrementa la evasión y el lavado a cifras que rondan entre el 2 y el 5% del producto bruto mundial.

En esta misma línea de acción se adscribe la lucha contra el terrorismo internacional. Los atentados del 11 de septiembre han acentuado los esfuerzos para inducir a los paraísos fiscales a adecuar su legislación a las reglas internacionales que se dirigen hacia una mayor transparencia. En la reunión cumbre de Madrid realizada con motivo del último aniversario de esa tragedia, el Secretario General de las Naciones Unidas, Kofi Annan, exhortó a las naciones a negar a los terroristas los medios para cumplir sus ataques, entre ellos, la dificultad de recibir sostén económico y financiamiento, lo que exige acciones eficaces contra el lavado de dinero (versión completa en [www.corrieredellase-ra.it](http://www.corrieredellase-ra.it) 11 de marzo 2005 y las Recomendaciones especiales sobre la financiación del terrorismo, FATF-GAFI, 31-10-01, [www.oecd.org](http://www.oecd.org)).

El intercambio de información entre las naciones es fundamental para la lucha contra estos delitos transnacionales. La existencia de un registro socie-

tario que consienta pasivamente la actuación clandestina a través de sociedades extranjeras al margen del régimen de publicidad establecido por nuestra ley (arts. 118/124, LS) no sólo obstruye la colaboración penal internacional –comprometida por el país en diversos tratados– sino el desarrollo de una política nacional dirigida al bien común. En cambio, el procedimiento de verificación instituido por la Resolución General 8/03 IGJ favorece la reconstrucción de la cadena de reciclaje que persiguen las investigaciones judiciales y los organismos específicos comunitarios.

Por otra parte, la exigencia de mayor transparencia en la actuación de sociedades extranjeras dispuesta por la Inspección General de Justicia no presenta una magnitud que disuada a los inversores genuinos. Éstos se adecuarán a los requerimientos de información –mediante la inscripción de las denominadas “sociedades vehículo” (Res. Gral. 22/04 IGJ)– como ocurre en todas las economías avanzadas cuando los extranjeros (ajenos a la comunidad) pretenden insertarse en sus mercados.

Debo destacar, por último, un aspecto esencial que define al delito de lavado de dinero, distinguiéndolo de la mayoría: sólo produce un daño colectivo. Jamás se hallará un damnificado individual que denuncie ese delito o promueva una acción judicial. El lavado de dinero es un delito invisible que perjudica a todos, corroe la economía y la sociedad. Vemos, pues, que también en este aspecto la acción de los particulares es insuficiente para garantizar la observancia de la ley y el bienestar general de la sociedad.

8. El abuso de formas societarias con fines de fraude a la ley ha derivado en la creación de un mundo jurídico paralelo donde la eficacia de nuestras leyes decae. Se presenta así la paradoja de que el mismo ordenamiento jurídico que los jueces mandan a respetar sirve de fundamento para que un grupo de personas, adecuadamente dotadas de asesoramiento y técnicas jurídico-contables, se halle a resguardo de su imperatividad.

Esta disfunción es incompatible con un concepto sustancial de la democracia. Como dice Norberto Bobbio, la democracia no es sólo un método, es también un ideal: el ideal igualitario (con referencia a la igualdad jurídica). Donde este ideal no inspira los gobernantes de un régimen que se llama democrático, la democracia es un nombre vano. No puede separarse la democracia formal de la democracia sustancial. Donde existe sólo la primera, un régimen democrático no está destinado a durar (citado por Ferrajoli, Luigi, en *Diritti Fondamentali*, Roma, Laterza, 2001, pág. 324).

Lo cierto es que el vacío reglamentario posibilitó que las personas con recursos económicos para constituir esta clase de sociedades eludan la imperatividad de las leyes en perjuicio de la sociedad toda. La Resolución General 8/03 se dirige a cubrir esa laguna.

Luigi Ferrajoli nos alerta contra el error de identificar la ausencia de garantías para que los derechos sean efectivos con la ausencia de los derechos en sí, de su vigor normativo. Se confunde ineficacia con inexistencia. La existencia de derechos –explica– resulta en esos casos negada en virtud de una definición implícita que los identifica con una determinada técnica de garantía

idónea para procurar su satisfacción. La falta de garantías para que la ley se cumpla, en vez de ser registrada como una laguna que el ordenamiento tiene el deber jurídico de llenar, se supone inevitable y se confunde con la ausencia de los derechos mismos. *Las lagunas de garantía* —dice el autor— *o su imperfección y más aún su violación, en lugar de encontrar en la teoría un instrumento de análisis crítico, acaban siendo ignoradas y, en la práctica, de forma ‘realista’, avaladas* (en *Derechos y garantías. La ley del más débil*, pág. 108, Madrid, Trotta, 2001).

