

# XXXII JORNADA NOTARIAL ARGENTINA

24, 25 y 26 de agosto de 2016  
Ciudad de Buenos Aires



## CHARLA INAUGURAL

### *“Nuevos enfoques en las instituciones jurídicas”*

#### **“Fundamentos del ejercicio de la representación societaria”**

Esc. Norberto Rafael Benseñor:

#### **“Cónyuges y convivientes vinculados contractualmente”**

Not. Cristina N. Armella:

La notaria **Cristina Armella** es abogada y escribana, recibida en la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Salvador, graduada en ambas carreras con diploma de honor. Doctora en Notariado de la Universidad Notarial Argentina y miembro de número de la Academia Nacional del Notariado. Se desempeña como docente en distintas universidades nacionales e internacionales. Es directora de la Universidad Virtual. Ex Vicerrectora y actual Rectora de la Universidad Notarial Argentina. Profesora invitada por universidades argentinas, nacionales y privadas. Ha sido reconocida como personalidad destacada en distintos países latinoamericanos y es actual consejera del Consejo General de la Unión Internacional del Notariado. Ha escrito más de doscientos artículos, entre consultas, notas a fallos y comentarios doctrinarios.

El escribano **Norberto Rafael Benseñor** es abogado por la Universidad Nacional de La Plata, especialista en derecho notarial, diplomado por la Universidad Notarial Argentina. Presidente de la Academia Nacional del Notariado desde el año 2009, miembro de número desde 1998. Consejero académico de la Universidad Notarial Argentina. Escribano en ejercicio de la función notarial desde 1968, actualmente titular de un registro notarial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Director del Doctorado en Notariado y Derecho Registral y de la especialidad respectiva de la Universidad Notarial Argentina y co-director de la Carrera de Especialización en Negocios Societarios. Profesor titular de Instituciones de Derecho Comercial de la Universidad Notarial Argentina. Profesor de Postgrado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Ha sido delegado en congresos y seminarios de carácter internacional. Presidente y coordinador general de congresos nacionales en los ámbitos del derecho societario, el derecho comercial y del derecho registral. Autor en numerosas publicaciones y artículos en revistas especializadas.

#### **NOT. CRISTINA ARMELLA.**

Muy buenas noches. Para nosotros es un honor tener a nuestro cargo la apertura de estas nuevas Jornadas Notariales Argentinas.

Estamos entre amigos. Cuando uno puede ver a quienes asisten en esta sala, definitivamente vemos al notariado que constantemente está estudiando.

En este momento lo que queremos destacar es que no estamos en este ámbito tan solo Norberto y Cristina. No es casual que estemos ambos aquí. Lo que se decidió fue que siendo que estas jornadas han sido y son organizadas por el Consejo Federal del Notariado Argentino, los dos brazos académicos de este Consejo Federal estén representados aquí. Nos toca entonces, como responsables de estas instituciones, acompañarlos esta noche.

Para mí es un honor enorme en este momento estar dirigiendo la Universidad Notarial Argentina. Es una fundación del Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires y está acompañándonos en este momento nuestro flamante Presidente de ese Colegio, que es el notario Leopoldo Bernard. Así que muchísimas gracias por esta presencia de este Colegio fundador, del cual hace 52 años los hombres preclaros que estuvieron en esa época definieron una institución de esta naturaleza.

También quiero destacar muy especialmente que nos acompaña nuestro señor Rector Honorario, el escribano Pérez Lozano. A él le debemos la mitad de la vida institucional de nuestra Universidad, le debemos lo que la Universidad es hoy. Y quienes estamos hoy en nuestra Universidad no somos más que continuadores formados a su lado. Así que, Néstor, es una emoción que esté con nosotros.

Además, qué mejor que compartir este panel con Norberto. Aquí en la sala hay muy amigas más que me dicen nuevas referencias históricas (*Risas*). En 1980 Norberto ya era profesor de la Universidad Notarial y yo me asomaba a la Universidad Notarial con chupete (*risas*) así que es toda una vida juntos, desde lo académico, desde lo buena gente, desde los afectos, estos afectos que se generan a través de lo académico y esto es muy importante, porque es parte de nuestras vidas. Así que muchísimas gracias a todos. (*Aplausos.*)

Vamos a hacer de esto algo divertido, Norberto, por favor. Como muy bien dijo el Presidente del Colegio de Escribanos anfitrión, venimos estudiando el código desde que era anteproyecto. El compromiso del Consejo Federal del Notariado Argentino con la Universidad Notarial Argentina fue generar tres convenios, de tres años consecutivos de análisis y estudio de esta nueva legislación. Ya tenemos en ciernes el próximo convenio para el año entrante, que va a tener una metodología absolutamente diferente, porque se va a encargar puntualmente del análisis de la jurisprudencia que está naciendo a partir de la aplicación de la nueva legislación en todas las provincias argentinas. Para eso, nuestro grupo de investigadores está trabajando para presentar el material correspondiente para este análisis. En consecuencia, el código ya más o menos lo conocemos. El cuerpo notarial de todo el país creo que son los profesionales del derecho más capacitados, más idóneos en este tema y que se han tomado la obligación de estudiar y aplicar correctamente el nuevo código.

Así que, ¿qué vamos a decir hoy? No vamos a empezar con el análisis de instituciones que tanto ustedes como nosotros hemos leído, sino que voy a detenerme en tres o cuatro situaciones puntuales que tienen que ver con alguna figura que se me ocurrió.

Esta mañana estaba con Norberto whatsappeando -qué modernos que somos (*risas*)- y le dije: "A ver, Norberto, ¿qué vamos a decir esta noche?" Entonces él me dice que va a hablar de la personalidad. Yo le dije: yo voy a ponerlos nerviosos con el tema del régimen patrimonial matrimonial, pero con algo diferente, porque para poner el broche de oro les voy a plantear alguna problemática de nuestro sinceramiento fiscal. ¿Acaso no tiene impacto en el régimen patrimonial matrimonial? Entonces, para llegar a esto, una de las figuras fundamentales para poder realmente entender lo que nos va a pasar de aquí en más con el sinceramiento es que por lo menos tengamos

presente qué razón de ser tiene la subrogación en nuestro nuevo código. Nos dieron un ratito para hablar sobre estos temas, así que vamos a ser bastante sintéticos.

