# Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay

# Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay

109
TOMO
ENE | DIC
2023

ASOCIACIÓN DE
ESCRIBANOS DEL URUGUAY

Dirección y administración:
© Asociación de Escribanos del Uruguay
Avda. 18 de Julio 1730, Galería del Notariado
Tel.: (+598) 2400 6400 • Fax: (+598) 2401 0637
(CP 11200) Montevideo, Uruguay • Sitio web: www.aeu.org.uy
Correo electrónico: secretaria@aeu.org.uy

Responsabilidad editorial:
Corresponde a la Comisión Directiva Nacional, salvo los casos en que los artículos estén firmados. Las opiniones sustentadas en los trabajos que se publican pertenecen exclusivamente a sus autores; el hecho de su publicación no significa necesariamente que la Asociación de Escribanos del Uruguay se solidarice con su contenido.

Registro:
ISSN: 0376-5024
Ministerio de Educación y Cultura, tomo XII, fojas 121

Se prohíbe la reproducción total o parcial de los artículos publicados sin indicar fuente.

## Comisión Directiva Nacional

Período 2022 – 2025

| | |
|---|---|
| Presidenta | Jenifer Alfaro Borges |
| Vicepresidente | Federico Pérez del Castillo |
| Secretaria | Mariana Ulery Navascués |
| Prosecretaria | Marta De Santiago Machado |
| Tesorera | M.ª Susana Barreto Motta |
| Vocales | M.ª Gissel Curbelo Pedrouzo |
| | Walter Jisdonian Takessian |
| | Lydia López Sosa |
| | Pedro Vasco Irurtia |

## Directores de la Revista

María Mercedes Azar Gómez
Néstor U. Careaga Alfonso
Sara Castro Esteves
Mauro Fonticiella Molinolo
Beatriz Freire Muniz
Doris Susana Gargaglioni
Juan Martín Álvarez Mauvezin*

## Tribunal de Ética

| | |
|---|---|
| Presidente | Eduardo Pérez del Castillo Algorta |
| | Sandra Álvarez Petrarca |
| | Regina Felder Schiffenbauer |
| | Tacuchi Hayaquian Daian |
| | Rossana Restahinoch Araja |
| | Mildred Secondo Puertollano |
| | Alba Silvera Segundo |
| | Lourdes Taddeo Sexto |
| | Rubén Urrutia Guimaraens |
| | Uberfil Zeballos Quintero |

## Comisión Fiscal Nacional

Javier Ferreira Pina
Ana Moraes Generali
Carlos Scirgalea Poppa

## Comisión Electoral

Rocío Birriel Lemes
Miguel Burdín Pérez
Mónica Dusio Vilas
Mónica Lentini Ferrari
Andrea Moreira Curbelo

* Nexo con la CDN.

## Comisiones técnicas

Instituto de Investigación y Técnica Notarial

Derecho agrario
Derecho civil
Derecho comercial
Derecho cooperativo
Derecho informático y tecnológico
Derecho internacional privado
Derecho notarial y técnicas notariales
Derecho público
Derecho registral
Derecho tributario
Técnica notarial procesal

## Comisiones de trabajo

Apoyo al notariado novel
Arancel y fuentes de trabajo
Asuntos legislativos
Automotores y seguridad vial
Bancos
Cultura
Revista
Vivienda y medio ambiente
Seguridad social
Encuentros notariales
Prevención de lavado de activos
Comisión ESG (medio ambiente, sociedad y gobierno corporativo)
Deportes y actividades recreativas

## Asociación de Escribanos del Uruguay

La Asociación de Escribanos del Uruguay (AEU) nace en 1907 como resultado de la fusión del Colegio de Escribanos, fundado en 1875, con la Asociación Notarial de la República Oriental del Uruguay, creada en 1903. Es una asociación civil con finalidad gremial, destinada al mejoramiento moral e intelectual del notariado nacional. Sus principales actividades se orientan a la defensa gremial, investigación y desarrollo de las ciencias jurídicas, formación académica, contribución a la cultura y prestación de servicios.

Se encuentra afiliada a la Unión Internacional del Notariado desde 1948, de la cual es miembro fundador. Tiene personería jurídica que ejerce la representación gremial, en todas sus formas, bajo un estatuto registrado en el Ministerio de Educación y Cultura.

La máxima autoridad de la AEU es la Asamblea Nacional, conformada por todos los socios activos. A continuación se encuentra la Comisión Directiva Nacional, integrada por nueve miembros, que dirige, administra y representa a la institución. Los restantes órganos estatutarios son: *a*) el Tribunal de Ética, que tiene por cometido dictaminar en asuntos que le encomiende la Comisión Directiva Nacional, relativos a conducta ética y deontológica, tanto de los escribanos socios como de aquellos que sin serlo se sometan a su jurisdicción; *b*) la Comisión Fiscal Nacional, y *c*) la Comisión Electoral.

El mandato de estos órganos abarca un período de tres años, y la elección de sus miembros se realiza mediante el voto de los socios de la institución, habilitados a estos efectos.

La Comisión Directiva Nacional con los presidentes de filiales de la AEU conforman la Junta Nacional, con naturaleza consultiva, de asesoramiento y convocatoria bianual.

La estructura organizacional se desarticula en dos fases: una de tipo estratégico (supraestructura), compuesta por los órganos estatutarios, comisiones y filiales, y otra inferior operativa (infraestructura), diseñada sobre la base de criterios funcionales (departamentos: Administración y Finanzas, Biblioteca, Secretaría Administrativa, Servicios al Socio y Operaciones, y Tecnologías de la Información).

La AEU es una organización abierta y de gestión democrática que aboga por el perfeccionamiento de su colectivo y contribuye al desarrollo de la sociedad en la que habita.

## Deontología

75.º aniversario de la Unión Internacional del Notariado, por *Hernán de la Fuente* | 15

Principios notariales, justicia preventiva y seguridad jurídica, por *Stalin Javier Lucas Baque y José Jesús Albert Márquez* | 21

## Doctrina

Sociedad por acciones simplificada digital: la velocidad sin control no sirve de nada, por *Diego Fuentes y Mariana Ulery* | 43

Las jurisdicciones voluntarias en el desarrollo de los sistemas notariales latinos de España, Ecuador y demás países de Iberoamérica, por *Stalin Javier Lucas Baque y José Jesús Albert Márquez* | 59

Legitimación para recibir el pago y otorgar carta de pago en las obligaciones dinerarias de fuente contractual. Situaciones de interés notarial vinculadas a los acreedores originarios, los sucesores en el crédito y terceros autorizados a recibir el pago, por *Juan Pablo Villar* | 77

Aportes societarios en criptomonedas: consideraciones especiales para sociedades anónimas, de responsabilidad limitada y por acciones simplificadas, por *Facundo Balardini y Gonzalo Frid* | 107

Criptomonedas: tratamiento en la ley argentina. Una primera aproximación, por *M.ª Mercedes Brandone y Florencia Rosas* | 123

Protección de datos personales ante la expansión de la videovigilancia privada, por *Claudia Pereiro* | 131

## Consultas técnicas

Testamentos. Usufructo. Legados. Heredero. Interpretación de la voluntad testamentaria | 137

Promesa de compraventa. Prescripción extintiva. Escritura judicial. Publicidad registral | 147

Cesión de derechos hereditarios. Instituto Nacional de Colonización. Bien inmueble rural. Derecho de preferencia | 152

Derecho de uso y goce. Error. Subsanación de escritura pública | 160

Poder otorgado en el extranjero. Protocolización. Contrato consigo mismo | 166

Matrimonio. Domicilio. Retroactividad. Régimen matrimonial. Capitulaciones matrimoniales | 180

Partición. Indivisión poscomunitaria. Bien propio. Bien ganancial. Bien inmueble rural | 195

Modos de adquirir el dominio. Accesión. Bien ganancial. Bien propio | 209

Partición. Sociedad conyugal. Bien propio. Bien ganancial. Paga por entrega de bienes | 214

Donación. Reducción de donaciones | 225

Remate judicial. Bien inmueble. Embargo genérico. Acreedor. Ejecución de prenda. Derecho de preferencia | 232

Técnica notarial. Error. Documento privado | 244

Cesión de derechos hereditarios. Indivisión poscomunitaria. Título de propiedad. Cuota alícuota | 248

Sociedad de responsabilidad limitada. Socio. Muerte. Poder. Automotor. Compraventa | 258

Contribución inmobiliaria. Hecho generador. Potestad tributaria. Posesión | 265

Remate. Automotor. Créditos privilegiados. Derecho de preferencia. Acreedor quirografario. Proceso ejecutivo | 275

Cesión de derechos hereditarios. Compraventa entre padres e hijos. Nulidad | 283

Derecho de superficie. Cuota alícuota. Publicidad registral | 290

Sociedad civil. Sociedad agraria. Enajenación. Bien inmueble rural | 297

Control fiscal. Impuesto a las trasmisiones patrimoniales. Declaración jurada. Estudio de títulos | 303

Cuota alícuota. Distribución de herencia.
Representación hereditaria. Compraventa de cuota indivisa.
Compraventa. Bien inmueble | 308

Compraventa. Bien inmueble. Menor.
Patria potestad. Eficacia | 315

Salida fiscal. Prescripción extintiva. Diferencia de área | 323

Inhibiciones del escribano. Lavado de activos | 329

Escribanos. Responsabilidad profesional. Responsabilidad
extracontractual. Función notarial | 333

Transacción. Tradición. Título de propiedad | 342

Cooperativas de vivienda. Cesión de cuota social.
Cesión de derechos. Derecho de uso y goce. Nulidad.
Inoponibilidad | 348

Partición. Adjudicación de bienes. Embargo | 357

Hipoteca recíproca. Ejecución de hipoteca.
Derechos del promitente comprador | 363

Sociedad conyugal. Bien inmueble.
Subrogación en la sociedad conyugal | 371

Prescripción adquisitiva.
Derechos del promitente comprador | 377

Escribanos. Imparcialidad. Función notarial | 386

Promesa de compraventa. Cesión de derechos posesorios.
Publicidad registral | 395

Cesión de derechos posesorios. Publicidad registral.
Cancelación de inscripción. Posesión | 401

Préstamo bancario. Hipoteca | 412

Propiedad horizontal. Reglamento de copropiedad.
Bienes comunes. Bienes comunes de uso exclusivo.
Derecho de sobreelevar | 415

Padrón. Prescripción | 421

Fideicomiso. Principio de tracto sucesivo. Albacea.
Sucesiones. Publicidad registral. Registro de actos personales.
Fundación. Bien inmueble | 428

Sociedad anónima. Representación.
Compraventa. Controles notariales | 442

Precio. Promesa de compraventa | 445

Reglamento de copropiedad. Garaje. Derecho de uso.
Prescripción adquisitiva. Cesión de derechos posesorios | 447

Sociedad anónima. Bien inmueble rural. Compraventa.
Declaratoria. Certificado notarial | 455

Sociedad anónima. Exoneración de tributos. Usufructo.
Nuda propiedad | 465

Propiedad horizontal. Asamblea de copropietarios.
Voto. Reglamento de copropiedad | 474

Derecho de trasmisión. Bien inmueble. Muerte.
Estudio de títulos. Sucesiones. Mensura | 482

Paga por entrega de bienes. Acreedor | 491

Convenio particionario. Partición. Responsabilidad del profesional.
Bien inmueble. Sociedad comercial. Acciones | 496

Cesión de derechos hereditarios. Partición.
Asamblea de accionistas. Naturaleza jurídica.
Sociedad de hecho. Negocio de fijación | 512

Partición. Partición parcial. Disolución de la sociedad conyugal.
Indivisión poscomunitaria | 528

Promesa de compraventa. Banco Hipotecario del Uruguay.
Propiedad horizontal. Remate judicial | 534

Cesación de condominio. Prescripción adquisitiva.
Mandato verbal | 538

Liquidación de sociedad comercial. Persona jurídica.
Reivindicación. Bien inmueble | 550

Promesa de compraventa. Escritura judicial.
Derecho de promitente comprador. Representación judicial | 554

Partición. Indivisión poscomunitaria. Embargo genérico.
Publicidad registral | 559

Cooperativas de vivienda. Embargo. Embargo genérico.
Derecho de uso y goce | 565

Promesa de compraventa. Cónyuge no administrador.
Consentimiento. Sociedad conyugal | 569

# Deontología

# 75.º aniversario de la Unión Internacional del Notariado*

por Hernán de la Fuente

Estamos todos muy felices, celebrando los tres cuartos de siglo de exitoso existir de la Unión Internacional del Notariado. Por eso, los invito desde el inicio a proclamar con toda nuestra voz: ¡feliz aniversario a nuestra querida Unión! Y solicito un fuerte aplauso, que sea escuchado por todo el orbe, en emocionado homenaje a los notariados participantes en el Primer Congreso Internacional del Notariado Latino, pertenecientes a los siguientes países: Argentina, Bélgica, Bolivia, Brasil, Canadá, Colombia, Costa Rica, Cuba, Chile, Ecuador, España, Francia, Italia, México, Paraguay, Perú, Puerto Rico, Suiza y Uruguay. Catorce países americanos y cinco europeos. Vean: apenas 19 eran los notariados miembros en aquellos comienzos… ¡Vaya si habrá crecido nuestra Unión, que hoy reúne a 91 notariados de países distribuidos en los cinco continentes!

Hace ya 75 años se comprobó que el notariado estaba preparado para actuar con conocimientos y energía en el ámbito de la organización internacional, lo que permite reafirmar hoy, en 2023, que «la Unión Internacional del Notariado representa la unidad espiritual y la institución del notariado de tipo latino». La UINL tiene su origen en el Primer Congreso Internacional del Notariado, celebrado en Buenos Aires el 2 de octubre de 1948; aprobó sus estatutos el 21 de octubre de 1950, en el Segundo Congreso Internacional, celebrado en Madrid.

Para ingresar en el tema que se me ha encomendado, les comento el enfoque que daré a mi exposición. Solicito que desde el inicio se tenga en cuenta que esta no será una conferencia de significación académica ni de investigación con rigor histórico: me limitaré a reflexionar sobre los rea-

* Disertación del autor en las conferencias organizadas por la Academia Notarial Americana celebradas el 2 oct. 2023 en Lima, Perú, en el marco del Día Internacional del Notariado y de los 75 años de la fundación de la Unión Internacional del Notariado.

les y efectivos éxitos y aciertos logrados por la Unión a lo largo de estos fructíferos 75 años de actuación. También intentaré analizar el porqué de las fortalezas que posee nuestro organismo mundial, que le han permitido trazar un productivo camino de avance, crecimiento, desarrollo y progreso continuos.

Empecemos por recordar lo que era el mundo en 1948, época de fundación de la Unión. Hacía apenas tres años, había finalizado la segunda guerra mundial, que había provocado profundas heridas aún muy lejos de cicatrizar. Ante esta dolorosa situación, el nuevo mundo que amanecía se ocupó de fundar diversos organismos internacionales, en procura de la recomposición universal. En esos momentos, el notariado de tipo latino da sus primeros pasos en la constitución de un organismo mundial, y es ahí, en 1948, que nuestra Unión inicia sus actividades.

Encontramos en esa ocasión a destacadas personalidades, procedentes de distintos países, que sin resignar ninguno de los rasgos esenciales de su propia nacionalidad, movidos por la espiritualidad de su origen común, iluminados por ideales de paz y justicia, se reunieron en momentos en los que la humanidad parecía haber perdido el rumbo de su propio destino y establecieron normas jurídicas y de intercambio internacional para el mejoramiento de sus actividades y de las entidades especializadas.

No me detendré en los detalles de los inicios de la Unión y del buen suceso logrado por los preclaros 19 notariados fundadores, pero sí consideraré lo que ha sucedido con muchos de esos otros diversos organismos internacionales creados en la posguerra, que se fueron extinguiendo, se agotaron; varios de ellos han desaparecido, y muchos han perdido la gravitación y el prestigio que en sus primeros momentos exhibieron.

Ante estas realidades fácilmente comprobables de pérdida de eficacia de diversos organismos internacionales creados contemporáneamente con la UINL, la Unión no solo sigue viva y vibrante, sino que, además, día a día, se expande en su integración intercontinental y se vigoriza en su accionar.

La interrogante que surge de inmediato es: ¿a qué obedece el éxito logrado?, ¿cómo la Unión se extiende y amplía sus actividades con intensidad y energía? Ante esta pregunta, voy a señalar los que considero constituyen las razones y los fundamentos básicos del éxito que ha tenido la Unión desde sus inicios, en forma ininterrumpida, sorteando dificultades, sin tropiezos, para alcanzar sus objetivos.

Desde mi punto de vista, los fundamentos básicos de la exitosa gestión de la Unión, que en muchas ocasiones no son tenidos en cuenta, son, entre otros, los que se enuncian a continuación.

**1.** Actuar con efectivo sentido de la utilidad. Me arriesgo a emitir una opinión: tengo la convicción de que el éxito obtenido y mantenido por la Unión responde a que siempre se fijó *objetivos concretos* y *útiles* para el notariado. Se evitaron declaraciones altisonantes y huecas; en su lugar, se

optó por operar de acuerdo con lo práctico y, a la vez, sencillo y directamente beneficioso para la resolución de situaciones relativas a la función notarial.

Parecería que en la Unión se tiene siempre presente la afirmación del gran jurista uruguayo don Celedonio Nin y Silva: «No solo ser buenos, sino también útiles». Encuentro en este ámbito de aplicar *soluciones de utilidad* en los diversos panoramas planteados del quehacer notarial una de las principales razones del exitoso accionar de la Unión a lo largo de sus 75 años.

Se hizo foco en la obtención de resultados prácticos, sencillos; sobre todo, de gran *utilidad* productiva para el cumplimiento de la función notarial, promotora del progreso y el desarrollo de las comunidades donde el notariado realiza sus labores de servicio. Desde la Unión, siempre se ha prestado —y se presta— especial atención a estar en cercanía con las necesidades de las comunidades, atendiendo todo lo que resulte menester para su mejora y avance; nunca en una posición de inmovilidad. Al efecto, es correcto recordar las sabias palabras del insigne maestro mexicano Fortino López Legazpi, al decir: «Quien juzgue al notariado como estático se equivoca. Nadie como el notariado es factor activo de progreso y desarrollo».

**2.** No injerencia en asuntos internos de los países. Otro aspecto que también se ha cuidado siempre en la Unión es la no injerencia en los asuntos internos de cada país que la integra. Pese a haber temas en los que la vida pública y la política de cada país se rozan, la Unión siempre ha mantenido una firme actitud de «no intervención» en los asuntos internos de cada nación miembro.

**3.** Efectivo amor por lo que se hace. Estimo de gran significación que la Unión esté dirigida por mujeres y hombres que *no hacen lo que quieren*, sino que *quieren mucho lo que hacen*. Nuestros dirigentes son personas que en las funciones que cumplen ponen *pasión por hacer* y *generosidad para compartir*, a lo que adicionan una clara inteligencia; se conducen en el cumplimiento de sus labores siguiendo el principio aristotélico: «Somos lo que hacemos cada día, de modo que la excelencia no es un acto, sino un hábito». Lo que acaba de indicarse no es en aliento a huecas vanidades personales: es necesario subrayar, con legítimo orgullo, que, constantemente, nuestra organización forma personalidades de provecho para la atención de los quehaceres notariales al servicio de las comunidades.

Qué sabias las palabras del insigne Carlos Enrique Becerra Palomino: «La actividad notarial no es solo el ejercicio de una función o de una profesión, sino también un modo honorable de vivir y servir a los demás». Subrayo esta parte final —«servir a los demás»—, objetivo muy bien atendido por la uinl.

**4.** Promoción de los jóvenes. En la Unión siempre se ha prestado una especial atención y efectiva disposición para otorgar espacios a las nue-

vas generaciones; el notariado novel es apoyado y promovido constante y eficientemente. Dicho en términos algo vulgares y corrientes —pero muy ilustrativos—: en la Unión, nadie está «atornillado al cargo»; se efectúa permanentemente la renovación en las responsabilidades de dirección; hay un decidido esfuerzo en promover la juventud notarial, a la que se le da espacios y se la proyecta con entusiasmo para que asuma responsabilidades en la dirección de los distintos órganos de la Unión, dándole lugares aptos para desempeñarse con la pureza, el desinterés y la potencia creativa característicos de los jóvenes notarios. Y si se equivocan, tengamos presente la enseñanza de Ortega y Gasset de que, si cometen errores, pues ese es, precisamente, su gran derecho.

Quienes ya tenemos muchos años de labor en la Unión debemos tener muy en cuenta que «la gente joven necesita modelos, no críticos», como decía John Wooden. Estas actitudes han generado una renovación permanente en los cargos de dirección, con la obtención de excelentes resultados.

En la Unión, los *jóvenes notarios* no solo *son el futuro*: se sabe y acepta, de muy buen grado, que *son el presente*.

**5.** Incorporación de las nuevas tecnologías. En los últimos años, el mundo ha sido dominado por las permanentes innovaciones y cambios operativos. Las nuevas tecnologías hoy son la base de toda organización; es ineludible aprenderlas y aplicarlas.

La Unión, en lugar de adoptar una posición conservadora y de regresión, no se ha sentido agredida en forma alguna por la aplicación de las nuevas tecnologías. Se ha comprendido perfectamente que debemos hacerlas propias y utilizarlas con eficiencia en nuestras funciones, con especial atención de «no perder la esencia», siguiendo la enseñanza de la presidenta honoraria Cristina Armella. La demostración de esta postura es la reciente labor realizada en Perú, en el conversatorio sobre «Territorialidad en la comparecencia notarial en línea».

En la Unión se presta mucha atención a que el mundo cada vez es más cambiante, y el derecho que regula las relaciones humanas también lo es. Por tanto, la Unión no vive y actúa de espaldas a las realidades de la actualidad: responde a los requerimientos de la comunidad. Por ello, el notariado debe estar siempre vigente y renovado en sus conocimientos.

**6.** Pulcritud en los procederes. Cada vez que la Unión ha debido actuar en los muy diversos ámbitos en los que tiene competencia, lo ha hecho con especial esmero y pulcritud en sus procederes, no exentos de firmeza, porque sabe poner en las contiendas más duras a sus mejores guerreros.

**7.** Atención en no cometer errores. Todo lo referido en relación con la destreza y habilidad ejercidas por la Unión a lo largo de sus 75 años debe exigirnos a todos —en particular, a quienes ejercen y ejercerán cargos de dirección— poner especial atención en no cometer errores que

puedan ensombrecer la actuación de la Unión. Por tanto, a mantenerse muy lúcidos y activos.

**8.** El esfuerzo y la dedicación en la UINL. En la Unión, los objetivos se logran a través del esfuerzo y la dedicación. Gran verdad lo pronunciado por Colin Powell: «El éxito no es el resultado de la suerte, sino de la preparación y el esfuerzo». Y esto aplica en su totalidad a las actuaciones de la Unión, llevadas siempre a cabo con estricta *responsabilidad*.

**9.** La unidad como elemento esencial. Aprovecho en cada ocasión que me es posible —y hoy, aquí, lo reitero— para formular un *llamado especial en relación con la unidad*. «La unión hace la fuerza, y la discordia debilita», afirmaba el egregio Esopo.

Estimo fundamental mantener una efectiva y sólida unidad en el accionar de la Unión, punto sobre el que ya se expidió, con claridad admirable, el fundador José Adrián Negri en su discurso del cierre del congreso fundacional del año 1948. Ahora, enfocado hacia el futuro, tengo la convicción de que, para continuar transitando un camino exitoso, debe contarse con *un notariado internacional fuerte y unido*, lo que debe generarse desde los mismos notariados miembros nacionales.

Con verdadera pena he observado en algunos notariados miembros luchas internas que los debilitan y les provocan serios perjuicios. La Unión ha logrado sus éxitos basando su accionar sobre una muy firme y sólida *unidad interna*, que le ha posibilitado proyectarse al exterior, logrando triunfos que le han dado gran prestigio internacional. Aspiro, para bien de la Unión, que se tenga muy presente la importancia de la unidad, practicándola efectivamente, honrando la memoria de aquellos que 75 años atrás concibieron esta maravillosa idea de la uinl.

Afirmo que:

— nunca debe perderse de vista que la fortaleza y la unidad no se declaran: se realizan;
— en la Unión, las fortalezas están en nuestras diferencias, no en nuestras similitudes;
— la unidad debe darse sin perder las características individuales: unir no es uniformizar.

Es así que debemos sentirnos muy felices de trabajar unidos, luchando por ideales comunes que nos conectan en el notariado de tipo latino y así convertir nuestra labor en una realidad exitosa, satisfactoria para la profesión notarial y para las comunidades en las que esta desarrolla su función.

Los notariados miembros de todos los continentes han mantenido desde sus inicios —y mantienen en la actualidad— una estrecha colaboración con la Unión. Dirigentes de los más diversos notariados han ocupado —y ocupan actualmente— altos cargos de dirección en la Unión. En consecuen-

cia, desde mi punto de vista, y a modo de recapitulación, los elementos generadores del éxito de la gestión de la Unión se deben reconocer en: 1) la efectiva utilidad; 2) la no injerencia en asuntos internos; 3) el amor por lo que se hace; 4) la promoción de los jóvenes; 5) la incorporación de las nuevas tecnologías; 6) la pulcritud en los procederes; 7) la atención en no cometer errores; 8) la referencia al esfuerzo y la dedicación, y 9) la necesidad básica de la unidad.

Este inventario de diversos puntos me lleva a sostener, sin duda alguna, que la UINL, desde su fundación y en base a ellos, ha recorrido, con prestancia y eficiencia comprobadas, un trayecto acertado, y que ante cada instancia cumplida no se detiene con actitud contemplativa, sino que permanece alerta para cumplir sus cometidos, siguiendo la clara prevención del gaucho Martín FIERRO: «*Naides* se muestre altivo, / aunque en el estribo esté, / que suele quedarse a pie / el gaucho más *alvertido*».

En mérito a lo reseñado, es posible concluir que la UINL es una red *mundial con una ambición* común a todos sus integrantes: *estar al servicio de una sociedad más justa*, *más humana* y *más armoniosa*. Por eso, celebramos con mucho entusiasmo este, su septuagésimo quinto aniversario.

Esc. Hernán de la Fuente
Consejero honorario
y miembro de la Orden del Mérito
de la Unión Internacional del Notariado

Lima, 2 de octubre de 2023

# Principios notariales, justicia preventiva y seguridad jurídica*

por Stalin Javier Lucas Baque**
y José Jesús Albert Márquez***

Resumen

*La correcta actividad notarial juega un papel preventivo o cautelar muy importante en determinadas esferas del desarrollo de la sociedad ecuatoriana como la inmobiliaria, la mercantil, la societaria, la bursátil, la sucesoria, la filial y la familiar, así como en el amplio campo de las instituciones del derecho civil. En este escenario jurídico, es objetivo de este trabajo analizar la aplicación integral de los principios del sistema notarial latino, que permite cumplir a cabalidad las delicadas funciones de los notarios, a fin de alcanzar cierta justicia preventiva y la anhelada seguridad jurídica que tanto necesita un país en desarrollo. Para este estudio aplicamos los métodos jurídicos exegético, comparativo y hermenéutico jurídico para el adecuado análisis e interpretación de la normativa notarial del Ecuador y de los países en los que se aplican los principios jurídicos notariales del sistema latino. El resultado es una visión amplia y profunda de estos principios y de su aplicabilidad. Su practicidad diaria y su incuestionable utilidad justifican su importancia en la labor fedataria otorgada por el Estado y en el aporte al derecho notarial ecuatoriano.*

* Versión del artículo publicado originalmente en *Polo del Conocimiento*, vol. 4, n.º 11 (nov. 2019) bajo el título «Los principios notariales como aporte a la justicia preventiva y a la seguridad jurídica» (recurso en línea, recuperado de ‹https://www.polodelconocimiento.com/ojs/index.php/es/article/view/1174›), reeditado aquí y actualizado por sus autores.

** Diplomado superior en tributación; especialista en tributación; magíster en tributación y finanzas; doctor en jurisprudencia; abogado de los juzgados y tribunales de la República; licenciado en ciencias de la comunicación, especialización Periodismo; licenciado en ciencias sociales y políticas; PhD en ciencias sociales y jurídicas por la Universidad de Córdoba (UCO), España; notario primero público del cantón de Montecristi (provincia de Manabí, Ecuador); docente titular de la Facultad de Derecho de la Universidad Laica Eloy Alfaro de Manabí (ULEAM; ciudad de Manta, provincia de Manabí, Ecuador).

*** PhD en ciencias sociales y jurídicas por la UCO, España; docente y secretario académico de la Facultad de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales de la UCO.

Sumario

1. Presentación. 2. Introducción. 3. Importancia del problema. 4. Metodología. 5. Bases teóricas. 5.1. Los principios notariales en función de la seguridad jurídica. 5.2. Principios del derecho notarial. 6. Resultados: la presencia de los principios notariales en la legislación ecuatoriana. 7. Discusión: la aplicación de los principios como esencia de la justicia preventiva y la seguridad jurídica. 8. Conclusión.

## 1. Presentación

El concepto de *seguridad jurídica* supone la certeza o certidumbre que el ciudadano requiere en sus relaciones jurídicas con los demás, «bien sean estas las de derecho público, las que le afectan como ciudadano en su relación con el poder, bien sean las de derecho privado, es decir, las que tienen que ver con los demás ciudadanos particulares» (Torres Escámez, 2002).

Por un lado, por su complejidad, la seguridad jurídica constitucional ha sido ampliamente estudiada desde la óptica garantista de la seguridad física, la libertad individual y los múltiples derechos del ser humano obtenidos a través de la historia de la civilización. Por otro lado, la seguridad jurídica notarial ha sido estudiada como uno de los principios y, al mismo tiempo, un fin de la actividad notarial, por su aporte a la justicia preventiva o cautelar;[1] es decir, juega un papel preventivo en las esferas de su amplio accionar patrimonial, familiar y comercial, plasmados en áreas del derecho como el inmobiliario,[2] el urbanístico,[3] el mercantil, el societario y el siempre amplio derecho civil.[4]

1 Es importante la función notarial de brindar a los usuarios certeza en el acto, contrato o negocio jurídico que celebran, por medio de fe pública otorgada al notario; este tiene una «misión preventiva, al constituir los actos que ella ampara en una forma de prueba preconstituida suficiente para resolver e impedir posibles litigios» (Verdejo Reyes, 1998).

2 Esta es una de las áreas más importantes en la actividad notarial, debido a que la mayoría de los contratos y actos giran alrededor de bienes inmuebles que requieren la realización de una escritura pública. Esto se refleja en la Ley Notarial ecuatoriana; la primera atribución que consta en el numeral 1.º de su artículo 18 establece, en forma por demás amplia: «[…] autorizar los actos y contratos a que fueren llamados y redactar las correspondientes escrituras».

3 Para Martínez Ortega, el notario, junto con el registrador de la Propiedad, «juegan un papel importante y decisivo en el control sobre el cumplimiento de la legalidad urbanística» (Martínez Ortega, 2014: 17).

4 El actual derecho civil ecuatoriano conserva la clásica división de libros del derecho sustantivo civil de: 1) personas; 2) bienes; 3) modos de adquirir, incluido el sucesorio, y 4) contratos y obligaciones. Y en cada uno de ellos, hay actos y contratos que se realizan en una notaría pública.

## 2. Introducción

En este escenario siempre hay que considerar que las normas y procedimientos notariales se modifican[5] acorde con la necesidad de dar cada vez mayor seguridad jurídica, por lo que el servicio de la actividad notarial debe estar orientado, ante todo, a brindar día a día seguridad jurídica en cada acto o contrato que realice, apegado siempre a los principios notariales y a la normativa jurídica vigente;[6] esto constituye la esencia de su existencia y la naturaleza de su labor fedataria otorgada por el Estado.

Este estudio busca obtener sistemáticamente el aporte de los principios en la correcta actividad notarial, su incidencia en la justicia preventiva y su contribución a la seguridad jurídica constitucional. Un segundo objetivo es la profundización sobre los principios notariales, su participación e importancia en el día a día notarial, su participación con otros principios y la integración global de todos ellos en el sistema notarial ecuatoriano. Para la consecución de estos objetivos, esta investigación está diseñada de manera descriptivo-comparativa; utiliza métodos y técnicas apropiadas para este estudio jurídico-técnico.

Los resultados alcanzados tienen relevancia teórica, debido a que, por un lado, se hace una novedosa contribución de este tema a nivel nacional y, por otro, aporta a la doctrina mundial del notariado latino. En la práctica, su análisis posterior en los notarios permitirá un servicio, además de eficiente, consciente del alcance de las solemnidades y exigencias que se requieren en la actividad notarial ecuatoriana.

## 3. Importancia del problema

En el marco legal del notariado ecuatoriano, los principios notariales se encuentras diseminados en los tres principales cuerpos legales: la Constitución, el Código Orgánico de la Función Judicial y la Ley Notarial.[7] En algunos casos, estos se encuentran implícitos, y en otros, ausentes; de allí que esta investigación contribuye a sistematizar la presencia de los principios en la legislación y, además, estudiar su trascendencia en la

5 Martínez Ortega pone un claro ejemplo: en escrituras públicas de obra nueva celebrada en las notarías de España actualmente, «es uno de los instrumentos públicos que contiene la mayor cantidad de documentos complementarios»; se exige el cumplimiento de mayor cantidad de requisitos urbanísticos y legales, necesarios e imprescindibles para el respectivo Registro de la Propiedad (Martínez Ortega, 2014: 19).

6 Estas dos esenciales características están plasmadas en la definición que da el artículo 1.º de la Ley del Notariado, al decir: «El *notario* es el funcionario público autorizado para dar fe, conforme a las leyes de los contratos y demás actos extrajudiciales».

7 *Nota del editor*. La Ley Notarial ecuatoriana fue promulgada mediante el decreto supremo 1.404, de 26 de octubre de 1966, y publicada en el *Registro Oficial* el 11 de noviembre de mismo año. Única ley notarial que ha tenido vigencia en este país, ha sido reformada en algunas ocasiones.

justicia preventiva y el aporte en la seguridad jurídica, situación que no ha sido abordada en estudios en derecho notarial del Ecuador.

## 4. Metodología

Como esencia de la investigación jurídica, la metodología utilizada aquí ha sido el método *exegético* para el estudio de los principios en forma jerárquica[8] de las normas que regulan la función notarial; el método *comparativo* para la revisión de los principios notariales en las otras legislaciones, y el método *hermenéutico*, con el que se logra la interpretación, el alcance y la aplicación de las normas jurídicas estudiadas. Además de la sistematización de los principios notariales, se presentan, estadísticamente, algunos resultados de presencia o ausencia de estos principios en los cuerpos legales estudiados.

## 5. Bases teóricas

### 5.1. Los principios notariales en función de la seguridad jurídica

Los principios notariales constituyen una primera fuente doctrinal del accionar del fedatario; están íntimamente ligados entre sí y, en conjunto, están orientados a garantizar la seguridad jurídica contractual, social y estatal. Al respecto, Jeremy Bentham (1836) sostuvo que «la seguridad es la característica distintiva de la civilización, lo que diferencia la paz de la guerra, el hombre de la bestia». A ello agregamos la sentencia del iusfilósofo Luis Recaséns Siches (1956: 258):

> Sin un *minimum* de certeza y seguridad jurídica no podría reinar la justicia en la vida social. No puede haber justicia donde no haya un orden. No es posible llevar a realización en términos generales los altos valores jurídicos de la dignidad personal y de la libertad del individuo en una sociedad en anarquía. Sin orden, el cual implica alguna certeza y seguridad, tampoco se puede promover el bien común.

En la seguridad jurídica que brinda el notario participa el Colegio de Notarios, gremio constituido por los principales cuerpos legales que rigen la actividad notarial.

8 El marco legal notarial ecuatoriano es una muestra palpable de la pirámide kelseniana y del principio garantista del neoconstitucionalismo, en el que la Constitución prima sobre las otras normas, de menor rango. Así, el artículo 425 de la Constitución de la República del Ecuador determina este orden: Constitución, leyes orgánicas (Código Orgánico de la Función Judicial) y leyes ordinarias (Ley Notarial).

### 5.2. Principios del derecho notarial

Existen principios que rigen la actividad notarial. Si bien doctrinalmente no existe un consenso de cuántos ni cuáles son, cada uno de ellos está fundamentado en las características propias y particulares del sistema notarial latino. Presentes también en el notariado ecuatoriano, revisamos los siguientes.

**Principio de fe pública.** En esencia, el notario es un fedatario, y la fe que da es *fe pública*. Se entiende por esta la potestad que el Estado ha otorgado al notario[9] para que todo acto en que él intervenga —y los documentos que redacte en su oficio— se constituya en instrumento público[10] de veracidad y plena validez, y, sobre todo, que ostente seguridad jurídica.

**Principio de veracidad.** Para Rodríguez Adrados, el principio de veracidad no se reduce a que el documento narre la «verdad» de los otorgantes, «sino que pretende que estas manifestaciones sean a su vez "verdaderas", pues sin ello, la verdad documental sería una verdad meramente formal» (Rodríguez Adrados, 2006*c*). Para obtener la veracidad del documento, el notario público —añade el autor— debe emplear «su experiencia, sus conocimientos jurídicos y su autocrítica jurídica y moral […]. Es el resultado a que se llega en virtud de la labor profesional del notario con las partes».

La Ley Notarial ecuatoriana establece que el notario da fe —plasmada en el documento— «de la existencia de los hechos que ocurran en su presencia»;[11] «de la supervivencia de las personas naturales»;[12] «de la exactitud, conformidad y corrección de fotocopias y de otras copias producidas por procedimientos o sistemas técnico-mecánicos»;[13] «del número de fojas de que se compone» el protocolo.[14]

**Principio de seguridad jurídica.** La seguridad jurídica es un principio constitucional[15] y un derecho fundamental; refiere a la obligatoriedad del

9 El artículo 200 de la Constitución ecuatoriana establece: «Las notarías y notarios son depositarios de la fe pública […]»; el artículo 296 del Código Orgánico de la Función Judicial expresa: «[…] los notarios, quienes son funcionarios investidos de fe pública […]», y el artículo 6.º de la Ley Notarial manifiesta: «*Notarios* son los funcionarios investidos de fe pública […]».

10 El artículo 1743 del Código Civil ecuatoriano define *instrumento público* o *auténtico* como «el autorizado con las solemnidades legales por el competente empleado. Otorgado ante notario e incorporado en un protocolo o registro público, se llama *escritura pública*».

11 Artículo 296 de la Ley Orgánica de la Función Judicial.

12 Numeral 4.º del artículo 18 de la Ley Notarial.

13 Numeral 5.º del artículo 18 de la Ley Notarial.

14 Literal *g* del artículo 19 de la Ley Notarial.

15 Artículo 82: «El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes».

Estado de brindar al ciudadano que velar por su integridad, su vida, su libertad, su familia y su patrimonio, y por que sus derechos sean respetados y garantizados.

El notario, como funcionario estatal, en el ámbito de sus atribuciones, debe observar fielmente que los actos, contratos y negocios jurídicos que otorga cumplan con todas las solemnidades legales y tengan presunción legal de autenticidad, validez, veracidad, certeza y legitimidad, lo que brinda a la ciudadanía en general seguridad jurídica notarial. La seguridad jurídica es tan importante en la actividad fedataria bien realizada que se considera «hasta antijurídico no responder a los principios básicos de la seguridad contractual» (García Sánchez, 2008).

**Principio de legalidad.** Los notarios públicos, en el fiel cumplimiento del ejercicio profesional de su actividad pública, tienen el sagrado deber de velar por el cumplimiento de los requisitos establecidos en la normativa jurídica vigente. El principio de legalidad jurídica favorece la confianza[16] de los particulares que acuden a las notarías públicas; «la credibilidad que la sociedad atribuye a este documento no podría entenderse si la escritura notarial no gozase de presunción de autenticidad y certeza legal» (Colegio Notarial de Madrid, 2006).

En la legislación ecuatoriana, este principio se encuentra consagrado en el artículo 297 del Código Orgánico de la Función Judicial[17] y en el artículo 1.º de la Ley Notarial.[18]

16 La solidez de la trascendencia del principio de legalidad ha sido fomentada y defendida desde el notariado. Al respecto, en un artículo de la revista *El Notario del Siglo XXI*, en relación con el control notarial de la legalidad, se dice que este exige que los contratos queden conformados a la ley desde que nacen, pues «es en el momento de su perfección, cuando se intercambian las prestaciones, cuando los contratantes se desprenden casi siempre de forma irreversible de su dinero o de lo que enajenan; es entonces cuando deben concentrarse todos los resortes de seguridad. Es en ese momento decisivo cuando las partes necesitan de protección y es en ese momento cuando el derecho está obligado a prestar a cada parte garantía plena en la contrapartida. Porque solo así se genera lo que se busca: seguridad contractual» (Colegio Notarial de Madrid, 2006). La importancia de este principio en la actividad notarial es absolutamente contundente.

17 El artículo 1.º de la Ley Notarial determina que «la función notarial se rige por esta ley y por las disposiciones de otras leyes que expresamente se refieran a ella».

18 En la legislación ecuatoriana, el artículo 297 del Código Orgánico de la Función Judicial determina el régimen legal notarial: «El servicio notarial se rige por la Constitución, este Código, la Ley Notarial y demás disposiciones legales y reglamentarias».

**Principio de obligatoriedad.** El principio de obligatoriedad de prestación del ministerio notarial está consagrado en el artículo 18, numeral 1.º de la Ley Notarial.[19] Deja dos salvedades: 1) «cuando tuvieren razón o excusa legítima para no hacerlo»,[20] y 2) «salvo prohibición legal».[21]

**Principio de imparcialidad.** Como característica esencial de la actividad notarial, la imparcialidad sitúa al notario en medio de las partes concurrentes, en busca de una solución práctica a un negocio o un conflicto. Es un tema que siempre ha estado en el permanente análisis de todos los involucrados en el quehacer notarial. Fue el primero de los tratados en el XXIV Congreso Internacional del Notariado Internacional, celebrado en México, en el año 2004;[22] sus conclusiones continúan siendo las principales directrices del notariado actual[23] en los países de sistema latino (entre ellos, Ecuador).[24] La imparcialidad constituye «la base del sistema, de forma que la pérdida de la misma lleva a la desaparición del modelo actual de gestión de la función pública» (Garrido Melero, 2007: 374).

**Principio de autoría del documento.** Los documentos autorizados por un notario se denominan *instrumentos públicos* y constituyen una característica esencial del sistema latino. El notario es el autor y responsable del

19 El artículo dice: «[…] autorizar los actos y contratos a que fueren llamados y redactar las correspondientes escrituras, salvo que tuvieren razón o excusa legítima para no hacerlo».

20 Parte final del numeral 1.º del artículo 18.

21 Parte final del numeral 2.º del artículo 18.

22 Las principales conclusiones de este congreso fueron: «**1.** La imparcialidad del notario —oficial público— en toda su actividad es el fundamento del notariado latino y protege no solo a los intervinientes en el acto, sino también a los terceros. **2.** El estatuto del notario como oficial público debe garantizar su independencia e inamovilidad, y, por consiguiente, su imparcialidad. **3.** La imparcialidad del notario garantiza el nuevo orden contractual, que se caracteriza por la búsqueda del equilibrio entre las partes y de la protección del consumidor. **4.** La imparcialidad debe estar estrictamente garantizada por el ordenamiento jurídico. **5.** La imparcialidad exige una sólida formación jurídica del notario. **6.** La fijación de criterios que regulen la función notarial en todo el territorio con una cobertura equilibrada y, también, la remuneración de su prestación deben permitir que todos los usuarios tengan acceso a ella en las mismas condiciones —entre otras, por la fijación de tarifas— y contribuyan a su ejercicio imparcial. **7.** La imparcialidad del notario en su actividad supone un valor añadido, del que resulta la transparencia, la validez y la eficacia del acto notarial. **8.** La imparcialidad del notario lo convierte en el operador jurídico ideal para intervenir en la prevención y la resolución no judicial de las controversias […]» (Unión Internacional del Notariado [uinl], 2018).

23 La importancia de la imparcialidad del notario radica, en última instancia, para la sociedad: «Cuando se comparece ante un notario para solicitar la prestación de sus servicios, se está convencido de que el fedatario actuará imparcialmente, protegiendo los intereses de ambas partes» (Pérez Fernández del Castillo, 2004: 95).

24 El inciso final del artículo 296 del Código Orgánico de la Función Judicial expresa en forma contundente este principio, al tipificar que «el ejercicio de la función notarial es personal […] e imparcial».

documento notarial; en el caso del Ecuador, aunque la minuta es presentada por el abogado, el notario sigue siendo el autor del documento notarial.[25]

**Principio de forma.** Este principio hace énfasis en la forma jurídica en la que el notario otorga los actos, contratos o negocios jurídicos que se le presentan. El profesional debe saber, con precisión, cómo exteriorizar la voluntad de los intervinientes, cumpliendo con los requisitos, la formalización y el pleno conocimiento de validez de cada una de las instituciones jurídicas, del documento que autoriza y de la inclusión en los archivos de la notaría.

En la legislación ecuatoriana, entre los deberes de los notarios contemplados en el artículo 19, literal *a* de la Ley Notarial, consta el de «dar forma legal a la exteriorización de voluntad de quienes requieran su ministerio».

**Principio de libre elección.** Corresponde a los particulares «elegir libremente a cualquier notario público de todo el Estado» (Martínez Ortega, 2016: 27).

Para Rodríguez Adrados, la libre elección de notario «por el requirente o requirentes de la función notarial pertenece a la esencia de los notariados latinos» (2008*a*). En Ecuador, el principio de libre elección[26] existe en virtud de la aceptación de todos los principios del derecho notarial latino, sin que conste expresamente en la normativa que rige la actividad notarial.[27]

25 El artículo 19 de la Ley Notarial, que trata de los deberes del notario, dice: «Son deberes de los notarios: *a*) Receptar personalmente, interpretar y dar forma legal a la exteriorización de voluntad de quienes requieran su ministerio. De presentársele minuta, esta debe ser firmada por abogado […]».

26 No obstante lo señalado, existen también en Ecuador disposiciones legales que determinan de manera obligatoria el sorteo para la celebración de contratos provenientes del sector público. Así, los artículos enumerados a continuación del artículo 19 de la Ley Notarial determinan que «la unidad correspondiente se encargará de realizar el sorteo entre las notarías y los notarios de la jurisdicción donde se celebran los contratos que provengan del sector público». Para ello, el Consejo de la Judicatura, en la resolución 217-2017, aprobó el reglamento del sistema de sorteos de notarías para contratos provenientes del sector público, vigente aún.

27 Ni en la Constitución, ni en la Ley Orgánica de la Función Judicial, ni en la Ley Notarial, los tres principales cuerpos legales que rigen la actividad notarial, está tipificado expresamente este principio, pero sí implícitamente, cuando se plasma el principio de rogación en los dos últimos cuerpos legales señalados. Así, el artículo 7.º de la Ley Notarial establece que cada notario ejercerá su función dentro del cantón para el que haya sido nombrado, «cualquiera que sea el domicilio de los otorgantes, la ubicación de los bienes materia del acto o contrato, o el lugar del cumplimiento de las obligaciones». El hecho de que la actuación del profesional sea a petición de los comparecientes da la pauta para sobrentender el principio de libre elección.

**Principio de rogación.** El notario no actúa por iniciativa propia o de oficio,[28] sino a petición expresa de los peticionarios, es decir, a rogación de parte. Este principio está relacionado al de libre elección y es considerado como «el primero de los principios notariales» (Rodríguez Adrados, 2006*a*).[29]

En la legislación ecuatoriana, el artículo 296 de la Ley Orgánica de la Función Judicial y el artículo 6.º de la Ley Notarial determinan, ambos articulados, que los notarios «son funcionarios investidos de fe pública para autorizar, a requerimiento de parte, los actos, contratos y documentos determinados en las leyes». La misma Ley Notarial ecuatoriana, en reiteradas ocasiones,[30] establece que el notario presta sus servicios a rogación de parte.

**Principio de interpretación.** El artículo 19 de la Ley Notarial ecuatoriana, literal *a*, determina que el notario público tiene el deber de «interpretar y dar forma legal a la exteriorización de voluntad de quienes requieran su ministerio». Este principio está íntimamente ligado al de *asesoría*.

Al solicitar el servicio notarial, el notario interpreta la intención de la voluntad de los peticionarios y de todo documento que sea enseñado ante su presencia. La inobservancia de este principio ocasiona la realización de trámites innecesarios, lo que ocasiona, en la práctica, reclamos y malestares.

**Principio de asesoramiento (o asesoría).** Este principio llega incluso a confundirse con el asesoramiento propio del libre ejercicio de abogado: «Así las cosas, ellas revisten un carácter esencialmente convencional en las que pareciera que el notario no actúa como funcionario que ejerce la fe pública, sino como un profesional del derecho» (Álvarez Díaz, 2015).

Consecuentemente, los notarios públicos deben asesorar a la ciudadanía[31] para que se redacte el documento notarial que corresponde, según las necesidades del usuario. Las normativas de países de derecho notarial latino consagran este principio en sus legislaciones.[32] Cabello de Alba Jurado nos dice que el asesoramiento «se manifiesta en los diferentes

28 Rodríguez Adrados hace un recuento del origen de la rogación en el derecho romano, que ordenaba a tablón que nada podía escribir «sino rogado por las partes» (2006*a*), expresión que debía quedar plasmada en el documento (sin esa rogación, el instrumento era nulo).

29 Al respecto, expresa Rodríguez Adrados: «Visto eminentemente en un orden cronológico e histórico […], porque frente a la gran importancia que tuvo en otros tiempos, hoy se le considera generalmente como un principio "menor"» (2006*a*).

30 Numerales 2.º, 7.º y 20 del artículo 18. Y en el artículo 42 prescribe que los servicios notariales se requieren «a solicitud» o «a petición de parte», mientras que el artículo 19, literal *a*, determina como deber del notario «receptar personalmente, interpretar y dar forma legal a la exteriorización de voluntad de quienes *requieran* su ministerio» (destacado nuestro).

31 En la práctica notarial diaria.

32 Holl (2011) recoge este principio contemplado en el artículo 1.º del Código Notarial alemán: «Como profesional del derecho, el notario presta asesoramiento jurídico a particulares y empresas en asuntos de derecho privado».

momentos o fases del procedimiento […]. El notario goza, en este ámbito, de una posición privilegiada, dada su relación de confianza con quienes reclaman su actuación» (Cabello de Alba Jurado, 2009: 88).

**Principio de inmediación (o inmediatez).** Este principio determina que los notarios deben tener contacto directo con sus clientes, es decir, deben asistirlos personalmente en el otorgamiento de cualquier documento notarial y no a través de sus subordinados. Es un principio fundamental en la actividad fedataria y es parte de la responsabilidad de prestar servicios notariales de excelencia; sobre todo, al dar fe de la capacidad legal de los comparecientes para realizar el acto requerido, de la libertad de consentimiento de los comparecientes y del conocimiento de la naturaleza y el alcance del acto notarial,[33] entre otros.

**Principio de unidad de acto.** Establece la obligatoriedad de que las escrituras, actas y diligencias notariales deben ser firmadas en un solo acto, en unidad con los comparecientes y el notario, para que en un futuro no pueda decirse que no ha habido consentimiento de alguna de las partes. Este principio cobra especial significado en los contratos civiles celebrados mediante escritura pública.[34]

En Ecuador, el artículo 29, numeral 11 de la Ley Notarial ecuatoriana determina «la suscripción de los otorgantes o del que contraiga la obligación, si el acto o contrato es unilateral, del intérprete y los testigos, si lo hubieren, y del notario en un solo acto»; de allí que todos los documentos notariales empiezan o finalizan con expresiones como «ante mí comparecen», «para constancia, firman conmigo en unidad de acto», «la aprueban y firman conmigo, el notario, en unidad de acto» o similares.

**Principio de consentimiento.** Al ser la notaría un organismo en el que se ventilan asuntos que han sido acordados sin contiendas ni conflictos —o que, habiendo existido estos, las partes resolvieron solemnizar acuerdos, contratos o negocios a los que convenir—, el notario debe verificar que las partes participantes tengan la capacidad requerida y el pleno conocimiento, y que actúen por su libre voluntad, sin ningún tipo de vicios del consentimiento[35] que vulneren sus derechos o lesionen sus intereses.

33 En la redacción de una escritura pública, los notarios ecuatorianos ponemos al inicio la frase «ante mí, doctor … , notario público del cantón … , comparecen el señor …»; y en los párrafos finales, «[…] la aprueban y firman conmigo […]».

34 Existen algunas diligencias en las que este principio no se aplica por mandato legal. Un ejemplo concreto es la autenticación o reconocimiento de la firma en un documento que contenga un contrato o acuerdo privado; en el caso, la ley ecuatoriana permite que el reconocimiento se realice en diferente tiempo e incluso en diferente notaría pública, sin que ello invalide el acto.

35 Doctrinal y legalmente, los vicios de consentimiento —error, fuerza y dolo en Ecuador; error, violencia, intimidación y dolo en España—, desde el derecho romano y hasta

**Principio de reserva, secreto profesional o secrecía.**[36] Vinculado con la deontología, el secreto o secrecía profesional en el campo notarial «consiste en no hacer público, o de conocimiento de terceros, aquellos hechos o circunstancias ajenas de las cuales se ha tomado conocimiento en razón del desempeño de la función notarial, ya sea por revelación de la parte, de terceros o por la propia actuación del notario» (Vidal Domínguez, 2012).[37]

Este principio tiene tres aplicaciones prácticas: 1) no puede el notario público divulgar los actos, contratos o negocios jurídicos que se celebran en su despacho, por iniciativa propia; 2) tampoco de los que aun estén en proceso, ni otorgar copias o dar información a terceros sino hasta que hayan sido debidamente otorgados, una vez cumplidas todas las formalidades y los requisitos establecidos en la ley; 3) tampoco permitir que mientras viva el testador, alguien se informe de sus disposiciones testamentarias si no fuere el mismo testador.[38]

**Principio de resguardo, conservación o custodia.** El notario ecuatoriano y en general el notario latino debe archivar los documentos a su cargo, sea diligencia, actas o protocolos, en un lugar seguro de tal forma que no puedan ser destruidos, rotos, sustraídos o apropiación ilícitamente.

La pérdida de ellos implica responsabilidad administrativa y civil.

En este sentido, la legislación ecuatoriana dice: «Los protocolos pertenecen al Estado. Los notarios los conservarán en su poder como archiveros de los mismos y bajo su responsabilidad».[39]

**Principio de matricidad.** Rodríguez Adrados presenta este principio junto con el de *protocolo* y, conceptualmente, lo asemeja al principio de *resguardo*, *conservación* o *custodia*, cuando dice: «Es el principio en cuya virtud el

---

la actualidad, constituyen causas de imperfección, invalidez y hasta nulidad de los actos y contratos jurídicos. La legislación ecuatoriana señala en los artículos del 1467 al 1485 del Código Civil los vicios de consentimiento y sus consecuencias jurídicas; el Código Civil español, en los artículos 1265-1270 y 1300-1314.

36 Término traducción del vocablo inglés *secrecy* —en español, *secreto*—, según la Academia Mexicana de la Lengua, está integrada al español y significa 'condición de secreto'. La Academia aclara que no existe en nuestra lengua una voz equivalente, pero su uso está consolidado en los ámbitos político, legal y económico. El término es utilizado en México, Nicaragua, Costa Rica, Panamá, Ecuador, Bolivia y Uruguay, tal y como lo señala el *Diccionario de americanismos* (Academia Mexicana de la Lengua, s/f.). Ríos Hellig (2012), al abarcar el tema del secreto profesional notarial, expresa que el «notario queda también sujeto a los procedimientos de secrecía previstos por la Ley de Protección de Datos Personales en Posesión de Particulares».

37 Vidal Domínguez (2002) recuerda que en el V Congreso Internacional del Notariado Latino, celebrado en 1958, en Roma, mediante resolución se declaró el secreto profesional del notariado «como principio fundamental de naturaleza ético-jurídica, en el interés del público y como garantía de la vida social».

38 Es una prohibición expresa, contemplada en el artículo 20, numeral 6.º de la Ley Notarial.

39 Artículo 22, inciso 2.º de la Ley Notarial.

notario retiene y custodia los documentos originales que ha autorizado, de manera que solo sus copias auténticas operan en el tráfico y en el protocolo» (Rodríguez Adrados, 2009).

En Ecuador, la Ley Notarial, en el artículo 22, establece que «los protocolos se forman anualmente con las escrituras matrices»; y el artículo 25 confirma que «*escritura pública* es el documento matriz que contiene los actos y contratos o negocios jurídicos que las personas otorgan ante notario y que este autoriza e incorpora a su protocolo». El artículo 304 del Código Orgánico de la Función Judicial, inciso 2.º, dice: «La notaria o notario sentará razón al margen de la escritura matriz […]».

**Principio de registro o de protocolo.** La expresión del actuar notarial es documental, no verbal. El notario conserva el original de la matriz en el *protocolo* o *libro de registro*;[40] numerado, rubricado o sellado, en él se archivan todas las matrices de las escrituras, ordenadas cronológicamente. Se lo considera uno de los elementos fundamentales de garantía, seguridad jurídica, eficacia y fe pública. Rodríguez Adrados destaca este principio «por el que el notario ha de custodiar esos instrumentos que retiene en su poder» (2009).

**Principio de publicidad.** El fedatario se llama *notario público*; es un servidor o funcionario público depositario de la fe pública. La oficina en la que trabaja se denomina *notaría pública*. Las matrices u originales que otorga se llaman *escrituras públicas*. Todos los documentos que allí reposan son públicos;[41] consecuentemente, los actos que autoriza el notario son públicos. El acceso a la información del archivo notarial debe ser libre; así lo consagra el artículo 40 de la Ley Notarial ecuatoriana.[42]

Por su parte, la Asamblea de Notariados de la Unión Internacional del Notariado, reunida en Roma, en 2005, aprobó un documento[43] sobre los principios notariales en el que, respecto de los documentos notariales, dice

40 El artículo 22 de la Ley Notarial ecuatoriana establece que «los protocolos se forman anualmente con las escrituras matrices y los documentos públicos o privados que el notario autoriza e incorpora por mandato de la ley, o por orden de autoridad competente, o a petición de los interesados». Al igual que en la mayoría de países que han adoptado el sistema latino, en Ecuador, el inciso 2.º del artículo 22 de la Ley Notarial establece: «Los protocolos pertenecen al Estado. Los notarios los conservarán en su poder como archiveros de los mismos y bajo su responsabilidad».

41 Esta regla tiene excepciones. Una de ellas es el caso de los actos testamentarios, porque solo una vez que el testador fallece pueden otorgarse copias certificadas o testimonios del testamento (para la legal inscripción en el Registro de la Propiedad y que pueda surtir efectos, o para conocimiento de herederos o del público). Esto lo contempla el artículo 20 de la Ley Notarial, que prohíbe al notario «permitir que, mientras viva el testador, alguien se informe de sus disposiciones testamentarias, si no fuere el mismo testador».

42 El articulado expresa categórica e inequívocamente: «Cualquier persona puede pedir copia o testimonio de la escritura matriz o compulsa de los documentos protocolizados».

43 El documento fue redactado en tres idiomas: español, italiano y alemán.

lo siguiente: «El notario podrá también expedir copias a favor de personas que, según su legislación nacional, tengan interés legítimo en conocer el contenido del documento».

**Principio de extraneidad.** Este principio establece que el notario no puede ser parte interesada en el acto, contrato o negocio en el que interviene; tampoco con relación a sus parientes, hasta el cuarto grado de consanguinidad (Ley Notarial). Entre las prohibiciones al notario tipificadas en el artículo 20 de la Ley Notarial ecuatoriana se encuentra la de «autorizar escrituras […] en que tengan interés directo los mismos notarios o en que intervengan como parte su cónyuge o sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad». El efecto jurídico de este acto prohibido es triple: por un lado, acarrea la nulidad del instrumento público; por otro, se sanciona con la destitución del fedatario, y finalmente, acarrea al notario las responsabilidades civiles o penales a que hubiere lugar.[44]

**Principio de la profesionalidad.** Rodríguez Adrados señala que la profesionalidad del notario «comprende la llamada *adecuación facultativa*, y, sobre todo, la que tiene una dimensión sustancial, la que por medio especialmente del asesoramiento y del consejo no institucionales penetra en el mismo negocio documentado y colabora a su formación» (2007*b*). Este principio se ve expresado en la profesionalidad *sustancial* y en la profesionalidad *organizativa*.

Considérese, además, que el notariado latino exige el requisito *sine qua non* de ser profesional titulado en derecho para ocupar el cargo de notario público. El artículo 200 de la Constitución ecuatoriana y el artículo 299, numeral 2.º del Código Orgánico de la Función Judicial determinan, como requisito esencial, tener título de abogado legalmente reconocido en el país.[45]

**Principio de dación de fe.** *Dación de fe* o *autorización* «es la declaración de voluntad por la que el notario asume la autoría del documento» (Rodríguez Adrados, 2008*b*). El notario, a través de este principio, asume su responsabilidad frente al instrumento público que otorga; por ende, asume que este cumplió con las solemnidades necesarias para ser elevado a escritura público. Este principio no debe confundirse con el de *fe pública*. La correcta vigencia legal y la aplicación oportuna de los principios notariales, como resultado positivo, brindan siempre la tan anhelada seguridad jurídica, inherente a su ministerio.

44 Artículo 44 de la Ley Notarial.

45 Antes de la aprobación de la Ley Notarial, en noviembre de 1966, podían ser notarios personas sin título. Ante ello se estableció la disposición transitoria segunda, que dice: «Los notarios que no ostenten el título de abogado continuarán en el ejercicio de su cargo hasta que finalice el período para el que fueron designados».

En algunas legislaciones existen otros principios, menos difundidos pero igualmente aplicados al sistema notarial latino, tales como el de *calificación*[46] y el de *prioridad*.[47]

## 6. Resultados: la presencia de los principios notariales en la legislación ecuatoriana

Como hemos podido apreciar, los principios notariales estudiados están explícita e implícitamente presentes en la legislación ecuatoriana; específicamente, en la Ley Notarial (LNOT), en el Código Orgánico de la Función Judicial (COFJ) e incluso en la Constitución (CONST).

Como se aprecia en la tabla 1, en la Ley Notarial están expresamente presente 16 principios; 9 de ellos no están tipificados, aunque en la práctica se aplican todos. En el Código Orgánico de la Función Judicial están presentes 10 principios, mientras que 15 de ellos están ausentes. En la Constitución de la República están presentes solo tres principios; los restantes 22 están ausentes. Algunos de los principios notariales están presentes en dos e incluso en las tres normas, como es el caso del de *fe pública*.

## 7. Discusión: la aplicación de los principios como esencia de la justicia preventiva y la seguridad jurídica

Las sociedades actuales tienen como imperiosa necesidad la convivencia pacífica y el hallar las vías adecuadas para la resolución de los eventuales conflictos, los que han de preverse antes de constituirse en contienda judicial. Al respecto, Salvador Torres Escámez (2002) destaca la necesidad de «encuadrar la función notarial dentro del sistema cautelar que el Estado organiza para desarrollar el valor o principio fundamental de la seguridad jurídica». Es importante la función notarial de otorgar a los usuarios, por medio de fe pública, la certeza respecto del acto, contrato o negocio jurídico que celebran; allí, el profesional tiene una «misión preventiva al constituir los actos que ella [la fe pública] ampara en una forma de prueba preconstituida suficiente para resolver e impedir posibles litigios» (Verdejo Reyes, 1998).

46 Este principio establece que los notarios públicos no otorgan los instrumentos notariales en forma automática, sino que existe un proceso de calificación notarial positiva para el que los notarios deben conocer ampliamente la normativa vigente aplicable a cada instrumento notarial. Esta calificación evita gastos innecesarios y procesos judiciales no deseados, entre otros problemas. Para autores como el peruano Fernando Torres Manrique, los notarios deben calificar el trámite, sin «constituir un obstáculo al crecimiento económico» (Torres Manrique, 26 ene. 2011).

47 El principio notarial de *prioridad* supone dos clases o variedades: 1) *prioridad preferente* o *por rangos*, y 2) *prioridad excluyente*. Para implementarlo, cada notaría pública debe contar con un libro de ingreso que haga las veces de libro diario del derecho registral.

***Tabla 1.*** *Presencia de los principios notariales en la legislación ecuatoriana (frecuencia de presencias/ausencias)*

| Variable (*) | Presente | Frecuencia | |
|---|---|---|---|
| | | Absoluta (**) | Relativa (***) |
| LNOT | No | 9 | 0,36 |
| | Sí | 16 | 0,64 |
| COFJ | No | 15 | 0,60 |
| | Sí | 10 | 0,40 |
| CONST | No | 22 | 0,88 |
| | Sí | 3 | 0,12 |

(*) Cuerpo normativo. (**) Cantidad de presencias/ausencias, sobre un total de 25 principios notariales. (***) Fracción de presencias/ausencias respecto del total de principios. *Fuente*: elaboración propia.

Una frase icónica en el notariado mundial es la expresada por don Joaquín Costa: «Notaría abierta, juzgado cerrado» (Cárdenas González, 2000: 327); recoge la importancia del correcto accionar de una notaría como excelente instrumento preventivo y, al mismo tiempo, garantista del derecho, de la paz social y de la tan anhelada seguridad jurídica.[48] Esta última constituye uno de los más grandes valores sociales, como lo afirma Cárdenas González (2000).

En la justicia preventiva confluyen la participación de absolutamente todos los principios notariales, los aspectos administrativos modernos e incluso tecnológicos.[49] En consecuencia, toda la actividad notarial —en

48 Cárdenas González (2000) concibe al notariado latino como sinónimo de «notaría abierta, juzgado cerrado»; de *seguridad jurídica* (se constituye en un derecho preventivo de conflictos y controversias que contribuye a lograr seguridad jurídica); de *paz social* y *justicia* (es un valor indispensable para cimentar la paz social y la justicia, esencial en toda sociedad); de *bien común* (es objetivo primario del Estado soberano lograr el bien común en beneficio de sus gobernados); de *tradición* (es la materialización de los instrumentos jurídicos lo que permite la realización pacífica del derecho, y allí, el notario es vehículo de justicia para lograrlo); de *compromiso* y *confianza* (obedece a una auténtica necesidad social y se encuentra enraizada en la vida del pueblo, y es una evolución natural de la actividad humana en constante desarrollo).

49 Los recursos tecnológicos que las notarías utilicen en cualquier país pueden aportar a la anhelada seguridad jurídica. Al respecto, Juan Iranzo expresa: «La actividad notarial

primer lugar, el cumplimiento cabal de los principios notariales— va encaminada a «dar certidumbre de las relaciones jurídicas, brindar seguridad jurídica, y —en un fin ulterior— va dirigida a evitar litigios judiciales y extrajudiciales, y con ello dar tranquilidad y paz social en la sociedad en que se despeña» (Lucas Baque y Albert Márquez, 2018). Por tanto, el notario se ve abocado a poner igual o mayor énfasis en la correcta actuación en estas diligencias y aplicar de manera prolija cuanto principio permita otorgar seguridad jurídica y constituir documentos que, habiendo pasado por manos del notario, contribuyan a corregir un conflicto generado en ese momento y evitar su resurgimiento o el nacimiento de otro.

## 8. Conclusión

Muchos de los principios notariales se encuentran íntimamente vinculados entre sí. Por ejemplo: *a*) matricidad, resguardo, conservación o custodia, y protocolo; *b*) matricidad, forma y objetividad; *c*) rogación y libre elección; *d*) profesionalidad, asesoramiento o asesoría, interpretación y autoría de documento; *e*) inmediatez, unidad de acto y consentimiento; *f*) dación de fe, seguridad jurídica y fe pública; *g*) extraneidad e imparcialidad. Otros principios, aparentemente, se oponen, como el de secrecía con el de publicidad; sin embargo, examinados más detenidamente, subsisten de manera complementaria, y, de manera global, todos ellos se encuentran integrados, con la única finalidad de dar cada vez mayor seguridad jurídica.

Se comprende que la formación técnico-jurídica necesaria para la actividad notarial requiere años de estudio, pero también una preparación previa y, sobre todo, estar dispuesto a obtener lo más pronto posible la experticia necesaria para brindar cada día un servicio más seguro, ágil y mediático que garantice, ante todo, seguridad jurídica.

Es evidente que la aplicación efectiva de estos principios en la actividad notarial otorga a todo documento público elaborado por el notario la calidad de auténtico; da certeza a la sociedad y al Estado de tenerlos por verdaderos;[50] brinda seguridad jurídica, y cumple la misión preventiva de impedir posibles litigios o controversias legales.

Como queda registrado, la presencia de los principios notariales en la Ley Notarial es del 64 %; en el Código Orgánico de la Función Judicial, del 40 %, y en la Constitución, del 12 %. En una visión global, la presencia de estos principios, en todo el marco legal fedatario, llega al 80 % (sin considerar que, de estos, algunos están presentes de manera implícita).[51]

puede tener un efecto estabilizador en el campo de las nuevas tecnologías, garantizando la seguridad jurídica […]» (2001: 11).

50 El documento notarial alcanza la calidad de prueba plena; alcanza la presunción *juris tantum*, de legalidad y verdad.

51 Los principios notariales de *veracidad* y de *imparcialidad* están exclusivamente en el Código Orgánico de la Función Judicial; el de *seguridad jurídica*, solo en la Constitución, y el de *profesionalidad*, en ambos cuerpos legales.

No obstante, los principios notariales están ampliamente difundidos en los notarios y se aplican aun cuando estén ausentes en la legislación.

Es necesario que, cuando se apruebe una nueva ley notarial, el legislador ecuatoriano incorpore los principios notariales de manera expresa, de forma que pueda servir no solo de referente, sino también de sujeción de la actividad notarial. Se sugiere la incorporación de los siguientes artículos:

> Artículo … El objeto de la ley es garantizar el correcto y adecuado servicio notarial, con la finalidad de otorgar a la sociedad seguridad jurídica.
>
> Artículo … La actividad notarial ecuatoriana se rige por los siguientes principios del notariado latino: fe pública, veracidad, seguridad jurídica, legalidad, imparcialidad, forma, autoría de documento, libre elección, rogación, interpretación, asesoramiento o asesoría, inmediación o inmediatez, unidad de acto, objetivación, consentimiento, reserva o secrecía, resguardo, conservación o custodia, matricidad, registro o protocolo, publicidad, extraneidad, profesionalidad, calificación, prioridad y dación de fe.

## Referencias bibliográficas


Academia Mexicana de la Lengua (s/f.). «¿Son correctas las voces *abogacía*, *secrecía* y *privacía*?». Recurso en línea. Recuperado de: ‹https://www.academia.org.mx/consultas/consultas-frecuentes/item/abogacia-secrecia-y-privacia›.

Álvarez Díaz, Luis Eduardo (2015). «Extensión de las obligaciones emanadas de las instrucciones notariales y responsabilidad civil del notario por su incumplimiento». En *Revista Chilena de Derecho Privado*, n.º 25 (dic.), pp. 77-114.

Bentham, Jeremy (1836). *Deontología o ciencia de la moral*, tomo primero. Ob. póstuma rev. y ordenada por M. J. Bowring. Valencia: Librería de Mallén y Sobrinos.

Cabello de Alba Jurado, Federico (2009). «Aportación notarial en el ámbito de la jurisdicción voluntaria. Comentarios sobre el frustrado Proyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria 121/000109». En *Escritos jurídicos en memoria de Francisco Carpio Mateos*, vol. i. Madrid: Ilustre Colegio Notarial, pp. 81-114.

Cárdenas González, Fernando Antonio (2000). «La función notarial preventiva del litigio. Características del notariado latino». En *Revista de Derecho Notarial Mexicano*, n.º 115, pp. 327-347.

Colegio Notarial de Madrid (2006). «El catón notarial o el artículo uno del notariado». En *El Notario del Siglo XXI*, vol. 10 (nov.-dic). Recurso en línea. Recuperado de: ‹http://www.elnotario.es/heme-

roteca/revista-10?id=2699:el-caton-notarial-o-el-articulo-uno-del-notariado-0-1216788246498246›.

García Sánchez, José Aristónico (2008). «Notario de la legalidad». En *El Notario del Siglo XXI*, n.º 20 (jul.-ago). Recurso en línea. Recuperado de: ‹http://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-20/1925-notario-de-la-legalidad-0-8059194244499499›.

Garrido Melero, Martín (2007). «Algunos aspectos de la consideración del notario como funcionario público en la reforma reglamentaria RD 45/2007 y de la gestión del servicio público notarial en el nuevo marco estatutario». En Antoni Bosch i Cabrera y otros, *El notariado y la reforma de la fe pública*. Barcelona: Marcial Pons, pp. 359-392.

Holl, Iris Á. (2011). «El documento notarial en España y en Alemania: un estudio contrastivo como ejercicio previo a la traducción». En Silvia Roiss y otros (eds.), *En las vertientes de la traducción e interpretación del/al alemán*. Berlín: Frank & Timme, pp. 407-430.

Iranzo Martín, Juan Emilio (2001). *Las nuevas tecnologías y la sociedad de la información en la Unión Europea*. Pamplona: UNAV Publicaciones.

Lucas Baque, Stalin Javier, y Albert Márquez, José Jesús (2018). «Las jurisdicciones voluntarias en el desarrollo de los sistemas notariales latinos de España, Ecuador e Iberoamérica». En R. Passailaigue (comp.), III Congreso Científico Internacional «Sociedad del conocimiento: retos y perspectivas». Guayaquil: Universidad Ecotec de Guayaquil. Recurso en línea. Recuperado de: ‹http://ecotec.edu.ec/content/uploads/2017/09/investigacion/congresos/MEMORIAS_CIENTIFICAS_2018.pdf›.

Martínez Ortega, Juan Carlos (2014). *División horizontal y obra nueva: formalización notarial e inscripción registral*. Tesis doctoral. Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED), Facultad de Derecho.

— (2016). *Introducción al derecho notarial*. Madrid: Unión Internacional Profesional de Auxiliares del Notariado (UIPAN).

Pérez Fernández del Castillo, Bernardo (2004). «La imparcialidad del notario: garantía del orden contractual». En *Revista de Derecho Notarial Mexicano*, n.º 119 (dic.), pp. 95-100. Recurso en línea. Recuperado de: ‹https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-notarial/article/download/6930/6226›.

Recaséns Siches, Luis (1956). *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica.

Ríos Hellig, Jorge (2012). *La práctica del derecho notarial*, 8.ª ed. Ciudad de México: McGraw Hill.

Rodríguez Adrados, Antonio (2006*a*). «Principios notariales. El principio de rogación». En *El Notario del Siglo XXI*, n.º 7 (may.-jun.). Recurso en línea. Recuperado de: ‹http://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-7/2970-principios-notariales-0-7845801196848788›.

— (2006*b*). «Principios notariales. El principio de inmediación». En *El Notario del Siglo XXI*, n.º 10 (nov.-dic.). Recurso en línea. Recuperado de:

‹http://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-10/2705-principios-notariales-el-principio-de-inmediacion-0-020750132408691693›.

— (2006*c*). «Principios notariales. El principio de veracidad». En *El Notario del Siglo XXI*, n.º 9 (sep.-oct.). Recurso en línea. Recuperado de: ‹https://www.elnotario.es/hemeroteca/revista-9/2768-principios-notariales-el-principio-de-veracidad-0-28372891646225834›.

— (2007*a*). «Principios notariales. *De visis et auditis suis sensibus*». En *El Notario del Siglo XXI*, n.º 11 (ene.-feb.). Recurso en línea. Recuperado de: ‹http://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-11/2620-principios-notariales-de-visis-et-auditis-suis-sensibus-0-3478630505016661›.

— (2007*b*). «El principio de profesionalidad». En *El Notario del Siglo XXI*, n.º 16 (nov.-dic.) Recurso en línea. Recuperado de: ‹http://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-16/2176-el-principio-de-profesionalidad-0-6963758186403437›.

— (2008*a*). «El principio de libre elección». En *El Notario del Siglo XXI*, n.º 18 (mar.-abr.). Recurso en línea. Recuperado de: ‹http://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-18/2074-el-principio-de-libre-eleccion-0-9360306746661948›.

— (2008*b*). «Principios notariales. El principio de dación de fe». En *El Notario del Siglo XXI*, n.º 20 (jul.-ago.). Recurso en línea. Recuperado de: ‹http://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-20/1894-principios-notariales-el-principio-de-dacion-de-fe-0-39914739634762275›.

— (2009). «Los principios de matricidad y de protocolo». En *El Notario del Siglo XXI*, n.º 25 (may.-jun.). Recurso en línea. Recuperado de: ‹http://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-25/1589-los-principios-de-matricidad-y-de-protocolo-0-46113017896295544›.

Torres Escámez, Salvador (2002). «La función notarial, función preventiva de litigios: el consejo y la mediación notariales como instrumentos», 1.ª parte. En *Anuario de Justicia Alternativa*, n.º 3, pp. 75-102.

Torres Manrique, Fernando Jesús (26 ene. 2011). «Principios notariales». En *Gestiópolis*. Recurso en línea. Recuperado de: ‹https://www.gestiopolis.com/principios-notariales›.

uinl (2018). XXIV Congreso Internacional del Notariado Latino. Tema I: «La imparcialidad del notario: garantía del orden contractual». Conclusiones. Recurso en línea. Recuperado de: ‹https://www.uinl.org/documents/20181/72328/MexicoTema+I+-+Conclusiones+%28ES%29/4572820c-97c3-40e1-800f-95dfe75f02e4›.

Verdejo Reyes, Pedro C. (1998). *Derecho notarial*. Playa: Pueblo y Educación.

Vidal Domínguez, Ignacio (2002). «El secreto profesional ante el notario». En *Ius et Praxis*, vol. 8, n.º 2, pp. 479-517. Recurso en línea. Recuperado de: ‹https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S0718-00122002000200015&lng=es&nrm=iso›.

# Doctrina

# Sociedad por acciones simplificada digital

## La velocidad sin control no sirve de nada*

por Diego Fuentes Brito**
y Mariana Ulery Navascués***

Ponencia

*La función asesora del notario en el procedimiento de constitución de la SAS es imprescindible. Si bien el sistema de digitalización disminuye significativamente el tiempo de la «debida constitución», que implica el otorgamiento del estatuto, la inscripción en el Registro Nacional de Comercio y la obtención del número identificatorio en el organismo tributario y de seguridad social, entendemos que una cosa*

* Trabajo presentado al XXXIII Encuentro Nacional del Notariado Novel y XXIII Jornada del Notariado Novel del Cono Sur, Salta, Argentina, 17 al 19 de noviembre de 2022. Tema II: «El notariado y los derechos humanos de las personas», subtema E («Nuevas tecnologías»). Coordinador nacional del tema: Esc. Franco SPACCASASSI (Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires). Coordinador internacional del tema: Esc. Rafael BUCHELLI OLIVER (Uruguay).

** Escribano egresado de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República (Udelar); integrante de la Comisión de Apoyo al Notariado Novel de la Asociación de Escribanos del Uruguay y co-coordinador en 2017 y 2018; autor y coautor de ponencias presentadas a la XVII Jornada Notarial del Cono Sur (Paraguay, 2015), a la Jornada Notarial Uruguaya (Uruguay, 2015), a la XVIII Jornada Notarial del Cono Sur (Uruguay, 2016), a la XIX Jornada Notarial del Cono Sur (Argentina, 2017) y a la XX Jornada Notarial del Cono Sur (Paraguay, 2018).