Es deber del Estado crear las garantías para que el cumplimiento de las leyes sea efectivo. En esa inteligencia, el accionar de la Inspección General de Justicia no podía permanecer aislado de las demás políticas estatales. El Estado, a través de todas sus dependencias, debe desarrollar un obrar sistemático dirigido a la realización del bien común.

Se han formulado objeciones de tinte liberal contra la Resolución General 8/03 IGJ en orden a justificar la libre actuación de sociedades extranjeras, invocando el peligro de un Estado intervencionista que sustituya las leyes del mercado. La propiedad privada constituye efectivamente una barrera a la intromisión del Estado y la libertad de mercado es un bastión de la democracia y del crecimiento económico. Mas ello no implica desconocer la necesidad de la intervención estatal para corregir sus fallos y restablecer el orden público vulnerado en defensa de la colectividad. Como dice Daniel Bell, la filosofía liberal ha sufrido muchas veces haber sido usada para justificar las pretensiones irrestrictas de los apetitos económicos privados (en *Las contradicciones culturales del capitalismo*, pág. 37, Madrid, Alianza Editorial, 1976).

En mi parecer, la política instrumentada en la Resolución General 8/03 IGJ halla pleno respaldo en el derecho vigente y garantiza el respeto a las normas constitucionales, en cuanto tiende a revertir una tendencia elitista y antidemocrática, que favorece la corrupción y la impunidad. En consecuencia, opino que debe rechazarse el planteo de inconstitucionalidad incoado.

8. (*sic*) Retomando el examen del presente caso, cabe señalar que la resolución apelada puntualiza que, de acuerdo con la escritura pública n° 156 del 20/5/02, la sociedad “Oscand Sociedad Anónima” le vendió a la sociedad Bryce Services Corp, constituida en las Islas Vírgenes Británicas, la cantidad de 19 unidades y 25 unidades complementarias de un edificio sito en Álvarez Thomas... y... “dejando aclarado la parte compradora que se trataba de un acto aislado, conforme lo dispuesto por el art. 118, párr. 2° de la ley 19.550”.

En el mismo acto, se le otorgó poder a “Oscand Sociedad Anónima” por el término de 20 años a fin de llevar a cabo actos relacionados con la construcción del aludido edificio. Asimismo, Bryce Services Corp le otorgó un poder especial a la Sra. Vecchio para celebrar todos los actos concernientes a la comercialización y administración de las unidades funcionales sitas en la finca en cuestión.

Al 28/7/04 la sociedad extranjera era propietaria de 16 unidades funcionales y 23 unidades complementarias.

El organismo de contralor sostuvo que la actividad desarrollada por Bryce

Services Corp en la Argentina excede la realización de actos aislados y configura una actuación habitual. Dicha calificación no es irrazonable si consideramos la reiteración de los actos, su significación económica, el domicilio de la sociedad en un país de baja tributación y el destino de los bienes.

El Inspector General de Justicia, en ejercicio de las facultades reglamentarias previstas en el art. 11, inc. c), de la ley 22315, fijó las pautas que tendrá en cuenta el organismo a los efectos de distinguir la actuación habitual de la mera realización de actos aislados por parte de una sociedad extranjera (art. 4º, inc. 1º, Resolución General 8/03 IGJ). La norma prevé que dicha enumeración no es exhaustiva, sino que no impide que se tengan en cuenta otros elementos en determinados casos.

La enumeración de los criterios mencionados no excede el uso de las facultades reglamentarias de la Inspección en tanto tiende a precisar la noción de acto aislado y la de actuación habitual contenidas en la ley de sociedades. La fijación de estos criterios, que no innovan con respecto a los criterios vigentes en la jurisprudencia y en la doctrina para deslindar actos aislados de actuación habitual, tiende a otorgar mayor seguridad jurídica a las transacciones. Las sociedades del exterior podrán prever adecuadamente si su actuación será calificada por el organismo de control y por los jueces como habitual o como “actos aislados” y, consecuentemente, a qué régimen deben atenerse.

Por otro lado, el establecimiento de los aludidos criterios permite asegurar un trato igualitario a las sociedades extranjeras que actúen en nuestro país, sin dejar de admitir que las particularidades de un caso pueden requerir la consideración de elementos no previstos expresamente para llegar a una solución justa y equitativa.