Si recorremos el Libro Primero del código encontramos el régimen de la vivienda y la problemática absolutamente moderna de lo que es la subrogación en la aplicación de la protección de la vivienda. Todos nosotros sabemos de qué estamos hablando, entendemos lo que dice el artículo 248 de nuestro Código Civil y Comercial de la Nación y tenemos que ver que la regulación legal que ha tenido nuestro código y que tiene nuestro código actualmente impacta en otras alternancias, como es claramente el registro o por lo menos todos los actos que tienen registración.

Cuando abordamos el tema del 248 nos damos cuenta de que los registros de la propiedad, en carácter de quienes tienen esta facultad legisferante delegada para regular a través de las disposiciones técnico-registrales cómo se va a aplicar una figura, y ni más ni menos que en el régimen de vivienda, están obteniendo definiciones que son diferentes. Por tanto entonces, nosotros no es que tomamos Ciudad y Provincia de Buenos Aires porque no conocemos ninguna otra sino porque es cierto que el país mira un poquito a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y a la Provincia de Buenos Aires en sus decisiones, específicamente en las que son de neto corte administrativo, como las del Registro de la Propiedad.

Por tanto, les comento que en la Provincia de Buenos Aires ya se ha publicado, con fecha 18 de este mes, la disposición técnico registral número 10 y la número 11, que definitivamente abordan temas del régimen de vivienda y del régimen patrimonial del matrimonio. En la primera, lo que se está hablando con respecto a la subrogación real es cómo funciona, porque en definitiva, la protección que tiene cabida en este artículo no es peregrina sino que se debió a una corriente de opinión y jurisprudencia que existió con anterioridad en la provincia de Buenos Aires. La Sala 1ª de la Cámara Civil y Comercial del Departamento Judicial de San Isidro, en aquel momento con fallo de la doctora Medina, definió la subrogación real en el caso “Kipperband”, que era un señor que tenía un bien de familia, que estaba en una situación de quiebra y que le pidió al juzgado que una vez que se realizara el bien no pasara a la masa sino que se pagaran las deudas contra las cuales no podía oponer la afectación y la protección, y a partir de allí, con el residual poder adquirir otra vivienda, protegida también por el mismo régimen de bien de familia. Esta decisión fue absolutamente novedosa, fundada en los tratados internacionales más que en nuestra propia legislación, por entonces la 14.394, que dio luego a una primera manifestación de lo que significa la constitucionalización del derecho privado. Desde 1994 los tratados internacionales debidamente ratificados, y mucho más los de derechos humanos, tienen una entidad constitucional que debe ser respetada en el ámbito interno. A partir de esto, los jueces estaban obligados a discernir y sentenciar en base a la Constitución y a las normas con la misma entidad y no tanto apegados al derecho interno.

Actualmente esta figura de la subrogación real está absolutamente vigente, pero el asunto es cómo nosotros, operadores del derecho, que somos quienes tenemos que pergeñar y malear la voluntad de las partes, vamos a consignar en los textos de nuestras escrituras sencillamente esta subrogación. Algunos dirán: es muy fácil, tengo una afectación a bien familia antes, hoy vivienda. Recordemos que este es nuestro primer tema. Por lo general, la afectación a bien de familia va a venir de una afectación previa; esto es, a la luz de la 14.394, no debemos hacer más mención a que este régimen derogado por la ley 26.994 generó la aplicación inmediata de la figura de la vivienda por el artículo 7° del mismo Código Civil y Comercial de la Nación. Esta expresión es bueno que la hagamos en la escritura, porque la escritura tiene que tener un ámbito de docencia, y además tiene una publicidad cartular y de muestra, como todo documento, que es importante que lo tengamos en cuenta.

Ahora bien, al subrogar, esto es, la decisión de quien tiene afectado el inmueble como régimen de vivienda y quiere sustituirlo y por supuesto plantearlo en la adquisición de otro inmueble destinado a vivienda, pero que pueda tener y ostentar una protección histórica y retroactiva desde la primera afectación, esto es la figura de la subrogación, ¿tiene algún inconveniente? No. Pero si empezamos a pensar: el bien que se subroga, o la afectación que se subroga, ¿es de la misma demarcación territorial o van a entender dos registros diferentes? El bien en el que subrogo, ¿es un bien que tengo que adquirir o que ya tengo adquirido en mi patrimonio? El bien que se subroga, ¿se subroga en el valor del inmueble que he transferido? Porque puedo hacer una afectación por el valor hoy y no necesariamente por la cosa, y en consecuencia, puedo subrogar hasta 1.000.000 de pesos, y no los 2.000.000 de pesos que tengo en el inmueble adquirido.

Todos estos son los interrogantes que tenemos que ir resolviendo, que resuelve la autoridad de aplicación. Por eso aconsejamos la lectura de todas las normas registrales. Porque las normas registrales van a tener el impacto lógico en la rogación de nuestras escrituras a que se emplacen registralmente, y en ese caso, entonces, si no generamos un acto que atienda a la normativa vigente, vamos a tener algún inconveniente.

Fíjense ustedes que en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, cuando el Registro de la Propiedad legisla sobre este tema, nos dice claramente que la subrogación se puede hacer perfectamente sin necesidad de que se haga la reserva en el texto de la venta. Mientras que en la Provincia de Buenos Aires, esto es, si ustedes como operadores del derecho, como notarios, están interviniendo en la celebración de un negocio jurídico que va a tener impacto en la provincia de Buenos Aires, porque el inmueble obviamente es de la provincia de Buenos Aires, recuerden que en el caso de la subrogación real, el titular de ese inmueble o los condóminos que sean y que quieran subrogar, van a tener que hacer la reserva pertinente al momento de la transmisión del inmueble, independientemente de que haya simultaneidad con la adquisición de la próxima vivienda que va a estar protegida o que la protección se vaya a extender no solamente a la propiedad que entra en sustitución sino al dinero resultante de esta operación onerosa.

