

# Los nuevos paradigmas y desafíos de la reforma

Horacio Teitelbaum

RdN 918

## RESUMEN

Las innovaciones que incluye el Código unificado que entrará en vigencia el 1 de agosto de 2015 requieren una integración contextual para dar soluciones que armonicen determinados institutos. Se presentan posibles puntos complejos y menciones de alternativas para encauzar el dinamismo que las lleve a la aplicación práctica, con el objeto de impedir la judicialización de conflictos y la responsabilidad de los profesionales del derecho.

*Sumario: 1. Introducción. 2. Responsabilidad profesional. 3. Capacidad restringida, incapacidad e inhabilitación. 4. Menores y responsabilidad parental. 5. Personas jurídicas. 6. Escritura pública y actas. 7. Cesión de derechos hereditarios. 8. Nuevos derechos reales. 9. Protección de la vivienda. 10. Régimen patrimonial del matrimonio. 11. Uniones convivenciales. Pactos de convivencia. 12. Contratación en moneda extranjera. 13. Donaciones. 14. Contrato y dominio fiduciario. 15. Derechos reales de garantía. 16. Conclusión.*

## 1. Introducción

El Código Civil (CCIV) y el Código de Comercio, cuyas bases han regido por considerable tiempo, se transformaron en anacrónicos a medida que los vertiginosos cambios nos sobrepasaron. Es de esperar que la reforma legislativa pueda compensar el atraso y anticiparse a las futuras estructuras jurídicas, y permanecer tanto como sus antecesores. Como toda modificación, la adaptación y asimilación de los contenidos constituye un esfuerzo, incluso en lo que respecta a actitud y mentalidad en aras de incorporar e interpretar la aplicación de los cambios.

Si bien estábamos acostumbrados a citar doctrina, jurisprudencia, plenarios, legislación comparada, notas ilustrativas a los artículos del código de jurisprudencia extranjeros y prestigiosos, ahora se impone una reinención integral de todas las fuentes aplicadas en la elaboración del flamante ordenamiento, a la luz de las incorporaciones que receptan, en parte, todos estos precedentes y los fusionan con ideales modernos, algunos ya plasmados en la Constitución Nacional. El derecho a la inclusión social, el del consumidor, los derechos sociales, económicos y culturales,

personalísimos, las familias ensambladas, las uniones de hecho, el abuso de posición dominante y de derecho, los derechos sobre el cuerpo humano, los de incidencia colectiva y los de protección de niños y adolescentes son algunas de las consagraciones que se presentan en la esencia de gran parte de las recientes elaboraciones.

Los fundamentos esgrimidos por la comisión redactora del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN), que han servido de exposición de motivos del texto aprobado, son de invaluable ayuda para comprender cómo se ha plasmado la actual redacción. La organización del índice general, la simplificación del número de las normas y la presentación de títulos que adelantan el contenido de cada uno de los artículos ofrecen un referente que se destaca por su síntesis, claridad y función didáctica.

Nos dedicaremos a analizar algunos de los conceptos que a nuestro entender son claves para la actividad notarial, anhelando pueda abrirse un debate enriquecedor.

## 2. Responsabilidad profesional

Desaparecen en la nueva legislación las diferencias entre responsabilidad contractual y extracontractual. La responsabilidad civil protege del daño causado a la persona, a su patrimonio y a los derechos de incidencia colectiva, y articula su reparación. Al respecto, trataremos dos artículos<sup>1</sup> con relación al ejercicio profesional.

El primero, 1725, similar en su primera parte y más completo que el artículo 902 del CCIV, postula en su primer párrafo:

Cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor es la diligencia exigible al agente y la valoración de la previsibilidad de las consecuencias.

Además, destaca la valoración de la conducta para evaluar el resarcimiento pecuniario. Justamente, cuando existe y las partes depositan una confianza especial que se debe tener en cuenta de acuerdo a la naturaleza del acto, la apreciación del accionar, la facultad intelectual y la condición especial del agente se ponderan para determinar el grado de responsabilidad.

El segundo artículo, 1768, recuerda indirectamente la clasificación doctrinaria de obligaciones de medios y de resultados, y les asigna a las profesiones liberales una responsabilidad subjetiva (se excluye el hecho de las cosas y actividades riesgosas, arts. 1757-1758), excepto cuando se halla comprometido un resultado concreto.

1. Los artículos citados en este trabajo, excepto cuando se hace referencia expresa a otro cuerpo normativo, corresponden al texto aprobado del Código Civil y Comercial de la Nación que entrará en vigencia a partir del 1/8/2015 (Ley 26.994, modificada por Ley 27.077).

Corolario de lo citado es que, si está previsto determinado efecto jurídico, el profesional no podrá aludir la falta de reglamentación de la norma o su desconocimiento u otras excusas. Tendrá que analizarse en los casos concretos la posibilidad de pactos de indemnidad o minutas insistidas, con exoneración de responsabilidad por asesoramiento brindado y liberación de responsabilidad, dependiendo de cuestiones que puedan o no considerarse de orden público o privado.

### 3. Capacidad restringida, incapacidad e inhabilitación

Según las reglas generales del artículo 31, inciso a, “la capacidad general de ejercicio de la persona humana se presume, aun cuando se encuentre internada en un establecimiento asistencial”. El artículo 32 prescribe que el juez puede restringir la capacidad para determinados actos de una persona mayor de trece años que padece las situaciones que allí se citan (adicciones y alteraciones mentales permanentes o prolongadas) y le asigna un sostén o sistema de apoyo (clubes sociales, vecinos, asociaciones sin fines de lucro, etc.) que deben “promover la autonomía y favorecer las decisiones que respondan a las preferencias de la persona protegida” (art. 43). Excepcionalmente, si la persona se encuentra totalmente imposibilitada de interaccionar con su entorno y expresar su voluntad, el juez declara la incapacidad y asigna un curador.