*** Doctora en derecho y ciencias sociales por la Universidad de la República (Udelar); escribana pública por la Udelar; secretaria de la Comisión Directiva Nacional de la Asociación de Escribanos del Uruguay (AEU) por el período 2022-2025; coordinadora alterna de la Comisión de Derecho Internacional Privado del Instituto de Investigación y Técnica Notarial de la AEU; aspirante a profesor adscripto de Derecho Internacional Privado en la Udelar; integrante del Instituto Uruguayo de Derecho Internacional Privado de la Udelar.

*no es excluyente de la otra, ya que el acto notarial no insume mayor tiempo que el de la SAS digital. Por ello, creemos que debe irse, en principio, hacia una constitución «híbrida» de la sociedad: que sea el escribano quien complete el formulario digital, con los datos que surgen del documento previamente creado por él y otorgado por los sujetos que intervienen. Una vez finalizado, el escribano deberá validarlo con su firma digital avanzada. En ese mismo acto, el procedimiento de constitución se completaría con la inscripción en el Registro Nacional de Comercio y la obtención del número identificatorio en el organismo tributario y de seguridad social, tal como está previsto para la constitución digital de este tipo de sociedades.*
*Entendemos que, a futuro, el sistema deberá implementarse de forma tal que sea el escribano quien protocolice la SAS en su registro digital, para que ese mismo archivo pueda enviarse digitalmente, siguiendo el proceso de constitución de la SAS digital, con las garantías que reviste el documento público y abreviando los tiempos del proceso de constitución. En ambos casos, la validación de la identidad del otorgante no será necesaria: esta será garantizada por la intervención notarial, la que, además, garantizará el debido asesoramiento, la capacidad y la voluntad de quienes intervienen en el negocio jurídico.*
*Exhortamos al notariado general y a sus autoridades a acelerar y priorizar los procesos que nos lleven hacia un notariado digital. Para ello, es imprescindible que el escribano también se involucre en la adopción de estas nuevas tecnologías.*

Sumario

1. Introducción. 2. Aspectos generales de las SAS en Uruguay. 3. Medios digitales para la constitución de la SAS. 4. El asesoramiento como elemento esencial para la creación de una persona jurídica. 5. Lo barato puede salir más caro. 6. ¿La inscripción de una SAS digital cumple con todos los elementos para una vida sana de la persona jurídica? 7. Tipo de acciones: sus formas de transferirse y su relación con los libros sociales. 8. Obligación de la sociedad de identificar sus beneficiarios finales. 9. ¿Qué tiene el escribano para aportar? La función notarial asesora. 10. La problemática que plantea la SAS digital frente al acto o contrato fundacional otorgado en el extranjero. 11. Conclusiones.

## 1. Introducción

El 18 de setiembre de 2019 se promulgó en Uruguay la ley 19.820, «ley de fomento del emprendedurismo» (LFE). A través de ella se creaba un nuevo tipo de sociedad comercial: la sociedad por acciones simplificada (SAS), que ya venía implementándose en otros países de la región y tiene como cometido, como su nombre lo indica, darle un formato más simple tanto a la constitución como a diversos aspectos que forman a una persona jurídica comercial.

En dicha ley ya se introducían artículos que, desde el punto de vista notarial, podrían verse con recelo, ya que la constitución de dichas sociedades

se prevé de forma completamente digital, sin necesidad de intervención notarial. Es así como hoy, una persona puede crear una persona jurídica sin la preceptiva participación de un profesional idóneo, como es el notario, para asesorarlo.

Todos estos elementos nos llevan a preguntarnos: ¿qué consecuencias jurídicas —y de seguridad— tendría poder constituir este tipo de sociedades con el único requisito de contar con un usuario con firma electrónica avanzada? ¿Qué consecuencias tendría que la operación pudiese realizarse desde un ordenador ubicado fuera del territorio de la República Oriental del Uruguay?

En este trabajo pretendemos analizar cuestiones como esta posibilidad de crear empresas sin el adecuado asesoramiento y otras aristas que podrían abrirse en materia de seguridad comercial, otros elementos adyacentes —como la debida diligencia— e incluso las contradicciones legislativas que se le habilitan al usuario que podrían llevarnos a un caos jurídico.

Por simplificar algunos aspectos, ¿no estamos abriendo una brecha en el sistema jurídico uruguayo —y en el tributario y el pensionista— que debilite y reblandezca la tan apreciada seguridad jurídica?

## 2. Aspectos generales de las sociedades por acciones simplificadas en Uruguay

Como se indicaba al comienzo, las SAS fueron introducidas a nuestro sistema jurídico por la ley 19.820, y luego, reglamentadas por el decreto 399/019, de 23 de diciembre de 2019, el que entró en vigencia el 1.º de enero de 2020. La referida ley, en su artículo 1.º, declara «de interés nacional el fomento de los emprendimientos a través de la consolidación de un ecosistema emprendedor en el país, el desarrollo y la difusión de la cultura emprendedora, y la promoción y el desarrollo de los emprendimientos y los emprendedores».

El legislador uruguayo dividió la ley en cuatro capítulos en los que regula el fomento al emprendedurismo (título 1), las SAS (título 2), el sistema de financiamiento colectivo (*crowdfounding*; título 3) y otras disposiciones (título 4).

Desde la entrada en vigencia de la ley 19.820, los aplicadores del derecho hemos visto cómo las SAS han revolucionado el mercado jurídico, convirtiéndose en un tipo social de alta demanda y el más elegido por los emprendedores. Según datos de la Dirección General de Registros (DGR), en 2020 se constituyeron 2.910 sociedades de este tipo; en 2021, un total de 4.130, y hasta el 30 de agosto de 2022 iban constituidas 3.027, mientras que en ese mismo período de 2022 se constituyeron tan solo 756 sociedades anónimas y 361 sociedades de responsabilidad limitada.

La incorporación de las SAS a nuestro régimen de sociedades comerciales se realiza sobre la base de la Ley Modelo sobre Sociedades por Acciones Simplificadas, aprobada por la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos y redactada por el Comité Jurídico Interamericano. Tal como señala Olivera García (2019), ello constituye, desde la propia

sanción de la ley 16.060 de sociedades comerciales (LSC), la más importante reforma al régimen de sociedades comerciales en nuestro país.

El artículo 8.º de la LFE define las SAS como «un tipo de sociedad comercial cuyo capital estará representado por acciones, y sus accionistas no serán responsables por las obligaciones sociales, más allá del monto de sus respectivos aportes […]». Este nuevo tipo social tiene la particularidad de estar regulado de forma autónoma y no en la LSC, la que se aplicará en subsidio de la LFE.

Esta ley prevé preceptos vanguardistas desde el punto de vista del derecho societario, como, entre otros, la posibilidad de que la sociedad sea creada por un único accionista, la consagración del principio de la autonomía de la voluntad y la forma de integrar el capital social (no se establecen montos mínimos y se le permite al socio integrar solo el 10 % del capital social si este es en dinero). Por escapar a nuestro análisis, estos no serán desarrolladas en el presente trabajo.

La particularidad más significativa de este tipo social es que incorpora, por primera vez, la posibilidad de que el procedimiento de constitución sea llevado a cabo exclusivamente por medios digitales (vía web y con firma electrónica avanzada).

## 3. Medios digitales para la constitución de la sociedad por acciones simplificada

Como se mencionó, el legislador uruguayo previó en la LFE mecanismos para que el proceso de constitución de las SAS sea íntegramente digital, una novedad en el derecho comercial y societario local, abrazándose por primera vez a los mecanismos telemáticos y digitales.

El artículo 11 de la referida LFE prevé expresamente «la constitución por medios digitales, con firma electrónica avanzada u otro medio de autenticación que permita realizarlo en su totalidad por la web». Para ello designó como entidad responsable de la implementación de dicho proyecto («SAS Digital») a la Agencia de Gobierno Electrónico y Sociedad de la Información y del Conocimiento (Agesic).

El mecanismo no fue implementado junto con la promulgación de la ley, pero el decreto reglamentario 399/019 preveía un procedimiento transitorio para lograr constituir una SAS en el menor tiempo posible. Finalmente, en julio de 2022 quedó disponible esta nueva modalidad de constitución de sociedades cien por ciento digitales para aquellas sociedades por acciones simplificadas que tuvieran como socios fundadores personas físicas —no está prevista esta modalidad para fundadores personas jurídicas—, dando así cumplimiento a lo previsto en el referido artículo 11 de la LFE. La DGR lo anunciaba en su página web de la siguiente manera:

> En el marco de la política de transformación digital del Estado, dando comienzo a un proceso continuo y estratégico de cambio cultural que se

> sustenta en el uso de nuevas tecnologías, la Dirección General de Registros, en cumplimiento de lo establecido por el artículo 11 de la ley 19.820, incorpora el trámite de Constitución de Sociedad por Acciones Simplificadas (SAS) Persona Física por medios digitales con firma electrónica avanzada, desarrollado en coparticipación con Agesic, Dirección General Impositiva y Banco de Previsión Social.

Con anterioridad a esta reglamentación, el procedimiento de constitución requería necesariamente la intervención notarial. Tenía el siguiente procedimiento:

1) el escribano realizaba una reserva de nombre para la sociedad en el Registro Nacional de Comercio;
2) se presentaba a inscribir el primer testimonio de protocolización o la primera copia de la escritura, según corresponda, con su correspondiente minuta registral ante el Registro Nacional de Comercio;
3) se procedía a cumplir con la obligación de inscribirse en la administración tributaria y de seguridad social, previo al inicio de la actividad económica, asignándole a la entidad un número de Registro.

Este procedimiento llevaba aproximadamente diez días hábiles. Con la nueva implementación, el trámite en línea incluye la constitución de la SAS y su correspondiente inscripción registral e inscripción en la administración tributaria, todo en un mismo acto.

Esta modalidad, por otro lado, tiene algunas limitaciones. Podrán inscribirse sociedades de hasta seis socios y agregar hasta tres administradores y representantes, que podrán ser o no socios (en total, nueve personas físicas), con régimen unipersonal o pluripersonal (no colegiado). En caso de administración pluripersonal, la representación podrá ser ejercida únicamente en forma indistinta o conjunta por todas las personas designadas. En el objeto no pueden estar comprendidas actividades agropecuarias, las que requieren un procedimiento especial de inscripción en la administración tributaria.

El mecanismo de constitución de la SAS consiste en completar los campos que va desplegando el formulario digital con la denominación social, la forma en que se integra y divide el capital, todos los datos referidos a los socios, representantes y administradores, y los tributos e impuestos que va a abonar. Llenado el formulario, se descarga el estatuto, el que deberán firmar los socios fundadores con firma electrónica avanzada y luego volver a cargar el documento una vez firmado electrónicamente. Al finalizar, el usuario descarga el formulario de constitución y recibe en su correo electrónico los comprobantes de inscripción en la DGR y en el organismo tributario y de seguridad social.

En este punto corresponde describir brevemente el sistema desarrollado por la Agesic respecto de las identificaciones digitales, proveedores de firma digital y niveles de seguridad al respecto.

El sistema tiene por nombre «Usuario gub.uy» (o, a secas, «Gub.uy»). Su objetivo principal es centralizar los trámites y procesos, teniendo como

centro al usuario, la facilidad de acceso y la usabilidad de la herramienta, con altos estándares de seguridad respecto de las formas de validación.

Para comprender mejor este sistema es necesario identificar en él tres niveles. El primero es el de los *sistemas informáticos integrados*. Dentro de este podemos ver las diferentes entidades —organismos estatales— que se han vinculado, las que permiten al usuario realizar distintos procesos y trámites. Actualmente hay integrados a la plataforma más de ciento sesenta sistemas estatales que permiten realizar más de mil trámites. En un segundo nivel está lo que se denomina *broker de identidades*. En el caso de Uruguay, ese rol lo cumple únicamente la Agesic, la entidad encargada de centralizar los diferentes procesos de autenticación y de registro de usuarios (básico, intermedio o avanzado). En el tercer y último nivel se encuentran los *proveedores de identificación acreditados* (IDP). Dentro de esta categoría existen en Uruguay cuatro opciones:

1. *Usuario gub.uy*. En este caso, la Agesic cumple un doble rol: además de *broker*, desempeña la función de IDP. El usuario podrá realizar trámites con su número de documento de identidad y su contraseña. Este tipo de acreditación permite niveles de seguridad básico o intermedio (no avanzado).
2. *Cédula de identidad con chip*. La Dirección Nacional de Identificación Civil es la entidad encargada de la expedición de dicho documento. Es un servicio de jurisdicción nacional dotado de cierta desconcentración que depende del Poder Ejecutivo a través del Ministerio del Interior. Los trámites pueden realizarse con esta cédula de identidad (vigente), un lector del chip contenido en ella y el ingreso de un *pin* de seguridad. La acreditación otorgada es de nivel de seguridad avanzado.
3. *ID digital (Abitab)*. La particularidad de este caso es que quien hace las veces de IDP es una entidad privada (Abitab), una red de cobranzas con cobertura nacional. El alta en este proveedor se realiza a través de un registro biométrico, de forma presencial en uno de los locales comerciales de la red. En este caso, se accede a los trámites mediante el plan contratado con Abitab y su aplicación web. El nivel de seguridad es, también en este caso, avanzado.
4. *TuID (Antel)*. El cuarto y último método de acceso al sistema es a través de Antel, la compañía estatal de telecomunicaciones —telefonía móvil, fija e internet— del Uruguay. El procedimiento es similar al anterior, con la diferencia de que en este caso se trata de una entidad pública. Para la realización de trámites, el usuario deberá tener un plan contratado con el organismo y su aplicación web. El nivel de seguridad es avanzado.

Para poder firmar los documentos deberán descargarse e instalarse los aplicativos correspondientes a cada uno de los tipos de firma.

Compartimos la postura de Falbo (s/f.) en el sentido de que, sin menospreciar la capacidad y utilidad de estos elementos para obtener una

firma, no podemos olvidar que la firma hológrafa jamás podrá realizarse por otra persona que no sea el otorgante —no puede desasociarse de su autor—, lo que no ocurre con este tipo de firma digital electrónica, a pesar de la equivalencia que el legislador le otorga.

## 4. El asesoramiento como elemento esencial para la creación de una persona jurídica

Es entendible y sano que los gobiernos tiendan a acelerar aquellos procesos que permiten el desarrollo de actividades comerciales y profesionales. Pero esos procesos no pueden carecer de elementos esenciales para su correcto funcionamiento.

La creación de una persona jurídica como la SAS tiene consecuencias de suma relevancia para sus participantes, ya sean accionistas, representantes o administradores; es importante que ellos manejen la información suficiente para conocer tanto sus derechos como sus obligaciones. Entender la diferencia entre sus actos a título personal y los actos de la sociedad —y conocer incluso la naturaleza jurídica del patrimonio del que dispondrá esta nueva entidad— es importante para otorgar el consentimiento. Elementos como el objeto, el capital o la forma de integración no pueden ser manejados por cualquier persona que simplemente tenga acceso de usuario y una firma digital: la materia misma sobre la que versa la cuestión requiere de un conocimiento técnico al respecto.

Si bien el método, *prima facie*, puede darnos certezas de quién está otorgando el acto, esto no quiere decir, necesariamente, que la persona conozca sus consecuencias jurídicas. Ello nos hace cuestionarnos lo siguiente: ¿acaso el legislador, al promulgar esta ley, pretendía que cada otorgante manejara al dedillo los artículos de la ley 19.820, además de complementarlos con los de la ley 16.060? ¿Debe el otorgante tener conocimientos impositivos y tributarios respecto de la sociedad?

Debemos recalcar que *las demoras* en la creación de una SAS —o cualquier otro tipo de sociedad comercial— *no son responsabilidad del acto notarial*, el que, en este caso, insume el tiempo de la creación del estatuto y el de las firmas. Las demoras vienen *a posteriori*.

## 5. Lo barato puede salir más caro

La expresión coloquial «lo barato sale caro» podría llegar a aplicar a la perfección en este caso. El escenario planteado nos lleva a más preguntas que surgen del análisis. ¿Cómo puede el usuario saber si lo que le conviene más para cumplir con el objeto comercial es una SAS o una sociedad de responsabilidad limitada (o incluso, en algunos casos, mantener la unipersonal que manejaba)? ¿Sabe el interesado la diferencia entre nombrar administradores con representación *conjunta* o *indistinta*? ¿El usuario está al tanto de que ciertos objetos sociales están limitados o deben estar

previstos de forma expresa, como, por ejemplo, las zonas francas o las instituciones emisoras de dinero electrónico? ¿Sabe el interesado cuáles son las consecuencias de no cumplir con las obligaciones impuestas por la ley de identificación de beneficiarios finales?

Es evidente que el costo para inscribir la SAS digital será inferior al de contar con el trabajo de un profesional idóneo y responsable detrás. Pero ¿estamos tomando en cuenta el costo de una decisión mal tomada por desconocimiento? ¿Termina siendo más barato, realmente?

En un mundo donde la tendencia es hacia una economía colaborativa, donde diferentes sujetos de ambientes diversos se juntan para un proyecto común, ¿qué emprendedor que pretenda iniciar un proyecto serio se va a lanzar solo, sin la colaboración de los agentes naturales en la materia —en este caso, un asesor que conoce de derecho, de creación de sociedades comerciales, etcétera— para comenzar su proyecto?

## 6. ¿La inscripción de una SAS Digital cumple con todos los elementos para una vida sana de la persona jurídica?

A diferencia de las personas físicas, las personas jurídicas necesitan una serie de elementos para considerarse válidamente constituidas y que sus actos comiencen a producir efectos en su esfera jurídica. La firma de los estatutos y las inscripciones en la DGR y en los organismos de recaudación tributaria y de seguridad social son, sin dudas, elementos esenciales para la constitución; pero existen otros elementos que no están incluidos en el «servicio» de SAS digital cuya falta podrían acarrear complicaciones para la sana actividad de la sociedad, con consecuencias que van desde multas hasta suspensión de la personería jurídica y nulidad en las transmisiones de las acciones.

Tal como expresamos, en lo no previsto por la LFE o el estatuto de la SAS regirá la LSC; esta será de aplicación preceptiva, entre otras cuestiones, en lo referido a las acciones, su transmisión y los libros sociales (LFE, art. 9.º).

## 7. Tipo de acciones: sus formas de transferirse y su relación con los libros sociales

El artículo 16 de la LFE establece: «El capital estará representado por acciones nominativas, endosables o no endosables, o por acciones escriturales que tendrán igual valor nominal y serán indivisibles». De su lectura surge que el legislador uruguayo optó por dejar excluidas las acciones al portador (los tipos de acciones mencionados tendrán relevancia al momento de registrarlas y transferirlas).

Las acciones *nominativas* son aquellas en las que se identifica al titular de la acción en el título y, además, en el libro de registro de acciones,

previsto por el artículo 333 de la LSC.[1] Se clasifican en *endosables* y *no endosables*. Las *endosables* se transmitirán por endosos. Para el ejercicio de sus derechos, el endosatario solicitará a la SAS el registro, de modo de cumplir con el proceso de *transfert* (entrega del título, endoso y registro de la transferencia en el libro). Las acciones nominativas *no endosables* tienen los mismos requisitos, con la salvedad de que el endoso se sustituirá por una cesión, la que podrá otorgarse en un documento privado o público, pero siempre por escrito.

Tal como comentan ALFARO y POZIOMEK (2020: 95), estamos frente a un aspecto *material* y otro *inmaterial*. El documento físico en las acciones nominativas será un elemento necesario para que el accionista pueda disponer de la acción, pero no para ejercer sus derechos sociales; para ello, la SAS se basará en lo registrado en el libro respectivo.

En cuanto a las acciones *escriturales*, son aquellas que están representadas mediante anotaciones en el correspondiente «libro de acciones escriturales». De él surgirá el nombre de los titulares, y servirá para probar su propiedad (LSC, art. 303).

A su vez, para todos los tipos de acciones previstos para la SAS, el artículo 305 de la LSC establece que la transmisión de las acciones o la constitución o transmisión de derechos reales que las graven deberán inscribirse en el libro de registro de acciones, fundamental para que surtan «efecto respecto a la sociedad y respecto a terceros».[2]

Cabe mencionar que el legislador también optó por pactar la *indivisibilidad* de las acciones; estas no podrán ser divididas parcialmente (los derechos y obligaciones de la acción deben ejercerse en su totalidad).

En lo que refiere a la formalidad de las acciones sociales, estas deberán cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 300 de la LSC. Ellos son:

1 Ley 16.060, artículo 333: «(*Libros de registro de títulos nominativos*). Las sociedades que emitan certificados provisorios, acciones, partes beneficiarias u obligaciones negociables nominativas, deberán llevar los respectivos Libros de Registro, en los que se anotarán el número de orden de cada título, su valor, y la individualización del titular. También se registrarán todos los negocios jurídicos que se realicen con los mismos y cualquier otra mención que derive de sus respectivas situaciones jurídicas y sus modificaciones. En las negociaciones jurídicas, las partes intervinientes deberán firmar los asientos sin perjuicio de lo establecido en el artículo 34 del decreto-ley 14.701, de 12 de setiembre de 1977. Tratándose de certificados provisorios también deberán anotarse las integraciones efectuadas».

2 Ley 16.060, artículo 305: «(*Trasmisibilidad*). La trasmisión de las acciones será libre. [=] El contrato social podrá limitar la trasmisibilidad de las acciones nominativas, o de las escriturales siempre que no implique la prohibición de su transferencia. La limitación deberá constar en el título o en el Libro de Registro de Acciones Escriturales, en su caso. [=] La trasmisión de las acciones nominativas, de las escriturales, y la constitución o trasmisión de los derechos reales que las graven deberán notificarse a la sociedad por escrito e inscribirse en sus respectivos registros de acciones. Surtirán efecto respecto de la sociedad y de los terceros desde esa inscripción. [=] Las acciones endosables se trasmitirán por una cadena ininterrumpida de endosos y para el ejercicio de sus derechos el endosatario solicitará el registro».

1) el nombre acción o certificado provisorio;
2) denominación y domicilio de la sociedad y datos de su inscripción en el Registro Público de Comercio;
3) capital social;
4) valor nominal y, en su caso, la clase de acción;
5) si es nominativa, el nombre del accionista;
6) fecha de creación, y
7) firma autógrafa de quien o quienes representen a la sociedad.

Además del ya mencionado libro de registro de accionistas o de acciones escriturales, la SAS deberá llevar otros dos libros adicionales como mínimo: el libro de asistencias de asamblea y el libro de asambleas, administrador (o directorio), inventario y copiador de cartas.

## 8. Obligación de la sociedad de identificar sus beneficiarios finales

El referido artículo 16 de la LFE también establece que serán de aplicación a las SAS las disposiciones relativas a la identificación de beneficiario final y de titulares de participaciones accionarias, conforme a lo establecido por la ley 19.484.[3] Por ello, se deberán comunicar al Banco Central del Uruguay los titulares de las acciones y sus beneficiarios finales al momento de la constitución (y posteriormente, si surgen modificaciones).

Es menester aclarar que la remisión incompleta o inexacta de la información o el incumplimiento de los plazos previstos por la referida ley para identificar y comunicar los beneficiarios finales de las participaciones patrimoniales serán pasibles de sanciones que pueden ir desde una observación o apercibimiento hasta la multa de mil veces el valor máximo de la multa por contravención establecida en el artículo 95 del Código Tributario (ley 19.484, art. 32). Sin el cumplimiento de este requisito, tampoco podrán inscribirse actos ni negocios jurídicos en los registros dependientes de la DGR (decreto 166/017, art. 17). Dichas sanciones acarrean consecuencias no solo para los titulares de las acciones, sino también a los representantes e incluso al posible adquirente de esos títulos.

Del análisis de estos puntos mencionados destacamos la importancia de la necesaria coherencia y adecuado registro de sus accionistas, tanto para los titulares de esos derechos representados en acciones como para los terceros. El desconocimiento puede llevar a una persona a no tener debidamente consignado su derecho y su participación en la sociedad. Es por estas razones que consideramos sustancial e imprescindible el asesoramiento de un profesional idóneo como lo es el escribano.

3 Aprobación de normas de convergencia con los estándares internacionales en transparencia fiscal internacional, prevención y control del lavado de activos y financiamiento del terrorismo.

## 9. ¿Qué tiene el escribano para aportar? La función notarial asesora

La función notarial asesora, muchas veces olvidada, forma parte esencial de la función notarial de tipo latino, junto con la función autenticante y la función de formación.

Sosa Rodríguez (2012) sostiene que

> cuando se solicita nuestra intervención profesional, nuestro primer contacto con los requirentes es para conocer lo que las partes desean, ver un esquema primario de la voluntad negocial, procurando descubrir cabalmente sus propósitos y analizar sobre la posibilidad o imposibilidad jurídica de realizar el negocio.
>
> Ilustramos, asesoramos, orientamos, proponiendo los medios jurídicos idóneos para alcanzar el fin que se persigue.

El escribano tiene el deber de informar a sus clientes acerca del acto o negocio jurídico que van a realizar y de sus consecuencias (Bouvier, 2018). Es por eso que elabora un documento, ajustado a derecho —función de forma—, resultado de la intención de las partes. Pero para ello, las partes debieron ser guiadas por el escribano para que, en primer lugar, se ajusten a derecho, y en segundo lugar, entiendan las consecuencias del acto a firmar. Por último, el escribano autentica —función autenticante— las voluntades allí plasmadas.

La finalidad del asesoramiento es justamente prevenir un litigio. En tal sentido, Sosa Rodríguez (2012) agrega: «Nuestra función es esencialmente cautelar (sinónimo de *prevenir*, *precaver*); ser cauto es actuar con precaución y reserva. Es tarea del escribano adelantarse a prevenir y precaver los riesgos que la incertidumbre jurídica pueda acarrear a los clientes».

A diferencia del *notary public* anglosajón, por ejemplo, cuyas funciones —otorgadas a cualquier buen vecino, sin conocimientos de derecho— son muy limitadas, el escribano de tipo latino va mucho más allá, con funciones más complejas y con un poder más amplio, cuya contrapartida es una gran responsabilidad. Y cuando ese poder no es bien ejercido, el escribano debe responder. ¿Quién responde en caso de que la SAS haya sido creada por el socio, que apenas entendía la diferencia entre los tipos de acciones, no conocía bien el concepto de *capital* y mucho menos manejaba las diferentes formas de integrarlo y sus medios de pago?

## 10. La problemática que plantea la SAS digital frente al acto o contrato fundacional otorgado en el extranjero

La constitución de forma digital permite que como domicilio en el que se realiza la firma del estatuto se seleccione un país distinto a Uruguay. En esta hipótesis, el contrato se otorgaría por los socios fundadores en un

tercer Estado, a distancia, utilizando los mecanismos de firma previstos para la constitución digital de la SAS.

Supongamos que esos socios cumplen con los requisitos previstos por el decreto reglamentario para constituir una SAS de forma digital: son personas físicas —los administradores o representantes también son personas físicas—, cuentan con «usuario gub.uy» —pueden registrarse personas con documento extranjero— y con firma electrónica avanzada. Estaríamos, entonces, frente a un contrato otorgado en un Estado que pretende surtir efectos en otro. Corresponde hacer un análisis desde el derecho internacional privado (DIP).

Para determinar qué tipo de norma utilizar debe precisarse cuáles son los ordenamientos jurídicos involucrados, considerando los elementos de extranjería relevantes para el DIP. Conforme al artículo 1.º de la Convención Interamericana de Normas Generales de Derecho Internacional Privado, ante un caso internacional debemos recurrir, en primer lugar, a las normas de DIP de fuente internacional ratificadas por Uruguay, y en defecto de norma internacional, aplicar normas de DIP de fuente nacional.[4]

Tanto el artículo 2.º de la Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Sociedades Mercantiles como el artículo 192 de la LSC disponen que la existencia, capacidad, funcionamiento y disolución de las sociedades comerciales se regirán por la ley del lugar de su constitución; entienden que será este donde «se cumplan los requisitos de forma y fondo requeridos para la creación». Esto implica que deberá ser el orden jurídico del lugar de su constitución el que determine cuándo estamos frente a una sociedad comercial.

Tal como señalan ALFARO y POZIOMEK (2020: 34), el punto central a interpretar es qué entendemos por «creación» de la sociedad comercial y cuáles son los requisitos de forma y fondo para ello. De acuerdo con lo previsto en el artículo 13 de la LFE, desde el momento en que se otorga el acto constitutivo, la SAS es persona jurídica y se encuentra en formación hasta que cumpla con el requisito de finalización de la inscripción en el Registro (inscripción definitiva). En tal sentido, las autoras citadas agregan que «admitir que el estatuto de una SAS regulada por el derecho uruguayo se otorgue en el exterior sería admitir que la autonomía de la voluntad determine el derecho aplicable a la sociedad comercial, lo cual no está previsto en la normativa vigente» (2020: 34).

En nuestra opinión, no hay dudas en cuanto a que la creación de la SAS se da con el acto fundacional. Por tanto, si este es otorgado en país extranjero, la sociedad se regirá por la ley del lugar de su constitución, aunque luego

4 Artículo 1.º: «La determinación de la norma jurídica aplicable para regir situaciones vinculadas con derecho extranjero, se sujetará a lo establecido en esta Convención y demás convenciones internacionales suscritas o que se suscriban en el futuro en forma bilateral o multilateral por los Estados Parte. En defecto de norma internacional, los Estados Parte aplicarán las reglas de conflicto de su derecho interno».

se inscriba en el Registro Nacional de Comercio uruguayo. Estaríamos, entonces, frente una sociedad extranjera que, cuando pretenda actuar en nuestro país, deberá atenerse a los requisitos que la normativa uruguaya prevé para la actuación de sociedades extranjeras.

Nos preguntamos si el legislador, al prever esta posibilidad de constituir sociedades comerciales desde el extranjero, estudió las posibles consecuencias que acarrea desde el punto de vista del derecho comercial internacional.

## 11. Conclusiones

La constitución de sociedades comerciales con prescindencia de la función notarial es un riesgo muy grande para los sujetos que intervienen en ellas y, en consecuencia, para quienes contratan con ellas (es decir, la sociedad toda). La creencia de que la función del escribano se reduce a «rellenar formularios» ignora que cada negocio que se le presenta es diferente; por tanto, hay una función creadora por parte del profesional que tiene que ver con la técnica documentaria del negocio jurídico. Al respecto, uno de los principios del sistema notarial de tipo latino es la seguridad jurídica preventiva, mediante el deber de asesoramiento, para evitar posibles daños o perjuicios y lograr así la pacificación social, sin futuros litigios.

Si bien es cierto que la seguridad informática da la posibilidad de garantizar la inalterabilidad de la información en el documento, ello no implica que haya consentimiento de la parte ni que quienes intervienen hayan comprendido cabalmente las consecuencias jurídicas del acto que van a otorgar. Mediante la constitución digital, tampoco se garantiza la presencia simultánea de otorgantes, ya que nada impide que una tercera persona, con acceso a la clave de quien figura como firmante, sea quien realmente esté firmando el documento.

Por otro lado, la presencia del escribano como autorizante del negocio jurídico se transforma en una garantía de veracidad, en cuanto coloca al hecho —y a quienes intervienen en él— en un espacio temporal determinado. El escribano, al intervenir en el negocio, lo dota de una garantía de seguridad en cuanto a la fecha de la celebración del acto, quiénes fueron los que participaron en él y cuál fue la voluntad de quienes intervinieron; lo hace inoponible frente a todos los terceros, eximiendo al juez de averiguar si en verdad el acto jurídico se quiso celebrar de esa forma.

También debe desterrarse la creencia de que la burocracia es responsabilidad del escribano. El acto notarial, en este caso, insume el mismo tiempo que la constitución de la SAS digital; quienes prevén mecanismos más extensos de tiempo son los demás organismos que intervienen en el proceso (Registros públicos, organismo tributario y de seguridad social), cuando la función que deben cumplir es exactamente la misma que cuando se crea una SAS digital. ¿Por qué la SAS «notarial» les insume más tiempo? A nuestro entender, el Estado eliminó —de forma equivocada— en este proceso de SAS digital una parte cualitativa de la creación de este tipo social.

Por último, entendemos cuestionable que las SAS constituidas por este mecanismo desde el exterior sean consideradas SAS uruguayas. Existen elementos jurídicos para argumentar que son personas jurídicas extranjeras, con las consecuencias que esto acarrea. Esta última posibilidad, sin dudas, no fue la intención del legislador.

## Bibliografía referida


Alfaro Borges, Jenifer, y Poziomek Rosemblat, Rosa (2020). *SAS como vehículo de inversiones. Aspectos societarios, tributarios y de seguridad social*. Montevideo: Ediciones del Foro.

Bellocq, Pedro, y Grilli, Alejandro (2019). *Formas jurídicas para emprender: manual para elegir la estructura legal adecuada*, 3.ª ed. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.

Berdaguer, Jaime (1998). *Sociedades extranjeras: principales aspectos de su actuación y contralor*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.

Bouvier, Elisabeth (2018). «La función asesora del notario: equilibrio entre la protección de datos de salud y la dignidad humana». Trabajo presentado a la 1.ª Jornada Académico-Notarial sobre los Derechos Humanos (Montevideo, 12 jun.). Montevideo: Asociación de Escribanos del Uruguay.

Falbo, Santiago (s/f.). «Protocolo digital. Nuevas tecnologías y función notarial». Buenos Aires: Consejo Federal del Notariado Argentino. Recurso en línea. Disponible en: ‹http://www.cfna.org.ar/protocolo-digital-nuevas-tecnologias-y-funcion-notarial/›.

Fresnedo, Cecilia (2009). *Curso de derecho internacional privado*, tomo II, vol. 2. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.

Lapique, Luis (2021). *Convenios de accionistas. Análisis práctico de su contenido y utilización. Sociedades anónimas y SAS*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.

Olivera García, Ricardo (2019). «Sociedad por acciones simplificada. Banco de pruebas para la reforma societaria». En *El derecho comercial en el camino de revisión de la normativa societaria y concursal*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, pp. 345-356.

Organización de Estados Americanos (2021). «La ley modelo sobre sociedades por acciones simplificadas: la situación de las reformas en la región». Organización de Estados Americanos, Departamento de Derecho Internacional.

Santos Belandro, Ruben (2008). *Derecho comercial internacional*. Montevideo: Asociación de Escribanos del Uruguay.

Sosa Rodríguez, Adriana (2012). «Función notarial». Trabajo presentado a la 15.ª Jornada Notarial Iberoamericana (Madrid, 28 a 31 may.). Montevideo: Asociación de Escribanos del Uruguay.

## Normativa relacionada

### Leyes y decretos nacionales

Ley 16.060 (sociedades comerciales).
Ley 18.930 (regulación de la información sobre participaciones patrimoniales al portador con destino al Banco Central del Uruguay).
Ley 19.484 (aprobación de normas de convergencia con los estándares internacionales en transparencia fiscal internacional, prevención y control del lavado de activos, y financiamiento del terrorismo).
Ley 19.820 (LFE).
Decreto 399/019 (reglamentación del título II de la ley 19.820, relativa al régimen jurídico de las SAS).

### Convenios internacionales

Convención Interamericana de Normas Generales de Derecho Internacional Privado.
Convención Interamericana sobre Conflicto de Leyes en Materia de Sociedades Mercantiles.

# Las jurisdicciones voluntarias en el desarrollo de los sistemas notariales latinos de España, Ecuador y demás países de Iberoamérica

por Stalin Javier Lucas Baque*
y José Jesús Albert Márquez**

Resumen

*El presente artículo abarca un importante y actual tema de la actividad notarial en países europeos y americanos que utilizan el sistema latino, como es el de las atribuciones de jurisdicción voluntaria y, en particular, las que nacieron entre las competencias de los operadores de justicia y que hoy le son conferidas a la función notarial. En este esquema conceptual, se plantea la discusión en torno a semejanzas y diferencias; beneficios, ventajas y limitantes; avances e innovaciones de las atribuciones de jurisdicción voluntaria otorgadas a este órgano auxiliar de la función judicial de España y de Ecuador, y de manera particular, la atribución del divorcio consensual en sede notarial, su evolución y su aceptación progresiva en los países del sistema latino. Finalmente, una panorámica de algunos países europeos y americanos que han adoptado el sistema fedatario notarial más aceptado en el mundo.*

* Diplomado superior en tributación; especialista en tributación; magíster en tributación y finanzas; doctor en jurisprudencia; abogado de los juzgados y tribunales de la República; licenciado en ciencias de la comunicación, especialización Periodismo; licenciado en ciencias sociales y políticas; PhD en ciencias sociales y jurídicas por la Universidad de Córdoba (UCO), España; notario primero público del cantón de Montecristi (provincia de Manabí, Ecuador); docente titular de la Facultad de Derecho de la Universidad Laica Eloy Alfaro de Manabí (ULEAM; ciudad de Manta, provincia de Manabí, Ecuador).

** PhD en ciencias sociales y jurídicas por la UCO, España, con mención europea; docente y secretario académico de la Facultad de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales de la UCO.

Sumario

I. Introducción. II. Bases teóricas. III. La jurisdicción voluntaria en los sistemas notariales de España y Ecuador. IV. Derecho notarial comparado. V. Perspectivas futuras de las jurisdicciones voluntarias. VI. Conclusiones.

## I. Introducción

El origen y desarrollo del derecho notarial español tiene raíces antiquísimas; se remonta a mucho antes de la propia configuración de España como Estado soberano. La evolución de su derecho positivo y doctrinal se ha enriquecido a través del tiempo, influenciados por el desarrollo económico, comercial, industrial y social, la integración política y su reflexión jurídica.

Por su parte, el derecho notarial ecuatoriano fue influenciado directamente por el notariado español. De hecho, desde su mismo nacimiento, tuvo su origen en la colonia. La fe pública fue otorgada a los escribas que acompañaban a los líderes conquistadores. Esta influencia ha estado presente no solo por las características propias del notariado latino, sino por las similitudes idiomáticas y las de sus sistemas jurídicos.

Los estudios doctrinales realizados en el ámbito notarial en estos dos países de sistema notarial latino abarcan o bien instituciones específicas en el ámbito notarial local o de la esfera doctrinal, o bien el funcionamiento y la estructuración del sistema notarial de un determinado estado, o bien el desarrollo y la evolución de una determinada atribución, sin que exista un estudio sistemático del desarrollo integral de cómo funciona y cómo se aplica el derecho notarial en dos naciones distintas.

En efecto, la finalidad de esta investigación es realizar un estudio sistemático comparativo entre los sistemas notariales de España y Ecuador sobre las llamadas «atribuciones de jurisdicción voluntaria», además de presentar una visión global de esta institución en el notariado europeo y el notariado latino de América. Los principales resultados alcanzados son la identificación de las semejanzas y diferencias de los sistemas notariales latinos de España y de Ecuador, la influencia que ha ejercido el país europeo tanto en Ecuador como en otras naciones sudamericana en el ámbito del derecho notarial y el desarrollo de las atribuciones de jurisdicción voluntaria en los países que han adoptado el sistema notarial latino.

## II. Bases teóricas

La actividad notarial ha sido necesaria como expresión cultural, social, jurídica, mercantil, contractual y patrimonial desde el mismo nacimiento

de la civilización;[1] específicamente, desde el nacimiento de la propiedad privada en el plano económico, que dio paso a relaciones más complejas entre los seres humanos.

Si bien el derecho romano sentó sólidas bases para la configuración de la mayoría de los sistemas jurídicos del mundo occidental,[2] en la actualidad, el sistema notarial latino se encuentra fortalecido en la mayor parte de los países.[3]

En la propia dinámica jurídica de cada país, se han creado, derogado y modificado las atribuciones que tiene los notarios públicos, actualizándose en base a las necesidades y políticas propias de cada nación. Sin embargo, existe una generalizada tendencia de desjudicializar de la actividad jurisdiccional aquellos procesos que no son propiamente contenciosos.

Los procesos de jurisdicción voluntaria, desde su origen en el derecho romano (Flores, 1995: 264), tienden a «regular los expedientes que, tramitándose ante los órganos jurisdiccionales, no comportan controversia que deba sustanciarse en un proceso contencioso» (Núñez, 2015: 153). Hoy, la tendencia generalizada en todos los países de sistema latino es la de transferir a la actividad notarial este tipo de actuaciones. Las razones por las que las legislaciones adoptan esta corriente están fundamentadas en los beneficios, ventajas y utilidades que tienden a volver más efectiva y rápida la administración de justicia. Como afirma Flores (1995), por un lado, «[permite] a los jueces concentrar esfuerzos para atender aquellos casos que les son propios y así aliviarlos de una actividad que no es propiamente jurisdiccional»; por otro, «responde a una inquietud concreta cuya utilidad práctica y efecto inmediato es la descongestión de los casos

1 No existe consenso en la exactitud del momento del nacimiento del derecho notarial. Tratadistas como el mexicano José Luis Béjar Fonseca se suman a Weise al afirmar que excavaciones arqueológicas evidencian actividad notarial en los «asirios, babilónicos, caldeos y egipcios, y más tarde, los griegos y los romanos» (Béjar, 1999). Por su parte, el peruano Moisés Goldez Cortijo ubica a los egipcios en primer lugar, y luego, a los medos como cuna del derecho notarial (Goldez, 2009).

2 Tras la caída del Imperio romano, los pueblos conquistadores absorbieron la riqueza jurídica del derecho romano y lo conservaron a través del tiempo. Según señala el notario e historiador José Bono, en la baja Edad Media, el Fuero Juzgo, versión del Liber Iudiciorum —la legislación de los godos españoles escrita en la naciente lengua castellana—, se armonizó con leyes visigodas de uso y observancia dentro y fuera de España, perdurando aun en el período de dominación musulmana.

3 Existen destacadas organizaciones regionales continentales de países que han adoptado el sistema notarial latino. Un claro ejemplo es el Consejo de Notariados de la Unión Europea (cnue), que en Europa representa a los más de 45.000 notarios —y los 120.000 profesionales que trabajan en las notarías— procedentes de los 22 países europeos que siguen el sistema notarial latino (Notaries of Europe, s/f.). Además, el notariado latino está organizado en la Unión Internacional del Notariado (uinl), fundada en 1948, creada con la finalidad de promover, coordinar y desarrollar la función y la actividad notarial. La uinl está conformada actualmente por 83 países del todo el mundo: 21 de América, 19 de África, 9 de Asia y 37 de Europa, y cuenta con más de 200.000 notarios en todo el mundo (Consejo del Notariado, s/f.).

que atiende el Poder Judicial […], beneficiando fundamentalmente a los particulares: quienes recurran a los notarios se verán beneficiados por la celeridad del trámite notarial» (ibídem).

Las características de la jurisdicción voluntaria son acertadamente enumeradas por el jurista español Rafael Gómez-Ferrer Sapiña: *a*) voluntariedad para las partes, no para el magistrado; *b*) ausencia de conflicto de intereses entre las partes, y *c*) asesoramiento[4] de las partes (Gomez-Ferrer, 1992).

José Arrache, al analizar la amplitud y la trascendencia del notariado, categoriza al notariado como la magistratura de la jurisdicción voluntaria que, con autoridad y función de justicia, aplica la ley a los actos que se celebran (Arrache, 2007). Luego, corrobora «al notario como digno de ejercer el oficio cual si fuera un magistrado, por lo mismo que actúa como funcionario de justicia legalizador de los derechos y obligaciones de las partes que a él acuden voluntariamente», aun cuando en su análisis no abarca las atribuciones de procesos no contenciosos.[5]

Gerd Langhein, al referirse a la actuación del notario, destaca «su tarea esencial como jurista contractual […]. Además, desempeña numerosas tareas de la administración de justicia de la jurisdicción voluntaria» (Langhein, 1992: 104).

En el marco legal, el artículo 3.º del Reglamento del Notariado Español[6] determina que al notariado «le corresponde íntegra y plenamente el ejercicio de la fe pública en cuantas relaciones de derecho privado traten de establecerse o declararse sin contienda judicial». Apréciese la amplitud de las expresiones «cuantas relaciones» y «sin contienda judicial», que dejan todo un campo abierto a las atribuciones de jurisdicción voluntaria.

En el escenario jurídico ecuatoriano, la *jurisdicción voluntaria* se entendía, hasta hace poco, en el anterior Código Adjetivo Civil,[7] como «la que se ejerce en los asuntos que, por su naturaleza o por razón del estado de las cosas, se resuelven sin contradicción».[8] El actual artículo 334 del Código

4 En Ecuador, el asesoramiento, como regla general, es una prohibición expresa al juez, por su esencia imparcial en controversias. Es permitida, sí, en procesos no contenciosos y en la teórica mediación que realiza en las audiencias y en cualquier estado de la causa, conforme las facultades jurisdiccionales del artículo 130, numeral 11 del Código Orgánico de la Función Judicial (cofj). Sin embargo, este asesoramiento es más común y forma parte de los principios del notariado latino (Lucas Baque y Albert Márquez, 2023).

5 Es la visión conceptual doctrinal que Arrache (2007) califica de «puramente teórica», debido a que en las legislaciones de los sistemas latinos no se le otorga al notario calidad de magistrado (ni siquiera de Paz).

6 Reglamento de la Organización y Régimen del Notariado Español, aprobado por decreto de 2.6.1944 y publicado en el *boe* n.º 189, de 7.7.1944.

7 El Código de Procedimiento Civil ecuatoriano estuvo vigente desde 2005 hasta mayo de 2016, cuando empezó a regir íntegramente el cogep. Cuando este fue publicado en el *Registro Oficial* (2015) entraron inicialmente en vigencia normas reformatorias referente al cofj, la Ley Notarial y la Ley de Arbitraje y Mediación, conforme a la segunda disposición final.

8 Inciso 2.º del artículo 3.º del Código de Procedimiento Civil ecuatoriano (derogado).

Orgánico General de Procesos (COGEP)[9] se limita a enumerar seis procesos a los que «se considerarán procedimientos voluntarios, con competencia exclusiva de las o los juzgadores […]»,[10] y en el inciso final agrega: «[…] y aquellas en que por su naturaleza o por razón del estado de las cosas, se resuelvan sin contradicción».[11] Otras fueron concedidas a los notarios, «como intervenir en ejercicio de la fe pública de la que se encuentran investidos, en los asuntos no contenciosos determinados en la ley, para autorizar, conceder, aprobar, declarar, extinguir, cancelar y solemnizar situaciones jurídicas […]».[12]

Sobre la naturaleza de esta institución, discusiones conceptuales han trascendido el tiempo y el espacio. Por un lado, el español Rafael GÓMEZ-FERRER afirma: «La jurisdicción voluntaria no es una figura jurídica procesal auténtica, sino una figura administrativa que por razones de diversa índole se confía a órganos judiciales» (GÓMEZ-FERRER, 1992). El insigne procesalista español del siglo pasado Jaime GUASP DELGADO y el italiano Giuseppe CHIOVENDA[13] expresan: «No puede incluirse entre las actividades jurisdiccionales la llamada *jurisdicción voluntaria*, que no es en absoluto jurisdicción» (FLORES, 1995: 266). En Italia,[14] Francesco CARNELUTTI[15] y Piero CALAMANDREI[16] sostenían que «la jurisdicción llamada *contenciosa* es jurisdicción, mientras la jurisdicción llamada *voluntaria* no es jurisdicción, sino que es administración ejercida por órganos judiciales» (CALAMANDREI, SENTÍS MELENDO y ALSINA, 1962).

Otra discusión a nivel del notariado latino ha sido la terminológica: la «jurisdicción voluntaria», en su significado doctrinal y legal, ha referido en forma exclusiva a la administración de justicia, fuera de la actividad notarial. En este sentido, en la XIV Jornada Notarial Iberoamericana —Punta Cana, 2010—, en la primera de las ponencias del Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, sobre «Intervención notarial en asuntos no contenciosos: presente y futuro en Iberoamérica», sugirió la limitación del término «procesos de jurisdicción voluntaria» a aquellos que, no existiendo litigio entre partes, continúan dentro de la competencia judicial; y en su

9 COGEP, publicado en *Registro Oficial* n.º 506, de 22.5.2015.

10 COFJ, publicado en el *Registro Oficial*, supl. 544, de 9.3.2009, artículo 334.

11 Ibídem.

12 En la disposición reformatoria segunda, numeral 9.º, el COGEP agregó este inciso al final del artículo 296 del COFJ.

13 Autor de cuatro obras jurídicas importantes —todas, de carácter procesal—; una de ellas —«Acción en el sistema de los derechos»—, traducida al español.

14 Este país europeo también forma parte de sistema notarial latino.

15 Catalogado como uno de los más eminentes abogados y juristas italianos de la historia, fue autor de más de cuarenta obras —casi todas, de materia de derecho (nueve de ellas, traducidas al español)— en el área civil, procesal civil, penal y procesal penal.

16 Docente en cuatro universidades: Mesina (1915-1918), Módena (1918-1920), Siena (1920-1924) y Florencia (1924-1956); rector de esta última desde 1943, y autor de 16 obras jurídicas (algunas, de carácter procesal).

lugar, la utilización del término «procesos o asuntos no contenciosos»[17] para aquellos que, sin existir controversia alguna entre partes, son atribuidos a la competencia notarial para su tramitación. No obstante, pocos son los países que en sus legislaciones utilizan la terminología sugerida.[18]

## III. La jurisdicción voluntaria en los sistemas notariales de España y Ecuador

Aunque fue el I Congreso Internacional del Notariado Latino —Buenos Aires, 1948— el que declaró que la jurisdicción voluntaria debía ser atribuida exclusivamente a competencia notarial, debieron pasar décadas para que ello se extendiera y generalizara en los sistemas notariales europeos y americanos.

Un hecho particular de las atribuciones de jurisdicciones voluntarias en España es que, durante la Edad Media, formaron parte de la actividad del notariado español y subsistieron hasta la promulgación de la Ley del Notariado, en 1862;[19] esto limitó la actuación notarial en el ámbito de las relaciones jurídico-privadas y atribuyó a los jueces la denominada «jurisdicción voluntaria» (Rojas, 2003). Con la aprobación posterior de leyes civiles y procesales fue incrementándose, siempre de forma limitada, la participación del notario en procesos de jurisdicciones voluntaria.

La Ley de Enjuiciamiento Civil, de 1881, incluyó contadas atribuciones a los notarios en el ámbito de la jurisdicción voluntaria: protocolización de acta de deslinde y amojonamiento, de auto que aprueba las informaciones *ad perpetuam memoriam* y de testamento hecho de palabra.

La aprobación del reglamento de la Ley del Notariado, en junio de 1944, permitió a los notarios «funciones de autenticación, homologación o documentación de negocios o actos jurídicos» (Fernández de Buján, 1986). La inclusión en los artículos 209 y 210 de diversas actas de notoriedad permitió continuar dando pasos en la competencia de actos de jurisdicción

17 Desde 1965, la organización del notariado internacional ha puesto énfasis en este tema. Así, en el VIII Congreso Internacional del Notariado (1965), ya se cuestionó que el uso del término («jurisdicción voluntaria») «no satisface, por ser equívoco, y debe buscarse una denominación específica para aquellos actos que, por su naturaleza, correspondan a la competencia notarial». En 1988, en la IV Jornada Notarial Iberoamericana, se recomendó usar la expresión «procesos o procedimientos no contenciosos en sede notarial». Y en 1992, en el XX Congreso Internacional del Notariado, se sugirió el uso del término «competencia notarial en asuntos no contenciosos» (Posteraro, 2010).

18 Guatemala y Perú expresan, en su normativa legal, el término «procesos no contenciosos» en vez de «jurisdicción voluntaria» al referirse a las atribuciones notariales de esta naturaleza.

19 De hecho, en España, desde 1855, se seguía regulando la jurisdicción voluntaria en la legislación procesal civil, confundidas y acumuladas judicial y notarial.

voluntaria. En esa misma época, con la aprobación de la Ley Hipotecaria[20] y su reglamentación, en febrero de 1947, aplicaron en materia registral las actas de notoriedad.

La aprobación de la ley 10/1992, de 30 de abril, «de medidas urgentes de reforma procesal», reforma el artículo 979 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y faculta en forma exclusiva a los notarios para la declaración de herederos cuando son los únicos parientes que se crean con derecho a una herencia, también mediante acta de notoriedad. El real decreto 1368/1992, de 13 de diciembre, reformó el artículo 209 del Reglamento Notarial, regulando específicamente su procedimiento.

Con la aprobación de la nueva Ley Procesal Civil, en 2000, los notarios españoles tendrían apertura para incorporar nuevas competencias, por lo que se dispuso la necesidad de regular en leyes procesales la jurisdicción voluntaria en sede notarial (Fernández de Buján, 2016).

Lo que debería ser en dos años, en la práctica, se postergó década y media. No obstante, España dio un salto muy importante en la actividad fedataria con la aprobación de la ley 15/2015, de 2 de julio. Conocida como «Ley de Jurisdicción Voluntaria», la disposición otorgó unas 39 atribuciones: la mitad, en materia sucesoria; otras, en familia, derechos reales y obligaciones, reformando tanto la ley sustantiva civil española[21] como normas procesales, además de normas mercantiles, hipotecarias, navieras y de mediación, entre otras. Estas modificaciones, aunque de marcado carácter procesal o notarial, no abandonaron «la casa común del Código Civil» (Núñez, 2015: 154). El gran salto en materia de atribuciones notariales —entre las más novedosas de esta reforma: la facultad de los notarios para celebrar matrimonio[22] y solemnizar el divorcio sin hijos—[23] puso a España muy a tono con la mayoría de los países del sistema notarial latino.

20 Ley Hipotecaria, aprobada por decreto de 8.2.1946, publicado en el *boe* n.º 58, de 27.2.1946.

21 La disposición final primera de la ley ha modificado 98 artículos del Código Civil; entre ellos, el artículo 87, que dice: «Los cónyuges también podrán acordar su divorcio de mutuo acuerdo mediante la formulación de un convenio regulador ante el secretario judicial o en escritura pública ante notario». Código Civil español, aprobado por real decreto de 24.7.1889, publicado en el *boe* n.º 206, de 25.7.1889.

22 Esta atribución no es exclusiva del notario: la comparte con los jueces de Paz, alcaldes, concejales y secretarios judiciales, de acuerdo con el artículo 51 de la ley 15/2015.

23 Al igual que en otras legislaciones notariales, en España se condiciona el actuar notarial con la circunstancia de que en el matrimonio no haya hijos. En Ecuador, desde 2006, existe esta figura; se diferencia actualmente en el hecho de que en la nación europea aun el letrado de la Administración de Justicia comparte esta posibilidad. Por su parte, en nuestro país, con la aprobación del cogep (2015), esta atribución se torna exclusiva del notario público (Lucas Baque y Albert Márquez, 2020).

De manera resumida, podemos enunciar las siguientes competencias atribuidas a los notarios españoles en materia de jurisdicción voluntaria:

— *En materia de familia*: renuncia o prórroga del cargo de albacea;[24] separación o divorcio de mutuo acuerdo sin hijos menores no emancipados.[25]
— *En materia sucesoria*: nombramiento, renuncia o prórroga del cargo de contador partidor y aprobación de la partición de la herencia realizada por el contador-partidor dativo;[26] formación de inventario de los bienes y derechos del causante a los efectos de aceptar o repudiar la herencia;[27] declaración de herederos *ab intestato*;[28] presentación, adveración, apertura y protocolización de los testamentos cerrados;[29] presentación, adveración, apertura y protocolización de los testamentos ológrafos;[30] presentación, adveración, apertura y protocolización de los testamentos otorgados en forma oral.[31]
— *En materia de obligaciones*: consignación;[32] reclamación de deudas dinerarias no contradichas.[33]
— *En materia de derechos reales*: expediente de deslinde de fincas inscritas;[34] expediente de rectificación de superficie;[35] expediente de dominio sobre fincas no inscritas;[36] expediente de reanudación de tracto sucesivo interrumpido.[37]
— *En materia mercantil*: robo, hurto, extravío o destrucción de títulos-valores o representación de partes de socio;[38] nombramiento de peritos

24 Artículo 66 de la Ley del Notariado, atribución compartida con el secretario judicial (art. 91 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria).
25 Artículo 54 de la Ley del Notariado, atribución compartida con el secretario judicial (arts. 82 y 87 del Código Civil).
26 Artículo 66 de la Ley del Notariado; atribución compartida con el secretario judicial (art. 92 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria).
27 Artículos 67 y 68 de la Ley del Notariado.
28 Artículos 55 y 56 de la Ley del Notariado.
29 Artículos 57 a 60 de la Ley del Notariado.
30 Artículos 57 a 60 de la Ley del Notariado.
31 Artículos 64 y 65 de la Ley del Notariado.
32 Artículo 69 de la Ley del Notariado; atribución compartida con el secretario judicial (arts. 98 y 99 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria).
33 Artículos 70 y 71 de la Ley del Notariado.
34 Artículo 200 de la Ley Hipotecaria.
35 Artículo 201 de la Ley Hipotecaria.
36 Artículo 203 de la Ley Hipotecaria; atribución compartida con los registradores de la propiedad.
37 Artículo 208 de la Ley Hipotecaria.
38 Artículo 78 de la Ley del Notariado; atribución compartida con el secretario judicial (arts. 132 a 135 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria).

en contratos de seguros;[39] depósito de bienes muebles, valores o efectos mercantiles y venta de los bienes o efectos depositados;[40] protestas de mar por incidencias de viaje;[41] liquidación de avería gruesa;[42] depósito y venta de mercancías y equipajes en el transporte marítimo;[43] extravío, sustracción o destrucción del conocimiento de embarque;[44] enajenación de efectos mercantiles alterados o averiados.[45]

— *En materia de subastas voluntaria*: subasta notarial.[46]

— *En materia de mediación*: conciliación.[47]

Por su parte, Ecuador tampoco estuvo ajeno a esta corriente mundial del notariado latino. Desde 1996, el legislador ecuatoriano agregó las primeras atribuciones voluntarias, añadiendo en el artículo 18 de la Ley Notarial los numerales 10 a 18; diez años después, en 2006, el legislador incrementó este tipo de atribuciones a los notarios con la promulgación de la ley número 62, que insertó los numerales 19 a 27; en 2014, incorporó el numeral 28;[48] en 2015 con la entrada en vigencia del COGEP, se agregaron nueve atribuciones más de jurisdicción voluntaria en la ley y se decretó que todas son exclusivas del notario; luego, una ley reformatoria a la Ley Notarial, en 2016,[49] actualizó algunos numerales de tal manera que afectó tanto atribuciones notariales tradicionales como las de jurisdicción voluntaria,[50] y agregó una más, completando las actuales 38 que conforman

39 Artículo 80 de la Ley del Notariado; atribución compartida con el secretario judicial (arts. 136 a 138 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria).

40 Artículo 79 de la Ley del Notariado.

41 Artículos 504 y 505 de la Ley de Navegación Marítima, publicada en el *BOE* n.º 180, de 25.7.2014.

42 Artículos 506 a 511 de la Ley de Navegación Marítima.

43 Artículos 512 a 515 de la Ley de Navegación Marítima.

44 Artículos 516 a 522 de la Ley de Navegación Marítima.

45 Artículos 523 a 525 de la Ley de Navegación Marítima.

46 Artículos 72 a 77 de la Ley del Notariado.

47 Artículos 81 a 83 de la Ley del Notariado; atribución compartida con el secretario judicial (arts. 139 a 148 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria) y con el registrador de la Propiedad (art. 103 de la Ley Hipotecaria).

48 Este numeral conservó la atribución, pero fue reformado por el numeral 7.º de la disposición reformatoria 15.ª del COGEP en la forma de citación, que no había quedado clara.

49 *Registro Oficial*, 6.º suplemento, n.º 913, de 30.12.2016.

50 Dentro de sus atribuciones tradicionales, el notario, por el numeral 5.º del artículo 18 de la Ley Notarial, da fe de certificación de documentos originales que le presenten; ahora se incorporan certificaciones de documentos digitales. El numeral 22, referente al divorcio en sede notarial, es reformado en el tiempo de la audiencia que trata el artículo 108 del Código Civil: puede convocarse dentro de un «plazo no mayor a diez días». Consecuentemente, los divorcios en sede notarial podían durar de dos a once días (una posterior reforma, en 2019, autoriza al notario a divorciar en un día). Asimismo, los numerales 26, 27, 35, 36 y 37 fueron reformados para hacerlos más agiles o claros en el procedimiento, y se agregó el numeral 38, que otorga la atribución de notificar revocatorias de mandatos.

el artículo 18; de ellas, 25[51] son atribuciones de jurisdicción voluntaria,[52] todas ahora exclusivas de los notarios.

## IV. Derecho notarial comparado

Son múltiples y diversas las atribuciones notariales que han sido otorgadas en muchos países del notariado latino en todo el mundo. En Europa, en 1793, Prusia establecía la definición legal de *jurisdicción voluntaria*. En 1898, en la recién unificada Alemania, se promulgaba la ley sobre los asuntos de la jurisdicción voluntaria; las primeras atribuciones estuvieron relacionadas con tutelas, herencias, registros y registros de propiedad (Langhein, 1992: 90). En 1922, Portugal confirió a los notarios (*tabeliaes*) la primera atribución de jurisdicción voluntaria, con la aprobación de testamentos cerrados. Italia, con su amplia tradición de doctrina procesal civilista, es una de las primeras en incluir las jurisdicciones voluntarias a los notarios, con la Ley Fundamental, de 16.2.1931 (Giménez-Arnau, 1944).

En América, en México, las atribuciones de jurisdicción voluntaria en sede notarial han estado presentes desde 1857, tomando como base las es-

51 Además de las contempladas en el artículo 18 de la Ley Notarial, existen otras atribuciones de jurisdicción voluntarias determinadas en otros cuerpos legales, como la del artículo 122 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, que faculta al notario público a realizar la notificación de la recepción de pleno derecho de la obra contratada solicitada por el contratista a la entidad pública contratante. Por su parte, el artículo 110 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia concede al notario la facultad de autorizar la salida de país de menores de edad. Y el artículo 309, inciso 2.º del Código Civil faculta al fedatario a tramitar la emancipación voluntaria en la que el padre y la madre declaran emancipar al hijo adulto (el hijo consiente en ello).

52 Las atribuciones de jurisdicción voluntaria contempladas en el artículo 18 de la Ley Notarial se encuentran en los siguientes numerales: 10) extinguir o subrogar el patrimonio familiar; 11) insinuación para donar; 12) posesión efectiva; 13) disolución de la sociedad conyugal o de la sociedad de bienes; 14) autorización de venta en remate voluntario de bienes raíces de menores; 18) requerimientos para el cumplimiento de la promesa de contrato; 19) apertura y publicación de testamentos cerrados; 21) autorización de amojonamiento y deslinde en sectores rurales; 22) tramitar divorcios y terminación de unión de hecho por mutuo consentimiento; 23) liquidación de sociedad de bienes o de la sociedad conyugal; 24) autorizar la emancipación voluntaria del hijo adulto; 25) declaratoria de interdicción del reo sentenciado; 26) solemnizar la unión de hecho; 27) extinción de usufructo, uso y habitación; 28) notificaciones de traspaso o cesiones de derechos o créditos personales; 29) aprobación de las sociedades civiles y mercantiles no sujetas a la superintendencia de compañías; 30) autorizar la inscripción de matrículas de comercio en el Registro pertinente; 31) requerir a la persona deudora para constituirla en mora; 32) declaración juramentada para tramitar la posesión notoria de estado civil; 33) tramitar la caución e inventario en el usufructo para determinar que esta sea suficiente para la conservación del bien que se trate y para el inventario solemne; 34) solemnizar la designación de administrador común; 35) solemnizar el desahucio de inquilinato y arrendamiento; 36) inscribir contratos de arrendamiento; 37) solemnizar la partición extrajudicial; 38) notificación la revocatoria de mandato.

tablecidas en la Recopilación de las Leyes de Partidas en torno al matrimonio[53] y a otras instituciones del derecho familiar[54] (Campillo, 1965: 14-15).

Por su parte, Cuba introdujo en 1937 la jurisdicción voluntaria en sede notarial, en la reforma al Código Notarial de 1929 (Díaz y Pereda, 2016: 13).

El siguiente país del notariado latino en incorporar la jurisdicción voluntaria dentro de las atribuciones del notario fue Guatemala. Mediante el decreto 54/77, se expide la Ley Reguladora de la Tramitación Notarial, en 1964; en ella se faculta a los notarios guatemaltecos a realizar procesos no contenciosos como la declaración de ausencia y otros relacionados con la disposición y el gravamen de bienes de menores, incapaces y ausentes, el patrimonio familiar, la adopción y el cambio de nombre, entre otros.

Argentina, desde 1970, ante la necesidad de descongestionar el trabajo de los jueces, ha otorgado a los notarios atribuciones de jurisdicción voluntaria sobre adopción mediante instrumento público, partición extrajudicial de herencia, inventarios en juicios sucesorios, apertura y publicación de testamentos cerrados y cambio de nombre de menores de edad o hijos adoptivos, entre las principales.

La nación centroamericana de El Salvador, con la aprobación de la Ley de Ejercicio Notarial de la Jurisdicción Voluntaria, en 1982, concedió a los notarios atribuciones de jurisdicción voluntaria como la comprobación voluntaria de estado de gravidez, las diligencias previas al nombramiento de tutela o curatela, la certificación de identidad personal, el consentimiento para matrimonio de menor y la apertura y publicación de testamento cerrado, entre las más destacadas.

Perú, en materia de jurisdicción voluntaria, dio un paso mayor hace dos décadas. Mediante decreto ejecutivo de excepción, se promulgó la ley 27.157, denominada «Ley de Regularización de Edificaciones, del Procedimiento para la Declaratoria de Fábrica y del Régimen de Unidades Inmobiliarias de Propiedad Exclusiva y de Propiedad Común»,[55] concediéndose a los notarios de este país conocer sobre procesos de prescripción extraordinaria de dominio.

53 Muchas de las atribuciones han caído en desuso o han evolucionado a otras. Entre estas: los esponsales (promesa de celebrar futuro matrimonio); la dote matrimonial (donación de la esposa al esposo); las arras matrimoniales (donación del esposo a la esposa); la donación esponsalicia; la escritura de caudal, que evita las dificultades y dudas sobre bienes gananciales y propios (Campillo, 1965: 14).

54 En materia filial, por ejemplo: la adopción o prohijamiento, la emancipación, el reconocimiento de un hijo, la aceptación y el discernimiento en curadurías y tutelas, y el testamento, entre otras, están dentro de la competencia del notario (Campillo, 1965: 14-15).

55 Esta ley fue publicada el 20.7.1999. Se reglamentó mediante decreto supremo n2 008-2000-mtc, de 16.2.2000; con ello, se le dio a la prescripción adquisitiva de dominio la categoría de procedimiento no contencioso de competencia notarial.

Otro ejemplo es el colombiano. Allí, los notarios inscriben nacimientos.[56] Con este acto, los recién nacidos adquieren atributos de la personalidad como son el nombre, la filiación, la nacionalidad y el patrimonio (Abello, 2015: 82).

La República de Bolivia, con la aprobación de la Nueva Ley del Notariado Plurinacional, en 2014, incorpora trámites de jurisdicción voluntaria. En efecto, el artículo 11 determina que el notario de fe pública «realizará los trámites en la vía voluntaria notarial previstos en la presente ley», y el artículo 29, que «el servicio notarial está facultado para tramitar la creación, modificación o extinción de relaciones jurídicas en la vía voluntaria notarial». En consecuencia, el notario boliviano tiene atribuciones de retención o recuperación de la posesión de bienes inmuebles; deslinde y amojonamiento en predios urbanos; divisiones o particiones inmobiliarias; aclaración de límites y medianerías; procesos sucesorios sin testamento; división y partición de herencia; apertura de testamentos cerrados; divorcio de mutuo acuerdo, y permisos de viaje al exterior de menores (solicitados por ambos padres).

El divorcio notarial es una de las atribuciones de jurisdicción voluntaria que va ganando más terrero. El primer país en institucionalizarlo fue Cuba, en 1994;[57] continuó Colombia,[58] en 2005, y luego les siguieron Ecuador,[59] en 2006; Brasil[60] y Perú,[61] en 2008; Nicaragua[62] y Bolivia,[63]

56 Esta atribución es de carácter administrativo. Al igual que en Ecuador y España, esta prerrogativa es del Registro Civil; en Colombia ha sido otorgada a los notarios. Mismas circunstancias ocurren en el citado ejemplo de España, donde el notario celebra matrimonio (una potestad histórica del Registro Civil, antes que un proceso de jurisdicción voluntaria).

57 Decreto-ley 154 de Divorcio Notarial, de 6.9.1994, publicada en la *Gaceta Oficial* de la República de Cuba el 9.9.1994. En Cuba, el divorcio en sede notarial procede aun cuando existan hijos menores de edad. Para ello, la demanda debe contener el acuerdo de la pensión que corresponda a cada uno de los hijos; incluso se resuelve la parte patrimonial de la sociedad conyugal.

58 Artículo 34 de la Ley Antitrámites 962/2005. Este país es uno de los primeros en los que el notario puede divorciar, aun con la presencia de hijos menores. Para ello, debe señalarse la cuantía de la obligación alimentaria, además de indicar lugar y forma de pago.

59 Ley 62, publicada en el *Registro Oficial* n.º 406, el 28.11.2006.

60 La ley 11.441/07, que modificó la ley 5.869, de 1973 (Código de Procedimiento Civil, art. 1124-A), siempre que no haya menores de edad, permite la partición de los bienes comunes si los hay.

61 Ley 29.227 (Regulación del Procedimiento No Contencioso de la Separación Convencional y Divorcio Ulterior en las Municipalidades y Notarías), de 2008, y ley 26.662 (Competencia Notarial en Asuntos No Contenciosos), de 1996. En Perú se requiere que no haya hijos menores de edad ni hijos incapaces, y si los hay, debe presentarse sentencia judicial firme o acta de conciliación respecto a la patria potestad, alimentos tenencia y régimen de visitas.

62 Código de Familia, aprobado por ley 870 el 24.6.2014 y publicado en *La Gaceta* n.º 190, de 8.10.2014. Permite a los cónyuges interesados acudir a solicitar el divorcio «ante notaria o notario público con al menos diez años de haberse incorporado a la profesión del notariado».

63 Ley 483 de 25.1.2014, denominada «Ley del Notariado Plurinacional».

en 2014, y México,[64] en 2017. En Europa, Alemania, Francia Bélgica, Holanda y España han sido los primeros países que han incursionado en el «divorcio contractual».[65]

## V. Perspectivas futuras de las jurisdicciones voluntarias

Los tiempos cambian, las necesidades sociales también; las instituciones se modifican y afectan al notariado. La credibilidad del notario, la seguridad jurídica que brinda, la capacidad y la preparación constante del fedatario, junto con la experiencia recolectada en cada país del notariado latino, se constituyen en fuertes argumentos para que la jurisdicción voluntaria continúe integrándose a la actividad notarial.

El futuro avizora que las atribuciones de jurisdicción voluntaria van a ir incrementándose en las naciones con sistema de notariado latino como una necesidad procesal de los Estados de brindar un servicio de justicia eficaz, personalizado, descentralizado y alternativo que permita a la ciudadanía de cada país de acceder a actos no controversiales y a un servicio ágil y oportuno, ya no en manos de los juzgados, sobrecargados de por sí con causas complejas y controvertidas, característica de la administración de justicia actual.

En Argentina actualmente se discute el divorcio en sede notarial. En Ecuador, después de las sucesivas reformas a la Ley Notarial, con la aprobación del COGEP, en 2015, se siguen presentando proyectos de reformas para que se amplíen más facultades de jurisdicción voluntaria al fedatario.[66] En Colombia «se viene planteando la necesidad de la ayuda de la justicia privada»[67] (Abello, 2015: 82), y en la medida en que las nuevas atribuciones de jurisdicción voluntaria sean acogidas por la ciudadanía, por los profesionales del derecho y por los mismos notarios, se vayan solu-

64 Reforma al Código Civil del Estado de México, aprobada mediante decreto legislativo 226 y publicada en la *Gaceta del Gobierno* el 10.9.2017.

65 En Ecuador, el divorcio consensual en sede notarial es estudiado más desde el punto de vista procesal que desde el civil, por lo que se estudia más la naturaleza jurisdiccional de quien disuelve el matrimonio que la naturaleza contractual o consensual de las partes. No debe olvidarse que la esencia de un contrato no solo es el acuerdo conjunto de voluntades, sino que genera o extingue obligaciones; en este sentido, el divorcio contractual es el comienzo de la extinción de un sinnúmero de obligaciones generadas en aquel contrato solemne llamado *matrimonio*.

66 La Federación de Notarios del Ecuador, en continuas reuniones con comisiones de la Asamblea Nacional, sigue impulsando reformas al COGEP para ampliar las facultades de atribuciones voluntarias, como ocurrió en 2019, cuando se logró que al divorcio en sede notarial por mutuo acuerdo pueda realizarlo el notario, aunque existan menores de edad, previa resolución sobre la tenencia, visitas y alimentos mediante acta de mediación o resolución judicial dictada por juez competente.

67 En Colombia se plantean las cámaras de comercio, los centros de conciliación y las notarías como opciones muy eficientes en la solución de varios trámites, como son los matrimonios civiles y el reconocimiento de la unión marital de hecho.

cionando inconvenientes procedimentales y se verifiquen estadísticamente los beneficios de la descongestión en las dependencias judiciales, estas atribuciones se irán incrementando.

Compartir experiencias en los congresos y encuentros de notarios a nivel mundial y regional conlleva inevitablemente al impulso en cada país para la promulgación de leyes y reformas que incluyan e incrementen las atribuciones de jurisdicción voluntaria que han tenido aceptación y utilidad en un determinado Estado. Así, el derecho notarial latino evoluciona, de acuerdo con las necesidades de cada nación. Además, siempre existirá la posibilidad de implantar un nuevo modelo de gestión de administración de justicia que, rompiendo esquemas tradicionales, incursione más allá de los aspectos de la actividad notarial que actualmente se discuten. Con ello se enriquecerán la práctica diaria, las discusiones filosóficas-doctrinales notariales y procesales, y la formación de abogados, jueces y notarios, y se generará conocimiento que servirá de base para los nuevos esquemas jurídicos y para evolucionar en un más participativo derecho notarial, en una consecución de la administración de justicia más ágil y en la búsqueda de la tan ansiada seguridad jurídica, bien constitucional, que ha de ser garantía de todas las naciones del siglo XXI.

## VI. Conclusiones

— La institución de jurisdicción voluntaria tiene amplia trayectoria histórica en los países con sistemas jurídicos romano-germánicos de tantos y diferentes países en varios continentes —entre ellos, el europeo y el americano—, mientras que, en sede notarial, surgió a finales del siglo XIX, tomó fuerzas a mediados del XX y actualmente se encuentra en una etapa de expansión hacia los países de sistemas notariales latinos.

— Los procesos de jurisdicción voluntaria están específicamente demarcados en los sistemas procesales civiles y procuran tener un procedimiento abreviado en los juzgados competentes. No obstante, constituyen una fuerte carga laboral en los operadores de justicia, generando represamiento de causas ventiladas y constantes cuestionamientos de la administración de justicia en cada país; especialmente, en países en vías de desarrollo, como lo son Ecuador y otras naciones sudamericanas.

— Existe una marcada tendencia en los países del sistema notarial latino de ir asignando a los notarios públicos cada vez más atribuciones de jurisdicción voluntaria —muy especialmente en materia de familia, sucesoria y mercantil— con la finalidad de descongestionar juzgados y tribunales, ganando así celeridad y eficiencia en un aspecto tan importante del vivir de una sociedad como es la justicia.

— En relación con el desarrollo de la jurisdicción voluntaria, existen atribuciones que son compartidas por casi todos los países del no-

tariado latino, como las que refieren a materia sucesoria. Empero, existen otras que solo son acogidas por muy pocos países e incluso por uno solo, como las inscripciones de nacimiento en Colombia o la prescripción extraordinaria de dominio en Perú.

— En consecuencia, la institución de jurisdicción voluntaria va evolucionando de manera distinta en los diferentes países del notariado latino, aun cuando los encuentros internacionales propendan a la socialización y al exhorto de la unificación de estas atribuciones; esto, porque en el desarrollo del derecho notarial se ve afectado a factores políticos, sociales, culturales, económicos y, por supuesto, jurídicos.

— Instituciones como el divorcio consensual sin hijos menores de edad en sede notarial se ha generalizado en muchos países, y se seguirán sumando. Algunas naciones empiezan a avanzar más e incorporan al ejercicio de la profesión los divorcios consensuales —incluso con hijos menores—, ampliando las atribuciones y haciendo evolucionar el derecho en materia civil, procesal y notarial. Sin embargo, en América aún existen países en los que los notarios públicos no pueden divorciar; Chile y Argentina son algunos de ellos.

— De continuarse con esta tendencia de resultados positivos en el aporte notarial a la administración de justicia, el notario público ganará cada vez más protagonismo en el desarrollo jurisdiccional. Deberá cambiar la concepción del notario solo como fedatario para adherir, como otra parte más de su esencia, su participación como administrador directo de justicia.

## Bibliografía

Abello Gual, Jorge Arturo (2015). «La responsabilidad penal del notario en Colombia en el ejercicio de sus funciones públicas. Estudio desde la perspectiva del derecho penal económico». En *Prolegómenos*, vol. 18, n.º 36, pp. 81-98.

Arrache Murguía, José Gerardo (2007). *El notario público. Función y desarrollo histórico*. Guanajuato: Universidad de Guanajuato.

Béjar Fonseca, José Luis (1999). *Apología del abogado*. Tepic (Nayarit, México): Universidad Autónoma de Nayarit.

Calamandrei, Piero; Sentís Melendo, Santiago, y Alsina, Hugo (1962). *Derecho procesal civil*, vol. 1. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América.

Campillo, Antonio (1965). «La jurisdicción voluntaria y el notario». En *Revista de Derecho Notarial Mexicano*, vol. 29, pp. 6-16.

Consejo del Notariado (s/f.). «uinl». Recurso en línea. Recuperado de: ‹https://www.notariado.org/portal/uinl#:~:text=La%20Uni%C3%B3n%20Internacional%20del%20Notariado%20%28UINL%29%20es%20una,de%20200.000%20notarios%20que%20hay%20en%20el%20mundo›.

Díaz López, Aliani, y Pereda Mirabal, Ana María (2016). «La intervención notarial en procesos de jurisdicción voluntaria en Cuba: realidades y perspectivas». En *Colección Jurídica*, n.º 65, año 17 (may.-ago.).

Fernández de Buján, Antonio (1986). *Jurisdicción voluntaria en derecho romano*. Madrid: Instituto Editorial Reus.

— (2016). «Notariado y jurisdicción voluntaria». En *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, n.º 15, pp. 91-108.

Flores Nano, Lourdes (1995). «Competencia notarial de los asuntos no contenciosos». En *Derecho pucp: Revista de la Facultad de Derecho*, n.º 49, pp. 263-269.

Giménez-Arnau, Enrique (1944). *Introducción al derecho notarial*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado.

Goldez Cortijo, Moisés José (2009). *Historia del derecho notarial en el Perú*. S/d.

Gómez-Ferrer, Rafael (1992). «Jurisdicción voluntaria y función notarial». En *Revista Jurídica del Notariado*, n.º extraord. Ponencias de la delegación española al XX Congreso Internacional del Notariado Latino.

Langhein, Gerd H. (1992). «Participación del notario en la jurisdicción no contenciosa (voluntaria)». En *Revista del Colegio de Notarios de Jalisco*, n.º 7, pp. 87-104.