Entonces, recordemos, y esto es importante, cómo una misma norma se aplica en forma diferente de acuerdo a la demarcación territorial que estemos hablando. En consecuencia de esto, por ejemplo, en la Ciudad Autónoma, si se está subrogando, si se está afectando por un monto del inmueble, va a tener que consignarse el quebrado correspondiente, cuál es el porcentual que está protegido el inmueble, dejando una parte de este inmueble fuera de la protección. A partir de este tema, en la provincia de Buenos Aires no se aplica esta situación. Por eso vemos claramente las diferencias que existen entre una y otra situación.

Lo que se discute, y está bien que se discuta, es si la vivienda en la cual se va a sustituir esta protección es una vivienda que debo adquirir en el futuro. Yo tengo opinión al respecto, que sí la que se adquiera debe ser sustitución de la anterior. Algunas demarcaciones están permitiendo que esta afectación, esta protección, se determine con respecto a un inmueble que va a ser destinado a vivienda y que ya la persona lo tiene en su patrimonio, con independencia de que sea una adquisición posterior.

Entonces, estas diferencias, ¿por qué acaecen? Porque hay más de una interpretación jurídica para un mismo tema. Esto ha sido desde siempre. El tema está en que hoy por hoy tenemos una norma, que además nos está planteando una figura jurídica inédita en la Argentina y tenemos que interpretarla. Por tanto entonces, no solamente la interpretamos nosotros sino que la interpretan las autoridades de aplicación y tenemos que estar muy atentos a cómo va a solucionarse este tema en la demarcación correspondiente para responder a los recaudos y requisitos necesarios y evitar la observabilidad de este título en el futuro.

Este es un primer tema de subrogación real que se los dejo planteado. Con esto lo que pretendemos es que estemos todos muy atentos a cómo generar esta subrogación real. A mí nunca me gusta plantear un tema y no dar la opinión personal, que no compromete a nuestras instituciones ni a la generalidad del notariado, pero personalmente entiendo que cuando hay una subrogación, quien pretende prevalerse de la subrogación tiene que expresarlo al tiempo de querer mantener esta afectación para trasladarla al nuevo inmueble. Creo que es una situación abusiva que nada se diga en el título que se desafecte y que luego, mágicamente, dentro de tres, cuatro o cinco años, venga a decir que tenía una protección en la vivienda y que hoy quiera prevalerse de ella y hacerla funcionar en esta nueva adquisición.

El supuesto que entiendo es el más transparente, el que hace a la seguridad jurídica y que es necesario respetar, es que quien quiera prevalerse de la afectación para trasladarla lo debe decir claramente al tiempo del acto dispositivo, para después utilizarla cuando lo considere conveniente, no solamente en el acto simultáneo. ¿Qué es simultaneidad? ¿El mismo escribano, diferente escribano? ¿Inmueble de la misma decimos? ¿Igual monto? Etcétera, etcétera. Pero sí para la seguridad jurídica del tráfico comercial, evitando una conducta absolutamente abusiva, el transmitente debe advertirle a la generalidad de quienes están leyendo este título que hay por lo menos una situación de sustitución o traslado o transferencia de la afectación. Esto lo creo conveniente y es importante. La Provincia de Buenos Aires, les advierto, pide todos los datos de la inscripción anterior, de la oponibilidad anterior, para trasladarla entonces al nuevo texto de la adquisición.

Dentro de la subrogación, hay otro aspecto que se está dando dentro del régimen patrimonial matrimonial, y ya nos vamos al Libro Segundo. Todos sabemos que tenemos disposiciones comunes, que tenemos dos regímenes patrimoniales matrimoniales –el de comunidad y el de separación–, con una novedad importantísima en la legislación, cual es la convencionalidad que pueden abrazar los cónyuges, dado que en el Libro Segundo, cuando se regula el matrimonio, se dice que como principio fundamental del matrimonio está la igualdad y libertad. Quiere decir que antes era una esclavitud. (*Risas.*) Ahora dice que es igual, es convencional y hay libertad, por lo cual, todos podemos llegar al matrimonio y hacer una convención previa al matrimonio, pero lo más interesante no es esto sino la convención posterior.

Con respecto a la convención posterior para extinguir el régimen de comunidad y pasar al de separación, esto ya lo dijimos en muchísimas oportunidades, sabemos que se va a contar el plazo de duración de este matrimonio, aunque sea previo a la entrada en vigencia del código. Hoy ya tenemos un año del código, ya apagamos la primera velita, estamos creciendo bien, en paz, el código es amigable. Yo decía en su momento que está lleno de cositas, pero ya las vamos a ir enderezando con las fe de erratas y las leyes que van a modificarlo algún día. Entre tanto, tenemos que seguir con el código como lo tenemos y aplicarlo con cariño. En consecuencia, les aconsejamos a los cónyuges casados bajo un régimen de comunidad, tanto sea con la vigencia de este código o con la vigencia anterior de nuestro queridísimo código de Vélez, definitivamente, con más de un año de matrimonio se puede celebrar una convención matrimonial, extinguir la comunidad -que esto es lo más importante- y optar por el régimen de separación.

En este caso, esta convención por supuesto va a tener una obligación de ser inscripta en el Registro Civil y Capacidad de la Personas. Y por supuesto, esta sola declaración, esta voluntad de los cónyuges de extinguir la comunidad y pasar al régimen de separación, ha generado lo que se llama la indivisión poscomunitaria, que está perfectamente regulada en este mismo Libro Segundo cuando se termina el régimen de comunidad y decimos claramente ahora que está en un régimen de indivisión, que tiene que ir a una liquidación y a una adjudicación con la partición. Todo esto está prolijamente

dicho, pero sabemos que estamos en situación de indivisión. Y esta indivisión trae a cuento toda la ganancialidad, que se acaba de extinguir porque extinguimos el régimen de comunidad y se ingresó al régimen de indivisión. Indivisión que como todas las divisiones tiene un destino único: extinguirse a través de un acto partitivo. ¿Cuánto tiempo podemos estar en indivisión? No se dice, continúa la indivisión y los cónyuges -porque están casados- pueden ser tan prolijos de generar una extinción de la comunidad, estar en indivisión y rápidamente llegar a la partición y extinción de esta indivisión o permanecer en ella.