De los inhabilitados del artículo 152 bis del CCIV sólo subsiste la categoría del pródigo (art. 48), a quien también se le asigna un apoyo para asistir al inhabilitado en los actos de disposición entre vivos y los demás actos que el juez fije en la sentencia.

La sentencia de capacidad restringida, incapacidad (art. 39) o inhabilitación se inscribe en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas para producir efectos contra terceros, dejándose constancia al margen del acta de nacimiento. La sentencia determina los actos que se limitan, los apoyos o curadores y las condiciones de validez de los actos concretos sujetos a restricción, con el régimen para la protección y asistencia. Se debe pronunciar también, entre otros puntos, sobre la época en que la situación restrictiva o incapacidad se manifestó, lo que constituye virtualmente un período durante el cual la sospecha acerca de cuándo comenzó la disminución de la capacidad puede influir en la ponderación de la buena fe en la celebración de los contratos previos a la declaración judicial, dentro de los alcances del artículo 45. Este artículo trata sobre la posible declaración de nulidad de los actos anteriores a la inscripción de la sentencia si la enfermedad era ostensible al contratar, existió mala fe o el acto es a título gratuito.

La sola información de la anotación marginal no será suficiente, puesto que la sentencia determina la extensión y el alcance de la restricción y especifica las funciones y actos que se acotan. Esto nos lleva a tener que prever la compulsión del expediente para comprender el alcance de la medida decretada.

Conforme al artículo 44:

Son nulos los actos de la persona incapaz y con capacidad restringida que contrarían lo dispuesto en la sentencia realizados con posterioridad a su inscripción en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas.

Equivale a decir que, en principio, para cualquier acto jurídico, el requirente tendrá la carga de probar que su capacidad no está afectada de ninguna manera y el profesional, de verificarlo (se reitera lo comentado en el punto 2 sobre responsabilidad profesional, arts. 1725 y 1768). Para una contratación segura y eficaz, será necesaria la conexión, por red, de un sistema a nivel nacional de información accesible y rápida a los Registros de Estado Civil y Capacidad de las Personas locales.

Un bloqueo temporal sobre la vigencia de restricciones a la capacidad precisa asegurar un lapso dentro del cual se pueda mantener ficticiamente congelada la información. Este sistema fue utilizado por el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas de la Capital Federal durante el período de la emancipación de los menores a partir de los dieciocho años (art. 131 CCIV antes de la reforma introducida por la Ley 26.579 de Mayoría de Edad), con la expedición de un certificado con una vigencia de quince días que aseguraba que el anticipo de capacidad no se había revocado en forma alguna.

#### **4. Menores y responsabilidad parental**

Los menores de dieciocho años están amparados por la responsabilidad parental para su protección, desarrollo y formación integral. Uno de los ejes de esta responsabilidad se dirige a la autonomía progresiva, según las características psicofísicas, las aptitudes y el desarrollo de los niños y adolescentes.

Se considera que los menores adquieren discernimiento para los actos ilícitos desde los diez años de edad y se anticipa, con relación al CCIV, a los trece años para los lícitos (art. 261). A partir de esta edad deben prestar consentimiento expreso para determinados actos que los involucren, enumerados en el artículo 645: entre ellos, la autorización para viajar al exterior del país o para el cambio de residencia permanente en el extranjero, la autorización para actuar en juicio cuando no puedan actuar por sí de acuerdo a la ley y la administración de sus bienes, excepto delegación expresa prevista por ley. Interpretamos que, hasta tanto las normas sobre migraciones no reglamenten sobre el particular, los permisos de salida de menores adolescentes fuera de la República deben ser suscriptos también por los autorizados a viajar.

Igual requisito cabe reconocerles a las donaciones de padres a menores adolescentes. Si bien antes de la reforma la doctrina consideraba que constituían actos con-

servatorios para el menor, ahora, integrando los intereses y el desarrollo progresivo del adolescente, corresponde ubicarlos dentro de los actos de administración previstos por el artículo 645, inciso e.

## 5. Personas jurídicas

La incorporación de las personas jurídicas privadas al CCCN, comprendidas en la enumeración del artículo 148, aclara divergencias que ya contaban con soluciones doctrinarias y jurisprudenciales.

La inclusión del consorcio de propiedad horizontal en esta enumeración permite la registración de bienes a su nombre y una mayor autonomía en sus actividades. Las asociaciones civiles son reguladas con detalle, prescribiéndose en cuanto a la forma el instrumento público (salvo para las simples asociaciones) al igual que para las fundaciones. Éstas últimas pasan sin grandes cambios de una ley especial a integrar el código de fondo (excepto en lo relativo a las promesas de donación [art. 198], con un matiz diferente al previsto en la Ley 19.836, art. 6).

En cuanto a las sociedades comerciales, se mantiene la Ley 19.550 (cuya denominación se sustituye por la de Ley General de Sociedades N° 19.550 t.o. 1984 [LGS]), pero con algunos giros: se sustituyen los artículos 1, 5, 6, 11, 16, 17, 21 a 30, 93, 94, 100, 164, 186, 187 y 285; se agrega el artículo 94 bis y el inciso 7 al artículo 299; se amplía la capacidad de la sociedad anónima para formar parte de una sociedad de responsabilidad limitada (art. 30 LGS) y se permite que los cónyuges conformen sociedades de cualquier tipo (art. 27 LGS).