Desde el caso “Delfino A. M. y Cía.,” la Corte Suprema de la Nación ha reconocido la facultad del Poder Ejecutivo o de un cuerpo administrativo a fin de reglar los pormenores y detalles necesarios para la ejecución de una ley, siempre que no se altere su espíritu. En el presente caso, la Resolución General 8/03 IGJ no altera la distinción realizada por el legislador entre las sociedades extranjeras que realizan actos aislados y las que desarrollan actividades comerciales en forma habitual en la Argentina, sino que fija los detalles necesarios para la ejecución de la ley de sociedades.

Por último, cabe destacar que es razonable que la Inspección General de Justicia, que tiene conocimientos específicos con respecto al régimen societario, precise qué debe considerarse un acto aislado, una vez que el legislador ha manifestado su voluntad de crear esa categoría. El organismo de control está en una mejor posición con respecto al legislador para reglamentar el concepto de acto aislado debido a los conocimientos específicos que dicha noción requiere y a la rapidez con que se debe responder a las maniobras desarrolladas por las sociedades para manipular dicho concepto.

Con respecto a la aplicación al caso particular de los criterios establecidos por la resolución en cuestión, en primer lugar, cabe destacar que Bryce Services Corp es una sociedad constituida en un paraíso fiscal, a saber, las Islas Vírgenes Británicas, que figura en la “lista negra” de países de baja o nula

tributación según la ley local –decreto 1344/98, reglamentario del impuesto a las ganancias– y extranjera –informe del Grupo de Acción Financiera contra el Lavado de Dinero del 23/6/01 e informe de la OCDE–. Esta circunstancia configura una presunción en contra de que se trate de una sociedad extranjera *bona fide*, esto es, una sociedad que desarrolla su actividad comercial principal en el exterior y que únicamente ha realizado en nuestro país una compra aislada. La recurrente no ha mostrado que desarrolle alguna actividad en las Islas Vírgenes Británicas y, en tanto se trata de un paraíso fiscal, cabe presumir que se encuentra allí constituida a efectos impositivos únicamente.

En segundo lugar, cabe resaltar la significación económica de la adquisición de 19 unidades y de 25 unidades complementarias en un edificio de gran envergadura. Asimismo, la cantidad de unidades, como los poderes otorgados, muestran que Bryce adquirió los inmuebles con fines comerciales.

Asimismo, el hecho de que las unidades adquiridas no hayan sido revendidas inmediatamente y los poderes otorgados a los efectos de la administración y comercialización de las unidades reflejan un grado de permanencia de la actividad desarrollada por Bryce, que excede el concepto de “acto aislado”.

En conclusión, considero que la recurrente no ha presentado defensas y pruebas suficientes para apartarse de la calificación realizada por el organismo de control, aplicando las pautas fijadas por la Resolución General 8/03 IGJ al caso en particular.

Por otra parte, cabe destacar que el Inspector General no ha aplicado sanciones no previstas por la ley, como se alega, sino que se ha limitado a resolver que las solicitará por vía judicial. En esas condiciones, nada cabe decidir en estos autos sobre la viabilidad de disolver o liquidar la sociedad en virtud del incumplimiento detectado, porque ello implicaría prejuzgar al respecto.

9. Por los fundamentos expuestos, opino que V. E. debe rechazar el planteo de inconstitucionalidad de la Resolución General 8/03 IGJ y confirmar el acto recurrido. Mayo 27 de 2005. – *Alejandra Gils Carbó*.

Buenos Aires, octubre 13 de 2005. – 1. Bryce Services Corp, sociedad constituida en el extranjero, apeló contra la resolución dictada por la Inspección General de Justicia el 5 de agosto de 2004 (Res. IGJ 945), obrante en fs. 54/62, en cuanto la intimó a cumplir con la inscripción registral prevista por el párr. 3º de la LS: 118, bajo apercibimiento de iniciar las acciones judiciales correspondientes (fs. 86/91, contestado en fs. 125/133 por la Inspección General de Justicia).

2. La IGJ planteó cierto cuestionamiento a la personería de la apelante (v. fs. 125 vta., III), defectos que aparecen subsanados en fs. 147/8, en función del acompañamiento de un acta notarial aclaratoria.

Esta rectificación resultó consentida por la excepcionante, mas solicitó la imposición de costas.

Si bien se advierte que aquella defensa dilatoria referida a la personería de la apelante aparece subsanada, tornando así abstracta la cuestión, no es menos cierto que aquel defecto originario ha dado lugar al planteo efectuado por la IGJ en fs. 125 vta., III.