Lucas Baque, Stalin Javier, y Albert Márquez, José Jesús (2020). «Evolución del divorcio en sede notarial en Ecuador y en el sistema notarial latino». En *Opuntia Brava*, vol. 12, n.º 1, pp. 446-453.

— (2023). «Principios notariales, justicia preventiva y seguridad jurídica». En *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, tomo 109, n.º 1-12 (ene.-dic.), s/pp. Recurso en línea.

Notaries of Europe (s/f.). «European Directory of Notaries». Recurso en línea. Recuperado de: ‹https://www.notariesofeurope.eu/en/citizens/european-directory-of-notaries/›.

Núñez Iglesias, Álvaro (2015). «Apuntes sobre el divorcio ante notario y su naturaleza». En *Revista de Derecho Civil*, vol. 2, n.º 4 (oct.-dic.), pp. 153-171.

Posteraro Sánchez, Leandro, *et al*. (2010). «Intervención notarial en asuntos no contenciosos. Presente y futuro en Iberoamérica». Ponencia presentada a la XIV Jornada Notarial Iberoamericana (Punta Cana, 2 a 6 jun. 2010).

Rojas Martínez del Mármol, M.ª Pilar (2003). *El ejercicio privado de la fe pública notarial. Examen jurídico-administrativo*. Madrid: Marcial Pons.

## Normas jurídicas

Código Civil español, aprobado por real decreto de 24.7.1889, publicado en el *BOE* n.º 206, de 25.7.1889.

Código de Familia nicaragüense, aprobado por ley 870 de 24.6.2014, publicado en *La Gaceta* n.º 190, de 8.10.2014.

Código de Procedimiento Civil ecuatoriano (derogado).

Código Orgánico de la Función Judicial (COFJ) ecuatoriano, publicado en el *Registro Oficial*, suplemento n.º 544, de 9.3.2009.

Código Orgánico General de Proceso ecuatoriano, publicado en el *Registro Oficial* n.º 506, de 22.5.2015.

Decreto-ley 154 (Ley de Divorcio Notarial, Cuba), de 6.9.1994, publicado en *Gaceta Oficial de la República de Cuba* el 9.9.1994.

Ley 11.441/07 (Brasil), que modificó la ley 5.869, de 1973.

Ley 962/2005 (Ley Antitrámites, Colombia).

Ley de Regularización de Edificaciones, del Procedimiento para la Declaratoria de Fábrica y del Régimen de Unidades Inmobiliarias de Propiedad Exclusiva y de Propiedad Común (Perú), publicada el 20.7.1999.

Ley del Notariado Español, aprobada por decreto de 28.5.1962, publicada en el *BOE* n.º 149, de 29.5.1962.

Ley Hipotecaria (España), aprobada por decreto de 8.2.1946, publicada en el *BOE* n.º 58, de 27.2.1946.

Ley 26.662 (Ley de Competencia Notarial en Asuntos No Contenciosos, Perú), de 1996.

Ley 29.227 (Ley de Regulación del Procedimiento No Contencioso de la Separación Convencional y Divorcio Ulterior en las Municipalidades y Notarías, Perú) de 2008.

Ley 62/2006 (Ecuador), publicada en *Registro Oficial* n.º 406, de 28.11.2006.

Reforma al Código Civil del Estado de México, aprobado por decreto legislativo 226, publicado en *Gaceta del Gobierno* el 10.9.2017.

Reglamento de la Organización y Régimen del Notariado Español, aprobado por decreto de 2.6.1944, publicado en el *BOE* n.º 189, de 7.7.1944.

# Legitimación para recibir el pago y otorgar carta de pago en las obligaciones dinerarias de fuente contractual

## Situaciones de interés notarial vinculadas a los acreedores originarios, los sucesores en el crédito y terceros autorizados a recibir el pago

por Juan Pablo Villar*

Sumario

**I.** La obligación dineraria de fuente contractual. **II.** Los modos de extinguir la obligación dineraria. **III.** El pago y la legitimación para recibirlo. **IV.** La carta de pago como acto y como documento. **V.** La distinción entre la eficacia del pago y la eficacia probatoria del documento de carta de pago. **VI.** Algunas situaciones de interés notarial sobre legitimación para recibir el pago y otorgar la carta de pago. *A.* Acreedores originarios. 1. Acreedor singular. 2. El acreedor y la situación del crédito embargado. 3. El acreedor concursado por ley 18.387. 4. Pluralidad de acreedores:

* Escribano público, egresado de la Universidad de la República; integrante de la Comisión de Derecho Civil del Instituto de Investigación y Técnica Notarial de la Asociación de Escribanos del Uruguay desde el año 2008; co-coordinador de dicha comisión desde finales del año 2014. Es autor de múltiples informes y artículos publicados en la *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay* y en el *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, así como de los libros *Una nueva visión sobre el apoderamiento y la ratificación de un negocio representativo* e *Introducción a la argumentación jurídica notarial*, editados ambos por la Asociación de Escribanos del Uruguay.

obligación divisible e indivisible; actuación simple, solidaria y conjunta. *B.* Sucesores en el crédito. 1. Sucesores a título universal: herederos; pluralidad de herederos. 2. Sucesores a título singular. *C.* Terceros autorizados para recibir el pago. 1. Terceros autorizados para actuar en nombre propio. 2. Terceros autorizados para actuar en nombre del acreedor. **VII.** La legitimación para recibir el pago de una obligación dineraria por el representante voluntario con facultades *post mortem*.

## I. La obligación dineraria de fuente contractual

La doctrina suele diferenciar dos acepciones de la palabra *obligación*.[1] Por una parte, la obligación es una relación jurídica que vincula dos sujetos: un *deudor* y un *acreedor*; por otra, dentro de la estructura de la relación jurídica obligacional, se encuentra la situación jurídica *de obligación* (pasiva), como contracara de la situación jurídica *de crédito* (activa).

Una *situación jurídica* es la posición de un sujeto frente a una norma (Caffera, 2018: 35). La situación jurídica de obligación es la posición que un sujeto tiene frente a una norma que indica que debe *realizar una conducta*. La conducta que el sujeto obligado debe realizar es una prestación que consiste en dar, hacer o no hacer alguna cosa. En las denominadas *obligaciones dinerarias*, la conducta debida por el sujeto obligado consiste en dar al acreedor una suma de dinero.

*Dinero*, según el diccionario de la Real Academia Española, significa «moneda corriente»; y en su acepción económica, «medio de cambio o de pago aceptado generalmente». Al respecto, expresa Puig Brutau (1988: 325-326): «En sentido amplio, dicen Enneccerus y Nipperdey, *dinero* es la medida y el signo de valor reconocidos en el tráfico; en sentido estricto, es el signo de valor reconocido legalmente y el medio de pago jurídicamente reconocido para las deudas de valor; en otras palabras, las cosas que tiene que aceptar el acreedor a quien se debe el valor de un objeto».

El *contrato* es un negocio jurídico que produce obligaciones.[2] Desde la perspectiva normativa, el contrato es un acuerdo de voluntades por el que se establece una disposición normativa; de esta última resulta una norma que indica que uno o más sujetos deben realizar determinadas conductas, es decir, ubica a una o más personas en situación jurídica de obligación.

Si de un contrato surge una norma que indica que un sujeto debe realizar una conducta que consiste en dar una suma de dinero, nos encontramos ante una *obligación dineraria de fuente contractual*.

1 A vía de ejemplo: Rodríguez Russo (2006: 31); Caffera (2018: 35).

2 Código Civil, artículo 1247: «*Contrato* es una convención por la cual una parte se obliga para con la otra o ambas partes se obligan recíprocamente a una prestación cualquiera, esto es, a dar, hacer o no hacer alguna cosa. [=] Cada parte puede ser una o muchas personas».

## II. Los modos de extinguir la obligación dineraria

La obligación dineraria surgida de un contrato puede extinguirse de diferentes maneras. El artículo 1447 del Código Civil establece diversos modos de extinguir obligaciones, los que califica como *modos generales* de extinción. Esta lista no es taxativa, ya que existen otros modos de extinguir obligaciones que no se encuentran previstos en dicho artículo; a vía de ejemplo, el mutuo disenso (C. Civil, art. 1294).

En materia contractual, es posible distinguir entre modos *directos* e *indirectos* de extinguir obligaciones. Los primeros son aquellos cuyo efecto directo (inmediato) consiste en extinguir la obligación; los segundos, aquellos cuyo efecto directo (inmediato) es la cesación de la eficacia del contrato y, como consecuencia (indirectamente), la extinción de las obligaciones por él generadas.[3]

Algunos modos directos de extinguir obligaciones son el pago, la compensación, la remisión, la novación, la confusión, la imposibilidad de pago y la prescripción. Algunos modos indirectos de extinguir obligaciones son la anulación del contrato, la resolución del contrato y el mutuo disenso.

## III. El pago y la legitimación para recibirlo

El artículo 1448 del Código Civil dispone que «la paga es el cumplimiento por parte del deudor de la dación o hecho que fue objeto de la obligación». Basados en dicho artículo, autores como Peirano Facio (1960*a*: 6) y Berdaguer (2000: 25) han sostenido que en nuestro derecho solo debe calificarse como *pago* o *cumplimiento* a aquella situación en la que el deudor realiza, de manera voluntaria, la prestación debida y satisface el interés del acreedor. Sin embargo, el artículo 1450 del Código Civil agrega que «la paga puede hacerse no solo por el mismo deudor, sino por cualquier interesado en ella» o por «un tercero no interesado»; en base a ello, autores como Ordoqui Castilla (2001: 29) y Caffera (2018: 486 y ss.) consideran que el Código Civil siguió un criterio amplio de cumplimiento, al poder cumplir tanto el deudor como un tercero, lo cual comparto.

Considero que el pago es la realización de la prestación debida, ya sea por el deudor o por un tercero. Su principal efecto es el de extinguir la obligación principal y las accesorias (art. 1466), lo que justifica que el Código Civil regule la paga dentro del título «De los modos de extinguirse las obligaciones».

3 Similar clasificación realiza Carnelli (1998: 502).

A su vez, la persona legitimada para recibir el pago puede ser el acreedor o un tercero,[4] según desarrollaremos. La legitimación[5] es una situación jurídica y, por tanto, una posición de un sujeto frente a una norma cuya característica consiste en investir al sujeto de la facultad de realizar una conducta. Por ejemplo, la legitimación para disponer de un bien es la posición de su sujeto frente a una norma que lo inviste de la facultad de realizar actos de disposición sobre un bien; la legitimación para recibir el pago es la posición de un sujeto frente a una norma que lo inviste de la facultad de recibir la prestación debida.

La norma que genera la legitimación para recibir el pago puede tener origen *público* o *privado*. Por ejemplo, en la sucesión intestada, el heredero del acreedor tiene legitimación para recibir el pago, porque una norma de origen público —proveniente de los artículos 776 y 1039 del Código Civil— establece que el heredero sucede al causante-acreedor en sus derechos. Por otra parte, un apoderado del acreedor con facultades para recibir el pago tiene legitimación, porque una norma de origen privado —proveniente del negocio de apoderamiento— establece que el apoderado queda autorizado para realizar esa gestión.

## IV. La carta de pago como acto y como documento

La expresión «carta de pago» tiene dos acepciones: como *acto* (acepción técnica) y como *documento* (acepción material).

En lo que refiere a la carta de pago como acto, corresponde distinguir dos tipos, según la especie de declaración que se efectúe. Galgano (1992: 23) distingue las *declaraciones de ciencia* de las *declaraciones de voluntad*. Las declaraciones de ciencia son aquellas en las que el sujeto declara tener conocimiento de un hecho jurídico; su efecto es probar la existencia de ese hecho. Las declaraciones de voluntad son aquellas en las que el sujeto, de manera consciente y voluntaria, quiere determinados efectos. La carta de pago como acto puede efectuarse en los dos sentidos referidos.[6]

4 En tal sentido dispone el artículo 1453 del Código Civil: «Puede hacerse la paga no solo al acreedor (bajo cuyo nombre se entienden todos los que le hayan sucedido en el crédito, aun a título singular), sino también a la persona que lo representen en virtud de un mandato emanado del acreedor mismo o de autorización de la justicia o de la ley. [=] La paga hecha a persona incompetente es válida si el acreedor la ratifica o se aprovecha de ella».

5 Sánchez Fontans refiere a que la *legitimación* consiste en «una investidura resultante de una posición como titular de una situación jurídica preexistente» (1953: 457).

6 Señala Berdaguer: «Aplicando los conceptos recién expuestos al recibo o carta de pago, debemos concluir que este constituye un subtipo de confesión extrajudicial escrita en virtud de la cual el acreedor (con finalidad probatoria) reconoce (confiesa) como acaecido (declaración de ciencia, no de voluntad) el pago o cumplimiento de la obligación» (2000: 480). «No obstante, en la práctica ocurre a veces que, en el recibo, al par que se emiten declaraciones de verdad (*confesiones*) se agregan también declaraciones de voluntad (*negociales*)» (2000: 482).

La carta de pago como declaración de ciencia consiste en un reconocimiento que efectúa una persona, con fines probatorios, de que el hecho del pago efectivamente ocurrió. Interpreto que el Código Civil utiliza la expresión «carta de pago» con esta acepción, a vía de ejemplo, en el artículo 1462.

La carta de pago como «declaración de voluntad» es una manifestación de voluntad que pretende lograr un efecto que consiste en dar por extinguida una obligación. A vía de ejemplo, el comprador endosa y entrega al vendedor una letra de cambio, y este último otorga carta de pago. La prestación debida —esto es, la entrega de dinero— todavía no se ha efectuado, pero la entrega de la letra de cambio es un hecho que conduce a que el vendedor pueda recibir la suma de dinero con posterioridad, al cobrarla. Ante dicha situación, es habitual que el vendedor otorgue carta de pago (*negocial*) con el fin de dar por extinguida la obligación causal, acto que es una manera inequívoca de pactar novación (C. Civil, art. 1530), pues la causa de extinción de aquella es su sustitución por la (nueva) obligación cambiaria.[7]

Considero que una recepción legal de la acepción *negocial* de la carta de pago puede encontrarse en el artículo 35 *bis*, inciso 3.º de la ley 19.210,[8] en la redacción dada por el artículo 222 de la ley 19.889,[9] al distinguir la eficacia de la carta de pago de la efectiva acreditación del pago. Dicho artículo dispone: «Interprétase que toda carta de pago otorgada por quien corresponda tiene pleno efecto cancelatorio sobre la obligación respecto a la cual se otorgó, con independencia del medio de pago utilizado y de su efectiva acreditación».

Por otra parte, en su acepción *material*, la carta de pago es el documento que registra el otorgamiento del acto carta de pago, ya sea en su acepción de «declaración de ciencia» o de «declaración de voluntad». El Código Civil, en ocasiones, se refiere a esta acepción como «recibo» (art. 1475) o «resguardo» (arts. 1467 y 1471).

## V. La distinción entre la eficacia del pago y la eficacia probatoria del documento de carta de pago

El pago de una obligación dineraria de origen contractual, con criterio general, es un negocio jurídico no solemne; por tanto, es válido aunque el consentimiento no conste en documento alguno. Incluso, aunque la obligación surja de un contrato solemne, como sucede en el caso la de compraventa de inmuebles: el pago de la obligación dineraria (precio) es no solemne y produce plena eficacia sin necesidad de documentarlo.[10]

7 Vé. al respecto: Asociación de Escribanos del Uruguay (1984; 2015); Berdaguer (2000: 493).

8 «Ley de inclusión financiera» (lif), de 29 de abril de 2014.

9 «Ley de urgente consideración» (luc), de 9 de julio de 2020.

10 Conf.: Berdaguer (2000: 488).

Sin perjuicio de ello, ante una eventual controversia, podrá requerirse acreditar la existencia del pago. Quien tiene la carga de la prueba del pago es el deudor, porque, de acuerdo con el artículo 1573 del Código Civil, quien alega la extinción de una obligación debe probarlo. A su vez, el sujeto que realiza el pago tiene derecho a exigir a la persona que lo recibe el otorgamiento e instrumentación de la carta de pago, a efectos de poder probarlo; ello resulta del principio de buena fe, aunque no lo disponga norma expresa (Berdaguer, 2000: 478).

En el ámbito de los requisitos de prueba —no de solemnidad—, de acuerdo con el artículo 1595 del Código Civil, cualquier acto por el que se otorgue la liberación de una obligación cuyo valor exceda de 100 unidades reajustables debe consignarse por escrito público o privado.

Según el artículo 140 del Código General del Proceso, las pruebas se apreciarán de acuerdo con las normas de la sana crítica, «salvo texto legal que expresamente disponga una regla de apreciación diversa». Nuestro derecho sigue como principio el modelo de valoración de la prueba racional, o sistema de la sana crítica, pero la ley puede disponer otra regla de apreciación, como lo es la prueba «legal o tasada» o la de «libre convicción». Señalan Gascón Abellán y García Figueroa (2016: 362) que la prueba legal o tasada supone la existencia de ciertas reglas de valoración establecidas en la ley que indican al juez cuándo y en qué medida debe dar un hecho por probado, con independencia de su convencimiento.

La eficacia de la prueba se conforma por el poder de convicción que tiene sobre el decisor.[11] En la prueba legal o tasada, ese poder de convicción lo establece la ley. A vía de ejemplo, en materia documental, existen textos legales que disponen cuándo y en qué medida se deben dar determinados hechos por probados, es decir, establecen cuál es la eficacia probatoria de los documentos.

En lo relativo a la eficacia probatoria de lo consignado por «escrito público o privado» a que refiere el artículo 1595 del Código Civil, podemos distinguir algunas situaciones:

1. El *instrumento público* hace plena fe en cuanto al hecho de haberse otorgado y su fecha (C. Civil, art. 1575), y es un título auténtico (C. Civil, art. 1574) o, al menos, se presume auténtico (C. General del Proceso, art. 170.1) mientras no se demuestre lo contrario mediante tacha de falsedad. La autenticidad del instrumento público es autónoma,[12] porque la certeza de su autor, así como la de quiénes lo otorgaron, proviene de sí mismo.

11 «La eficacia de la prueba está conformada por su poder de convicción sobre el juez» (Pereira Campos, 2003: 79).

12 Anido comenta el pensamiento de Rodríguez Adrados sobre la autonomía y expresa: «La proveniencia real del documento ya no queda abandonada a procedimientos ajenos al propio documento, sino que adviene al mismo documento» (2003: 58).

2. El *documento privado* cuyas firmas se encuentren autenticadas por notario o autoridad competente (C. Civil, art. 1583; C. General del Proceso, art. 170.1) se presume auténtico mientras no se demuestre lo contrario mediante tacha de falsedad. En este caso, la autenticidad no es autónoma del documento, sino que proviene de un acto externo, que es la certificación de firmas.
3. Los *demás documentos privados* emanados por las partes no se presumen auténticos, sino que se tendrán por auténticos, salvo que se desconozca su firma si están suscriptos o la autoría si no lo están, o se impugnen mediante tacha de falsedad (C. Civil, art. 1583, inc. 2.º; C. General del Proceso, art. 170.2).

A su vez, según el artículo 1587 del Código Civil, la fecha de un instrumento privado no se contará respecto de terceros, sino: 1) desde el día de su exhibición en juicio o en cualquier repartición pública, cuando quedase allí archivado; 2) desde el día del fallecimiento de alguno de los que lo firmaron; 3) desde el día de su transcripción en cualquier Registro público.

De acuerdo con lo expuesto, la carta de pago otorgada en escritura pública hace plena fe del hecho de haberse otorgado y su fecha (C. Civil, arts. 1574 y 1575), es decir, basta por sí sola, sin necesidad de otro medio de prueba que la acompañe para probar que determinada persona otorgó carta de pago el día *equis*.[13] A su vez, la carta de pago otorgada en documento privado con firmas certificadas y protocolizado tiene autor cierto (C. Civil, art. 1583) y una fecha determinada a partir de la que puede contarse respecto de terceros (C. Civil, art. 1587).

La prueba legal o tasada de los referidos documentos determina la convicción del sujeto ante quien se presenta. A vía de ejemplo, de que la obligación de pagar el precio de una compraventa —incluso de una compraventa de inmueble— se ha extinguido; por tanto, en materia de estudio de títulos, es correcto que el escribano acepte como prueba una carta de pago otorgada tanto en escritura pública como en documento privado con firmas certificadas y posterior protocolización.

Desde el punto de vista del estudio de títulos en el ámbito extrajudicial,[14] las dudas aparecen con relación a la aceptación o no como prueba suficiente de una carta de pago otorgada en documento privado «simple», es decir,

13 «Cuando se dice que un documento hace plena fe respecto de un dato que contiene, significa que, por sí solo, sin necesidad de ningún otro medio de prueba que lo acompañe, basta para probar el acto. Su verdad solo puede negarse haciendo caer el documento» (Yglesias, 1992: 524).

14 Aclaro que las dudas sobre la aceptación de un documento privado simple se plantean en el ámbito extrajudicial. El análisis de la presentación de un documento privado simple en la vía judicial es diferente, debido a que, en este caso, ya nos encontramos dentro de un proceso judicial en el que la parte que pretende desconocer el otorgamiento y firma del documento tiene la carga de hacerlo, en los momentos que dispone el artículo 171 del Código General del Proceso.

aquel que no tiene firmas autenticadas por notario o autoridad competente: la regla legal de valoración de la prueba indica que se debe tener por auténtico, salvo que se desconozca su firma o autoría, lo que puede ocurrir en una instancia posterior. Frente a dicha situación, considero que el escribano debe actuar con prudencia.

La función notarial procura la realización pacífica del derecho, con una perspectiva preventiva del litigio, anticipándose a detectar cuáles pueden ser los motivos de conflicto y eliminarlos para asegurar el derecho de las respectivas partes. Viera sostiene que la función notarial requiere, además de la previsión y eliminación de las causas de eventuales litigios, tomar las precauciones para que si este se produce, el proceso se desenvuelva de la manera más eficaz para garantizar la aplicación coactiva de los derechos tutelados.[15]

En tal sentido, frente a un documento privado «simple» que registra un acto de carta de pago, una opción preventiva es extrajudicial y consiste en solicitar al sujeto que figura como otorgante que ratifique el contenido y reconozca su firma ante un escribano para que este lo certifique (Reglamento Notarial, art. 248, lit. *b*), y luego, proceder a la protocolización (C. Civil, art. 1587). Otra opción es acudir al reconocimiento judicial de firmas, suficiente para que el cuerpo del instrumento quede también reconocido (C. Civil, art. 1582).

Una vez que el otorgamiento y firma han sido reconocidos ante notario y ha sido reconocido judicialmente o declarado por reconocido en los casos y con los requisitos que establece la ley, el documento tiene el mismo valor que la escritura pública respecto a los que aparecen o se reputan haberlo suscrito y de las personas a quienes se han transferido sus obligaciones y derechos por título universal o singular (C. Civil, art. 1581). De este modo, se logra obtener una prueba satisfactoria, en base a la prueba legal o tasada, de que se otorgó la carta de pago.

## VI. Algunas situaciones de interés notarial sobre legitimación para recibir el pago y otorgar la carta de pago

Dentro de la estructura de la relación jurídica obligacional, el acreedor es el sujeto que se encuentra en la situación jurídica de crédito (activa). El artículo 1453 del Código Civil dispone que bajo el nombre de *acreedor* se

15 «Lo que afirmamos es que, en relación al litigio, la función notarial no se detiene o debe detenerse en la previsión y eliminación de todas las posibles causas de conflicto que, en el futuro, pueda suscitar la aplicación de los derechos que consagra el instrumento notarial, sino que —y en los hechos, ha ido y debe ir más allá— dentro de las posibilidades que permite el ordenamiento jurídico, debe tomar todas las precauciones a su alcance para que, en caso de que el litigio se produzca, este se desenvuelva, en el proceso, de la manera más eficaz para garantir la aplicación coactiva de los derechos tutelados» (Viera, 1973: 403).

entiende todos los que le hayan sucedido en el crédito, aun a título singular, por lo que los sucesores en el crédito también califican como acreedores. En tal sentido, en doctrina española, Díez-Picazo (2008: 561 y 562) ha escrito que por *acreedor* debe entenderse la persona que en el momento del pago ostente la titularidad del crédito, es decir, el acreedor actual, que puede ser el mismo acreedor originario o la persona que haya adquirido el derecho, si se ha producido una transmisión *inter vivos* o *mortis causa*. Por otra parte, puede ocurrir que una persona que no es acreedora (tercero) esté autorizada y, por tanto, legitimada para recibir el pago, sea a nombre propio o a nombre del acreedor.

A continuación, se analizan diversas situaciones de interés notarial, vinculadas a acreedores originarios, sucesores en el crédito y terceros autorizados, bajo la premisa de que la persona legitimada para recibir el pago, al mismo tiempo, se encuentra legitimada para otorgar la carta de pago.

## A. Acreedores originarios

### 1. *Acreedor singular*

Dentro de la relación jurídica obligatoria, el acreedor es el sujeto que se encuentra en la situación jurídica de crédito (activa) y tiene legitimación para recibir el pago. A vía de ejemplo, *A* vende el inmueble uno a *B* por un precio de 100.000; *A* se encuentra legitimado para recibir el pago del precio. Sin embargo, esta es la situación de principio; como veremos, el acreedor puede tener suspendida o limitada su legitimación para recibir el pago.

### 2. *El acreedor y la situación del crédito embargado*

El artículo 1457 del Código Civil dispone: «La paga hecha por el deudor, a pesar de un embargo o retención judicial,[16] no es válida respecto de los acreedores ejecutantes o demandantes. Pueden estos, según la naturaleza de sus derechos, obligarle a pagar de nuevo, salvo en este caso, su recurso contra el acreedor a quien había pagado». Sin embargo, de acuerdo con el artículo 380.6 del Código General del Proceso —norma posterior que regula la materia—, «todo acto de disposición o de gravamen sobre el bien embargado, posterior a la efectividad del embargo, es ineficaz respecto al embargante […]» (*ineficacia relativa*, conocida como «inoponibilidad»).

Una vez embargado el crédito, el acreedor no está legitimado para exigir que el deudor le pague. Sin embargo, si el deudor voluntariamente le pagara, a pesar de que el artículo 1457 del Código Civil expresa que la paga

16 Con relación a la denominada «retención judicial», en España, ante una norma similar, Díez-Picazo expresa: «El fenómeno es básicamente una retención del crédito: una medida adoptada frente al acreedor por haber quedado el crédito afectado a las responsabilidades que el acreedor pueda tener frente al tercero» (2008: 564).

no es válida, al ubicar la norma dentro de la regulación (C. Civil, art. 20; C. General del Proceso, art. 380.6), podemos concluir que el embargo al crédito no la invalida, pero el pago que el deudor le efectúe resulta inoponible al acreedor embargante, quien puede obligarle a pagar de nuevo.[17]

Distinguiremos la situación del embargo específico a un crédito de la situación del embargo genérico al acreedor.

*a.* Embargo específico al crédito

El embargo específico a un crédito se decreta por el tribunal competente, queda trabado con la providencia que lo decreta y se hace efectivo por la notificación al deudor del ejecutado (C. General del Proceso, art. 380.1). Por lo tanto, en caso de que el deudor sea notificado de que el crédito del acreedor fue embargado, el pago que efectúe al acreedor será inoponible al embargante, y este podrá exigirle que pague de nuevo (C. Civil, art. 1457).

En lo que refiere al estudio de títulos, podría eventualmente ocurrir: *a*) que de un antecedente dominial de un inmueble surgiera un saldo de precio; *b*) que un acreedor del vendedor embargue el crédito y le notifique al deudor-comprador; *c*) que este igualmente pague al vendedor contra la correspondiente carta de pago, y *d*) que el tercero-adquirente del inmueble no tome conocimiento de ello.

Ante dicha situación, considero que el acreedor que embargó el crédito por saldo de precio estará legitimado para reclamar al deudor que pague de nuevo, pero no para reclamar el pago al tercero-adquirente del inmueble, porque no es sujeto pasivo de la obligación, ni para afectarlo mediante una pretensión de resolución del contrato, por tratarse de un tercero de buena fe (C. Civil, art. 1430).

*b.* Embargo genérico

Con relación al embargo genérico, el artículo 380.2 dispone que este comprenderá «los bienes presentes y futuros *registrables* del embargado» (destacado nuestro). Pero ¿qué se entiende por bienes «registrables»?

Pereira Campos ha escrito que para encontrarnos ante «bienes registrables» deben darse concomitantemente los siguientes requisitos: *a*) debe tratarse de un bien registrable en un Registro público o privado; *b*) el Registro —público o privado— debe ser de acceso público, y *c*) debe tratarse de Registros que registren la enajenación o transferencia del bien (Pereira Campos, Algorta, Aversano y otros, 2013: 445 y 446). En similar sentido, Valentín sostiene que «bienes registrables» refiere a bienes que

17 Si el obligado le paga al acreedor cuyo crédito fue embargado, dicho pago es válido pero inoponible al embargante del crédito, es decir, no produce efectos frente a él. Si luego se desinteresa al acreedor embargante del crédito y este levanta el embargo, cesa la situación de inoponibilidad, y el pago que se había realizado produce plenos efectos.

se anotan en Registros de acceso público que prestan el servicio público de inscribir actos y negocios relevantes —actos por los cuales se transfiere la propiedad o se constituyen, modifican o extinguen otros derechos sobre ellos, afectaciones, gravámenes— e informar sobre esos actos y negocios; agrega dicho autor que mediante la expresión «Registros de acceso público» se refiere a aquellos que son accesibles a cualquier interesado que quiera conocer la situación del bien: su titular, si está afectado por un gravamen —hipoteca, prenda—, etcétera (2014: 394).

Comparto lo expresado por los referidos autores. Aplicado a la situación analizada, considero que un crédito califica como «bien registrable» solo cuando él —o los actos que a él se refieren— se anota en Registros de acceso público que prestan el servicio de informar quién es su titular, cuáles son sus derivaciones, afectaciones, etcétera. Al partir de esta premisa, considero que hay créditos que califican como bienes registrables y otros que no; por lo tanto, algunos créditos quedan comprendidos en el embargo genérico y otros no.

A vía de ejemplo, la promesa de compraventa de un inmueble a que refiere la ley 8.733, así como las correspondientes cesiones de derechos de promitente comprador, son inscribibles en el Registro de la Propiedad, sección Inmobiliaria (ley 16.871, art. 17). Dichos derechos son créditos que califican como bienes registrables porque a través del mencionado Registro de acceso público es posible conocer el titular del derecho de promitente comprador y las derivaciones que se produzcan; por lo tanto, se encuentran comprendidos dentro del embargo genérico. En cambio, ¿el crédito por saldo de precio en dinero de una compraventa de inmueble califica como un bien registrable? Desde mi punto de vista, si se parte de la premisa mencionada, el crédito por saldo de precio en dinero de una compraventa de inmueble no califica como un bien registrable, porque no se anota en ningún Registro que tenga por finalidad dar a conocer quién es el titular del crédito y qué derivaciones se produzcan.

Al respecto, en primer lugar, al otorgarse una compraventa de inmueble con saldo de precio en dinero, el acto inscribible en el Registro de la Propiedad es la compraventa del inmueble, no el crédito por saldo de precio. En segundo lugar, el hecho de que se otorgue una hipoteca sobre el inmueble en garantía del pago del crédito por saldo de precio no convierte al crédito en un bien registrable. En este caso, el acto inscribible en el referido Registro es la hipoteca sobre el bien raíz[18] (ley 16.871,[19] art. 17, num. 1.º), la modificación de la hipoteca y la cancelación de la hipoteca (ley 16.871, art. 17, num. 20), no el crédito. Incluso, si se cede el crédito hipotecario,

18 Eventualmente, la hipoteca puede recaer sobre naves, aeronaves o diques flotantes (C. Civil, art. 2331), pero no es el caso planteado.

19 «Ley de Registros», de 28 de setiembre de 1997.

el acto registrable es la modificación de la hipoteca como consecuencia del cambio de acreedor, no la cesión del crédito.

Por último, dada la amplitud de los objetos potencialmente prendables sin desplazamiento de acuerdo con el artículo 3.º de la ley 17.228,[20] puede haber dudas sobre si la posibilidad de inscribir en el Registro Nacional de Prenda sin Desplazamiento una prenda de crédito por saldo de precio en dinero convierte al crédito en un bien registrable. En este caso, la prenda sí recae sobre el crédito, a diferencia de lo que ocurre con la hipoteca del bien raíz; sin embargo, dicho Registro no tiene por función dar a conocer quién es el titular del crédito ni las transferencias del crédito que se efectúen, sino solo una situación específica, eventual y circunstancial: si el crédito fue prendado o no. Al no cumplirse en el caso con la premisa relacionada, desde mi punto de vista, la posibilidad de inscribir una prenda de crédito por saldo de precio en dinero en el Registro Nacional de Prenda sin Desplazamiento no convierte a dicho crédito en un bien registrable.[21]

### 3. *El acreedor concursado por ley 18.387*

Puede ocurrir que el acreedor haya sido declarado en concurso, de acuerdo con la ley 18.387.[22] Si el concurso fuera necesario; o si fuera voluntario, pero el activo no fuere suficiente para satisfacer el pasivo, se suspenderá la legitimación del concursado para disponer y obligar a la masa del concurso, y un síndico lo sustituirá en la administración y disposición de sus bienes (ley 18.387, art. 45). En los demás casos, se limitará la legitimación del deudor para disponer y obligar a la masa, y se designará un interventor que coadministrará los bienes junto con el concursado (ley 18.387, art. 45).

En los casos de suspensión de la legitimación del deudor para disponer y obligar a la masa del concurso, los pagos realizados al deudor no tendrán efecto liberatorio para los acreedores, salvo los realizados de buena fe en el período que medie entre la sentencia declaratoria del concurso y su registración y publicación (ley 18.387, art. 46).

En caso de limitación de la legitimación del deudor para disponer, este requerirá de la autorización del interventor para extinguir obligaciones (ley 18.387, art. 47, num. 1.º), con excepción de las operaciones ordinarias del giro del deudor, las que serán realizadas por el concursado bajo el

20 «Ley de prenda sin desplazamiento», de 7 de enero de 2000.

21 Valentín se refiere a los embargos sobre créditos del ejecutado garantizados con hipotecas o prendas que se inscriben en los Registros y expresa: «A nuestro juicio, los embargos sobre estos créditos no se efectivizan mediante inscripción en el Registro, ya que el bien embargado en esos casos es el crédito, y lo que se inscribe en el Registro no es el crédito, sino la garantía. El embargo de estos créditos debe realizarse por el procedimiento general de embargo de créditos» (2014: 393). Interpreto que dichas expresiones van en el mismo sentido de lo aquí expuesto, es decir, que la hipoteca y la prenda no convierten al crédito en un «bien registrable».

22 «Ley de proceso concursal», de 23 de octubre de 2008.

control del interventor (ley 18.387, art. 47, num. 2.º).[23] La omisión de la autorización referida provocará la ineficacia del pago frente a la masa del concurso (ley 18.387, art. 47, num. 3.º).

De lo expuesto puede visualizarse la importancia de solicitar información al Registro Nacional de Actos Personales, sección Interdicciones, a efectos de conocer si el acreedor que pretende recibir el pago de una obligación dineraria se encuentra concursado o no. Si surge de la información registral que el acreedor se encuentra concursado con suspensión de la legitimación para disponer, el legitimado para recibir el pago pasó a ser el síndico; si surge de la información registral que el acreedor se encuentra concursado y se limitó la legitimación del deudor para disponer, el concursado seguirá teniendo legitimación para recibir el pago, pero con un requisito: deberá obtenerse la autorización del interventor (salvo los casos excepcionales previstos en el art. 47, num. 2.º de la ley 18.387).

## 4. *Pluralidad de acreedores: obligación divisible e indivisible; actuación simple, solidaria y conjunta*

En caso de existir pluralidad de acreedores, para determinar quién tiene legitimación para recibir el pago, corresponde realizar ciertas distinciones. El Código Civil regula sobre las diversas especies de obligaciones en el libro cuarto, título II. En lo que refiere a las obligaciones *con relación a su objeto*, distingue entre obligaciones *divisibles* e *indivisibles* —entre otras distinciones— en los artículos 1375 y siguientes. Respecto a las obligaciones *con relación a las personas*, establece que si hubiere más de un deudor o más de un acreedor y una misma cosa fuere el objeto de la obligación, simultáneamente entre ellos, la obligación será *mancomunada* (también *conjunta*; C. Civil, art. 1388), y esta, a su vez, puede ser *simple* o *solidaria* (C. Civil, art. 1389).

Con relación a la forma de actuación de los acreedores, además de la actuación simple —cada uno actúa por sí— y solidaria —cada uno actúa por todos—, puede establecerse otra, *por ley o por voluntad de las partes*, que es la exigencia de actuación conjunta (no se admite la actuación individual).[24]

A continuación, nos detendremos en cada una de estas situaciones.

23 No se consideran operaciones ordinarias del giro los actos relativos a bienes de uso registrables, la venta o arrendamiento del establecimiento comercial y la emisión de obligaciones negociables, según dispone el artículo 47, numeral 2.º de la ley 18.387.

24 Berdaguer (1994: 456) cita a Busnelli, quien divide las obligaciones de la siguiente manera: *a*) de acuerdo con el modo de ser de la prestación, en *divisibles* e *indivisibles*; *b*) de acuerdo con la forma de actuación de los sujetos, en *parciaria* (actúa cada uno aisladamente o por su parte), *conjunta* (actúan todos juntos) y *solidaria* (actúa uno por todos).

*a.* Obligación divisible e indivisible

La obligación es *divisible* o *indivisible*, según que su objeto sea o no susceptible de división, bien material, bien intelectual (C. Civil, art. 1375).

La obligación de entregar una suma de dinero califica como naturalmente divisible, pues la prestación a realizar es susceptible de división (por ejemplo, si hay dos acreedores, el deudor puede entregar a cada uno la mitad de la suma de dinero debida). Sin embargo, las partes pueden pactar la indivisibilidad de una obligación naturalmente divisible; en tal sentido, el artículo 1376 del Código Civil dispone que, aunque la cosa objeto de la obligación sea divisible por naturaleza, la obligación vendrá a ser indivisible si la relación bajo la cual los contrayentes han considerado dicho objeto impide que este —y por consiguiente, la obligación— admita división (C. Civil, art. 1377).

Si la obligación es *divisible* y son varios los acreedores, el crédito y la deuda se dividen de pleno derecho entre los acreedores (C. Civil, art. 1379). Cada acreedor está legitimado para cobrar solo su parte y puede otorgar carta de pago parcial (C. Civil, art. 1380). Ningún acreedor está legitimado para cobrar la parte de los demás ni para disponer del crédito de los demás (salvo pacto de solidaridad activa, como veremos, o autorización).

Si la obligación es *indivisible* y son varios acreedores, el crédito y la deuda no se dividen entre los acreedores.[25] La prestación es unitaria, y cada acreedor está legitimado para reclamarla y, por lo tanto, para cobrar el todo y otorgar carta de pago total (C. Civil, arts. 1384 y 1385). Sin embargo, la indivisibilidad no legitima al acreedor para disponer del crédito en la parte de los demás por otros medios (por ejemplo, no puede remitir [art. 1385], novar [art. 1528], etc.).[26]

*b.* Actuación de los acreedores: *simple* y *solidaria*

Si la actuación es *simple*, cada acreedor actúa por sí. De acuerdo con el artículo 1389 del C. Civil, si no hay solidaridad —es decir, si la obligación

25 «Concordamos con Berdaguer en que en nuestro Código Civil existe un conjunto de disposiciones que permiten fundar la tesis de la obligación única (cotitularidad de varios sujetos respecto de un único derecho personal y codeuda entre varios respecto de una única obligación). Así, el artículo 1384 refiere inequívocamente a la existencia de una sola obligación ("cada uno de los que contrajeron una obligación indivisible"), al igual que las restantes disposiciones legales de la misma sección. Todas ellas parten de la base de que hay una sola obligación, de la cual varios son coacreedores o codeudores» (Rodríguez Russo, 2011: 604).

26 «Ningún coacreedor puede disponer de todo el crédito, pero puede disponer de su cuota parte; si quiere disponer de todo el crédito, el acto será inoponible a los demás y solo eficaz en cuanto a su cuota parte, salvo que cuente con el consentimiento de los demás coacreedores, solución que si bien no está contenida a texto expreso en el artículo 1385, fluye de los principios generales y de la propia *ratio legis*» (Rodríguez Russo, 2011: 606).

es simple—, los efectos de la obligación mancomunada se reglarán según lo dispuesto sobre las obligaciones divisibles e indivisibles. Esto es, si la obligación es divisible, cada acreedor, actuando por sí, estará legitimado para cobrar solo su parte del crédito (C. Civil, art. 1380), mientras que si la obligación es indivisible, cada acreedor, actuando por sí, estará legitimado para cobrar todo el crédito (C. Civil, art. 1385). En ambos casos, el acreedor que actúa por sí puede disponer de su parte en el crédito por otros modos, pero no de la parte de los demás (por ejemplo, no puede remitir ni novar la parte de los demás).

Si la actuación es *solidaria*, cada acreedor actúa por todos; por lo tanto, cada acreedor solidario está legitimado para exigir y recibir el pago de la totalidad del crédito (C. Civil, arts. 1390 y 1396, num. 1.º) y, como consecuencia, legitimado para otorgar carta de pago total, con independencia de que la obligación sea divisible o indivisible (C. Civil, art. 1377). A su vez, cada acreedor solidario está legitimado para disponer de todo crédito —tanto de su parte como de la parte de los demás— por otros modos; por ejemplo, remisión o novación (C. Civil, arts. 1396, num. 5.º, y 1528).[27]

De lo expuesto, podemos observar que:

— Si la obligación es *divisible* y la actuación es *simple* (cada uno por sí), cada acreedor solo tiene legitimación para recibir el pago de su parte y otorgar carta de pago parcial; no tiene legitimación para recibir el pago de la parte de los demás ni para disponer del crédito de los demás por otro modo (por ejemplo, novación).
— Si la obligación es *indivisible* y la actuación es *simple* (cada uno por sí), cada acreedor tiene legitimación para recibir el pago de toda la obligación, pero no tiene legitimación para disponer del crédito en la parte de los demás por otros modos (mismo ejemplo).
— Si se pactó la *solidaridad activa*, ya sea que la obligación sea divisible o indivisible, cada acreedor tiene legitimación para recibir el pago de toda la obligación —su parte y la de los demás— y, además, tiene legitimación para disponer del crédito —su parte y la de los demás— por otros modos (mismo ejemplo).

Reveamos lo expuesto con algún ejemplo. Se otorga una compraventa con saldo de precio en dinero. Los vendedores son *A* y *B*:

— Si no se pacta la indivisibilidad ni la solidaridad, la obligación será divisible, y la actuación, simple. *A* y *B* solo podrán cobrar su parte del precio y otorgar carta de pago parcial. Para obtener la carta de pago total se necesitará el consentimiento de ambos vendedores.

27 La actuación por los demás la realiza el acreedor solidario en nombre propio, a diferencia de la representación directa, en la que el representante actúa en nombre del representado.

— Si se pacta la indivisibilidad y no la solidaridad —obligación simple—, la prestación será unitaria. Tanto *A* como *B* estarán legitimados para cobrar todo el saldo de precio y otorgar la correspondiente carta de pago total. Sin embargo, cada acreedor actúa por sí, por lo que no tiene derecho a disponer del crédito del otro acreedor por otros modos (por ejemplo, no está legitimado para novar).
— Si se pacta la solidaridad activa, ya sea la obligación divisible o indivisible, tanto *A* como *B* pueden actuar por el otro y estarán legitimados para cobrar todo el saldo de precio y otorgar carta de pago total. En este caso, además, cada uno de los acreedores estará legitimado para disponer del crédito del otro acreedor por otros modos (mismo ejemplo).

*c.* Actuación conjunta de los acreedores

Por otra parte, la ley o las partes pueden establecer que la actuación de los acreedores deba ser conjunta, en cuyo caso, no se admitirá la actuación individual y la legitimación para recibir el pago la tendrán todos los acreedores actuando conjuntamente.

Un ejemplo de actuación conjunta —según criterio que ha seguido la jurisprudencia, que se dirá— lo encontramos en sede de indivisión posganancial. Durante la vigencia de la sociedad conyugal, la legitimación para recibir el pago de una obligación dineraria cuando el crédito tiene naturaleza ganancial corresponde al cónyuge administrador (C. Civil, art. 1970), quien estará legitimado para otorgar carta de pago total. Una vez que se disuelve la sociedad conyugal, se ingresa en la etapa de liquidación de la masa posganancial, la cual, normalmente, corresponderá a más de una persona;[28] se forma así la indivisión posganancial que, eventualmente, podrá extinguirse mediante la partición del fondo líquido (C. Civil, art. 2010).

La doctrina[29] ha señalado que los créditos exgananciales y las deudas sociales integran la comunidad posganancial, a diferencia de lo que sucede en caso de indivisión hereditaria, en la cual, en principio, los créditos y las deudas hereditarias se dividen de pleno derecho.

La jurisprudencia[30] ha expresado que de la no división de los créditos derivan dos consecuencias fundamentales: 1) ninguno de los cónyuges pue-

28 Puede ocurrir que luego de la disolución no se genere un estado de indivisión. Esto ocurre cuando la sociedad conyugal se disuelve por muerte de uno de los cónyuges y el heredero es el cónyuge sobreviviente. En este caso, igualmente corresponde liquidar la masa posganancial a efectos de pagar a los acreedores sociales, aunque no habrá partición del fondo líquido.

29 Conf.: Carozzi (2015: 395). Jurisprudencia: «Estamos ante una comunidad de liquidación, esto es, una de las causas por las cuales, y a diferencia de lo que sucede en la indivisión sucesoria en la indivisión poscomunitaria, no se dividen de pleno derecho los créditos ni las deudas» (Tribunal de Apelaciones de Familia de 1.er Turno, 2017: 352).

30 Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 3.er Turno (2014: 312).

de, mientras dura la indivisión poscomunitaria, exigir el pago de su mitad del crédito; 2) el deudor no se libera parcialmente al pagar a un cónyuge la mitad del crédito, y si lo hace, está expuesto a tener que pagar luego el crédito íntegro si el bien es adjudicado al cónyuge que no había percibido nada. En tal sentido, se ha sentenciado que en la etapa de indivisión posganancial se forma un litisconsorcio necesario entre los coindivisarios, y uno solo de ellos carece de legitimación para reclamar una deuda a favor de la comunidad.[31]

De acuerdo con el criterio expuesto, se desprende que la legitimación para recibir el pago de una obligación dineraria cuando el crédito tiene naturaleza exganancial corresponde a todos los coindivisarios de la indivisión posganancial, a través de una actuación conjunta.

## B. Sucesores en el crédito

El derecho que corresponde al acreedor puede derivarse a otras personas. Nos encontramos dentro del ámbito de las *modificaciones subjetivas* de la relación jurídica obligatoria; más precisamente, de la parte activa. De producirse una derivación del crédito de una persona a otra, esta será la nueva acreedora, legitimada para recibir el pago y, consecuentemente, para otorgar la carta de pago. Analizaremos diversas situaciones.

### 1. *Sucesores a título universal; herederos; pluralidad de herederos*

Según el artículo 776 del Código Civil, la *sucesión* o *herencia* es la acción de suceder al difunto y representarlo en todos sus derechos y obligaciones que no se extinguen por la muerte. Y de acuerdo con el artículo 1039 del mismo código, por el hecho solo de abrirse la sucesión, la propiedad y posesión de la herencia pasa de pleno derecho a los herederos del difunto. Así, si el acreedor de una obligación dineraria fallece, su crédito pasa a sus herederos —salvo que el testador hubiera legado el crédito, situación que se analizará más adelante—, y estos serán los legitimados para recibir el pago.

Ahora bien, ¿cada heredero está legitimado para recibir el pago de todo el crédito que le correspondía al causante o solo la proporción que le corresponde en el crédito según su cuota en la herencia? La respuesta dependerá de si la obligación era divisible o indivisible. Si se trata de una obligación *divisible* y son varios los acreedores por «título sucesión», de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 1380 del Código Civil, cada heredero-acreedor puede exigir solo la deuda por la parte que le corresponde, como representante del acreedor; es decir, puede reclamar solo la cuota parte que le corresponde en su calidad de heredero. En cambio, si la obligación es *indi-*

31 Conf.: Tribunal de Apelaciones de Familia de 1.er Turno (2013: 368).

*visible*, cualquiera de los herederos del acreedor puede exigir la totalidad de la deuda (C. Civil, art. 1385).[32]

Desde el punto de vista notarial, lo expuesto tiene consecuencias prácticas. Supongamos que *A* vende a *C* el inmueble UNO y queda un saldo de precio de 50.000 dólares. Fallece el vendedor —acreedor *A*—; lo heredan dos hijos. Uno de ellos se encuentra en Uruguay; el otro, en el exterior, y se desconoce si existen otros herederos. Llega el día de la exigibilidad del pago y corresponde cumplir con la obligación de pagar el precio.

Si dicha obligación es *indivisible* por haberse así pactado, entonces cualquiera de los herederos del acreedor tiene legitimación para recibir la totalidad del pago y otorgar carta de pago. En esa situación, sería suficiente con que el hijo que se encuentra en Uruguay demuestre que es heredero —y así demostrar su legitimación para recibir el pago total—, se efectúe el pago y ese heredero otorgue la carta de pago por la totalidad del precio.[33]

Si la referida obligación es *divisible*, cada heredero solo puede cobrar su parte. El problema, en este caso, es: ¿cómo saber cuántos herederos existen para determinar cuál es la parte que corresponde a cada uno? Considero que se deberá valorar cada caso concreto, pero, en principio, mientras no exista una declaración judicial de herederos, luce recomendable consignar el pago en la vía judicial, a efectos de que se entregue a quienes acrediten su calidad de herederos.

## 2. *Sucesores a título singular*

### *a.* Cesionario por acto entre vivos

En la cesión de créditos por acto entre vivos, el título es el negocio obligacional (compraventa, permuta, donación, etc.), y el modo, la tradición. Además, se requiere la notificación al deudor (C. Civil, art. 1757 y ss.), que, como expresa MOLLA (1994: 17), se trata de un requisito legal de eficacia,[34] pues mientras el deudor no ha sido notificado, el crédito se encuentra en el patrimonio del cedente.

32 El acreedor no puede hacer remisión de la deuda ni, en caso de que el crédito consista en entregar una cosa, recibir en su lugar el precio de ella (C. Civil, art. 1385), lo que es coherente con el hecho de que la indivisibilidad confiere legitimidad para recibir el pago, pero no para disponer del crédito en la parte de los demás.

33 Si el causante-acreedor no tenía descendencia y la vocación hereditaria la tienen personas en un orden de llamamiento posterior —por ejemplo, sobrinos—, se requiere actuar con prudencia y valorar según las circunstancias del caso: si se efectúa el pago a ese supuesto heredero o se consigna en la vía judicial, a efectos de que se entregue a quienes acrediten su calidad de herederos.

34 No se analizan las diferentes posiciones con relación a la función que cumple la notificación por exceder el objeto de este trabajo.

Una vez notificada al deudor la cesión de créditos, el cesionario queda colocado en la parte activa de la relación obligatoria y el cedente abandona su lugar.[35] Como consecuencia, el cedente ya no estará legitimado para recibir el pago ni otorgar la carta de pago: es el cesionario quien está legitimado para recibir el pago y otorgar la carta de pago.

A vía de ejemplo, *A* vende a *B* un inmueble y queda un saldo de precio de 50.000. *A* tiene legitimación para recibir el pago del saldo del precio, pero si cede su crédito a *C*, una vez notificada la cesión al deudor *B*, el legitimado para recibir el pago del saldo de precio será el cesionario *C* y no el cedente *A*. Como consecuencia, será *C* el legitimado para otorgar la carta de pago y no *A*.

*b*. Legatario del crédito (C. Civil, art. 914)

La cesión de crédito a título particular también puede producirse por causa de una disposición testamentaria a través del legado del crédito. Al respecto, existen diferentes opiniones doctrinarias sobre si ese crédito se transmite directamente desde el patrimonio del causante al del legatario, por tratarse de un legado de cosa cierta y determinada (C. Civil, art. 937), o si el crédito es adquirido primero por los herederos y son estos quienes deben cederlo al legatario. La duda surge porque el artículo 914 del Código Civil dispone que en el legado de crédito, «el heredero cumple con ceder al legatario todas las acciones que le competirían contra el deudor».

Vaz Ferreira (1975: 44-45) sostiene que, en virtud de dicha norma, en nuestro derecho no es aceptable la interpretación de que el crédito pasa inmediatamente del testador al legatario. Este autor entiende que el gravado —es decir, el heredero— debe ceder al legatario el crédito legado cumpliendo todas las formalidades de los artículo 1757 y siguientes. De seguirse esta posición, recién una vez que el heredero ceda el crédito al legatario y efectúe la notificación al deudor, este se convertirá en cesionario del crédito y estará legitimado para recibir el pago y otorgar la correspondiente carta de pago.

En cambio, para Howard,[36] el crédito legado pasa inmediata y directamente del causante al legatario en el momento en que se produce la aper-

35 «La *cesión de crédito* es un instituto que produce una modificación subjetiva en la parte activa de una relación jurídica obligacional (crédito-deuda) anterior o preexistente; como consecuencia, se genera el reemplazo de su sujeto activo (acreedor-cedente) por otro sujeto (acreedor-cesionario), el que pasa a ocupar el mismo lugar que aquel en dicha relación, permaneciendo esta sustancialmente incambiada» (Salaberry y Meyer, 2007: 40).

36 El autor aclara: «No obstante, cuando el crédito consta en un documento cartular, como ocurre con los títulos valores, en que, para promover la correspondiente acción ejecutiva, es indefectible la presentación del título justificante, la situación varía, ya que para la efectividad de la atribución deviene indispensable que el promotor (legatario) cuente con el documento en el que consta el crédito. En función de tales consideraciones, en este último caso es indispensable que al deceso del testador los sucesores universales entreguen al

tura legal de la sucesión. Por consiguiente, probado que tiene la calidad de sucesor a título singular en el crédito, está legitimado activamente para iniciar la acción de cobro contra el deudor sin que se requiera ninguna actividad o prestación por parte de los herederos. El heredero está obligado a entregar al legatario los documentos de respaldo del crédito legado que estaban en poder del testador, pero no debe garantizar la existencia del crédito ni su cobro, a menos que lo contrario se indique en el testamento.

Si se sigue la postura de la adquisición inmediata del crédito, cabe cuestionarse: ¿corresponde efectuar la notificación al deudor a que refieren los artículos 1757 y siguientes del Código Civil, artículos que se ubican dentro del título II («De la compraventa»)? Al respecto, Howard (2022: 306) señala que el crédito se transfiere al legatario independientemente del conocimiento que tenga el deudor cedido; la notificación es conveniente, en particular, para evitar que el deudor pague de buena fe a los herederos de su acreedor, pero no es necesaria para su validez y eficacia.

Por último, y al margen de la posición doctrinaria que se siga con relación al tema desarrollado, vale recordar que el legado de crédito solo tiene efecto en la parte del crédito subsistente al tiempo de la muerte del testador (art. 914, inc. 1.º) y que caduca si el testador demandó judicialmente al deudor para el pago, aunque este no se haya realizado (C. Civil, art. 915).

*c.* La situación de la prenda de crédito (C. Civil, art. 2298)

La determinación de cuál es la naturaleza jurídica de la prenda de créditos es sumamente controvertida a nivel doctrinario.[37] Hay posturas que la califican como un verdadero derecho real de prenda; otras, como una cesión de determinadas facultades del crédito, y otras, como una verdadera cesión de créditos con función de garantía. En cualquier caso, el tema que nos ocupa fue regulado de manera expresa por el artículo 2298 del Código Civil, al disponer:

> Se puede dar en prenda un crédito entregando el título; pero será necesario que el acreedor lo notifique al deudor del crédito consignado en el título, prohibiéndole que lo pague en otras manos.
>
> El acreedor a quien se haya dado crédito en prenda podrá cobrarlo en juicio o fuera de él, en la misma forma que podría verificarlo el que lo empeñó.

Surge de la disposición normativa referida que una vez que el acreedor prendario del crédito notifica al deudor la prenda, adquiere legitimación para recibir el pago en juicio o fuera de él, en la misma forma en que podría verificarlo el acreedor que lo empeñó. Por lo tanto, si la obligación dineraria

---

legatario el título valor que prueba y permite reclamar el crédito legado» (2022: 298 y 303). También especifica que un régimen diferente se da en caso de que el crédito legado no sea del testador, sino del gravado o de un tercero (2022: 309).

37 Un desarrollo de las diferentes posturas puede leerse en Anido, 2001 (151 y ss.).

resulta exigible durante la vigencia de la prenda, el acreedor prendario del crédito tendrá legitimación para cobrarlo, y en caso de hacerlo, estará legitimado para otorgar la carta de pago.

*d.* La situación del pago con subrogación

En la doctrina uruguaya predomina la posición que sostiene que el pago con subrogación es un fenómeno de sucesión en el crédito y, por lo tanto, que la obligación principal no se extingue.[38] No comparto esa opinión, en lo fundamental, porque la causa generadora del crédito del tercero que paga es distinta a la causa que produjo el crédito pagado. A efectos de no extender demasiado este texto, me remito a lo que ya expresé sobre el tema (Molla y Villar, 2019); baste con decir que considero que el pago con subrogación produce la extinción de la obligación pagada, con la particularidad de que los derechos, acciones y garantías que tenía el acreedor se derivan al nuevo crédito —con causa distinta— que nace a favor del tercero que pagó. No se trata de una subrogación personal por la cual el tercero subroga al acreedor en el crédito: se trata de una subrogación real por la cual todos los derechos, acciones y garantías que tenía el antiguo acreedor respecto a su crédito se trasladan al crédito distinto del tercero que se genera por el pago.

## C. Terceros autorizados para recibir el pago

*Tercero* es aquella persona que no es acreedor —ni originario ni derivado— ni deudor. El acreedor o la ley pueden autorizar a un tercero para recibir el pago. Con relación a los terceros autorizados, distinguiré entre aquellos que lo están para actuar en nombre propio de aquellos que lo están para actuar en nombre del acreedor.

### 1. *Terceros autorizados para actuar en nombre propio*

El acreedor puede autorizar a un tercero para que reciba el pago en nombre propio, quien, según el caso, podrá actuar en interés del acreedor autorizante o en el suyo propio: si el tercero está autorizado para actuar en nombre propio y en interés del autorizante —representante indirecto—, estará legitimado para recibir el pago y, como consecuencia, para otorgar la carta de pago, sin perjuicio de que luego deberá transferir lo recibido al autorizante (representado indirecto); en cambio, si el tercero está autorizado para actuar en nombre e interés propio, estará legitimado para recibir el pago y, como consecuencia, para otorgar la carta de pago, sin que deba

38 Vé., con matices diferenciales: Peirano (1960*b*: 75), Gamarra (Jorge y otros, 2006: 367), Blengio (1976: 107 y 108), Berdaguer (2000: 189), Gamarra (Raúl, 2009: 291).

luego transferir lo recibido al autorizante. La causa de dicha autorización puede ser variable —*donandi*, *credendi* o *solvendi*—, pues depende de las relaciones internas entre autorizante y autorizado.

Díez-Picazo (2008: 566), con relación a la «indicación para el pago», expresa que el indicatario queda legitimado para recibir la prestación y, efectuada esta última a aquel, es una prestación exacta y regular, aunque el indicatario no ostente la titularidad del derecho de crédito, ni posea la facultad de reclamarlo, ni sea representante del acreedor. Agrega el mismo autor que las relaciones subyacentes que puedan existir y que justifiquen el fenómeno de la indicación de pago son irrelevantes en relación con el pago al indicatario. También señala el mencionado doctrinario que la designación produce una legitimación para recibir, de manera que el deudor que paga al indicatario paga bien y queda liberado.

Un caso de autorización para actuar en nombre propio y en interés del acreedor autorizante se presenta, por ejemplo, cuando dos o más personas venden un bien con saldo de precio en dinero y se pacta la solidaridad activa. En estos casos, cada uno de los vendedores está autorizado —y por tanto, legitimado— para cobrar el total del crédito por saldo de precio (C. Civil, art. 1396); su parte, en nombre e interés propio, o la parte de los demás, en nombre propio e interés ajeno (puede calificarse, a mi juicio, como un caso de representación indirecta). Luego, el vendedor que recibe todo el pago se encuentra legitimado para otorgar la correspondiente carta de pago total y responderá a los otros acreedores de la parte que a estos corresponda (C. Civil, art. 1397).

Un caso de autorización para actuar en nombre e interés propio puede observarse en el siguiente supuesto de hecho. Imaginemos que *C* vende a *A* el vehículo automotor UNO a un precio de 15.000; queda un saldo de precio de 5.000, de modo que *A* debe a *C* 5.000. Con posterioridad, *A* vende a *B* el vehículo automotor DOS a un precio de 9.000; queda un saldo de precio de 5.000, de modo que *B* debe a *A* 5.000. En lugar de que *B* le pague a *A* 5.000 y *A* le pague a *C* 5.000, puede procederse de la siguiente manera: *A* autoriza a *C* para que cobre el saldo de precio de la compraventa del vehículo DOS y mediante ese pago se cobre el saldo de precio de la compraventa del vehículo UNO; a su vez, *A* le comunica a *B* dicha autorización, a efectos de que *B* conozca que puede pagarle a *C* con los mismos efectos que si le pagara a *A*. Por vía de esta autorización, *C* queda legitimado para cobrar el saldo de precio de la compraventa del vehículo automotor DOS y, con lo recibido, cobrarse el saldo de precio de la compraventa del vehículo automotor UNO, lo que justifica que no tenga que entregarle el dinero recibido a *A*. En dicho caso, *C* actuará en nombre e interés propio. Al momento en que *C* recibe el pago de los 5.000 que *B* le entrega por la compra del vehículo DOS, se extingue la obligación que *B* tenía con *A* por 5.000 por la compra de dicho vehículo; simultáneamente, se extingue la obligación que *A* tenía con *C* por 5.000 por la compra del vehículo automotor UNO. De este modo, a través de un solo pago se extinguen dos

obligaciones que se encontraban vigentes;[39] corresponde que *C* otorgue carta de pago a *B* por el saldo de precio de la compraventa del automotor DOS que cobró en calidad de autorizado y carta de pago a *A* por el saldo de precio de la compraventa del automotor UNO que cobró en calidad de vendedor, a través del mismo pago.

## 2. *Terceros autorizados para actuar en nombre del acreedor*

Con carácter general, los presupuestos para que se produzca la eficacia representativa directa son que exista una actividad representativa directa —actuar en nombre e interés ajeno— y que exista una norma que permita la eficacia representativa. Dicha norma puede ser creada por un acto de voluntad del representado —apoderamiento o ratificación— o por el dictado de una ley (por ejemplo, C. Civil, arts. 258, 316, 1311 y 2101). En el primer caso, estamos ante una fuente de eficacia representativa *voluntaria*; en el segundo, ante una fuente de eficacia representativa *legal*.

El pago de una obligación dineraria puede efectuarse a un representante. Al respecto, el artículo 1453 del Código Civil establece que puede hacerse la paga no solo al acreedor, sino también a la persona que lo represente en virtud de un mandato emanado del acreedor mismo o de autorización de la Justicia o de la ley. De acuerdo con dicho artículo, si la paga se hiciera a persona incompetente, será válida (*rectius*: eficaz) si el acreedor la ratifica o se aprovecha de ella.

La doctrina[40] ha sostenido, en opinión que se comparte, que el poder para vender un bien comprende el poder para recibir el pago del precio aunque el poderdante no lo haya manifestado de manera expresa; esto, en aplicación del artículo 2077 del Código Civil, que dispone que quien encarga cierto negocio, se entiende, faculta para todos los actos que son indispensables para ejecutarlos, aun cuando no se expresen al conferir el mandato.

Por otra parte, el poder conferido por el acreedor a una persona para demandar en juicio al deudor no le faculta por sí solo a recibir el pago de la deuda (C. Civil, art. 1454).

39 BERDAGUER, al referirse a lo que denomina «orden», «autorización», «asignación» o «*iussus*» emitidas por el delegante cuyos destinatarios son el delegado y el delegatario, expresa: «*c*) En definitiva, la prestación real será única, pero jurídicamente deberá ser considerada como dos prestaciones análogas y paralelas: una del delegado al delegante y otra del delegante al delegatario. *d*) En suma, en la delegación o asignación hay dos declaraciones del delegante: una hacia el delegado, en el sentido de que puede proceder a pagar al delegatario con el mismo efecto que si fuera el delegante quien pagara la prestación que adeuda al delegatario, y otra hacia el delegatario, en el sentido de que este puede aceptar el pago que le hará el delegado como si lo hubiese realizado directamente el propio delegante» (2014: 304).

40 Conf.: BERDAGUER (2000: 156).

## VII. La legitimación para recibir el pago de una obligación dineraria por el representante voluntario con facultades *post mortem*

Puede ocurrir que al momento en que la obligación de pagar una suma de dinero sea exigible, el poderdante haya fallecido; que no se tenga certeza de quiénes son sus herederos, pero exista un apoderado con facultades para recibir el pago de una obligación dineraria, y que, además, dicho apoderado esté autorizado para actuar después de la muerte del poderdante. ¿Está legitimado este apoderado para recibir el pago de la obligación dineraria luego de que el poderdante falleció?

Dada la carencia en nuestro ordenamiento jurídico de una regulación general sobre el negocio de apoderamiento, las disposiciones que se señalarán referentes al mandato son aplicables, vía analógica, al negocio de apoderamiento.

Las causales por las cuales se extingue el mandato están dispuestas en el artículo 2086 del Código Civil; entre ellas, se encuentra el numeral 5.º, que dispone: «Por la muerte del mandante o del mandatario». Al respecto, Peirano (1968: 139) ha escrito:

> ¿Se podría pactar en un contrato de mandato otras consecuencias para el caso de muerte del mandante? ¿Esta causa de extinción es de la naturaleza o de la esencia del contrato? La respuesta es clara: en principio, no habría dificultad en pactar un contrato de mandato que no se extinga por la muerte del mandante.

En similar sentido, Gamarra (Jorge, 1995: 53): «El principio de que el mandato se extingue por la muerte es derogable por la voluntad de los contrayentes, y el propio derecho prevé casos de supervivencia del mandato a la muerte del mandante». Y la jurisprudencia[41] también se ha manifestado a favor de la posibilidad de que un mandato subsista aun después de la muerte del mandante.

Una persona puede tener facultades para actuar después de la muerte del mandante porque así lo dispuso este o porque lo dispuso la ley, ante el silencio del poderdante.

El poderdante puede disponer que el apoderado tendrá poder recién a partir de su muerte (C. Civil, arts. 2096 y 2097) o puede disponer que el apoderado tiene poder de manera inmediata y que este subsistirá luego de su muerte (C. Civil, arts. 2096 a 2098). Parte de la doctrina[42] denomina a la primera especie *mandato mortis causa*, y a la segunda, *mandato póstumo*.

41 Vé.: Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 7.º Turno (2009: 235); Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 4.º Turno (2001: 234).

42 «*Irrevocable* es el poder que el poderdante no tiene derecho de revocar; *póstumo*, el que no se extingue por su fallecimiento, y *mortis causa*, el que se origina cuando el poderdante fallece» (Zinny, 2007: 189 y 190). Por su parte, Peirano Facio, al comentar el artículo 2097

Ante el silencio del poderdante, la ley dispone que el poder subsistirá a su muerte al menos en estos cuatro casos: 1) cuando de suspender las actuaciones se sigue un perjuicio a los herederos del mandante (C. Civil, art. 2094); 2) cuando el poder fue conferido en el interés común del poderdante y del apoderado, o en el interés de un tercero (C. Civil, art. 2098); 3) en los casos de apoderados de promitentes vendedores, a efectos de otorgar la escritura definitiva al comprador que hubiera cumplido con todas las obligaciones derivadas de la promesa de compraventa (ley 13.901,[43] art. 6.º); 4) en materia procesal, cuando la parte que fallece actuaba por representante (C. General del Proceso, art. 35).

Como se expresó, el negocio de apoderamiento crea una norma que permite la eficacia representativa del acto que celebre el apoderado. La particularidad del poder que subsiste a la muerte del poderdante radica en que una vez fallecido este, esa norma subsiste, y el apoderado podrá producir la eficacia representativa a pesar de la muerte del poderdante, hasta que dicho poder se extinga por otra causa (por ejemplo, por revocación de los herederos del poderdante).

El hecho de que los herederos del poderdante sean menores o incapaces no extingue el poder *post mortem* otorgado por el causante, debido a que el artículo 2096 del Código Civil establece: «No se extingue por la muerte del mandante el mandato destinado a ejecutarse después de ella. Tendrá lugar esta disposición, aunque los herederos fueren menores o incapaces».

Un punto controvertido ha sido la determinación de a quién representa el apoderado *post mortem*. Por una parte, Vaz Ferreira ha escrito que «quien recibió un mandato para ejecutar después de la muerte del mandante representa siempre a quien le confirió dicho mandato, nunca a sus herederos»; y que «en el caso de mandato para ejecutar después de la muerte, solo se representa a una persona fallecida; en cambio, en los casos del artículo 2098 se empieza representando a una persona viva y se termina representando a una persona muerta» (1975: 338 y 339). Por otra parte, la Comisión de Derecho Civil de la AEU, en opinión que comparto, ha sostenido[44] que el poderdante fallecido no es persona,[45] no tiene capacidad jurídica[46] y tampoco patrimonio, por lo que no puede ser el destinatario de los efectos; como consecuencia, no puede ser el representado.

---

del Código Civil, expresa: «Claro que este artículo se está refiriendo a una cosa un poco distinta, que es lo que se llama el mandato *post mortem*, que es el mandato realizado para ser cumplido después de la muerte del mandante, cosa diferente de un contrato de mandato realizado para surtir efectos de inmediato, en vida del mandante, con la modalidad de que estos efectos continuarán después de la muerte del mandante» (1968: 139).

43 «Ley de promesas de enajenación de inmuebles a plazo», de 13 de noviembre de 1970.

44 A vía de ejemplo: Asociación de Escribanos del Uruguay (2013: 303).

45 «En el ordenamiento jurídico uruguayo, el único y exclusivo acontecimiento que provoca la extinción de la personalidad es la muerte del ser humano» (Howard, 2008: 69).

46 Howard expresa: «Recién una vez admitida la condición de persona es susceptible de plantearse la existencia de la capacidad de goce. La atribución de personalidad es el

En materia hereditaria, el derecho uruguayo sigue el sistema de la «sucesión en la persona».[47] Entre sus características se halla la de que el heredero ocupa la posición jurídica del causante; se produce así una verdadera subrogación personal en dicha posición jurídica. En aplicación al poder que subsiste a la muerte del poderdante, significa que la posición del poderdante es ocupada por sus herederos, por lo que estos serán los legitimados para revocar el poder; también ellos serán los destinatarios de los efectos del negocio representativo que el apoderado celebre, en cuanto titulares del patrimonio hereditario. En tal sentido, los herederos del poderdante serán los representados. En doctrina nacional y extranjera se encuentran autores que se han pronunciado en ese sentido.[48]

De seguirse esta segunda opinión, desde el punto de vista instrumental, técnicamente, el apoderado debería mencionar que actúa en nombre de los sucesores del poderdante fallecido —sin necesidad de identificarlos— porque son estos los destinatarios de los efectos. Sin embargo, en la práctica, ha sido un uso notarial que cuando se utiliza un poder luego de la muerte del poderdante, el apoderado manifieste actuar en nombre del fallecido, en virtud de lo dispuesto por el artículo 2098 del Código Civil, o en virtud de lo dispuesto por la ley 13.901, etcétera. Es decir, se ha seguido la opinión citada de Vaz Ferreira. Con relación a dicha forma de instrumentar la actuación del apoderado, desde mi punto de vista, cuando el apoderado declara actuar en nombre del fallecido e invoca las normas referentes al poder póstumo —por ejemplo, C. Civil, art. 2098—, la propia invocación de dichas normas es una manifestación de voluntad inequívoca de producir efectos para los sucesores del poderdante fallecido y no para el fallecido.

antecedente conceptualmente necesario de la capacidad de goce, es decir, solo respecto a quienes han alcanzado el *status* de sujetos de derechos es posible analizar cómo se configura en ellos la citada capacidad. Como se expresa en la doctrina, la personalidad es un *prius*, mientras que la capacidad es un *posterius*» (2008: 27).

47 Conf.: Carozzi (2010: 14).

48 «La herencia, en el concepto del artículo 777, por el mecanismo del 776, pasa a los herederos por el fallecimiento, y con ella, la relación de mandato tal cual estaba en el causante. Los herederos, desde ese momento, tienen la propiedad y posesión de la herencia y los poderes para disponer de ella, por sí o por otro. El mandatario instituido por el causante dispondrá por ellos, sin perjuicio de la disposición que estos hagan, la que implica revocación expresa o tácita del mandato; pero mientras no lo revoquen, lo hecho por el mandatario dentro de los límites del mandato los obliga» (Miranda, 1973: 66). «Si un poder subsiste después de la muerte del poderdante, esto significa que el apoderado puede establecer reglamentaciones jurídico-negociales para los herederos. Las reglamentaciones jurídico-negociales que establezca el apoderado después de la muerte del poderdante lo son del heredero. El heredero, y no el poderdante difunto, es el *dominus negotii*» (Flume, 1998: 984). «*Muerte del poderdante*. Lógicamente, también esta pone fin a la relación de apoderamiento. Pues tampoco respecto al principal crea el apoderamiento como tal ningún efecto jurídico directo de carácter real, sino un simple vínculo formal que no se trasmite sin más a los herederos. Para que el apoderado pueda obrar no solo en nombre del poderdante, sino también, muerto este, en nombre de los herederos, tiene que contener el apoderamiento una cláusula *heredum*, expresa o tácita» (Hupka, 1930: 361 y 362).

En tal sentido, considero que dicha forma de instrumentar la actuación del apoderado es admisible, sin perjuicio de que el intérprete debe tener presente que los efectos del negocio son para los herederos del fallecido.

En lo que refiere al objeto de este trabajo, el apoderado con facultades suficientes para recibir el pago de una obligación dineraria que, a su vez, tiene facultades para actuar después de la muerte del poderdante es una persona legitimada para recibir el pago y otorgar la correspondiente carta de pago, aunque el poderdante hubiera fallecido. Luego, el apoderado deberá rendir cuentas y entregar el dinero recibido en pago a los herederos del poderdante (C. Civil, art. 2074).

## Bibliografía referida


Anido Bonilla, Raúl (2001). *De la prenda de créditos*, 1.ª ed. Montevideo: Asociación de Escribanos del Uruguay.

— (2003). «De la eficacia del documento notarial». En *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, tomo 89, n.º 1-12 (ene.-dic.), pp. 37-240.

Asociación de Escribanos del Uruguay (1984). Comisión de Derecho Civil (informante: Roque Molla Camacho). «Novación». En *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, tomo 70, n.º 4-6 (abr.-jun.), pp. 447-452.

— (2013). Comisión de Derecho Civil (informante: Juan Pablo Villar). «Mandato *post mortem*». En *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, tomo 99, n.º 1-12 (ene.-dic.), pp. 294-332.

— (2015). Comisión de Derecho Civil (informante: Maximiliano Mauri Vidal). «Compraventa. Paga. Precio. Novación». En *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, tomo 101, n.º 1-12 (ene.-dic.), pp. 352-356.

Berdaguer, Jaime (1994). *Fundamentos del derecho civil*, tomo I (primera parte: «La obligación»), 1.ª ed. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.

— (2000). *Fundamentos del derecho civil*, tomo II (primera parte: «La obligación»), 1.ª ed. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.

— (2014). *Fundamentos del derecho civil*, tomo IV («Modalidades. El plazo y la condición»), 1.ª ed. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.

Blengio, Juan E. (1976). «Naturaleza y efectos del pago con subrogación». En *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, tomo VI, pp. 106-107.

Caffera, Gerardo (2018). *Obligaciones. Teoría de la obligación, el contrato y el cuasicontrato*, 1.ª ed. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.

Carnelli, Santiago (1998). «Contratos coligados». En *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, tomo XXVIII, pp. 493-504.

Carozzi Failde, Ema (2010). *Manual de derecho sucesorio*, tomo I, 2.ª ed. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.

— (2015). *Manual de la sociedad conyugal*, 7.ª ed. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.

Díez-Picazo y Ponce de León, Luis (2008). *Fundamentos del derecho civil patrimonial. Las relaciones obligatorias*, tomo II, 6.ª ed. Madrid: Thomson Civitas.

Flume, Werner (1998). *El negocio jurídico: parte general del derecho civil*, tomo 2, 4.ª ed. Madrid: Fundación Cultural del Notariado.

Galgano, Francesco (1992). *El negocio jurídico*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Gamarra, Jorge (1995). *Tratado de derecho civil uruguayo*, tomo I, 4.ª ed. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.

Gamarra, Jorge; Larrañaga, Luis; Gamarra, Luis, y Gamarra, Jorge Luis (2006). *Tratado de derecho civil uruguayo*, tomo IV, 5.ª ed. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.

Gamarra, Raúl (2009). *Obligaciones y cuasicontratos*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.

Gascón Abellán, Marina, y García Figueroa, Alfonso J. (2016). *La argumentación en el derecho. Algunas cuestiones fundamentales*, 3.ª ed. Lima: Palestra Ediciones.

Howard, Walter (2008). *Derecho de la persona*, vol. 1. Montevideo: Universidad de Montevideo.

— (2022). *Derecho de las sucesiones*, tomo III, 1.ª ed. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.

Hupka, Josef (1930). *La representación voluntaria en los negocios jurídicos*. Madrid: Victoriano Suárez.

Miranda, Fernando (1973). *Derecho práctico y teórico. Algunas consultas*. Montevideo: Asociación de Escribanos del Uruguay.

Molla Camacho, Roque (1994). «Análisis comparativo de cesión de crédito, cesión de contrato, delegación y novación». En *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, tomo 80, n.º 1-6 (ene.-jun.), pp. 11-23.

Molla Camacho, Roque, y Villar, Juan Pablo (2019). «Sobre la naturaleza del pago con subrogación, la imposibilidad del tercero que paga el precio de una compraventa de resolver el contrato y su relación con el estudio de títulos». En *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, tomo XLIX, pp. 859-871.

Ordoqui Castilla, Gustavo (2001). *Lecciones de derecho de las obligaciones*, tomo IV, vol. 1 («Responsabilidad civil contractual»). Montevideo: Ediciones del Foro.

Peirano Facio, Jorge (1960*a*). *Curso de obligaciones*, tomo III («Efecto de las obligaciones»). Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.

— (1960*b*). *Curso de obligaciones*, tomo IV («De las diversas clases de obligaciones»). Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.

— (1968). *Curso de contratos*, tomo III. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.

Pereira Campos, Santiago (2003). «Los sistemas de valoración de la prueba». En *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, n.º 1, pp. 79-98.

Pereira Campos, Santiago (coment.); Algorta Morales, Paula (colab.); Aversano Leytes, Lorena (colab.), y otros (2013). *Código General del Proceso. Reformas de la ley 19.090*. Montevideo: Universidad de Montevideo, Facultad de Derecho.

Puig Brutau, José (1988). *Derecho general de las obligaciones. Fundamentos de derecho civil*, tomo I, vol. 2, 4.ª ed. rev. Barcelona: Bosch.