Se destaca también el nuevo régimen de las sociedades irregulares<sup>2</sup> y la posibilidad de que estos sujetos de derecho sean titulares de muebles y derechos registrables (art. 23 LGS). Están incluidas en este régimen:

La sociedad que no se constituya con sujeción a los tipos del Capítulo II, que omita requisitos esenciales o que incumpla con las formalidades exigidas por esta ley se rige por lo dispuesto por esta sección. [Art. 21 LGS]

A su vez, subrayamos que la responsabilidad de sus miembros frente a terceros pasa a ser simplemente mancomunada y no solidaria o en distinta proporción, salvo pacto en contrario. Los contratos sociales –si existen, puesto que puede tratarse de sociedades de hecho– vinculan a los socios y son oponibles a terceros si se prueba que los conocieron al tiempo de la contratación o desde el comienzo de la obligación.<sup>3</sup>

2. Sección IV: “De las sociedades no constituidas según los tipos del Capítulo II y otros supuestos”.

3. BENSEÑOR, Norberto R., “La persona jurídica en el Proyecto de Unificación del Código Civil y Comercial 2012”, en Academia Nacional del Notariado (dir.) y Herrera, Ma. Marta L. (coord.), *Derecho societario*, Buenos Aires, Di Lalla, 2014, pp. 493-518.

En otro orden de cosas, los acuerdos de colaboración empresarial y las uniones transitorias de empresas salen de la órbita de la LGS y pasan con pocos cambios al cuerpo codificado en el capítulo dedicado a los contratos asociativos (arts. 1442-1478), que incluye además los negocios en participación y los consorcios de cooperación.

Con respecto al nuevo subtipo de sociedad anónima, la sociedad unipersonal (SAU [sigla prevista por la LGS]), su tránsito a la pluralidad de socios implica que su denominación debe modificarse. Para ello, según propone Benseñor:

El estatuto podrá regular la situación apuntada, previendo que la expresión unipersonal, la abreviatura respectiva o la sigla SAU serán utilizadas en la denominación mientras la sociedad mantenga la condición de unipersonal, omitiendo dicha expresión cuando disponga de pluralidad de socios, sin necesidad de reformar el estatuto.

Asimismo, también en función de la unipersonalidad, son sustituidos los siguientes artículos correspondientes a la sociedad anónima: 164, sobre denominación; 186 y 187, respecto de la integración total del capital, excluyendo la posibilidad de hacerlo sólo por el 25% en caso de dinero efectivo; se agrega el inciso 7 al 299, que implica el control estatal riguroso y permanente y el cumplimiento del 284 en cuanto a la necesidad de contar con una sindicatura colegiada impar, las obligaciones especiales de información y presentación de balances (arts. 145-146 Resolución general IGJ 7/2005); y la obligatoriedad de que un directorio cuente con un mínimo de tres miembros, conforme al 255. Todo lo mencionado conforma nuevas exigencias a ser calificadas por los organismos que se encargan del Registro Público.

Las sociedades civiles dejan de tener un espacio exclusivo en el Código. Por tal motivo, aquellas que sobrevivan a la entrada en vigencia de la reforma quedarán en un limbo jurídico. El tiempo determinará si les es aplicable supletoriamente la normativa de las sociedades citadas en el artículo 148, inciso a, y todo el Título II del CCCN sobre personas jurídicas (arts. 141-224) o los artículos 21 a 26 de la LGS. En razón de que la sociedad civil desaparece del código de fondo, también se sustituye el artículo 285 de la LGS en cuanto a los requisitos para ser síndico, siendo reemplazada por una sociedad con responsabilidad solidaria, constituida exclusivamente por abogados o contadores públicos con título habilitante. Presentamos también la posibilidad de transformación de estas sociedades civiles, adoptando un tipo societario de la LGS, como lo prevé en la Ciudad de Buenos Aires el artículo 164 de la Resolución general IGJ 7/2005.

## 6. Escritura pública y actas

Con innegable influencia de las leyes reguladoras locales de la función notarial de nuestro país, los artículos 299 a 312 del CCCN adoptan criterios similares.

En cuanto al idioma de la escritura y la consabida minuta o la transcripción de instrumentos en idioma extranjero en protocolo notarial (art. 999 CCIV), se incorpora para el caso de ausencia de traductor público la mención del intérprete, que debe ser aceptado por el escribano. Se modifica el trámite de la minuta del sordomudo que se sabe dar a entender por escrito (art. 1000 CCIV). Y, ante el supuesto de discapacidad auditiva de algún otorgante, el CCCN exige la comparecencia de dos testigos que puedan dar cuenta de la comprensión del acto por el otorgante; se exige además una minuta firmada si la persona con esta discapacidad es alfabeto (art. 304); si no puede firmar, surgirá la manifestación del impedimento y la impresión digital del otorgante (305, inc. f).

En cuanto a la justificación de la identidad, sólo se exige la exhibición del documento idóneo o la afirmación del conocimiento por el escribano (art. 306); se elimina la posibilidad de acudir a testigos, lo que puede generar un inconveniente ante extravíos o robos de todas las identificaciones personales.