Entonces, acá tengo el artículo 481, que nos trae algunos problemas. Este artículo 481 tiene una excepción. Dice, en principio, que si la extinción de la comunidad se da en vida de los cónyuges, se aplican las normas de esta sección sobre indivisión y extinción, pero si se da ante la muerte de uno de los cónyuges, nos vamos al Libro Quinto. Está clarito qué norma aplico en cada situación, entonces, no mezclamos.

Ahora bien, cuando el 482 dice: si los cónyuges en este estado de indivisión no han dispuesto nada con respecto a la administración y disposición de sus bienes, esto es siguen juntos, todo bien, extinguieron la comunidad y hoy están en régimen de separación, pero tienen toda esa masa indivisa, entonces si nada dicen, se aplican las normas de la comunidad. ¿Qué leyó el notariado? “No importa, el titular del inmueble que hoy está en estado de indivisión vende con asentimiento”, posición minoritaria de la doctrina nacional pero que ha existido claramente y que se metió como cuña acá. Podemos discutir esto muchísimo, podemos o no estar de acuerdo, como siempre, pero si la norma se aplica, notariado argentino, tienen que hacer la previsión puntual de que la norma se está aplicando en estas condiciones. Y hay que hacer un asesoramiento puntual a quien está disponiendo, porque si está disponiendo creyendo que está en estado de indivisión, con el asentimiento, y en el mismo momento está adquiriendo otro inmueble, sepa señor que está adquiriendo un bien que va a entrar en estado de indivisión.

Entonces, notariado argentino, ¿por qué no nos gusta partir? “Y no, porque está gravado, entonces, no parta, hay ingresos brutos”. A ver, tenemos que partir para saber que extinguimos esta indivisión. Si hemos hecho una partición parcial, si hemos hecho una partición total, quién es el titular. Si está vendiendo el titular que le dicen registral, con el asentimiento del otro, se va contento para comprar ese mismo día, pero sabemos que está en estado de indivisión.

Lo mismo pasa si estamos frente a un divorcio y en todas las situaciones de extinción de la comunidad.

Por tanto, esto es importante para tener en cuenta y es un principio de subrogación real. Es un principio de subrogación real que no lo estamos advirtiendo y que vamos a tener el título, como título antecedente, y este bien es un bien partible, no ya un bien personal sino un ganancial residual aún en vías de partición. Creo que hay que estar advertidos de esto.

Antes en el código de Vélez una de las tareas más titánicas que teníamos en el tráfico negocial era calificar los bienes de las personas casadas. Hoy es mucho peor, porque además tengo que saber cuándo compró, con qué fondos compró, si estaba en comunidad, si estaba bajo separación, si había hecho la convención, si no está subrogando, que es lo que nadie mira.

Segundo tema: situación de la subrogación en la subrogación de la inversión o reinversión de fondos propios, con la posibilidad de determinar bajo un régimen de comunidad que el bien que se adquiere con esta reinversión o inversión de fondos propios va a tener la misma calidad.

Hoy nos pide el código más requisitos que antes y nos está diciendo, no solamente la declaración de la inversión o la reinversión sino la justificación del origen de los fondos -vayan acordándose para el sinceramiento- y además que el cónyuge venga a conformar esta declaración. Y

si es imposible conseguir esto o el cónyuge lo niega, hay que ir a la vía judicial. ¿Qué dijimos muchos, y en particular yo abracé esta posición? Se resuelve en la escritura de adquisición, porque después no lo puedo resolver porque tengo que ir al juez. Sin embargo, este año hemos tenido un fallo en la Ciudad de Buenos Aires, de la Justicia Nacional, en el Juzgado de Primera Instancia N° 63, en el caso “Pugliese, Rosana s/acción declarativa”, donde la cónyuge -cuidado, porque a veces la base fáctica del fallo es muy diferente- no dijo en el título de adquisición “reinvierdo fondos propios que me donaron mis padres” pero no trajo al cónyuge. Entonces, en una declaración de certeza le pide al juez que, como no dijo nada, el juez lo aclare. El juez de primera instancia le responde: ¿qué viene a hacer acá, si no hay ni imposibilidad ni negativa? Vaya al notario”. ¡Qué suerte! Va al notario, ¿y cómo hace? No es una rectificación. Siempre lo dije: es una escritura aclaratoria de la inversión o reinversión de los fondos propios. Pero cuidado que esta no es exactamente la norma que estamos analizando, porque acá no es que dijo que reinvertía y justificó que reinvertía fondos propios, sino que no dijo nada y es un ganancial presumido. Así que esto también abre la puerta al debate de cuál es la circunstancia por la cual los jueces interpretan una norma de esta naturaleza.

Para ir terminando y dejar el tiempo necesario, independientemente que después que terminemos de hablar vamos a recoger todas las preguntas que quieran, y solamente para ponernos todos nerviosos, ha llegado a la Argentina la ley que nos está movilizándolo mucho: la de sinceramiento. O lo que no queremos sincerar. (*Risas.*) No voy a tratar los efectos tributarios, no voy a analizar la ley, solamente les digo que dentro del sinceramiento hay algunas posibilidades.

No nos podemos quejar, notarios, porque tenemos una nueva incumbencia: pasar los bienes de la cabeza de uno al otro. Pero lo que más nos llama la atención es que este sinceramiento, que es ni más ni menos que trasladar mi patrimonio al patrimonio del otro, puede ser entre cónyuges, ascendientes-descendientes, colaterales hasta segundo grado, e incluso afines hasta el segundo grado, o sea, hermanos, cuñados.

Primera pregunta: las normas de la ley de sinceramiento, que es una ley nacional, general, ¿deroga el Código Civil y Comercial de la Nación con respecto a la habilidad de los cónyuges para contratar? No tomemos el caso del padre-hijo, sobrino-tercero. Yo solo me detengo en el tema de los cónyuges. Es cierto que la situación va a ser absolutamente excepcional. No sirve cuando es entre cónyuges, porque como el concepto tributario puede ser que el inmueble esté a nombre de uno pero tributen y digan que tienen una participación tributaria diferente con respecto a ese inmueble, yo creo que no va a darse masivamente el ejemplo, como se puede dar con un tercero. Pero si se da, van María y José a la escribanía de Benseñor mañana a la mañana, y dice María: “Somos cónyuges y el inmueble está a nombre mío, pero es de él, yo lo quiero sincerar, él lo quiere sincerar, y voy a trasladarle la propiedad”, porque está en cabeza de María y tiene que pasar a cabeza de José. ¿Qué negocio subyacente es ese que le va a trasladar el dominio, con una inhabilidad del 1002, inciso d)? ¿Puede o no puede?