Rodríguez Russo, Jorge (2006). *La interpretación del contrato*, 1.ª ed. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.

— (2011). «La disposición del crédito por un coacreedor no solidario en obligación indivisible». En *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, tomo XLI, pp. 603-611.

Salaberry Fernández, Marcelo, y Meyer Martínez, Guillermo (2007). *Teoría y práctica sobre la cesión de crédito*, 3.ª ed. Montevideo: Asociación de Escribanos del Uruguay.

Sánchez Fontans, José (1953). *Capacidad y legitimación en derecho contractual*. Montevideo: Universidad de la República, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales.

Tribunal de Apelaciones de Familia de 1.er Turno (2013). Sentencia n.º 438/2010, de 1.12.2010. Bendahan, Díaz, Baccelli (r.). En *Anuario Uruguayo Crítico de Derecho de Familia y Sucesiones*, tomo I, p. 368.

— (2017). Sentencia n.º 227/2016, de 5.10.2016. Bendahan, Peduzzi, Díaz Sierra (r.). En *Anuario Uruguayo Crítico de Derecho de Familia y Sucesiones*, tomo V, p. 352.

Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 3.er Turno (2014). Sentencia n.º 20/2013, de 13.3.2013. Alonso (r.), Cardinal, Patrón. En *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, tomo XLIV, pp. 310-312.

Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 4.º Turno (2001). Sentencia n.º 64, de 12.4.2000. Larrieux (r.), Turell, Tobía. En *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, tomo XXXI, pp. 234-235.

Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 7.º Turno (2009). Sentencia n.º 232/2008, de 13.10.2008. López Ubeda (r.), Bello, Couto. En *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, tomo XXXIX, p. 235.

Valentín, Gabriel (2014). *La reforma del Código General del Proceso*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.

Vaz Ferreira, Eduardo (1975). *Tratado de las sucesiones*, tomo tercero. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.

Viera, Luis Alberto (1973). «Función notarial y proceso». En *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, tomo 59, n.º 9-10 (set.-oct.), pp. 398-428.

Yglesias, Arturo (1992). «La prueba internacional del divorcio». En *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, tomo XXII, pp. 521-528.

Zinny, Mario Antonio (2007). *Conocimientos útiles para la práctica del derecho*, 1.ª ed. Buenos Aires: Ad Hoc.

# Aportes societarios en criptomonedas

## Consideraciones especiales para sociedades anónimas, de responsabilidad limitada y por acciones simplificadas*

por Facundo Balardini Bonomi**
y Gonzalo Frid***

Sumario

I. Introducción. II. Definiciones en torno al término *criptomoneda*. III. Consideraciones clave a tener en cuenta. 1. Bien en sí mismas. 2. Criptomonedas *autónomas* y *estables*. 3. *Wallets*. 4. *Exchanges*. IV. Aportes societarios en criptomonedas; Asimilación de aporte en especie con el aporte en criptomonedas. V. El aporte en criptomonedas en la SA, la SAS y la SRL. 1. Particularidades del aporte en especie para la SA, la SAS y la SRL. 2. La condición de ser susceptible de ejecución forzada del artículo 58 de la Ley de Sociedades Comerciales. 3. A la luz de la doctrina. 4. Derecho comparado. 5. *Exchange* centralizado: la llave de la ejecutabilidad. VI. Conclusiones.

* Trabajo coordinado por la Esc. Adriana Amado; escribana pública por la Universidad de la República (Udelar); profesora grado 5 efectiva de Técnica Notarial (Sociedades Comerciales y Contratos) en la Facultad de Derecho (Fder) de la Udelar; profesora adjunta grado 3 interina de Clínica Notarial 1 y 2 (Fder, Udelar); coordinadora honoraria de Técnica Notarial (Sociedades Comerciales y Contratos) y Clínica Notarial 1 y 2 (Fder, Udelar); secretaría del Instituto de Técnica Notarial (Fder, Udelar); MBA en derecho de la empresa (Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo); especialista en derecho comercial (Fder, Udelar); coordinadora de la Comisión de Derecho Comercial del Instituto de Investigación y Técnica Notarial de la AEU.

** Procurador por la Udelar; estudiante avanzado de las carreras de Notariado y Abogacía; ha disertado sobre temática relativa a criptomonedas y derecho.

*** Abogado y escribano público por la Udelar; autor de publicaciones y dogmática jurídica en Uruguay y la República Argentina.

## I. Introducción

*Criptoactivos*, *bitcoin*, *Ethereum*, *Tether*, *blockchain*, *stablecoins* y *altcoins*, *NFT*, *tokenización*, *exchange descentralizado* y *centralizado*, *gobernanza de datos*, *metaverso*, *organización autónoma descentralizada*… Si un profesional de las leyes hubiese escuchado alguno de estos términos hace no más de una década, de seguro habría pensado que estaba leyendo la sinopsis de la próxima película de la saga *The Matrix.* Pero no. Muy por el contrario, todo este gran tropel de nuevos vocablos —la gran mayoría, provenientes de anglicismos— que en principio solo podrían concebirse dentro de la jerga propia de la tecnología se han vuelto objeto de estudio habitual por parte de operadores jurídicos. Hablamos de *legaltech* («tecnología jurídica»).

Es al día de hoy una temática tremendamente extensa la que puede ser abarcada dentro del término citado (*legaltech*), pero un obra de esas características excedería con creces el tópico que aquí se pretende abordar; preferimos, en su lugar, centrarnos solo en lo que refiere a las criptomonedas y su eventual uso como aporte, específicamente para los tipos sociales mencionados en el título de marras: sociedad anónima (SA), sociedad de responsabilidad limitada (SRL) y sociedad por acciones simplificada (SAS).

## II. Definiciones en torno al término *criptomoneda*

Antes de proseguir, resulta prudente informar a los lectores acerca del objetivo de este apartado. Es lógico —y hasta necesario— determinar la naturaleza jurídica de las criptomonedas, pues, de lo contrario —si se diera por sobreentendido este dato—, el cabal entendimiento de este trabajo resultaría oscuro. No obstante, está lejos de los cometidos que aquí se pretenden ingresar en un examen exhaustivo sobre el término a la luz del derecho.

Primeramente, porque mientras se escribe este artículo, aún no existe un cuerpo legal orgánico que brinde una definición certera sobre las criptomonedas y demás criptoactivos; resoluciones de la Dirección General Impositiva (2021) y algunas recomendaciones procedentes del Banco Central del Uruguay (2021) son lo más cercano. Entonces, ¿qué definición de *criptomoneda* jurídicamente útil tenemos a nuestro alcance?

En los años recientes, y ante el vacío legal actual, la doctrina nacional más especializada en el tópico ha realizado un prolífico trabajo intentando desentrañar una definición concisa sobre el término *criptomoneda*. Por motivos de comodidad, y por considerarla una definición clara y precisa ante la abundancia de sinónimos producidos por la doctrina actual, consideramos conveniente adherirnos a la ya elaborada por Agustina Pérez Comenale y Juan Diana Romero, la que transcribimos textualmente: «Desde el punto de vista jurídico, definiremos las *criptomonedas* como "unidades representativas de valor, fungibles y divisibles, creadas y transferidas digitalmente

con fines de pago (función método de intercambio de bienes y servicios) o de inversión (función especulativa)"» (Pérez y Diana, 2021: 252). Esta definición, si bien puede resultar breve, recoge la ya brindada por el GAFI para el tratamiento de los activos virtuales (Financial Action Task Force, 2021), que no es específica ni excluyente para el caso de las criptomonedas. Terminológicamente, es probable que existan opiniones divergentes por considerar la definición provista como demasiado genérica. Sobre este último punto, reiteramos: no es el objetivo de este trabajo ingresar en un análisis exhaustivo acerca de las distintas acepciones del término *criptomoneda*, más aún si se tiene en cuenta el hecho de que, como ya se mencionó, al día de hoy no hay norma positiva que la defina. Así, pues, a los efectos de proseguir con el tópico objeto, preferimos afiliarnos a la definición ya presentada por Pérez Comenale y Diana (2021).

## III. Consideraciones clave a tener en cuenta

Solo a los efectos de hacer entendible al lector la temática abordada en el trabajo, así como su núcleo central, es que consideramos oportuno realizar una somera mención de algunos puntos ineludibles acerca del funcionamiento de las criptomonedas, los que permitirán entender en lo breve el objetivo principal aquí planteado.

### 1. Bien en sí mismas

Estrictamente hablando, las criptomonedas —o simplemente *criptos*— entran dentro de la definición de *bienes* del Código Civil —«tiene[n] una medida de valor y puede[n] ser objeto de propiedad» (C. Civil, art. 460)—, por lo que se encuentran dentro del comercio de los hombres; o, como bien señala la feliz expresión de la Dra. Sandra Garín: «"El *bitcoin* ya había sido previsto por Tristán Narvaja cuando redactó el Código Civil", […] dado que allí "está previsto el concepto de *bien*" entendido como "cualquier cosa que tiene una medida de valor"» (Mesa, 28 may. 2019).

### 2. Criptomonedas *autónomas* y *estables*

Como señalan los autores citados, dentro de la especie genérica *criptomonedas* pueden distinguirse dos categorías principales: *autónomas* y *estables* (Pérez y Diana, 2021: 253). El criterio de clasificación aquí es en función de su precio.

Las primeras, las *autónomas*, son aquellas totalmente descentralizadas —de ahí que sean autónomas—, no atadas al control de ninguna entidad centralizada (gubernamental o privada). Es dentro de esta categoría que encontramos a las icónicas Bitcoins (BTC), Ethereum (ETH) y Cardano (ADA). El precio de las criptos autónomas fluctúa libremente; están excluidas del

alcance de la política monetaria de cualquier banco central (su oferta no puede ser limitada, y su valor depende exclusivamente de la oferta y la demanda). En mayor o en menor medida, se caracterizan por su volatilidad.

Por otro lado, las criptos *estables* (*stablecoins*) tienen un precio que depende directamente del de otros activos: *commodities* —petróleo, metales preciosos, materias primas— o al valor del dinero *fiat* que cualquier Estado emita. Dentro de esta otra categoría se hallan Tether (USDT), USD Coin (USDC) y Binance USD (BUSD); todas ellas, ancladas al valor del dólar, por lo que gozan de una mayor estabilidad.

## 3. *Wallets*

Las *criptowallets* o *billeteras* son el medio en el que se almacenan las criptomonedas. Una *wallet* puede ser: la nube, un dispositivo móvil, una PC, una billetera de *hardware* o una clave impresa en papel (Benítez, 2019). Si se quiere, puede hacerse un paralelismo con el dinero *fiat*; las *wallets* que funcionan en la nube —las más utilizadas— equivaldrían a las billeteras digitales que proporcionan las entidades bancarias o financieras con las que el usuario opera. La *wallet* de un usuario puede estar alojada en la propia plataforma del *exchange* —en ese caso, estaremos ante una *wallet* centralizada— o puede tratarse de una «billetera fría» o *non-custodial wallet* ('billetera no custodial'); estas últimas se caracterizan por estar bajo la exclusiva administración del propietario de las criptos y ofrecer un alto anonimato, pues los códigos son propiedad de la persona.

## 4. *Exchanges*

Recogiendo la ejemplificación utilizada por Benítez (2019), los *exchanges* son el equivalente a las casas de cambio. En breves líneas, podemos referirnos a ellos como el principal punto para adquirir criptomonedas. Hay que mencionar que, si bien son el medio más utilizado, no son el único para acceder a ellas; también es posible hacerlo a través de plataformas que conecten a distintos particulares y que permitan el intercambio entre dinero *fiat* y criptos, o entre distintas criptos y otros activos virtuales, así como también *brokers* privados tradicionales o Forex.

Como dato de vital importancia, los *exchanges* se dividen en dos grupos principales:

*a. Exchanges centralizados*. También llamados *exchanges tradicionales*, son plataformas en línea pensadas para el intercambio de criptomonedas. Como se mencionaba en el apartado sobre *wallets*, estos *exchanges* brindan la posibilidad de alojar dentro de su interfaz también la *wallet* del usuario. Es lo más semejante a una entidad bancaria: al administrar activos en forma de criptomonedas, se encuentran altamente reguladas a nivel normativo desde el punto

de vista bancocentralista; esto las lleva a deber cumplir con protocolos de KYC (*know your customer*) y *compliance*, así como apegarse a las prácticas previstas para la prevención del lavado de activos y el financiamiento del terrorismo. Dado que la identificación de la persona que va a operar es un requisito ineludible, aquí es donde se termina el anonimato. Ejemplos actuales de *exchanges* centralizados son Binance, CoinBase Exchange y Kraken (FRERS, 24 jun. 2021).

*b*. *Exchanges descentralizados* (DEX). Estos *exchanges* generan un nodo de intercambio entre los distintos usuarios interesados en comprar o vender criptos, con la particularidad de que aquí se preserva el anonimato de los usuarios; la principal diferencia con los centralizados es, justamente, que la identificación del usuario deja de ser un presupuesto para la concreción del negocio. La confiabilidad de los DEX radica en el uso de contratos inteligentes (*smart contracts*) soportados en una red *blockchain* que dota la operación de seguridad para ambas partes, sin la necesidad de que estas se conozcan. Por lo anterior, la operativa de intercambio aquí es distinta, pues se admite el uso de *wallets* no custodiales. A raíz de la existencia de estos *exchanges*, ha surgido la categoría *finanzas descentralizadas* (DeFi). Ejemplos citables de *exchanges* descentralizados son UniSwap y PancakeSwap.

Realizadas las puntualizaciones anteriores acerca de los principales conceptos que atraviesan el ecosistema cripto, proseguimos con la arista jurídica del tema.

## IV. Aportes societarios en criptomonedas

Como alternativa al dinero *fiat*, las criptomonedas trascienden ya las fronteras de las finanzas y se emplean en distintos negocios jurídicos, tales como la adquisición de bienes inmuebles u otras compraventas. No obstante, es imposible no cuestionarse si pueden ser empleadas como medio para realizar operaciones jurídicas más complejas. La hipótesis de estudio aquí planteada es la de utilizar criptomonedas como aporte societario, ya sea en la constitución de la sociedad como durante su vida. Nos centraremos específicamente en el caso de las SA, las SRL y las SAS, dadas las particularidades que la ley exige para estos tres tipos sociales.

### Asimilación de aporte en especie con el aporte en criptomonedas

Antes de proseguir, es recomendable detenerse para enunciar la situación actual de las criptomonedas cuando se pretende que sean aportes sociales en sentido amplio para todas las sociedad, con excepción de las referidas en el título de este trabajo.

El artículo 58 de la ley 16.060 (Ley de Sociedades Comerciales; en adelante, LSC), de 4 de setiembre de 1989, establece el régimen general de aportes para todos los tipos sociales, con excepciones para las SA, las SRL y las SAS (inc. 3.º).[1]

A la hora de determinar la naturaleza de un aporte a una sociedad comercial que consista en criptomonedas, el primer paso es conocer si nos encontramos frente a un aporte dinerario o en especie. Como ya se trató *in extenso* en el apartado II, con todas las críticas que se puedan hacerle y ante la ausencia de una regulación específica, lo más sensato será clasificar dichos aportes dentro de la categoría «aportes en especie». Ello, por cuanto, como se explicó, estos activos, si bien se encuadran en la definición de *bien* del Código Civil (art. 771), también están el línea con la fuente normativa más próxima, que en este caso resulta ser la consulta tributaria n.º 6.419, que entendió que «no existirá pago en dinero en virtud de que la criptomoneda no es tal».

Al margen de lo que dicta el derecho positivo, la opinión doctrinaria que aquí se ha optado por acompañar es, en gran medida, la postura de los ya citados PÉREZ y DIANA (2021). Entendemos, pues, que el tratamiento que corresponde darle a las criptomonedas, cuando se pretende usarlas como aportes de los socios, es siempre el de «aporte en especie». Téngase en cuenta que este precepto aplica genéricamente para todos los tipos sociales existentes en la LSC —SA y SRL incluidas—, así como en las SAS.

## V. El aporte de criptomonedas en la SA, la SAS y la SRL

En los dos últimos apartados de este trabajo se ofrecieron algunos conceptos clave vinculados a la temática y se esbozó la posibilidad de realizar aportes tanto en la constitución como durante la vida de las sociedades comerciales, en sentido amplio. Llegados este punto, queda adentrarse en el análisis —un tanto más complejo— de si es jurídicamente admisible que una sociedad comercial pueda percibir aportes hechos en esta especie, dado que la ley impone determinados obstáculos que, a priori, podrían frustrar esta transacción.

1 Ley 16.060, artículo 58: «(*Aportes*). Cada socio será deudor frente a la sociedad de lo que haya prometido aportar. No podrá exigírsele un aporte mayor sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 152. [=] Los aportes podrán consistir en obligaciones de dar o de hacer, salvo para los tipos de sociedad en los que se exige que consistan en obligaciones de dar. [=] *En las sociedades anónimas, en las de responsabilidad limitada y en las en comandita respecto del capital comanditario, el aporte deberá ser de bienes determinados, susceptibles de ejecución forzada.* [=] El crédito personal y la mera responsabilidad no serán admisibles como aportes. [=] Tratándose de obligaciones de dar se presumirá que el socio se obliga a trasmitir la propiedad del bien aportado, salvo estipulación en contrario. [=] El contrato de sociedad será título hábil para la trasmisión de los bienes que se aporten en el momento de su suscripción. Sin perjuicio de lo antes previsto podrá instrumentarse por separado la enajenación de los bienes aportados a la sociedad» (destacado nuestro del inciso 3.º).

## 1. Particularidades del aporte en especie para la SA, la SAS y la SRL

Previo a proseguir, es necesario realizar ciertas puntualizaciones. Como se desprende de párrafos previos, al menos en principio, los aportes en criptomonedas para las sociedades comerciales deben ingresar bajo la hipótesis de aportes en especie y no en dinero. Bajo esta premisa, si se extrapola esta idea a los tres tipos sociales aquí tratados, sería lógico aplicar a esos aportes idéntico tratamiento que a cualquier otro cuando este es en especie. Dichos preceptos se tratan en los apartados siguientes, referidos a la integración del capital para cada tipo social (el régimen de aportes en especie para estos tres tipos sociales puede condensarse en el cuadro n.º 1).

***a.*** *Sociedad anónima.* La ley no establece porcentajes máximos para la integración del capital en aportes en especie; ello es una facultad discrecional de los socios. No obstante, sí existe un requisito legal: que los aportes en especie sean correctamente avaluados en moneda nacional, ya que, de otro modo, sería imposible determinar el valor monetario de las acciones (art. 282). No se imponen plazos para la integración del total del capital, pero al menos su 25 % debe de aportarse al momento de la constitución (art. 280).

***b.*** *Sociedad de responsabilidad limitada.* Al igual que en la SA, no existen porcentajes estipulados que delimiten hasta qué proporción del capital este puede ser en especie; lo que sí es preceptivo es que todos los aportes que

***Cuadro 1.*** *Régimen de aportes societarios en especie, según el tipo social*

| Tipo social | Porcentaje mínimo del capital | Plazos | Fuente normativa |
|---|---|---|---|
| SA | 25 % | Ninguno | Ley 16.060, arts. 280 y 282 |
| SRL | 100 % | En el acto | Ley 16.060, art. 228, inc. 2.º |
| SAS | 100 % | En el acto | Ley 19.820, art. 15 |

*Fuente*: elaboración propia.

sean en especie deban de ser aportados en el mismo acto de integración del capital (art. 228, inc. 2.º).

***c.*** *Sociedad por acciones simplificada.* El mismo régimen que para las SRL: el 100 % de los aportes en especie deben de ser suscriptos e integrados al momento de la constitución (ley 19.820 [ley de promoción del emprendedurismo, creadora del tipo social *sociedad por acciones simplificada*], de 18 de setiembre de 2019, art. 15).

## 2. La condición de ser susceptible de ejecución forzada del artículo 58 de la ley de sociedades comerciales

Tal como el lector habrá anticipado, el análisis de la presente ponencia estará centrado en ese aspecto. Lo que se busca aquí es aportar información empírica que permita responder a la interrogante de qué requisitos deben cumplir las criptomonedas para que su aporte societario sea legítimo y conforme a derecho.

Ya se analizó cuál debe ser la naturaleza jurídica de estos activos virtuales; se es concluyente en que les rige el mismo tratamiento que a los aportes en especie (estamos en posición de tener ese requisito como admitido). La segunda disyuntiva que impone la ley es, cuando nos adentramos en el caso concreto de los tipos sociales SA, SRL y SAS, la del tercer inciso del artículo 58 de la LSC: «En las sociedades anónimas, en las de responsabilidad limitada y en las en comandita respecto del capital comanditario, el aporte deberá ser de bienes determinados, *susceptibles de ejecución forzada*» (destacado nuestro).

Corresponde mencionar que si bien el tema que aquí se despliega incluye las SAS, la cita precedente —LSC, art. 58, inc. 3.º— no refiere a la ley 19.820 —muy posterior—, que da origen a dicho tipo social. Como puede intuirse, por más que la ley creadora de la SAS no lo mencione explícitamente, el requisito del artículo 58 de la LSC le es igualmente aplicable a este nuevo tipo social, pues, como la misma ley 19.820 indica, en todo lo que ella no regule le será de aplicación el régimen previsto en la LSC. No se pondrá en duda, pues, que la SAS también queda incluida en esta hipótesis de estudio y, por ende, es también objeto del presente análisis.

## 3. A la luz de la doctrina

¿Son las criptomonedas un bien susceptible de ejecución forzada?

*Hipótesis negativa.* Si esta pregunta se hubiese formulado en el pasado, cuando hablar de criptoactivos estaba reservado a entendidos en *software* y tecnología, la respuesta habría sido negativa. Ello, por cuanto las criptomonedas, al tratarse de un activo imposible de sustraer de la *wallet* en la que se encuentra —y si el usuario optara además por una *wallet* no-custodial (ver apartado III.3), conservaría también su anonimato—, son un bien prácticamente invulnerable frente a cualquier medida cautelar.

Debe tenerse en cuenta también que, si así lo decidiese su propietario, los criptoactivos podrían albergarse en un *exchange* descentralizado, que escapa a los radares de los bancos centrales; ello excluiría la posibilidad de que el regulador financiero, en cumplimiento de una medida cautelar, inmovilice la *wallet* que los almacena. Más aún: si por cualquier motivo la autoridad gubernamental pudiese tener conocimiento de la existencia de dicha billetera virtual, la *blockchain* sería un obstáculo infranqueable para tal ejecución por su parte, pues, en la práctica, resulta imposible a terceros sustraer las criptomonedas protegidas por ella si no se cuenta con las credenciales necesarias (las que, lógicamente, solo ostenta el propietario de la *wallet*).

Lo anterior es una barrera material. Pero, siendo la ley un elemento regulador, que busca establecer el marco de lo legítimo —por ende, realizable— para el derecho, resulta ser también una barrera legal, pues lo que no es susceptible de ejecución no puede ser aportado. Al ser las criptomonedas un bien caracterizado —en principio— por su inejecutabilidad, la pregunta del comienzo se responde sola.

*Hipótesis afirmativa.* La respuesta simple sería catalogar la hipótesis de aportes sociales a los tipos nombrados como una operación prohibida por la ley, que la regula bajo una interpretación dogmática. No obstante, el derecho es una ciencia dinámica; la integración interpretativa de sus normas es algo que la distingue. Por tanto, para darle otra mirada a este análisis, corresponde estudiar la postura que sí admite esta operación.

Sobre el aporte a estas tres sociedades —SA, SAS y SRL—, la ley es clara; pero la doctrina tiene algo que acotar también. En este caso, y sobre este punto en particular, Holz y Rippe (2018: 64) señalan lo siguiente:

> **2.** En términos generales, los aportes pueden consistir en obligaciones de dar o de hacer, salvo en aquellos tipos sociales en que se exija que consistan en obligaciones de dar (art. 58), como en las sociedades anónimas (arts. 281 y 282), de responsabilidad limitada (arts. 228 y 229) y en comandita respecto del capital del socio comanditario (arts. 212 y 476). *Además, en estos casos, el aporte deberá ser en bienes determinados susceptibles de ejecución forzada* (art. 58), no autorizando tampoco el uso y goce, salvo como prestación accesoria (art. 62). Restricciones *cuyo objeto es asegurar aportes reales y efectivos que, en definitiva, son la única garantía con que cuentan los acreedores* de sociedades comerciales caracterizadas por la responsabilidad limitada de sus socios [destacados nuestros].

Como bien señalan los autores, la prohibición de aportar bienes que no sean susceptibles de ejecución radica en que, en los tipos sociales mencionados, salvo excepciones expresas, los socios no responden por el pasivo de la sociedad que no pueda ser solventado por el activo de esta. En otras palabras: son patrimonialmente irresponsables ante deudas asumidas por la sociedad. Si bien este rasgo da mayor libertad al régimen comercial, es pasible de dejar en una situación de indefensión a los eventuales acreedores de la sociedad, que, en el peor de los casos, verán su crédito devenir en

incobrable si se diese la hipótesis de que la sociedad quedará insolvente. De ahí la previsión del artículo 58, que opera en pos de la seguridad jurídica de los acreedores sociales.

Sin embargo, hay que tener en cuenta que el espíritu real de esta prohibición es hija del espíritu de la ley, que, como ya se dijo, no es otro más que el de garantizar los derechos de los acreedores y, de ningún modo, dificultar la libertad de asociación de los particulares. Recogiendo esta primicia, una vez más son los autores de cabecera —Pérez y Diana— quienes proporcionan una interpretación que vuelve plausible este tipo de aportes (2021: 256):

> En principio, una transacción en criptomonedas no es susceptible de ejecución forzada. Sin embargo, al ser considerada un aporte en especie, […] se hará de manera simultánea con la firma del estatuto o contrato. Una de las grandes características que tiene esta herramienta […] es su *transferencia inmediata* y que […] no puede anularse ni modificarse.
>
> Por otra parte, una transferencia de criptomonedas, en principio, no es susceptible de una «devolución». Por ende, si […] *se realiza de forma simultánea, no estaríamos necesitando una condición de ejecución forzosa*. Todos los activos virtuales —o su gran mayoría— se podrían ver exceptuados si recurrimos al criterio de ejecución forzada, lo cual acompaña el «espíritu» del artículo bajo análisis. No obstante, sería bueno considerar una ampliación […], manteniendo este criterio para los otros bienes *de incluir de ejecución forzada o de transferencia simultánea e inmediata a la firma del contrato* o estatuto, manteniendo así esa seguridad jurídica de integración […] irrevocable. [Los destacados nos pertenecen.]

Como podemos apreciar, a los efectos de cumplir con el propósito de la ley —preservar la seguridad jurídica del negocio—, los autores proponen sustituir la exigencia legal de ser «susceptible de ejecución forzada» del artículo 58 por una transferencia simultánea. Este razonamiento encuentra su fundamentación en la idea de que poco importa si los bienes aportados son ejecutables o no en tanto efectivamente ingresen de manera concurrente al capital de la sociedad.

Con las críticas que puedan hacérsele, nos adherimos a esta postura esbozada por los autores de marras no solo por considerar que cumple con el espíritu que la ley busca calcar, sino porque, además, y desde el punto de vista material, habilita la concreción de estos negocios, los que, ya por la vía del derecho, ya por la de los hechos, irremediablemente sobrevendrán en la práctica societaria.

## 4. Derecho comparado

Con todo esto, antes de pasar a la conclusión, consideramos propicio mencionar y comentar algunas de las experiencias en otros regímenes jurídicos relativas tanto a la integración de aportes societarios como a la ejecución de criptomonedas. El objetivo de este apartado es fortalecer, a la luz del derecho material, la postura anteriormente citada.

### *Argentina: medida cautelar sobre cuenta de Binance*[2]

En mayo de 2022, un tribunal de la provincia de Tucumán, en el marco de un proceso ejecutivo, libró una orden en cumplimiento de una medida cautelar consistente en el trabado de embargo sobre las cuentas en Binance de la parte demandada (Poder Judicial de Tucumán, 2022). El demandante, al solicitar el embargo de los criptoactivos,

> solicita que se ordene trabar embargo preventivo sobre las cuentas a cobrar que el demandado *XX* tenga en la plataforma de exchange Binance y su ecosistema Binace's Open Platform, Binance Launchpad, Binance Labs, Binance Charity, Binance dex, Binance X, jex y Fiat Gateways, sobre los fondos actuales y futuros a liquidarse a su favor.

El tribunal hizo parte a dicha demanda y resolvió (ibídem):

> Trábese embargo preventivo sobre las cuentas a cobrar que el demandado *XX* (cuit: YYYY) tenga en la plataforma de exchange Binance y su ecosistema Binaces's Open Platform, Binance Launchpad, Binance Labs, Binance Chariry, Binance dex, Binance X, jex y Fiat Gateways, sobre los fondos actuales y futuros a liquidarse a su favor.

En el mismo sentido, a la hora de librar oficio, la sentencia del tribunal proseguía: «Para su cumplimiento, líbrese oficio a Binance Services Holdings Limited, correo electrónico […]» (ibídem).

Además de lo que puede aportar la jurisprudencia, recientemente también trascendió el anuncio de la Administración Federal de Ingresos Públicos sobre su decisión de comenzar a trabar embargo sobre las billeteras virtuales por deudas tributarias de los contribuyentes. Se desconoce si la hipótesis del embargo aquí planteada carece o no de eficacia material, pues de poco sirve una norma que no puede ejecutarse coercitivamente llegado el momento; lo que sí es cierto es que se abre una interrogante acerca de qué tan infranqueables pueden ser las criptomonedas ante las medidas cautelares emanadas por un tribunal. Tras de sí, queda abierta la ventana a que, en caso de admitirse lo anterior, el ordenamiento jurídico esté ajustado a tener por legítima y conforme a derecho la operación que aquí se plantea (*El Cronista*, 29 jun. 2022).

### *El caso canadiense: criptoembargo de wallets*

Entre enero y febrero de 2022, en el marco de las conocidas protestas llevadas adelante por camioneros en Canadá que se manifestaron en rechazo a las medidas anticovid, el Gobierno canadiense desplegó una serie de medidas con el objetivo de poner fin a los bloqueos provocados por las manifestaciones de convoyes y las consecuencias al abastecimiento que estas

2 Vé.: Onocko (19 may. 2022).

estaban acarreando (Panam Post, 28 ene. 2022). Una de estas medidas fue el congelamiento de las cuentas bancarias de varios de los camioneros que propiciaron dichos cortes. Lo peculiar de todo esto fue que además del requerimiento obligatorio de la información de los usuarios para dicho fin por parte del Gobierno hacia las entidades financieras, también se incluyeron varios *exchanges* centralizados que operaban en el país; principalmente, por ser estas quienes poseían la información sobre las distintas *wallets* custodiales propiedad de los sujetos a quienes se pretendía presionar. Ello, por cuanto la financiación del movimiento se daba ante todo por los flujos de donaciones que recibía en forma de criptomonedas —principalmente, btc—, por lo que era esperable que el Gobierno pusiese sus ojos en este elemento.

En simples cuotas, la autoridad gubernamental —en este caso, la canadiense— dispuso congelar las *wallets* que contuviesen criptos alojada en cualquier *exchange* centralizado con operaciones bajo su jurisdicción. A modo ilustrativo, el ceo de Kraken —conocido *exchange* de criptomonedas estadounidense—, Jesse Poweell, realizó a través de Twitter las siguientes declaraciones: «Si les preocupa, no guarden sus fondos con ningún custodio centralizado/regulado. No podemos protegerlos. Compren y vendan sus criptomonedas solo en comercios p2p» (Herrera, 18 feb. 2022). Más adelante, el ejecutivo también expresaría, en respuesta a la eventual medida cautelar a ser implementada por el Gobierno: «100 % sí ha sucedido/sucederá y 100 % sí, nos veremos obligados a cumplir. Si le preocupa, no guarde sus fondos con ningún custodio centralizado/regulado. No podemos protegerte. Obtenga sus monedas/retiro de efectivo y solo intercambio p2p» (Díaz, 15 feb. 2022).

Más allá de la legitimidad del proceder del Gobierno de un país para realizar incautaciones de activos y congelar las billeteras virtuales de los propios manifestantes, sin previa orden judicial y apoyándose en la aplicación de leyes de emergencia (*emergency act*), lejos está de nuestro objetivo analizar la legalidad del asunto. Sí nos interesa hacer notar las implicaciones del caso canadiense, que deja al descubierto la tan mentada *infranqueabilidad* de las criptomonedas (al menos cuando la *wallet* que las almacena se haya en un *exchange* centralizado). Lo paradigmático aquí es que, en efecto, la autoridad bancocentralista del país norteño encontró la manera de embargar activos virtuales, como lo son las criptomonedas, simplemente con forzar a las entidades que actuaban como sus depositarias a suministrar la información de sus usuarios y congelar e incautar dichos activos. Bajo esta interpretación, la creencia de que las criptos constituían un bien imposible de fisurar comienza a ponerse en duda, al menos parcialmente.

## 5. *Exchange* centralizado: la llave de la ejecutabilidad

Como se viene avizorando desde el principio de este trabajo, así como también se desprende de los casos recién comentados, ante la pregunta

de si las criptomonedas —como aportes societarios— son susceptibles de ejecución forzada, para los tipos sociales que aquí nos interesan —y que la LSC demanda en su artículo 58—, la respuesta no es única. Si bien los antecedentes foráneos muestran que ello es posible, el requisito dirimente es que las mismas criptos, necesariamente, deben estar almacenadas en una *wallet* custodial, dentro de un *exchange* centralizado; de lo contrario, el grado de descentralización material y el anonimato que brindan las plataformas descentralizadas —DeFi, plataformas P2P, etc.— serían un obstáculo infranqueable, incluso para la más eficaz de las jurisdicciones.

No es el objetivo que aquí se persigue ahondar en los aspectos procesales que pueden circundar la temática relativa a la ejecución material de las criptomonedas. Sí lo es desentrañar si al día de hoy, con la legislación societaria vigente, al menos en lo teórico, es jurídicamente admisible que varias personas acuerden conformar una SA, una SAS o una SRL con criptos como sus aportes societarios.

Ante la pregunta, entonces, de si es posible conformar una sociedad de capital aportando criptomonedas, la respuesta más próxima será: depende de en qué tipo de plataforma se encuentran almacenadas dichas criptos. Si la respuesta es un *exchange* descentralizado, podemos ir adelantando la respuesta: no. Si, por el contrario, es en uno centralizado, habrá que atender otros factores adicionales, tales como si dicha plataforma *exchange* cumple con requisitos de KYC (*know your customer*) y *compliance*, y si permite conocer qué persona física o jurídica es la tenedora de los criptoactivos, así como también que dicha entidad se halle regulada de algún modo o, al menos, esté bajo el radar de la entidad gubernamental. Si esto último es así, y, por ende, existe la posibilidad —al menos teórica— de que las criptomonedas sean susceptibles de ejecución forzosa, indirectamente se estará cumpliendo con el requisito del artículo 58 de la LSC y estaremos ante bienes que, de uno u otro modo, sí son susceptibles de tal ejecución (se sabe quién es su propietario y pueden ser accedidas por la autoridad centralizada) (*Diario Bitcoin*, 6 dic. 2022). Todo este razonamiento, que puede sonar engorroso, puede ser descrito más sencillamente en el esquema de la figura n.º 1 (página siguiente).

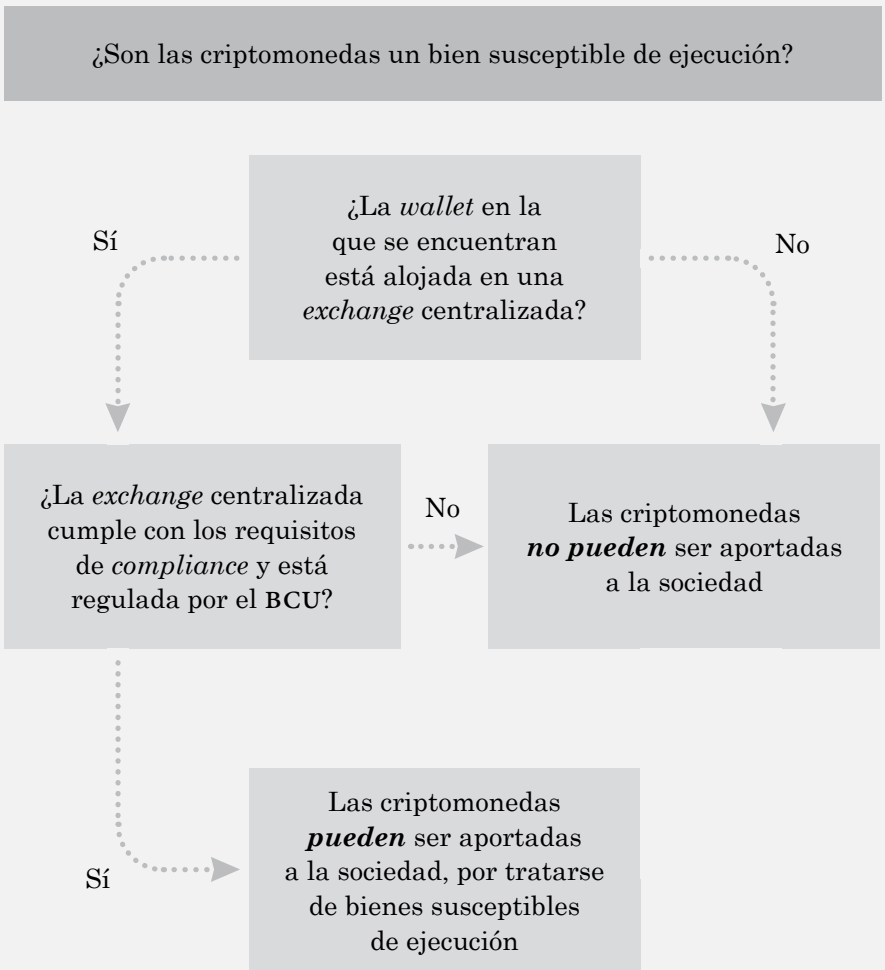
## VI. Conclusiones

Lo importante para este análisis es comprobar si efectivamente cualquier acreedor —el Estado (Fisco) o particulares— puede llegar a ejecutar las criptomonedas que se hallen en una *wallet* alojadas en un *exchange*. En caso afirmativo, entonces la hipótesis de la susceptibilidad de ejecución de estos bienes se convertiría, al menos en teoría, en una realidad. Con ello, admitir las cripto como aportes —en los tipos sociales que nos interesan— pasaría a estar permitido por el derecho.

En un punto de partida de transformación tecnológica constante pero con legislación escaza sobre el tema, cuestiones tan particulares como

la que aquí se aborda pueden tener más de una respuesta. Ante dichos vacíos legales, consideramos que el aporte en criptomonedas para los casos de SA, SAS y SRL, en tanto concurra con los requisitos de *compliance* y regulación central ya detallados, es un negocio legítimo y admisible bajo el derecho positivo.

***Figura 1.*** *Diagrama de flujo para determinar, en cada caso, si las criptomonedas pueden o no ser consideradas aporte societario*




*Fuente:* elaboración propia.

## Bibliografía referida


Banco Central del Uruguay (2021). *Marco conceptual para el tratamiento regulatorio de los activos virtuales en el Uruguay*. Grupo de Trabajo Activo Virtuales. Recurso en línea. Recuperado de: ‹https://www.bcu.gub.uy/NOVABCU/SiteAssets/Marco%20conceptual%20para%20el%20tratamiento%20de%20Activos%20Virtuales%20en%20Uruguay.pdf›.

Benítez, Martín (2019). «*Bitcoin* y criptomonedas». En *Estudios sobre desafíos jurídicos ante la digitalización*, tomo II. Montevideo: Universidad de Montevideo, Facultad de Derecho, pp. 377-383.

*Diario Bitcoin* (6 dic. 2022). «Banco Central de Uruguay tiene en la mira a Binance por ofrecer cripto como ahorro». Recurso en línea. Recuperado de: ‹https://www.diariobitcoin.com/mercados/exchanges/banco-central-de-uruguay-tiene-en-la-mira-a-binance-por-ofrecer-cripto-como-ahorro/›.

Díaz, Jenny (15 feb. 2022). «La historia se repite: Canadá autoriza a los bancos a congelar cuentas sin orden judicial». En *Cripto Noticias*. Recurso en línea. Recuperado de: ‹https://www.criptonoticias.com/comunidad/historia-repite-canada-autoriza-bancos-congelar-cuentas-orden-judicial/›.

Dirección General Impositiva (2021). Consulta tributaria 6.419, de 12.8.2021. Recurso en línea. Recuperado de: ‹https://www.impo.com.uy/bases/consultas-tributarias/6419-2021›.

*El Cronista* (29 jun. 2022). «La afip embargó billeteras virtuales por más de $ 800 millones». Recurso en línea. Recuperado de: ‹https://www.cronista.com/finanzas-mercados/la-afip-embarga-billeteras-virtuales-por-mas-de-800-millones/›.

Financial Action Task Force (2021). *Update guidance for a risk-based approach: Virtual Assets and Virtual Assets Service Providers* [Grupo de Trabajo de Acción Financiera: Guía de actualización para un enfoque basado en el riesgo: activos virtuales y proveedores de servicios de activos virtuales]. Recurso en línea. Recuperado de: ‹https://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/Updated-Guidance-VA-VASP.pdf›.

Frers, Juan (24 jun. 2021). «¿Exchange descentralizado o centralizado para las criptomonedas?». En *Estado Diario*. Recurso en línea. Recuperado de: ‹https://estadodiario.com/columnas/exchange-descentralizado-o-centralizado-para-las-criptomonedas/›.

Herrera, Jesús (18 feb. 2022). «ceo de Kraken advierte que *exchanges* centralizados confiscarán *bitcoin* si autoridades lo exigen». En *Cripto Noticas*. Recurso en línea. Recuperado de: ‹https://www.criptonoticias.com/comunidad/canada-congelando-cuentas-uso-comercios-p2p-bitcoin-recomendado-kraken/›.

Holz, Eva, y Rippe, Siegbert (2018). *Sociedades comerciales. Un estudio actualizado*, 2.ª ed. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.

Mesa, Pía (27 may. 2019). «Regulación de criptomonedas: "El bitcoin ya había sido previsto por Tristán Narvaja"». En *El País*. Recurso en línea. Recuperado de:_‹https://www.elpais.com.uy/negocios/noticias/regulacion-de-criptomonedas-el-bitcoin-ya-habia-sido-previsto-por-tristan-narvaja›.

Onocko, Sebastian (19 may. 2022). «Primer criptoembargo». En *Diario Judicial*. Recurso en línea. Recuperado de: ‹https://www.diariojudicial.com/nota/92094›.

*Panam Post* (28 ene. 2022). «Convoy libertad: camioneros de Canadá y ee. uu. se unen contra la vacunación obligatoria». Recurso en línea. Recuperado de: ‹https://panampost.com/mamela-fiallo/2022/01/28/convoy-libertad-camioneros-de-canada-y-eeuu-se-unen-contra-la-vacunacion-obligatoria/›.

Pérez Comenale, Agustina, y Diana Romero, Juan (2021). «Criptoaporte: el uso de criptomonedas como aportes de capital social. Una aproximación a la luz del régimen de derecho societario uruguayo». En *Semana Académica de Derecho Comercial 2021. Admirable conexión: derecho comercial, reformas y nuevas herramientas*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, pp. 251-259.

Poder Judicial de Tucumán (2022). Expediente 1.681/22. Recurso en línea. Recuperado de: ‹https://www.diariojudicial.com/public/documentos/000/102/391/000102391.pdf›.

## Otra bibliografía consultada

Fornell, Juan (3 jun. 2020). «¿Qué es un *exchange* descentralizado (dex)?». Bit2me Academy. Recurso en línea. Recuperado de: ‹https://academy.bit2me.com/exchange-descentralizado-dex/#:~:text=Los%20exchanges%20descentralizados%2C%20tambi%C3%A9n%20conocidos,haci%C3%A9ndolos%20m%C3%A1s%20seguros%20y%20transparentes›.

García, Julián (10 dic. 2021). «¿Exchange o "billetera fría"?: conocé las ventajas y desventajas a la hora de guardar tus criptomonedas». En *Ipro Up*. Recurso en línea. Recuperado de: ‹https://www.iproup.com/economia-digital/28105-exchange-o-billetera-fria-como-guardar-mejor-tus-criptos›.

# Criptomonedas: tratamiento en la ley argentina

## Una primera aproximación*

por M.ª Mercedes Brandone**
y Florencia Rosas***

Sumario

I. Introducción. II. La situación actual. III. Naturaleza jurídica: distintas posturas teóricas. IV. Conclusión.

### I. Introducción

El 31 de octubre de 2009, Satoshi Nakamoto publica «*Bitcoin*: un sistema de efectivo electrónico usuario-usuario»,[1] dando nacimiento a la primera criptomoneda de la historia. En dicho artículo se define *moneda electrónica* como una «cadena de firmas digitales». Cada dueño transfiere la moneda al próximo al firmar digitalmente un *hash*[2] de la transacción previa y la

* Publicado originalmente en la *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, n.º 309 (jul.-ago. 2021), pp. 21-24, en base a ponencia de la Dra. Brandone presentada a las XXXI Jornadas Académicas de la Abogacía Joven (La Plata, 25 y 26 nov. 2021), organizadas por el Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires. El artículo original se reproduce aquí con el consentimiento de las autoras.
** Abogada y escribana por la Universidad de Buenos Aires (uba); docente especializada en docencia universitaria; autora de publicaciones y ponencias varias.
*** Abogada por la uba.

1 Uno de los objetivos del sistema *usuario-usuario* (*peer-to-peer*) es permitir pagos en línea directamente entre las partes, sin la intermediación de una institución financiera.
2 *Nota del editor*. Un *hash* es un algoritmo —entendido como secuencia de operaciones matemáticas— que transforma un conjunto de datos (mensaje) en un código alfanumérico.

clave pública del próximo dueño, agregando estos al final de la moneda. Cualquier beneficiario puede, a través de la verificación de las firmas, verificar la cadena de propiedad.

Se ha entendido que las criptomonedas —*criptodivisas* o *criptoactivos*— son una representación digital de un valor. Estas pueden ser comercializadas digitalmente y tienen las características de unidad de cuenta, unidad de intercambio y unidad de uso, pero no cuentan con la característica de uso legal forzoso en ningún Estado.

Muy resumidamente, decimos que este sistema está pensado con una tecnología denominada *blockchain*[3] en la que los procesadores de las transacciones *usuario-usuario* están descentralizados en nodos y trabajan honestamente en conjunto, aportando espacio en disco y permitiendo la circulación irrevocable e inmodificable de acciones de compraventa de moneda.

En Argentina, la Unidad de Información Financiera (UIF) dictó la resolución 300/2014, de 4 de julio de 2014, en el marco de la «prevención del lavado de activos y de la financiación del terrorismo». Allí define, en su artículo 2.º, que «a los efectos de la presente resolución se entenderá por *moneda virtual* la representación digital de valor que puede ser objeto de comercio digital y cuyas funciones son la de constituir un medio de intercambio, y/o una unidad de cuenta, y/o una reserva de valor, pero que no tiene curso legal, ni se emite, ni se encuentra garantizada por ningún país o jurisdicción».

La definición de la UIF, más acorde con un enfoque jurídico, especifica que se trata de una «representación digital» de valor que «puede» ser objeto de comercio digital, sin curso legal y sin respaldo oficial. Creemos que esta definición que ofrece la UIF es acertada, pues define la criptomoneda por lo que es en realidad, por su funcionalidad.

En el artículo 4.º de la resolución citada se dispone como obligación de los sujetos enumerados en la ley 25.246 (Ley de Entidades Financieras) el deber de informar, a través del sitio web de la UIF, todas las operaciones efectuadas con monedas virtuales. Ello evidencia que las operaciones con monedas virtuales atraviesan los sistemas financieros contemplados en la Ley de Entidades Financieras. En el peor de los casos, las criptomonedas no necesariamente se utilizan «al margen» de los sistemas financieros oficiales.

---

Al convertir el mensaje en una secuencia de letras y números, la información contenida en él queda protegida —solo puede descifrarse mediante el uso de claves—, lo que garantiza la seguridad e integridad de las transacciones (ver también nota del editor sobre el término *blockchain*).

3 *Nota del editor*. Una *blockchain* ('cadena de bloques') es un archivo digital que registra los datos de las transacciones en una red de dinero (red de intercambio de valor). En él se anotan todas las transacciones de una criptomoneda, incluyendo cantidades y fechas exactas. Toda la información contenida en dicho archivo está encriptada para asegurar su autenticidad y proteger los datos relacionados con su propiedad (ver también nota del editor sobre el término *hash*).

## II. La situación actual

La primera criptomoneda que empezó a ser utilizada fue el *bitcoin*, en 2009. En los últimos años han aparecido otras. De hecho, hay más de mil alternativas distintas: *litecoin*, *ethereum*, *ripple*, *peercoin*, *namecoin*, *monero*, *dash*, *freicoin*, *petro* y *dogecoin*, entre tantas otras, todas con diferentes características y protocolos, y que hacen posible el denominado *internet del valor* (Kees y Hamerbeek, 2018).

Nos encontramos, a nivel mundial —no solo en nuestro país—, ante una escasez de regulación. Vemos cómo la tecnología influye de manera directa sobre la economía y el derecho. Esto pude implicar avances, nuevos descubrimientos y nuevas formas de ejercer el comercio; pero, como cada vez que algo nuevo irrumpe en un sistema, comienzan las dudas, las inseguridades y los temores. Más aún cuando, directamente, se interpela el propio poder de los Estados.

En este sentido, y no solo por resistencia, sino también por prevención, la uif expone en los considerandos de la resolución:

> Que las monedas virtuales representan un negocio en expansión en el mundo entero, que ha cobrado relevancia económica en los últimos tiempos […]. Que, adicionalmente, las monedas virtuales son, muchas veces, comercializadas mediante transacciones a distancia, realizadas a través de internet; permiten el movimiento transfronterizo de activos, involucrando a entidades de diferentes países, pudiendo participar de las mismas jurisdicciones que no tienen controles de prevención de lavado de activos y de la financiación del terrorismo adecuados, todo lo cual dificulta a los sujetos obligados la detección operaciones sospechosas.

Así, dice Gerscovich (28 oct. 2012, citando a Sebreli, 2012):

> En esto coincidimos con Sebreli: «La globalización no es, como con frecuencia se cree, una tendencia política identificada con el neoliberalismo; se trata de un cambio más profundo e irreversible, una nueva etapa histórica ineludible; el regreso al pasado es imposible, aunque puede haber retrocesos parciales y momentáneos. Es de lamentar que muchos intelectuales y políticos, incluidos gobernantes, sigan aferrados a las categorías de un mundo ya desaparecido y sean incapaces de afrontar lo nuevo. Se impone un giro copernicano: la mirada que veía al mundo moviéndose alrededor del propio país debe acostumbrarse a observar la nación dando vueltas alrededor del mundo».

En el mismo sentido, Castillejo (2020) señala que el *boom* de las monedas digitales «ha abierto las puertas a innovaciones en el ámbito del comercio electrónico y ha ayudado a señalar debilidades en la industria bancaria».

## III. Naturaleza jurídica: distintas posturas teóricas

Consagrada la existencia de las criptomonedas al menos en lo que respecta a nuestra reglamentación administrativa «antilavado», nos preguntamos,

como operadoras jurídicas, cuál sería su naturaleza jurídica y qué contratos —típicos o atípicos— se despliegan cuando un usuario en Argentina adquiere criptomonedas para atesorar o para luego adquirir bienes y servicios. Algunos autores que han escrito sobre el tópico han optado por las siguientes hipótesis.

***a.*** Como valor negociable no cartular. Toma esta postura Demarco, quien, luego de citar esta definición de la ley 26.831, de Mercado de Capitales, dice (2020: 362):

> [La denominación de *valor negociable* aplica a los] títulos valores emitidos tanto en forma cartular así como a todos aquellos valores incorporados a un registro de anotaciones en cuenta, incluyendo, en particular, los valores de crédito o representativos de derechos creditorios, las acciones […] y, en general, cualquier valor o contrato de inversión o derechos de crédito homogéneos y fungibles, emitidos o agrupados en serie y negociables en igual forma y con efectos similares a los títulos valores, que, por su configuración y régimen de transmisión, sean susceptibles de tráfico generalizado e impersonal en los mercados financieros.

***b.*** Como moneda. Esta postura no es sostenida por la doctrina. Al decir de Eraso (2015):

> Es posible afirmar que para encuadrar un bien —sea o no *cosa*— dentro de la calificación económica de *moneda* es preciso que sea aceptado como una medida de valor, unidad de cuenta y medio de pago (o de cambio); no obstante, en el plano jurídico solo será dinero lo que el Estado diga que es dinero. Por ende, y en atención a la redacción actual del artículo 765 del Código Civil y Comercial, parecería que solo podría considerarse como dinero la moneda de curso legal en la República Argentina.

***c.*** Como bien inmaterial susceptible de valor. Estos autores basan su postura en su ausencia de corporeidad.[4] Entre ellos se encuentran Eraso y Rybnik. Así, el primero de los nombrados dice (Eraso, 2015):

> El objeto sobre el cual recae el derecho de propiedad para aquellos que utilizan los *bitcoins* como moneda es la representación digital de valor […]. Las personas que incorporan *bitcoins* a su patrimonio no lo hacen como licenciatarios de una obra protegida por derechos de autor, sino como titulares de un derecho de propiedad sobre una cantidad determinada de valores representados en el Registro público.

4 «El sistema *bitcoin* se basa en dos procedimientos de verificación de transacciones: i) la cadena de bloques y ii) la criptografía de clave pública. El último de estos procedimientos consiste en la utilización de dos claves por cada usuario. La clave *pública*, también conocida como *dirección bitcoin*, es un identificador que funciona como una "cuenta" en la cual se reciben los *bitcoins*. La clave *privada* es un código que funciona como una contraseña que permite al usuario firmar transacciones con *bitcoins* y transferirlos a otras direcciones. La utilización de las claves privadas permite probar la "titularidad" sobre los *bitcoins*. Cada clave pública —o dirección *bitcoin*— deriva de una clave privada a través de un procedimiento matemático unidireccional» (Eraso, 2015).

***d.*** Como una cosa;[5] derecho real sobre el *bitcoin*. Quienes sostienen esta postura entienden que, pese a su condición digital, no deja de ser un objeto. Castillejo (2020) expone su postura claramente:

> A mi entender, la relación jurídica entre un individuo y un *bitcoin* es propia de los derechos reales.[6] Efectivamente, dicha relación es directa e inmediata. Asimismo, quien posee un *bitcoin* no posee un derecho a exigir de un tercero ninguna prestación. Esto se deriva de la característica de emisión descentralizada que posee el mismo protocolo que da existencia matemática al *bitcoin* […]. En mi opinión, toda relación jurídica que se derive de la posesión, uso, goce, transmisión o cualquier acto de disposición y/o administración de *bitcoins* implicará necesariamente hacer referencia a la llave privada que le permite al usuario disponer de esos *bitcoins*. Asimismo, todo derecho real o de propiedad que haga referencia a este activo digital recaerá necesariamente en esta llave privada […]. La llave privada es lo esencial, ya que es la que permite disponer de ese «saldo». Sin esa llave privada que permite disponer de los *bitcoins*, dicho «saldo» jamás podría ser utilizado.

El mismo autor (Castillejo, 2020), más adelante, agrega:

> Es decir, para la postura pragmática, la materialidad hace no tanto ya a la existencia atómica en el espacio físico de un objeto determinado, sino a la posibilidad de percibir la existencia de dicho objeto de una manera más acorde a los tiempos que corren […]. No obstante, y para ser justos, creo que la dificultad para entender la postura pragmática radica en que es difícil aplicar el concepto de *propiedad* a la información […]. Precisamente por esta razón, el *bitcoin*, si bien es «información», también actúa como cosa y tiene un grado de perceptibilidad mucho mayor. En virtud de cómo está estructurado el protocolo, por primera vez podemos estar ante un pedazo de información que es único y que le otorga al propietario la capacidad de excluir a los demás de su uso. Si la clave privada del *bitcoin* está en mi posesión, no hay nadie en este mundo que pueda disponer de ella […]. Mi opinión es que el derecho de propiedad —o cualquier otro derecho real— recaería finalmente sobre la clave privada. Ella es el elemento único y necesario para realizar cualquier acto de disposición o administración de *bitcoins*. Sobre esta llave se tiene la relación directa e inmediata, y sobre ella se ejerce el dominio. Sin la clave privada, no hay manera de acceder a ellos, y si esta se pierde, los *bitcoins* quedarán no solo «fuera del comercio», sino que serán permanentemente inaccesibles.

5 En su artículo 16, el Código Civil y Comercial establece: «*Bienes y cosas.* Los derechos referidos en el primer párrafo del artículo 15 [titularidad de los derechos sobre bienes] pueden recaer sobre bienes susceptibles de valor económico. Los bienes materiales se llaman *cosas*. Las disposiciones referentes a las cosas son aplicables a la energía y a las fuerzas naturales susceptibles de ser puestas al servicio del hombre».

6 A su vez, el artículo 1883 del Código Civil y Comercial establece expresamente: «*Objeto.* El derecho real se ejerce sobre la totalidad o una parte material de la cosa que constituye su objeto, por el todo o por una parte indivisa. [=] El objeto también puede consistir en un bien taxativamente señalado por la ley».

En el mismo sentido —aunque habla de *cosa* como bien mueble—, Nunes (17 set. 2020) expone:

> El artículo 764 aplica las normas de dar cosas a «los casos en que la prestación debida consiste en transmitir o poner a disposición del acreedor un bien que no es cosa». Siguiendo con este ejercicio, podríamos definirlas como bienes muebles (art. 227), divisibles (art. 228), principales (art. 229), consumibles (art. 231), fungibles (art. 232), capaces de generar frutos (art. 233), dentro del comercio (por contraposición; art. 234) y de los particulares (art. 238). Estas definiciones son de especial relevancia a la hora de celebrar contratos en donde aparecen estos activos.

## IV. Conclusión

A nivel mundial, las criptomonedas no son hoy emitidas ni garantizadas por un banco central o una autoridad pública; tampoco en nuestro país. Esto genera «facilidad de trasporte, transferencia a cualquier lugar del mundo».[7]

Este enmarañado sistema no puede ser entendido con ideas vetustas y anquilosadas que se rompen al estirarlas para cubrir el nuevo modelo. El Estado no puede ignorar la existencia de las criptomonedas, sino que debe, sin sofocar la innovación, esforzarse en entender su funcionamiento y adoptar medidas orientadas a mitigar los riesgos asociados a su uso. Las criptomonedas exigen, inevitablemente, una regulación que, en todo caso, resulta crucial para su supervivencia (Linares, 2020).

Igualmente, considerando el artículo 19 de la Constitución Nacional y nuestro Código Civil y Comercial vigente, podría considerarse un medio de pago si así se pacta. Recordemos que nuestra legislación define *pago*, de manera amplia, como «el cumplimiento de la prestación que constituye el objeto de la obligación» (Código Civil y Comercial de la Nación, art. 865). Ello nos permitiría afirmar que si la obligación está pactada en criptomonedas, el pago podría ser considerado como medio de pago válido, siempre que cumpla, claro está, con sus caracteres generales: idéntico, íntegro, puntual y en el lugar pactado.

7 «Pero hay algo muy importante. A diferencia de las "monedas fiat", no es inflacionaria, sino que es deflacionaria. Tiene limitada su emisión. Mientras que las monedas convencionales, al menos desde que se abandonó el patrón oro, se emiten muchas veces como forma de financiamiento del Estado —debilitando su poder adquisitivo—, *bitcoin* ya tiene un cálculo de emisión, que es deflacionario. Aunque los bancos centrales fijan objetivos inflacionarios, *bitcoin* es una tecnología con objetivos deflacionarios» (Díaz, 2 ene. 2017).

## Bibliografía referida

Castillejo Arias, Víctor A. (2020). «*Bitcoin* y el derecho de propiedad: ¿cosa o bien inmaterial?». En *Revista Código Civil y Comercial*, año 6, vol. 1 (feb.), Doctrina, pp. 245-259.

Demarco, Guido (2020). «Criptoactivos y oferta pública de valores: caso Block.one y Cryptopia. Sandboxes». En *Jurisprudencia Argentina*, n.º 2020-IV (oct.-dic.), pp. 361-367.

Díaz Cisneros, Adriano P. (2 ene. 2017): «Bitcoin: el poder del consumidor». En *Microjuris.com*. Recurso en línea. Recuperado de: ‹https://aldiaargentina.microjuris.com/2017/01/02/doctrina-bitcoin-el-poder-del-consumidor/›.

Eraso Lomaquiz, Santiago E. (2015). «Las monedas virtuales en el derecho argentino: los *bitcoins*». En *Revista Jurídica La Ley*, n.º 2016-A, s/pp.

Gerscovich, Carlos G. (28 oct. 2012). «El mundo en transición hacia un futuro global irreversible». En *La Nación*. Recurso en línea. Recuperado de: ‹https://www.lanacion.com.ar/opinion/el-mundo-en-transicion-hacia-un-futuro-global-irreversible-nid1520954/›.

Kees, Milton Hernán, y Kamerbeek, Tomás A. (2018). «Sobre la naturaleza jurídica de las operaciones con criptomonedas». En *Jurisprudencia Argentina*, n.º 2018-II (abr.-jun.), pp. 1382-1385.

Linares, María Belén (2020). «Criptomonedas y lavado de activos». En *Derecho Penal y Criminología*. Recurso en línea. Recuperado de: ‹https://idcar.com.ar/wp-content/uploads/2022/09/Linares-Maria-Belen-Criptomonedas-y-lavado-de-activos-GACETILLA.pdf›.

Nunes, Diego J. (17 set. 2020). «Naturaleza jurídica del *bitcoin*». En *Microjuris.com*. Recurso en línea. Recuperado de: ‹https://aldiaargentina.microjuris.com/2020/09/17/doctrina-naturaleza-juridica-del-btc-bitcoin/›.

Sebreli, Juan José (2012). *El malestar en la política*. Buenos Aires: Sudamericana.

# Protección de datos personales ante la expansión de la videovigilancia privada

por Claudia Pereiro*

La videovigilancia en edificios y fincas privadas ha crecido exponencialmente, alimentada por la necesidad de sentirnos seguros y por la accesibilidad de insumos producto de los avances tecnológicos. En este breve informe recopilaremos los elementos que en el ejercicio de nuestra profesión, e incluso en nuestra vida personal, debemos tener presentes, desde la doble perspectiva de ser celosos de nuestros datos personales y de ser responsables de los datos de terceros.

*Videovigilancia*, de acuerdo con el dictamen 10/010 del Consejo Ejecutivo de la Unidad Reguladora y de Control de Datos Personales —en adelante, URCDP o simplemente «Unidad Reguladora»—, se define como «toda grabación, captación, transmisión, conservación y almacenamiento de imágenes y, en algunos casos, de sonidos mediante la utilización de videocámaras u otro medio análogo» (Presidencia de la República, 2010). Tanto las imágenes como los sonidos —en especial, la voz— pueden constituir datos personales, en cuanto identifican o permiten la identificación de una persona. Por ello, son de aplicación las normas de protección de datos personales consagradas por la ley 18.331, del 11 de agosto de 2008, y su decreto reglamentario 414/009, de 31 de agosto de 2009; y en especial, todos los principios y obligaciones allí contenidos.

Los principios que corresponde considerar son:

1. *Principio del consentimiento*. Es preciso contar con el consentimiento del titular del dato.

* Escribana pública; integrante de las comisiones de Derecho Registral y de Derecho Informático y Tecnológico del Instituto de Investigación y Técnica Notarial de la AEU.

2. *Principio de finalidad* (protección de personas físicas, derecho de propiedad, prevención de delitos, etc.). Este principio implica que hay un propósito para el que se recaban los datos. Cumplida su finalidad, el dato debe ser suprimido.
3. *Principio de proporcionalidad*. Los datos recabados deben ser adecuados, no excesivos y proporcionales a la finalidad.
4. *Principio de seguridad y veracidad*. El responsable de los datos debe garantizar la seguridad de las imágenes y evitar su pérdida, modificaciones, tratamiento o acceso no autorizados.
5. *Principio de legalidad*. El tratamiento debe ser lícito y cumplir con la normativa vigente. Las bases de datos no deben tener finalidades violatorias de derechos humanos ni contravenir la moral pública.

Los responsables de las bases de datos de videovigilancia deben cumplir con las siguientes obligaciones:

1. Ser responsables por el cumplimiento de la normativa referida a la protección de datos personales.
2. Actuar con la debida reserva y adoptar las medidas de seguridad para garantizar que solo las personas autorizadas accedan a los datos.
3. Mantener la información en forma confidencial, en carácter de custodio.
4. Garantizar al titular del dato acceder a él. Para ello, deberá adoptarse un «distintivo o logo» para determinar al responsable ante quien se podrán ejercer los derechos —aplicación de los principios de información y transparencia—, así como su domicilio.
5. Registrar la base de datos en el registro a cargo de la Unidad Reguladora.

La URCDP publicó en enero de 2017, en su página web, una guía de videovigilancia en edificios, complejos y cooperativas en la que se especifican los recaudos a tener en cuenta (Presidencia de la República, 2018):

1. Las cámaras no pueden utilizarse en espacios públicos, locales sindicales, baños y vestuarios, entre otros, ni enfocarse hacia predios linderos. Recordemos que en el ámbito laboral no es posible invadir la intimidad y privacidad del trabajador.
2. No pueden captarse imágenes de la vía pública, a excepción de una franja mínima e imprescindible de acceso al lugar (aplicación del *principio de proporcionalidad*).
3. Una vez instalado el sistema de videovigilancia, debe registrarse la base de datos.
4. Operativo el sistema, deben colocarse los distintivos de área videovigilada en lugares visibles, con indicación del nombre del responsable y el lugar donde las personas pueden ejercer sus derechos. Frente

una solicitud de acceso, el responsable debe proteger la privacidad de otros sujetos que aparezcan en las imágenes, a través de la utilización de «máscaras» de seguridad o brindando la información por escrito. También deberá entregarse la información cuando así lo requiera la Policía o la Justicia.

5. Para instalar un sistema de videovigilancia es necesario que la resolución se adopte en la asamblea de copropietarios u órgano similar, por mayoría.
6. En el caso de edificios, complejos o cooperativas, las videocámaras pueden ser instaladas en espacios comunes como escaleras, ascensores, *hall* de entrada, pasillos y cualquier otro bien denominado «común» en el reglamento de copropiedad. En todos los casos, el número de cámaras debe ser proporcional al área a vigilar.
7. El sistema de grabación debe estar ubicado en un lugar de acceso restringido y solo accesible a personal autorizado.
8. Si se contrata un servicio de vigilancia que incluya videovigilancia, se recomienda la suscripción de un contrato entre la empresa y la copropiedad en el que se establezca quiénes son los encargados de acceder a la información y cuáles son las condiciones del servicio.[1]

Estos y otros criterios fueron dispuestos y compilados por la resolución 58/021, de 21 de diciembre de 2021, sobre «tratamiento de información obtenida por cámaras de videovigilancia» en los casos que nos convocan, como en otras situaciones, a saber: cámaras con finalidad personal o doméstica; con fines de seguridad pública; que se utilicen en ámbitos de actividad bancaria; que se utilicen en ámbitos laborales; implementadas en entidades públicas; usadas en vehículos y similares; usadas en instituciones educativas de Primaria y Secundaria, y drones (Presidencia de la República, 2021*b*).

Vivamos en ámbitos seguros. Apliquemos la tecnología para lograrlo, sin violentar los derechos de las personas.

1 Vé.: dictamen 22/021 de la URCDP: «Las empresas que prestan servicios de videovigilancia y realizan tratamiento de datos personales de sus clientes y de las personas que son captadas por sus sistemas serán consideradas responsables o encargados, según lo dispuesto por los literales *H* y *K* del artículo 4.º de la ley 18.331 […]. Aun cuando se encuentren fuera del territorio nacional, se encuentran sometidos a la ley uruguaya». En virtud de prestar servicios a habitantes del país, «deberán dar cumplimiento a las obligaciones de la ley 18.331 […], incluyendo el registro de sus bases de datos y brindando la información de contacto correspondiente ante la URCDP». «El alojamiento de las bases de datos en una nube en el exterior constituye una transferencia internacional de datos», por lo que es aplicable el artículo 23 de la ley 18.331 y la resolución 23/021 del Consejo (Presidencia de la República, 2021*a*).

## Bibliografía referida

Presidencia de la República (2010). Dictamen 10/010 del Consejo Ejecutivo de la URCDP, de 16 de abril de 2010. Montevideo: Presidencia de la República, Agesic, URCDP. Recurso en línea. Recuperado de: ‹https://www.gub.uy/unidad-reguladora-control-datos-personales/comunicación/publicaciones/dictamen-10010›.

— (2018). «Guía de videovigilancia en edificios y complejos habitacionales». Montevideo: Presidencia de la República, Agesic, URCDP. Recurso en línea. Recuperado de: ‹https://www.gub.uy/unidad-reguladora-control-datos-personales/comunicacion/publicaciones/guia-de-videovigilancia-en-edificios-y-complejos-habitacionales›.

— (2021*a*). Dictamen 22/021 del Consejo Ejecutivo de la URCDP, de 14 de diciembre de 2021. Montevideo: Presidencia de la República, Agesic, URCDP. Recurso en línea. Recuperado de: ‹https://www.gub.uy/unidad-reguladora-control-datos-personales/institucional/normativa/dictamen-n-22021›.

— (2021*b*). Resolución 58/021 del Consejo Ejecutivo de la URCDP, de 21 de diciembre de 2021. Montevideo: Presidencia de la República, Agesic, URCDP. Montevideo: Presidencia de la República, Agesic, URCDP. Recurso en línea. Recuperado de: ‹https://www.gub.uy/unidad-reguladora-control-datos-personales/institucional/normativa/resolucion-n-58021›.

## Otra bibliografía consultada

Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) (2006). Instrucción 1/2006 de la AEPD, de 8 de noviembre de 2006. En *Boletín Oficial del Estado*, n.º 296 (dic.). Madrid: Agencia Estatal (España), AEPD. Recurso en línea. Recuperado de: ‹https://www.boe.es/eli/es/ins/2006/11/08/1/con›.

— (2023). *Guía sobre el uso de videocámaras para seguridad y otras finalidades*. Madrid: Agencia Estatal (España), AEPD. Recurso en línea. Recuperado de: ‹https://www.aepd.es/documento/guia-videovigilancia.pdf›.

Bernasconi, Mariella (coord.) (2022). «Protección de datos personales: Clearing de Informes, derecho al olvido y cámaras de videovigilancia». Trabajos realizados por estudiantes de Actividad Integrativa de Extensión e Investigación (curso 2022). En *Revista de Técnica Forense*, n.º 26, pp. 191-207. Montevideo: Udelar, Facultad de Derecho, Instituto de Técnica Forense.

Brian Nougrères, Ana (2017). «Los sistemas de videovigilancia y la protección de datos personales». En *Tribuna del Abogado*, n.º 204 (oct.-dic.), pp. 16-19. Montevideo: Colegio de Abogados del Uruguay.

Gil Membrado, Cristina (2019). *Videovigilancia y protección de datos. Especial referencia a la grabación de la vía pública desde el espacio privado*. Madrid: Wolters Kluwer.

Hormaizteguy, Gabriela (2013). «El uso de las nuevas tecnologías y la protección de datos personales en Uruguay. Videovigilancia: ¿derechos fundamentales vulnerados?». Trabajo presentado al XVII Congreso Iberoamericano de Derecho e Informática (FIADI).

# Consultas técnicas

# TESTAMENTOS. USUFRUCTO. LEGADOS. HEREDERO. INTERPRETACIÓN DE LA VOLUNTAD TESTAMENTARIA

Resumen

*Interpretación de las disposiciones testamentarias; usufructo universal de la herencia.*

Informe: Civil

Consulta

## I. Hechos

**13.2.2012.** Por escritura que en esta fecha autorizó el Esc. DAGG, LALS, otorgó testamento solemne abierto. En su cláusula tercera, dispuso:

> Sin perjuicio de las asignaciones forzosas que corresponden, instituye como única y universal heredera en el usufructo universal de toda la herencia a su cónyuge en únicas nupcias, MMCF [datos] […]. El plazo del usufructo será por el término de la vida de la heredera testamentaria. Exonera a la usufructuaria de la obligación de prestar fianza y realizar inventario. Por ende, la nuda propiedad universal de toda la herencia le corresponderá a su hija legítima, llamada MALC.

**12.2.2020.** LALS falleció casado en únicas nupcias con MMCF, bajo las disposiciones del testamento referido.

**3.12.2021.** La escribana consultante inicia el proceso sucesorio. El 11.2.2022 presenta escrito por el que solicita

> se declaren únicas y universales herederas del causante LALS a: 1) su hija legítima, MALC, a quien corresponde la nuda propiedad de todos los bienes sucesorios; y 2) a su esposa, MMCF, a quien corresponde el usufructo universal de toda la herencia, de acuerdo con las disposiciones testamentarias realizadas por el causante, sin perjuicio de los derechos de su cónyuge supérstite, MMCF, a la mitad de gananciales y el derecho real de habitación por el que optó sobre el padrón 1000 de la localidad catastral Rivera, departamento homónimo.

**14.2.2022.** Por decreto 881/2022, el señor juez, por los fundamentos que expresa, resuelve:

> Sírvanse las gestionantes especificar claramente si solicitan declarar heredera a MMCF, dado que, en cuyo caso, no resulta admisible limitar su adquisición al derecho real de usufructo. En caso de considerar que se trata de una adquisición a título particular del derecho de usufructo sobre la universalidad jurídica de la herencia, deberá considerársela legataria a todos los efectos (C. Civil, art. 527), y en su caso, reformular la solicitud de fs. 25.

**20.4.2022.** La consultante evacúa la vista conferida y solicita

> se declare únicas y universales herederas del causante LALS a su hija legítima, MALC, y de conformidad a las disposiciones del testamento agregado en autos, a su esposa, MMCF, del usufructo universal de toda la herencia, sin perjuicio de los derechos de su cónyuge prenombrada a la mitad de gananciales y el derecho real de habitación por el que optó sobre el padrón 1000 de la localidad catastral Rivera, departamento homónimo.

**27.5.2022.** Por decreto 2.160/2022, el señor juez no hace lugar a lo solicitado por las gestionantes con relación a MMCF.

**1.6.2022.** La consultante y el Dr. CHM presentan ante el Tribunal recursos de reposición y apelación contra la sentencia de fecha 27.5.2022, expresando, de acuerdo con los fundamentos expuestos, que el testador instituyó heredera a título universal a su esposa, MMCF, y no a título particular de legado, por lo cual solicitan se revoque por contrario imperio la resolución impugnada y, en su mérito,

> se declare únicas y universales herederas del causante LALS a su hija legítima, MALC, y de conformidad a las disposiciones del testamento agregado en autos, a su cónyuge, MMCF, heredera del usufructo universal de toda la herencia, sin perjuicio de los derechos de su cónyuge prenombrada a la mitad de gananciales y el derecho real de habitación por el que optó sobre el padrón 1000 de la localidad catastral Rivera, departamento homónimo.

**22.7.2022.** Por decreto 2.160/2022, el señor juez, considerando que los argumentos vertidos en los recursos interpuestos, a su juicio, no son idóneos para modificar los fundamentos oportunamente expuestos, mantiene la resolución resistida y franquea el recurso de apelación subsidiariamente deducido para ante el Tribunal de Apelaciones de Familia.

## II. Opinión de la consultante

La escribana consultante considera que debe procederse a la declaratoria de herederos tal cual fue solicitada, en el entendido de que la disposición testamentaria es ajustada a derecho. Solicita el informe de la Comisión de Derecho Civil en cuanto a saber si la disposición testamentaria es ajustada a derecho y, en ese caso, si corresponde realizar la declaratoria de herederos de acuerdo con lo solicitado.

# Informe de la Comisión de Derecho Civil

## I. Diferencias entre *heredero* y *legatario*

Las grandes diferencias entre *heredero* y *legatario* nos llevan a la necesidad de encontrar un criterio que nos permita saber, al examinar cualquier disposición testamentaria, si se trata de una institución de heredero o de

un legado. Nuestro Código Civil no da explícitamente un concepto legal de *heredero* ni de *legatario*, a no ser el inciso 2.º del artículo 776, cuando, luego de definir la *sucesión* o *herencia* como el modo universal de adquirir, que es la acción de suceder al difunto y representarle en todos los derechos y obligaciones que no se extinguen con la muerte, agrega que «se llama *heredero* el que sucede en esos derechos y obligaciones». Respecto del *legado*, se trata de una asignación a título particular; la doctrina admite que el legatario es un acreedor, ya que del articulado correspondiente surge la obligación de entregar la cosa legada (C. Civil, art. 906).

El *testamento*, de acuerdo con el artículo 780 del Código Civil, puede establecer un sucesor a título *universal* o de *herencia* —heredero que, conforme al artículo 776, inciso 2.º citado, sucede al causante en todos sus derechos y obligaciones—, o a título *singular* o de *legado*. El legatario no representa al causante ni queda colocado en la misma situación jurídica que el fallecido; no continúa la personalidad del causante, no responde por sus deudas —a no ser que estas se atribuyan como carga del legado— ni adquiere la posesión hereditaria.

Dice Howard (2019: 75 y ss.) que mientras el heredero subentra en la universalidad quedada al fallecimiento del causante, respondiendo como principio sin límites por el pasivo hereditario, el legatario solo sucede en titularidades o derechos *determinados* o *determinables*, sin recibir universalidad alguna más que, a lo sumo, una cuota líquida del acervo hereditario sin responder del pasivo más allá de los bienes que recibió (C. Civil, art. 1175).

La diferencia entre sucesión a título universal y a título particular no es cuantitativa, sino cualitativa. Un legatario puede recibir la masa entera de bienes que constituye el as hereditario por vía de disposiciones a título particular, y el heredero, ser llamado a recoger solo las deudas; sin embargo, el uno es sucesor a título particular, y el otro, a título universal.

La posición del heredero apareja dos derivaciones que no están presentes en el legatario: por un lado, la confusión de patrimonios que en principio se produce con la apertura legal de la sucesión y que lleva a que el heredero deba responder aun con su patrimonio personal de las deudas dejadas por el causante —puede evitarlo aceptando la herencia bajo beneficio de inventario—; por otro, el carácter expansivo del título de heredero, atributo del que carece el legatario (con excepción del legado de parte alícuota). Esto es, el heredero sucede no solo en aquello que es conocido a la apertura de la sucesión, sino también en todo lo que sobrevenga o se descubra luego.

El legatario, en cambio, agota con su adquisición todas sus relaciones con el heredero o la sucesión del causante. No responde de las deudas del testador ni de las cargas de la herencia, debido a que su institución es en una cosa cierta o determinada en un derecho de crédito o en una parte líquida de la herencia, pero no queda subrogado en la posición jurídica del causante y, por lo tanto, no hace suyos los acreedores del fallecido. Es ver-

dad que, en algunos casos, responderá del pago de las deudas hereditarias, pero su responsabilidad siempre está limitada al valor de su legado.

Todo fallecido tiene al menos —y fatalmente— un heredero; en cambio, no es imprescindible la existencia de un legatario.