Cuando la escritura contenga la constancia de alguna obligación pendiente de dar o hacer a cargo de otra de las partes, la expedición de nuevas copias o testimonios (art. 308) puede expedirse: por orden judicial (arts. 1006-1007 CCIV), en instrumento público si se acredita la extinción de la obligación, o bien con la conformidad del acreedor.

La incompetencia en razón de las personas, ahora legislada como prohibición (art. 291), lo que impide la conversión del acto, incluye al cónyuge, al conviviente y a los parientes del funcionario público dentro del cuarto grado o segundo de afinidad, y elimina del texto redactado por Vélez Sársfield (art. 985 CCIV) la excepción que contemplaba la actuación de parientes que tuvieran parte en sociedades anónimas –y que la doctrina fue ampliando a otros tipos societarios y entidades–. Este nuevo artículo exigirá que un gran número de operaciones deba ser derivado hacia otras escribanías.

Dentro de los contenidos obligatorios de la escritura pública se ha incluido la firma del escribano autorizante (art. 305, inc. f), requisito obvio pero no enunciado como causal de nulidad instrumental en el artículo 1004 del CCIV. Por otra parte, se elimina como motivo de nulidad (art. 309) la mención de la exigencia del orden cronológico (art. 1005 CCIV). Se mantiene la sanción de nulidad por falta de designación del tiempo y lugar, nombres de los otorgantes y las firmas de las partes y de los testigos cuando su presencia sea requerida (no podrán serlo quienes no sepan firmar [art. 295, inc. b, y art. 2480]). En consecuencia, queda descartada la tesis de la inexistencia de la escritura (inferida de la nota al art. 987 CCIV cuando el instrumento público carecía de la firma del escribano).

En materia de actas, su tratamiento en el CCCN (arts. 310-312) las eleva a una categoría que revaloriza su jerarquía para ser utilizadas como forma de prueba en los estrados judiciales. Remarcamos su posible aplicación a la protección de la vida privada, a la constatación de afectaciones a la dignidad, honra, reputación, imagen, identidad, a exequias, a la difusión de voz o consentimiento informado para actos

médicos e investigaciones (arts. 52-53, 61, 1770), y el acta de depósito y su notificación por consignación extrajudicial de pago (arts. 910-912).

## 7. Cesión de derechos hereditarios

El contrato de cesión de derechos hereditarios adquiere su carta de ciudadanía con una tipicidad ordenada y unificada, conferida por los artículos 2302 a 2309. Algunos de los aspectos que más concentran la atención son la forma, cuya celebración por escritura pública es indubitable (art. 1618, inc. a, y art. 2302, inc. b), y el momento a partir del cual se producen sus efectos, ahora legislado explícitamente (art. 2302):

... a) entre los contratantes, desde su celebración; b) respecto de otros herederos, legatarios y acreedores del cedente, desde que la escritura pública se incorpora al expediente sucesorio; c) respecto al deudor de un crédito de la herencia, desde que se le notifica la cesión.

En consecuencia, las normas registrales que regulan la publicidad de este contrato quedan derogadas. También se toma posición sobre la legalidad de la cesión de los derechos que corresponden a un cónyuge en la indivisión post-comunitaria, lo que era rechazado inexcusablemente en algunos juzgados.

Por último, la tan discutida cesión de bienes determinados que forma parte de una herencia queda excluida del Título III, Libro V, relativo a las cesiones de herencia, aplicándose las reglas genéricas del contrato que corresponda (compraventa, permuta o donación), aunque “su eficacia queda sujeta a que el bien sea atribuido al cedente en la partición” (art. 2309).

En cuanto a la garantía de evicción, el contrato se rige por lo previsto en el artículo 2305, salvo cuando la cesión es entre coherederos y la acción de complemento queda neutralizada si el alea es expresada y aceptada (art. 2409).

Asimismo, por su vinculación con el tema y la novedad sobre los pactos de herencia futura, cabe mencionar lo previsto por el artículo 1010, que en su segundo párrafo expresa:

Los pactos relativos a una explotación productiva o participaciones sociales de cualquier tipo, con miras a la conservación de la unidad de la gestión empresarial o a la prevención o solución de conflictos, pueden incluir disposiciones referidas a futuros derechos hereditarios y establecer compensaciones a favor de otros legitimarios. Estos pactos son válidos, sean o no parte el futuro causante y su cónyuge, si no afectan la legítima hereditaria, los derechos del cónyuge, ni los derechos de terceros.



## 8. Nuevos derechos reales

### 8.1. *Propiedad horizontal*

La derogación de la Ley 13.512 de Propiedad Horizontal y de la Ley 19.724 de Prehorizontalidad redefine y agrega conceptos según la realidad urbana y económica que transitamos. Ya comentamos el avance a categoría de persona jurídica del consorcio de propiedad horizontal y señalamos a continuación algunas menciones que introduce la reforma sobre reglamentos internos, balcones, unidades complementarias, consejo de propietarios, asambleas, mayorías, subconsorcios, cosas y partes comunes no indispensables, convocatorias y quórum.

Con relación a la Ley de Prehorizontalidad, reducida a tan solo tres artículos (2070-2072), se elimina todo trámite de registración de la voluntad de afectar o inscribir los boletos antes de la constitución de la propiedad horizontal, exigiendo simplemente la contratación de un seguro obligatorio a favor de los adquirentes para el riesgo del fracaso de la operación.

### 8.2. *Conjuntos inmobiliarios*

Están compuestos por los clubes de campo, los barrios cerrados o privados, los parques industriales empresariales o náuticos, entre otros (art. 2073).