Ante esta colisión de dos leyes nacionales, donde por un sinceramiento me está diciendo que entre cónyuges van a hacer un traspaso de bienes, digo: a mí me preocupa la inhabilidad. Si tanto quieren hacer eso y además los va a beneficiar, que se separen de bienes y después sinceren. Me dicen: no, porque va a entrar el bien como propio. No es así, porque el sinceramiento es histórico, por lo tanto, aunque estén separados de bienes, lo que les da habilidad para contratar, para donar, comprar, vender, permutar, ceder, es el traspaso por sinceramiento. Pensemos que hay transmisión dominial. Si yo me adhiero al código de fondo, para la transmisión dominial hace falta título, modo y registración. Debe haber tradición, *constituto traditio*; debe haber escritura pública; debe haber registración, porque va a estar en cabeza de uno.

¿Hay onerosidad? ¿Hay gratuidad? ¿O hay un título neutro? Por supuesto que a nivel nacional hay exención de todos los impuestos. Ahí empezamos a ver qué sucede en las provincias. Provincia de Buenos Aires, sáqueme el impuesto de sellos. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sáqueme el impuesto de sellos. Registro de la Propiedad, no me cobre tasa. Ojo, entonces, hasta que no aparezca una ley local que se adhiera si mañana hago un sinceramiento.

Además, el sinceramiento no lo puedo hacer por la valuación fiscal; tengo que hacerlo por una tasación de plaza, pero no es oneroso.

Entonces, lo que planteamos es que cuando nos consulten en la escribanía para hacer un sinceramiento debemos tener cuidado.

Por último, vieron que hay abogados mediáticos, sobre todo abogadas que se dedican a perseguir a los maridos en vía de divorcio. No decimos nada más que esto y que el cónyuge divorciado -“ex marido” ya no se usa más-, feliz, en convivencia con la secretaria -convivencia atípica porque no tiene dos años como conviviente-, ante la ley de sinceramiento, pasa todos los bienes que tenía escondidos a su patrimonio. No quiero hacer nombres, pero como es famosa y mediática, la doctora Rosenfeld, el 31 de marzo del año que viene va a estar mirando todas las declaraciones de sinceramiento, porque, señores, este es un tema de subrogación real. El sinceramiento es histórico y es por causa de origen. En consecuencia, el sinceramiento que hagan los divorciados no les va a entrar como bien personal sino que va a entrar como bien ganancial en indivisión partible.

Nada más y cuidado con el asesoramiento.

### **ESC. NORBERTO RAFAEL BENSEÑOR.**

Yo les voy a decir qué haría si María y José vienen a mi oficina: no necesitan hacer el acuerdo de separación de bienes, porque la ley de sinceramiento fiscal no va a derogar el 1002, pero crea una excepción al 1002, basada precisamente en el sinceramiento fiscal. Es un supuesto de excepción. Entonces, yo haría la escritura, independientemente del 1002, y calificaría el acto en que los cónyuges tienen habilidad para este contrato precisamente por la ley de sinceramiento fiscal, única excepción permitida y no otra. Hace algún tiempo un requirente me dijo: yo tengo un bien que compré antes de casarme y me gustaría que mi señora fuera titular de dominio de la mitad. Le dije: “entre cónyuges no se puede vender, ¿te casaste antes del código o después?” “Antes”, contestó. “Entonces no hay que esperar mayores plazos, hacemos un acuerdo, optamos por el régimen de separación de bienes, los inscribimos en el registro y a partir de ahí le vendés la mitad indivisa. Le vamos a vender porque no vamos a crear indisponibilidades por diez años. Dentro de dos años, si querés volver a la ganancialidad para volver todo como era antes, lo podés hacer.” Ese fue el asesoramiento. Pero en este caso yo me animaría que hacer la operación sin ni siquiera hacer el acuerdo de separación. Por supuesto, yo calificaría que lo estoy haciendo por la ley de sinceramiento fiscal.

**Not. Armella.** Para apoyar la posición de Norberto, independientemente que después trabajemos, como tenemos el “corazón partío”, como dice la canción, o los separamos, o para llevar agua para esta corriente, también podemos sacarle la conceptualización de contrato y pensar que es una convención o convenio, pero tiene que tener la fuerza para transmitir el dominio, que esto es una contradicción. Y además, en la transmisión dominial, en el membrete de la escritura, vamos a consignar que es “transmisión dominial por sinceramiento fiscal ley 27.260”. Ahora, cuando vamos a recibir este título de Benseñor seis meses después, no me vengan a decir que es nulo.

**Esc. Benseñor.**- No, por supuesto, ¿cómo va a ser nulo? Si no lo hago, se viene abajo el sinceramiento fiscal; pagó el 10 por ciento y lo tiró a la basura.

Cuando nos invitaron a Cristina y a mí, estuve contentísimo de participar otra vez con ella, porque funcionamos bien en los seminarios, así que me encantó la idea de compartir este estrado. Pensé en un tema societario para desarrollar y realmente hay muchos, pero atento a que en la Jornada se están estudiando temas societarios, se me ocurrió hablar de la personificación de los temas de representación societaria y algunas cosas que se dicen por ahí, incluso en los fallos jurisprudenciales y que generalmente hacen bastante ruido. Por eso creo que es bueno que las debatamos y aclaremos.

De todas maneras, me entusiasmé con el tema, tenía mucho escrito, y le decía ayer por teléfono a Agustín que eran treinta páginas, entonces, un procedimiento sería leerlas aquí y que todos se duerman, y el otro es resumirlo. Ayer a la noche opté por resumirlo y traje una ayuda memoria de quince puntos.