Otra diferencia es que el heredero recibe los bienes *recta via* del causante, mientras que las adquisiciones del legatario dependen de la cosa legada: en los legados obligacionales, el legatario adquiere un derecho personal contra el heredero (C. Civil, art. 936); en los con efectos reales, los de especie cierta, el legatario recibe la propiedad a través del modo sucesión y debe pedir la posesión al heredero (C. Civil, arts. 937 y 938).

Nada impide que haya un heredero instituido en una cosa determinada o un legatario beneficiado con el activo líquido de una cuota de la herencia. No obstante, ninguna de estas dos posibilidades permite al intérprete separarse de las diferencias entre sucesión a título universal o particular.

Si en el caso de legítima (art. 895) el testador puede señalar la especie en que ha de hacerse el pago, también puede determinar que a un sucesor universal, sea o no legitimario, se le atribuya la titularidad exclusiva de una cosa. Si la participación en la sucesión queda reducida a un bien, se tratará de un legatario, con la responsabilidad limitada y subsidiaria que le es propia; pero si del testamento surge que lo que quiso el testador fue que participara de la universalidad, con la responsabilidad propia de un heredero, así deberá ser considerado.

En el legado parciario o de parte alícuota, el testador dispone a favor de un legatario una cuota de los bienes que queden a su muerte. Un legatario en una parte alícuota de la herencia no sería admisible, porque quien sucede en una cuota de la herencia es sucesor universal, pero sí es admisible un legatario en una parte alícuota de los bienes, esto es, en parte del remanente después de pagadas las deudas o en una cuota del saldo hereditario activo. El instituido en modo parciario no responde del pasivo hereditario: solo lo hace en forma subsidiaria a los herederos y limitada al *quantum* de lo que recibió.

El legatario de parte alícuota no es deudor personal de las deudas hereditarias; no se subroga en las obligaciones del testador, pues, como todo legatario, no responde de las deudas y cargas, aunque le afecten al reducir su participación final en el activo líquido.

## II. Interpretación del testamento

El artículo 779 del Código Civil define el testamento como «un acto esencialmente revocable (artículos 998 y siguientes), por el cual una persona dispone, *conforme a las leyes*, del todo o parte de sus bienes para después de la muerte» (destacado nuestro).

Nuestro Código no contiene reglas generales sobre la interpretación de los testamentos; solo algunas especiales, referidas a las disposiciones a favor de los parientes, de los pobres o del alma.

En materia testamentaria no es dudoso que debe prevalecer la voluntad del testador; para ello, es preciso indagar en el verdadero contenido de la voluntad testamentaria. Expresa Vaz Ferreira (1980: 433 y ss.) que existen diferentes doctrinas para interpretar la naturaleza de las disposiciones testamentarias: una extrema, que se atiene exclusivamente a su contenido, prescindiendo de considerar la voluntad del testador; otra, diametralmente opuesta, que atiende a dicha voluntad, prescindiendo del contenido, y diversas doctrinas intermedias. El autor entiende que el criterio de distinción debe buscarse en la voluntad del testador y funda su opinión en tres argumentos principales.

**1.** *La referencia expresa que el Código Civil hace en el artículo 780 a la voluntad del testador*. El artículo, después de decir que el testador puede disponer a título universal (o de herencia) y a título particular (o de legado), agrega que, «sin embargo, aun cuando el testador no haya usado materialmente la palabra *heredero*, si su voluntad está clara acerca de este concepto, valdrá la disposición como hecha a título universal o de herencia» (inc. 2.º).

**2.** *La posibilidad de que un heredero suceda en cosas determinadas cuando así lo quiere el testador*: artículo 895 (señalamiento por el testador de las especies en que ha de pagarse la legítima); artículos 1123 y 1153 (partición hecha por el difunto por testamento o por acto entre vivos); artículo 1033 (legado hecho a quien deba suceder por disposición de la ley e imputable a la porción hereditaria que corresponda *ab intestato*). En todos estos casos, el heredero conserva tal calidad, pero solo sucede en el inmueble que haya indicado el testador. La aparente contradicción entre la posibilidad de instituir un heredero adjudicándole una cosa cierta y el artículo 857 del Código Civil, que dispone que el heredero instituido en una cosa cierta y determinada es tenido por legatario de ella, se salva entendiendo que dicho artículo es solo una regla de interpretación de la voluntad del testador para el caso de que, por inadvertencia o ignorancia de la terminología jurídica, haya llamado heredero a aquel a quien solo quiso dejarle un bien determinado; el artículo referido no es una disposición de orden público que impida al testador atribuir la calidad de heredero a aquel a quien deja un bien determinado, ejerciendo la facultad que le conceden las reglas de la partición testamentaria.

**3.** *La posibilidad de que no tenga la calidad de heredero la persona que recibe por testamento una parte alícuota de los bienes* (o incluso, todos los bienes del testador). Por ejemplo, si dispone «A mi esposa le dejo la porción conyugal», se tiene una disposición cuyo objeto consiste en una parte alícuota de los bienes y, sin embargo, no constituye una institución de heredero.

Adhiere, pues, a la doctrina que determina la naturaleza de la disposición testamentaria por la voluntad del testador, rechazando las que se atienen al contenido (conforme estas últimas, aquel a quien se le dejan los muebles o los inmuebles debería ser considerado, según algunos autores, siempre heredero, y según otros, siempre legatario). Pero, aunque considera decisiva tal voluntad, admite que cuando esta no resulta con

suficiente claridad del testamento, es lícito, en muchos casos, recurrir al análisis del contenido para inferir de él la voluntad del testador. Por ello, es lícito presumir que el testador quiso instituir heredero a quien le dejó los bienes o una cuota, y que, al contrario, quiso atribuirle calidad de legatario a quien solo le dejó un bien determinado.

Entiende que todas las normas del Código Civil referentes al objeto del legado son reglas de interpretación de la voluntad que dejarían de aplicarse ante la voluntad del testador.

En cuanto a la debatida cuestión de la naturaleza de las disposiciones testamentarias que tienen por objeto la nuda propiedad de la totalidad —o de una cuota— de los bienes del testador o el usufructo de esa totalidad —o de esa cuota—, Vaz Ferreira, luego de exponer las discrepancias en la doctrina extranjera, expresa que en nuestro Código Civil existen normas que aparecen como contradictorias. El artículo 1170 dice que el heredero usufructuario concurrirá con el heredero propietario al pago de las deudas con arreglo a lo dispuesto en los artículos 527 y 529. Al hablar de *heredero usufructuario*, estas normas conducen a admitir que el instituido en el usufructo de la herencia o de una cuota es heredero; pero, por otra parte, el artículo 910 («En el legado de usufructo, si ocurriese el caso previsto en el artículo 529, se observará lo dispuesto en el mismo»), por la remisión en él contenida, lo califica de legatario. Tal contradicción, dice Vaz Ferreira, es aparente, ya que la diferencia entre una y otra calidad no debe buscarse en el contenido u objeto de la disposición, sino en la voluntad del testador; esto es, el usufructo de la totalidad o de una parte alícuota de la herencia puede ser, según la voluntad del testador, una institución de heredero o un legado.

Howard (2019) expone las dos teorías interpretativas de las disposiciones testamentarias.

— Para la teoría *objetiva*, el heredero es llamado en una universalidad, sea en modo total o parcial, mientras que el legatario lo es en una o más relaciones jurídicas concretas. Por ello, lo que determina la condición en la que se sucede no es la voluntad expresada por parte del disponente, sino el contenido de la disposición. Quien es llamado a la universalidad de los bienes o a una cuota determinada o determinable de ellos es heredero; cuando el llamamiento es a bienes concretos, se está frente a un legado. O sea, el carácter de heredero o legatario no depende de la voluntad del causante, sino de la naturaleza intrínseca de la disposición testamentaria.

— La tesis *subjetiva* parte de la base de que quien determina si el sucesor lo es a título universal o singular es el propio testador. Por consiguiente, cuando el artículo 857 del Código Civil previene que quien es instituido en una cosa cierta y determinada es tenido como legatario, lo único que consagra es una norma interpretativa; si no puede concretarse cuál fue la voluntad del testador, en el sentido de

especificar si el beneficiado sucedía a título universal o particular, la institución permite decir que se trató de un legado.

Ahora bien, dice Howard, admitido que para atribuir la condición de heredero o legatario lo trascendente es la voluntad del testador, la cuestión se traslada a la interpretación de lo por este determinado, a desentrañar la verdadera volición del testador, más allá de los términos que haya empleado.

El testador tiene libertad, autonomía, discrecionalidad e incluso arbitrariedad para, dentro del marco disponible, elegir sus sucesores y a qué título concurrirán a su sucesión. Sin embargo, ello no significa que pueda romper con las estructuras jurídicas del ordenamiento y transformar en sucesor particular a quien es llamado a una universalidad, o que pueda exonerar de responsabilidad en el pasivo hereditario a quien convoca a sucederlo como heredero.

El español Albaladejo, citado por Howard (2019: 94), expresa:

> Como las figuras jurídicas son lo que son y no lo que los particulares quieren que sean, es claro que lo que está en manos del interesado es llamar a la persona de que se trata a sucederle en la forma (universal o particular) que a él le plazca, pero lo que no puede hacer es que le suceda particularmente uno a quien instituye sucesor universal, o que le suceda universalmente uno a quien lo instituye particular. Y no puede no porque la ley lo prohíba, sino porque lo rechaza el modo de ser de las cosas.

Aun cuando se recoja la tesis subjetivista, la libertad de disposición *mortis causa* no permite alterar los conceptos legales de *heredero* y *legatario*, aunque tolere un amplio margen sobre cómo asignar al beneficiario uno u otro título. Consecuentemente, no se permite a los testadores que de modo arbitrario configuren los términos *herencia* o *legado*.

La voluntad exteriorizada por el testador es la que habrá de determinar a qué título concurrirán los sucesores. Cuando persista la duda acerca de cuál fue su volición real, es apropiado emprender la búsqueda de su voluntad mediante el contenido de las disposiciones que adoptó —empleo del criterio objetivo—; en ese caso, esa voluntad debe ser interpretada a fin de concretar si está en sintonía con las estructuras del ordenamiento jurídico patrio.

## III. El derecho de usufructo

El artículo 495 del Código Civil estipula que el derecho de usufructo puede constituirse por ley, por acto entre vivos, por última voluntad o por prescripción.

El usufructo tiene una limitante, que surge del propio sistema positivo uruguayo, que se estipuló en atención al orden público con base en la protección al derecho de propiedad: la norma que establece que el usufructo se extingue por la muerte del usufructuario (art. 537, inc. 1.º) (Asociación de

Escribanos del Uruguay, 2019: 151). El límite máximo marcado por la ley para este derecho es inderogable por disposición de las partes; es la vida del usufructuario. La razón de este límite es amparar el derecho de propiedad impidiendo que por la vía de la constitución por tiempo excesivamente prolongado se llegue a abrogar el derecho del *dominus*.

El usufructo es, por naturaleza, un derecho temporario. Si fuera perpetuo, el derecho de propiedad como tal dejaría de existir, ya que la propiedad gozada por terceros en forma ilimitada llevaría a ser eliminada del comercio de los hombres; en consecuencia, el derecho del nudo propietario dejaría de ser tal, y, por tanto, el del usufructuario pasaría a ser de la misma envergadura que el del propietario pleno.

## IV. Aplicación de lo expuesto al caso planteado

En el caso, el testador dispuso: «[…] instituye como única y universal heredera en el usufructo universal de toda la herencia a su cónyuge en únicas nupcias, MMCF [datos] […]. El plazo del usufructo será por el término de la vida de la heredera testamentaria […]».

Si bien, como se indicó, lo trascendente es la voluntad del testador, no podemos ir en contra de las estructuras jurídicas del ordenamiento. Aunque el testador empleó la palabra *heredera*, no podía establecer que lo sucediera universalmente aquel a quien instituyó en un derecho particular: el usufructo vitalicio de toda la herencia. La herencia es la universalidad, pero no le dejó una cuota de la herencia: le legó un derecho que, si bien recaía en una universalidad, se extinguiría con la muerte de la usufructuaria.

Mal podemos considerarla heredera si por tal entendemos a quien sucede en los derechos y obligaciones del causante. Si la instituida fuera heredera, al fallecer, trasmitiría, de tenerlo aún en su patrimonio, lo que heredó. Pero no trasmite nada, porque su derecho se extingue con su muerte.

Se comparten los considerandos de los decretos referidos en la relación de hechos:

— Decreto 881/2022, de 14.3.2022:

> […] De conformidad con el artículo 779 del Código Civil, el testamento es el acto por el cual una persona dispone, conforme con las leyes, de todo o parte de sus bienes para después de su muerte. De ello se deriva que, más allá de las emergencias del testamento, la voluntad del testador debe interpretarse de conformidad con el derecho positivo […].
>
> En el caso de marras, la voluntad del testador se vislumbra evidentemente confusa en cuanto a si su intención era instituir heredera a su cónyuge, MMCF, en cuyo caso sucedería al causante en sus derechos y obligaciones, o si, por el contrario, le pretendía conferir únicamente el derecho real de usufructo sobre la universalidad de la herencia. En este último caso, no caben dudas acerca de que se trata de un legado de usufructo y no de una institución de heredera.
>
> Esta última parece ser la postura adoptada por las gestionantes en su solicitud de fs. 25, en cuanto expresan que la declaración de heredera de la

excónyuge debe limitarse al derecho de usufructo de la herencia. Ahora bien, la requisitoria de las promotoras no puede ser acogida tal y como ha sido formulada, habida cuenta de que la declaración de heredera, tal como se expresó, implica la sucesión de toda la herencia como universalidad y, por tanto, no puede limitarse únicamente al derecho de usufructo […].

— Decreto 2.160/2022, de 27.5.2022:

[…] Se reitera que aun cuando en el marco de la herencia testamentaria debe respetarse la voluntad del testador, no puede perderse de vista que las disposiciones respectivas deben ser aplicadas de conformidad con el ordenamiento jurídico patrio. En efecto, la última voluntad debe efectivizarse mientras no resulte contraria a derecho […] Las disposiciones del testamento deben ser interpretadas conforme a derecho.

En este marco, parece claro que si la voluntad del testador era instituir heredera a la Sra. MMCF, entonces no puede afirmarse que su adquisición se pueda limitar únicamente al usufructo de la misma […]. La institución de heredera como modo universal de adquirir implica que la sucesora adquiera la universalidad compuesta por los derechos y obligaciones del causante, que no se extinguen con su muerte.

La cita bibliográfica de la que hacen caudal las gestionantes a fs. 145 vto. y 146, en realidad, nada agrega al punto, habida cuenta de que no se niega la admisibilidad jurídica de constituir, como acto de última voluntad, un derecho de usufructo sobre la universalidad de la herencia. Lo que se sostiene es que, en tal caso, no se trata de institución de herencia como modo universal de adquirir, sino de un legado.

Adviértase que no puede negarse la admisibilidad de constituir el derecho real de usufructo sobre la herencia, dado que tal posibilidad se encuentra expresamente prevista por los artículos 527 y 529 del Código Civil. Ahora bien, el artículo 910 del Código Civil establece: «En el legado de usufructo, si ocurriese el caso previsto en el artículo 529, se observará lo dispuesto en el mismo». En este caso, se trata de una adquisición a título particular, con la particularidad de que el objeto sobre el que recae el derecho real de usufructo es la universalidad de la herencia. De modo que, de conformidad con las disposiciones normativas reseñadas, cuando en nuestro ordenamiento jurídico se pretende constituir el derecho de usufructo sobre la universalidad de la herencia, no puede concebirse como una institución de heredero, sino como un legado.

La disquisición realizada no tiene fines teóricos […]. Si se sostuviera la postura por la que propugnan las gestionantes, surge la interrogante sobre si la Sra. MMCF, al ser declarada heredera únicamente sobre el usufructo de la herencia, debe responder por las obligaciones transmitidas por el causante. Es claro que todo heredero responde por las obligaciones transmitidas, y ello se debe evidentemente a que adquiere la universalidad de la herencia y que no se puede instituir heredero para transmitir únicamente derechos. Sin embargo, si se transmitiera únicamente el derecho de usufructo en el marco de la institución de herencia, podría darse la hipótesis inadmisible de un sucesor que no responde por las obligaciones transmitidas por el causante.

— Decreto 3.022/2022, de 22.7.2022:

> […] Se reitera que más allá de la voluntad del testador, lo cierto es que las cláusulas del testamento deben ser interpretadas de conformidad con nuestro ordenamiento jurídico. En este marco, cuando lo que se pretende constituir es un derecho de usufructo, no existe transmisión de una universalidad jurídica, como claramente lo requiere la institución de heredero.
>
> El usufructo resulta ser un derecho real que se constituye por acto de última voluntad, pero no opera la transmisión del caudal relicto. En función de ello, mal puede declararse a una persona heredera del derecho de usufructo. La circunstancia de que objeto del derecho sea la universalidad de la herencia no modifica la naturaleza del derecho real.
>
> Pero, a su vez, debe recordarse que el derecho real de usufructo se extingue con la muerte del usufructuario, lo que resulta abiertamente incompatible con la calidad de heredero. Es decir, el derecho de usufructo de la Sra. MMCF no es transmisible a sus sucesores, como resulta ser todo derecho hereditario […]. Se extinguirá a su fallecimiento, de manera que mal puede considerarse la posibilidad de adquirir el derecho de usufructo en calidad de heredera […].

## V. Conclusiones

1. La disposición testamentaria es ajustada a derecho. Aunque es decisiva la voluntad del testador, corresponde interpretarla a fin de concretar si está en sintonía con las estructuras del ordenamiento jurídico.
2. En el caso concreto, no resulta con claridad si la voluntad testamentaria consistió en instituir a dos herederos, adjudicando la nuda propiedad a uno y el usufructo a otro, o si consistió en legar el usufructo de toda la herencia a la cónyuge sobreviviente. Reconociendo que el resultado interpretativo es opinable, la informante se inclina a entender que se trata de un legado de usufructo del activo hereditario.

Esc. M.ª Beatriz Vázquez de León
Informante

## Bibliografía referida


Asociación de Escribanos del Uruguay (2019). «Legados. Usufructo de herencia. Nuda propiedad». Comisión de Derecho Civil (informante: Sabrina Buono). En *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, tomo 105, n.º 1-12 (ene.-dic.), pp. 149-154.

Howard, Walter (2019). *Derecho de las sucesiones*, tomo I (Introducción; presupuestos de la sucesión *mortis causa*; medios de suceder; exclusión sucesoria). Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.

Vaz Ferreira, Eduardo (1980). *Tratado de las sucesiones*, tomo I (La sucesión, el testamento: incapacidad e indignidad; institución de heredero y sustitución). Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.

La mayoría de la Comisión de Derecho Civil aprueba el informe. Los Escs. Carlos Groisman, Valentina Martínez Jaime, Nicolás García Rodríguez y María del Carmen Vettorello discrepan, por interpretar que la voluntad testamentaria consistió en instituir dos herederos, uno de los cuales concreta su derecho en el usufructo, y el otro, en la nuda propiedad de los bienes.

Escs. Roque Molla y Juan Pablo Villar
Coordinadores

*Informe aprobado por la Comisión Directiva Nacional de la AEU el 13.3.2023, expediente 2725/2022.*

## PROMESA DE COMPRAVENTA. PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA. ESCRITURA JUDICIAL. PUBLICIDAD REGISTRAL

Resumen

*Escrituración de promesa inscripta; aplicación de la prescripción extintiva de las obligaciones (artículo 1216 del Código Civil); presupuestos.*

Informe: Procesal

### Consulta

### I. Relación de hechos

El 4.4.2019, NMV se presenta ante el Juzgado de Paz de la … sección judicial de Canelones solicitando audiencia de conciliación contra ASM, con el objeto de escriturar en cumplimiento de una promesa de fecha 20.3.1995, correspondiente al padrón 0000 de la localidad catastral Marindia, por un monto de USD 7.000. No se hizo lugar: el citado no se domicilia en el departamento, por lo que está exceptuado de ella.

El 20.2.2020, NMV solicita la escrituración judicial de la promesa otorgada el 20.3.1995, con firmas certificadas, cuyo testimonio fuera inscripto en el Registro de Traslaciones de Dominio de Pando el 29.3.1995 y que afectara el inmueble antes relacionado. Se adjuntó la documentación: promesa original y ocho recibos expedidos por la inmobiliaria XX. A ello

se dispuso, por decreto 504/2020, designar a la Esc. ACP, en calidad de perito, a los efectos de estudiar la documentación agregada —si reúne los requisitos necesarios para la escrituración—, determinar la documentación faltante y efectuar el contralor del proyecto de escritura que se presentare.

La escribana perito informó, relacionando detalladamente los datos de la promesa, el precio pactado: USD 7.000. De ellos, USD 3.500 se abonaron con anterioridad al otorgamiento de la promesa; el saldo (USD 3.500) se abonaría en 16 cuotas mensuales y consecutivas de USD 200 cada una, más una última de USD 300 (fs. 2 y 2 vto.). Observó los recibos agregados a fs. 7 a 10, por estar expedidos por una inmobiliaria (XX) y no surgir de la promesa autorización para su cobro del saldo del precio. Además: uno de ellos (n.º 169, fs. 7) claramente no refiere al padrón objeto de la promesa; el n.º 164 (fs. 7) no está otorgado a favor del promitente comprador, NMV, sino de otra persona, y tiene fecha anterior a la promesa; los recibos 223, 269 y 189 (fs. 8 y 9) no indican el padrón al que corresponden; el n.º 194 carece de fecha y expresa que es por «Contribución»; el n.º 193 (fs. 10) no indica fecha y menciona un padrón diferente al objeto de la promesa; el n.º 260 (fs. 10) no menciona el padrón ni el número de solar. Y solicitó como documentación faltante: cédula catastral informada; copia de plano; certificado del Registro de la Propiedad, por padrones anteriores y actual, del Registro de Prendas Sin Desplazamiento y del Registro Nacional de Actos Personales, sección Regímenes Matrimoniales, y certificado de la Intendencia Departamental de Canelones, por el artículo 66 de la ley 18.308 (Ley de Ordenamiento Territorial y Desarrollo Sostenible, de 18 de junio de 2008).

Del informe de la perito se le dio vista al solicitante, a lo que se contesta con escrito de fs. 21, presentado el 20.6.2020. En dicho escrito, el solicitante de la escrituración no presenta la documentación solicitada y afirma que los recibos presentados fueron extendidos por la inmobiliaria que intervino en la venta del padrón objeto de las actuaciones; se fundamenta en el artículo 1216 del Código Civil, por el que las acciones personales prescriben a los veinte años de que se hicieran exigibles —por haberse otorgado la promesa en 1995, se está fuera de dicho plazo— y cita una consulta publicada en la revista de la AEU (Asociación de Escribanos del Uruguay, 2016).

Se le da vista a la perito escribana, quien manifiesta no estar de acuerdo con lo sostenido por el solicitante. Argumenta que la consulta citada no refiere a un caso de compraventa judicial, sino de compraventa regida íntegramente por las normas del derecho civil.

## II. Consulta

Se consulta si el artículo 1216 del Código Civil es aplicable al caso. La parte actora —promitente comprador— entiende que la exigibilidad de la deuda prescribió, según la aplicación de dicho artículo. La perito informante en el expediente se adhiere a la consulta.

## Informe de la Comisión de Técnica Notarial Procesal

El actor pretende la escrituración de una promesa de compraventa inscripta por el procedimiento establecido en los artículos 354 y siguientes del Código General del Proceso (especialmente, el 367 [proceso monitorio de escrituración forzada]).

Para iniciar dicho procedimiento presenta compromiso de compraventa con firmas certificadas y constancia de inscripción. Según dicho documento, el actor tendría legitimación activa, pero no se ha agregado al expediente la información registral correspondiente. Respecto a la conciliación previa solicitada, cabe acotar que desde la aprobación de la ley 19.090, se da una nueva redacción al artículo 294 del Código General del Proceso: se excluyen en forma genérica todos los procesos que no se tramiten por la vía contenciosa ordinaria, con lo que quedan excluidos los procesos monitorios.

El compromiso de compraventa contiene pacto de inscripción; así se establece en la cláusula decimosexta, por la que, expresamente, pactan inscribir conforme el artículo 51 de la ley de 17 de junio de 1931 y el artículo 154 de la ley de 2 de diciembre de 1965, y, por tanto, dentro de las promesas a las que les es aplicable el artículo 15 de la ley 8.733.[1] Surge así a favor del promitente comprador el derecho real respecto de cualquier enajenación o gravamen posterior y acción para exigir la transferencia y entrega del bien.

En este caso, se ha pagado el 50 % del precio, con lo que podría configurarse la hipótesis prevista por el artículo 16 de la ley 8.733, que, según la posición doctrinaria sostenida por los escribanos Leonel Puig Márquez y María Inés Vera Mercant, habilita igualmente a solicitar la escrituración forzada; pero debemos tener en cuenta que el juez debe exigir la constitución de una hipoteca por el saldo del precio. Esta posición no es admitida por todas las sedes.[2]

Ahora bien, desde el punto de vista procesal, el artículo 367 del Código General del Proceso establece: «Cuando se demande el cumplimiento de la obligación de escriturar establecida en las promesas de enajenación de inmuebles a plazos o equivalentes […], procede disponerlo si se justificaran por el actor las exigencias de hecho y de derecho requeridas al efecto». Es de opinión de la informante que para exigir la escrituración forzada deben justificarse las exigencias de hecho y de derecho requeridas;

1 Ley 8.733, artículo 15: «La promesa de enajenación de inmuebles a plazos, desde la inscripción en el Registro, confiere al adquirente derecho real, respecto de cualquier enajenación, o gravamen posterior, y cuando se haya pagado o se page toda la prestación y se hayan cumplido las obligaciones estipuladas, le acuerda acción para exigir la transferencia y entrega del bien que constituye el objeto de la prestación».

2 El Esc. Andrés Paselle ha sostenido que el artículo 16 solo habilita la solicitud de la escrituración, pero extrajudicialmente, pues sería absurdo que el juez exigiera la constitución de una hipoteca (Asociación de Escribanos del Uruguay, 2000: 28).

es indispensable que el actor pruebe haber cumplido con el pago de toda la prestación; por tanto, debe acreditarse el pago del saldo del precio en forma fehaciente. En el caso de autos, con respecto a los recibos presentados que pretenden justificar el pago del saldo pendiente, si bien corresponde y está en la órbita del juez valorarlos como prueba, el informe del perito designado indica que no justifican suficientemente el pago del saldo del precio.

La norma habla siempre de pago (que «se haya pagado» o que «se pague» toda la prestación). Si no tuviéramos los recibos de pago, puede recurrirse al instituto de la *oblación* y *consignación*, establecido por los artículos 1481 y 1482 del Código Civil. El promitente comprador debe cumplir con su obligación para que se le habilite esta «vía rápida», que constituye un proceso contencioso de estructura monitoria para obtener la escrituración forzada. El proceso admitiría un incidente de oblación y consignación, por tramitarse en un juzgado de paz;[3] si se tramitara en un juzgado letrado, se deberá presentar testimonio de oblación y consignación.

Por los fundamentos expuestos, considero que si no se dieran las condiciones de los artículos 15, 16 —con las aclaraciones realizadas en relación a las distintas posiciones doctrinarias— y 31 de la ley 8.733, no podríamos justificar los fundamentos de hecho y de derecho exigidos para el procedimiento dispuesto en la ley procesal para exigir la escrituración forzada del artículo 367 citado.

Si bien ha transcurrido el tiempo requerido por la ley sin accionar del acreedor para que opere la prescripción extintiva del artículo 1216 del Código Civil, en virtud de que no se está cumpliendo con la paga —ya sea justificándola con un documento fehaciente (recibos de pago, cartas de pago, etc.), ya sea ofreciendo oblación y consignación del precio—, no se cumple con el requisito exigido para solicitar la escrituración forzada conforme al procedimiento del artículo 367 del Código General del Proceso (proceso de conocimiento de estructura monitoria). Por los fundamentos expuestos, este procedimiento tiene carácter excepcional, por lo que se hace necesario que se cumpla estrictamente con los requisitos exigidos para su procedencia.

Nada impide iniciar un procedimiento ordinario para, posteriormente, en virtud del artículo 398.4 del Código General del Proceso, solicitar el otorgamiento de la escritura y tradición del bien.

## Conclusión

Para la aplicación del procedimiento del artículo 367 del Código General del Proceso deben justificarse, por parte del actor, las exigencias de hecho y de derecho requeridas al efecto. Por lo tanto, deben justificarse las circunstancias establecidas en los artículos 15, 16 y 31 de la ley 8.733, dentro

3 La oblación y consignación se tramita siempre ante el juez de paz.

de las que se encuentra el haber cumplido la obligación de pagar el precio, en cualquiera de sus formas (C. Civil, arts. 1447, num. 1.º, y 1448 a 1496).

Si bien pueden haberse extinguido las obligaciones, conforme a la prescripción extintiva establecida en el artículo 1216 del Código Civil, la ley 8.733 otorga acción para exigir la transferencia y entrega del bien objeto de la transacción, pero solo a quien haya cumplido con las obligaciones estipuladas, esto es, entrega del bien contra pago del precio. El accionante, fuera de estas circunstancias de hecho y de derecho, deberá proceder por la vía ordinaria y solicitar que se condene a la parte demandada al otorgamiento de la escritura. Pretenderá llegar a una sentencia firme que condene a la parte demandada al otorgamiento de dicha escritura pública y así efectuar la tradición; podrá ejecutarla conforme al artículo 398.4 del Código General del Proceso (ejecución de obligaciones de hacer). En la oportunidad procesal pertinente, y con las formalidades procesales que correspondan conforme a derecho, deberá acreditarse la extinción de la obligación de pagar el precio pactado en la promesa (prescripción extintiva invocada).

Esc. Claudia Fernández Echeverry
Informante

## Bibliografía referida

Asociación de Escribanos del Uruguay (2000). «Escrituraciones judiciales: venta forzada por ejecución singular y venta judicial en cumplimiento de promesa de compraventa». X Ciclo de Encuentros Técnicos Regionales. Minas, 30 set.

— (2016). «Saldo de precio. Paga. Prescripción extintiva. Compraventa». Comisión de Derecho Civil (informante: Alicia González Bilche). En *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, tomo 102, n.º 1-12 (ene.-dic.), pp. 318-322.

En sesión ordinaria de la Comisión de Técnica Notarial Procesal, por unanimidad, se aprobó el informe que antecede, redactado por la Esc. Claudia Fernández Echeverry. Estuvieron presentes los Esc. Beatriz Morales Bosch, Gabriela Hormaizteguy, Valeria De Paula, Claudia Fernández Echeverry, Verónica López Fernández, Heber Panunzio y Martín Sosa Valerio. Como oyente, asiste la Esc. Mariela Figueroa Labanca.

Esc. Martín Sosa Valerio
Coordinador

*Informe aprobado por la Comisión Directiva Nacional de la AEU el 27.3.2023, expediente 2498/2021.*

# CESIÓN DE DERECHOS HEREDITARIOS. INSTITUTO NACIONAL DE COLONIZACIÓN. BIEN INMUEBLE RURAL. DERECHO DE PREFERENCIA

Resumen

*La obligación impuesta por la Ley de Colonización (ley 11.029) en cuanto al derecho preferente que tiene el Instituto Nacional de Colonización en la adquisición de tierras (artículo 35, en la redacción dada por la ley 19.577) y la afectación al interés general de inmuebles rurales destinados a colonización (artículo 70, en la redacción dada por las leyes 18.187 y 18.756) requiere un análisis particular del ámbito de aplicación de ambas normas respecto a determinados negocios jurídicos; específicamente, el contrato de cesión de derechos hereditarios y la partición.*

Informes: Agrario y Civil

## Consulta

## I. Hechos

**1995.** MRDLS falleció intestada en Montevideo el 19.7.1995, casada en únicas nupcias con ADV. Su sucesión se tramitó en el Juzgado Letrado de Primera Instancia de Artigas de … Turno, en expediente caratulado «MRDLS. Sucesión» (ficha …/2013). Del certificado de resultancias de autos expedido de mandato judicial por la actuaria, la Esc. XX el 8.6.2020, resulta que: *a*) la causante falleció en la fecha y condiciones referidas; *b*) su sucesión fue declarada judicialmente abierta por auto …/2013, de 24.7.2013; *c*) se efectuaron las publicaciones legales, citando y emplazando a los interesados por el término de treinta días en *Diario Oficial* y *La Noticia*; *d*) por auto …/2015, de 3.9.2015, y auto ampliatorio …/2017, de 15.5.2017, que quedó ejecutoriado, previa vista fiscal conforme, se declararon únicos y universales herederos de la causante MRDLS sus hijos legítimos EDDLS, AdelaDDLS, JoséDDLS, AnitaDDLS, AnacletoDDLS, GDDLS e HDDLS; en representación de su hijo fallecido CDDLS concurre ADV; en representación de su hijo fallecido JuanDDLS concurren los nietos de la causante FabricioDR, FernandoDR y FlaviaDR, bajo beneficio de inventario; se tiene por repudiante a su hijo legítimo RDDLS, sin perjuicio de los derechos del cónyuge supérstite ADV por sus gananciales respecto del padrón numero 0000 relacionado anteriormente.

Se aprobó la relación jurada de bienes con inclusión del bien ganancial 50 % de fracción de campo y demás mejoras que le acceden, ubicado en la … sección judicial y catastral del departamento de Artigas, empadronado con el número 0000, según plano de mensura y fraccionamiento del agrimensor

YY suscrito en noviembre de 1949 e inscripto en la Dirección General de Catastro el 27.4.1950. Según dicho plano, la fracción tiene una superficie de 418 hectáreas con 7.160 metros cuadrados, índice CONEAT 128.

***Procedencia.*** **1977.** Lo hubo ADV, casado en únicas nupcias con MRDLS, por título compraventa y modo tradición al Instituto Nacional de Colonización (INC), según escritura que autorizó el Esc. ZZ el 8.11.1977, inscripta en el Registro respectivo el 18.11.1977.

**2014.** ADV falleció intestado en la ciudad de Artigas el 12.9.2014, viudo de sus únicas nupcias con MRDLS. Su sucesión se está tramitando en el Juzgado Letrado de Primera Instancia de Artigas de … Turno, en el expediente caratulado «ADV. Sucesión» (ficha …/2014), del que resulta que: *a*) el causante falleció en la fecha y condiciones referidas; *b*) su sucesión fue declarada judicialmente abierta por auto …/2014, de 17.11.2014; *c*) se efectuaron las publicaciones legales, citando y emplazando a los interesados por el termino de treinta días en *Diario Oficial* y *La Noticia* (en trámite).

**2017.** CRSV, casado en únicas nupcias con PVYB y separado judicialmente de bienes, adquirió por título cesión de derechos hereditarios y modo tradición de EDDLS la cuota parte que le correspondía en las sucesiones de MRDLS y ADV, según escritura que en esta ciudad autorizó el Esc. WW el 27.10.2017 y cuya primera copia fue inscripta en el Registro Nacional de Actos Personales.

**2018.** JCVA, casado en únicas nupcias con GD y separado judicialmente de bienes, adquirió por título cesión de derechos hereditarios y modo tradición de FabricioDR, FernandoDR y FlaviaDR, respectivamente, la cuota parte que les correspondía en las sucesiones de MRDLS y ADV, según escritura que en esta ciudad autorizó el Esc. WW el 13.9.2018 y cuya primera copia también fue inscripta.

Después del fallecimiento de MRDLS, la explotación continuó con el cónyuge supérstite, ADV. Luego del fallecimiento de este, uno de los herederos tomó posesión del establecimiento, semovientes y herramientas de trabajo hasta el presente, sin rendir cuentas a los demás herederos.

Ante reiteradas solicitudes de EDDLS para que se le entregara la parte que le pertenecía, el heredero en posesión del establecimiento, semovientes y herramientas de trabajo siempre se evadió, situación que lo llevó a la cesión de los derechos hereditarios en ambas sucesiones (padre y madre).

En la sucesión de MRDLS se declaró que existe como único bien el 50 % del inmueble rural empadronado con el número 0000, de 418 hectáreas con 7.160 metros cuadrados, índice CONEAT 128. En la sucesión de ADV, en trámite, se sabe que existe —aún no se hizo *inventario*— el 50 % restante del inmueble rural relacionado anteriormente, semovientes, herramientas de trabajo y posible cuenta bancaria.

Se trata de un campo enajenado por el INC, de una superficie igual o superior a 500 hectáreas índice CONEAT 100 (índice CONEAT 535,9).

## II. Objeto de la consulta

Determinar si las respectivas cesiones de derechos hereditarios necesitan de la autorización del INC, según el artículo 35 o 70 de la ley 11.029, de 12 de enero de 1948. Para proceder a la partición del inmueble rural relacionado: ¿necesitan los cesionarios de las respectivas cesiones de derechos hereditarios la autorización del INC?

## III. Opinión del consultante

Para el consultante, *no* es necesaria la autorización al INC para el otorgamiento de las cesiones de derechos hereditarios relacionadas por entender que ninguno de los artículos —35 y 70— de la ley 11.029 hacen referencia a las cesiones de derechos hereditarios, pues estas tienen por objeto no un predio concreto, sino un patrimonio, una universalidad; incluso en una futura partición de bienes resultantes de estas sucesiones podría suceder que a un copartiente se le adjudique una fracción de campo, y a otro, una soulte total (Saavedra, 2011; Tartaglia y Saavedra, 2010).

Recién para el caso de una partición o cesación de condominio de un campo de una superficie igual o superior a 500 hectáreas índice CONEAT 100 habido por modo sucesión y posteriormente fraccionado en varias parcelas adjudicadas individualmente a los herederos corresponderá efectuar los respectivos ofrecimientos al INC, cuando cada uno de los herederos proyecten enajenar sus parcelas con independencia de los demás. Al momento de procederse a la partición no corresponderá el ofrecimiento al INC por cuanto aquel negocio no constituye enajenación; recién será necesario cumplir con el artículo 35 cuando cada heredero —ahora único propietario de la parcela que le ha sido adjudicada— pretenda enajenarla (Tartaglia y Saavedra, 2010).

Ahora, la afectación del artículo 70 sí comprende la división del predio. Saavedra (2011) sostiene que esta división no afecta lo relacionado a operaciones de agrimensura de fraccionamiento de un predio en distintos padrones, sino que la interdicción alcanza a los negocios jurídicos que suponen una división, esto es, la atribución dominial a diversos sujetos por la cual se pone fin a una previa situación de indivisión, como se da en la división de condominio o en la partición en la que se atribuyen a distintos condóminos de un mismo bien distintas partes de una misma parcela previamente fraccionada.

### Informe de la Comisión de Derecho Agrario

En principio, corresponde indicar las diferencias existentes entre uno de los mecanismos que tiene el INC para adquirir tierras, como es el denominado «derecho de preferencia» o «de tanteo», establecido en el artículo 35 de la

ley 11.029, con la redacción dada por la ley 19.577, de 9 de enero de 2018, y lo establecido en el artículo 70 de la ley 11.029, con la redacción dada por las leyes 18.187, de 2 de noviembre de 2007; 18.756, de 26 de mayo de 2011, y 19.889, de 9 de julio de 2020, que refiere a la «afectación al interés colectivo» de las parcelas pertenecientes al INC.

El primero es un derecho de adquisición preferente o de preferencia respecto de las enajenaciones de inmuebles rurales y que, junto con otros mecanismos —por ejemplo, la expropiación o la compra directa—, permiten que el INC adquiera tierras para poder volcarlas a la tarea colonizadora; este derecho solo se explica por la consagración de la función social del derecho de propiedad —y, más específicamente, de la tierra— (SAAVEDRA, 2012: 24), limitando el goce del derecho de propiedad consagrado en el artículo 7.º de la Constitución de la República para lograr los fines previstos en el artículo 1.º de la ley 11.029.[4] El segundo refiere al alcance que tiene el interés colectivo que afecta las parcelas pertenecientes al INC, según los fines de la ley y los deberes que esta impone, en cuanto a la imposibilidad de alterarlos ni afectarlos a otras actividades distintas (al menos, sin el control y la autorización del INC).[5] En ambos casos, el incumplimiento implica la nulidad absoluta del negocio, además de otras sanciones establecidas por responsabilidades de los sujetos intervinientes.

La *cesión de derechos hereditarios* es un contrato regulado por los artículos 1767 y 1768 del Código Civil; opera respecto del conjunto de derechos reales y personales que se transmitieron al heredero enajenante por sucesión a título universal por causa de muerte (la *herencia* es el conjunto de derechos y obligaciones del causante que no se extinguen por la muerte).

Debemos entender que las características particulares del negocio están dadas porque su objeto es una universalidad (los bienes que la integran no están individualizados). El heredero recibe toda la situación jurídica del causante: los derechos —incluso los potestativos y los litigiosos— y las obligaciones o *cargas* (C. Civil, art. 1093).

La doctrina, en general, entiende que el objeto de la cesión de derechos hereditarios lo constituye el contenido patrimonial de la calidad de heredero, una universalidad (MEDERO PINTO, 2009: 306); por tanto, no existe la posibilidad de determinar bienes, por más genérica que esta sea. Sin embargo, la exclusión de determinados bienes en la cesión es una posición admitida tanto a nivel doctrinal como registral.[6]

4 Ley 11.029, artículo 1.º: «A los efectos de esta ley, por *colonización* se entiende el conjunto de medidas a adoptarse de acuerdo con ella para promover una racional subdivisión de la tierra y su adecuada explotación, procurando el aumento y mejora de la producción agropecuaria y la radicación y bienestar del trabajador rural».

5 Vé.: GUERRA DANERI (2013: 336 y ss.).

6 Vé.: resolución de la Dirección General de Registros 155/2019, de 26 de diciembre de 2019.

Como afirma Arezo Píriz, la cesión de derechos hereditarios es un negocio traslativo que, tradición mediante, permite que el cesionario adquiera la cuota parte o alícuota que era del cedente.

En cuanto a la naturaleza de los negocios, el régimen actual, establecido por la ley 18.187 y confirmado por sus posteriores modificaciones —leyes 18.756 y 19.577—, rige para los casos de *enajenación*; el régimen anterior quedaba solo acotado a las *ventas* (Camaño Iriondo, 1990: 40).

Sin entrar en el análisis específico del vocablo *enajenación*, a propósito de su alcance en esta ley, la doctrina, en general, entiende que el concepto coincide con las categorías de contratos que son títulos hábiles para producir un efecto real; el elemento definidor de la categoría es la aptitud para producir el referido efecto (Gamarra, 1976: 60).

Compartimos lo señalado por Saavedra, citado por el consultante, en el sentido de que quedan excluidos de la previsión legal los negocios jurídicos que recaen sobre derechos, sin efecto real, como la cesión de derechos hereditarios, las cesiones de derechos de promitentes compradores o de derechos posesorios, y en los que pueden encontrarse uno o más predios rurales (con las características establecidas en la Ley de Colonización).

En lo que respecta a la afectación al interés general establecido en el artículo 70 de la ley 11.029, concordantes y modificativas, y en cuanto al otorgamiento de un contrato de cesión de derechos hereditarios, debemos considerar qué ocurre con dicho negocio cuando incluye un inmueble rural afectado al interés colectivo o general, es decir, si queda incluido o no dentro del ámbito de aplicación de dicha norma. Parte de la doctrina agrarista utiliza similares argumentos a los establecidos en el mecanismo de adquisición preferente (art. 35) para afirmar que la cesión de derechos hereditarios no quedaría comprendida en la disposición, ya que tiene por objeto no un predio rural, sino un patrimonio, una universalidad (Saavedra, 2012: 68).

El artículo 70 establece:

> La propiedad, uso o goce de las parcelas que formen las colonias estarán afectados a los fines de interés colectivo que por esta ley se promueven.
>
> Toda enajenación, gravamen o subdivisión, o la cesión en cualquier forma de disfrute, debe hacerse con la autorización previa del Instituto Nacional de Colonización (INC), aun en el caso en que el colono haya satisfecho íntegramente sus obligaciones.

El artículo 70 de la ley 11.029, modificativas y concordantes establece un régimen especialísimo de la propiedad agraria (López Rocca, 1985: 100). Es una restricción propia de leyes estatutarias que impiden la libre disposición de las parcelas mientras se encuentran sometidas al régimen estatutario, con el propósito de evitar que se desvirtúen los fines sociales que persiguen las citas leyes (Guerra Daneri, 2013: 416). Esto supone una restricción muy importante a lo conferido por el Código Civil en los

derechos de disposición de las cosas.[7] Además, la relación con Colonización es una relación *intuitu personae* que modifica la atribución de los bienes afectados al interés general; exige que sean necesariamente adjudicados a una determinada persona, que reúna las características para ser colono (ley 11.029, arts. 103 y 104).

Se busca que la división hereditaria no destruya la unidad de la explotación colonizada. La sucesión *mortis causa* es un factor importante que puede actuar como agente de fraccionamiento de las parcelas y, por lo tanto, distorsionar los fines colonizadores (Guerra Daneri, 2013: 430). Pero entender que otorgar una cesión de derechos hereditarios que incluya un inmueble rural afectado al interés general del artículo 70 de la ley 11.029 a un tercero que no reúna la calidad de colono es escapar a la limitación impuesta por la citada norma sería no entender la naturaleza del negocio *cesión de derechos hereditarios*.

Los documentos presentados por el propio consultante en cuanto al antecedente dominial del inmueble rural en cuestión objeto de la consulta arrojan que este fue enajenado por el INC a ADV en noviembre de 1977 bajo las disposiciones de la ley 11.029.

De cualquier manera, sostenemos que el contrato de cesión de derechos hereditarios queda excluido del ámbito de aplicación de lo dispuesto por el artículo 70 de la ley 11.029, porque no tiene por objeto un predio rural específico, sino que integra una universalidad; no existe, por tanto, la posibilidad de determinar bienes en concreto, sin perjuicio de que dicha autorización sea requerida en próximas traslaciones del dominio de un bien específico afectado a la tarea colonizadora o en una posible cesación de condominio o partición.

En lo que respecta a la *partición*, es un negocio jurídico pluri o multilateral que busca sustituir un estado de comunión —y su consiguiente extinción— por un derecho exclusivo sobre un lote; tiene por objeto poner fin a un estado de comunión o impedir que este tenga lugar, y tiene efecto declarativo (C. Civil, art. 1151).

La partición no es más que una operación de distribución, a cada interesado, con relación al difunto y con el carácter de causahabiente único, de los bienes que se le atribuyen personalmente (Arezo Píriz, 2010). La partición nada trasmite: cada heredero recibe lo que ya le pertenecía.

La división en partes de la cosa común es, en síntesis, el contenido del negocio jurídico partición. Por lo tanto, aunque en una partición se incluya un inmueble rural que cumpla con las características exigidas por la norma para su ofrecimiento al INC —artículo 35 de la ley 11.029, en la redacción dada por la ley 19.577—, esta no tiene efecto traslativo, por lo que no puede considerarse una enajenación. Así también lo entiende la mayoría de la

7 Código Civil, artículo 487: «El derecho de gozar y disponer de una cosa comprende: […] 6.º El de enajenar en todo o en parte, concediendo a otros los derechos que buenamente quiera».

doctrina agrarista: aunque en la partición se incluya un inmueble rural con la extensión de superficie requerida por la ley, esta no tiene efecto traslativo de derechos, sino declarativos, por lo que no corresponde realizar el ofrecimiento al INC (SAAVEDRA, 2012: 38). Pero cuando nos referimos a la afectación prevista en el artículo 70, en el negocio jurídico partición que involucre inmuebles rurales afectados a los intereses de Colonización, la interdicción los alcanza, pues suponen una división, esto es, la atribución de dominio a distintos sujetos que ponen fin a una indivisión.

Sin embargo, en la resolución registral 193/2009, de 17 de agosto de 2009, se estableció como criterio de calificación vinculante para los registradores que en caso de existir una partición que involucre un inmueble rural afectado a los interés de colonizadores, no corresponderá el control registral de la autorización requerida por el artículo 70 de la ley 11.029, concordantes y modificativas. Mismo criterio establece la resolución del INC 5.469, de 28 de agosto de 2019, que establece que la partición no puede implicar modificación de la superficie afectada (subdivisión) ni cambio de titularidad; es decir, debe quedar como titular uno de los condóminos que ya reunían los requisitos para ser colonos.

## Conclusiones

De lo precedentemente expuesto podemos concluir que:

1. Quedan excluidos de la previsión legal del artículo 35 de la ley 11.029, en la redacción dada por la ley 19.577, los negocios jurídicos que recaen sobre derechos sin efecto real como, por ejemplo, la cesión de derechos hereditarios en la que puede encontrarse uno o más predios rurales con las características establecidas en la citada ley. El contrato de cesión de derechos hereditarios queda excluido del ámbito de aplicación de lo dispuesto por el artículo 70 de la ley 11.029 porque no tiene por objeto un predio rural específico, sino que integra una universalidad; por tanto, no existe la posibilidad de determinar bienes en concreto.
2. En el caso del negocio partición, por su naturaleza declarativa, no correspondería realizar el ofrecimiento establecido en el artículo 35 de la ley 11.029, en la redacción dada por la ley 19.577.
3. Cuando se quiera celebrar una partición sobre inmuebles rurales afectados al interés general de Colonización, se deberá pedir la autorización prevista en el artículo 70, salvo que esta no implique modificación de la superficie afectada —subdivisión— ni cambio de titularidad con respecto a los condóminos que reunían los requisitos para ser colonos.

Esc. Pablo Adrián López Ferreira
Informante

## Bibliografía referida


Arezo Píriz, Enrique (2010). *Tratado de las particiones*, tomo II, 3.ª ed. Montevideo: Asociación de Escribanos del Uruguay.

Camaño Iriondo, Mario (1990). «El derecho preferencial del artículo 35, ley 11.029». En *Revista de Derecho Agrario*, n.º 4, pp. 34-41.

Gamarra, Jorge (1976). *Tratado de derecho civil uruguayo*, tomo VIII, 3.ª ed. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.

Guerra Daneri, Enrique (2013). *El establecimiento rural*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.

López Rocca, Elbio (1985). «El artículo 70 de la ley 11.029». En *Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político*, n.º 8 (ago.-set.), pp. 99-105.

Medero Pinto, Héctor (2009). *Técnica Notarial IV: contratos civiles*, 6.ª ed. Montevideo: Asociación de Escribanos del Uruguay.

Saavedra, Juan Pablo (2011). «La afectación de las parcelas bajo el régimen de colonización (artículo 70 de la ley 11.029)». En *Revista de Derecho Agrario*, n.º 11-12 (ago.), pp. 101-116.

Saavedra, Juan Pablo (2012). *Colonización y derecho agrario*, 1.ª ed. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.

Tartaglia, Domenica, y Saavedra, Juan Pablo (2010). *El derecho de compra preferente del Instituto Nacional de Colonización (artículo 35 de la ley 11.029)*, 3.ª ed. Montevideo: Asociación de Escribanos del Uruguay.


El precedente informe ha sido aprobado por unanimidad en el día de hoy por la Comisión de Derecho Agrario, integrada por los Escs. José Carlos Pérez Ferrari, Fernando Camadini López, Fernando Núñez, Marcelo Pérez Pastorini, Laura Nikitczuk, Pablo López Ferreira, Graciano Reyes, M.ª del Huerto Aunchayna, Carmelo Curbelo Soria y Tabaré Rodríguez de Almeida.

Esc. Carmelo Curbelo Soria
Coordinador

Informe de la Comisión de Derecho Civil

La Comisión de Derecho Civil, integrada por los Escs. Adriana Silva, Ana Realini, Carlos Groisman, Daniella Cianciarulo, Francisco Mastropierro, Gustavo Echavarría, Heber Panunzio, Javier Carneiro, Juan Pablo Alonso, Juan Pablo Villar, Margarita Puertollano, M.ª Inés Casatroja, M.ª del Carmen Cabrera, M.ª del Rosario Marchese, Nicolás García Rodríguez, Patricia Rivas, Pilar Ramírez, Roque Molla, Valentina Martínez Jaime y Verónica Ubillos, comparte el informe elaborado por la Comisión de Derecho Agrario.

Escs. Roque Molla y Juan Pablo Villar
Coordinadores

*Informes aprobados por la Comisión Directiva Nacional de la AEU el 27.3.2023, expediente 2543/2021.*

# DERECHO DE USO Y GOCE. ERROR. SUBSANACIÓN DE ESCRITURA PÚBLICA

Resumen

*Se padeció error en la identificación del objeto en el contrato de adjudicación de uso y goce de una vivienda. Ante el fallecimiento del adjudicatario, se consulta cuál es el procedimiento para subsanar dicho error.*

Informe: Civil

Consulta

## I. Hechos

**1997.** *Contrato de uso y goce.* Por contrato de uso y goce suscrito en Montevideo el 12.6.1997 cuyas firmas certificó la Esc. XX en igual fecha y lugar, inscripto en el Registro de la Propiedad Inmueble de Montevideo el 5.11.1997, WC y CA, en calidad de presidente y secretario, respectivamente, y en nombre y representación del «Fondo Social de Vivienda BB» (en adelante, solo «BB»), adjudicaron a MG, casado con MP, quien aceptó,

«el uso y goce del apartamento señalado con el número **303** sito en calle … número 3767» de la ciudad de Montevideo, padrón matriz n.º … Según plano de señalamiento del Agrim. YY, dicha unidad se ubica en el tercer piso, tiene una superficie de 60,96 metros y le corresponde el uso exclusivo del balcón X1 y de la terraza W3. De la comparecencia surge como domicilio de MG la unidad 303, objeto de dicho contrato.

**2006.** *Convenio extraordinario de pago*. Según documento privado de convenio de pago de fecha 19.5.2006 entre BB y MG, MG reconoce adeudar a BB un total de 1.472,12 UR. De dicho documento surge que el señor MG se domiciliaba en «calle … número 3767, apartamento **301**».

**2011.** *Convenio*. *Reconocimiento de deuda*. Por documento privado suscrito entre BB y MG el 20.5.2011, MG reconoce adeudar BB un total de 1.955,85 UR. De dicho documento surge que el señor MG se domiciliaba en «calle … número 3767, apartamento **301** según UTE (**303** según plano)».

**2021.** Con fecha 14.6.2021, BB promueve, ante el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil de … Turno, demanda de rescisión de contrato de uso y goce por incumplimiento y cobro de pesos contra MG.

MG fallece el 23.6.2021, según surge de partida de defunción de fecha 6.7.2021.

La actora solicita el emplazamiento por edictos de los sucesores del señor MG —MAG, SMG y JEG—, ya que ninguno de ellos ocupaba el inmueble; sí lo hacen dos nietos del demandado: JG y FG.

Por oficio número … del 10.8.2021, el señor juez letrado de Primera Instancia en lo Civil de … Turno decretó el emplazamiento mediante edictos de los sucesores del Sr. MG —MAG, SMG y JEG— a efectos de que comparezcan a estar a derecho en autos, con plazo de noventa días, bajo apercibimiento de designarse defensor de oficio, con quien se seguirán los procedimientos en caso de incomparecencia.

**2022.** Por decreto … de 4.4.2022, el señor juez letrado de Primera Instancia en lo Civil de … Turno decretó: «Vencido el plazo del emplazamiento por edictos, desígnase defensora de oficio a la Dra. CR», quien aceptó el cargo.

Con fecha 18.5.2022, comparece en el expediente la defensora de oficio y solicita: 1) se impetre demanda también contra la cónyuge del señor MG, la señora MP; 2) se aclare la diferencia entre la unidad que surge en el contrato de uso y goce, y la que es objeto de la demanda.

A los efectos de evacuar lo solicitado por la abogada de oficio, la actora expresa, con respecto al punto 1, que MP, cónyuge de MG, nunca ocupó la vivienda. MG y MP se encuentran divorciados desde el 1.10.1997, y en virtud del artículo 31 del decreto 68/971:

> En caso de fallecimiento del adjudicatario, los herederos que sean ascendientes o descendientes, o colaterales por consanguinidad, hasta el tercer grado (siempre que en este caso sean menores de edad, carentes de recursos propios), y el cónyuge del trabajador, si a la fecha del fallecimiento habitaban la vivienda y lo habían hecho desde un año antes o desde la fecha de su construcción o adquisición, continuarán usufructuando el beneficio,

siempre que se destine el bien a su vivienda propia permanente y cumplan las disposiciones del presente decreto.

Con respecto al punto 2, se presenta acta de constatación mediante la cual, a solicitud de BB, la Esc. ZZ se constituye en el edificio sito en calle … número 3767 de la ciudad de Montevideo y constata que: *a*) en la nomenclatura de las unidades que luce en el portero eléctrico, al apartamento 301 le corresponde el nombre «GR»; *b*) asciende al tercer piso por el ascensor, llega al piso marcado, se dirige hacia la derecha y, al final del pasillo, encuentra la unidad identificada en la puerta con el número 303 —para UTE, una placa con el número 303— y compara la ubicación física del apartamento identificado con el número 303 con la ubicación del apartamento señalado con el número 301 en el mencionado plano del Agrim. YY, y determina que el apartamento identificado con la placa número 303 corresponde al apartamento identificado en el referido plano con el número 301.

Con respecto a lo adjuntado en autos por la actora, con el fin de aclarar las situaciones mencionadas, se pronunció la defensora de oficio y expresó que: 1) no tiene observaciones concernientes a lo relacionado con la excónyuge del demandado, señora MP; 2) respecto a la diferencia en el número de unidad, no considera que el acta de constatación que se adjunta sea suficiente para subsanar el error padecido por las partes al describir la unidad objeto del contrato de uso y goce, y solicita que se consulte a la Asociación de Escribanos del Uruguay.

## II. Consulta

El Juzgado de Primera Instancia en lo Civil de … Turno, por autos caratulados «Fondo Social de Vivienda BB c/GM. Cobro de pesos, rescisión de contrato», se dirige a la Asociación de Escribanos del Uruguay a fin de que se sirva contestar la siguiente consulta:

*Antecedentes.* Se tramita juicio por cobro de pesos y rescisión de contrato en que se adjudicó el uso y goce de una unidad por contrato de uso y goce otorgado el 12 de junio de 1997, celebrado entre el Fondo Social de Vivienda BB y una persona que a la fecha se encuentra fallecida; no se conoce quiénes son todos sus herederos ni sus domicilios, por lo que fueron emplazados sus sucesores, herederos y demás personas interesadas del causante por edictos y se les nombró defensor de oficio, que actúa por ellos en el expediente.

En dicho contrato se padeció error al describir la unidad: se menciona la unidad 303, pero en realidad, la unidad que fue adjudicada es la 301, y es por la que se inicia el juicio de rescisión.

La descripción de la unidad en el contrato de uso y goce se realiza por un plano de señalamiento. La unidad del contrato tiene la superficie y el uso exclusivo de los bienes comunes que dicho plano atribuye a la unidad 303, pero en el juicio se solicita la rescisión de la unidad 301.

¿Cómo se subsana el error en un contrato de adjudicación de uso y goce al describir y poner el número de una unidad (303) cuando era la unidad 301 la adjudicada en uso y goce; hoy, una de las partes falleció, y se desconocen todos los herederos del causante?

## Informe de la Comisión de Derecho Civil

De la documentación aportada podemos inferir la incongruencia que alega la actora entre la unidad verdaderamente adjudicada en los hechos —uso y goce sobre la unidad 301— y la descripta por ambas partes —unidad 303— que surge del contrato de adjudicación de uso y goce celebrado el 12.6.1997 entre BB y MG. Del mencionado contrato de adjudicación surge como domicilio del adjudicatario la unidad consignada como objeto en él, y en posteriores documentos suscritos por MG se consigna su domicilio en la unidad 301, extremo que es acreditado también mediante el acta de constatación mencionada.

Ante dicha divergencia, es labor del intérprete desentrañar la voluntad real, la querida por las partes en dicho contrato de adjudicación, y constatar que la voluntad real de ambos contratantes, más allá del error padecido en el documento, era coincidente en la unidad que efectivamente fue adjudicada y la que, según resultó probado en autos, era su domicilio real. Según lo afirmado por la actora, el Sr. MG ocupó la unidad 301 de conformidad desde el 12.6.1997, momento en que le fue adjudicada; por tal motivo, de ser así, no existió error que obste la formación del contrato, ya que ambas partes estaban de acuerdo sobre la identidad en el objeto del precitado negocio jurídico de adjudicación.

Del estudio de la prueba documental aportada puede razonablemente interpretarse que dicho objeto, la «unidad habitacional 301», fue el querido por las partes, puesto que en posteriores declaraciones y acuerdos de financiación de deuda realizados por las mismas partes contratantes —el «convenio extraordinario de pago» de mayo de 2006 y otro de igual carácter de 2011, así como el «censo» ante asistente social—, las partes declaran y convienen sobre la deuda existente respecto a la unidad en la que el Sr. MG se domicilia, que es la unidad habitacional 301, objeto de la demanda.

Nuestro Código Civil, en su artículo 1271, establece: «El error de hecho es causa de nulidad del contrato: […] 2) Cuando recae sobre la identidad de la cosa específica de que se trata, como si en la venta el vendedor entiende vender cierta cosa determinada y el comprador entendiera que compra otra». A este respecto señala Gamarra (1979: 34), sin ser opinión unánimemente aceptada en doctrina:

> El error obstativo, entendido como error en la declaración o en la transmisión de esta, es irrelevante cuando pueda rectificarse en base a elementos de interpretación del contrato.

> Esto es posible solo dentro de determinados límites […]. En los negocios bilaterales, como el contrato, no basta con que la verdadera voluntad del declarante pueda reconstruirse: se requiere que tal voluntad inexpresada sea entendida y aceptada por la contraparte.

Para esta comisión, para todos los casos del artículo 1271 del Código Civil, la consecuencia es la nulidad relativa del acto, en aplicación del artículo 1578 del mismo código, que no distingue con respecto al vicio del consentimiento por error entre *error obstativo* y *error vicio*. Esto nos lleva a determinar que el error padecido en la descripción del objeto en el contrato de adjudicación puede subsanarse a través del otorgamiento de una escritura de declaratoria entre las partes contratantes que rectifique el error padecido en la cláusula de objeto de la referida escritura y declare la correcta designación de la unidad efectivamente adjudicada y su correspondiente descripción. Entendemos que no hubo error en el consentimiento en virtud de que ambas partes, como consecuencia del cúmulo de pruebas agregadas, entendieron ceder y adquirir derechos sobre la unidad 301.

En el escenario planteado puede decirse que habiendo otorgado ambas partes dos documentos en los que consta la refinanciación de la deuda existente por la unidad 301, y habiendo declarado el deudor —Sr. MG— en varios documentos domiciliarse en la unidad 301, a lo que se agrega que fue constatado dicho domicilio por acta notarial, esa declaración de voluntad posterior al contrato de adjudicación viene a documentar la voluntad real o querida por las partes; podría interpretarse que se ha subsanado así el error padecido en la identificación de la unidad en el contrato de adjudicación del uso y goce.

Reza el artículo 1301 del Código Civil: «Los hechos de los contrayentes, posteriores al contrato, que tengan relación con lo que se discute servirán para explicar la intención de las partes al tiempo de celebrar el contrato». Por tener la expresión de esas voluntades carácter declarativo, su eficacia entre las partes es *ex nunc*, es decir, sus efectos se retrotraen al momento del negocio de adjudicación originario.

A juicio de esta comisión, los elementos de prueba documental remitidos para la elaboración de este informe representan prueba suficiente de la verdadera expresión volitiva y operan como negocio de fijación de la auténtica voluntad querida por las partes; esto es, lo convenido en forma posterior a la celebración del contrato original sobre la deuda correspondiente a la unidad 301 en la que el deudor MG se domiciliaba vino a fijar la voluntad real expresada por los contratantes.

Para concluir, es importante destacar que correspondería tener presente el proceso de titularidad de los derechos de la otra unidad en cuestión, la 303, así como el testimonio de su adjudicatario o sus moradores, lo que puede traer más luz a la situación de hecho planteada.

## Conclusiones

Es opinión de esta comisión que los hechos posteriores en los que participaron las partes contratantes operan como negocio de fijación de la verdadera voluntad querida por ellas, subsanando así el error en la declaración del objeto en el contrato de uso y goce originario (C. Civil, art. 1301).

Escs. M.ª Valentina Martínez
y Patricia Rivas
Informantes

## Bibliografía referida

Gamarra, Jorge (1979). *Tratado de derecho civil uruguayo*, tomo xii, 3.ª ed. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.

La Comisión de Derecho Civil, integrada por los Escs. Juan Pablo Alonso, Adriana Amado, Karen Bonner, Miguel Burdín, Analía Cánepa, Mariana Capel, Javier Carneiro, M.ª Inés Casatroja, Daniella Cianciarulo, Priscila Ferreira, Agustina Ferreira, Nicolás García Rodríguez, Carlos Groisman, José Illia, Ana Irabedra, M.ª del Rosario Marchese, M.ª Valentina Martínez, Francisco Mastropierro, Roque Molla, Laura Parnás, Margarita Puertollano, M.ª del Pilar Ramírez, Ana Realini, Patricia Rivas, Diego Séré, M.ª Beatriz Vázquez y Juan Pablo Villar, aprueba el informe que antecede.

Escs. Roque Molla y Juan Pablo Villar
Coordinadores

*Informe aprobado por la Comisión Directiva Nacional de la AEU el 19.4.2023, expediente 2721/2022.*

# PODER OTORGADO EN EL EXTRANJERO. PROTOCOLIZACIÓN. CONTRATO CONSIGO MISMO

Resumen

*Sobre el autonegocio partición con adjudicación de hijuelas distintas para poderdante y apoderado. Si se actúa con poder proveniente del extranjero, este debe ser legalizado o apostillado, traducido y protocolizado; ante la omisión de alguna de estas exigencias —como ser la protocolización—, cumplidas estas formalidades, el negocio obtendrá la eficacia faltante.*

Informes: Notarial y Civil

## Consulta

### I. Hechos

**1.** LMaPG confirió a LPG poder general y absoluto de administración, disposición y afectación sin limitación alguna de todos sus bienes y derechos, y poder general para pleitos para que procediera a firmar partición, rescisión de acción por lesión y reglamento de copropiedad, según escritura autorizada el 14.4.2016 en la ciudad de Lanús, Argentina, legalizada y apostillada el 15.4.2016. Este poder *no se encuentra protocolizado* en Uruguay.

**2.** DPG, EPG, LPG, VPG, MaIPG, JPG y LMaPG otorgaron partición según escritura autorizada el 11.11.2019 en la ciudad de Melo, Uruguay. LPG compareció por sí y como apoderada de LMaPG.

**3.** Se proyecta enajenar un bien adjudicado a otro copartiente en la partición indicada. El escribano designado para intervenir en tal negocio observa que el poder mencionado no está protocolizado, además de no contener las facultades expresas del artículo 2070 del Código Civil.

### II. Opinión del consultante

1. El poder debe ser protocolizado.
2. Por otro lado, de acuerdo con las consideraciones explicitadas en la consulta, el poder contiene facultades para los actos otorgados.[8]

8 *Nota del editor*. Por más detalles sobre la relación de hechos y la opinión del consultante, véase el expediente físico en Biblioteca.

## Informe de la Comisión de Derecho Notarial y Técnicas Notariales

El presente informe se referirá al primer punto; la otra cuestión será competencia de la Comisión de Derecho Civil.

Sobre la protocolización, en el estudio de antecedentes dominiales en los que intervinieron mandatarios es necesario recordar la evolución normativa en materia de poderes provenientes del extranjero, detallada en informe de esta comisión redactado por la Esc. Gabriela Bouvier, el que seguiremos (Asociación de Escribanos del Uruguay, 2011). El objetivo de estas normas siempre fue crear una matriz de tales documentos en nuestro país.

Encontramos los siguientes períodos:

***a.*** Antes del 9 de febrero de 1968. Los mandatos otorgados en el extranjero, generales o especiales, legalizados y, en su caso, traducidos debían ser transcriptos —para generar matriz local— en el Registro General de Poderes. Si el poder era especialísimo a utilizar en un solo acto, el escribano interviniente, además, debía incorporarlos a su registro de protocolizaciones.

***b.*** Desde el 22 de febrero de 1968 (de acuerdo con el decreto 155/968) y hasta el 30 de abril de 1998. En los actos otorgados en ese período debía controlarse el testimonio de protocolización —hecho por un escribano del país. en forma preceptiva— de la primera copia traducida y legalizada de poder autorizado en el extranjero —la registración fue eliminada por la ley 13.640, de 26 de diciembre de 1967— y el certificado registral acreditante de la vigencia. El decreto reglamentario de la ley 13.640 y el artículo 90 del reglamento notarial vigente —acordada 4.716— se consideraban de aplicación para los poderes generales, mientras que la protocolización devino preceptiva para los poderes procesales (C. General del Proceso, art. 39.2).

***c.*** Desde el 1.º de mayo de 1998 y hasta el 31 de diciembre de 2004. El artículo 42 de la ley 16.871 (Ley de Registros Públicos) no incluyó la exigencia de la protocolización de poderes provenientes del extranjero, lo que dio lugar a criterios de interpretación dispares. Por esta razón, hasta el 1.º de enero de 2005 podemos encontrar situaciones en las que se actuó con el documento extranjero (en su caso, traducido y siempre legalizado) o con un testimonio de protocolización, hecho por un escribano uruguayo, del documento autorizado en el exterior (también traducido, en su caso, y legalizado). Aun cuando la ley no lo exigiera —y, por tanto, no pudiera considerarse preceptivo—, en general, la doctrina notarial aconsejaba crear matriz en nuestro país del mandato otorgado en el extranjero, mediante su protocolización a solicitud del apoderado.

La posición mayoritaria de esta comisión fue siempre la de no admitir la derogación tácita de la obligación de protocolizar los poderes provenientes del extranjero, interpretación a la que podría dar sustento la redacción ambigua del referido artículo 42. Pero aun quienes han sostenido la dero-

gación tácita de la preceptividad de la protocolización han entendido aconsejable y conveniente —siguiendo los principios de matricidad, seguridad y conservación— la protocolización de tales documentos o un testimonio de ellos si el original estuviera destinado a circular por otras jurisdicciones (a solicitud de parte interesada).

***d.*** Desde el 1.º de enero de 2005. El reglamento notarial vigente (acordada 7.533), en su artículo 86, estableció la preceptividad de la protocolización de los poderes provenientes del extranjero:

> Deben protocolizarse por mandato de la ley, decreto o reglamento los siguientes documentos y actas: […] J) los poderes otorgados en el extranjero, previa o simultáneamente a su utilización en el país (art. 39.2 del CGP y decreto 175/992, de 5 de mayo de 1992).

***e.*** A partir del 1.º de enero de 2009. La ley 18.362, de 6 de octubre de 2008, en su artículo 291, introdujo modificaciones al régimen de los poderes provenientes del extranjero:

> […] Para los poderes provenientes del extranjero, de tratarse de documento privado, se exigirá la doble formalidad de certificación notarial de firmas en origen y posterior protocolización en nuestro país, y de tratarse de documento público, se exigirá esta última, sin perjuicio, en ambos casos, de su previa legalización y traducción en legal forma, de corresponder.
>
> Los actos celebrados con anterioridad a la entrada en vigencia de este artículo son eficaces aunque el poder utilizado, incluyendo los verbales, no se hubiere otorgado con la solemnidad requerida. Se exceptúan aquellos casos en los cuales haya recaído sentencia firme.

En esta evolución de disposiciones legales se produjeron aparentes contradicciones que dieron lugar a diferentes interpretaciones en cuanto a los efectos de la omisión de las formalidades que se enfocaron en la validez o invalidez de los actos realizados en tales condiciones. En definitiva, la última de las normas citadas vino a solucionar los problemas creados por la existencia de diferentes criterios.

En cuanto al caso concreto a estudio, estamos en ausencia de la protocolización del poder. Debemos ver los efectos y la posible forma de su subsanación.

De acuerdo con el informe de la Comisión de Derecho Civil redactado por el Esc. Gustavo Echavarría (Asociación de Escribanos del Uruguay, 2020), cuando nos encontramos ante cualquier negocio jurídico, en primera instancia, analizamos los requisitos de existencia: capacidad jurídica y poder normativo negocial. Estos son presupuestos del negocio externos a él (fundamentan su razón de ser). Si ambos suceden, el negocio existe jurídicamente; de lo contrario, la declaración de voluntad será jurídicamente irrelevante, y el negocio, inexistente. En segundo lugar, una vez que el negocio existe, deben analizarse los requisitos de validez, elementos estructurales intrínsecos y extrínsecos contenidos en la declaración de

voluntad que integran la trama negocial y son necesarios para que esta sea válida. Y en tercer lugar, los requisitos de eficacia, impuestos por la voluntad de las partes o por la ley. Si concurren todos los presupuestos, el negocio es existente, válido y eficaz.

El informe citado recuerda que a partir de la ley 18.362, ante la ausencia de protocolización de los negocios de apoderamiento en forma previa o simultánea a su utilización en negocios de gestión solemne, la solución legal es que estaremos ante un *negocio de gestión válido pero ineficaz*.

La protocolización del poder debe ser previa o simultánea a su utilización. Existe un íter lógico: documento público o privado con certificación de firmas en el país de origen, legalización o apostilla, traducción —en su caso— y protocolización en Uruguay.

En un trabajo de los escribanos Roque Molla y Federico Albín (2009) citado por el informe antedicho se sostiene que si la protocolización no fuera previa o simultánea, el negocio será irregular hasta que se acredite haberse protocolizado el poder, aun en forma posterior. Este criterio ha sido también recogido en la circular 131/2008 de la Dirección General de Registros.

En el supuesto de actuarse con un poder que omite algún requisito formal, estamos ante un negocio de gestión irregular cuya sanción es que no pueda ser inscripto en forma definitiva en los Registros públicos hasta que se cumplan los requisitos omitidos (de la documentación agregada resulta que, pese a ello, la partición obtuvo la inscripción definitiva).

Por otro lado, corresponde tener en cuenta el artículo 65 del decreto-ley 1.421 (Ley Orgánica Notarial), que dispone:

> Es prohibido a los escribanos: […] 7) Autorizar escrituras en virtud de poder conferido fuera de la República sin que esté debidamente legalizado, traducido en su caso al castellano y repuestos los sellos correspondientes, debiendo agregarlos con la traducción al registro de protocolizaciones.

¿Cuál es el alcance de esta prohibición? ¿Cuál es la sanción para el caso en que se actúe incumpliendo la norma? ¿La nulidad del negocio de gestión? Claramente, la sanción es distinta a la nulidad, ya que la ley 18.362 expresamente determina que dicho negocio es válido pero ineficaz. En esta situación, cumpliendo luego con la protocolización omitida, el negocio obtendrá la eficacia faltante.

## Conclusión

En el supuesto de actuarse en virtud de un poder proveniente del extranjero, este debe ser legalizado o apostillado, traducido —en su caso— y protocolizado. Si se omite algún requisito, estaremos ante un negocio de gestión irregular; su sanción es no poder inscribirlo en forma definitiva en los Registros públicos hasta que se cumplan las formalidades omitidas.

Corresponde, asimismo, una eventual sanción disciplinaria al escribano interviniente, conforme a la Ley Orgánica Notarial.

Escs. Carlos del Campo García
y Susana Chao Peña
Redactores

**Bibliografía referida**

Asociación de Escribanos del Uruguay (2011). «Poder otorgado en el extranjero. Mandato otorgado en el extranjero. Protocolización. Principio de matricidad». Comisión de Derecho Notarial y Técnicas Notariales (informante: Gabriela Bouvier). En *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, tomo 97, n.º 7-12 (jul.-dic.), pp. 575-579.

— (2020). «Poder otorgado en el extranjero. Protocolización. Traducción de documentos. Validez de los contratos. Cesión de derechos hereditarios. Eficacia». Comisión de Derecho Civil (informante: Gustavo Echavarría). En *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, tomo 106, n.º 1-12 (ene.-dic.), pp. 388-397.

Molla, Roque, y Albín, Federico (2009). «Ley 18.362, de rendición de cuentas 2007. Análisis de los artículos 290 y 291». En *La Pluma*, año 12, n.º 31 (may.), pp. 40-43.

Informe aprobado por la Comisión de Derecho Notarial y Técnicas Notariales, con los votos de los Escs. Eliane D'Andrea, Gabriela Di Matteo, Natalia Machín, Valeria Porta, Silvana Rodríguez, Susana Chao Peña y Carlos del Campo.

Escs. Carlos del Campo García
y Susana Chao Peña
Coordinadores

## Informe de la Comisión de Derecho Civil

Se consulta sobre:

1) las consecuencias de que se haya actuado con un poder proveniente del extranjero sin protocolizar y cómo se soluciona;
2) si la partición otorgada, en la que se adjudican hijuelas independientes para poderdante y apoderado, requiere la autorización expresa del poderdante; si esa autorización, en el caso concreto, fue conferida o no, y en caso de que se requiera dicha autorización, cómo puede solucionarse la situación.

## I. Sobre la protocolización del poder proveniente del extranjero con posterioridad a su utilización

El artículo 291, inciso 5.º de la ley 18.362 expresa:

> Para los poderes provenientes del extranjero, de tratarse de documento privado, se exigirá la doble formalidad de certificación notarial de firmas en origen y posterior protocolización en nuestro país, y de tratarse de documento público, se exigirá esta última, sin perjuicio, en ambos casos, de su previa legalización y traducción en legal forma, de corresponder.

En el caso concreto, el poder proveniente de Argentina no estaba protocolizado en Uruguay al momento de celebrarse la partición otorgada en el año 2019. ¿Cuál es la consecuencia de esa falta de protocolización? El negocio de gestión otorgado con la utilización de un poder sin protocolizar ha sido calificado por Molla y Albín (2009) como un negocio irregular que será válido y eficaz, aunque adolece de un defecto de forma para tener plena conformidad con el ordenamiento. Con relación a los negocios irregulares en general, los autores señalan que su consecuencia puede ser diferente según el caso, pero —de nuevo, en general— se sanciona con la imposibilidad de acceder a los Registros públicos u otros ámbitos de la Administración.

La protocolización podrá ser cumplida en forma previa o coetánea; pero si ello no acontece, el negocio final será irregular hasta tanto se acredite su protocolización, aun posterior a él.

Rodríguez Russo realiza un análisis similar: la ausencia de protocolización trae como consecuencia que el Registro no inscribirá el negocio de gestión otorgado hasta tanto ella no se acredite notarialmente (2012: 785). Al igual que los dos autores antes mencionados, Rodríguez Russo sostiene que el negocio ingresa en la categoría de *irregular* porque la discordancia del negocio jurídico de gestión otorgado con el modelo legal atañe a exigencias extrínsecas a sus presupuestos y elementos tipológicos estructurales. La reacción negativa del ordenamiento jurídico consiste en la no inscripción en el Registro y no en la invalidez e ineficacia (2012: 787).

Desde otro punto de vista, Blengio (2010: 841 y 842) sostiene que el tipo *poder eficaz* puede formarse progresivamente, y en caso de que se otorgue un negocio de gestión con un poder que cumpla con el requisito de solemnidad pero no con la protocolización, podrá cumplir con este requisito después, sin que sea necesaria una nueva emisión de voluntad del poderdante. Nada impide, según este autor, que el poder se complete ulteriormente; en ese caso, el negocio de gestión que nació válido deviene eficaz sin ninguna ulterior manifestación de voluntad del poderdante.

En similar sentido que Blengio, Caffera (2018: 385) considera que el requisito de la protocolización no es un requisito de solemnidad, sino un requisito de eficacia del negocio de apoderamiento; y que esto es clave, pues significa que su falta puede subsanarse con posterioridad, sin necesidad de que se tenga que volver a otorgar el negocio de apoderamiento.