Sus aspectos urbanísticos tales como dimensiones, usos, cargas y zonas autorizadas se rigen por el marco legal de las normas administrativas locales. Sin embargo, el CCCN prescribe que todos los conjuntos inmobiliarios deben someterse a la normativa del derecho real de propiedad horizontal a los fines de conformar un derecho real de propiedad horizontal especial (art. 2075).

Asimismo, agrega –esto reviste una importancia fundamental– que los conjuntos inmobiliarios preexistentes que se hubiesen establecido como derechos personales o donde coexistan derechos reales y personales se deben adecuar a la propiedad horizontal especial en esta materia. No se establece plazo para esta adecuación, pero, en virtud del artículo 2038, que indica que el reglamento de propiedad horizontal se integra al título suficiente<sup>4</sup> de la unidad funcional, es coherente interpretar que la venta de una unidad funcional de un conjunto inmobiliario con un sistema personal o mixto personal y real no podría celebrarse hasta que no se ejecute la adecuación prescripta por ley (con la consecuente responsabilidad a que aludimos al referirnos a los arts. 1725 y 1768).

4. Concepto de título suficiente definido en el art. 1892: “La adquisición derivada por actos entre vivos de un derecho real requiere la concurrencia de título y modo suficientes. Se entiende por título suficiente el acto jurídico revestido de las formas establecidas por la ley que tiene por finalidad transmitir o constituir el derecho real”.

### 8.3. *Tiempo compartido*

El tiempo compartido, que debuta como derecho real (art. 1887, inc. e), ha sido recientemente reglamentado por el Decreto PEN 760/2014. La Ley 26.356 de Sistemas Turísticos de Tiempo Compartido es derogada sólo parcialmente por el CCCN: se derogan los Capítulos III, IV, V, y IX, referidos respectivamente a la constitución, contrato, administración y extinción de los sistemas turísticos de tiempo compartido, y quedan vigentes los capítulos referidos a las disposiciones generales, autoridad de aplicación (Secretaría de Turismo de la Presidencia de la Nación), comercialización y publicidad, instancia arbitral, sanciones y disposiciones reglamentarias.

La puesta en marcha del tiempo compartido dependerá de la compatibilización del nuevo plexo del CCCN con la ley anterior –en lo que ha quedado vigente–, junto con los respectivos artículos de su reglamentación, descontando también que los registros pertinentes dicten las disposiciones registrales que correspondan.

### 8.4. *Cementerios privados*

Los cementerios privados, también entendidos como nuevo derecho real de sepultura (art. 1887, inc. f), se establecen en inmuebles de propiedad privada afectados a la inhumación de restos humanos. Se requiere habilitación por parte de la municipalidad local y el otorgamiento de una escritura pública de afectación, que se inscribe en el Registro de la Propiedad Inmueble juntamente con el reglamento de administración y uso del cementerio (arts. 2104-2105). Su forma instrumental debe ser la escritura pública (art. 1017, inc. a). Nuevamente aquí, las autoridades registrales deberán proveer los requisitos reglamentarios para su inscripción.

### 8.5. *Superficie*

El derecho real de superficie, otro de los nuevos derechos reales, se extiende a lo forestado (ya previsto por la Ley 25.509 de Derecho Real de Superficie Forestal), plantado o construido en el terreno, vuelo o subsuelo, y se constituye de manera temporaria sobre un inmueble ajeno.

Resulta de un potencial incalculable como alternativa para suplantar al derecho personal de sobreelevación (cláusula pactada por unanimidad en algunos reglamentos de propiedad horizontal, que incluye las renunciaciones al derecho de accesión, un poder especial irrevocable y la transcripción obligatoria posterior en transmisiones de dominio) en la órbita de la propiedad horizontal (art. 2116), siendo incluso posible la transmisión entre vivos o por causa de muerte (art. 2119).

En virtud del amplio plazo que puede convenirse (máximo de setenta años sobre lo construido, y de cincuenta para forestaciones y plantaciones), su valor de plaza puede cotizar casi tanto o más que un inmueble. Máxime cuando, según el artículo

2116, el derecho de superficie sobre todo el inmueble o parte de él tiene una proyección sobre el espacio aéreo, subsuelo o construcciones<sup>5</sup> y

La extensión del inmueble afectado puede ser mayor que la necesaria para la plantación, forestación o construcción pero debe ser útil para su aprovechamiento.

La constitución de derechos reales de garantía del titular del derecho de superficie sobre su derecho de construir, plantar o forestar o sobre la propiedad superficiaria (art. 2120) también puede ser un interesante nicho de acceso al crédito, considerando que este derecho puede durar casi tanto como la vida de una persona.

Si bien los efectos de la propiedad superficiaria son efímeros y están sujetos a las causales y efectos de la extinción (arts. 2124-2125) y, por remisión legal (art. 2128), “a las normas del dominio revocable sobre cosas inmuebles en tanto sean compatibles y no estén modificadas por las previstas en este título”, ello no enerva las facultades del superficiario de gravar, enajenar o constituir derechos reales o personales, insistimos, por un período lo suficientemente duradero para que se convierta en un nuevo concepto de comercialización en el mercado inmobiliario. Por supuesto, el emplazamiento y su extensión serán objeto de normas registrales específicas.