Como bien dijo Cristina, ya cumplimos un año con este código y pasaron muchas cosas, pero seguimos sobreviviendo. ¿Qué me parece el código? No es malo, pero hay algunas cosas que me molestan. Me molesta que los que escribieron el código hayan puesto sus opiniones personales, exclusivamente, sin saber si había consenso. Eso no está bien para legislar. Para legislar, primero hay que saber si hay consenso, entonces pongo la solución; pero si yo me encapriché en que algo es así y lo pongo, después voy a producir ciertas distonías, como por ejemplo, la especialidad del crédito hipotecario: reventé los créditos bancarios, el acceso a la vivienda, fulminé la hipoteca de ulterior grado. No importa, yo digo que en la especialidad hay que inscribir todo, hasta los hipotecarios punitivos. Doctora que hizo esto: no estoy de acuerdo. (*Aplausos.*)

El valor de las donaciones, ¡otro tema difícil! La legítima es muy importante, pero se convierte en un valor absoluto. Está bien la legítima cuando estamos hablando de un extraño, la doctrina de “Escary c/Pietranera”, lo toleramos. Pero en el núcleo familiar, me parece que fue realmente una opinión personalísima de un grupo de civilistas, y así puede haber muchas cosas.

De una de ellas vamos a hablar ahora: el artículo 141, en materia de personas jurídicas. El capítulo de personas jurídicas es buenísimo, pero un caprichoso redactó el 141 y puso su opinión personal y realmente creó un problema. ¿Qué dice el 141? Les voy a explicar lo siguiente: el 141 define las notas de la persona jurídica. ¿Cuáles son las notas de la persona jurídica? Las notas tradicionales de nuestro derecho, y realmente en esto el legislador estuvo muy bien, porque no innovó. Por ejemplo, en el primer proyecto de unificación que se conoció en el año 1987 los juristas que lo elaboraron colocaron conceptos exóticos, que realmente hubieran sido dramáticos, por eso Menem lo hizo: lo vetó (*Risas.*) Y lo hizo bien. Ojo, no vetó porque a Menem se le ocurrió. Tres meses antes hubo un congreso de juristas que lo llamaron “Congreso de Derecho Romano, es decir, un congreso para rescatar los principios romanísticos de nuestra legislación y ver qué se hacía, y allí concluyeron que ese código era un desastre.

¿Saben qué decía en materia de personas jurídicas? En lugar de decir las notas que están mencionadas en el 141, decía: la medida de la personalidad jurídica es la que resulta en cada caso de la ley. Esa era la definición de persona jurídica. Y en la exposición de motivos explicaba que el intérprete y el juzgador iban a tener que estudiar cada caso en particular para determinar si había persona jurídica o no. ¿Ustedes se imaginan al gerente del banco analizando si le abre o no le abre la cuenta corriente a un sujeto de derecho? ¿O al notario diciendo si es sujeto o no, si es persona o no? Por suerte, bien vetado estuvo.

Este artículo 141 rescata las notas características de nuestra personalidad, las que había hablado Vélez, las que reforzó la ley 17.711. O sea, no se fue de la tradición jurídica. ¿Cuáles son? Son personas jurídicas los entes a los cuales el ordenamiento jurídico les confiere aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones. Esto lo decía el artículo 33. La ley 17.711 fue fantástica, porque le sacó la autorización para funcionar que decía el viejo Código Civil y que armó una terrible discusión entre personas de existencia ideal, jurídica, todo lo cual por suerte está superado.

Pero el legislador caprichoso, que quería meter su opinión personal, le agregó algo que es volver a la época de las cavernas: les confiere aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones “para el cumplimiento de su objeto”. ¿Para qué puso esto? Quiere decir que a la entidad se le reconoce exclusivamente personalidad para cumplir el objeto. Y si hace una cosa parecida o un poquito distinta, ¿ya no tiene personalidad? ¿Es un acto personal extralimitado de quién lo hace? Realmente, un verdadero disparate.

En realidad, circunscribir la personalidad al objeto es una concepción medieval, porque viene de lo que ustedes habrán leído en la Facultad, la doctrina del *octroi*: el rey le daba licencia de personalidad a quien quería, era un acto gracioso del soberano que la otorgaba. Por ejemplo, el Rey de España le daba personalidad jurídica a las compañías de Indias para que vengán a colonizar. Entonces, había que decir que la personalidad se les daba solamente para ese objeto. ¿Por qué? Porque las mandaban a colonizar una determinada región y no otra, y se les daba un objeto preciso: encontrar riquezas, tesoros, colonizar, conseguir tierras, evangelizar. Eso era todo lo que decían para las compañías de Indias. Pero esto fue totalmente superado. Hoy en día hay otras finalidades.

Cuando leímos el proyecto y vimos el artículo 141, en la Academia nos pusimos a escribir inmediatamente una crítica, que aprobada por el pleno de la Academia la elevamos inmediatamente a la comisión. Afortunadamente, en la comisión revisora del Poder Ejecutivo decidieron darnos el gusto, pero a medias. En lugar de borrar esto del cumplimiento del objeto, dejaron el cumplimiento del objeto, para no ofender al caprichoso que lo había escrito, y le agregaron “y los fines de su creación”.

Entonces, si ustedes me preguntan cómo estamos, estamos un poco mejor. Por ejemplo, me voy a la Ley de Sociedades. El cumplimiento del objeto sería que la personalidad jurídica solamente me la reconocen para cumplir el objeto preciso y determinado que menciona el artículo 11 inciso 3 de la ley 19.550. En cambio, como acá ya me dice también “y los fines de su creación”, me permite adelantarme e ir al artículo 1º, que menciona la finalidad para reconocer a una sociedad. ¿Cuál es? Intercambiar productos y servicios a los efectos de obtener utilidades. Es decir, ya es un concepto más genérico. Yo tengo que obtener utilidades, lo puedo hacer cumpliendo el objeto, pero también puedo hacer inversiones ajenas al objeto, que la Ley de Sociedades me las permite expresamente.

Con lo cual, en ese sentido, en orientación interpretativa, de la cual me hago responsable, pienso que este agregado de “los fines de su creación” permite mitigar con bastante importancia este agregado que pretendía sostener que el cumplimiento del objeto era esencial para el reconocimiento de la personalidad jurídica. Pienso que este agregado de los fines de su creación tiene preeminencia.