El poder será válido si se otorgó en documento público o privado, y los requisitos de eficacia podrán cumplirse en cualquier momento posterior, incluso luego de que se otorgue el negocio de gestión (este último, entre tanto, será válido pero ineficaz).

Al comparar ambas posiciones, se aprecia que difieren. Para Molla y Albín, así como para Rodríguez Russo, la ausencia de protocolización impide la inscripción del negocio de gestión, por ser irregular, pero el apoderamiento y el negocio de gestión serán válidos y eficaces; para Blengio y Caffera, en cambio, el apoderamiento será ineficaz y, como consecuencia, también el negocio de gestión.

A entender de esta Comisión, la primera posición, sustentada por Molla-Albín y Rodríguez Russo, se ajusta mejor a lo dispuesto por el artículo 291 de la ley 18.362 que la segunda. Las razones se encuentran, por una parte, en que el inciso 3.º del artículo 291 dispuso que el negocio de gestión será ineficaz cuando se omitan los requisitos del inciso primero, esto es, la escritura pública o el documento privado con firmas certificadas; no incluyó la protocolización como requisito de eficacia. Por otra parte, el inciso 4.º del mismo artículo establece como sanción por la falta de protocolización la imposibilidad de acceder al sistema registral, no la ineficacia del poder ni del negocio de gestión.[9]

Sin perjuicio de la diferencia mencionada, ambas posiciones coinciden en algo muy importante a los efectos de este caso: la protocolización posterior al negocio de gestión es suficiente para cumplir con los requisitos legales, sin que sea necesaria una nueva manifestación de voluntad. Como consecuencia, cualquiera sea la posición que se siga, una vez protocolizado el apoderamiento, la irregularidad se subsana sin necesidad de ratificar el apoderamiento ni el negocio de gestión.

## II. Sobre la necesidad de la autorización expresa para otorgar un autonegocio partición con hijuelas independientes para poderdante y apoderado

La *autorregulación de intereses* es la situación en la que una persona regula por sí mismo sus propios intereses. La *autorregulación de intereses contrapuestos* es la situación en la que una persona regula por sí mismo intereses que se encuentran en oposición; se efectúa a través de *autonegocios*.

La doctrina suele examinar la autonegociación desde la óptica del autocontrato, pero el fenómeno es más amplio: también puede producirse en negocios jurídicos no contractuales, como la partición.[10]

9 El inciso 4.º del artículo 291 de la ley 18.362 dispone: «El registro no inscribirá negocios jurídicos en los que se haya actuado invocando poderes otorgados por documento privado con firmas certificadas hasta tanto no se acredite notarialmente su protocolización».

10 Sobre el autonegocio partición, vé.: Gnazzo, 1988; Molla, 1989.

El autonegocio es un acto de regulación de intereses contrapuestos efectuado por una sola persona; pretende producir los mismos efectos que el tipo negocial produciría si hubiese sido otorgado por los titulares de esos intereses.

La manifestación de voluntad del otorgante es direccionada hacia dos patrimonios distintos, ya sea porque actúa: *a*) por sí y en representación de la contraparte; *b*) en representación de ambas partes, o *c*) solo por sí, pero respecto a dos patrimonios separados de los que es titular.

En caso de autonegocio, con respecto al negocio partición, la profesora Teresa Gnazzo (1988: 215), por un lado, afirma:

> La partición otorgada en función de la representación invocada, pese a importar la realización de «negocio consigo mismo» y no contener el poder mención de autorización expresa del 2070 del Código Civil, resultó válida por estar munido el apoderado de la autorización suficiente (ilimitada y absoluta) para tal otorgamiento; coadyuvado con esta afirmación, la aplicación de las normas que sobre interpretación del contrato impone el legislador. Es de recomendar la utilización de términos claros y precisos al momento de otorgarse un poder, de forma tal que su interpretación no lleve a dudar de su alcance; pero cuando la realidad nos impone interpretar un poder ya otorgado y analizar situaciones jurídicas que ya están consumadas, debemos aplicar precisamente las reglas que impone el legislador, así como los principios que informan la materia negocial. La conclusión a la que arribamos puede no ser compartida, pero allí aparece el legislador, indicio del camino a seguir, y los principios rectores en materia de interpretación e integración, primando la conservación del contrato y la voluntad real de las partes, aun cuando esta voluntad deba encontrarse más allá de las palabras expresadas.
>
> Además, en el caso de la partición, el representante no está generando una nueva relación patrimonial con el representado, sino que, en razón de un vínculo preexistente, realiza un negocio declarativo que se ubica en el ámbito de los actos de administración. No hay intereses contrapuestos, no hay conflictos, y la distribución de los bienes que realiza el representante, por sí y por su representado, obedece a factores objetivos (esto es: la cuota ava parte abstracta que cada uno, como heredero, tiene en los bienes dejados por el causante) y su cuantificación es también considerada objetivamente por el legislador, hasta tal punto que puede cualquiera de los parientes iniciar la acción de rescisión «por causa de lesión en más de la cuarta parte» (C. Civil, art. 1161).
>
> No hay disposición patrimonial, no se da la oposición de intereses propia de un contrato, no rige el principio del artículo 1250 del Código Civil (criterio subjetivo que en los contratos onerosos impone «mirar» como equivalentes las prestaciones de las partes, impidiendo la lesión como vicio del consentimiento [C. Civil, art. 1277]), no se afecta el principio de libertad contractual, no hay vicio de la causa ni objeto ilícito (estos dos últimos aspectos que subraya Gamarra como determinantes de la nulidad del contrato consigo mismo en *Tratado de derecho civil uruguayo*, tomo xv, p. 194). En consecuencia, la partición otorgada por el representante consigo mismo, en virtud del poder general con las facultades ya referidas, es válida, y el título no merece observación.

En posición contraria a la referida, Molla expresa:

***a.*** Con respecto a la naturaleza jurídica del denominado *contrato consigo mismo* o *autocontrato* (1989: 435):

> Se pueden señalar dos grandes vertientes. La primera maneja la posibilidad de la existencia de este fenómeno conservando la típica definición de *contrato*: convención en la que intervienen dos partes […]. Esta primera posición doctrinaria entiende que es perfectamente posible conciliar la definición que de *contrato* dan el Código francés y el Código alemán, con la existencia de dos partes, y el hecho de que ambas partes estén representadas por una misma persona. La otra posición, no de rigor jurídico, sino de algo que está y lo compartimos —con antelación a toda disquisición jurídica— y es la situación de hecho, establece que es imposible que una persona física pueda, al mismo tiempo, tener dos voluntades que, justamente, se contraponen. Se señala —y ha sido la opinión que a nivel de derecho nacional han vertido los profesores Cafaro y Carnelli— que más allá de toda consideración jurídica, hay un presupuesto que impide la existencia de este fenómeno: hay una razón sicológica y, por ende, una razón lógica por la cual un contrato no puede ser tal cuando hay una sola voluntad.

***b.*** Con relación a la configuración y eventual eficacia del negocio final en la posición que adopta, Molla refiere (1989: 440 y 441):

> Todo contrato, como dice Cafaro, tiene abstractamente —aunque pueda no tenerlo concretamente—, por definición, un conflicto de intereses. De manera que ya el tema está resuelto al inicio. En un contrato hay conflicto de intereses. Cuando actúa representante y representado pretendiendo con una sola voluntad formar el contrato, el avance es muy corto, porque ya el conflicto le impide la actuación.
>
> En cuanto a la eficacia, creo que interesa resaltar cuál es el punto de vista de la teoría negativista, porque la teoría positivista se va a manejar, evidentemente, con los principios generales. Pero ¿qué hace la teoría negativa? Porque se encuentra, según hemos dicho, con la ausencia de contrato y dice que hay un negocio jurídico unilateral. Pero sucede que si vamos a las causas eficientes de las obligaciones, si vamos a las fuentes de las obligaciones, nos encontramos, en la definición, en principio, con la ausencia de la posibilidad de un negocio jurídico unilateral como fuente de obligaciones. Pero esto no es así. En primer lugar, porque está esa válvula de escape, que es la ley: la ley es fuente de obligaciones. Acá, lo que está sucediendo es algo que entendemos que es perfectamente armonizable con la inexistencia de contrato, y es que la ley y la voluntad están jugando de forma totalmente coherente y permitiendo que un negocio que no es contrato cumpla la función de tal y provoque consecuencias jurídicas iguales a las de un contrato.
>
> Es decir que en la situación final, comparece una persona, manifiesta su voluntad, invoca la representación de otra y realiza un desplazamiento patrimonial a mérito de su declaración por sí y, además, invocando el poder. Acá es donde está el error en el estudio del fenómeno. En realidad, no estamos ante un caso de representación, sino que estamos fuera de la presentación. Acá está sucediendo que viene una persona, manifiesta su voluntad y el negocio queda absolutamente en ese aspecto. Todavía no ha

habido ningún tipo de desplazamiento patrimonial. Él, lo que ha hecho, técnicamente definido, es una propuesta; lo único que ha jugado en esa actuación fue su voluntad, y como tal, propone. Tiene que esperar otra manifestación de voluntad, pero no es la de él, ni tampoco es la del sujeto del interés representado por él, sino que es la del sujeto del interés manifestado por sí, en forma.

Se dice que *aprobar* es un acto de la voluntad que en el plano de los hechos tiene como antecedente otros hechos: el hecho anterior es la propuesta, y el hecho posterior es la aprobación que, además, reitero, debe ser respetando las formas. Y esta aprobación lo que hace, sin más, es formar el consentimiento: propuesta más aceptación.

Por definición, la *propuesta*, en su estado natural, diríamos, es revocable. La propuesta puede ser irrevocable, pero ese no es su carácter natural. De manera que en la enorme mayoría de los casos que estamos manejando, tenemos situaciones de propuestas simples, o sea, con la posibilidad de su revocación. La aprobación, que llamamos *ratificación*, sobreviene perfectamente en estado de vigencia de la propuesta, pero puede sobrevenir cuando ya la propuesta ha sido reiterada. Y el problema en el orden de la prueba es cómo se sabe que esa propuesta no ha sido reiterada.

Esta es la primera situación, entonces. Reiteramos que no es autocontrato, sino que es una manifestación de voluntad; es propuesta, a la cual sigue una aceptación, y estamos dentro del esquema contractual tradicional clásico, sin ningún tipo de diferencia con lo que es nuestro método de investigación.

Pero ¿qué pasa si en lugar de aprobación hubiere una *autorización*? El Código no lo menciona, pero ahí juegan los principios del derecho privado. Esta sí no está prohibida, y al no estar prohibida la autorización, está permitida. En primer lugar, porque en sede de representación voluntaria están en juego intereses privados. El sujeto, al conferir el poder-negocio jurídico, también unilateral, autoriza a su apoderado a que realice determinados negocios en los cuales el apoderado tenga interés.

Esta figura se distingue netamente de lo que se llama el procurador *in rem suam*. O sea, en el caso de un contrato; con dos sujetos de voluntad actuando cada uno en su esfera de interés, es decir, por sí, sin representación ninguna, pueden perfectamente en ese negocio conferir poderes jurídicos de actuación en beneficio exclusivo del apoderado; concretamente, puede establecerse […] que en virtud de existir determinado embargo, se le confiere poder jurídico al acreedor embargante comprador para que destine parte del precio a satisfacer al acreedor embargante y desinteresado. Esa es una actuación que está realizando el sujeto investido del poder en su beneficio.

De lo que se trata cuando hablamos de autorización es directamente de la posibilidad de que una sola persona, un solo sujeto de la voluntad, despliegue una actividad unilateral por definición, que, sumada aquella autorización, logre los efectos que tiene el contrato. No es tampoco un contrato, pero se consigue, a mérito de la posibilidad que el derecho privado permite, la producción de los efectos jurídicos del contrato. Como decían los romanos, es un equivalente del contrato, pero sigue siendo un negocio jurídico unilateral.

Esta situación, en cambio, a diferencia de la situación anterior que hemos visto, no es una propuesta, y esta es la gran diferencia. Acá sí la autoriza-

> ción no tiene el contenido de una propuesta. El negocio final lo realiza el sujeto de la voluntad, por sí y ante sí, y el conflicto es relevado por la propia voluntad del sujeto del interés al conferir el poder.

***c.*** Con relación a la validez del autocontrato para la posición que lo admite, manifiesta (Molla, 1989: 438):

> Sucede que el negocio, una vez admitido en su esencia, es inmediatamente invalidado en el sentido técnico de la expresión; es considerado absolutamente nulo, porque —se dice— el sujeto de la voluntad que está actuando en representación del sujeto del interés, de la persona que le confirió poder, al utilizar ese poder para realizar el contrato en el cual también está en juego el propio interés, está determinando la aparición de la causa ilícita del negocio.
>
> Esta es la posición que maneja Gamarra. Es decir, no tiene inconveniente en admitir la figura, pero sucede que el conflicto de intereses que se plantea entre el sujeto de la voluntad y el representado provoca la nulidad absoluta del negocio por causa ilícita. Causa ilícita porque, justamente, el sujeto de la voluntad está actuando con un instrumento que es el poder del que está investido para un fin ilícito; ilícito porque no es el fin para el cual le fue conferido el poder.

Concluye el profesor Molla (1989: 442):

> En el caso concreto de la partición, extrajudicial, el negocio jurídico de derecho privado, el apoderado no puede resolver por sí y ante sí el conflicto de intereses[;] necesita de la autorización o aprobación del sujeto del interés. No puede interpretarse como tal el otorgamiento de un poder general amplio y absoluto.

Esta comisión comparte la opinión de Molla con relación a que la partición otorgada por el apoderado por sí y en nombre y representación del poderdante en la cual se establecen hijuelas independientes para poderdante y apoderado requiere la autorización expresa del poderdante, a diferencia de lo que ocurriría si poderdante y apoderado formaran una misma parte.

Admitido ello, en esta comisión se debatió sobre si otorgar un poder de representación sin ningún tipo de restricciones, cuando la indivisión entre poderdante y apoderado ya existía al momento de otorgar el apoderamiento, significaba una autorización expresa para celebrar el autonegocio partición. Para algunos integrantes de esta comisión, el hecho de otorgar dicho poder *sí* significa una autorización expresa para celebrar el autonegocio partición; desde esta visión, la partición fue otorgada de manera correcta, y la aprobación del mandante *no* sería necesaria. Para la mayoría de los integrantes de esta comisión, en cambio, otorgar un poder de representación sin restricciones, cuando, como se dijo, la indivisión entre poderdante y apoderado ya existía al otorgarse el apoderamiento, *no* significa una autorización expresa para celebrar el autonegocio partición, por lo que la partición *sí* requiere de la aprobación del mandante; ubicados en esta postura es que se analiza el ítem siguiente.

## III. Sobre el poder *post mortem*

Dada la carencia en nuestro ordenamiento de una regulación general sobre el negocio de apoderamiento, las disposiciones que se señalarán referentes al *mandato* son aplicables vía analógica al *negocio de apoderamiento*.

Las causales por las que se extingue el mandato están dispuestas en el artículo 2086 del Código Civil; entre ellas, «la muerte del mandante o del mandatario» (num. 5). Al respecto, Peirano (1968: 139) ha escrito:

> ¿Se podría pactar en un contrato de mandato otras consecuencias para el caso de muerte del mandante? ¿Esta causa de extinción es de la naturaleza o de la esencia del contrato? La respuesta es clara: en principio, no habría dificultad en pactar un contrato de mandato que no se extinga por la muerte del mandante.

En similar sentido, nos dice Gamarra (1995: 53): «El principio de que el mandato se extingue por la muerte es derogable por la voluntad de los contrayentes, y el propio derecho prevé casos de supervivencia del mandato a la muerte del mandante». La jurisprudencia también se ha manifestado a favor de la posibilidad de que un mandato subsista aún después de la muerte del mandante.[11]

Una persona puede tener facultades para actuar después de la muerte del mandante porque así lo dispuso este o porque la ley lo dispuso ante el silencio del poderdante. El poderdante puede disponer que el apoderado tendrá poder: *a*) recién a partir de su muerte (C. Civil, arts. 2096 y 2097), o *b*) de manera inmediata, y que este subsistirá luego de su muerte (C. Civil, arts. 2096 a 2098).

De la cláusula novena del referido apoderamiento surge que «el presente poder se otorga en interés común de mandante y mandatarios»; es decir que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 2098 del Código Civil, continúa subsistiendo aun después de la muerte del mandante.

El poder *post mortem* ofrece una solución para resolver el caso planteado, de la siguiente manera: el apoderado puede sustituir el poder que se le confirió —no se ingresa en el tema de si la sustitución requiere o no autorización expresa del poderdante porque, en este caso, dicha autorización resulta a texto expreso de la cláusula quinta—, y que el apoderado sustituto, en ejercicio de las facultades *post mortem* conferidas, apruebe la partición otorgada.

## IV. Conclusiones

1. Con relación a la falta de protocolización del poder proveniente del extranjero utilizado, corresponde su protocolización. Una vez proto-

11 Al respecto, vé.: Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 4.º turno, 2001; Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 7.º turno, 2009.

colizado dicho poder, la irregularidad se subsana sin necesidad de ratificar el apoderamiento ni el negocio de gestión.

2. En términos generales, a entender de esta comisión, la partición en la que un apoderado actúa por sí y en representación del poderdante, y en la que se adjudican hijuelas independientes a cada uno de ellos, requiere de la autorización expresa del poderdante.

En el caso concreto, las circunstancias en que fue otorgado el poder y las facultades conferidas pueden hacer dudar sobre si esa autorización fue conferida o no. Para la mayoría de la Comisión, aun en este caso, es necesario obtener la aprobación expresa del poderdante; a tales efectos, el apoderado puede sustituir el poder que se le confirió, y el apoderado sustituto, en ejercicio de las facultades *post mortem* conferidas, aprobar la partición otorgada.

Comisión
de Derecho Civil

## Bibliografía referida


Blengio, Juan E. (2010). «El poder para otorgar un negocio solemne. La solución del artículo 291 de la ley 18.362». En *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, tomo XL, pp. 835-844.

Caffera, Gerardo (2018). *Obligaciones: teoría de la obligación del contrato y el cuasicontrato*, 1.ª ed. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.

Gamarra, Jorge (1995). *Tratado de derecho civil uruguayo*, tomo I, 4.ª ed. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.

Gnazzo, Teresa G. (1988). «Partición realizada por el mandatario consigo mismo careciendo de la aprobación del artículo 2070 del Código Civil». En *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, tomo XIX, pp. 213-216.

Molla, Roque (1989). «La partición otorgada por el apoderado consigo mismo sin autorización o aprobación del poderdante». En *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, tomo XX, pp. 435-442.

Molla, Roque, y Albín, Federico (2009). «Ley 18.362, de rendición de cuentas 2007. Análisis de los artículos 290 y 291». En *La Pluma*, año 12, n.º 31 (may.), pp. 40-43.

Peirano Facio, Jorge (1968). *Curso de contratos*, tomo III. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.

Rodríguez Russo, Jorge (2012). «La forma del apoderamiento para negocio de gestión solemne. Coincidencias y divergencias en torno a la interpretación del artículo 291 de la ley 18.362». En *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, tomo XLIII, pp. 777-787.

Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 4.º turno (2001). Sentencia 64/2000, de 12.4.2000. Larrieux (r.), Turell, Tobía. En *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, tomo xxxi, p. 234.

Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 7.º turno (2009). Sentencia 232/2008, de 13.10.2008. López Ubeda (r.), Bello, Couto. En *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, tomo xxxix, p. 235.

## Nota del Esc. Juan Pablo Villar

Coincido con la Comisión en cuanto a que la partición en la que se adjudican hijuelas independientes para poderdante y apoderado requiere la autorización expresa del poderdante. En este caso, el poder comprende, a texto expreso, la facultad de «otorgar particiones que hagan cesar el condominio y/o indivisión derivado de cualquier origen»; además, de la cláusula sexta resulta que la apoderada podrá otorgar todos los actos, con la misma amplitud de facultades con que podría hacerlo el propio poderdante, sin imponerse restricción de especie alguna. Dichas expresiones, en el contexto de que la indivisión ya existía entre poderdante y apoderado al momento de otorgar el apoderamiento, me conducen a concluir que fue concedida la autorización expresa para celebrar la partición otorgada.

Esc. Juan Pablo Villar

La Comisión de Derecho Civil, integrada por los Escs. Juan Pablo Alonso, Adriana Amado, Karen Bonner, Miguel Burdín, Analía Cánepa, Mariana Capel, Javier Carneiro, M.ª Inés Casatroja, Daniella Cianciarulo, Priscila Ferreira, Agustina Ferreira, Nicolás García Rodríguez, Carlos Groisman, José Illia, Ana Irabedra, M.ª del Rosario Marchese, M.ª Valentina Martínez, Francisco Mastropierro, Roque Molla, Margarita Puertollano, M.ª del Pilar Ramírez, Ana Realini, Patricia Rivas, Diego Séré, M.ª Beatriz Vázquez y Juan Pablo Villar, aprueba el informe que antecede. Los Escs. Mariana Capel, Nicolás García Rodríguez, Ana Realini y Diego Séré adhieren a la nota del Esc. Juan Pablo Villar. La Esc. Laura Parnás entiende que la partición no requiere autorización expresa del poderdante —no está previsto legalmente—, por lo que discuerda con la opinión de la Comisión de Derecho Civil.

Escs. Roque Molla
y Juan Pablo Villar
Coordinadores

*Informes aprobados por la Comisión Directiva Nacional de la AEU el 19.4.2023, expediente 2735/2022.*

# MATRIMONIO. DOMICILIO. RETROACTIVIDAD. RÉGIMEN MATRIMONIAL. CAPITULACIONES MATRIMONIALES

Resumen

*Matrimonio extranjero y capitulaciones matrimoniales: sobre la opción por la aplicación del derecho uruguayo y el acuerdo de retroactividad previsto en el artículo 25, incisos 6.º y 7.º, de la ley 19.920 (Ley General de Derecho Internacional Privado).*

Informes: DIP y Civil

## Consulta

### I. Relación de hechos (antecedentes)

**2015.** *Acuerdo prenupcial.* AA y BB otorgaron un acuerdo prenupcial relativo a las relaciones patrimoniales a regir en un futuro matrimonio entre ellos. El mencionado acuerdo fue otorgado en el Estado de Israel el 29.4.2015, ante el Not. GG. No se agregó a la consulta original ni copia del referido acuerdo; no obstante, el consultante informa que el documento —extendido en hebreo— fue traducido y apostillado en forma.

**2015.** *Matrimonio.* La pareja precitada contrajo nupcias en Chipre, en el distro de Limassol, el 12.11.2015; en el momento, declararon que tenían residencia permanente en el Estado de Israel. No se agregó a la consulta original ni copia del aludido matrimonio; no obstante, el consultante informa que el documento —extendido en idioma inglés— fue traducido y apostillado en forma.

Cabe comentar que Chipre es un Estado independiente con representación en la ONU. Obtuvo su independencia en 1960, mediante un acuerdo celebrado entre Reino Unido, Grecia y Turquía, con la intervención determinante de un conocido arzobispo. Debido a la poca integración subsiguiente entre las comunidades greco-chipriotas y turco-chipriotas, por razones sociales, políticas y religiosas, Turquía invadió Chipre y creó un Estado independiente, en el área de influencia turca, no reconocido internacionalmente (solo por Turquía). De todos modos, el *statu quo* se mantiene gracias a las Fuerzas de Paz de la ONU. De acuerdo con los datos suministrados, el matrimonio se realizó en la parte no ocupada (Limassol), por lo que cabe la aplicación de la legislación chipriota.

**2021.** *Capitulaciones matrimoniales.* Los cónyuges celebraron un «acuerdo de capitulaciones matrimoniales» en la ciudad de Montevideo, en escritura pública, el 9.12.2021, ante el Esc. FB, inscripto en el Registro Nacional de Actos Personales. En dicha escritura, cuya copia fue agregada al presente expediente, los cónyuges declaran en la comparecencia que se encuentran separados de bienes.

## II. Consulta

El consultante desea saber: 1) si resulta posible pactar capitulaciones matrimoniales con efecto retroactivo, de acuerdo con lo previsto en el artículo 25 *in fine* de la Ley General de Derecho Internacional Privado (en adelante, *Ley General*), y 2) si resulta necesario el consentimiento del otro cónyuge a los efectos de enajenar bienes adquiridos antes del cambio adoptado.

## Informe de la Comisión de Derecho Internacional Privado

En primer lugar, ni con el Estado de Israel ni con Chipre ha celebrado Uruguay un tratado internacional sobre los tópicos en cuestión; por ello, resulta pertinente la aplicación de las normas nacionales de derecho internacional privado que, en principio, sería la ley 19.920, de 17 de noviembre de 2020 (Ley General). Cabe aclarar, para posteriores consultas, que siguen vigentes las normas sobre régimen de bienes en el matrimonio en las relaciones con Bolivia, Colombia y Perú del Tratado de Derecho Civil Internacional de 1889; y para las relaciones con Argentina y Paraguay, las normas del Tratado de Derecho Civil Internacional de 1940. Por tanto, la ley 19.920 solo es aplicable fuera de las relaciones que se tienen con estos cinco países.

En la presente consulta se encuentran referidas tres categorías jurídicas: *capitulaciones prenupciales*, *matrimonio* y *régimen de bienes en el matrimonio*. Conviene, a efectos de una mejor ilustración del presente y para casos futuros que puedan presentarse, el examen por separado de cada una de ellas.

### I. Capitulaciones prenupciales

AA y BB celebraron un acuerdo prenupcial en el Estado de Israel en el que establecieron la separación de bienes. De conformidad con el artículo 25 de la Ley General, se consagra un principio general: el régimen de bienes en el matrimonio se rige por las convenciones matrimoniales que se hubieren celebrado. Esta solución es acorde con la situación social actual, en la que la mujer y el hombre tienen igualdad de derechos (al igual que los demás integrantes de la familia; especialmente, los hijos menores de edad, ya que su voluntad debe ser atendida en la medida en que se los afecte y que tengan discernimiento suficiente).

En el siglo XXI, la mujer ha accedido al mercado de trabajo en las mismas condiciones que el hombre, por lo que el texto legal recoge la autonomía de la voluntad en forma amplia para que puedan pactar el régimen de bienes al que podrán someterse una vez contraídas las nupcias. Ello, sin

perjuicio de la necesaria evaluación que deberá realizarse siempre, en el sentido de que dicho acuerdo no ofenda principios y normas esenciales de orden público internacional sobre los cuales el Estado uruguayo asienta su personalidad jurídica; especialmente, que no se lesionen los derechos humanos fundamentales (art. 5.º).

Desde el punto de vista formal, se menciona que el aludido documento se encuentra traducido y apostillado, según el control realizado por el Esc. FB, por lo que no habría nada que objetar al respecto.

## II. Matrimonio (art. 22)

El artículo 22 de la Ley General regula la categoría *matrimonio*; ratifica un principio tradicional en nuestro orden jurídico que reconoce como ley aplicable a la categoría la del lugar de su celebración. Dicha ley tiene facultades para determinar «la capacidad de las personas para contraerlo, la forma, la existencia y la validez del acto matrimonial». Caben las mismas apreciaciones que para la categoría anterior: el matrimonio debe considerarse internacionalmente válido —salvo alguna cuestión que ofenda el orden público internacional de nuestro país— y que se haya cumplido, desde el punto de vista formal, con los requisitos de traducción y apostillado.

## III. Régimen de bienes en el matrimonio (art. 25, incs. 1.º a 5.º)

Como hemos mencionado, el principio primero y general contenido en la Ley General es el reconocimiento de la autonomía de la voluntad de los particulares para fijar el régimen de bienes que mejor se adecue a sus necesidades, siempre y cuando, en esencia, no afecte derechos humanos fundamentales. El principio *primer domicilio conyugal* ha sido desplazado a un segundo lugar, que tendría intervención para la hipótesis de que no hubiere capitulaciones prenupciales o estas fueren inválidas o ineficaces, algo que, en principio, no acontecería en el presente caso.

## IV. Posibilidad de mutación del régimen de bienes (art. 25, inc. 6.º)

La Ley General *no obliga* al cambio de régimen de bienes existente entre los cónyuges —nacionales o extranjeros— que pasaren a domiciliarse en Uruguay. Por tanto, al radicarse en nuestro país, cada pareja podrá mantener el régimen de bienes que ya tenía, creado por capitulaciones matrimoniales o, en ausencia de estas, en base al régimen legal existente en su primer domicilio matrimonial (o en sus sucedáneos, indicados en el artículo 25, ante la posibilidad de no haberse concretado un primer domicilio matrimonial). Se da por supuesto que este régimen debe ser

compatible con el orden jurídico uruguayo; a título de ejemplo, no lo sería si se establecieren discriminaciones por razones de sexo.

La otra novedad de la Ley General está contenida en los incisos 6.º y 7.º (finales), que reproducimos para una mayor comprensión:

> En caso de que ambos cónyuges pasaren a domiciliarse en la República, podrán hacer constar en instrumento público su opción por la aplicación del derecho uruguayo. Dicho documento surtirá efectos una vez inscrito en el Registro respectivo.
>
> La opción prescripta en el inciso sexto [anterior] no tendrá efectos retroactivos entre las partes, salvo que estas lo acordaren expresamente. En ningún caso se afectarán ni limitarán los derechos adquiridos por terceros.

¿De qué documentos probatorios deberá estar munido el notario actuante en la formalización del cambio de régimen? En *primer lugar*, deberá tener prueba de estar previamente domiciliados en el extranjero inmediatamente antes de la constitución de su domicilio en Uruguay. Los medios probatorios son sumamente amplios; basta que sean convincentes no solo para el notario autorizante, sino para cualquier tercero imparcial —en esta hipótesis: contratos laborales en Israel; certificados de estudio en dicho país; afiliación a instituciones de salud, deportivas, culturales; contratos de arrendamiento de inmuebles; tarifas de consumo de diversos servicios, etc.—, y que corroboren la existencia real de dicho domicilio. Sería aconsejable la protocolización de estos medios de prueba para facilitar controles posteriores (especialmente, de terceros acreedores).

En *segundo lugar*, deberá tenerse prueba de estar efectivamente radicados en Uruguay. Puede acreditarse dicha situación de la misma manera en que se acreditó el domicilio extranjero previo, y sería aconsejable el mismo resguardo.

En *tercer lugar*, la Ley General se aparta del criterio general hasta marzo de 2021 —fecha en que la ley entra en vigencia—, que establecía la inmutabilidad de la ley aplicable al régimen de bienes en el matrimonio; si, por ejemplo, la ley aplicable era la ley italiana, esta sería *siempre* aplicable. No obstante, se aceptaba que el *contenido* de esta última pudiera cambiar a lo largo del tiempo; pero esos cambios siempre serían los de la ley aplicable —en el ejemplo, la italiana—, no de ninguna otra.

La Ley General innova al respecto y elimina el principio de inmutabilidad de la ley aplicable, y como consecuencia de la expansión de la autonomía de la voluntad en todos los aspectos referidos a la familia, admite el cambio de ley estatal aplicable, con otras innovaciones colaterales.

Como la ley aplicable al régimen de bienes en el matrimonio puede cambiar, será necesario una manifestación expresa de los cónyuges. La opción deberá instrumentarse en documento público e inscribirse en el Registro correspondiente, y solo comenzará a surtir efectos a partir de su inscripción registral. De convenirse ese cambio de régimen de bienes

en el matrimonio, en principio, no tendrá efectos retroactivos. Acontecerá, entonces, la presencia de dos regímenes patrimoniales.

## V. Efecto retroactivo del cambio de régimen decidido por los cónyuges (art. 25, inc. 7.º)

Pero, una vez más, la autonomía de la voluntad se «cuela», al habilitarse legalmente la posibilidad de que los cónyuges puedan pactar, además de cambio de régimen, que este tenga efecto retroactivo. De este modo se borraría totalmente el régimen anterior y pasaría a regir la voluntad de las partes que eventualmente sea reconocida por la ley uruguaya. No debe pasarse por alto que una disposición de esta naturaleza no obliga a los demás Estados: nos encontramos ante una ley nacional y no un tratado internacional. Por ello, las soluciones reseñadas solo tendrán eficacia sobre los bienes ubicados en nuestro país y en aquellos otros países que, eventualmente, puedan asemejarse al nuestro.

## VI. Interpretación de la expresión «aplicación del derecho uruguayo» (art. 25, inc. 7.º)

En el inciso 7.º del artículo 25, el legislador crea una regla de conflicto de carácter unilateral, en virtud de que solo permite «la aplicación del derecho uruguayo» a su régimen de bienes —si los cónyuges lo desean—, en referencia al régimen de la sociedad conyugal regulado en el artículo 1950 y siguientes del Código Civil y no a otro.

La conversión del régimen de bienes extranjero al régimen de bienes uruguayo con carácter retroactivo constituye un nuevo modo de adquirir el dominio que actuaría *ope legis*, por imperio de la ley, pero su elemento dinamizador descansa en la voluntad común de las partes. O sea que, por ejemplo, de un régimen de bienes de separación se pasaría a uno de sociedad conyugal en el que los bienes propios pasarían a ser gananciales, siempre que hayan sido adquiridos luego del matrimonio.

De acuerdo con la redacción del artículo 25, y para mayor abundamiento, consideramos que la alusión a «la aplicación del derecho uruguayo» es al «derecho *interno* uruguayo»; queda fuera la posibilidad de aplicar el reenvío internacional. El inciso 1.º del artículo 12 está de acuerdo con esta postura, aunque en el inciso 2.º se permitiría el reenvío si, «de conformidad con lo establecido […] en las normas de derechos humanos de las que la República sea parte», se evita un ataque a dichos derechos. Ergo, no cualquier derecho humano que se alegue por ahí permitiría el reenvío internacional: solo aquellos que emerjan de tratados internacionales (el artículo no lo dice expresamente, pero la referencia a la expresión «parte» no permite deducir otra cosa).

## VII. Resumen tentativo

**1.** La Ley General toma el régimen de bienes en el extranjero «tal como viene», sin hacer distingo alguno. Este régimen de bienes, creado en el extranjero, pudo haber sido: *a*) el de las capitulaciones matrimoniales o, en ausencia de estas —o que ellas fueren inválidas o ineficaces—, *b*) el vigente en el lugar del primer domicilio matrimonial o sus sucedáneos; ese régimen pudo haber sido el de comunidad universal, el de separación o el de sociedad conyugal si, por ejemplo, en esta última hipótesis, se permite la enajenación de todos los bienes gananciales sin consentimiento del otro cónyuge, algo que no habilita nuestro régimen.

**2.** Por tanto, si los cónyuges pasan a domiciliarse en Uruguay y *no expresan nada*, nuestra legislación *respeta* el régimen de bienes que «traen», salvo un ataque al orden público internacional de nuestro país. Ello significa que recién cuando los cónyuges acuerdan modificar su régimen de bienes es que nace la competencia de nuestro derecho interno; no antes. Y su intervención es para hacer una sola cosa: implantar el régimen de bienes de la sociedad conyugal del artículo 1950 y siguientes del Código Civil.

**3.** Si no hay retroactividad, habrá dos regímenes:

*a*) Uno referido a los bienes *antes* del acuerdo ante notario y registrado, bienes que se regirán por el régimen establecido en las capitulaciones matrimoniales —si las hubiere— o por el lugar del primer domicilio matrimonial o cualquier otro fijado legalmente en reemplazo de aquel e indicado en el artículo 25. En tal caso, no hay modificación alguna del régimen existente y no hay que pensar en proteger a los terceros acreedores, en tanto ellos contrataron teniendo en cuenta esos bienes, y el régimen —para estos bienes— sigue siendo el mismo.

*b*) Otro, el de sociedad conyugal de bienes, para los que se adquieran *con posterioridad* al acto notarial registrado. Tampoco aquí los terceros acreedores que adquirieron esa calidad con posterioridad del acto notarial registrado podrían llevarse sorpresa alguna.

**4.** Pero los cónyuges pueden otorgar la retroactividad del régimen legal de bienes en el matrimonio vigente en nuestro ordenamiento para los bienes ubicados en Uruguay adquiridos con anterioridad a la opción. En tal hipótesis, habrá un único régimen a consultar —el del art. 1950 y siguientes del Código Civil—, a partir de la registración de la opción en documento público.

**5.** Quedaría un último escollo a resolver. Es posible que el régimen de bienes que traen los cónyuges a Uruguay se haya pactado mediante capitulaciones matrimoniales, y que el sistema legal aplicable a dicho momento haya establecido que estas «se entenderán irrevocablemente otorgadas» y «no podrán después modificarse, alterarse o destruirse ni aun con el consentimiento de las personas que intervienen en el contrato de matrimonio», tal como lo consigna el artículo 1944 de nuestro Código

Civil. Se trata de normas de rigurosa aplicación —también conocidas como normas *de aplicación necesaria* o *de aplicación inmediata*—, las que están contempladas en el artículo 6.º de la Ley General.

La mencionada ley *obliga* al juez a aplicar inmediatamente sus «normas imperativas de aplicación necesaria que la República haya adoptado para el cumplimiento de políticas sociales y económicas, las que no serán sometidas a las normas de conflicto». Y el inciso final del artículo 6.º agrega una *facultad* del juez: «Puede el tribunal, cuando lo considere pertinente, aplicar las disposiciones imperativas del derecho de otro Estado con el cual el caso tenga vínculos estrechos».

Opinamos que el juez deberá tomar en consideración esas normas de aplicación necesaria del derecho extranjero que imponen la irrevocabilidad de las capitulaciones matrimoniales, en cuanto se compagina perfectamente con el artículo 1944 de nuestro Código Civil. De concretarse esta situación, ello impediría la conversión al régimen legal de nuestro Código Civil. En el caso opuesto, de que las capitulaciones matrimoniales otorgadas en el extranjero sean revocables o modificables según su ley aplicable, y solo en tal caso, estas pueden dejarse sin efecto; para ello, los cónyuges, primero, deberán dejar sin efecto las capitulaciones de marras y, con posterioridad, optar por la aplicación del derecho uruguayo, lo cual, indudablemente, puede llevarse a cabo en un solo acto.

**6.** Es todo lo que puede informar esta comisión. En cuanto al hecho concreto del otorgamiento de la escritura autorizada por el Esc. FB en la que se pactó el régimen de separación, esta es una cuestión de derecho interno, y corresponde atenerse a lo que disponga la Comisión de Derecho Civil.

Esc. Ruben Santos Belandro
Informante

Esc. Daniel Trecca
Coordinador alterno

## Informe de la Comisión de Derecho Civil

El presente caso ha sido analizado por la Comisión de Derecho Internacional Privado de la AEU. Se han derivado a esta Comisión de Derecho Civil las siguientes consultas:

— *Primera.* ¿Constituye el efecto retroactivo un modo de adquirir el dominio?
— *Segunda.* ¿Cómo repercute en los acreedores el hecho de que, de acuerdo con la ley, «en ningún caso se afectarán ni limitarán los derechos adquiridos por terceros»?

— *Tercera.* El informante la sintetiza así: se traslada un bien mueble desde el extranjero al Uruguay, bien gravado con garantía real en el extranjero, y luego, en Uruguay, el bien se enajena sin que el tercero tenga conocimiento de ello. El artículo 41 de la ley regula la situación, pero ¿cuál es la situación del tercero de buena fe? ¿El negocio es nulo?

Dividiré el presente informe en dos partes: la primera, destinada a expresar cuál es nuestra interpretación de los incisos 6.º y 7.º del artículo 25 de la ley 19.920; la segunda procurará responder las consultas específicamente planteadas.

## I. Nuestra interpretación de los incisos 6.º y 7.º del artículo 25 de la ley 19.920

Con relación a este tema distinguiré, por una parte, la opción por la aplicación del derecho uruguayo y, por otra, el acuerdo de retroactividad.

### 1. La opción por «la aplicación del derecho uruguayo»

El inciso 6.º del artículo 25 de la ley 19.920 dispone:

> En caso de que ambos cónyuges pasaren a domiciliarse en la República, podrán hacer constar en documento público su opción por la aplicación del derecho uruguayo. Dicho documento surtirá efectos una vez inscripto en el Registro respectivo.

Una primera cuestión es determinar en qué consiste la opción por «la aplicación del derecho uruguayo». El inciso sexto del artículo 25 se encuentra dentro de una disposición normativa que determina cuál es la ley que regula las relaciones patrimoniales entre los cónyuges. Mientras no se ejercita la opción, la ley aplicable será la que determinen los primeros incisos del artículo 25, esto es, en defecto de convención, la ley del Estado del primer domicilio matrimonial; a falta de este, o siendo imposible determinarlo, la ley del Estado del domicilio al momento de la celebración del matrimonio, y a falta de este, la ley del Estado de la celebración del matrimonio (en todos los casos, salvo aquellas situaciones de estricto carácter real que estén prohibidas en el lugar de situación de los bienes).

Ubicados en ese contexto, interpreto que la expresión «aplicación del derecho uruguayo» empleada en el inciso 6.º del citado artículo 25 refiere a las normas territoriales del derecho positivo nacional, no a las normas de derecho internacional privado que forman parte de nuestro derecho positivo.[12]

12 Prueba clara de que la expresión «aplicación del derecho uruguayo» no comprende las normas de derecho internacional privado se encuentra en que si se las incluyera, se volvería a enviar a la ley del Estado extranjero en forma circular, con lo cual el uso de la opción carecería de utilidad. Por ejemplo, supongamos que los cónyuges no otorgaron

La opción por «la aplicación del derecho uruguayo» significa que los cónyuges que pasen a domiciliarse en la República tienen la posibilidad de elegir que sus relaciones patrimoniales pasen a regirse por la ley del Estado uruguayo —en el sentido de normas territoriales de Uruguay— y dejen de regirse por la ley del Estado que indican los primeros incisos del artículo 25.

Al aplicarse el régimen uruguayo, en primer lugar, se estará a las capitulaciones prematrimoniales que se hubieran celebrado (C. Civil, art. 1938 y ss.); a falta de estas, las relaciones patrimoniales entre los cónyuges se regirán por el régimen único y supletorio de sociedad conyugal que prevén los artículos 1950 y siguientes del Código Civil.

A vía de ejemplo, si los cónyuges *otorgaron capitulaciones prematrimoniales* en las que pactaron un régimen de separación de bienes y luego optan por la aplicación del derecho uruguayo, el régimen continuará siendo el de *separación de bienes*. La razón es la de que al aplicar el derecho positivo uruguayo, en primer lugar, rigen las capitulaciones prematrimoniales, y solo a falta de estas rige el régimen de la sociedad conyugal previsto en los artículos 1950 y siguientes del Código Civil. Corresponde que dichas capitulaciones matrimoniales se inscriban en el Registro Nacional de Actos Personales, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 39 de la ley 16.871.

En cambio, supongamos que los cónyuges *no otorgaron capitulaciones matrimoniales* y que, según la ley del Estado del primer domicilio matrimonial, el régimen es el de *comunidad universal* (o el de separación absoluta de bienes; en este caso, por ley, no por convención prematrimonial). Al optar por la aplicación del derecho uruguayo y no existir capitulaciones prematrimoniales, el régimen patrimonial de bienes entre los cónyuges pasará a ser el de la sociedad conyugal previsto en los artículos 1950 y siguientes del Código Civil.

## 2. El acuerdo de retroactividad

El inciso 7.º del artículo 25 de la ley 19.920 dispone: «La opción prescripta en el inciso sexto no tendrá efectos retroactivos entre las partes, salvo que estas lo acordaren expresamente. En ningún caso se afectarán ni limitarán los derechos adquiridos por terceros».

Distinguiré la situación cuando se ejerce la opción por el derecho uruguayo sin el acuerdo de retroactividad de la situación cuando sí se pacta la retroactividad.

---

capitulaciones matrimoniales y el primer domicilio matrimonial hubiera sido en Brasil; luego pasan a domiciliarse en Uruguay y hacen uso de la opción referida. Si la «aplicación del derecho uruguayo» incluyera nuestras normas de derecho internacional privado, el régimen aplicable volvería a ser el del primer domicilio matrimonial, esto es, Brasil, con lo que pierde totalmente sentido el uso de la opción.

### A. *Cuando se ejerce la opción por el derecho uruguayo sin el acuerdo de retroactividad*

Según el inciso 7.º citado, la opción por la aplicación del derecho uruguayo no tiene efecto retroactivo, salvo que los cónyuges lo acuerden de manera expresa. Comenzaremos por analizar la situación cuando no hubo acuerdo de retroactividad y seguiremos los ejemplos referidos con anterioridad.

Supongamos que los cónyuges no otorgaron capitulaciones matrimoniales y que, según la ley del Estado del primer domicilio matrimonial, el régimen es el de *comunidad universal*, el que implica que todos los bienes son gananciales (incluso los adquiridos por herencia). Luego, los cónyuges pasan a domiciliarse en Uruguay, optan por la aplicación del derecho uruguayo —*sin pacto de retroactividad*— e inscriben dicha opción. A partir de ese momento, el régimen aplicable pasará a ser el de la ley de Uruguay, es decir, el de la sociedad conyugal previsto en los artículos 1950 y siguientes del Código Civil. En esa situación, un inmueble adquirido por herencia mientras regía el régimen de comunidad universal será ganancial; en cambio, un inmueble adquirido por herencia durante la aplicación del régimen uruguayo será propio.

Otro ejemplo. Supongamos que los cónyuges no otorgaron capitulaciones matrimoniales y que el régimen, según la ley del Estado del primer domicilio matrimonial, es el de *separación absoluta de bienes*. Luego, los cónyuges pasan a domiciliarse en Uruguay, optan por la aplicación del derecho uruguayo —*sin pacto de retroactividad*— e inscriben dicha opción. A partir de ese momento, el régimen aplicable pasará a ser el previsto en la ley de Uruguay, es decir, el régimen de la sociedad conyugal previsto en los artículos 1950 y siguientes del Código Civil. En esa situación, un inmueble adquirido a título oneroso mientras regía el régimen de separación absoluta de bienes será propio; en cambio, un inmueble adquirido a título oneroso durante la aplicación del régimen uruguayo será ganancial (salvo subrogación o título o causa anterior al matrimonio).

### B. *Cuando se ejerce la opción por el derecho uruguayo con el acuerdo de retroactividad*

La ley permite que los cónyuges acuerden expresamente que la aplicación del derecho uruguayo tenga efecto retroactivo. Dicho pacto no afectará ni limitará los derechos adquiridos por terceros. Continuemos con los ejemplos referidos.

Supongamos que los cónyuges no otorgaron capitulaciones matrimoniales y que, según la ley del Estado del primer domicilio matrimonial, el régimen es el de *comunidad universal*, que implica que todos los bienes son gananciales (incluso los adquiridos por herencia). Luego, los cónyuges pasan a domiciliarse en Uruguay, optan por la aplicación del derecho uruguayo —*con pacto de retroactividad*— e inscriben dicha opción. En ese

caso, el régimen aplicable, desde la celebración del matrimonio, pasará a ser el previsto en la ley de Uruguay, es decir, el régimen de la sociedad conyugal de los artículos 1950 y siguientes del Código Civil, sin perjuicio de los derechos adquiridos por terceros. En esa situación, un inmueble adquirido por herencia mientras regía el régimen de comunidad universal era ganancial; sin embargo, por efecto de la retroactividad del pacto, cambia su naturaleza y pasa a ser un bien propio del cónyuge que lo adquirió por herencia. Se comparta o no la decisión legislativa, entendemos que eso es lo que resulta de la ley.

Otro ejemplo. Supongamos que los cónyuges no otorgaron capitulaciones matrimoniales y que el régimen, según la ley del Estado del primer domicilio matrimonial, es el de *separación absoluta de bienes*. Luego, los cónyuges pasan a domiciliarse en Uruguay, optan por la aplicación del derecho uruguayo —*con pacto de retroactividad*— e inscriben dicha opción. En ese caso, el régimen aplicable, desde la celebración del matrimonio, pasará a ser el previsto en la ley de Uruguay, es decir, el régimen de la sociedad conyugal de los artículos 1950 y siguientes del Código Civil. En esa situación, un inmueble adquirido a título oneroso mientras regía el régimen de separación absoluta de bienes era propio; sin embargo, por la retroactividad del pacto, cambia su naturaleza y se convierte en un bien ganancial.

Esa conversión de bienes propios en gananciales —o viceversa— que puede producir la retroactividad del pacto en ningún caso afectará ni limitará los derechos adquiridos por terceros.

A vía de ejemplo, si un inmueble ubicado en Uruguay tenía *naturaleza de propio* por así disponerlo la ley del primer domicilio matrimonial y fue enajenado por el cónyuge titular sin la conformidad conyugal, el hecho de que luego se opte por la aplicación de la ley de Uruguay con efecto retroactivo no afectará el derecho del tercero que adquirió el inmueble.

Otro ejemplo. Supongamos que un inmueble tenía *naturaleza ganancial* por el régimen anterior y que luego, por aplicación del régimen uruguayo y el acuerdo de retroactividad, el bien pasa a tener naturaleza de propio: un acreedor social que adquirió su derecho durante la vigencia del régimen anterior mantendrá el derecho de persecución que le ofrecía el régimen anterior; ese acreedor tendrá derecho a, por ejemplo, que en caso de disolución de la sociedad conyugal, ese bien esté sujeto a liquidación.

## II. Respuesta a las consultas específicamente planteadas

### Primera consulta

¿Constituye el efecto retroactivo un modo de adquirir el dominio? De acuerdo con lo expuesto, el acuerdo de retroactividad puede generar que un bien propio pase a ser ganancial (o viceversa). La respuesta a si esa conversión implica o no una transferencia de dominio depende de la posición que se siga con respecto a la naturaleza de la sociedad conyugal.

Parte de la doctrina nacional sostiene que cuando un cónyuge adquiere un bien ganancial, desde su propia adquisición, y en virtud de la sociedad conyugal que existe entre los cónyuges, el bien se encuentra en copropiedad entre ellos. Según Vaz Ferreira, esta copropiedad se rige fundamentalmente por las reglas de la comunidad de mano común de origen germano.[13] En cambio, otra parte de la doctrina nacional sostiene que la sociedad conyugal funciona durante su vigencia como un sistema de separación y, por tanto, cuando un cónyuge adquiere un bien de carácter ganancial, él es su propietario exclusivo hasta la disolución de la sociedad.[14]

De seguirse la primera postura, esto es, la que sostiene que durante la vigencia de la sociedad conyugal los bienes pertenecen a ambos cónyuges, la conversión de un bien de propio a ganancial —o viceversa— implicaría una *transmisión dominial*, producida como consecuencia del pacto de aplicación del derecho uruguayo con acuerdo de retroactividad, por así disponerlo la ley. El hecho previsto en la ley —acuerdo de retroactividad— es lo que produce la transferencia, el que podría calificarse como un modo de adquirir el dominio.

**Segunda consulta**

¿Cómo repercute en los acreedores el hecho de que, de acuerdo con la ley, «en ningún caso se afectarán ni limitarán los derechos adquiridos por terceros»? Con carácter general podría decirse que si un acreedor, ya sea social o personal, en virtud de régimen anterior, tenía algún tipo de derecho adquirido, preferencia o prioridad, dicha situación, de acuerdo con la ley, no se verá afectada ni limitada por el cambio de régimen. El uso del pacto de retroactividad, con seguridad, va a generar situaciones de litigio, ya sea entre los propios acreedores o entre acreedores y cónyuges, que deberán resolverse caso a caso en la vía judicial o arbitral.

**Tercera consulta**

Se traslada un bien mueble desde el extranjero a Uruguay, gravado con garantía real en el extranjero; luego, en Uruguay, se enajena sin que el tercero tenga conocimiento. El artículo 41 de la ley regula la situación, pero ¿cuál es la situación del tercero de buena fe? ¿El negocio es nulo?

En la situación planteada puede visualizarse un conflicto entre el principio de *legitimidad* y el de *apariencia*; el de una persona que tiene un

13 Vaz Ferreira (1997: 298) sostiene que «en nuestro derecho, ambos cónyuges son copropietarios de todos los gananciales, y sus derechos se rigen fundamentalmente por las reglas germanas de la copropiedad de mano común».

14 Entre los autores que sostienen que la comunidad nace recién con la disolución de la sociedad conyugal y no desde el momento mismo de la adquisición, encontramos a Anido (1996), Rubbo (2008: 103 y ss.) y Domínguez Gil (2001: 913).

derecho real anterior y el de un tercero que, de buena fe, adquiere en el entendido de que el bien se encuentra libre de gravámenes.

Al margen de si se comparte o no la decisión legislativa sobre cómo resolver ese aspecto, el artículo 41 de la ley 19.920 lo reguló, al establecer:

> *Cambio de situación de los bienes muebles*. El cambio de situación de los bienes muebles no afecta los derechos adquiridos con arreglo a la ley del lugar en donde existían al tiempo de su adquisición.
>
> Los derechos que adquieran los terceros sobre los mismos bienes, de conformidad con la ley del lugar de su nueva situación, después del cambio operado, prevalecen sobre los del primer adquirente si este ha dado su consentimiento de modo comprobable para el traslado y no ha cumplido con los requisitos exigidos por la ley de la nueva situación para la conservación de sus derechos.

De acuerdo con esta norma, correspondería diferenciar:

1. Si el acreedor que tenía una garantía real sobre el bien mueble *consintió* de modo comprobable el traslado del bien a Uruguay y no inscribió en el Registro correspondiente de Uruguay ese gravamen, prevalece el derecho del tercero de buena fe.
2. En cambio, si el acreedor que tenía una garantía real sobre el bien mueble *no consintió* o *no puede comprobarse* que haya consentido el traslado del bien a Uruguay, prevalece el derecho del acreedor.

Esc. Juan Pablo Villar
Informante

## Bibliografía referida


Anido, Raúl (1996). «Disolución y liquidación de sociedad conyugal, dentro de las modificaciones introducidas por el nuevo Código Civil». En *Encuentro Técnico Regional de Río Negro*, VI ciclo (Fray Bentos, 25 may.).

Domínguez Gil, Daniel (2001). «Responsabilidad de los cónyuges por deudas cuasicontractuales. Relevancia de la naturaleza jurídica de la sociedad conyugal». En *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, tomo XXXI (nov.). Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.

Rubbo, Horacio (2008). *Estudio de títulos*, 6.ª ed. Montevideo: Asociación de Escribanos del Uruguay.

Vaz Ferreira, Eduardo (1997). *Tratado de la sociedad conyugal*, 4.ª ed. act. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.


La Comisión de Derecho Civil, integrada por los Escs. M.ª Marcela Aldana, Américo Bianchi, Karen Bonner, Mariana Capel, Javier Carneiro, M.ª Inés Casatroja, Marcela de los Santos, Gustavo Echavarría, Agustina Ferreira, Nicolás García Rodríguez, Lourdes González Fernández, Carlos Groisman, José Pedro Illia, Inés Lueiro, Florencia Manfredi, M.ª del Ro-

sario Marchese, M.ª Valentina Martínez Jaime, Francisco Mastropierro, Ana Lía Méndez, Roque Molla, Patricia Rivas, Diego Séré, Adriana Silva, Mariella Spagnolo, Verónica Ubillos, M.ª Beatriz Vázquez y Juan Pablo Villar, aprueba el informe que antecede.

Escs. Roque Molla y Juan Pablo Villar
Coordinadores

## Ampliación de informe de la Comisión de Derecho Civil

Esta comisión ha reconsiderado el informe realizado y concluye lo siguiente:

**1.** Ratifica su posición en cuanto a que la opción por «la aplicación del derecho uruguayo» significa que los cónyuges que pasen a domiciliarse en la República tienen la posibilidad de elegir que sus relaciones patrimoniales se rijan por la ley del Estado uruguayo —en el sentido de normas territoriales de Uruguay— y dejen de regirse por la ley del Estado que indican los primeros incisos del artículo 25.

Al aplicarse el régimen uruguayo, en primer lugar, se estará a las capitulaciones prematrimoniales que se hubieren celebrado (C. Civil, art. 1938 y ss.), y, a falta de estas, las relaciones patrimoniales entre los cónyuges se regirán por el régimen único y supletorio de sociedad conyugal que prevén los artículos 1950 y siguientes del Código Civil.

Se destaca que, de acuerdo con el derecho uruguayo, el régimen de sociedad conyugal previsto en los artículos 1950 y siguientes es subsidiario y solo se aplica a falta de existencia de capitulaciones prematrimoniales, por así establecerlo a texto expreso el artículo 1938 del Código Civil.

A su vez, de acuerdo con el artículo 1944 del Código Civil: «Desde el día de la celebración del matrimonio, se entenderán irrevocablemente otorgadas las convenciones matrimoniales. [=] No podrán después modificarse, alterarse o destruirse ni aun con el consentimiento de las personas que intervienen en el contrato de matrimonio». Por lo tanto, a partir de que los cónyuges optan por la aplicación del derecho uruguayo, las capitulaciones prematrimoniales no podrán modificarse, alterarse ni destruirse.

**2.** Sin embargo, consideramos que sí es viable la siguiente situación. Si la ley que rige las relaciones patrimoniales entre los cónyuges antes de que estos opten por la aplicación del derecho uruguayo permite dejar sin efecto las capitulaciones matrimoniales otorgadas, los cónyuges podrían, primero, dejar sin efecto las capitulaciones matrimoniales otorgadas y, con posterioridad, optar por la aplicación del derecho uruguayo. En ese caso, cuando comienza a regir el derecho uruguayo, esas capitulaciones matrimoniales serán consideradas como no otorgadas porque fueron dejadas sin efecto oportunamente, por así permitirlo la ley que se encontraba

vigente en ese momento. Como consecuencia, cuando comienza a regir el derecho uruguayo, al no haber capitulaciones matrimoniales, se aplicará el régimen subsidiario de la sociedad conyugal previsto en los artículos 1950 y siguientes del Código Civil.

Esc. Juan Pablo Villar
Informante

La Comisión de Derecho Civil, integrada por los Escs. Karen Bonner, M.ª del Carmen Cabrera, Mariana Capel, Javier Carneiro, M.ª Inés Casatroja, Daniella Cianciarulo, Marcela de los Santos, Gustavo Echavarría, Agustina Ferreira, Nicolás García Rodríguez, Adriana Goldberg, Lourdes González, Florencia Manfredi, M.ª del Rosario Marchese, M.ª Valentina Martínez, Ana Lía Méndez, Roque Molla, Margarita Puertollano, M.ª del Pilar Ramírez, Ana Lucía Realini, Patricia Rivas, Diego Séré, Adriana Silva, Mariella Spagnolo, Verónica Ubillos, M.ª Beatriz Vázquez, M.ª del Carmen Vettorello y Juan Pablo Villar, aprueba el informe ampliatorio que antecede.

Escs. Roque Molla y Juan Pablo Villar
Coordinadores

*Informes aprobados por la Comisión Directiva Nacional de la AEU el 8.5.2023 (DIP y Civil [original]) y el 15.5.2023 (Civil [ampliación]), expediente 2667/2022.*

# PARTICIÓN. INDIVISIÓN POSCOMUNITARIA. BIEN PROPIO. BIEN GANANCIAL. BIEN INMUEBLE RURAL

Resumen

*Sobre partición de indivisiones confundidas en las que se incluyen bienes en parte propios y en parte gananciales.*

Informe: Civil

## Consultas

Se realizan diversas consultas relativas a la titulación de dos inmuebles rurales. Por la complejidad de los hechos, y a efectos de visualizar en orden las distintas consultas efectuadas, se realizará un relacionado de procedencias solo con los datos relevantes para este caso.

**1945.** *Compraventa*. X enajenó por título compraventa y modo tradición a JDH, casado en primeras nupcias con MLA, tres fracciones contiguas de campo, padrones 1111, 2222 y 3333, según escritura púbica autorizada por el Esc. VB el 21.12.1945, inscripta en el Registro correspondiente.

**1949.** *Declaratoria y tradición.* En escritura pública autorizada por el Esc. HLF el 18.7.1949, debidamente inscripta en el Registro correspondiente, comparecieron los cónyuges JDH y MLA; los cónyuges JHH y MNB; los cónyuges LEsH y JM; los cónyuges SMH y JEC; LEdH, soltero, y MHH, soltera, y declararon:

— Que por razones circunstanciales, la compra del año 1945 relacionada se hizo solo a nombre de JDH, pero el dinero con que se pagó el precio era suyo y de sus cinco hermanos —JHH, LEdH, MHH, LEsH y SMH—, en las proporciones que se dirán.
— Que JDH declara expresamente, con la conformidad de su cónyuge y la aceptación de los demás, que el inmueble descripto pertenece en común y proindiviso a los seis hermanos en las siguientes cuotas: JDH, 18,833 %; JHH, 17,833 %; LEdH, 17,333 %; MHH, 15,335 %, LEsH, 15,333 %, y SMH, 15,333 %.
— Que la tradición ha quedado consumada, ya que queda condómino ha tomado posesión por anticipado.
— Que JDH declara expresamente que extrae de su dominio mediante esta declaratoria la cuota proporcional que transmite a cada uno de sus hermanos.

**Primera consulta.** Con esta declaratoria traslativa de dominio, otorgada por todos los hermanos, con tradición, ¿se produciría la adquisición de esas

cuotas partes por los restantes hermanos y con carácter ganancial (en especial, de SMH, quien será la futura adjudicataria, junto con su cónyuge)?

A continuación, se distinguirán las procedencias de los actuales padrones 4444 y 5555.

**Procedencias del padrón actual 4444**

**1959.** *Partición.* En escritura pública autorizada por el Esc. HLF el 14.9.1959, cuya primera copia fue inscripta en el Registro correspondiente, JDH y MLA, casados en únicas nupcias; JHH y MNB, casados en únicas nupcias; LEsH y JM, casados en únicas nupcias; SMH y JEC, casados en únicas nupcias; LEdH, soltero, y MHH, soltera, otorgaron partición de diversos bienes que tenían en común, adjudicándosele a los cónyuges SMH y JEC, entre otros, la fracción 2 del padrón 1111 (que proviene del inmueble relacionado).

**Segunda consulta.** Por la declaratoria traslativa de dominio del año 1949, la cuota parte de la que eran propietarios los cónyuges adjudicatarios en el padrón 1111 tenía naturaleza ganancial. Pero, además, en esta partición fueron incluidos bienes que habían sido recibidos por herencia por la señora SMH. Se consulta si la fracción 2 del inmueble padrón 1111 aquí adjudicada sigue teniendo naturaleza ganancial o si el que hubiera bienes propios de la esposa incluidos en el haber global partible afecta de alguna manera la naturaleza y la cuota parte en la adjudicación de la fracción 2 del padrón 1111 a los cónyuges JEC-SMH.

**1979.** *Sucesión.* JEC falleció intestado el 23.7.1979, casado con SMH. Su sucesión se tramitó y se declararon herederos del causante a sus tres hijos legítimos: MSTCH, JLFCH y JEMCH, sin perjuicio de los derechos de la cónyuge supérstite, SMH, por sus gananciales. Se incluyó como bien ganancial a la fracción 2 referida, empadronada en ese momento con el número 6666.

**Tercera consulta.** ¿El inmueble está bien incluido como ganancial en la sucesión?

**1984.** *Compraventa de 1/6.* Por escritura autorizada por el Esc. R el 27.10.1984, cuya primera copia fue inscripta en el Registro correspondiente, los cónyuges JLFCH y YNM enajenaron por título compraventa y modo tradición a SMB, casada en segundas nupcias con JEMCH, la sexta parte indivisa del inmueble padrón 6666 relacionado. Surge de la cláusula quinta que la compraventa se otorga en cumplimiento de promesa no inscripta suscripta por las partes el 7.2.1983.

**Cuarta consulta.** ¿Es necesario exigir la agregación a los títulos de dicha promesa de compraventa?

**Procedencias padrón actual 5555**

**1959.** *Partición.* En escritura pública autorizada por el Esc. HLF el 14.9.1959, cuya primera copia fue inscripta en el Registro correspondiente, JDH y MLA, casados en únicas nupcias; JHH y MNB, casados en únicas nupcias; LEsH y JM, casados en únicas nupcias; SMH y JEC, casados en únicas nupcias; LEdH, soltero, y MHH, soltera, otorgaron partición de diversos bienes que tenían en común, adjudicándosele a MHH la fracción 3 del padrón 1111.

**1988.** *Sucesión.* MHH, soltera, falleció intestada el 5.2.1988. Su sucesión se tramitó y se declararon herederos a sus cinco hermanos: LEsH, JDH, SMH, JHH y MCH, sin perjuicio de las cesiones de derechos hereditarios a referirse. En la relación de bienes se incluyó la totalidad de la fracción 3, ahora con el padrón 5555. El certificado de resultancias de autos fue inscripto en el Registro correspondiente.

**1988.** *Cesión de derechos hereditarios a título gratuito.* Por escritura pública autorizada por el Esc. JO el 3.4.1988, JDH, viudo de MLA, donó los derechos hereditarios que tenía en la sucesión de MHH a JBHA (1/5), JHHA (1/5), LEHA (1/5), MEHA (1/5), JACH (1/10) y ALCH (1/10). El nombrado donante falleció el 23.9.1993.

**1988.** *Cesión de derechos hereditarios a título oneroso.* Por escritura pública autorizada por el Esc. JO el 2.5.1988, LEsH cedió a título oneroso los derechos hereditarios que tenía en la sucesión de MHH a JBHA, casado con ON; JHHA, casado con MA, y LEHA, casado con MN, el 79,88 %, y a JACH y ALCH, solteros, el 20,12 %.

**1988.** *Cesión de derechos hereditarios a título oneroso.* Por escritura pública autorizada por el Esc. JO el 10.5.1988, MCH cedió a título oneroso los derechos hereditarios que tenía en la sucesión de MHH a: JBHA, casado con ON; JHHA, casado con MA, y LEHA, casado con MN, el 79,88 %, y a JACH y ALCH, solteros, el 20,12 %.

**1988.** *Partición.* Surge de la escritura pública autorizada por el Esc. JO el 1.9.1988 que se otorgaron dos particiones: una en el capítulo primero, otra en el capítulo segundo.

La primera partición refiere a un condominio que existía entre todos los herederos y cesionarios de derechos hereditarios mencionados de MHH, más los cónyuges JAC y ECH. El inmueble en condominio se fraccionó y surgieron diversas fracciones, que fueron adjudicadas a los copropietarios.

La segunda partición es de un inmueble quedado al fallecimiento de MHH, el que fue fraccionado; la partición fue otorgada exclusivamente por todos los herederos y cesionarios de derechos hereditarios mencionados, esto es, JHH, viudo de MNB; SMH, viuda de JEC; los cónyuges JBHA y ON; los cónyuges JHHA y MA; los cónyuges LEHA y MN; MEHA,

casada con RF; JACH, soltero, y ALCH. En esta partición se le adjudicó a SMH el padrón en mayor área 5555 —antes, padrón 1111 en mayor área—, con una superficie de 322 hectáreas y 1.942 metros, señalada como fracción «A» en el plano. La primera copia fue inscripta en el Registro correspondiente.

La fracción «A» referida surge del plano de fraccionamiento realizado por el Agr. RT, inscripto en la Dirección General de Catastro el 20.5.1988. Surge de dicho plano una nota que dice: «La fracción "A" se deslinda al solo efecto de anexarla al inmueble lindero, propiedad de SMH». El inmueble lindero es el relacionado precedentemente, que se encontraba en condominio entre SMH y sus hijos, es decir, no era propiedad exclusive de SMH.

Manifiesta el consultante que la Dirección General de Catastro, a pesar de esa nota y de que el predio queda enclavado sin salida y sin servidumbre ni senda de paso, adjudicó a dicha fracción el número de padrón individual 5555 —le mantuvo el número del padrón en mayor área— y que la anexión nunca se realizó.

**Quinta consulta.** ¿Es viable, en una misma escritura, otorgar dos particiones de distintas indivisiones, con distintos copartientes y adjudicaciones independientes?

**Sexta consulta.** ¿Qué trascendencia jurídica tiene la nota que figura en el plano, en cuanto a que esa fracción «A» se deslindaba al solo efecto de ser anexada al padrón lindero, así como la consecuencia de no haberlo hecho y que se haya continuado actuando con esa fracción como un padrón independiente en dos particiones y una sucesión que se relacionarán?

### Procedencia común a los padrones 4444 y 5555

Hasta lo aquí expuesto:

— El padrón 6666, luego en menor área 4444, pertenece: 3/6 a SMH (exganancial); 1/6 a MSTCH (propio); 1/6 a JEMCH (propio) y 1/6 a SMB, ganancial con JEMCH.

— El padrón 5555 pertenece a SMH (propio).

**1990.** *Sucesión.* SMH falleció intestada el 9.1.1990, viuda de sus únicas nupcias con JEC. Su sucesión se tramitó. Se declararon únicos y universales herederos de la causante a sus hijos legítimos, MSTCH, JLFCH y JEMCH. En la relación de bienes se incluyó la mitad indivisa del padrón 6666 y la totalidad del padrón 5555 en mayor área, fracción «A». El certificado de resultancias de autos se inscribió en el Registro correspondiente.

**1990.** *Plano de fraccionamiento.* El inmueble padrón 6666 fue fraccionado, según plano de mensura y fraccionamiento realizado por el Agr. JR, inscripto en la Dirección General de Catastro el 23.10.1990, dando origen a dos fracciones. A la fracción número 2 se le adjudicó el padrón 4444.

Hasta lo aquí expuesto:

— el padrón 4444 pertenece: 3/6 a MSTCH, JLFCH y JEMCH (propio); 1/6 a MSTCH (propio); 1/6 a JEMCH (propio), y 1/6 a SMB (ganancial con JEMCH).

— el padrón 5555 pertenece a MSTCH, JLFCH y JEMCH (propio).

**1990.** *Partición*. Surge de la escritura pública autorizada por la Esc. MRD el 26.12.1990 que comparecieron MSTCH; los cónyuges JLFCH y YNM, y los cónyuges JEMCH y SMB a otorgar partición parcial de los bienes que tienen en condominio. En la cláusula tercera se establecen las cuotas de dominio que corresponden a cada condómino; con relación a los cónyuges JEMCH y SMB se expresa:

— padrón 6666: 1) por herencia de JEC, 1/6; 2) por compra efectuada por SMB, 1/6; 3) por herencia de SMH, 1/6;

— padrón 5555: por herencia de su madre, 1/3.

Al momento de partir se les adjudica a los esposos JEMCH y SMB los inmuebles padrones 6666 y 5555, sin distinguir de manera expresa la naturaleza de los bienes adjudicados.

**Séptima consulta.** ¿Estos bienes corresponden a los cónyuges JEMCH-SMB? ¿En qué respectiva proporción? ¿Cuál es la trascendencia jurídica del hecho de que se les haya adjudicado a ambos cónyuges un bien que tenía naturaleza propio de uno de ellos?

**1998.** *Partición*. Según escritura pública autorizada por la Esc. MP el 30.6.1998, cuya primera copia expedida para el adjudicatario que se dirá fue inscripta en el Registro correspondiente, JEMCH y SMB, divorciados entre sí, otorgaron partición de los bienes quedados a la disolución de la sociedad conyugal que integraban y de los que tenían en forma contractual.

En el cuerpo general de bienes de dicha escritura se incluye el 30,28316 % de los padrones 5555 y 4444, y un inmueble ubicado en Montevideo. A JEMCH se le adjudica el 30,28316 % de los padrones 5555 y 4444, mientras que a SMB se le adjudica el inmueble de Montevideo.

De la constancia notarial «C» de dicha escritura resulta la procedencia de los inmuebles. Se establece que los padrones 5555 y 4444 fueron adjudicados a JEMCH y a SMB en la partición del año 1990 relacionada, y que de dicha escritura surge que a JEMCH le correspondió en estos inmuebles un 69,71684 % en carácter de propio, y a los esposos JEMCH-SMB, un 30,28316 % de carácter ganancial.

De acuerdo con la interpretación del consultante, no correspondía incluir en el caudal partible el padrón 5555 por ser un bien propio de JEMCH; y con relación al padrón 4444, correspondía incluir un tercio —33,33333 %—, en lugar del 30,28316 % establecido.

**Octava consulta.** ¿Cuál es la consecuencia de incluir en el haber parti-

ble una cuota parte indivisa del padrón 5555, el que no se encontraba en indivisión por ser un bien propio de JEMCH?

**Novena consulta.** ¿Cuál es la consecuencia de que se haya incluido, con relación al padrón 4444, un porcentaje menor al que correspondía (30,28316 %, en lugar de un tercio)? ¿Permanece la diferencia entre 33,33333 y 30,28316 % en indivisión? ¿Puede otorgarse una declaratoria entre SMB y los herederos de JEMCH para subsanar el error?

**2011.** *Sucesión.* JEMCH falleció intestado el 28.7.2011, casado en segundas nupcias con RMCC. Su sucesión se tramitó. Se declararon herederos del causante a sus hijos, MCB, CCC y SCC, sin perjuicio de los derechos de la cónyuge, RMCC, por su porción conyugal. El respectivo certificado de resultancias de autos fue inscripto en el Registro correspondiente. En la relación de bienes de esta sucesión se incluyó la totalidad de los padrones 5555 y 4444.

**Décima consulta.** ¿Es correcto que se haya incluido en la relación de bienes la totalidad del inmueble padrón 4444, teniendo en cuenta que en la partición del año 1998 se incluyó el 30,28316 %, en lugar del 33,33333 %?

**Undécima consulta.** De acuerdo con la relación de hechos efectuada por el consultante, el primer domicilio matrimonial de JEMCH y RMCC fue en México, y de acuerdo con el artículo 188 del Código Civil mejicano, los bienes adquiridos con anterioridad al matrimonio conservan la calidad de propios, salvo que se los hubiera incorporado a la sociedad conyugal por capitulaciones matrimoniales. De la información registral no surge inscripción alguna respecto a capitulaciones matrimoniales otorgadas por los cónyuges referidos. Se consulta con relación a ello: ¿los derechos de RMCC son solo por porción conyugal?

## Informe de la Comisión de Derecho Civil

### Respuesta a la primera consulta

Según Bobbio (cit. por Rodríguez Russo, 2006: 55), *interpretar* es comprender el significado de un signo determinado, comprender la cosa que el signo indica. El lenguaje humano es un conjunto de signos y, como tal, exige interpretación. A través de las palabras (signos) se quiere expresar una idea (cosa), y al interpretar se intenta comprender cuál es la idea (cosa) que se quiere transmitir a través de las palabras (signos).

Los hechos que están sujetos a interpretación cuando interviene un escribano, en su mayoría, son negocios jurídicos. En materia negocial, la

actividad interpretativa es el proceso por el que se busca comprender cuál es el contenido del negocio, y en la especie negocial-contractual, cuál es el contenido del acuerdo contractual (Caffera, 2018: 426; Ordoqui Castilla, 2016: 25).

Rodríguez Russo (2006: capítulo II) sostiene que el análisis de un contrato requiere transitar diversas etapas, que comienzan con la fijación de los hechos acontecidos, la interpretación de esos hechos, la calificación del contrato y la subsunción que implica aplicar al negocio ya interpretado y calificado las normas legales propias del negocio, así como efectuar la integración que corresponda (Rodríguez Russo, 2006: 71). Este autor (2006: 147) distingue una finalidad *inmediata* y otra *mediata* de la interpretación: la primera consiste en atribuir un significado a lo que se interpreta, y la segunda, en poder, a partir del significado atribuido, calificar al contrato, examinar su regularidad, etcétera.

Comparto lo expuesto por dicho autor. Desde el punto de vista notarial, cuando el escribano estudia un título, interpreta el negocio con una finalidad inmediata, que consiste en atribuir significado a lo que dispusieron las partes, y una finalidad mediata, que consiste en poder, a partir de esa atribución de significado, calificar el negocio, determinar cuál es la regulación aplicable y verificar que el negocio haya cumplido con los requisitos de existencia, validez y eficacia normativos, es decir, que los hechos se hayan ajustado a las exigencias normativas para producir los efectos buscados.

Los contratos —los negocios en general— se clasifican en *típicos* o *atípicos*, según estén comprendidos o no por una regulación propia en el ordenamiento jurídico. El artículo 1260 del Código Civil admite la libertad tipológica, es decir, que las propias partes elaboren una configuración negocial distinta a las predeterminadas por la ley, al disponer que los contratos, haya o no denominación particular, están sujetos a los mismos principios generales.

Una vez interpretados los hechos, se identifica la causa del negocio y se lo califica. La calificación consiste en ubicar el negocio dentro de una categoría predeterminada por la ley —negocios típicos— o elaborada por la doctrina —negocios atípicos—, para poder aplicar la normativa correspondiente (Rodríguez Russo, 2006: 70). Vale destacar que la calificación que realicen las partes no es vinculante, y el operador jurídico puede concluir que el negocio celebrado, por su contenido, es distinto al que puede surgir de su rótulo; ello porque, como señala Rodríguez Russo (2006: 68), la calificación se deduce del contenido del negocio y no del nombre elegido por las partes para rotularlo, y corresponde al ámbito de los efectos, en el que la voluntad de las partes no cuenta.

En el caso planteado, a pesar de que la escritura se rotula «Declaratoria y tradición», el contenido no es una mera declaratoria, sino una verdadera enajenación, pues resulta de la manifestación de voluntad de las partes que la causa del negocio consiste en «extraer» del patrimonio de JDH cuotas partes indivisas del inmueble y transmitírselas a sus hermanos en pro-

porción a la parte del precio que cada uno de ellos aportó para la compra del inmueble, y eso fue lo que efectivamente realizaron.

Mediante la presente escritura, JDH, con la conformidad de su cónyuge, enajenó a sus hermanos las cuotas partes indivisas referidas mediante un título y un modo. El modo fue la tradición. Con relación al título, entendido como la causa que justifica la enajenación, pueden efectuarse diversas interpretaciones. Una es que en la compra de 1945, JDH actuó en nombre propio pero en interés propio y de sus hermanos, produciéndose así una situación de representación indirecta —denominada por parte de la doctrina como «mandato sin representación»), y, por lo tanto, la propiedad la adquirió JDH, pero con la obligación de transferir a sus hermanos la cuota correspondiente a cada uno de ellos; desde esta interpretación, el título es la obligación de transferir que surge de la actuación como representante indirecto, y mediante la tradición que resulta de esta escritura se cumple esa obligación. Otra interpretación consiste en que debido a que parte del precio de la compraventa de 1945 fue pagado por sus hermanos, estos tenían un crédito contra JDH, y en pago de ese crédito, mediante la presente escritura, JDH transfiere a sus hermanos la cuota parte indivisa correspondiente a cada uno de ellos. En cualquier caso, es claro que, mediante la escritura relacionada, JDH enajenó las cuotas partes indivisas mencionadas a sus hermanos.

Se trata de una adquisición a título oneroso y, como tal, es una causa de adquisición ganancial (C. Civil, art. 1955). Con relación a los cónyuges referidos, dando por hecho que tenían sociedad conyugal vigente, se presume que la adquisición tiene naturaleza ganancial (C. Civil, art. 1964), salvo que se pruebe lo contrario.

## Respuesta a la segunda consulta

La doctrina,[15] en general, admite que en una misma partición se dividan bienes de diverso origen —*partición de indivisiones confundidas*—, siempre que exista acuerdo entre los coindivisarios en partir las indivisiones de manera conjunta y los copropietarios sean las mismas personas. Es decir, si las mismas personas son coindivisarias de bienes de diverso origen, cada coindivisario tiene derecho a solicitar la partición de cada indivisión por separado, y ninguno de los coindivisarios puede imponer a otro partir las indivisiones de manera conjunta. No obstante, si todos están de acuerdo en confundir las indivisiones y formar un solo cuerpo general de bienes a efectos de las adjudicaciones, el negocio es viable y califica como «partición». La aceptación de partir las indivisiones de manera conjunta significa la renuncia al derecho a partir las indivisiones de manera separada.