## 9. Protección de la vivienda

Como pone de relieve Taiana de Brandi,<sup>6</sup> la Constitución Nacional (art. 14 bis), la Declaración Universal de los Derechos humanos (art. 25, inc. 1), la Constitución de la Provincia de Buenos Aires (art. 36, inc. 7) y la Ley 14.432 en ese territorio confieren una protección especial a la vivienda.

La Ley nacional 14.394 es sustituida por la reforma, que protege tanto la vivienda (sin importar si hay familia) como el inmueble rural que no exceda la unidad económica, sea en su totalidad o hasta una parte de su valor. Asimismo, la protección se extiende a favor del titular sin familia y a todos los condóminos aun sin relación de parentesco (art. 245). También se agrega a la lista de beneficiarios el conviviente, además de los ascendientes, descendientes, cónyuge, el propietario y los colaterales hasta el tercer grado que convivan. Al menos uno de los beneficiarios debe habitar el inmueble (art. 247).

Como innovación, se establece que se aplicará el sistema de prioridad temporal según las normas de la Ley Nacional del Registro Inmobiliario y se permite la subro-

5. Limitada lógicamente por los códigos locales de planificación del suelo o de urbanismo.

6. TAIANA DE BRANDI, Nelly A., “Inconstitucionalidad de la Ley 14.332 de la provincia de Buenos Aires, reglamentada por Decreto 547/2013” [web], en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, n° 917, febrero 2015.

gación real del beneficio, que se traslada a la vivienda adquirida en sustitución de la afectada y a los importes que la sustituyen en concepto de indemnización o precio. Por supuesto, esta situación deberá profundizarse y tener un tratamiento registral prolijo y detallado.<sup>7</sup>

La reforma también protege la vivienda familiar, aun en las uniones convivenciales inscriptas (art. 250 y 522), y es además blindada en cuanto al bien jurídico protegido (conforme a las reglas de los arts. 444, 456, 499, 522 y 526) en la coyuntura de la disolución del matrimonio, su régimen patrimonial y la unión convivencial y su cese, produciéndose efectos frente a terceros a partir de su inscripción en los registros en función de los bienes involucrados (arts. 249 y 444).

## 10. Régimen patrimonial del matrimonio

Son numerosas y significativas las incorporaciones en este plano. Atendiendo al objetivo de este trabajo, el análisis hará foco en los aspectos registrales; por ejemplo: la opción del régimen de comunidad o el de separación de bienes, que se documenta en escritura pública por convención matrimonial antes de la celebración del matrimonio o un año después de aplicado el régimen patrimonial convencional o legal (por vía supletoria, resulta ser el régimen de comunidad). La opción del régimen también puede ser manifestada frente al funcionario del Registro Civil al celebrarse el matrimonio y se asienta al margen del acta respectiva.

El cambio de régimen de comunidad al de separación de bienes exige la previa disolución y liquidación del anterior régimen convenido y la anotación marginal en el acta de matrimonio. Una vez más, la información que brinde el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas debe llegar en forma rápida, segura y veraz.

La elección del régimen de separación de bienes les confiere a los cónyuges una libertad para contratar entre sí que en el régimen de comunidad está limitada, siendo categorizados como inhabilitados en forma especial para hacerlo (art. 1002, inc. e; excepto en materia de sociedades [art. 27 LGS] y el supuesto de mandato [art. 459]).

El artículo 466 retoma un tema controvertido que había encontrado una solución notarial respecto de la recalificación del origen de los bienes registrables (art. 1246 CCIV) con posterioridad a la adquisición, instrumentado por escritura pública y a condición de no cambiar la titularidad del bien sino solo su carácter de ganancial a propio. Con la reforma, en la adquisición de bienes registrables durante el régimen matrimonial de comunidad, por inversión o reinversión de bienes pro-

7. SZMUCH, Mario G., "Discursus sobre el régimen de vivienda y la registración de su subrogación real en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Dinámica, interpretación amplia y propuestas para su implementación" [web], en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, n° 917, febrero 2015.

pios, la constancia que determina en definitiva el origen propio del bien debe surgir de declaración del adquirente, con la conformidad expresa del otro cónyuge. En su defecto, por negativa del otro cónyuge u omisión, se dependerá de una declaración judicial y se deberá tomar nota marginal en el instrumento del cual resulta el título de adquisición. Estimamos que los juzgados tendrán que oficiar a los registros esta nueva situación, que genera un cambio radical en la administración y disposición de este tipo de bienes, a menos que se considere suficiente publicidad la nota marginal citada anteriormente, suscripta por autoridad judicial.

## 11. Uniones convivenciales. Pactos de convivencia

Según el artículo 509, las disposiciones en esta materia se aplican a

... la unión basada en relaciones afectivas de carácter singular, pública, notoria, estable y permanente de dos personas que conviven y comparten un proyecto de vida en común, sean del mismo o diferente sexo.

Además, se exige un tiempo mínimo de convivencia de dos años (art. 510).

El artículo 511 dota de efectos probatorios entre los integrantes de la pareja, en cuanto a la existencia de la unión y sus pactos, a la inscripción peticionada en forma conjunta en el registro que corresponda a la jurisdicción local. Los artículos 517 y 524 posibilitan, además, la inscripción de los pactos, su modificación, su rescisión y la atribución del hogar común en caso de ruptura en los registros que correspondan a los bienes incluidos en estos pactos. La falta de esta inscripción los hace inoponibles a terceros y habilita a que cada uno administre y disponga de sus bienes, en general, en forma libre.

El artículo 522 le confiere un resguardo especial a la vivienda común y sus muebles indispensables sólo si se ha inscripto la unión convivencial y rogado la afectación, conforme al artículo 249.