De tal modo, la presentación del acta notarial de fs. 147 permite concluir que aquel defecto ha generado la promoción de la incidencia, razón por la cual cuadra imponer las costas producidas por la misma a la apelante.

3. En la resolución IGJ 945, la Inspección General de Justicia resolvió hacer saber a la apelante que debía cumplir con la inscripción registral prevista por el tercer párrafo de la LS: 118, bajo apercibimiento de iniciar las acciones judiciales correspondientes.

En las consideraciones previas a esa decisión, la autoridad administrativa expresó que... *la adquisición de 19 unidades funcionales y 25 unidades complementarias en el edificio sito en la Avenida Álvarez Thomas n.º... y... esquina a la calle Concepción Arenal n.º..., esquina Córdoba números..., esquina Santos Dumont n.º... de esta Ciudad de Buenos Aires, excede largamente el concepto de “acto aislado”, corresponde intimar...* (fs. 61).

4. Si bien la Inspección General de Justicia ha dado curso a una “intimación” a la recurrente en las funciones establecidas por la ley 22315 [EDLA, 1980-355]: 8, tal emplazamiento no ha sido tal, pues carece de una consecuencia inmediata y específica pasible de promover efectos en la sociedad (esta Sala, 25/10/04, “Inspección General de Justicia c. Ranelagh Golf Club S. A. s/ incidente de apelación” [ED, 211-60]).

La consecuencia de ese emplazamiento no es otro que una reiteración en la especie de las facultades genéricas conferidas por la ley 22315: 8 a esa dependencia estatal y la advertencia sobre una acción futura.

Ese anunciado proceso judicial será, por lo demás, el ámbito apropiado en el cual –eventualmente– la sociedad extranjera podrá ventilar las argumentaciones *sustanciales* aquí invocadas, tocantes a constituir la adquisición del citado inmueble como un acto aislado o si dicha compra excedió dicho concepto.

Ese juicio será además el cauce en el cual la recurrente podrá ejercer plenamente su derecho de defensa (art. 18, CN), no conculcado en la especie en tanto no ha existido una decisión jurisdiccional sin debida audiencia de la parte interesada.

Conclúyese de lo expuesto que la resolución administrativa apelada, en cuanto fuere materia de recurso, no causa agravio actual a la impugnante.

Aquella anunciada acción judicial deberá ser el marco en el cual la recurrente podrá ventilar la argüida inconstitucionalidad de la RG 8/02 (fs. 86 vta., iii).

5. Por ello, confirmase la resolución apelada.

Con costas.

Por su escrito de fs. 125/33 se fija el honorario en \$... para los doctores S. G. J. y C. C. C., en conjunto (art. 14, ley 21839 [EDLA, 1978-290]). Devuélvase sin más trámite, confiándose al magistrado de primera instancia proveer las diligencias ulteriores (art. 36, inc. 1º, Código Procesal) y las notificaciones pertinentes. Actúan los suscriptos de conformidad con lo dispuesto por Resoluciones 177/04, 238/05 y 359/05 del Consejo de la Magistratura y Acuerdos del 15/12/04, 29/6/05 y 12/9/05 de esta Cámara. — *María L. Gómez Alonso de Díaz Cordero.* — *Felipe M. Cuartero.* — *Miguel Bargallo.*

**Mandato.** Facultad para constituir usufructo gratuito y vitalicio. No corresponde asimilar el usufructo gratuito a la donación a los efectos del poder. Artículo 1881, inc. 15 Código Civil. Facultad para constituir “usufructos”: suficiencia \*

**Hechos:**

*La sentencia de primera instancia rechaza la demanda promovida por nulidad del acto jurídico mediante el cual, haciendo uso de poder conferido por el accionante, se constituyó usufructo gratuito y vitalicio. El accionante apeló el decisorio. El tribunal de alzada confirmó la sentencia apelada.*

*inmueble, constituyó un usufructo gratuito y vitalicio en cabeza de su esposa, toda vez que la facultad de otorgar usufructos estaba expresamente contemplada en el poder y debe interpretarse que engloba los distintos tipos de usufructo, no resultando necesario que el poder faculte expresamente a efectuar donaciones, pues no corresponde asimilar el usufructo gratuito a la donación.*

**Doctrina:**

*Debe confirmarse la sentencia que rechazó la acción de nulidad del acto jurídico por el cual el demandado, haciendo uso de poder conferido por el propietario de un*

Cámara Nacional Civil, Sala M, abril 19 de 2005. Autos: “Byk, Gerardo E. c. Byk, Marcos y otro”.

\*Publicado en *La Ley* del 27/2/2006, fallo 110.068.