Una cuestión discutible es qué ocurre si en una misma partición se incluyen bienes en las que algunos de los copropietarios tienen cuotas de

15 A vía de ejemplo, véase Vaz Ferreira (1991*a*: 187 y ss.) y Arezo Píriz (2008*a*: 211 y ss.).

naturaleza propia y cuotas de naturaleza ganancial. El negocio es admisible, pero resultan algunas preguntas, tales como: ¿califica ese negocio como «partición» o como «partición y paga»? ¿Qué naturaleza tienen los bienes que se adjudican?

La calificación del negocio como solo «partición» o como «partición y paga por entrega de bienes» dependerá del caso concreto. Con criterio general, a nuestro entender, un negocio en el que se parten indivisiones confundidas en las que un copropietario tiene cuotas propias y gananciales califica como partición, salvo que de la interpretación del negocio resulte que la intención fue otorgar partición y paga por entrega de bienes.

A su vez, una vez calificado como partición, el criterio adecuado para determinar si un bien adjudicado por partición es propio o ganancial consiste en que si la cuota sobre ese bien era totalmente propia, el bien adjudicado será propio; si la cuota sobre ese bien era totalmente ganancial, el bien adjudicado será totalmente ganancial, y si sobre ese bien existían cuotas propias y cuotas gananciales, el bien adjudicado será parte propio y parte ganancial en proporción a las cuotas propias y gananciales. Ello, sin perjuicio de los créditos por recompensas que puedan surgir entre cada cónyuge y la sociedad conyugal (y viceversa).

Lo expuesto, sin perjuicio de que si el acuerdo de partir indivisiones confundidas, en lugar de otorgar particiones separadas, se efectúa en fraude al cónyuge no administrador, este puede pretender, en tiempo y forma, la inoponibilidad de dicho acuerdo en base a los artículos 1974 y 2003 del Código Civil, situación que no es la planteada en este caso particular. En el caso concreto se otorgó una partición de indivisiones confundidas en la que se incluyeron bienes respecto de los que SMH tenía cuotas propias y bienes en los que tenía cuotas gananciales. La cuota de la señora SMH sobre la fracción 2 del inmueble padrón 1111 tenía naturaleza ganancial con JEC, y dicho inmueble se le adjudicó a ella; por lo tanto, de acuerdo con el criterio referido, dicha fracción adjudicada tiene naturaleza ganancial de ambos cónyuges. Esto, como se dijo, sin perjuicio de las recompensas que la sociedad conyugal deba a SMH como consecuencia de las adjudicaciones efectuadas.

### Respuesta a la tercera consulta

De acuerdo con lo expuesto, el inmueble de referencia tenía naturaleza de ganancial; por lo tanto, es correcta la inclusión como bien ganancial en la sucesión de JEC.

### Respuesta a la cuarta consulta

No es necesario agregar a la titulación el documento de promesa referido: por los años transcurridos, es posible oponer la prescripción frente a cualquier acción que se pretenda con relación a él.

## Respuesta a la quinta consulta

Corresponde distinguir entre *partición de indivisiones confundidas* y *particiones independientes otorgadas en una misma escritura*.

Se otorga una partición de indivisiones confundidas cuando las mismas personas son copropietarias de bienes de distinto origen y, voluntariamente, deciden partir las diversas indivisiones en conjunto, en una sola partición. En cambio, cuando en una misma escritura se otorgan dos particiones independientes de dos indivisiones, nos encontramos ante dos negocios jurídicos en un mismo instrumento; en este caso, también es necesario que cada partición sea otorgada por todos los condóminos, pero al tratarse de dos particiones independientes de dos indivisiones, nada impide que los condóminos de una partición sean distintos a los condóminos de la otra.

## Respuesta a la sexta consulta

El plano referido fue inscripto en Catastro en el año 1988. Los requisitos para que un inmueble adquiera independencia jurídica han cambiado con el tiempo.

Si nos ubicamos en el año 1988, para que un inmueble rural ubicado en el departamento de Salto adquiriera autonomía jurídica bastaba con que se deslindara en base a un plano, el que correspondía inscribir en la oficina correspondiente de Catastro, salvo que alguna de las fracciones fuese menor a 5 hectáreas, pues en ese caso, con criterio general —hay excepciones—, era necesaria, además, la autorización del gobierno departamental (ley 10.723, art. 2.º). En el caso concreto, ninguna de las fracciones que resultan del fraccionamiento tiene una superficie menor a 5 hectáreas; por lo tanto, adquirieron independencia jurídica y pueden enajenarse individualmente.

El hecho de que se haya establecido una nota en el plano, en el sentido de que la fracción «A» se deslinda al solo efecto de ser anexada al padrón lindero, en este caso, no cambia la situación porque la fracción igualmente tiene autonomía jurídica para ser objeto de negocios, de acuerdo con la ley. Distinto sería el caso si la fracción, por su superficie, solo tuviera autonomía para ser anexada al lindero pero no para otros negocios. Esto ocurre, por ejemplo, cuando se grafica en zona urbana una fracción pequeña (por ejemplo, de 50 metros) con autorización del gobierno departamental (ley 10.723, art. 12) a los solos efectos de ser anexada al inmueble padrón lindero sin aumentar el número de predios independientes; en ese caso, la fracción de 50 metros, por su superficie, adquiere autonomía solo para ese negocio y no puede enajenarse en forma independiente.

Sin embargo, en el caso planteado, la situación es diferente, porque la fracción, por su superficie, tiene autonomía jurídica para ser enajenada de manera independiente, no solo para anexarla al padrón lindero. Por tal razón, la fracción puede ser objeto de los negocios que en este caso se otorgaron con posterioridad, aunque no se haya anexado al lindero. La Direc-

ción Nacional de Catastro le confirió un número de padrón independiente a la fracción mencionada, reconociéndole su autonomía jurídica, lo cual es coherente con lo aquí expuesto.

El consultante manifiesta que la fracción «A» es un predio que ha quedado enclavado, sin salida y sin servidumbre ni senda de paso. Al respecto, el hecho de que no se haya establecido en el plano una servidumbre de paso no le quita a la fracción «A» la autonomía jurídica que ya obtuvo y que fue reconocida por Catastro al empadronarla individualmente. Sin embargo, dicha situación genera la necesidad de considerar, de acuerdo con la normativa, a través de qué predio dicha fracción tendrá salida al camino público, y en caso de que se concluya que se ha gravado con servidumbre de paso a un predio ajeno, proceder a realizar el plano correspondiente.

Con relación a la servidumbre de paso, el artículo 587 del Código Civil establece: «Si se vende o permuta alguna parte de un predio o si se adjudica a cualquiera de los que lo poseían proindiviso y en consecuencia esta parte viene a quedar separada del camino, se entenderá concedida a favor de ella una servidumbre de paso sin indemnización alguna (artículo 931)». Esto significa que si la fracción «A», adjudicada a SMH, no tuviera acceso a camino público —por ejemplo, a través de otro predio de la señora SMH—, en la propia adjudicación de esa fracción a SMH se entendería concedida a favor de ella una servidumbre de paso. Sin embargo, en el caso concreto, la referencia en el plano a que dicha fracción se anexará al lindero —perteneciente a SMH y a los herederos de su cónyuge— conduce a interpretar que la voluntad de los copartientes fue que la fracción «A» pudiera acceder al camino a través del inmueble lindero que pertenece a SMH y a los herederos de su cónyuge. Ello explica por qué en el plano no se establece una servidumbre de paso.

Si el inmueble padrón lindero hubiera pertenecido en ese momento exclusivamente a SMH, la fracción «A» tendría salida al camino público a través de ese predio perteneciente a la misma persona (C. Civil, art. 586), con lo que sería innecesaria la servidumbre. La incertidumbre se genera porque el padrón lindero pertenecía en ese momento a SMH y a los herederos de su cónyuge.

De cualquier modo, cualquier duda al respecto se disipa desde que, a través de las particiones otorgadas con posterioridad, la referida fracción «A», así como el padrón lindero al cual se proyectaba anexar (4444, antes padrón 6666), pasan a ser propiedad de JEMCH. Al reunirse en una sola persona la propiedad de la fracción «A» y la del predio lindero, deja de ser indispensable para el predio dominante la servidumbre de paso a través de otro predio (C. Civil, art. 586).

### Respuesta a la séptima consulta

De acuerdo con lo ya expuesto, la calificación del negocio como solo «partición» o «partición y paga por entrega de bienes» dependerá del caso

concreto. Con criterio general, un negocio en el cual se parten indivisiones confundidas en las que un copropietario tiene cuotas propias y gananciales califica como partición, salvo que de la interpretación del negocio resulte que la intención fue otorgar partición y paga por entrega de bienes. A su vez, como se dijo, una vez calificado como partición, el criterio adecuado para determinar si un bien adjudicado por partición es propio o ganancial consiste en que si la cuota sobre ese bien era totalmente propia, el bien adjudicado será propio; si la cuota era totalmente ganancial, el bien adjudicado será totalmente ganancial, y si sobre ese bien existían cuotas propias y cuotas gananciales, el bien adjudicado será parte propio y parte ganancial, en proporción a las cuotas propias y gananciales (lo dicho, sin perjuicio de los créditos por recompensas que puedan surgir entre cada cónyuge y la sociedad conyugal).

En el caso concreto, en el desarrollo de la escritura se establece el origen de los derechos, con determinación de que la cuota sobre el padrón 5555 es propia de JEMCH, y la cuota sobre el padrón 6666, parte propia y parte ganancial. Sin embargo, al adjudicar los bienes no se efectúa ninguna distinción.

Al no distinguirse, consideramos que el criterio interpretativo adecuado consiste en que el inmueble adjudicado cuya cuota era exclusivamente propia de JEMCH es propio de este, y el inmueble cuya cuota era parte propia y parte ganancial, parte propio y parte ganancial, en proporción a dichas cuotas. Por lo tanto:

*a*) el inmueble padrón 6666 pertenece a los cónyuges en las siguientes proporciones: 2/3 a JEMCH con naturaleza de propio; 1/3 a SMB con naturaleza de ganancial con JEMCH;
*b*) el inmueble padrón 5555 pertenece en su totalidad a JEMCH, con naturaleza de propio.

### Respuesta a la octava consulta

El inmueble padrón 5555 ya pertenecía a JEMCH en su totalidad con naturaleza de propio. La inclusión de un porcentaje del bien en la partición puede deberse a:

1. Que, por error, se consideró que un porcentaje del bien era ganancial. En dicho caso, si bien la adjudicación del porcentaje de ese inmueble a JEMCH no tiene validez por falta de causa —el adjudicatario ya era propietario del bien—, dicha situación no afecta la eficacia del resto de las adjudicaciones. El error pudo haber generado una lesión contra JEMCH por haber recibido un valor menor al que le correspondía. La consecuencia habría sido que si la lesión hubiera excedido de una cuarta parte de lo que le correspondía a JEMCH, podría haber iniciado la acción rescisoria de la partición por lesión

(C. Civil, art. 1161).[16] La posibilidad de iniciar dicha acción caducó por haber transcurrido más de cuatro años desde el otorgamiento de la partición (C. Civil, art. 1162).

2. Que hubieran existido discrepancias entre los copartientes respecto a si una cuota parte indivisa del inmueble era ganancial o no, y hubieran puesto fin a un litigio pendiente o eventual a través de una partición transaccional, adjudicándole el porcentaje controvertido al señor JEMCH.

En cualquiera de las dos hipótesis, el inmueble padrón 5555 pertenece a JEMCH; por lo tanto, en lo referente al estudio de títulos del inmueble, la situación en la actualidad es irrelevante.

## Respuesta a la novena consulta

Del contexto interno del texto de la escritura surge con claridad que la voluntad de las partes fue adjudicar a JEMCH la totalidad de los derechos que sobre el inmueble referido se encontraban en indivisión, ya que en la constancia notarial «C» se establece que a JEMCH le correspondía en el inmueble un 69,71684 % en carácter de propio, y que a los esposos JEMCH y SMB le correspondía un 30,28316 % de carácter ganancial.

Al detallar los porcentajes se cometió un error aritmético en el cálculo de la cuota que era ganancial y la que era propia, lo que no invalida la adjudicación (art. 1270 CC): esta, reitero, de acuerdo con una interpretación contextual, refiere a la totalidad de los derechos gananciales sobre el inmueble.

No obstante ello, si existe la posibilidad de que SMB y los herederos de JEMCH otorguen una declaratoria en la que manifiesten que a JEMCH se le adjudicaron la totalidad de los derechos que se encontraban en indivisión —33,33333 %, con inclusión de cualquier otro porcentaje mayor, en caso de corresponder— y que, por lo tanto, la propiedad del inmueble pertenece en exclusividad a los herederos de JEMCH, ello sería de utilidad, a efectos de rectificar el texto del instrumento y volver incontrovertible dicha situación, aunque no es imprescindible.

16 Sobre error en la cuota como causa de lesión puede leerse Arezo Píriz (2008*b*: 393), Vaz Ferreira (1991*b*: 300), Anido (2007: 690) y Asociación de Escribanos del Uruguay (2015).

### Respuesta a la décima consulta

Como se expresó, de acuerdo con una interpretación contextual de la partición, la voluntad de las partes fue adjudicar a JEMCH la totalidad de los derechos que sobre el inmueble referido se encontraban en indivisión, mientras que el restante porcentaje ya le correspondía a esta persona en calidad de bien propio. Por lo tanto, es correcto incluir en su sucesión el 100 % del inmueble.

### Respuesta a la undécima consulta

En la eventualidad de que los cónyuges JEMCH y RMCC hubieren otorgado capitulaciones matrimoniales en el exterior, tenían la carga de inscribirlas en el Registro Nacional de Actos Personales de Uruguay para que fueran oponibles a terceros. En el caso planteado, no resulta de la información registral que se hayan otorgado capitulaciones matrimoniales; por lo tanto, existe una apariencia, en la que pueden legítimamente confiar los terceros, de que los bienes padrones 5555 y 4444 tienen naturaleza de propios de JEMCH, y que los derechos de la cónyuge sobreviviente, RMCC, son exclusivamente los relativos a la porción conyugal.

Esc. Juan Pablo Villar
Informante

### Bibliografía referida


Anido, Raúl (2007). «Del *favor partitiones* al error en cuota en la partición». En *Revista Crítica de Derecho Privado*, n.º 4 (oct.), pp. 679-690.

Arezo Píriz, Enrique (2008*a*). *Tratado de las particiones*, tomo I, 2.ª ed. Montevideo: Asociación de Escribanos del Uruguay.

—. (2008*b*). *Tratado de las particiones*, tomo II, 2.ª ed. Montevideo: Asociación de Escribanos del Uruguay.

Asociación de Escribanos del Uruguay (2015). «Partición. Error. Lesión». Comisión de Derecho Civil (informante: Américo Bianchi). En *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, tomo 101 (ene.-dic.), pp. 336-345.

Caffera, Gerardo (2018). *Obligaciones*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.

Ordoqui Castilla, Gustavo (2016). *Tratado de derecho de los contratos*, tomo VI, Uruguay. Montevideo: Amalio M. Fernández-Ediciones Del Foro.

Rodríguez Russo, Jorge (2006). *La interpretación del contrato*, 1.ª ed. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.

Vaz Ferreira, Eduardo (1991*a*). *Tratado de las sucesiones*, tomo VI, vol. 1. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.

— (1991*b*). *Tratado de las sucesiones*, tomo VI, vol. 2. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.

La Comisión de Derecho Civil aprueba el informe que antecede, con la conformidad de los Escs. Juan Pablo Villar, M.ª Beatriz Vázquez, M.ª Inés Casatroja, Javier Carneiro, M.ª del Rosario Marchese, Nicolás García, Laura Parnás, Ana Realini, Marcela Aldana, Adriana Silva, Priscila Ferreira y Rosana Monteverdi.

Esc. Juan Pablo Villar
Coordinador

*Informe aprobado por la Comisión Directiva Nacional de la AEU el 15.5.2023, expediente 2772/2023.*

## MODOS DE ADQUIRIR EL DOMINIO. ACCESIÓN. BIEN GANANCIAL. BIEN PROPIO

Resumen

*Accesión; mensura; planos catastrales; bien propio; bien ganancial; sociedad conyugal; sucesión.*

Informe: Civil

### Consulta

### I. Relación de hechos

**A.** Según escritura de 28.7.1965 autorizada por el Esc. PWC y cuya primera copia fue inscripta en el Registro de Traslaciones de Dominio de San José, CBGB, *soltero*, compro a los esposos en únicas nupcias ARLMR y OERR la propiedad y posesión de una fracción de terreno con lo edificado, construcciones y demás mejoras que le acceden, padrón n.º 1111, urbano, del departamento de San José —antes, en mayor área n.º 2222—, señalado con el número dos en el plano del Agr. MRB de diciembre de 1948, inscripto en la oficina de Catastro de San José el 12.2.1949. El terreno se compone de un área de *235 metros con 40 decímetros cuadrados* y se deslinda así: 10 metros al este-noreste, de frente a calle …, entre las de … y …, distando el punto medio 59 metros con 30 centímetros de esta; 10 metros al oeste-suroeste, con raíz de …; 23 metros con 50 centímetros al

norte-noroeste, con bien de …, y 23 metros con 58 centímetros al sur-sureste con la fracción «1» del mismo plano.

**B.** CBGB y HELM contrajeron matrimonio en San José el 30.12.1965.

**C.** Según escritura de 20.11.1970 autorizada por el Esc. RRB y cuya primera copia fue inscripta en el Registro de Traslaciones de Dominio de San José, CBGB, *casado* en únicas nupcias con HELM, compró a los cónyuges en únicas nupcias LABU y EDAM la propiedad y posesión de una fracción de terreno y sus mejoras, empadronada en mayor área con el número 3333, señalada con la letra «B» en el plano del Agr. DRBS del 7.2.1969, aprobado por el Municipio el 6.5.1969 e inscripto en la Dirección General de Catastro el 16.6.1969. La fracción tiene un área de *75 metros con 30 decímetros cuadrados* y se deslinda así: al norte, en 6 metros con …; al este, en 12 metros con 55 centímetros con el comprador y con …; al sur, en 6 metros con …, y al oeste, en 12 metros con 55 centímetros con los vendedores. La referida fracción «B» se deslinda y compra para ser incorporada al predio lindero, padrón n.º 1111.

**D.** Actualmente, de la cédula catastral informada del padrón n.º 1111 de fecha 18.3.2022 surge que: *a*) el área del predio es de 310 metros cuadrados, y el área edificada, de 124 metros cuadrados; y *b*) su composición grafica es: «PLANO REG. N.º … DE 12.2.1949 DEL AGR. MRB, y PLANO REG. N.º … DE 16.6.1969 DEL AGR. DRBS (FRACC. "B")».

**E.** Según sentencia de disolución de sociedad conyugal del Juzgado Letrado de San José de … Turno de fecha 20.9.1994, del expediente caratulado «CBGB y HELM. Disolución y liquidación de sociedad conyugal», ficha …/94, se decretó la disolución de la sociedad conyugal de CBGB y HELM, debidamente inscripta en el Registro Nacional de Actos Personales el 14.10.1994.

**F.** En Montevideo, 13.4.2021, falleció CBGB, casado en únicas nupcias con HELM y separado judicialmente de bienes, intestado. Dentro del matrimonio nacieron sus dos hijos legítimos: IAGL y AGL.

## II. Consulta

Como consecuencia del fallecimiento de CBGB, sus herederos están interesados en la apertura judicial de la sucesión, donde se incluye el hoy padrón n.º 1111 (compuesto por el padrón n.º 1111 y el padrón en mayor área n.º 3333, fracción «B»). Se consulta:

*a*) ¿Es posible determinar que el padrón principal —es decir, el n.º 1111— es de naturaleza propia y que la fracción «B» del padrón en mayor área n.º 3333 que le accede es solo un aumento de valor a lo que fue la sociedad conyugal?

*b*) ¿Debe entenderse que, con la disolución de la sociedad conyugal, el bien resultante es propio de CBGB, y que únicamente existe con relación a HELM un crédito por la fracción «B» del padrón en mayor área n.º 3333 (y, en consecuencia, incluir en la sucesión el padrón

n.º 1111 en su composición actual [padrón n.º 1111 y padrón en mayor área n.º 3333, fracción «B»] como 100 % propio del causante CBGB)?

*c*) En caso contrario, ¿cómo deberían determinarse la naturaleza y los porcentajes en la sucesión? ¿Deben incorporase los padrones a la sucesión como separados o deben entenderse como un único bien, conforme a los principios de la accesión (ya que una fracción la compró soltero y la otra casado, y la segunda fracción —fracción «B» del plano n.º … del 16.6.1969 del Agr. DRBS— fue deslindada a los solos efectos de ser incorporada a la primera)?

## III. Opinión del consultante

En primer lugar, nos encontramos ante una situación práctica en la que cohabitan varios principios. Debe entenderse que la fracción principal es el padrón n.º 1111, el cual ya se encontraba edificado y el que el causante CBGB compró soltero. Luego contrajo matrimonio; nació así la sociedad conyugal y comenzaron a regir sus principios. Es así que compró la fracción «B» del padrón en mayor área n.º 3333. Ahora bien, esta fracción «B», conforme a su título de propiedad y plano de mensura, se compra para ser incorporada al predio lindero, padrón n.º 1111. No obstante, esa sociedad conyugal ya se disolvió, por lo que ya no existen bienes gananciales. En consecuencia, por los principios de la accesión, si bien en sede de bienes inmuebles no hay una norma aplicable, podemos, conforme al artículo 16 del Código Civil, sustraer el principio del capítulo «De la accesión respecto de las cosas muebles» y determinar que, siendo el padrón n.º 1111 el principal y la fracción «B» del padrón en mayor área n.º 3333 la accesoria, esta última fue un aumento de valor de la sociedad conyugal; que el bien padrón n.º 1111, en su actual composición —padrón n.º 1111 y padrón en mayor área n.º 3333, fracción «B»—, debe considerase de naturaleza propia y 100 % del causante CBGB, y que se generó únicamente con respecto al cónyuge HELM un crédito que por concepto de recompensa le corresponde percibir, producto de la disolución de la sociedad conyugal.

## Informe de la Comisión de Derecho Civil

**1.** En materia de accesión de inmueble a inmueble —la llamada *accesión horizontal*—, enseña Cestau (1937: 182) que en nuestro derecho hay cuatro especies: *a*) aluvión; *b*) avenida o avulsión; *c*) formación de islas, y *d*) cambio de cauce. Howard (2022: 153) es de la misma opinión.

La regulación legal es actualmente la dispuesta por el Código de Aguas (decreto-ley 14.859, de 15 de diciembre de 1978), que derogó los artículos 752 a 757 del Código Civil.

**2.** En el caso sometido a consulta no se da una situación de accesión en el concepto que corresponde aplicar para este modo de adquirir.

El inmueble que se anexa a otro inmueble no se incorpora naturalmente a él. Lacruz Berdejo (cit. por Howard, 2022: 208) expresa: «*La aproximación entre dos inmuebles es ordinariamente imposible por el propio concepto de estos*. Pero deviene posible cuando interviene un fluido; en particular, las fuerzas de las aguas de un río» (destacado nuestro).

**3.** La propiedad está sujeta a limitaciones que responden a razones de interés general. La propiedad inmueble urbana y suburbana están regidas por el Código Civil, por las leyes de centros poblados y de ordenamiento territorial y desarrollo sostenible, y sus modificativas.

En especial, en lo que dice relación con el caso, existen normas que establecen áreas mínimas en materia de fraccionamiento de tierras. La normativa vigente permite la división de un predio y así generar un área menor a la exigida al solo efecto de su anexión a un predio lindero. No debe confundirse el modo de adquirir el dominio de un bien con las limitaciones impuestas por la ley.

En ese orden de ideas, la fracción «B» fue adquirida por compraventa y tradición por CBGB, casado en únicas nupcias con HELM bajo el régimen de la sociedad legal de bienes. En virtud de las limitaciones vigentes en materia de fraccionamiento de tierras, inexistentes en el régimen del Código Civil, la fracción «B» se deslindó al solo efecto de ser incorporada al predio lindero, propiedad de CBGB, que es de carácter de propio.

**4.** No corresponde recurrir a la aplicación por analogía de las normas sobre accesión de muebles porque la situación planteada está resuelta por el Código Civil, en estricto respeto al modo de adquirir por tradición y en total correspondencia con la disímil valoración legal de los inmuebles y los muebles (*res mobilis res vilis*).

**5.** El artículo 464 del Código Civil y Comercial de la Nación argentino (ley 26.994, vigente desde el 1.º de enero de 2016), que refiere a la adquisición de partes indivisas por el cónyuge que ya era propietario de partes del mismo bien, va en el sentido contrario al de nuestro artículo 1956, que establece la propiedad proindiviso entre el adquirente y la sociedad conyugal que integra. De otra parte, el referido Código no dispuso en la forma pretendida en el informe en materia de accesión de inmueble a inmueble.

**6.** Cabe señalar que la cédula catastral respectiva informa fehacientemente que la composición gráfica del padrón refiere a los dos planos.

## Conclusión

Por lo expuesto, se concluye que el padrón de la referencia, con su área actual, incrementada por la anexión, es propiedad de CBGB con carácter de propio el área a que refiere el plano anterior, y ganancial relativa a la fracción incorporada.

Esc. Roque Molla
Redactor

## Bibliografía referida

Cestau, Saúl D. (1937). *Modos de adquirir el dominio: ocupación y accesión*. Montevideo: Claudio García y Cía. Editores.

Howard, Walter (2022). *Modos de adquirir*, 4.ª ed. corr. y ampl. Montevideo: Universidad de Montevideo, Facultad de Derecho.

La Comisión de Derecho Civil aprueba por mayoría el informe que antecede, con los votos afirmativos de los Escs. Gonzalo Trobo, Ana Irabedra, Diego Séré, Javier Carneiro, Francisco Mastropierro, Marcela de los Santos, Analía Cánepa, Adriana Silva, Karen Bonner, M.ª Inés Casatroja, Daniella Cianciarulo, Agustina Ferreira, Nicolás García Rodríguez, Alicia González Bilche, Carlos Groisman, Rossana Ivanier, M.ª de Lourdes Mainé, Florencia Manfredi, Roque Molla, Javier Parga, M.ª del Pilar Ramírez, Patricia Rivas y M.ª Beatriz Vázquez. En contra, los Escs. Margarita Puertollano, M.ª Valentina Martínez Jaime, Mariella Spagnolo, M.ª del Rosario Marchese y Juan Pablo Villar. Se abstienen las Escs. Laura Parnás y Ana Realini.

Escs. Roque Molla
y Juan Pablo Villar
Coordinadores

*Informe aprobado por la Comisión Directiva Nacional de la AEU el 29.5.2023, expediente 2681/2022.*

# PARTICIÓN. SOCIEDAD CONYUGAL. BIEN PROPIO. BIEN GANANCIAL. PAGA POR ENTREGA DE BIENES

Informe: Civil

## Consulta

### I. Relación de hechos

**1.4.1974.** Por escritura que en esta fecha autorizó el Esc. SB, JGB y otros enajenaron por compraventa y tradición a NEPS, *soltero*, la propiedad y posesión de un solar baldío ubicado en la ciudad de Paysandú, padrón n.º 1111 (antes, 2222 en mayor área), solar 44 del plano del Agr. AM, inscripto en la Inspección Técnica Municipal de Paysandú el 27.12.1923, con un área de 483 metros y 8.212 centímetros.

**29.4.1977.** NEPS contrae matrimonio con MIG.

**16.3.1989.** NP y CS donan a su hijo, NEPS, casado con MIG, la propiedad y posesión de un solar baldío ubicado en la ciudad de Paysandú, lindero al anterior, padrón en mayor área n.º 3333, solar 2 del plano del Agr. AP, inscripto en la oficina de Catastro el 20.5.1988, con un área de 116 metros y 33 decímetros. Consta en el plano que dicha fracción 2 se deslindó al solo efecto de ser anexada al padrón n.º 1111.

**1.10.2019.** Por auto n.º …./2019, dictado en tal fecha por el Juzgado Letrado de … turno de Paysandú, expediente IUE …, se decretó la disolución y liquidación de la sociedad conyugal que integraban NEPS y MIG.

**12.1.2021.** Por escritura que en esa fecha autorizó la Esc. RCS, los cónyuges NEPS y MIG otorgan la partición extrajudicial de los bienes quedados a la disolución y liquidación de la sociedad conyugal que integraban. Se adjudica a MIG el padrón actual 1111 (antes, 2222 en mayor área y parte del 3333), incluido en el activo como bien ganancial, y que según plano del Agr. AF, registrado en Catastro el 22.12.2020, se compone de un área de 596 metros y 81 decímetros.

**Marzo de 2022.** Fallece NEPS. Deja herederos capaces y mayores de edad.

### II. Consulta

El escribano consultante plantea que en la partición no se advirtió que el padrón anexado en el año 1989 era de naturaleza propia de NEPS, por haber sido adquirido por donación, y que estaríamos frente a un caso de adjudicación —a MIG— de un bien en parte ganancial y en parte propio del otro cónyuge. Cita en su apoyo un artículo de las Escs. Bagdassarian y Rasines del Campo (1992).

Consulta si el negocio rotulado como «partición» se podría calificar como negocio jurídico mixto: «partición y dación en pago». Y en ese caso, que los herederos otorguen una escritura de rectificación, realizando la tradición; se pague el impuesto a las trasmisiones patrimoniales, y la cónyuge y los herederos renuncien a la acción rescisoria por causa de lesión.

## Informe de la Comisión de Derecho Civil

Este informe se desarrollará desde tres puntos de vista: el del consultante, el de la escribana que autorizó la partición y el nuestro (cómo entiende esta comisión que debe resolverse la consulta planteada).

### I. Recalificación del negocio efectuado como «paga por entrega de bienes»

Expone el consultante que en la partición no se advirtió que el padrón anexado en el año 1989 era de naturaleza propia de NEPS por haber sido adquirido por donación. Por ello, estaríamos frente a un caso de adjudicación —a MIG— de un bien en parte ganancial y en parte propio de NEPS. Y —agregamos— también era de naturaleza propia en su origen el padrón n.º 1111 anterior, sobre el que se construyó un edificio que lo ganancializó. El consultante parte de la base de que en el padrón anexado no se realizaron construcciones estando vigente la sociedad conyugal.

Si bien esta comisión entiende que en el caso planteado se trató de una partición, cabe preguntarnos —si no se hubieran dado los extremos para así considerarlo— si podríamos recalificar el negocio y entender que lo que se otorgó fue una paga por entrega de bienes. En este sentido, esta comisión se ha expedido en anteriores informes (Asociación de Escribanos del Uruguay, 2011*b*: 438 y ss.): «La partición no constituye un título hábil para transferir derechos, sino un negocio jurídico de liquidación cuya finalidad es especificar o concretar en bienes determinados la cuota ideal que tenía cada coindivisario». Por eso es preciso que cada coindivisario sea propietario de una cuota en el bien.

> Corresponde analizar la viabilidad de la paga por entrega de bienes entre cónyuges y si con ella se viola lo dispuesto por el artículo 1675 del Código Civil, cuya sanción acarrearía la nulidad del negocio proyectado.
>
> El instituto de la paga por entrega de bienes ha sido legislado por Narvaja en los artículos 1490 y siguientes del Código Civil, requiriendo de tres elementos para su configuración: 1) la existencia de una obligación y que ella se cumpla entregando algo distinto de lo pactado (cosa material o incorporal); 2) consentimiento voluntario del acreedor; 3) la entrega en calidad de pago.
>
> […]

> El artículo 1491 del Código Civil establece que se aplicarán los principios generales de la compraventa (cuando se entrega cosa por precio), los de la permuta (cuando se entrega cosa por cosa) o los de la cesión de derechos (cuando se entrega un crédito por otra cosa).
>
> […]
>
> El hecho de que nuestro codificador haya previsto que si se entrega cosa por precio se aplicarán los principios generales de la compraventa no significa en modo alguno que la paga por entrega de bienes sea una compraventa.
>
> […]
>
> Como ya se ha informado por esta comisión, resulta imposible asimilar la compraventa, figura netamente contractual y típico negocio de cambio que genera obligaciones, con la paga por entrega de bienes, variedad de la paga que constituye un negocio dispositivo extintivo, solutorio, que el propio Código Civil ubica en el ámbito de la extinción de las obligaciones y que solo se asimila a la compraventa en sus efectos.
>
> En consecuencia, la prohibición del artículo 1675 referido, alcanza exclusivamente al contrato de compraventa entre cónyuges […]. La paga por entrega de bienes entre cónyuges planteada no constituye un contrato (menos aún una compraventa) y por lo tanto es un negocio válido y eficaz, no mereciendo observación alguna.

En otro informe de esta comisión, expresa el Esc. Molla (Asociación de Escribanos del Uruguay, 2021: 340 y ss.):

> La paga por entrega de bienes —o dación en pago—, la compensación y la novación son tres modos de extinguir diferentes, como surge del artículo 1447 del Código Civil.
>
> […]
>
> La paga por entrega de bienes es un negocio jurídico por el cual acreedor y deudor convienen en sustituir el pago de la obligación por alguna cosa que no sea dinero (C. Civil, art. 1490).
>
> […]
>
> La paga por entrega de bienes es un negocio con eficacia real porque requiere la entrega de la cosa.
>
> […]
>
> Es un negocio extintivo de obligaciones, de eficacia real, porque consiste en la entrega de una cosa que no sea dinero, sustitutiva de lo que se debía entregar por parte del deudor, lo que es aceptado por el acreedor. No es un negocio fuente de obligaciones; no es contrato, de acuerdo con lo que establece el artículo 1247 del Código Civil.

Si se entendiera, entonces, que en el negocio planteado lo que hubo fue una paga por entrega de bienes, surge de la cláusula quinta que los comparecientes se confirmaron recíprocamente en la posesión que ya tenían tomada de los bienes recibidos. Y aunque en la dación en pago hay trasmisión de dominio, como se llega a ella por una operación de la partición, se podría igualmente renunciar a la acción rescisoria por causa de lesión.

Respecto de que se omitió el pago del impuesto a las trasmisiones patrimoniales, no es tema de esta comisión. El criterio de la Dirección Ge-

neral Impositiva es que también corresponde pagar impuesto a la renta, aun cuando, como dijimos, la paga por entrega de bienes es una forma de extinguir una obligación.

## II. La partición cuestionada

En la constancia «C» de la escritura de 12.1.2021, la escribana autorizante, luego de relatar la procedencia de ambos inmuebles de origen propio, expresa: «Conforme permisos de construcción números … de julio de 1980; … de fecha 17.8.1984, y de agosto de 1986, resulta que en los bienes inmuebles padrón n.º 1111 y solar 2 del padrón n.º 3333 se realizó la construcción de dos edificios: uno con destino a casa habitación y otro con destino galpón. Dichas construcciones se comenzaron y finalizaron durante la vigencia de la sociedad conyugal de los comparecientes, MIG y NEPS».

Si miráramos la fracción 2 como un padrón independiente, no podríamos decir que hubo ganancialización —en el sentido del que hablaremos más adelante— si la construcción se hubiera realizado a partir de la fecha de los permisos y antes del 16.3.1989 porque, aunque estaba vigente la sociedad conyugal, en ese período NEPS aún no era dueño del terreno anexado. Pero, como más adelante expondremos, para que opere la ganancialización no importa la fecha de los permisos de obra; ni siquiera la habilitación final: lo único que importa es que la construcción haya iniciado y finalizado estando vigente la sociedad conyugal.

De todas formas, al consultar el plano registrado en Catastro el 22.12.2020, conforme al cual se describió el inmueble en la partición, el agrimensor no individualizó construcciones en esa franja de terreno adquirida por la donación de 1989.

## III. Nuestra opinión

### A. La partición

Es presupuesto de la partición un estado de indivisión, cualquiera sea su origen. Necesariamente, la partición debe ser otorgada por los comuneros.

Expresa Arezo (1995: 8-9) que la partición supone tres clases de elementos: *a*) el *subjetivo*, constituido por una pluralidad de personas que tienen un derecho cualitativa, no cuantitativamente, igual sobre el segundo elemento; *b*) el *objetivo*, o sea, uno, varios o incluso una universalidad de bienes sobre los que los distintos titulares coparticipan entre sí, y *c*) el *jurídico*, el título que genera la relación de cada copartícipe con las cosas y con los demás comuneros, y que debe ser de igual calidad, aunque, como se dijera antes, puede ser de un monto cuantitativo bien diverso. La conjunción de estos tres elementos determina la existencia de un estado de «comunión» o de «comunidad jurídica».

## B. El caso planteado: primera interpretación

### 1. *La inversión del principio de la accesión: artículo 1955, inciso 2.º del Código Civil*

Dice el artículo 1955 del Código Civil, inciso 2.º: «[…] Será también ganancial el edificio construido durante el matrimonio, en suelo propio de uno de los cónyuges, abonándose el valor del suelo al cónyuge a quien pertenecía». Distintas posiciones han sido sostenidas por la doctrina en cuanto a la interpretación de este inciso.

***a.*** **Tesis de la accesión común.** Según Irureta Goyena, el edificio construido durante la vigencia de la sociedad conyugal en el terreno o suelo de uno de los cónyuges sigue la suerte del terreno, es decir, prevalecen los principios generales de la accesión común; el legislador solo quiso conferir un crédito a la sociedad conyugal por el aumento de valor del bien propio. El autor no acepta la tesis de la *inversión de la accesión* por entender que consagra una fórmula anormalísima de transferencia de la propiedad. Se la critica por insostenible frente al claro texto de la ley y de sus antecedentes.

***b.*** **Tesis intermedia o ecléctica.** Es la sostenida por Bardallo, quien entiende que el artículo no invierte la accesión, sino que ha establecido solo una excepción a ella; el edificio constituye una propiedad distinta y separada del terreno jurídicamente, aunque económicamente no lo sea, pues la norma dice que será también ganancial el edificio, pero no dice que lo será también el terreno, y las excepciones son de interpretación estricta. La tesis es refutada por Vaz Ferreira, quien sostiene que la palabra «pertenecía» implica que se ganancializa el edificio y el terreno, el que deja de pertenecer al cónyuge propietario del suelo; también por Arezo, quien expresa que no es posible distinguir entre lo económico y lo jurídico, y adjudicar, luego de la disolución de la sociedad conyugal, terreno a uno y edificio al otro.

***c.*** **Tesis de la inversión de la accesión (o de la ganancialidad absoluta).** Es la corriente mayoritaria de nuestra doctrina. Cuando, durante la vigencia de la sociedad conyugal, se edifica en suelo propio de uno de los cónyuges, el suelo, que era propiedad exclusiva de dicho cónyuge, deja de serlo para entrar al capital común. Se invierte la regla de la accesión, conforme a la cual todo lo que se incorpora a un fundo por efecto de un trabajo cualquiera se convierte en propiedad del dueño del suelo.

Entre quienes se afilian a esta posición hay matices en cuanto al alcance que debe dársele a la expresión «suelo propio». Algunos —Cestau, Pardías— entienden que para que prospere la ganancialización, el terreno tiene que ser de propiedad exclusiva del cónyuge; no admiten que este esté en indivisión o copropiedad. Otros —Prunell, Arezo, Gnazzo, López Fernández, Molla, Deamicis—, que la palabra refiere a «propio» por oposición

a «ganancial»; prospera igualmente la antiaccesión, aunque el terreno no sea de propiedad exclusiva del cónyuge.

¿Y qué debe entenderse por «edificio»? Al respecto, expresa Vaz Ferreira (1979: 283-286):

> Según el artículo 18 del Código Civil, la palabra debe entenderse en su sentido natural y obvio: obra o fábrica construida para habitación o para usos análogos, como casa, templo, teatro, etc. Y entiende la doctrina que la disposición no es aplicable al caso de las dependencias o construcciones que en rigor no merecen la calificación de *edificio* y no alteran el destino o utilización del terreno, sino que son meros accesorios de la explotación allí realizada (como corrales para ganados en una finca rústica, etcétera). Tampoco en las edificaciones que como complemento o ensanche de otras ya existentes se hagan junto a ellas y sobre el mismo solar o terreno, porque no se trata de nuevos edificios, sino de simple ampliación objetiva de otros anteriores, y de los cuales son parte integrante (cobertizos, garages, pabellones habitables o un baño, unidos al edificio, etcétera). Mas, por el contrario, será aplicable el precepto en cuestión cuando se trate de nuevos edificios con finalidad y destino propios, aunque estén construidos sobre solar o terreno parcialmente ocupado por otras edificaciones y sean contiguos a ellas.
>
> […]
>
> En el caso de un inmueble reedificado, si la demolición del edificio primitivo fue total, no hay duda de que se hace ganancial el terreno; pero si se conservó parte del antiguo edificio, la cuestión es difícil y habrá que resolverla en cada caso concreto.

Finalmente, expresa: «Dentro del criterio restrictivo que debe primar en la interpretación de la disposición que estudiamos, entendemos que el edificio solo es ganancial si su construcción ha comenzado y terminado durante el matrimonio (o mejor dicho, durante la sociedad conyugal)» (Vaz Ferreira, 1979: 286).

Arezo entiende que «debe rechazarse toda interpretación que disocie el edificio del terreno, y, según la cual, el primero sería ganancial, y el terreno seguiría siendo propio. En nuestro sistema, como el artículo dice "pertenecía", es claro que dejó de pertenecer; entonces, es al momento de terminar la construcción que se opera la antiaccesión» (2003: 247).

Si, por ejemplo, en la parte de atrás de un terreno que ya tiene una casa se construyen un parrillero y un garage, Arezo entiende que esto no es un edificio en el sentido del inciso 2.º del artículo 1955 del Código Civil: no tiene destino propio; es un simple accesorio de la casa. Y si en el jardín de un terreno con edificio de naturaleza propio se construye otro edificio durante la vigencia de la sociedad conyugal, se hará ganancial no todo el terreno —incluido el edificio propio—, sino solo la parte del jardín que sirva de asiento y razonable contorno al edificio; lo demás seguirá siendo propio. Y deberá considerarse si la parcelación es legalmente posible, dadas la localización y dimensiones del terreno y del edificio.

También entiende que es necesario que el edificio haya sido comenzado y terminado durante la sociedad conyugal. Al respecto, son irrelevantes los documentos administrativos de la construcción (permiso de construcción, habilitación municipal, etcétera). Es una cuestión de hecho a resolver en cada caso; es un problema de prueba.

## 2. *Aplicación al caso planteado*

En base a la documentación aportada, nos encontramos con un inmueble, el actual padrón n.º 1111, con un área de 596,81 metros, que proviene del anterior padrón 1111 —en su origen, de naturaleza propio, sobre el que se construyó un edificio vigente la sociedad conyugal— y de la fracción 2 del padrón n.º 3333, lindero, también en un principio de naturaleza propio, sobre el que no parece haberse construido edificio vigente la sociedad conyugal.

El documento que permite admitir válidamente la existencia de una fracción separada e individualizada como unidad jurídica emergente de la división de un padrón en mayor área es el plano de fraccionamiento. El artículo 10 del decreto 318/995, de 9 de agosto de 1995, clasifica los planos de mensura:

> *Reparcelamiento.* Corresponde a la modificación de los límites entre dos o más parcelas contiguas, del mismo o distintos propietarios, identificadas conjunta o separadamente, sin aumentar el número total de unidades inmuebles catastrales.
>
> Se graficarán las situaciones «original» y «resultante» respecto de la conformación de las parcelas.
>
> Se indicará la disposición legal bajo cuyas estipulaciones se proyecta el reparcelamiento.

El 20.5.1988 se registra el plano del Agr. AP, en el que se deslinda la fracción 2, de un área de 116 metros con 33 decímetros, a los solos efectos de ser anexada al padrón lindero, n.º 1111. Y el 16.3.1989, los padres le donan a NEPS dicha fracción.

Tal como dijimos, para que funcione la antiaccesión es necesario que el edificio haya sido comenzado y terminado durante la sociedad conyugal; son irrelevantes los documentos administrativos de la construcción. Es una cuestión de hecho a resolver en cada caso, un problema de prueba.

Surge de las escrituras respectivas que cuando NEPS adquiere los inmuebles en 1974 y 1989, son terrenos baldíos. Y si bien los permisos de construcción citados por la escribana autorizante son de 1980, 1984 y 1986, no tenemos por qué interpretar que la construcción del edificio se efectuó en esos años. Lo importante es que se haya realizado entre el 16.3.1989, cuando adquirió por donación la fracción 2 —ya vigente la sociedad conyugal, desde el 29.4.1977 (fecha del matrimonio)—, y el 1.10.2019, fecha en que la sociedad se disolvió. En todo caso, será un problema de prueba.

Los copartientes incluyeron en el activo ganancial el padrón n.º 1111 con su actual configuración y deslinde, por lo que debemos interpretar que

cuando se realiza el reparcelamiento —trámite solo administrativo, una vez que el interesado es propietario de ellos—, eran solares baldíos. Es, en todo caso, un problema de prueba.

A partir de la situación «resultante», se conforma la nueva parcela; se crea una fracción independiente jurídicamente, un nuevo padrón, que aunque tiene su historia —o sea, su antecedente gráfico y dominial—, debemos considerarlo como una unidad jurídica. Y en ese terreno de naturaleza propia se construye, durante la vigencia de la sociedad conyugal, un edificio. Así, el inmueble se ganancializa, y no importa que el edificio abarque todo el terreno —los 596,81 metros actuales—: lo que importa es que se trate de un edificio con finalidad y destino propios.

## C. El caso planteado: segunda interpretación

Tal como expresamos, la ganancialización del inmueble es un tema de prueba. ¿Qué pasaría, entonces, si se comprobara que la adquisición a título gratuito por parte de uno de los cónyuges de la fracción anexada se produjo cuando ya estaba construido el edificio en el resto del inmueble? Nos encontraríamos con un bien que sería en parte ganancial y en parte propio.

Conforme al artículo 1964 del Código Civil:

> Se reputarán gananciales todos los bienes existentes en poder de cualquiera de los cónyuges al tiempo de disolverse la sociedad, si no se prueba que pertenecían privativamente a uno de ellos con anterioridad a la celebración del matrimonio o que los hubiera adquirido después por herencia, legado o donación.

Expresa Vaz Ferreira (1979: 245) que en nuestro Código parece resultar del citado artículo que los casos dudosos deben resolverse todos en favor de la comunidad; que de dicho texto se desprende una presunción de propiedad en favor de la masa común, pero que se trata únicamente de una presunción concerniente a la prueba; que en el Código no se encuentra un texto que establezca un principio cierto ni en favor de la comunidad ni en contra de ella:

> Por eso, los casos no expresamente previstos por la ley no deben decidirse ni sistemáticamente en favor de la comunidad ni sistemáticamente en contra de ella; cuando ni por las palabras ni por el espíritu de la ley se ha determinado la naturaleza jurídica de algún bien, nos encontramos ante una laguna de la ley, y según el artículo 16 del Código Civil, esa laguna debe llenarse recurriendo a la analogía, a los principios generales del derecho y a las doctrinas más recibidas.

Vaz Ferreira (1979) analiza el artículo 1956 del Código Civil:

> La propiedad de las cosas que uno de los cónyuges poseía con otra persona proindiviso y de que durante el matrimonio se hiciere dueño por cualquier título oneroso, pertenecerá proindiviso a dicho cónyuge y a la sociedad en proporción a las respectivas cuotas.

El artículo parece referirse solo al caso en que la nueva cuota la compra el propietario de la cuota propia: al decir «se hiciere dueño por cualquier título oneroso» se refiere, en efecto, al propietario de la cuota propia. Pero al conciliar este artículo con el efecto declarativo de la partición, entiende que prácticamente no tiene aplicación cuando el mismo cónyuge propietario de la cuota indivisa fue el que adquirió el resto a título oneroso. Porque es partición con efecto declarativo aun si ese cónyuge le pagó a su condómino una soulte con dinero ganancial; y es también partición si se tratara de un único bien indivisible que se le adjudicara en su totalidad al cónyuge propietario de la cuota indivisa propia, y este le pagara como soulte a su condómino la mitad del valor del bien. En estos casos no se tendría una adquisición de cuota a título oneroso regida por el artículo 1956, sino una partición con el efecto declarativo regido por el artículo 1151.

Vaz Ferreira (1979) entiende que el artículo 1956 recibe una aplicación más clara cuando quien compró el resto del bien es el cónyuge que no era copropietario de él. De todos modos, opina que el cónyuge y la sociedad conyugal no son condueños a prorrata de las cuotas que cada uno tenga en la cosa, sino a prorrata del valor de la cuota que pertenecía a aquel y de lo que haya costado la adquisición del resto.

Entiende que el artículo, por su redacción, se refiere solo al caso en que la cuota propia se tenía antes de la adquisición de la ganancial, y que es de interpretación estricta. Si la primera cuota es ganancial y la segunda es propia —por ejemplo, adquirida por herencia—, entonces es propia la cuota heredada y ganancial la comprada. Y este sería nuestro caso.

Tal como dijimos, el documento que permite admitir válidamente la existencia de una fracción separada e individualizada como unidad jurídica emergente de la división de un padrón en mayor área es el plano de fraccionamiento. En la consulta planteada se efectuó un reparcelamiento; se modificaron los límites entre dos parcelas contiguas.

A partir de la situación «resultante», que se configura cuando NP y CS donaron a NEPS la fracción 2 y se comunica a Catastro dicha enajenación, se conforma la nueva parcela; se crea una fracción independiente jurídicamente, un nuevo padrón, el que debemos considerar como una unidad jurídica. Dicha fracción solo podía ser objeto de derecho para ser anexada al padrón lindero; no podía ser, en forma independiente, objeto de un contrato.

La partición tiene por objeto poner fin a un estado de comunidad y comprende todos los bienes o cosas que integran dicha comunidad. Dice Molla, citando a Pothier y a él mismo (Asociación de Escribanos del Uruguay, 2011*a*: 237):

> La partición no es una nueva causa de adquisición; es el ejercicio del título por el cual la cosa que me toca por entero en la partición me correspondía como una porción indivisa.
>
> […]
>
> La naturaleza declarativa de la partición significa que no transfiere derechos, que no constituye derechos; simplemente revela un derecho pre-

> existente, le fija un asiento materializando la cuota que tenía el coindivisario en bienes específicamente determinados.

El inmueble del caso entra en el objeto a partir, en las respectivas alícuotas. Ya no están las partes propia y ganancial determinadas materialmente, sino solo cuantitativamente, y se proyectan sobre la cosa entera. El objeto del derecho es la parte de la cosa, esto es, la cosa en una determinada medida, que es la cuota.

Recurriendo a la analogía, en base a lo dispuesto en el artículo 16 del Código Civil, encontramos el artículo 891, que dice:

> Cuando el legado sujeto a reducción consiste en una finca que no admite cómoda división, quedará la finca para el legatario, si la reducción no absorbe la mitad de su valor, y en caso contrario, para los herederos forzosos; pero aquel y estos deberán abonarse su respectivo haber en dinero.

Dice el artículo 2013 del Código Civil: «La división de los bienes sociales se sujetará a las reglas dadas para la partición de los bienes hereditarios». Y el 1127: «Si todos los interesados tienen la libre administración de sus bienes y concurren por sí o por legítimo representante, podrán de común acuerdo partir la herencia extrajudicialmente, en el modo y forma en que convengan».

En el caso, podemos interpretar que los copartientes valoraron la parte propia y la ganancial del inmueble, y estimaron que la parte propia —lo que debía reducirse— no absorbía la mitad ganancial que por derecho correspondía a MIG. Y siendo MIG propietaria de una cuota de naturaleza ganancial en el bien, se le adjudicó a ella todo el inmueble.

## IV. Conclusiones

La partición no merece observaciones: o bien se adjudicó a MIG un bien que en su totalidad integraba el activo ganancial, o bien se le adjudicó un bien en el cual tenía una cuota ganancial. Con carácter general, al no haber transcurrido cuatro años del otorgamiento, la cónyuge y los herederos de NEPS podrían renunciar a la acción rescisoria por causa de lesión.

Esc. M.ª Beatriz Vázquez de León
Informante

### Bibliografía referida

Arezo Píriz, Enrique (1995). *Tratado de las particiones*, tomo I, 1.ª ed. Montevideo: Asociación de Escribanos del Uruguay.

— (2003). «Sociedad conyugal: bienes propios y gananciales. Subrogación de propios». En *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, tomo 89, n.º 1-12 (ene.-dic.), pp. 241-252.

Asociación de Escribanos del Uruguay (2011*a*). «Partición. Error. Cesión de derechos hereditarios. Cónyuge. Bien propio. Nulidad. Causa del contrato». Comisión de Derecho Civil (informante: Roque Molla Camacho). En *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, tomo 97, n.º 1-6 (ene.-jun), pp. 235-241.

— (2011*b*). «Partición. Paga por entrega de bienes. Sociedad conyugal. Disolución de la sociedad conyugal». Comisión de Derecho Civil (informante: Gustavo Echavarría Trabadelo). En *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, tomo 97, n.º 7-12 (jul.-dic.), pp. 434-441.

— (2021). «Paga por entrega de bienes. Promesa de compraventa. Novación. Deuda. Error. Negocio de fijación». Comisión de Derecho Civil (informante: Roque Molla Camacho). En *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, tomo 107 (ene.-dic. 2021), pp. 337-345.

Bagdassarian, Dora, y Rasines del Campo, Mabel (1992). «Sociedad conyugal. Partición: adjudicación de bien propio». En *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, n.º 2 (ene.-jun.), pp. 207-216.

Vaz Ferreira, Eduardo (1979). *Tratado de la sociedad conyugal*, tomo 1, 3.ª ed. act. Buenos Aires: Astrea.

La Comisión de Derecho Civil, integrada por los Escs. Carlos Groisman, Ana Realini, Analía Cánepa, Daniella Cianciarulo, Diego Séré, M.ª Carolina Vercellino, Francisco Mastropierro, Gustavo Echavarría, Javier Carneiro, Juan Pablo Alonso, Juan Pablo Villar, Laura Calcaterra, Laura Parnás, Lorena Borghi, M.ª Beatriz Vázquez, Magdalena Crucci, Marcela de los Santos, Margarita Puertollano, M.ª Inés Casatroja, M.ª del Rosario Marchese, M.ª Marcela Aldana, Roque Molla, Nicolás García Rodríguez, Patricia Rivas, Paola Pólito, Stefanía Della Mea y Verónica Peláez, aprueba el informe que antecede.

## Nota del Esc. Juan Pablo Villar

Comparto el informe aprobado en el sentido de que entiendo que la titulación no es observable. Sin embargo, dejo constancia de que, a mi entender, todo el inmueble tenía naturaleza ganancial, con independencia de que las construcciones se hayan realizado con anterioridad o posterioridad a la adquisición de la franja donada (siempre, claro está, que las construcciones se hubieran realizado durante la vigencia de la sociedad conyugal).

Para arribar a esa conclusión parto de la base de que la franja donada, por su superficie, tenía carácter de accesorio, porque solo tenía autonomía para anexarse al terreno lindero. Al transformarse en una sola cosa, lo accesorio —la franja— sigue la suerte del principal —terreno lindero preexistente con autonomía jurídica— por accesión, con independencia de que se haya adquirido a título oneroso o gratuito. Ello significa, para el caso concreto, que:

— Si las construcciones que ganancializaron el terreno principal fueron realizadas con anterioridad a la adquisición de la franja de terreno, el terreno principal ya era ganancial, y dicha franja, al anexarse, también se ganancializa.
— Si las construcciones que ganancializaron el terreno fueron realizadas con posterioridad a la anexión de la franja, la ganancialización ya incluyó a la franja anexada.

Esc. Juan Pablo Villar

Adhieren a la nota del Esc. Juan Pablo Villar los Escs. Diego Séré, Marcela Aldana y Laura Parnás.

Escs. Roque Molla y Juan Pablo Villar
Coordinadores

*Informe aprobado por la Comisión Directiva Nacional de la AEU el 29.5.2023, expediente 2749/2022.*

## DONACIÓN. REDUCCIÓN DE DONACIONES

Resumen

*Ante la eventual adquisición de un inmueble donado en el año 2022, se consulta si la compraventa a otorgarse podría verse afectada por una futura acción de reducción de donaciones inoficiosas.*

Informe: Civil

### Consulta

### I. Relación de hechos

**1.** Según convenio transaccional tramitado en expediente caratulado «LALT c/LMTL y otros. Conciliación» (IUE …/2021), tramitado ante el Juzgado de Paz Departamental de Tacuarembó de … Turno, las partes acordaron que LMTL donara a LALT el padrón resultante de la fusión y posterior frac-

cionamiento en partes iguales de los padrones rurales del departamento de Tacuarembó, paraje Piedra Sola, números 1111 y 2222, de acuerdo con las directivas desarrolladas en dicha transacción.

**2.** Según escritura que el 31.5.2022 autorizó en Tacuarembó la Esc. MPR, LMTL enajenó por donación y tradición a LALT el inmueble padrón de Tacuarembó número 3333, resultante de la fusión y fraccionamiento de los padrones recién referidos (primera y única copia, inscriptas en el Registro de la Propiedad, sección Inmobiliaria el 7.6.2022).

## II. Consulta

Se consulta sobre la aplicación del artículo 1112 del Código Civil al caso.

## Informe de la Comisión de Derecho Civil

## I. Normativa

Ley 20.021, de 14 de diciembre de 2021, que deroga el artículo 1112 y modifica los artículos 1639 y 1640 del Código Civil, relativos a donaciones inoficiosas.

> Artículo 1.º Derógase el artículo 1112 del Código Civil.
>
> Artículo 2.º La acción de reducción de donaciones inoficiosas solo alcanzará al donatario y a sus sucesores a título universal, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 1640, inciso segundo.
>
> Artículo 3.º Sustitúyese el inciso segundo del artículo 1640 del Código Civil por el siguiente: «La insolvencia del donatario ocurrida en vida del donante gravará proporcionalmente a los otros donatarios y al heredero».
>
> Artículo 4.º Lo dispuesto precedentemente se aplicará a las sucesiones que se abran con posterioridad a la vigencia de la presente ley.

Otros artículos del Código Civil: 870, 884, 1108, 1112, 1249, 1250, 1613 a 1660, 1643.

## II. Introducción y generalidades

Señala Argüello (2000: 342-343) que el derecho romano clásico miró con desconfianza el fenómeno de la donación y, en general, aquellos negocios en que una persona se empobrece sin una contrapartida a su favor. El recelo de que no siempre estuviese asegurada la libertad de querer del disponente y la protección de eventuales derechos familiares que podían resultar perjudicados llevó, en principio, a los romanos a establecer a las donaciones restricciones que limitaran su cuantía.

En dicho derecho se imponía una tasa proporcional a la fortuna del donante más allá de la cual prohibía la donación, salvo algunas excepciones. Posteriormente, este sistema pierde vigencia por su inoperancia y se reviste a las donaciones de requisitos formales, consistentes en la redacción de un documento en presencia del jefe de la provincia para operaciones de elevado monto; se establece que el donante declare su voluntad ante la curia de la ciudad o el presidente de la provincia y se levante y conserve el acta correspondiente. Sobre este punto, heredamos, a diferencia de otros derechos, la protección del donante y de una parte del patrimonio familiar. Nuestro régimen, heredero del derecho romano posclásico, apuntó al familiarismo, en contraposición al régimen individualista inglés y norteamericano. El régimen familiarista —el nuestro y el de países europeos continentales (Francia y España)— admite el testamento y las donaciones, pero con algunas restricciones. Debilitada la posibilidad de que una persona pueda disponer por testamento de todos sus bienes, resulta la derivación lógica de que tampoco puede donar (lo que se prohíbe testar en exceso por causa de muerte tampoco puede hacerse por un negocio entre vivos). De esta forma, el sistema se equilibra armónicamente, en tanto apunta a que los bienes se trasmitan fundamentalmente dentro de cada familia, de generación en generación (Tomé y Tomé, 2022).

La donación, como contrato típico, se encuentra regulada en los artículos 1613 a 1660 del Código Civil y tiene como particularidad, con relación a otras figuras contractuales gratuitas, que se produce una transferencia definitiva del bien donado (se señala en la definición legal que «se desprende desde luego e irrevocablemente del objeto donado»; Tomé, 2020: 570 y ss.).

La donación se inserta en zonas más amplias, como la gratuidad y liberalidad, y por ello presenta caracteres comunes con otros contratos nominados que el Código disciplina —los contratos gratuitos— y también con algunas figuras —negociales o no—, las liberalidades.

De la misma definición suministrada por el artículo 1613 del Código Civil surgen los otros caracteres que inscriben a la donación en esas vastas zonas genéricas de la gratuidad y la liberalidad.

Según el concepto plasmado por el legislador, la donación entraña un acto de liberalidad y es un contrato gratuito, porque el donante se desprende del objeto donado en favor del donatario, lo que producirá, como consecuencia económica, un enriquecimiento o utilidad del donatario y un empobrecimiento del donante, a consecuencia de la liberalidad. Por ello, el artículo 1613 se ajusta plenamente a la noción de *contrato gratuito,* consagrada por el artículo 1249, que establece que tiene por objeto la utilidad de una de las partes, mientras la otra sufre el gravamen.

La naturaleza del beneficio o provecho que procura la donación no solo sirve para distinguirla de los otros contratos que integran la misma categoría, sino que la convierte, además, en el paradigma de la gratuidad; en forma más rotunda y acabada, uno de los polos del derecho, en cuya base están el altruismo y el desinterés —el título gratuito—, por oposición

al otro —el de la onerosidad—, en el que impera el interés y la ventaja o provecho obtenida de la otra parte. Pero las nociones de *onerosidad* y *gratuidad* que consagra el artículo 1249 deben completarse con otros artículos, a efectos de establecer un concepto de gratuidad que resulte válido para todos los casos.

Para Gamarra, en derecho positivo uruguayo, el fundamento de la distinción entre gratuidad y onerosidad se encuentra en la noción de *equivalencia*, que resulta de los artículos 1250 y 1615 del Código Civil. El primero de estos artículos divide los contratos onerosos en *conmutativos* y *aleatorios*, y coloca la nota de la equivalencia como elemento típico de una y otra categoría: el contrato es conmutativo cuando cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra debe dar o hacer a su vez, y es aleatorio si el equivalente consiste en una contingencia incierta de ganancia o pérdida. De esta manera, siendo la noción de equivalencia un elemento común a las dos categorías contractuales en que se divide la onerosidad, resulta ser, en consecuencia, un elemento típico de la onerosidad misma. Tal interpretación se afianza con la lectura del artículo 1615, en cuanto esta norma establece, como requisito de la donación modal —onerosa—, que el modo o gravamen impuesto al donatario no sea equivalente al valor del objeto donado. Es fácil comprender la razón de esta exigencia cuando se relaciona este texto con el artículo 1250: si la donación modal, puesto que es donación, corresponde a la categoría de los contratos gratuitos, en ella no puede existir nunca equivalencia entre las atribuciones económicas a cargo de ambas partes, porque cuando la equivalencia se produce, el contrato se califica de oneroso —argumento del artículo 1250—, y siendo oneroso, es incompatible con la gratuidad (Gamarra, 2004).

Así se logra un criterio coherente: el artículo 1249 se «completa» con el concepto de equivalencia que proporcionan los artículos 1250 y 1615 del Código Civil. Claro está que el artículo 1249, considerado aisladamente, consagra una noción de gratuidad inadecuada; pero el sistema positivo posee otros textos que completan la definición, y al completarla, la corrigen.

La equivalencia es la nota típica de la onerosidad, de acuerdo con los artículos referidos. En consecuencia, en todos aquellos casos en los que no exista equivalencia, el contrato debe calificarse como gratuito; no pueden resultar gravadas ambas partes.

El contrato gratuito debe, pues, producir el empobrecimiento de una parte y el enriquecimiento de la otra. Pero este hecho económico no impone que la parte beneficiada no haya de realizar algún sacrificio, puesto que si el gravamen que sufre resulta inferior al provecho que recibe, la ventaja se encuentra de su parte, y ello basta para configurar la gratuidad (Gamarra, 2004).

## III. Distinción entre dos momentos: antes y después de la ley 20.021

La legítima es una de las asignaciones forzosas que prevé el artículo 870 del Código Civil; es definida por el artículo 884 de dicho código como la parte de bienes que la ley asigna a cierta clase de herederos, independientemente de la voluntad del testador y de que este no puede privarlos, sin causa justa y probada de desheredación. Los herederos que tienen legítima se llaman *legitimarios* o *herederos forzosos* (C. Civil, art. 884, inc. 2.º).

Cualquier persona puede vulnerar la legítima referida a través de disposiciones testamentarias o de donaciones. Frente a ello, la ley le ofrece al legitimario dos herramientas para reclamar su legítima: la *acción de reforma de testamento* y la *acción de reducción de donaciones inoficiosas*. La acción de reducción de donaciones inoficiosas tiene por objeto reclamar no las mismas cosas donadas, sino el valor que tenían al tiempo de la donación, lo cual se desprende de los artículos 1639 y 1108 del Código Civil. El legitimario podrá reclamar el total del valor o una parte, según alcance o no para completar el monto en que la legítima fue afectada. La posibilidad de iniciar esta acción caduca a los cuatro años, contados desde la apertura legal de la sucesión del donante (C. Civil, art. 1643), plazo que la jurisprudencia considera de caducidad y no de prescripción: «La sala, con su actual integración, tiene posición tomada respecto de que la naturaleza del plazo de cuatro años establecido en el artículo 1643 del Código Civil es de caducidad y no de prescripción» (Tribunal de Apelaciones de Familia de 6.º Turno, sentencia 423/2009).

En cuanto a los inmuebles, se distingue la situación actual de la que regía antes de la sanción de la ley 20.021. Antes de dicha ley, si el objeto donado era un bien mueble, el legitimario podía reclamar el valor correspondiente al donatario o a sus sucesores universales, pero no al tercero adquirente en caso de que el donatario lo hubiere enajenado. En cambio, si el objeto donado era un inmueble, el legitimario podía reclamar el valor correspondiente al donatario y sus sucesores universales, y en caso de que este fuera insolvente y hubiere enajenado el bien, también podía reclamarle al tercero poseedor. Al respecto, disponía el artículo 1112 del Código Civil: «Cuando el inmueble o inmuebles donados excediesen el haber del donatario y este los hubiese enajenado, los coherederos solo podrán repetir contra el tercero poseedor por el exceso y previa excusión de los bienes del donatario».

En virtud de dicho artículo, a partir del momento en que el donante enajenaba el inmueble, comenzaban a existir, para el caso eventual de reducción, dos obligaciones diferentes: 1) una principal y personal, del donatario y sus sucesores a título universal, y 2) una subsidiaria y real (*propter rem*), contra el tercero poseedor que adquiriera el inmueble (acciones ambas contra el donatario o quien lo sucedía en su derecho). El objeto de estas obligaciones era entregar al legitimario una suma de dinero equivalente al valor de toda la donación o de la parte que afectó su legítima.

La segunda obligación mencionada, que tenía como sujeto pasivo al tercero poseedor, generaba grandes problemas prácticos cuando en un antecedente dominial surgía una donación de inmueble: mientras no caducaba la acción de reducción de donaciones inoficiosas, esta estaba latente; es decir, existía la posibilidad de que un legitimario la iniciara y reclamara el valor de la donación al tercero propietario. Ocurría que si una persona compraba un inmueble y entre los antecedentes dominiales se encontraba una donación, la persona podía ser, eventualmente, sujeto pasivo de una deuda muy importante y condenado a pagar al heredero forzoso del donante el valor que el inmueble tenía al momento en que se había donado. Las personas, cuando proyectaban comprar una vivienda, naturalmente solo querían pagar el precio y que nadie les reclamase más dinero; cuando se le informaba sobre la eventualidad de que un heredero forzoso pudiere reclamar el valor del bien, desistían de adquirirlo. Además, las instituciones bancarias no aceptaban hipotecar esos inmuebles, y muchos escribanos se negaban a aceptar ese tipo de títulos, todo lo cual provocaba una paralización en la comercialización de estos inmuebles.

Por esas causas y problemas, el contrato de donación de inmuebles, que era legal y loable por el ánimo de liberalidad que lo alimenta, había caído en desuso y, lo que es peor aún, aquellos que habían otorgado una donación se encontraban con un título con innumerables dificultades para circular con fluidez. Si bien puede haber situaciones de donaciones con ánimo de vulnerar la legítima de un heredero forzoso, en la enorme mayoría de los casos, esa no era la intención del donante. Es muy común que los padres quisieran donar inmuebles a sus hijos, para verlos desarrollar su vida o por otros motivos saludables, o a personas que no fueren herederos forzosos; pero, luego, la circulación del bien se detenía. Mientras el donante no fallecía, no era posible saber si esa donación era inoficiosa o no; tampoco era posible, anticipadamente, renunciar al derecho de reducción de donaciones inoficiosas.

La derogación del artículo 1112 del Código Civil cambió la situación. Ello no significa que el heredero forzoso haya quedado desprotegido; hoy tiene las mismas acciones que tenía contra los bienes muebles, es decir, puede reclamar el valor de la donación al donatario o a sus sucesores a título universal, pero no al tercero que le compró al donatario, lo que soluciona la circulación de los bienes. Hoy, el valor de un bien mueble puede ser igual o mayor al de un inmueble, por lo que la diferente regulación entre ambos ya no se justifica. Debido a los problemas que generó el artículo 1112 del Código Civil, se decidió unificar la regulación, de modo que, en cualquier caso, ya se trate de bien mueble o inmueble, el legitimario puede reclamar el valor de la donación al donatario o sus sucesores a título universal, pero se excluye la posibilidad de reclamarle al tercero que adquiera el bien. A través de la ley 20.021, en materia de donaciones inoficiosas relativas a inmuebles, persiste la obligación principal y personal

del donatario —o sus herederos— de devolver el valor en que se afectó al legitimario, pero se derogó la obligación subsidiaria y real que había contra los terceros poseedores.

## IV. Aplicación de la ley 20.021 en el tiempo

El artículo 4.º de la ley 20.021 establece: «Lo dispuesto precedentemente se aplicará a las sucesiones que se abran con posterioridad a la vigencia de la presente ley». Si bien el artículo no especificó si se refiere a la apertura legal o judicial, es claro que se refiere a la primera, pues pretende regular un cambio de normativa en el Código Civil, no en el proceso sucesorio.

La derogación del artículo 1112 del Código Civil rige para las sucesiones que se abran, entonces, legamente a partir de la fecha de entrada en vigencia de la ley 20.021, sin importar en qué momento se otorgó la donación. Esto significa que si el donante no ha fallecido o falleció luego del 14.1.2022 —la ley comenzó a regir al día siguiente—, entonces el artículo 1112 no es aplicable; en cambio, si el donante falleció con anterioridad al 15.1.2022, el artículo 1112 sí es aplicable, sin perjuicio de la eventual caducidad de la acción en caso de que hayan transcurrido cuatro años desde el fallecimiento del donante sin que ella se inicie.

## V. Conclusión

El artículo 1112 del Código Civil no es aplicable a situaciones en las que el donante no ha fallecido o la apertura legal de la sucesión del donante es posterior a la entrada en vigencia de la ley 20.021 (15.1.2022).

Esc. Javier Carneiro
Informante

### Bibliografía referida

Argüello, Luis Rodolfo (2000). *Manual de derecho romano: historia e instituciones*, 3.ª ed. Buenos Aires: Astrea.

Gamarra, Jorge (2004). *Tratado de derecho civil uruguayo*, tomo sexto, 3.ª ed. act. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.

Tomé, Miguel (2020). *Código Civil comentado*, 3.ª ed. act. y ampl. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.

Tomé, Miguel, y Tomé, Mauricio (2022). *Donaciones inoficiosas: derogación del artículo 1112 y modificación de los artículos 1639 y 1640 del Código Civil por la ley 20.021*, 1.ª ed. Montevideo: Naven Ediciones.

La Comisión de Derecho Civil, integrada por los Escs. Mariella Spagnolo, Magdalena Crucci, Juan Pablo Villar, Carlos Groisman, Diego Séré,

Paola Pólito, Verónica Ubillos, Florencia Manfredi, Agustina Ferreira, Adriana Silva, M.ª del Rosario Marchese, Marcela de los Santos, Fiorella Bernazquín, Mariana Capel, Javier Carneiro, M.ª Inés Casatroja, Daniella Cianciarulo, Priscila Ferreira, Nicolás García Rodríguez, Alicia González Bilche, Francisco Mastropierro, Roque Molla, M.ª Rosana Monteverdi, M.ª del Pilar Ramírez, Ana Realini, Patricia Rivas y M.ª Beatriz Vázquez, aprueba el informe que antecede.

Escs. Roque Molla y Juan Pablo Villar
Coordinadores

*Informe aprobado por la Comisión Directiva Nacional de la AEU el 29.5.2023, expediente 2756/2023.*

## REMATE JUDICIAL. BIEN INMUEBLE. EMBARGO GENÉRICO. ACREEDOR. EJECUCIÓN DE PRENDA. DERECHO DE PREFERENCIA

Resumen

*Juicio ejecutivo; prelación de acreedores; cosa juzgada; remate de inmueble.*

Informes: Registral y Procesal

### Consulta

### I. Relación de hechos

Por escrito presentado el 2.9.2020 en los autos «JE c/ANBG. Juicio ejecutivo» (IUE …/2013), tramitados en el Juzgado Letrado Primera Instancia de Paysandú de … Turno, se solicita por el acreedor JE remate del inmueble padrón …2 (antes en mayor área …1) de la … sección catastral del departamento de Paysandú, embargado en esos autos. Se acompaña con dicho escrito la documentación referente al inmueble antes mencionado y se relaciona sentencia dictada en el Juzgado Letrado de Salto de … Turno, confirmada por el TAC de … Turno referente a la ejecución prendaria que recayera sobre los derechos hereditarios del deudor de estos autos.

Se realiza estudio de la oficina actuaria, concluyente en que el acreedor ejecutante reviste la calidad de acreedor preferente, atento al embargo genérico trabado en los autos en que se consulta.

Con fecha 3.12.2020 se presenta RMV, aludiendo ser acreedor preferente sobre el inmueble padrón n.º …2. Presenta:

— testimonio de la sentencia 1.871/2020, de 26.10.2020, dictada en los autos «JE c/RMV. Tercería de mejor derecho» (IUE …/2019), tramitados en el Juzgado de Paz Departamental de Salto;
— constancia de reinscripción de embargo específico trabado sobre 1/10 del padrón n.º …1 (hoy, padrón n.º …2), inscripto con el n.º … y comunicado por el oficio n.º … de 17.9.2015;
— certificado del Registro de la Propiedad de Paysandú por padrón actual y anterior del bien inmueble por el cual se solicita el remate.

Se dispone estudio de la oficina actuaria, la que solicita se presente certificado notarial de donde surja que la sentencia interlocutoria quedó ejecutoriada o constancia expedida por el juzgado competente.

Se presenta por el actor JE certificado notarial relacionando la sentencia que hace referencia a un embargo descartado sobre derechos hereditarios, no así sobre el testimonio de la sentencia presentada por RMV.

RMV presenta con fecha 10.2.2021 testimonio de la sentencia interlocutoria de segunda instancia dictada en el Juzgado Letrado de Primera Instancia de Salto de … Turno, n.º …/2021, de fecha 3.2.2021, dictada en los autos IUE …/2019, que confirma la recurrida.

Se solicita por la sede informe de la oficina actuaria pendiente, la que después de solicitar la remisión de los expedientes tramitados en Paysandú mencionados precedentemente, acordonados al de este ejecutivo, informa el 14.3.2022. En esta oportunidad, la oficina actuaria informa, variando el informe anterior, teniendo en cuenta que existe autoridad de cosa juzgada con relación a la preferencia del ejecutante; concluye que el acreedor preferente es RMV y recomienda se realice el remate solicitado.

El 22.3.2022, el actor JE solicita se disponga el remate solicitado, atento a que no comparte lo informado por la oficina actuaria; se solicita, una vez se efectúe el remate, se remitan las actuaciones con los acordonados a Servicios Inspectivos del Poder Judicial, a efecto de que se pronuncie sobre la preferencia de los embargos y se estudie la cadena de reinscripciones. A tal solicitud, la sede vuelve a solicitar informe de la oficina actuaria, la que reitera informando que puede disponer el remate del bien inmueble.

Por decreto 1.150/2022, de 12.5.2022, se dispone el remate del bien. Se establece que, oportunamente y en la etapa procesal debida, se analizará quién reviste la calidad de acreedor preferente en autos.

A dicho decreto se interpuso reposición por RMV, evacuado por JE. Se da por evacuado el traslado conferido y se solicita a la oficina actuaria informe, atento a la naturaleza del recurso deducido. La oficina actuaria reitera lo informado.

Se solicita por JE recurso de aclaración y ampliación. La sede aclara que serán remitidos a los solos efectos de dilucidar la preferencia de los acreedores.

Servicios Inspectivos sugiere la consulta a la AEU, atento a que ya hay informe de la oficina actuaria.

## II. Consulta

Por oficio … de 5.10.2022, en autos «JE c/ANBG. Juicio ejecutivo» (IUE …/2013), en cumplimiento del decreto 2.199 de 17.8.2022, el Juzgado Letrado de Primera Instancia de … Turno de Paysandú solicita a la Comisión de Técnica Notarial Procesal de la AEU informe a la sede «sobre los embargos trabados en autos, la preferencia de los acreedores —teniendo presente el remate ya dispuesto— y demás temas vinculados al respecto, dadas las circunstancias y el estado de la presente actuación, adjuntando las copias necesarias». El oficio, las actuaciones y los documentos fueron remitidos a la Comisión de Derecho Registral, en virtud de la materia a informar.

### Informe de la Comisión de Derecho Registral

El informe de esta comisión se limita al análisis de los certificados expedidos por las sedes consultadas de la Dirección General de Registros y la documentación que se acompaña. A esos efectos, se tomaron en cuenta aquellas solicitudes de información únicas o con información más reciente.

***a.*** Registro de la Propiedad, sección Mobiliaria, Registro Nacional de Prendas sin Desplazamiento; solicitud n.º …, expedida con información al 29.10.2020. Sin ampliaciones.

La solicitud se realiza —entre otros— por dador ANBG. Esta informa una prenda sin desplazamiento otorgada en Salto el 30.8.2013 entre GC (acreedor) y ANBG (dador), en garantía de un préstamo por USD 180.000 cuyo objeto son los derechos y acciones hereditarios de este último en la sucesión de ASBV. Esta prenda fue inscripta con el n.º … el 4.9.2013 y reinscripta oportunamente con el n.º … el 31.8.2018.

Se adjunta partición otorgada en Paysandú el 28.10.2016 —inscripta en el Registro de la Propiedad, sección Inmobiliaria de Paysandú con el n.º … el 10.11.2016— entre ANBG y otros que pone fin al estado de indivisión sucesoria y por la cual se le adjudica al dador el 100 % del inmueble rural de Paysandú, … sección catastral, padrón …2 —fracción *B* del padrón anterior, n.º …1—, descripto según del plano de mensura del Agr. FC e inscripto en Catastro con el n.º … el 16.6.2016. Con esta partición se pone punto final a la universalidad que integraban los bienes sucesorios, adjudicando bienes

concretos a cada copartiente, con efectos declarativos, tal como surge de los artículos 1151 del Código Civil y 54, inciso 2.º de la ley 16.871.