Ustedes saben que en la personificación es sumamente importante encontrar el régimen vinculatorio, porque en la personificación estamos dándole una estructura a una colectividad de personas, y esa colectividad de personas tiene un patrimonio; no tiene tantos patrimonios individuales como personas la componen, hay uno solo, y ese patrimonio lo tiene que administrar y tiene que ejercer un poder vinculatorio una persona, dos personas, un grupo o una estructura, pero no pueden venir todos. En un curso en la Universidad Notarial en La Plata recuerdo que uno de los

asistentes me dijo: “yo la verdad pienso que la única manera de respetar la voluntad de todos los accionistas es que cuando se venda un inmueble de una sociedad anónima la escritura la firmen todos los accionistas”. (*Risas.*) Por supuesto, en una sociedad de familia no sería problema, pero realmente no es así.

Cuando tenemos una entidad colectiva, tenemos un solo centro de imputación. Esto significa que el patrimonio es único, el titular de los derechos y obligaciones es uno, y hay un determinado órgano que es el que representa. Por eso es muy importante en materia de personificación rescatar los aportes que dio el maestro Hans Kelsen en la *Teoría Pura del Derecho*, cuando dijo: en materia de titularidad de derechos y de deberes, no hablemos de hombre, porque hombre o persona humana es un concepto biológico; cuando hablemos de titularidad de derechos, hablemos de personas. Ese es un concepto jurídico. Entonces, tenemos la persona corpórea, física o humana, o la persona jurídica.

Tenemos hoy en día un órgano que va a representar a esta entidad colectiva, y es importante, como dice el artículo 141, determinar si el ordenamiento jurídico le asigna las notas de aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones. No cabe ninguna duda, en el artículo 141 y siguientes ya tenemos un capítulo entero dedicado a las personas jurídicas. Y también tenemos un capítulo entero dedicado a los contratos asociativos, y los contratos asociativos -atención- el código nos dice que no son sujetos de derecho ni son sociedades. Entonces, ahí el ordenamiento jurídico ya nos está diciendo que lo que se genere en estos contratos no es artículo 141, es otra cosa. Quiere decir que si alguien va a representar a esa colectividad de personas agrupadas en el contrato asociativo, lo tendrá que hacer por la vía de la representación convencional, no por la orgánica, que es para las personas jurídicas.

Hemos avanzado muchísimo. Por ejemplo, hasta antes del 1° de agosto de 2015 decíamos que la Ley de Sociedades respetaba la representación orgánica, hablaba de la teoría orgánica para explicar cómo se vinculaban las entidades. ¿Qué ha pasado hoy con nuestro código? ¿Sigue siendo la representación orgánica aquella que va a delimitar el ámbito de vinculación de las personas jurídicas? Yo creo que sí, y me parece que es importante rescatar que el artículo 358, que habla específicamente de la representación, menciona que hay representaciones voluntarias, que hay representaciones legales y que hay representaciones orgánicas, que son las que resultan del Estatuto de una persona jurídica. Entonces, acá ya tenemos una definición: el nuevo Código Civil y Comercial consagra y ratifica que la representación de las entidades personificadas es orgánica.

¿Es importante que sea orgánica y que no sea convencional? ¡Pero ni hablar! Cuando en la época del Código de Comercio se hablaba de que la representación societaria equivalía a un mandato, teníamos serias limitaciones. Ustedes no se deben acordar porque son todos jóvenes, pero yo no soy tan joven, y en aquella época, con la Olivetti escribíamos contratos de SRL. Entonces escribíamos: que puede comprar, que puede vender, que puede hipotecar, que puede ir al banco y sacar un aval, y había que repetir porque era una regla del mandato y si no cumplíamos con el 1881, el contrato te lo tiraban por la cabeza. (*Risas.*) Hoy en día no. El órgano representativo no necesita enumeración de facultades; el 1881 está sustituido por el 375, pero no necesita. Hoy en día es ámbito de competencia, es la competencia. En materia societaria, el famoso artículo 58, que queda incólume. ¿Y cuál es el ámbito de competencia del artículo 58? Obligar a la sociedad por todos los actos que no sean notoriamente extraños al objeto social.

Este artículo 58 contradice al artículo 141, que habla de cumplimiento del objeto. ¿Cómo puede ser que se va a reconocer el cumplimiento del objeto como límite a la personalidad y el artículo 58 dice que el representante obliga, no solamente por el acto del objeto sino por el acto extraño al objeto y que el único acto que no obliga es el notoriamente extraño al objeto?

Evidentemente, esta distonía de los artículos que se compaginan en un ordenamiento es lo que tenemos que tener en cuenta.

Hay dos temas más, para no ser tan fatigoso, que me gustaría enfatizar. Mucho se ha discutido en seminarios, lo hemos debatido muchas veces, sobre hasta dónde obliga el representante societario y qué pasa si yo me encuentro en un estudio de títulos que el presidente firmó pero no tenía acta de Directorio y había una restricción estatutaria y se me cae el contrato.

En este sentido vamos a ir a una regla de oro que la venimos promulgando y diciendo hace muchísimos años. La regla de oro es que el notario tiene que tener dos actitudes diferentes. Una actitud es la que tiene que tener cuando está en la formación del negocio jurídico o del contrato. Cuando el notario está conformando el negocio jurídico tiene que cumplir estrictamente con todas las normas legales, y por qué no, con las normas internas societarias también. No se olviden que la sociedad que viene a contratar también es un requirente del servicio y tiene que ser sujeto de asesoramiento. Con lo cual, tenemos que decirle al señor presidente: “a usted le conviene que esta operación sea aprobada por el Directorio, porque se mitiga su responsabilidad y porque de esta manera usted cumple con un recaudo interno”.

Ahora bien, ¿cuál es la otra actitud del notario? El notario tiene otra actitud cuando hace un estudio de títulos, porque ahí el acto ya está celebrado. Si el acto está celebrado y yo compulso antecedentes y advierto que una escritura fue otorgada por el representante legal de acuerdo al artículo 58, que el acto no era notoriamente extraño al objeto social pero que omitió el recaudo interno, cual es el acta de Directorio, pues bien, ahí sí entra a jugar el notario como jurista, como calificador. ¿Qué va a decir? “La Ley de Sociedades considera que esta escritura está bien hecha y que la sociedad quedó obligada por el acto del representante legal”.