La ruptura, que extingue el pacto de convivencia y hace cesar la unión convivencial, procede por voluntad unilateral de alguno de los convivientes, notificada fehacientemente al otro (art. 523, inc. f), y produce efectos extintivos oponibles a terceros desde su inscripción en los registros correspondientes por cualquier instrumento que la constate.

La unión convivencial y sus pactos cuya registración fue solicitada en forma conjunta cuentan con la presunción probatoria de la existencia de la relación y con la oponibilidad de sus acuerdos frente a terceros; no obstante, remarcamos la complicación que acarrearía realizar y acreditar la vigencia de estas inscripciones si no se cuenta con las reglamentaciones apropiadas.

## 12. Contratación en moneda extranjera

En una economía habituada a protegerse de la inflación acudiendo a la moneda extranjera –particularmente al dólar norteamericano–, la norma que habilita la liberación del deudor dando el equivalente en moneda de curso legal (art. 765) desalienta gravemente la utilización de este referente. Grandes debates han originado las cláusulas en resguardo de estas obligaciones; por ejemplo –según Esper–,<sup>8</sup> considerando la solvencia de la parte adquirente, el cumplimiento en moneda extranjera como condición esencial, la asunción del riesgo cambiario, la renuncia a la teoría de la imprevisión y el pago con títulos públicos o lugares alternativos para adquirir divisas.

Tres normas protegen la devolución en la moneda pactada y merecen ser incluidas expresamente en el contrato: los artículos 766 y 867, que confirman el principio de identidad de pago (si se pactó en dólares, se cumplirá con la misma moneda), y el artículo 965, que establece que los derechos resultantes de los contratos integran el derecho de propiedad del contratante. Por lo tanto, si bien una cláusula salvadora será de difícil eficacia, por los vaivenes económicos y cambiarios que afectan frecuentemente nuestra economía, es posible incorporar una de compromiso arbitral (contrato regulado en los arts. 1649-1665), sumada a la combinación de las otras pautas contempladas en las cláusulas establecidas por las partes.

Conforme al artículo 1649:

Hay contrato de arbitraje cuando las partes deciden someter a la decisión de uno o más árbitros todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, de derecho privado en la que no se encuentre comprometido el orden público.

El artículo 1651 cita las controversias excluidas del contrato de arbitraje, admitiéndose *a contrario sensu* que pueden incorporarse las cláusulas compromisorias en contratos en moneda extranjera siempre y cuando no se refieran a cuestiones de estado civil, capacidad, familia, materias vinculadas a derechos de usuarios o consumidores, contratos de adhesión o relaciones laborales y litigios con los Estados nacional o local. Cabe destacar asimismo que la nueva figura de la consignación extrajudicial (arts. 910-912), con actuación de un escribano que recibe en depósito y notifica fehacientemente al acreedor dentro de las cuarenta y ocho horas hábiles de realizado, resultará una herramienta sumamente útil ante este tipo de conflictos sobre la moneda de pago.

8. ESPER, Mariano, “Análisis de cláusulas contractuales con el precio de moneda extranjera” [web], en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, n° 917, febrero 2015.

### 13. Donaciones

Como lo expresa Etchegaray,<sup>9</sup> se ha creado una alarma notarial e inmobiliaria con fundamento en –y como continuación de– las interpretaciones que se venían sustentando en acalorados debates. En primer lugar, en un plano absolutamente práctico y de circulación de los títulos, la normativa del artículo 1545, que establece que la donación debe ser aceptada y que esta aceptación debe producirse en vida del donante y del donatario, implica que las donaciones con aceptación diferida (ofertas de donaciones como se las conoce), independientemente de la fecha en que fueron realizadas, deben ser aceptadas y, al entrar en vigencia el CCCN, se deberá acreditar la supervivencia del donante, para no entrar en la discusión de si se debe o no abrir la sucesión ante el fallecimiento del donante. En segundo lugar, si bien es cierto que el régimen de colación entre los herederos legitimarios no ha variado sustancialmente, también lo es que quienes redactaron la reforma no fueron ajenos a la problemática de los efectos reipersecutorios generados por la acción de reducción.

El 25 de marzo de 2015, ingresó a la Honorable Cámara de Diputados de la Nación el proyecto de ley titulado “Modificación sobre acción de reducción en donaciones a herederos forzosos - Código Civil y Comercial de la Nación”, que propone la modificación de los artículos 2386 y 2458. En definitiva, lo que podamos interpretar podrá o no tener peso específico dependiendo de lo que dicte la realidad del mercado inmobiliario y de lo que opinen los escribanos referencistas y los departamentos legales de los bancos que otorgan créditos con respecto a la idoneidad de todos los títulos provenientes de donaciones.

Por otra parte, se abre un nuevo punto crítico en cuanto a la revocación de las donaciones por ingratitud, siendo suficiente la prueba de que al donatario le es imputable el hecho lesivo, sin necesidad de condena penal (art. 1571).<sup>10</sup> Esta situación constituye un detonante latente, que puede activarse en cualquier momento, sumándole más *observabilidad* al título.

El artículo 1866 del CCIV establece:

La revocación de la donación por causa de ingratitud no tiene efecto contra terceros por las enajenaciones hechas por el donatario, ni por las hipotecas u otras cargas reales que hubiese impuesto sobre los bienes donados antes de serle notificada la demanda.