Por eso digo que es importante distinguir: una es la actitud cuando elaboro la negociación y ahí extremo el contenido amplio de todos los recaudos para dejar un acto que no sea ni siquiera cuestionado internamente en la sociedad para no generar un conflicto, y otra cosa es cuando me encargo del estudio de títulos.

Ahora, para ir cerrando esta aproximación al tema contemporáneo de la representación, hace dos años un integrante de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial me llamó por teléfono y me invitó a participar de una muy interesante investigación sobre los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación relacionados con la actividad societaria, y porque le habían recomendado que había estudiado mucho sobre la representación societaria, me ofrecía adjudicarme la investigación sobre los fallos relacionados con esa materia. Pues bien, acepté gustosamente el trabajo. El libro fue editado por La Ley, se llama *Máximos precedentes jurisprudenciales*. Y ahí encontré que la Corte tuvo que resolver sobre si era o no necesaria el acta de Directorio. Encontramos un fallo, que se llama “Consultora del Sur c/ Instituto Fluvio Portuario”, resuelto por el Máximo Tribunal en el año 2003, y en esta causa la demandada opone excepción de falta de personería alegando que el poder general judicial que se estaba exhibiendo había sido emitido y otorgado por el presidente de la sociedad anónima sin relacionar el acta de Directorio. En consecuencia, alegó que el poder era insuficiente, que no estaba la decisión interna y que en el Estatuto de la sociedad, entre los enunciados de las atribuciones del Directorio, mencionaba resolver el otorgamiento de poderes generales o especiales.

¿Qué dijo la Corte? Dijo lo que tenía que decir: la excepción era improcedente porque el presidente de la sociedad ejerce la representación de la sociedad de acuerdo a lo que establecen los artículos 268 y 58, siendo innecesaria la decisión del Directorio para que el presidente se encuentre recién entonces autorizado a hacerlo.

Quiere decir que la Corte aplicó perfectamente la norma societaria, distinguiendo los efectos internos, donde evidentemente sí puede cuestionarse la responsabilidad del presidente por no haber informado al Directorio, al órgano colegiado, y la relación externa frente a los terceros, que se mantiene incólume.

Acto seguido, en el año 2008, en “Grupo República c/Terminales Portuarias”, una sociedad que había sido demandada por incumplimiento de un aval bancario, dijo que ese aval había sido firmado por un apoderado y ese poder otorgado por el presidente sin resolución del Directorio, razón por la cual lo desconocía. La Corte por supuesto no hace lugar a la excepción y condena efectivamente a la sociedad a cumplir, entendiendo que no necesitaba la decisión del Directorio. Pero en este punto hace suyo el dictamen de la Procuración General, del que no participo de sus fundamentos. Participo del fondo, pero los fundamentos son absolutamente equivocados y en el trabajo que elaboré para ese libro lo dejé sentado.

¿Por qué está equivocada la Corte en este fundamento? Primero porque sostiene que no agregar el acta del Directorio es una infracción a la representación plural. Gravísimo error del procurador general de la Nación. La infracción a la representación plural es cuando se impone una actuación conjunta de los representantes. Esa es la infracción. En ese caso, la ley reconoce legitimación extraordinaria cuando la infracción se produce en un título cambiario, en contratos entre ausentes, etcétera, etcétera. Pero no es infracción a la representación plural que en el acto se haya omitido la deliberación del Directorio. La deliberación del Directorio no es una infracción a la representación plural, es una restricción interna y como tal, como dice la última parte del artículo 58, es totalmente inoponible a los terceros. Motivo por el cual digo: bien por el fondo, mal por los fundamentos.

Otro de los fundamentos que me permito criticar es que reiteradas veces este último fallo, y también otros fallos, recurren a dos instituciones que a mi juicio no tienen nada que ver con la representación societaria. Dicen que el artículo 58 se basa y consagra la teoría de la apariencia. Nada que ver. Lo aparente no es real. Lo aparente es el actuar de una persona que exhibe poderes que no tiene y que confunde o induce al contratante a firmar con él pensando que tiene atribuciones que no tiene. Eso es apariencia. El representante societario del artículo 58 no tiene apariencia, tiene facultades verdaderas, auténticas. Por eso, todos los fallos que recurren a la apariencia están equivocados.

Otra recurrencia demasiado prolífera es decir que nuestra ley consagra la doctrina del *ultra vires*. La doctrina del *ultra vires* se menciona pero nadie explica qué es. El que quiera saber lo que es la doctrina del *ultra vires*, le voy a recomendar una obra chica pero muy profunda y medulosa: *Derecho Societario*, del doctor Gervasio Colombres. El *ultra vires* es una antigua doctrina de origen anglosajón, que sostiene que todo acto que se realice fuera del objeto es nulo de nulidad absoluta.

En el derecho anglosajón esta norma había sido impuesta en el siglo XIX como una protección a los accionistas, es decir, se fulminaba de nulidad a todos los actos que realizaran los administradores que desviarán los fondos aportados para otro objeto. Y aunque a ustedes les parezca mentira, así como el Imperialismo tenía el *ultra vires*, ¿quién más podía tenerlo? El Código Civil soviético de 1954 -los extremos siempre se tocan- también tenía el *ultra vires*, pero el objetivo no era proteger al accionista que aportó sino que declaraba nulo todo aquello que se apartara del objeto propuesto a la corporación, porque atentaba contra la planificación, que era uno de los ejes de la economía soviética.

Pues bien, ¿qué dice Colombres? El *ultra vires* no existe en la Argentina, porque los actos fuera del objeto no son nulos. Pero si ustedes leen la *Ley de Sociedades Comentada* de un prestigioso

autor argentino, amigo de esta casa, sostiene que el *ultra vires* existe y es tan extenso que hasta un acto fuera del objeto nunca se puede ratificar y hay que modificar el contrato para ampliar el objeto. La verdad, nada de esto es cierto, el *ultra vires* no existe y el artículo 58 no consagra la apariencia, consagra la realidad. (Aplausos)