No se advierte tal previsión en la reforma sino únicamente un plazo de caducidad de un año (art. 1573, 2° §):

9. ETCHEGARAY, Natalio P., “Donación a herederos legitimarios en el Código Civil y Comercial” [web], en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, n° 916, noviembre 2014.

10. Causales previstas: atentado del donatario contra la vida o la persona del donante, su cónyuge o conviviente, sus ascendientes o descendientes; injuria grave o afectación del honor de estas personas; rehusarle alimentos al donante, etc.

La acción se extingue si el donante, con conocimiento de causa, perdona al donatario o no la promueve dentro del plazo de caducidad de un año de haber sabido del hecho tipificador de la ingratitud.

Por añadidura, el efecto del artículo 1969 establece en lo pertinente que “si la revocación es retroactiva, el dueño perfecto readquiere el dominio libre de todos los actos jurídicos realizados por el titular de dominio resuelto”.

La publicidad que se efectúe en los registros inmobiliarios acerca de la anotación de litis de estos posibles conflictos contribuirá a aminorar la incertidumbre de estas donaciones.

#### **14. Contrato y dominio fiduciario**

Suplantando parcialmente en este tema a la Ley 24.441, la reforma introduce cambios receptados como consecuencia del auge de la utilización del fideicomiso. Más allá de definir los roles que ocupa cada interviniente, la posición del beneficiario se ve jerarquizada, ya que puede ser asumida por el fiduciante, el fideicomisario o el fiduciario; este último bajo la condición de prevenir los eventuales conflictos de intereses y actuar privilegiando los intereses de los demás sujetos (art. 1673).

El beneficiario y el fideicomisario son considerados terceros y deben aceptar su calidad de tales para recibir las prestaciones del fideicomiso (esta aceptación se presume cuando intervienen o realizan actos inequívocos). El fiduciario puede requerir la aceptación mediante acto auténtico (art. 1681), fijando a tal fin plazo prudencial. El fiduciario sigue teniendo vedado su acceso a ser fideicomisario.

Una de las cuestiones que se tendrá que coordinar con los distintos registros es la obligación de inscribir los contratos celebrados por instrumentos públicos o privados (excepto cuando se trate de universalidades [art. 1670]; cuando refiere a bienes cuya transmisión exige instrumento público, la falta de forma deriva en promesa de otorgar el contrato). El contrato se debe transcribir en el acto respectivo cuando la incorporación de bienes pertinentes es posterior a la celebración (art. 1669). Por la extensión que tienen en ciertas ocasiones estos contratos, debería ponerse el acento en que la inscripción no requiere transcripción total de todas las cláusulas, lo que derivaría en una publicidad tal vez exagerada frente a los terceros.

Destacamos que el dominio fiduciario como derecho real, especie dentro del género de dominio imperfecto (art. 1964), no se regula en el marco de los demás derechos reales sino como parte del contrato de fideicomiso. De ahí, sus particularidades y la readquisición del dominio perfecto (art. 1706) al acontecer el plazo o condición y quedar constituido el fiduciario en poseedor a nombre del dueño perfecto, no siendo necesaria la tradición.

La sustitución de fiduciario por causa de muerte, en ausencia de previsión contractual, habilita a los interesados a prescindir de la intervención judicial, confiriéndose los actos necesarios para la transferencia de bienes al sustituto (art. 1679). Si el



nuevo fiduciario fuese designado por vía judicial, es requisito legal que el fiduciante sea oído. En todos los supuestos de sustitución de fiduciario, los bienes fideicomitidos registrables son ingresados para su toma de razón en los respectivos registros, con rogación del nuevo sustituto, por instrumento judicial, notarial o privado autenticado, en los que conste la nueva designación.

Subrayamos asimismo la posibilidad que prescribe la ley en cuanto a un suplemento a la porción disponible, por el medio que el causante determine, incluso mediante un fideicomiso para el heredero con discapacidad (ascendiente y descendiente pero no incluye al cónyuge) con una porción extra, un tercio de las porciones legítimas, para aplicarla como mejora (art. 2448).

## 15. Derechos reales de garantía

Los derechos reales de garantía (hipoteca, prenda y anticresis) conservan los principios de especialidad en cuanto al crédito por un monto máximo estimado, aunque se permite –respetando este límite– que el crédito esté individualizado en todos los elementos desde el origen o nazca posteriormente. El artículo 2189, que contempla lo mencionado anteriormente, postula asimismo que el acto constitutivo debe prever el plazo al que la garantía se sujeta, el que no puede exceder los diez años, contados desde ese acto. Vencido el plazo, la garantía sólo subsiste en seguridad de los créditos nacidos durante su vigencia.

## 16. Conclusión

Nos hemos detenido en distintos aspectos que estimamos destacables en la labor notarial, tanto por sus innovaciones como por sus grietas.

Todo lo expuesto nos lleva a vislumbrar un horizonte con un notable desafío, y a la necesidad de encararlo, en lo posible, con la coordinación de equipos para la elaboración de propuestas en los diferentes estamentos y en un tiempo prudencial. Resultaría oportuno aunar y conciliar criterios con los distintos actores.

A nuestro entender, es sumamente importante el marco teórico para la divulgación, difusión y contención, producto de los efectos colaterales de la reforma. No obstante, es indispensable para la práctica cotidiana un escenario jurídico previsible, dadas las características de la función pública, con una responsabilidad civil y social extremadamente exigente.

La experiencia que vayamos construyendo permitirá navegar esta transición de un modo fluido, cómodo y progresivo.