Por otra parte, la prenda de derechos otorgada de acuerdo con lo dispuesto por la ley 17.228, debidamente inscripta, otorga al acreedor prendario un derecho de preferencia —una prioridad (De Cores, 2002)— que lo coloca en una situación preferente ante un grupo de acreedores; mantiene intacta su prelación desde la fecha de inscripción de la prenda sobre el bien finalmente adjudicado a su dador (ley 17.228, arts. 6.º y 7.º; ley 16.871, art. 54, inc. 1.º).

***b.*** Registro Nacional de Actos Personales, solicitud n.º …, expedida con información al día 1.9.2020. Sin ampliaciones.

Se solicita, entre otros, información respecto a ANBG. Se arrojan las siguientes inscripciones, cuyo acreedor es JE:

— Embargo de derechos hereditarios n.º …, inscripto el 26.12.2013 y reinscripto con el n.º … el 26.7.2018. Se considera que esta inscripción no cumple con lo dispuesto por el artículo 380.2, inciso 4.º, parte final del Código General del Proceso, en la redacción dada por la ley 19.090, vigente desde el 14 de agosto de 2013, el cual, con respecto al embargo sobre universalidades, dispone lo siguiente: «En caso de universalidades, los bienes concretos que las integran deberán ser objeto de embargos específicos».

— Embargo genérico n.º …, inscripto el 26.12.2013 y reinscripto con el n.º … el 26.7.2018. Monto: USD 62.000.

A partir de la inscripción de la partición referida, y de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 380.2, inciso 4.º, parte inicial del Código General del Proceso —«El embargo genérico comprenderá los bienes presentes y futuros registrables del embargado»—, el inmueble adjudicado se encuentra dentro del alcance del embargo genérico.

De este certificado no surge embargo genérico alguno a favor del acreedor RMV.

***c.*** Registro de la Propiedad, sección Inmobiliaria; solicitud n.º …, expedida con información al 30.8.2021, ampliada al 29.9.2021. Se solicita información por el bien inmueble sito en Paysandú, … sección catastral, por su padrón actual (…2) y por su padrón anterior (…1).

A los efectos de una mejor comprensión, se resumirá la información ordenada por fechas de información (primera emisión y su ampliación), por padrón actual y anterior, por acreedor e inscripciones, con sus fechas.

**Información al 30.8.2021**

**Por el padrón …2**

— Acreedor GC: inscripción n.º …, de 9.12.2020, *embargo*, en autos IUE …/2014, ejecución prendaria, en el Juzgado Letrado de Salto de … Turno.

— Acreedor JE: inscripción n.º … de 1.9.2017, *embargo*, en autos IUE …/2013, juicio ejecutivo.
— Acreedor RMV: inscripción n.º … de 23.8.2021, *embargo-rectificación de padrón*, con calificación «provisoria»; rectifica número de padrón por el que se confeccionó el asiento registral n.º …/15 y su reinscripción n.º …/20, indicando el padrón actual; en autos IUE …/2001, juicio ejecutivo, Juzgado de Paz Departamental de Salto de … Turno.

**Por el padrón …1**

— Acreedor RMV: inscripción n.º … de 7.10.2015 (oficio … de fecha 17.9.2015), *embargo*, reinscripta por comprobante n.º … del 18.9.2020. No surge referencia alguna a la existencia de un embargo genérico previo. En el detalle del contenido de la reinscripción surge cuota parte 1/10 y que el padrón actual es el …2. Mismo expediente.

**Ampliación, con información entre el 30.8.2021 y el 29.9.2021**

**Por el padrón …2**

— Acreedor RMV: inscripción n.º …/2015, de 7.10.2015, reinscripción n.º … de fecha 18.9.2020 e inscripción rectificatoria n.º … del 23.8.2021, con inscripción definitiva.[17]

En el detalle del contenido de la inscripción …/2015, como ya se expresó, *no surge referencia alguna a la existencia de un embargo genérico previo y vigente del cual haya tomado razón el registrador al confeccionar el asiento informático de embargo específico*.

En la documentación que se adjuntó por parte del juzgado se alega que la inscripción n.º …/2015 fue presentada a inscribir. Se encontraba vigente un embargo genérico, que no surge del certificado respectivo analizado, por lo que debería considerarse vigente desde la fecha de dicho genérico, en virtud de lo establecido por el artículo 380.2, inciso 5.º («Cuando el ejecutante solicitare el embargo específico de bienes comprendidos en un embargo genérico, el nuevo embargo tendrá la fecha del embargo genérico»). La nueva redacción de este inciso es contundente; esta no ha sido objeto de reglamentación. ¿Cómo aplicarla, entonces?

Rigen en nuestro derecho registral —entre otros— los siguientes principios:

17 Este grupo de inscripciones vuelven a ser informadas —en esta oportunidad, en correcto orden cronológico y por el padrón actual— porque entre las fechas 30 de agosto y 29 de setiembre, la última inscripción en el tiempo fue objeto del cambio de calificación (de provisoria a definitiva).

*a*) *Principio de rogación, de petición o de voluntariedad de la inscripción*. Enunciado como «la inscripción de actos, negocios jurídicos y decisiones judiciales y administrativas en los Registros públicos competentes debe ser solicitada por quienes tengan legitimación legal para hacerlo» (Bardallo, s/f.). El registrador no puede actuar de oficio. Para que ingrese un documento al Registro es necesaria la previa solicitud del interesado (ley 16.871, art. 85).[18] Este principio es de aplicación previo a la inscripción y se ubica dentro de los principios formales. La rogación de inscripción se realiza como regla en forma tácita; en cambio, para desistir —en los casos previstos por la ley (ley 16.871, art. 86)— o limitar su objeto,[19] para solicitar reinscripción de prendas (decreto 99/998, art. 27), se requiere que esta sea expresa y por escrito. En nuestro derecho positivo, es de oficio por el registrador la reinscripción de prenda forestal (decreto 451/988).

*b*) *Principio de especialidad o determinación*. El acto o negocio jurídico que se presentare a inscribir debe contener datos precisos relativos al objeto de la relación jurídica —inmuebles, muebles o entidades comerciales, individualizables—; a los sujetos que intervienen —elementos individualizantes y su rol—; a la naturaleza y extensión del derecho que se transmite, modifica, constituye, cancela o extingue; a la cuota parte que corresponde a los titulares, y al título que legitima la disposición (su especificación, la individualización; ley 16.871, art. 63).

Asimismo, la estructura organizativa del sistema registral uruguayo contempla la existencia de distintos registros sin vinculación horizontal alguna entre sí (ley 16.871, art. 6.º). En lo que refiere al caso que nos convoca, la sección Inmobiliaria del Registro de la Propiedad no tiene vinculación alguna con el Registro Nacional de Actos Personales; ambos Registros funcionan con independencia técnica, sin vínculo normativo–funcional en la tarea calificadora, y sus competencias se encuentran establecidas en el artículo 5.º de la ley 16.871.

18 «*Legitimación registral*. La inscripción de los actos y negocios jurídicos a que refiere la presente ley podrá solicitarse por las siguientes personas: 1) Quien tenga la carga de inscribir. 2) Quien tenga interés en la protección de la publicidad registral. 3) El profesional interviniente. 4) El representante de cualesquiera de las personas indicadas precedentemente. [=] Los juzgados y tribunales de la República y las oficinas de la Administración del Estado comunicarán por oficio, en doble ejemplar, al Registro competente los actos cuya inscripción hubieren dispuesto conforme al derecho vigente. [=] La situación registral solo variará a petición o por disposición de las personas y autoridades expresadas. [=] El adquirente es quien tiene la carga de la registración y será responsable ante el enajenante si no lo hiciere. Si el enajenante verificara que no se realizó la inscripción, podrá solicitarla en cualquier tiempo».

19 Resoluciones de la Dirección General de Registros 152/1999 y 112/1999 (cuando la rogación de la inscripción de un certificado de resultancias de autos se refiere a determinados bienes y no a la totalidad de los incluidos en el documento).

A su vez, esta ley, en su artículo 3.º, establece las competencias de la Dirección General de Registros, entre las cuales, en su inciso 3.º, establece la de «impartir instrucciones generales o particulares, órdenes de servicio y demás actos de cumplimiento de las normas legales o reglamentarias, con carácter vinculante para los registradores, a fin de unificar criterios de calificación registral. En este último caso debe contar preceptivamente con la conformidad previa de la Comisión Asesora Registral».

En cumplimiento de este mandato legal, la Dirección General de Registros dicta la resolución 33/2014, de 9 de abril de 2014, vinculante para todos los registradores, por la que instruye sobre el artículo 380.2 del Código General del Proceso; establece que «si el oficio que comunica el embargo específico nada dice sobre la fecha del genérico, la fecha a tener en cuenta para el cómputo de la caducidad será la de la inscripción del específico». Para mejor ilustración, la resolución citada dispone:

> Se procederá de la siguiente forma: **1.2.** Si el oficio que comunica el embargo específico establece que debe tenerse presente la vigencia del genérico (situación prevista en el artículo 380.2, inciso final del CGP), se controlará: 1.2.1. Que el mismo determine el número y fecha de la inscripción del embargo genérico. 1.2.2. La presentación de un certificado de vigencia del Registro Nacional de Actos Personales, el que se archivará junto al ejemplar que queda en la oficina. 1.2.3. El registrador deberá dejar constancia en el asiento respectivo de que la fecha a tomar en cuenta para las reinscripciones y, en su caso, la caducidad es la de la registración del embargo genérico, citando número y fecha de esta.

Esta resolución se encontraba vigente a la fecha de la presentación del oficio … de 17.9.2015. A los efectos de descartar un error de apreciación del registrador, se solicitó a la sede dicho oficio y, con su imagen a la vista, se ha comprobado que nada dice respecto del embargo genérico que se alega; *contiene únicamente la comunicación de la traba de embargo específico* sobre el padrón n.º …1; por ello, el registrador del Registro de la Propiedad de Paysandú *lo calificó como una traba de embargo, tal cual fue solicitado*. En consecuencia, tiene como fecha de inscripción la de su presentación, a saber, el 7.10.2015, fecha desde la cual se computará su caducidad.

Tal como dispone la resolución 33/2014, «si el oficio que comunica el embargo específico nada dice del genérico, el Registro debe inscribirlo normalmente, y la fecha a tener en cuenta para el cómputo de la caducidad será la de su inscripción actual».

Con relación a la comunicación del padrón actual por inscripción n.º …/21, no sería aplicable al caso lo dispuesto por el artículo 71 de la ley 16.871, que dispone: «Respecto de los terceros que hubieran consultado la información registral, las rectificaciones de los asientos registrales solo les serán oponibles desde la fecha en que se realizan». En el caso de la consulta, las partes litigantes tienen conocimiento del cambio en la nomenclatura catastral del inmueble.

Al momento de la inscripción …/2015, el inmueble se describía por su padrón anterior. El plano de mensura fue levantado en 2016, previo al otorgamiento de la partición referenciada, por lo que ese hecho, ajeno al acreedor, no podría perjudicarlo. Al ingresar la reinscripción se hace referencia al padrón actual, aunque el procedimiento registral correcto se concreta con la inscripción …/21.

## Conclusiones

Del análisis de las solicitudes de información citadas, se concluye que el orden de prelación de acreedores es el siguiente:

1.º) GC. Fecha a considerar: la de la inscripción de la prenda (4.9.2013).
2.º) JE. Fecha a considerar: la del embargo genérico (26.12.2013).
3.º) RMV. Fecha a considerar: la del embargo especifico (7.10.2015).

Esc. Claudia Pereiro Alonso
Informante

## Bibliografía referida

Bardallo, Julio R. (s/f.). *Curso de grado de derecho registral*. Montevideo: Universidad de la República, Facultad de Derecho.

De Cores, Carlos (2002). «Ley de prenda sin desplazamiento». En *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo*, año I, n.º 2, pp. 85-89.

Informe aprobado por los Escs. Cristina Anzuela, Mercedes Azar, Susana Cambiasso, Romina Cedrés, M.ª del Rosario Marchese, Enrique Marna, Carlos Milano, Karin Perdomo, Daniel Ramos y Andrea Yarruz. Se abstiene el Esc. Carlos del Campo.

## Informe de la Comisión de Técnica Notarial Procesal

La sede, por decreto 2.199/2022, dispone remitir a esta comisión para que informe sobre la preferencia de los acreedores, teniendo presente el remate ya dispuesto, resolución que es impugnada por RMV. La sede dispone mantener la recurrida.

Temporalmente, y conforme a la información registral que se proporciona en los testimonios de los expedientes, resultan los siguientes embargos:

— Embargo genérico n.º … de 26.12.2013, trabado por el acreedor de autos (JE) y reinscripto el 26.7.2018.
— Embargo específico n.º … de 7.10.2015, trabado por el tercero acreedor (RMV) y reinscripto el 18.9.2020 por oficio que aclara que se traba sobre 1/10 del padrón n.º …1, que hoy es el padrón n.º …2.

— Embargo específico n.º … de 1.9.2017, trabado por el acreedor de autos (JE).

Resulta, además, inscripción de prenda sin desplazamiento n.º … de 4.9.2013, reinscripta el 31.8.2018 a favor de GC, que gravara los derechos hereditarios que poseía el deudor de autos, la que es descartada notarialmente —certificado notarial de la Esc. EO— en virtud de existir sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada por la que se reconocen los efectos declarativos retroactivos de la partición y, consecuentemente, la desaparición de los derechos hereditarios objeto de esta; se cita sentencia dictada por TAC de … Turno …/2020.

Con relación a las sentencias que se presentaron por RMV fundamentando su preferencia respecto al bien que se pretende rematar en el juzgado consultante, en ellas se dice lo siguiente: En la sentencia …/2020, de 26.10.2020, dictada en los autos IUE …/2019, se afirma que, conforme a lo dispuesto en el artículo 380.2 *in fine* del Código General del Proceso, «cuando el ejecutante solicitare el embargo específico de bienes comprendidos en un embargo genérico, el nuevo embargo tendrá la fecha del embargo genérico». Establece que el embargo se constituye con la providencia judicial que lo dispone, pero se hace efectivo con la inscripción en el Registro respectivo. Se dice en dicha sentencia que el actor incidental —en ese caso, JE— sostiene que la medida cautelar existente no es más que el embargo específico, solicitado como mejora de embargo, y, por tanto, su eficacia es posterior al embargo trabado por el actor incidental —JE—, quien detenta un embargo general sobre el deudor —ANBG—, inscripto en el Registro correspondiente el 26.12.2013 y reinscripto el 26.7.2018. Se sostiene que surge acreditado por el demandado —RMV— «que si bien no se reinscribió el embargo genérico decretado en el principal» (…/2001) contra el Sr. ANBG, «tal y como surge de lo preceptuado por el artículo 380.2 *in fine* del Código General del Proceso, el embargo específico tiene la fecha del embargo genérico. Sin perjuicio de la no reinscripción del embargo genérico, el específico se reinscribió en tiempo y forma, y, por tanto, mantiene su vigencia. Es cierto que el actor incidental tiene vigente un embargo genérico que pesa sobre ANBG […], pero el embargo específico trabado en los IUE …/2001 sí le es oponible».

La sentencia es clara al establecer que el acreedor RMV no reinscribió el embargo genérico.

Tampoco resulta de la información registral, y así lo afirma en reiteradas veces el actor JE, que se haya reinscripto el específico, embargo que toma la fecha del genérico (26.4.2001), siendo esta la nueva fecha de referencia para reinscribir. Teniendo en cuenta este efecto, el embargo específico se debió reinscribir antes de la caducidad de la inscripción del genérico al cual se retrotrae, esto es, 2006, 2011 y 2016. El específico se inscribió el 7.10.2015, estando sí vigente el embargo genérico del cual toma sus efectos con relación a caducidad y eficacia; pero si tomó la fecha del genérico, debió reinscribirse a más tardar en abril de 2016 para mantener

la prioridad que aquel le otorgó. Así lo dispone la interpretación realizada por la Dirección General de Registros en la resolución 33/2014, de 9 de abril de 2014, citada y agregada en los autos IUE …/2019.

El informe de la oficina actuaria afirma que el embargo inscripto en 2015 por RMV no fue reinscripto en 2016; por lo tanto, cayó en cuanto a su vigencia. Se produce en 2016 la partición del inmueble en mayor área padrón n.º …1, adjudicándose al deudor 1/10 de él, empadronado con el n.º …2, cambio comunicado al Registro en el año 2020, estableciendo que el embargo específico afecta actualmente al padrón …2.

La oficina actuaria entendió que «sin perjuicio de tener en cuenta la preceptividad de las normas de orden público de la Ley de Registros, se debe tener presente la también preceptividad de la ley 19.090, referente al orden de los embargos, la que es posterior a la Ley Registral y modificó en este tema la ley 15.982. Se suma a ello la existencia de dos sentencias pasadas en autoridad de cosa juzgada referente a este asunto». Por eso, concluye en cuanto a la preferencia del ejecutante, siendo preferente el acreedor RMV en los autos …/2001.

Es claro, a opinión de la informante, que existe una coincidencia entre lo que dispone la norma que prevalece, por ser de igual categoría (leyes 19.090 y 16.871) pero posterior en el tiempo, artículo 380.2 *in fine*, y lo que se sentencia (…/2020): «Cuando el ejecutante solicitare el embargo específico de bienes comprendidos en un embargo genérico, el nuevo embargo tendrá la fecha del embargo genérico».[20]

Pero las sentencias de primera y segunda instancia pasan por alto las formalidades que requiere la ley registral para que esta disposición (380.2 *in fine*) se efectivice registralmente. Se contradice no la ley, sino la resolución de la Dirección General de Registros 33/2014, dictada por la Comisión Asesora Registral con relación a los criterios vinculantes para los registradores en caso de solicitarse la inscripción de embargos específicos en los distintos Registros. Esta resolución dispone:

20 Código General del Proceso, artículo 380: «*Embargo*. **380.2.** *Orden*. El embargo y, en su caso, el secuestro se realizarán en el siguiente orden: bienes muebles, inmuebles, créditos y, a falta o insuficiencia de estos, el genérico. [=] Este orden podrá dejarse de observar solamente en caso de existir bienes hipotecados o prendados, o cuando mediare conformidad expresa o tácita entre el ejecutante y el ejecutado, así como si resultare notoriamente inconveniente o inútilmente gravoso, sin ventaja para el aseguramiento de los fines de la ejecución, o cuando el ejecutado ofreciere bienes prioritarios que, a juicio del tribunal, fueren suficientes para cubrir las prestaciones de la ejecución. [=] Cuando se trate de embargo genérico, la vía de apremio se suspenderá hasta la denuncia de bienes concretos. [=] El embargo genérico comprenderá los bienes presentes y futuros registrables del embargado. En caso de universalidades, los bienes concretos que las integran deberán ser objeto de embargos específicos. [=] Cuando el ejecutante solicitare el embargo específico de bienes comprendidos en un embargo genérico, el nuevo embargo tendrá la fecha del embargo genérico. […] **380.7.** *Prelación*. La eficacia de los embargos frente a terceros, así como las prioridades entre los embargantes para el cobro de sus créditos, intereses, costas y costos, se determinará por la fecha de realización de los respectivos actos que hacen efectivos los embargos (ordinal 1.º de este artículo)».

> Si el oficio que comunica el embargo específico establece que debe tenerse presente la vigencia del genérico (situación prevista por el artículo 380.2, inciso final del CGP), se controlará: 1.2.1. Que el mismo determine el número y fecha del embargo genérico. 1.2.2. La presentación de un certificado de vigencia del Registro Nacional de Actos Personales, el que se archivará junto con un ejemplar que quedará en la oficina. 1.2.3. El registrador deberá dejar constancia en el asiento respectivo de que la fecha a tomar en cuenta para las reinscripciones y, en su caso, la caducidad es la de la registración del embargo genérico, citando número y fecha de esta. 1.2.4. No corresponde controlar las sucesivas reinscripciones del embargo genérico, ya que por disposición del artículo 380.2 *in fine*, «el nuevo embargo tendrá la fecha del embargo genérico» y esta fecha se tomará en cuenta para reinscribir el específico o considerarlo caduco.

No surge de los asientos registrales que se tomará como fecha de las reinscripciones del embargo trabado por el oficio … del 17.9.2015 la del embargo genérico, como lo establece el apartado 1.2.3 de la citada resolución.

Esta resolución, que es posterior a la entrada en vigencia de la ley 19.090 y adecúa lo dispuesto a la normativa registral, es pasada por alto por las sentencias que disponen que *el embargo específico trabado en los autos IUE …/2001 sí le es oponible* al tercerista incidental del Juzgado Departamental de Salto, hoy actor en el Juzgado Letrado de Primera Instancia de Paysandú (JE).

¿Puede apartarse una sentencia con autoridad de cosa juzgada de lo dispuesto por una resolución de un órgano administrativo que tiene carácter general? Conforme al artículo 3.º, numeral 3.º de la ley 16.871, la Dirección General de Registro puede impartir instrucciones generales o particulares vinculantes para los registradores a fin de unificar criterios de calificación registral. La resolución 33/2014 tiene un claro contenido general, mientras la sentencia tiene un alcance particular: cumple, en este caso, lo dispuesto por el artículo 219 del Código General del Proceso, con relación a que hay cosa juzgada respecto a la prioridad entre el acreedor de los autos consultados y el tercero acreedor que pretende hacer valer su preferencia respecto del inmueble designado para remate (TARIGO, 2022).

Expedirse sobre este aspecto por esta comisión significaría determinarse sobre un objeto controvertido en el proceso y que determinaría su resultado. Se entiende que no compete a la Comisión de Técnica Notarial Procesal de la AEU tener esta función, que excede claramente el mero asesoramiento, para pasar a considerar lo ya juzgado; se estaría cruzando la delgada línea entre asesorar en temas jurídicos y cumplir una función jurisdiccional que no le corresponde, sino que compete nada más que a los jueces (ley 15.750 [LOT], arts. 6.º y 9.º). Por lo tanto, esta comisión no se expedirá sobre la prelación de los acreedores de autos, atento a la divergencia entre lo que surge de la información registral y las sentencias relacionadas, con autoridad de cosa juzgada.

En relación a lo estrictamente procesal, un aspecto a considerar es que, previo a la realización del remate, debería, en virtud de lo dispuesto en el

artículo 384.7 del Código General del Proceso, tenerse resuelta la prelación de los acreedores, ya que solo el ejecutante preferente podrá ser autorizado a la exoneración de la seña y el precio, para el caso de resultar ser mejor postor, derecho este que le confiere la ley procesal solo al ejecutante que fuera preferente.

## Conclusión

Atento a lo informado precedentemente, se concluye que: más allá del análisis que podemos realizar en cuanto a la normativa referente a la traba y eficacia de los embargos, al haber sentencias pasadas en autoridad de cosa juzgada, la Comisión de Técnica Notarial Procesal no se expide respecto de la prioridad de los acreedores, entendiendo que no es un órgano que tenga competencia jurisdiccional.

Respecto de las demás cuestiones procesales, y atento a lo dispuesto en el artículo 384.7 del Código General del Proceso, previo a continuar con la diligencia del remate dispuesto correspondería resolverse la prioridad entre el ejecutante y el preferente, ya que si resulta preferente el ejecutante, puede hacer uso del derecho que le acuerda el referido artículo.

Esc. Claudia Fernández Echeverry
Informante

## Bibliografía referida

Tarigo, Enrique E. (2022). «Extensión de la cosa juzgada». En *Lecciones de derecho procesal civil*, tomo II, 8.ª ed. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, pp. 335-338.

En sesión de la Comisión de Técnica Notarial Procesal, integrada por los Escs. Paola Bottinelli, Cristina Lamela, Verónica López Fernández, Beatriz Morales y Susana Signorino, se aprueba por unanimidad.

*Informes aprobados por la Comisión Directiva Nacional de la AEU el 12.6.2023, expediente 2733/2022.*

# TÉCNICA NOTARIAL. ERROR. DOCUMENTO PRIVADO

Resumen

*No existe norma legal que imponga requisitos formales para la modificación de documentos privados mediante enmendados, sobrerraspados, interlineados o testados; no obstante, es de estilo que su salvado se realice en la forma que para los documentos notariales prevén el artículo 41 de la Ley Orgánica Notarial (decreto-ley 1.421) y el artículo 53 del Reglamento Notarial (acordada 7.533). De acuerdo con el artículo 176 del Código General del Proceso, no hacen fe las modificaciones insertadas en los documentos, tales como los enmendados e interlineados, si el autor del documento no ha consentido el salvado previo a su firma.*

## Informe: Notarial

### Consulta

En el marco de una investigación que realiza la Fiscalía a raíz de hechos denunciados como presuntamente delictivos, se solicita informar cuál es el procedimiento de estilo en el caso de un interlineado realizado en un poder de circulación de vehículo cuando en dicho interlineado se agrega la facultad de transferir el automotor. La denuncia fue efectuada por la escribana certificante de la firma del documento, al tomar conocimiento de la forma en que se había utilizado y de que la mandante manifestó no haber realizado poder para enajenar y transferir, sino solo para conducción y libre circulación.

Se trata, en el caso, de un documento privado de carta poder otorgado por la Sra. RGRB a favor de JLCB y cuyo texto original, impreso por medio electrónico, consigna que

> faculta ampliamente y sin limitación de clase alguna […] para que conduzca y circule libremente por todo el territorio nacional y en el extranjero, especialmente en la República Argentina, República Federativa de Brasil, República de Chile, República del Paraguay, todos o cualesquiera de dichos países, el siguiente vehículo: […]

Más adelante, expresa:

> En consecuencia, el mandatario queda expresamente facultado, en virtud y a los efectos de la conducción y circulación autorizadas, a la realización de cualquier trámite, gestión o diligencia ante cualquier autoridad nacional, municipal y/o del extranjero, especialmente aduaneras y policiales, firmando toda clase de documentación pública o privada.

Dicho texto presenta dos interlineados impresos en forma mecanografiada. El primero agrega, previo a la transcripción referida al objeto

del poder, «para transferencia municipal»; el segundo agrega, en forma posterior a la transcripción referente a las facultades conferidas, «teniendo el mandatario facultades del *2070* Código Civil» (destacado nuestro). A continuación del texto original, por medio mecanografiado y antes de la firma de la mandante, luce un agregado que expresa: «Interlineado "para transferencia municipal" vale»; «"Teniendo el mandatario facultades del *2020* Código Civil" vale» (destacado nuestro).

La firma de este documento privado está certificada por la Esc. ERO, quien da fe de que RGRB, previa lectura, así lo otorgó y suscribió, ratificando su contenido.

## Informe de la Comisión de Derecho Notarial y Técnicas Notariales

### I. Normas formales legales y reglamentarias

En la actividad notarial, la forma de insertar agregados, interlineados y enmendados en los documentos públicos se encuentra regulada por la Ley Orgánica Notarial (LON) y el Reglamento Notarial (RN). La LON (art. 41) específicamente se refiere a que el protocolo debe llevarse

> con limpieza y cuidando que no quede blanco alguno ni haya raspaduras, testaduras, entrerrenglonaduras ni enmiendas, y si alguna hubiere que hacer para subsanar algún error o llenar las exigencias de las partes en el acto de firmarse la escritura, deberá el escribano salvarla con toda claridad, antes de que la escritura sea suscrita por las partes y testigos.

Por su parte, el RN explicita este principio y, en cierta medida, lo actualiza, agregando una prohibición en la forma material de salvar errores que debe entenderse comprensiva de las situaciones de agregados y supresiones. Así, en su artículo 53 expresa:

> Las matrices de escrituras públicas se extenderán con limpieza y prolijidad, sin blancos y evitando en lo posible hacer testados, interlineados y enmiendas, prohibiéndose el uso de líquido corrector de cualquier clase. Si hubiere que hacer correcciones al texto, estas se salvarán con toda claridad, antes de las firmas.

El Código Civil no contiene disposiciones sobre las formalidades a cumplir en la subsanación de errores en los documentos notariales. Tampoco lo hace en el caso de los documentos privados, como es el documento rotulado «carta poder» objeto de la presente consulta. La naturaleza de ambas clases de documentos es perfectamente diferenciable: el documento notarial, por ser de autoría de funcionario público habilitado para dar fe, es *documento público*; en cambio, el documento a estudio es un *documento privado*, cuya autoría es atribuible exclusivamente a la persona que lo suscribe.

Aun cuando no hay normas legales que lo establezcan, por analogía, en los documentos privados es de estilo efectuar los salvados de errores en la misma forma prevista para los documentos públicos. Sin que exista forma sacramental al respecto, es usual hacer constar al final del texto, antes de la firma del documento, la naturaleza de la alteración. Por ejemplo, si es enmendado o sobrerraspado, a continuación, escriturarlo correctamente, seguido de la expresión «vale»; si es interlineado, escriturar lo agregado, de la misma manera, y seguido de la expresión «vale»; si se tratare de testados, por el contrario, escriturar lo testado y agregar la expresión «no vale».

En tal sentido, sería posible determinar *prima facie* que en la carta poder de marras, el primer salvado referente a la inclusión del objeto —«para transferencia municipal»— se encuentra correctamente realizado; en cambio, el segundo salvado —referente a tener el mandatario «facultades del 2020 Código Civil»— carece de validez, ya que cita erróneamente el artículo 2020, cuando el interlineado menciona el artículo 2070.

No podemos, sin embargo, dar por contestada la consulta solo con las consideraciones precedentes, pues entendemos que en el marco específico de una denuncia de presuntos hechos delictivos no están en juego los aspectos formales del salvado de los interlineados, sino la eventual ocurrencia de un hecho posterior y ajeno al otorgamiento del documento, como sería su alteración material y, en consecuencia, su fuerza probatoria, aparte de la tipificación penal que pudiere corresponder.

## II. Normativa probatoria

El artículo 1581 del Código Civil equipara el valor probatorio del documento privado con firmas autenticadas por escribano con la escritura pública:

> El instrumento privado cuyas firmas estén autenticadas por notario o autoridad competente, el reconocido judicialmente por la parte a quien se opone o el declarado por reconocido en los casos y con los requisitos prevenidos por la ley tiene el mismo valor que la escritura pública respecto de los que aparecen o se reputan haberlo suscrito […].

Ello no implica la conversión del documento privado a documento público —el privado continúa siendo privado—, sin perjuicio de que a ambas clases de documentos le son aplicables las mismas normas en materia de autenticidad. En tal sentido, el artículo 1583 del Código Civil remite al ámbito procesal la discusión sobre la autenticidad del documento privado:

> El documento privado cuyas firmas estén autenticadas por notario o autoridad competente se presume auténtico mientras no se demuestre lo contrario mediante tacha de falsedad. Los demás documentos privados emanados de las partes se tendrán por auténticos, salvo que se desconozca su firma si están suscritos o la autoría si no lo están, en las oportunidades que señale la ley procesal o se les impugne mediante tacha de falsedad.

Así, específicamente en el tema de la corrección de errores en los documentos, tanto el anterior Código de Procedimiento Civil —«El instrumento público roto o cancelado en parte sustancial, como los nombres de los contratantes, testigos o escribanos, en la fecha o en lo que pertenece al pleito, no hace fe; tampoco el enmendado en estas mismas partes, si no estuviesen salvadas las erratas por el escribano y también por las partes y testigos, si estas enmiendas han sido hechas en el instrumento matriz» (art. 359)— como el actual Código General del Proceso —«Los instrumentos rotos, cancelados, quemados o raspados en parte sustancial no hacen fe. Tampoco hacen fe los documentos en la parte que estuvieren enmendados o interlineados, si la enmendadura o entrelínea no fuere salvada mediante la firma del autor o autorizante del documento» (art. 176)— siguen los mismos criterios de seguridad documental: de no ser salvados mediante constancia firmada por el autor del documento, no hacen fe.

A los efectos probatorios, por tanto, es posible afirmar que toda alteración en el texto original de un documento, sea público o privado, tratándose de enmendados, sobrerraspados o interlineados, cualquiera sea su contenido, debe hacerse constar al pie y ser expresamente consentida por el otorgante previo a su firma. El fundamento de este requisito, claramente, es que la suscripción representa la manifestación del consentimiento, y no puede haber consentimiento válido sin pleno conocimiento y voluntad del texto íntegro del documento, incluidos sus enmendados, sobrerraspados, interlineados y demás modificaciones efectuadas.

En el caso a estudio, si se trata de determinar la autenticidad —y, por tanto, la validez— de los interlineados efectuados, descartando su aparente regularidad formal, deberá surgir plenamente probado ese elemento fundamental a que hacen referencia todas las normas citadas: el hecho de que la mandante, en su calidad de autora del documento, haya consentido y otorgado los interlineados al texto original en forma previa a su firma.

No es materia de esta Comisión de Derecho Notarial y Técnicas Notariales determinar las vías u oportunidades procesales para dirimir tal instancia probatoria, que consideramos pertinente para que el juez pueda apreciar, con las reglas de la sana crítica, las pruebas de que se disponga, como serían la declaración de la mandante, la testimonial de la escribana —u otras personas familiarizadas con la voluntad de la mandante— o las que puedan obtenerse mediante pericias grafoscópicas del documento.

## III. Conclusiones

— No existe norma legal que imponga requisitos formales para la modificación de documentos privados mediante enmendados, sobrerraspados, interlineados o testados; no obstante, es de estilo que se realice su salvado en la forma como prevén para los documentos notariales el artículo 41 de la LON y el artículo 53 del RN.

— De acuerdo con el artículo 176 del Código General del Proceso, no hacen fe las modificaciones insertadas en los documentos, tales como los enmendados e interlineados, si, previo a su firma, su autor no ha consentido el salvado.

Esc. Susana Chao Peña
Redactora

Aprobado por la Comisión de Derecho Notarial y Técnicas Notariales, con los votos de las Escs. Gabriela Di Matteo, Mónica Dusio, Natalia Machín, Mirta Sosa, Virginia Penino y Susana Chao.

*Informe aprobado por la Comisión Directiva Nacional de la AEU el 12.6.2023, expediente 2811/2023.*

## CESIÓN DE DERECHOS HEREDITARIOS. INDIVISIÓN POSCOMUNITARIA. TÍTULO DE PROPIEDAD. CUOTA ALÍCUOTA

Resumen

*Incidencia en el estudio de la documentación de la enajenación de cuota parte indivisa de un bien en una indivisión poscomunitaria y hereditaria.*

Informe: Civil

### Consulta

### I. Relación de hechos

**25.5.1992.** Según escritura autorizada por el Esc. RB, NMGR, casada en únicas nupcias con RLP, hubo por título compraventa y modo tradición la unidad de propiedad horizontal …/003 del departamento de Montevideo.

**22.4.1997.** NMGR falleció intestada en Montevideo con igual estado civil. Su sucesión se inició en octubre de 2022.

**10.11.1998.** Según escritura de compraventa autorizada en Montevideo por la Esc. SRB:

— GBLG, CMLG y MZLG cedieron a su hermano legítimo JLLG, casado en únicas nupcias con SDAB, todos los derechos hereditarios que les correspondían en la sucesión de su madre legítima, NMGR.
— RLP, viudo de sus únicas nupcias con NMGR, enajenó por título compraventa y modo tradición la mitad indivisa del padrón de referencia a JLLG, casado en únicas nupcias con SDAB.

**18.7.2003.** RLP falleció en Montevideo, viudo de sus únicas nupcias con NMGR. Hasta el momento, su sucesión no ha sido tramitada.

**14.10.2022.** Se inició el trámite judicial de la sucesión de NMGR en el Juzgado Letrado de Primera Instancia de Familia de … Turno, expediente caratulado «NMGR. Sucesión» (IUE …/2022). Efectuadas las publicaciones de estilo, no se presentaron acreedores en el plazo legal. Por auto n.º …/2022, se declararon únicos y universales herederos de NMGR a sus hijos legítimos GBLG, CMLG, MZLG y JLLG, sin perjuicio de la cesión de derechos hereditarios a favor de este último, y se tuvo presente la relación de bienes.

Por auto n.º …/2023 se amplió el n.º …/2022, «agregando que la declaratoria de herederos efectuada se realiza sin perjuicio de la mitad de gananciales del cónyuge supérstite, RLP, y de la cesión de derechos ya referida en la resolución que se amplía».

Con fecha 17.2.2023 se expidió el certificado de resultancias de autos, el que se encuentra en trámite de inscripción ante el Registro de la Propiedad Inmueble de Montevideo.

Cabe destacar que el único bien declarado por los herederos es el padrón objeto de la presente consulta.

**17.10.2022.** Se firmó un boleto de reserva de compraventa por el que los cónyuges JLLG y SDAB prometen vender el padrón de referencia. La escribana de la parte compradora observa la documentación respecto a la escritura otorgada el 10.11.1998.

**14.3.2023.** Las partes suscribieron prórroga de boleto de reserva, acordando someter el negocio pactado al dictamen técnico de la Asociación de Escribanos del Uruguay para otorgar mayor seguridad a la parte compradora y a la escribana actuante.

## II. Opinión de la escribana de la parte compradora

La sociedad conyugal existente entre la causante y su cónyuge se disolvió al fallecimiento de esta, lo que dio nacimiento a una universalidad: la comunidad conformada por el activo y pasivo gananciales. Hasta que no se liquide la disuelta sociedad conyugal y se proceda a partir, ninguno de los cónyuges —o sus herederos— puede disponer libremente de la mitad de un bien ganancial concreto, sino de su cuota en la comunidad de gananciales.

Siendo que el bien relacionado había sido adquirido únicamente por NMGR y que aún no se había tramitado su sucesión, RLP debió haber cedido a su hijo JLLG su mitad indivisa de bienes gananciales, en lugar

de enajenar la mitad indivisa de un bien concreto, ya que, al momento del otorgamiento de la escritura observada, no se había liquidado la disuelta sociedad conyugal. A pesar de tener conocimiento de que el único bien que integraba la sociedad conyugal era el inmueble enajenado, no se conocería con certeza sobre la existencia de acreedores o deudas sociales de la causante hasta que no se tramitara su sucesión.

La particularidad del caso radica en que en la misma escritura comparecen todos los comuneros de ambas comunidades —hereditaria y posganancial—, aunque estemos ante dos negocios: cesión de derechos hereditarios y enajenación de cuota en un determinado bien. Se revela un caso de contratos conexos; diversos tipos negociales y unidad de fin perseguido: que JLLG deviniera el único propietario del bien.

Dado que desde la venta de la mitad indivisa se contó con el asentimiento de todos los comuneros, invocando los artículos 1904, numeral final, y 2330 del Código Civil, podríamos entender que aquella devino válida y eficaz. Con la finalidad de eliminar cualquier tipo de incertidumbre, la escribana de la parte compradora sugirió otorgar un documento de fijación de negocio en el que comparecerían los cuatro hermanos —presuntos herederos de RLP— manifestando que la intención de las partes era que JLLG deviniera el único propietario de la unidad de propiedad horizontal relacionada, quedando así, en lo pertinente, ratificada la escritura relacionada. A pesar de los reiterados intentos de la escribana del vendedor, no se obtuvo la conformidad de los cuatro hermanos.

Asimismo, se sugirió tramitar la sucesión de RLP, con la intención de verificar que no tuviera otros herederos, además de sus cuatro hijos legítimos, y que no existía pasivo en su patrimonio. La parte vendedora manifestó no tener intención de tramitarla.

## III. Otras consultas similares

Analizando otras situaciones similares, se encontró una posible semejanza con una consulta técnica de cuyo informe en respuesta se transcribe parte (Asociación de Escribanos del Uruguay, 2012: 292):

> Los artículos 1297 a 1307 del Código Civil regulan la actividad hermenéutica, y la base del método interpretativo se encuentra en el artículo 1298, que ha conducido a múltiples interpretaciones doctrinales. Esa disposición establece: «Habiendo ambigüedad en las palabras, debe buscarse más bien la interpretación común de las partes que el sentido literal de los términos». De ahí que debemos estar a la intención común de las partes, analizando en forma global y en una misma etapa los elementos textuales y también los contextuales al negocio.
>
> En efecto, el Esc. Arturo Caumont, en su trabajo sobre «Interpretación de los contratos», afirma: «[…] no cabe duda de que una particular cláusula de un contrato no vale por sí sola, sino por su interrelación con las demás cláusulas que constituyen la integralidad final del negocio del cual

> son constituyentes estructurales inescindibles y por la intervinculación con elementos exógenos al propio acto negocial, como las conductas pre y posconvencionales que los otorgantes comportaron, las cuales se integran con aquellos en el proceso explicatorio como medios interpretativos de por lo menos igual jerarquía que las palabras con las que se construye la exteriorización volitiva y a las cuales les asignan *in re ipsa* su genuino valor de significación […]».
>
> En la tarea interpretativa, no solo debemos considerar el signo que se encuentra inserto en el proceso discursivo (método gramatical), sino también el contexto al cual indefectiblemente se encuentra vinculado por haber constituido su causa, esto es, lo que se ha dado a llamar el *marco de referencia* o *circunstancias*.

La escribana de la parte compradora considera que, a pesar de existir una similitud con la consulta relacionada, esta no encuadra en su totalidad con la situación planteada. En la consulta publicada se había padecido error al establecer que se cedían derechos *hereditarios*, cuando debió decirse que se cedían derechos *gananciales*. En ambos casos, el objeto del negocio era una universalidad. En el caso planteado, se confunde la mitad indivisa de un bien concreto con la de una universalidad.

## IV. Opinión de la escribana de la parte vendedora

Si bien entiende que es discutible la redacción que se le dio a la escritura de compraventa de la mitad de gananciales, considera que ello no es motivo suficiente para observar la documentación. Basándonos en lo ya expresado, conforme a los artículos 1904, numeral final, y 2330 del Código Civil, el negocio jurídico de compraventa en cuestión es válido y eficaz, y transmitió la propiedad y posesión a JLLG, quien devino, en consecuencia, propietario del 100 % del inmueble, porque así fue la voluntad manifiesta de su padre y hermanos. No hubo lesión y se dio el consentimiento por todos condóminos en un mismo acto.

Si bien la escribana de la parte compradora no cuestiona la validez del contrato, no hay que perder de vista lo que establece el *artículo 1300 del Código Civil, el principio de conservación del contrato*: «Las cláusulas susceptibles de dos sentidos, del uno de los cuales resultare la validez y del otro la nulidad del acto, deben entenderse en el primero. Si ambos dieren igualmente validez al acto, deben tomarse en el sentido que más convenga a la naturaleza del contrato y a las reglas de la equidad».

Entiende, asimismo, que no corresponde tramitar la sucesión de RLP, en virtud de que el bien ya no estaba en el patrimonio del causante a la época de su fallecimiento, al haber enajenado en forma previa su cuota parte a su hijo JLLG; sigue, con la misma línea de razonamiento, que la compraventa resultó válida y eficaz. Por otra parte, si intentáramos inscribir en el Registro de la Propiedad Inmueble el certificado de resultancias de autos de RLP, ello no resultaría posible por falta de tracto sucesivo.

Más allá de toda discusión, rige el principio de la prescripción adquisitiva de los veinte años, establecido en el artículo 1211 del Código Civil, que confirma a JLLG como propietario pleno del dominio sobre el inmueble objeto del presente.

## V. Análisis de sentencias; interpretación de los contratos

— «Toda cláusula contractual debe interpretarse dentro del proceso de negociación, procurando establecer la voluntad de las partes resultante de los elementos textuales y extratextuales aprobados; la interpretación de los contratos no puede limitarse a su tenor literal porque su objeto es la manifestación de voluntad de las mismas» (Suprema Corte de Justicia, 2015: 411).

— «La interpretación literal del contrato debe ceder ante una interpretación sistemática. [=] El intérprete no debe examinar solo el texto del negocio, sino, además, la declaración que comprende el comportamiento de las partes, las circunstancias ambientales; es decir, que todos los datos de la interpretación deben ser sometidos a un análisis global y totalizador, y de esa operación, deducirse la voluntad contractual» (Suprema Corte de Justicia, 2005: 210).

## VI. Consulta

Si bien resulta claro que la intención de todos los comparecientes —viudo y herederos de NMGR— era que la totalidad del inmueble ingresara al patrimonio de JLLG, se pretende determinar si efectivamente la propiedad de la mitad indivisa del bien de referencia se transmitió desde el patrimonio del enajenante al del adquirente, en cuanto a que este tenía un porcentaje en una masa indivisa y no sobre el bien concreto. En caso de operar la prescripción, como indica la escribana del vendedor, se consulta si es necesario un pronunciamiento judicial a los efectos de sanear la titulación.

## Informe de la Comisión de Derecho Civil

El presente informe contará con tres capítulos: el primero consistirá en una síntesis sobre la indivisión y los negocios sobre cuotas indivisas en una indivisión poscomunitaria; acto seguido, procederemos a la aplicación al caso concreto de las nociones analizadas, para finalmente arribar a la conclusión del caso en base al desarrollo efectuado.

### I. Los negocios sobre cuotas indivisas en una indivisión poscomunitaria

### A. De la cuota parte indivisa como objeto de derecho

La cuota en un bien, en el derecho uruguayo, que tiene sus fuentes en el derecho romano, es un derecho subjetivo con contenido patrimonial. De acuerdo con el artículo 460 del Código Civil, «bajo la denominación *bienes* o de *cosas* se comprende todo lo que tiene una medida de valor y puede ser objeto de propiedad. [=] Los bienes son corporales e incorporales». Y respecto de estos últimos, dice el artículo 471: «Los bienes incorporales son derechos reales o personales».

En tal sentido, estamos ante un derecho real sobre cosa propia. Parte de la doctrina vernácula entiende que esta se encuentra en el comercio de los hombres; puede ser objeto de propiedad, y puede ser embargada y ejecutada.[21]

21 A favor, Molla, Groisman, Arezo Píriz y Villar, quienes afirman que la cuota parte, en nuestro derecho, «está en el comercio de los hombres, tanto respecto a los acreedores personales como hereditarios, y puede ser embargada y ejecutada» (Asociación de Escribanos del Uruguay, 2013: 173). En la posición contraria, Rivero de Arhancet, quien expresa: «Tratándose de la indivisión sobre una universalidad jurídica, como se entiende es el caso de la sucesión hereditaria (o de la indivisión poscomunitaria), el indivisario puede válidamente disponer de la cuota sobre la universalidad y no sobre la cuota del bien concreto. Así, doctrina y jurisprudencia admiten que la seguridad y eficacia del derecho que un tercero pudiera adquirir si el indivisario dispone de su cuota sobre el bien concreto estará supeditada a que en la partición se le adjudique el bien referido, dado el efecto declarativo retroactivo de la partición» (2014: 246). También, la Suprema Corte de Justicia: «En la medida en que, se insiste, el ejecutado no es titular del dominio libre sobre una cuota parte del inmueble —no obstante haberla "comprado"—, sino, más exactamente, titular de una cuota parte de una herencia que, además, de un eventual pasivo, incluye en su activo ese inmueble» (2012). Y el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 5.º Turno: «La razón de fondo para prohibir el remate de la cuota parte del bien embargado es que esa cuota parte que tiene el ejecutado en el inmueble está expuesta a lo que resulte de la partición, como bien lo explica la sentencia 755/1996 de la scj, mencionada por el incidentista» (2016).

## B. De las indivisiones

Por otra parte, veremos someramente los escenarios relevantes con relación a la cuota alícuota.

Domínguez Gil (2000: 195, nota al pie) enseña:

> Cuando aludimos a los derechos del indivisario «en virtud de la universalidad» o, como vulgarmente se expresa, «sobre la universalidad», lo hacemos para reflejar la idea con que la ley concibe unitariamente al conjunto de los elementos que la integran, como si fuesen un solo «objeto jurídico», para bridarle a todos ellos un tratamiento y una disciplina uniforme, como categoría lógica, tal como lo explica Barbero […], sin que con esta expresión pretendamos, por tanto, la existencia ontológica de tal derecho.

Para saber si nos encontramos frente a una indivisión o un mero *condominio* —expresión utilizada por el autor—, el mencionado doctrino especifica una serie de elementos de tipificación de una universalidad, separando los *de existencia necesaria* de los que son *de tipo eventual*. Sin intención de entrar en el análisis de cada uno de ellos, por exceder el alcance de este informe, cabe comentar que el referido autor enumera dichos elementos. Expresa que los necesarios serían la concurrencia de expresiones jurídicas de igual naturaleza, y que dicha concurrencia sea sobre una universalidad jurídica; el elemento eventual sería la rendición de cuentas, el pago de las compensaciones recíprocas y la colación (Domínguez Gil, 2000: 196-203).

### *Clasificación de las indivisiones*

En nuestro derecho debe distinguirse indivisión *poscomunitaria* de indivisión *hereditaria*.

***a.*** La indivisión poscomunitaria. Surge en virtud de la disolución de la sociedad conyugal, sea por fallecimiento de uno de los cónyuges, por divorcio o por separación de bienes judicialmente decretada.

En este caso, se habla de una *indivisión de liquidación*, pues lo que se parte es el «fondo líquido de gananciales» (C. Civil, art. 2010); es decir, de acuerdo con los artículos 2006 y 2010 del Código Civil, las deudas comunes y las recompensas deben pagarse previo a la partición, ya que solamente debe partirse el «fondo líquido de gananciales». Si no se pagaren, deberá reservarse un lote destinado a efectivizar dicho pago, pues, de regla, la indivisión poscomunitaria se parte por mitades; es decir, por principio general, encontramos dos lotes, incluso cuando la disolución opera por fallecimiento de uno de los cónyuges, dado que todos sus herederos serán tratados conjuntamente en un lote. En caso de reservar un lote para el pago de deudas, deberán existir tres lotes.

El artículo 2013 del Código Civil establece que a la indivisión poscomunitaria se le aplicarán las reglas de la partición hereditaria, a saber: en lo

relativo a las formas a adoptar, los efectos, la retroactividad, la rescisión por lesión, etc. Por la propia dinámica de la indivisión poscomunitaria, existen algunas normas que no le son aplicables, como, por ejemplo, el artículo 1136 del Código Civil.

Vaz Ferreira enseña que el cese de la indivisión poscomunitaria debe realizarse por el procedimiento particionario (ley 10.783, art. 6.º; C. Civil, arts. 1999 y 2013); que no debe acudirse al procedimiento estatuido en los artículos 1755 y siguientes del Código Civil, pues la *cesación de condominio* en virtud de subasta pública, entiende el profesor, solo procede respecto del condominio de origen contractual y, excepcionalmente, como etapa de una partición sucesoria o de los bienes quedados de una disuelta sociedad conyugal; por ejemplo, cuando existe un único bien que no admite cómoda división y hay conformidad de los copartientes (Vaz Ferreira, 1997: 804 y ss.).

***b.*** La indivisión hereditaria. Surge a consecuencia del fallecimiento de una persona física y entre los sucesores a título universal del causante. En este caso, estamos frente a una indivisión de reparto, pues desde el momento mismo del fallecimiento del causante, sus derechos y obligaciones pasan de pleno derecho a sus sucesores (C. Civil, art. 1039), salvo beneficio de inventario (C. Civil, art. 1078) y beneficio de separación (C. Civil, art. 1181).

En ambos casos, se ha entendido que cada uno de los coindivisarios tendría, respecto a los bienes que integran la universalidad, *una cuota sobre cada bien singular igual, a la medida de su derecho sobre la totalidad de la masa* (Asociación de Escribanos del Uruguay, 2013: 159).

Del análisis realizado por el informe de la subcomisión constituida en el ámbito de la Comisión de Derecho Civil de la Asociación de Escribanos del Uruguay para el estudio de la cuota alícuota, integrada por los Escs. Enrique Arezo Píriz, Carlos Groisman, Roque Molla y Juan Pablo Villar (Asociación de Escribanos del Uruguay, 2013), surge que no hay un derecho definitivo sobre cada bien que integra la masa hasta tanto se verifica la partición; en especial, por los efectos determinados en el artículo 1151 del Código Civil.[22]

22 Sobre este punto, la jurisprudencia se ha movilizado de la siguiente manera: «El adquirente de una cuota indivisa adquiere, en realidad, un derecho eventual, cual es el estar sujeto a las resultancias de la partición, o sea, la adjudicación del bien en la respectiva partición al comunero vendedor» (Suprema Corte de Justicia, 2012). Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 5.º Turno (2011): «Indivisión, ya sea hereditaria como poscomunitaria, presupone la existencia de una universalidad patrimonial que subsiste por pura creación jurídica respecto de la cual confluyen eventualmente pretensiones concurrentes de los coindivisarios, y cualesquiera de ellos, si bien tiene derecho a una cuota sobre el fondo líquido, no tiene derecho sobre los bienes concretos que la componen». En esta última consideración, referido a lo concreto del derecho, la sala difiere con el informe de la Asociación de Escribanos del Uruguay ya referido (2013).

Molla, Groisman, Arezo Píriz y Villar han entendido lo siguiente (Asociación de Escribanos del Uruguay, 2013: 174):[23]

> Estimamos que [el adquirente] tiene derecho a intervenir en la partición a los efectos de defender su derecho a que se adjudique el bien en su hijuela. No tiene derecho a intervenir en las demás operaciones particionarias respecto a la masa global. Si no se le adjudica el bien, tiene derecho a la compensación correspondiente.

Corresponde señalar que las discusiones doctrinarias se plantean en torno a la venta de una cuota parte indivisa de un bien que forma parte de una universalidad jurídica, como ocurre en la indivisión posganancial, en aquellos casos en que la venta se efectúa sin la conformidad de los demás coindivisarios. Por el contrario, si la referida venta se realiza con la conformidad de todos los coindivisarios, sin dudas, la eficacia del negocio es inmediatamente firme.

## II. Aplicación al caso concreto

Por lo que viene de decirse, es preciso determinar cuál es el derecho de quien adquiere —adquisición derivada— de un coindivisario. En el caso en consulta, se trata de indivisiones confundidas, a saber: una indivisión hereditaria y, a la vez, poscomunitaria, en virtud de la disolución de la sociedad conyugal existente entre el causante y el cónyuge supérstite.

En este escenario, tenemos que tres de los cuatros herederos cedieron al cuarto los derechos hereditarios de los que eran titulares en la sucesión de su madre (C. Civil, art. 1767). En esta situación, el cónyuge supérstite enajena por título compraventa y modo tradición su mitad indivisa al cesionario-heredero, es decir, estando presente la conformidad de todos los coindivisarios.

Como bien podrá percibir el lector, los negocios sobre cuotas partes indivisas, ya sea en indivisión poscomunitaria o hereditaria, constituyen una espinosa materia que ha ocupado las horas de diversos autores de nuestro foro, suscitando distintas posiciones sobre su enajenabilidad, ejecutabilidad, etcétera. Sin perjuicio de ello, en el caso concreto, dicha discusión no se plantea, por tratarse de una enajenación de mitad indivisa y estando presente la conformidad de todos los coindivisarios. Como con-

23 La posición doctrinaria contraria en cuanto a la defensa del derecho del adquirente para que se adjudique el bien en su hijuela es esgrimida por Domínguez Gil, cuando manifiesta: «La enajenación que de su cuota parte realice alguno de sus titulares no perjudica al resto, habida cuenta de que el derecho común no les brinda ninguna protección especial al respecto. [=] Para ello, basta con comprobar que nuestro ordenamiento no ampara el interés del condómino que posee varios bienes en común frente a los actos de disposición de los otros. No existe norma alguna que proteja el interés de estos a adjudicarse por partición bienes en concreto» (2000: 206).

secuencia de dicha enajenación, el señor JLLG devino único propietario del bien de referencia.

## III. Conclusión

En virtud del desarrollo efectuado en el presente informe, estamos en condiciones de afirmar que JLLG adquirió la totalidad del dominio respecto del inmueble en consulta, por diversos títulos y modos: la titulación del referido inmueble no resulta observable.

Escs. Dres. Alicia González Bilche
y Nicolás García Rodríguez
Informantes

### Bibliografía referida


Asociación de Escribanos del Uruguay (2012). «Cesión de derechos hereditarios. Cesión de gananciales. Interpretación de los contratos». Comisión de Derecho Civil. En *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, tomo 98, n.º 1-12 (ene.-dic.), pp. 290-293.

— (2013). «Análisis de las características de la cuota alícuota. Diversas clases de indivisiones. Derecho de persecución de los acreedores y naturaleza jurídica de la indivisión. Ejecución de la cuota durante la indivisión». Comisión de Derecho Civil (informantes: Enrique Arezo Píriz, Carlos Groisman, Roque Molla y Juan Pablo Villar). En *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, tomo 99, n.º 1-12 (ene.-dic.), pp. 158-176.

Domínguez Gil, Daniel (2000). «Poder de agresión de los acreedores frente a bienes en estado de condominio o de indivisión». 3.er Congreso Nacional de Derecho Civil (Montevideo, 29 y 30 jun. 1999). En *Revista Uruguaya de Derecho de Familia*, año 13, n.º 15 (nov.), pp. 195-212.

Rivero de Arhancet, Mabel (2014). *Lecciones de derecho sucesorio*, 3.ª ed. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.

Suprema Corte de Justicia (2005). «La interpretación debe partir del examen de los elementos textuales y extratextuales del contrato». Sentencia 138/2004, de 21.5.2004. Parga (r), Rodríguez Caorsi, Troise, Sosa Aguirre, Larrieux. En *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, tomo xxxv, pp. 209-210.

— (2012). Sentencia 851/2012, de 18.10.2012.

— (2015). «Interpretación del contrato. Su examen en casación». Sentencia 732/2014, de 6.8.2014. Pérez Manrique (r), Chediak, Larrieux, Ruibal, Chalar. En *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, tomo xlv, pp. 411-413.

Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 5.º Turno (2011). Sentencia 3/2011, de 1.2.2011.

— (2016). Sentencia 98/2016, de 24.8.2016.
Vaz Ferreira, Eduardo (1997). *Tratado de la sociedad conyugal*, 4.ª ed. act. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.

La Comisión de Derecho Civil, integrada por los Escs. M.ª Marcela Aldana, M.ª Valentina Almirón, Fiorella Bernazquín, Analía Cánepa, M.ª Inés Casatroja, M.ª Magdalena Crucci, Marcela de los Santos, Priscila Ferreira, Nicolás García Rodríguez, Adriana Goldberg, Alicia González Bilche, Carlos Groisman, Ana Irabedra, José Illia, Rossana Ivanier, Mónica Jover, M.ª de Lourdes Mainé, M.ª del Rosario Marchese, M.ª Valentina Martínez, Francisco Mastropierro, M.ª Rosana Monteverdi, Margarita Puertollano, Ana Realini, Patricia Rivas, Diego Séré, Adriana Silva, Mariella Spagnolo, Verónica Ubillos, M.ª Beatriz Vázquez, M.ª Carolina Vercellino y Juan Pablo Villar, aprueba el informe que antecede.

Esc. Juan Pablo Villar
Coordinador

*Informe aprobado por la Comisión Directiva Nacional de la AEU el 26.6.2023, expediente 2808/2023.*

## SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA. SOCIO. MUERTE. PODER. AUTOMOTOR. COMPRAVENTA

Informe: Comercial

### Consulta

### I. Relación de hechos

**1.** El 10.6.2007 se constituye una sociedad de responsabilidad limitada (en adelante, SRL) en documento privado con firmas certificadas y protocolizado por la Esc. XX. Su primer testimonio se inscribió en el Registro Nacional de Comercio con el n.º … el 20.7.2007. La sociedad está integrada por dos socios: AA y BB; el primero, casado en únicas nupcias con CC, y la segunda, casada en únicas nupcias con DD y separada judicialmente de bienes.

**2.** En el estatuto de la sociedad:
— se designó al socio AA administrador, «con amplias facultades de administración, afectación y disposición, *debiendo obtener para gravar y afectar bienes sociales previa aprobación de la mayoría de las cuotas sociales*» (destacado nuestro); «El administrador podrá […] otorgar poderes»;
— se estableció que, «en caso de muerte de un socio, la sociedad no se disolverá, continuando con los sucesores del socio fallecido, pero la administración solo podrá ser ejercida por socios sobrevivientes».

**3.** El 24.12.2019, el socio administrador AA fallece, casado con CC. Deja como herederos a sus hijos legítimos, EE y FF, menores de edad (15 y 12 años, respectivamente).

**4.** Por asamblea extraordinaria de fecha 29.12.2019, a la que asisten la socia BB y CC, la cónyuge del socio fallecido, quien dice actuar por sí y en ejercicio de la patria potestad en nombre y representación de sus menores hijos, se deja constancia del fallecimiento del socio administrador AA. La socia superviviente, BB, decide otorgar dos poderes en favor de CC, quien los acepta: uno específico, para el banco YY, y otro general.

**5.** La socia BB, expresando actuar en su calidad de socia y en representación de la sociedad, confirió el 29.12.2019 un poder general de administración expreso de disposición y afectación para todos los negocios y respecto de todos los bienes y facultades de representación de la sociedad, a favor de CC, la cónyuge del socio fallecido, cuyas firmas certificó y protocolizó la Esc. ZZ.

**6.** La sucesión del socio administrador AA se tramitó ante el Juzgado Letrado de Primera Instancia de … Turno de Cerro Largo. Del certificado de resultancias de autos de fecha 9.2.2021 resulta que: la sucesión se declaró judicialmente abierta el 3.6.2020; se efectuaron las publicaciones de estilo; se practicó inventario judicial, cumpliendo con el artículo 1057 del Código Civil, en el que se incluyó, entre otros bienes, el 50 % de las cuotas sociales de la SRL, de naturaleza ganancial; finalmente, el 10.12.2020 se declararon únicos y universales herederos del causante AA sus hijos legítimos, EE y FF, quienes aceptaron bajo beneficio de inventario, sin perjuicio de los derechos de la cónyuge supérstite, CC, por su mitad de gananciales. El certificado de resultancias de autos fue inscripto en el Registro de Personas Jurídicas el 16.3.2021 con el n.º …

**7.** El 18.10.2022, BB es declarada presunta incapaz; se le designa curador interino de bienes.

## II. Consulta

Hoy, la SRL quiere enajenar un vehículo automotor de su propiedad. Surge la controversia en cuanto a la validez del poder general otorgado el 29.12.2019 (num. 5 de la relación de hechos anterior).

## III. Opinión del consultante

**1.** En lo que refiere al otorgamiento del poder, opina que, de acuerdo con la cláusula décima del contrato, las normas de la ley 16.060 (ley de sociedades comerciales; en adelante, LSC; art. 243, en sede de SRL, que remite a las disposiciones de las sociedades colectivas, y aquí cita el art. 200, inc. 3.º) y lo resuelto en la asamblea extraordinaria de 29.12.2019, la socia BB tenía facultades para otorgar el poder.

De conformidad con lo establecido en la cláusula décima (transcripta en el num. 2, apartado final de la relación de hechos), entiende que se deja claro que la única persona que podía ser administradora y representante era la socia superviviente, es decir, BB. Sostiene, además, que resulta de aplicación el artículo 200, inciso 3.º de la LSC, que reza: «En caso de vacancia o imposibilidad de actuar del administrador designado en el contrato, los socios, por mayoría, nombrarán un sustituto».

**2.** Con relación al fallecimiento del administrador, el consultante opina que hay vacancia del cargo, pero ello no conlleva rescisión parcial de la sociedad, de acuerdo con el artículo 235 de la LSC, en sede de SRL: «La sociedad no se rescindirá parcialmente en caso de muerte o incapacidad del socio». Los socios deben, por mayoría, nombrar un sustituto.

**3.** En lo que refiere a la situación de los sucesores y la cónyuge, entiende que se encuentran en indivisión y que, de acuerdo con el pacto de continuación que surge del contrato, la sociedad continúa con los sucesores, no así con la cónyuge supérstite, quien cuenta con la titularidad indivisa de las cuotas. El consultante sostiene que la heredera menor de edad no tiene la calidad de socia, ya que no se obtuvo la venia prevista por el artículo 45 de la LSC. Concluye que el único sucesor con calidad de socio es EE, el hijo hoy mayor de edad, y que no resulta necesario nombrar representante común.

**4.** Finalmente, el consultante opina que la sociedad debe seguir cumpliendo su objeto a través del poder general otorgado a CC, la cónyuge supérstite del socio fallecido; que las decisiones de la sociedad deben ser tomadas por la socia BB, a través de su curador interino, y el heredero EE, hijo mayor de edad del socio fallecido AA, y que la menor de edad FF deberá tramitar la venia del artículo 45 de la LSC para adquirir la calidad de socia. Asimismo, que con relación a la cónyuge supérstite, CC, se otorgue partición, adjudicando las cuotas sociales de la sociedad a los hijos de AA.

## Informe de la Comisión de Derecho Comercial

El análisis de la consulta se realizará abarcando distintos aspectos.

### I. Fallecimiento de un socio; designación de administrador

El contrato social referido prevé en el artículo 10 que «en caso de muerte de un socio, la sociedad no se disolverá, continuando con los sucesores del socio fallecido, quienes deberán nombrar un representante común que los represente ante la sociedad, pero la administración solo podrá ser ejercida por socios sobrevivientes».

En sede de SRL, la muerte de un socio no conlleva la disolución o rescisión de la sociedad, salvo que así se hubiere pactado; no es el caso, porque el contrato establece que la sociedad continúa con los herederos del socio fallecido. Por lo tanto, la sociedad no se disuelve ni se rescinde (LSC, art. 235).

Por otro lado, en cuanto a la designación de administrador, la cláusula citada establece: «[…] pero la administración solo podrá ser ejercida por socios sobrevivientes». Dicho pacto contractual se presta a dos interpretaciones: por un lado, se quiso establecer que la designación de administrador —y, por ende, quien también ejercerá la representación— solo puede corresponder a quien sea socio sobreviviente al fallecido; por otro lado, teniendo en cuenta los hechos posteriores al fallecimiento de AA, lo que se quiso establecer en el contrato es que si fallecía el socio administrador AA, directamente continuara la socia BB en el cargo. En el primer caso, la nueva designación amerita una modificación de contrato; en el segundo, ello sería técnicamente correcto, pero, de todas formas, puede saberse quién es, pues el nombre del socio surge del propio contrato.

### II. Herederos del socio fallecido

Fallecido el Sr. AA, lo heredan sus dos hijos, quienes al momento del fallecimiento eran menores de edad. Existiendo pacto de continuación —cláusula décima—, adquieren la calidad de socios desde el fallecimiento; no se requiere para su ingreso la aceptación del socio sobreviviente.

En el caso en análisis, al ser los herederos menores de edad, debe aplicarse lo dispuesto en el artículo 45, inciso 1.º de la LSC: «Cuando un incapaz reciba por herencia, legado o donación una participación o cuota social, sus representantes deberán solicitar autorización judicial para aceptarla y permitir que aquel continúe en la sociedad, la que será acordada si el juez lo estima conveniente para los intereses del incapaz dadas las circunstancias del caso. No se requerirá autorización judicial cuando el incapaz reciba acciones». Por lo tanto, si bien los herederos adquirieron las cuotas sociales desde el fallecimiento de su padre, para que puedan continuar en

la sociedad debe solicitarse dicha venia. Por otro lado, ese mismo artículo, más adelante —inciso 4.º, al final—, dice lo siguiente: «Las modificaciones del contrato social solo podrá consentirlas con autorización judicial».

En consecuencia, para designar administrador por acto posterior, lo que implica una modificación de contrato, y existiendo socios menores de edad, debe solicitarse la venia del artículo 45 de la LSC, también para otorgar dicha modificación contractual.

## III. Otorgamiento del poder

La Sra. CC, madre de los menores, no se convirtió en socia porque no es heredera. Tiene un derecho de crédito respecto al 50 % de las cuotas que pertenecían al socio BB porque eran de naturaleza ganancial. Por ello, es incorrecta su actuación por sí en la asamblea que se realizó el 29.12.2019 y en nombre y representación de sus menores hijos porque carecían de la venia del artículo 45 de la LSC.

En esa asamblea se resolvió el otorgamiento del poder que en la misma fecha otorgó la Sra. BB a CC, en representación de la sociedad, y que es el motivo de consulta. Es en este aspecto que debe plantearse si la Sra. BB tenía o no facultades para hacerlo, ejerciendo la representación de la sociedad.

Si se entiende que lo que se quiso decir en el contrato —cláusula décima— es que, fallecido el socio administrador AA, continuaba la socia sobreviviente BB, no sería absolutamente necesaria una modificación del contrato, aunque quizás, técnicamente, sería más correcto. Si, por el contrario, se interpreta que lo que se quiso decir es que solo se podía designar administrador a un socio sobreviviente, cualquiera fuere, necesariamente debió modificarse el contrato social.

Ahora bien, por otro lado, no se puede desconocer que las partes involucradas —e incluso la escribana que autorizó el poder— entendieron que la Sra. BB, socia sobreviviente, adquirió dicha calidad. Esto surge de la interpretación de los hechos posteriores; es decir, la Sra. BB otorga el poder, la escribana controla en dicho documento que BB actúa en virtud de lo que dice el artículo 10 del contrato social antes transcripto y seguramente, desde el fallecimiento, fue esta señora quien continúo ejerciendo dicho cargo.

Si bien el poder fue otorgado en forma irregular, contextualmente, es lo que interpretaron las partes y la escribana autorizante. Dado que la Sra. BB es una de las socias fundadoras de la sociedad, es menester entender que ella conocía bien cuál era la voluntad estipulada en el contrato constitutivo.

A mayor abundamiento, algunos integrantes de la Comisión de Derecho Comercial entendemos que en virtud de lo dispuesto en el artículo 200, inciso 2.º de la LSC, al no existir administrador, cualquier socio puede administrar la sociedad y, por ende, representarla. Este artículo 200 establece:

(*Administración y representación*). El contrato regulará el régimen de la administración y representación.

Los administradores podrán ser designados en el contrato de sociedad o por acto social posterior. En su defecto, la sociedad será administrada y representada por cualquiera de los socios indistintamente.

En caso de vacancia o imposibilidad de actuar del administrador designado en el contrato, los socios por mayoría nombrarán al sustituto.

Otros integrantes de la comisión no están de acuerdo, dado lo estipulado en el inciso 3.º. En esta opinión, no se aplica lo antedicho, sino que en la situación de que no exista administrador, la mayoría de los socios debe designar uno.

Para la primera posición, cuando se modifica el contrato, se requiere esa mayoría, pero, mientras tanto, cualquier socio ejerce la administración, indistintamente; en consecuencia, para la primera posición, ya sea porque se entendió por los partícipes y la profesional autorizante del poder que BB —socia sobreviviente— era la administradora o por aplicación del artículo 200, inciso 2.º, el poder está bien otorgado. Para la segunda posición, el poder no fue bien otorgado: debió, primero, designarse administrador sustituto, con la mayoría requerida, y, luego, el administrador designado, a través de esa modificación contractual, debió otorgar el poder en cuestión.

Teniendo en cuenta la voluntad de las partes y lo dispuesto en los artículos 1298 del Código Civil, 296 del Código de Comercio y 1301 del Código Civil,[24] es posible entender que la ambigüedad de la cláusula décima del contrato debe interpretarse en el sentido de que la voluntad de los socios fundadores fue que, en caso de fallecimiento del socio administrador (AA), la sociedad continuara con el socio restante (BB).

Reiteramos que no es posible ignorar que la Sra. BB fue una de las firmantes del contrato original y, por lo tanto, tenía conocimiento de cuál fue la voluntad plasmada en el contrato, y que, en consecuencia, así se actuó.

## IV. Venias del artículo 45 de la ley 16.060

En el caso de FF, que aún es menor de edad, es necesario tramitar la venia del artículo 45 de la LSC para que continúe en la sociedad y para modificar el contrato, porque, en todos los casos, es necesario establecer en el contrato social quién ejerce la administración. Además, la socia BB,

24 Código Civil, artículo 1298: «Habiendo ambigüedad en las palabras, debe buscarse más bien la intención común de las partes que el sentido literal de los términos». Código de Comercio, artículo 296: «Las cláusulas equívocas o ambiguas deben interpretarse por medio de los términos claros y precisos empleados en otra parte del mismo escrito, cuidando de darles no tanto el significado que en general les pudiera convenir cuanto el que corresponda por el contexto general». Código Civil, artículo 1301: «Los hechos de los contrayentes posteriores al contrato que tengan relación con lo que se discute servirán para explicar la intención de las partes al tiempo de celebrar el contrato».

actualmente, está declarada incapaz, por lo que no puede ser administradora; también se requiere para ella la venia del artículo 45 citado, para continuar y para modificar.

## V. Otras consideraciones

**1.** No concordamos con el consultante respecto a que la sociedad, al fallecer AA, quedó integrada exclusivamente por la socia BB; tampoco con que en la actualidad el único socio sea EE, heredero de AA, hoy mayor de edad. Al fallecimiento de AA, y por aplicación del pacto de continuación que establece el propio contrato social, en el entendido de que la sociedad continúa con los herederos del fallecido, los socios eran BB y los hijos de AA (EE y FF).

**2.** Tampoco concordamos con que las cuotas sociales que el socio AA trasmitió por modo sucesión se encuentren en indivisión con la cónyuge supérstite, CC, sino que esta tiene un derecho de crédito a su favor por la naturaleza ganancial de estas.

## VI. Conclusiones

— La sociedad actualmente está integrada por BB y los hijos del socio fallecido, AA (EE y FF).
— Una vez obtenidas las venias del artículo 45 para la socia menor de edad y para la socia incapaz, se debe modificar el contrato y designar a EE —hijo de AA, hoy mayor de edad— o a quien resuelvan los socios para integrar el órgano de administración y representación.
— Para la mayoría de la Comisión, el poder es válido y eficaz para enajenar, considerando la interpretación de los hechos posteriores en forma contextual y haciendo mayor énfasis en la aplicación de la previsión del inciso 2.º del artículo 200 de la LSC.
— El poder fue otorgado por la única socia sobreviviente. En el entendido de que ella es una de las socias que otorgó el contrato originalmente, inferimos que la voluntad de los constituyentes de la sociedad fue la de que, fallecido el socio administrador, continuara el socio que lo sobreviviera. Esto también fue lo que entendió la escribana que autorizó el poder, seguramente en base a como venía actuando la sociedad desde el momento del fallecimiento.

Escs. Fanny Rodríguez Duarte
y Graciela Torres Ferreira
Informantes

Aprobado por los Escs. Adriana Amado, Estela Baum, Javier Carneiro, Daniella Cianciarulo, César Coll, Nicolás Dos Reis, Priscila Ferreira,

Nicolás García Rodríguez, M.ª Eugenia Guichón, Mayra Llanes, Marcelo Pérez Pastorini, Paola Pólito, Fernando Salazar y Adriana Tuzman.

Escs. Adriana Amado
y Daniella Cianciarulo
Coordinadoras

*Informe aprobado por la Comisión Directiva Nacional de la AEU el 26.6.2023, expediente 2810/2023.*

# CONTRIBUCIÓN INMOBILIARIA. HECHO GENERADOR. POTESTAD TRIBUTARIA. POSESIÓN

Resumen

*Quien está obligado al pago del impuesto de contribución inmobiliaria es el sujeto pasivo descripto en la norma tributaria departamental. El tributo puede ser abonado, por acuerdo de partes, por persona diferente al sujeto pasivo, pero este acuerdo no es oponible al sujeto activo tributario (gobierno departamental).*

Informe: Tributario

## Consulta

### I. Hechos

**1.** Con fecha 6.3.2023 se otorgó contrato de reserva *ad referendum* entre un agente inmobiliario de la zona Punta del Este, en representación del vendedor, y mi clienta, la futura compradora, respecto de un bien inmueble ubicado en un edificio de la localidad catastral Punta del Este, departamento de Maldonado. Posteriormente, el futuro vendedor suscribió dicha reserva, aceptando las condiciones planteadas; todo, dentro de los plazos acordados para ello. Las partes se obligaban a otorgan boleto de reserva que regulara las condiciones del negocio proyectado, cumpliendo con la reserva *ad referendum* ya firmada por ambos.

**2.** El 23.3.2023 se otorga boleto de reserva en el que se pactan las cláusulas que regularán las condiciones del negocio y se prevé un plazo de sesenta días para el otorgamiento de la escritura de compraventa definitiva.

**3.** Con fecha 11.5.2023 se proyecta realizar compraventa definitiva, en virtud de tener toda la documentación para escriturar.

**4.** La parte futura vendedora abonó el impuesto de contribución inmobiliaria por el ejercicio 2023 en su totalidad. El futuro vendedor y sus asesores entienden que es obligación de la parte futura compradora el reintegro del dinero que abonó el futuro vendedor por concepto de contribución inmobiliaria por los meses que no hará uso del bien inmueble una vez efectuada la compraventa.

**5.** La parte futura compradora entiende que no se negoció dicha situación desde el comienzo y que no le corresponde abonar dicho impuesto.

## II. Fundamentos de la consultante

Como consultante y escribana actuante, entiende que no existe una norma, ley o decreto que obligue al comprador a reintegrar la suma de dinero al vendedor por los meses que este último no hizo uso del bien inmueble que enajenó. En tal caso, entiende que si las partes hubiesen estado de acuerdo en que así se haga, se lo habrían planteado a la escribana actuante, quien lo habría dejado plasmado en el boleto de reserva para evitar diferencias a futuro; la situación no fue solicitada y, por tanto, no formó parte del negocio proyectado.

El hecho generador de la contribución inmobiliaria se produce el 1.º de enero de cada año. Si bien cada gobierno departamental es quien prevé la forma en que este puede abonarse, la exigibilidad del impuesto es el 1.º de enero de cada año. Tanto el decreto-ley 1.421 (Ley Orgánica Notarial) como la ley 9.328 («Fijación del impuesto de contribución inmobiliaria») regulan y exigen que los escribanos, para poder escriturar inmuebles, deban controlar boleto de pago o exoneración del impuesto de contribución inmobiliaria por el ejercicio en curso. El hecho generador se produce cada 1.º de enero; por lo tanto, el sujeto pasivo es quien sea, a esa fecha, el propietario del bien.

En virtud de lo antes expuesto, y por existir divergencia entre las partes contratantes de cómo proceder y qué corresponde hacer, y para realizar lo que corresponda conforme a derecho, es que solicitan a la escribana actuante realice la presente consulta a la Asociación de Escribanos del Uruguay para que, como tercero ajeno, sea el órgano encargado de dilucidar tal diferencia y emita una respuesta de quién tiene la obligación del pago del impuesto.

## III. Consulta

¿Quién está obligado al pago del impuesto de contribución inmobiliaria? ¿Existe una norma, ley o decreto que obligue al comprador a reintegrar al propietario (vendedor) lo ya abonado por el impuesto de contribución

inmobiliaria por el ejercicio en curso y por los meses —contados desde la compraventa— que el segundo no hará uso del bien inmueble?

## Informe de la Comisión de Derecho Tributario

Como nos indica Rodríguez Villalba (1998: 54):

> Si se ha previsto el ejercicio compartido de la potestad por parte de una pluralidad de entidades —la nacional y las locales—, estaremos en presencia de un poder tributario asignado en forma originaria o primaria a todos quienes lo ejercen, porque procede directamente de la Constitución. Media una relación de primer grado entre el mandato y el órgano al que le ha sido conferida.
>
> En cambio, cuando la potestad le ha sido asignada al Estado y se le faculta para delegarla, quien posee la potestad originaria es el ente delegante, y quien la recibe, el gobierno delegado, la adquiere por derivación.

En la misma línea se expresa Blanco (s/f.):

> Solo podrá hablarse de potestad excepcional si ella es derivada, o sea, si es el producto de una subdelegación de parte del titular de una potestad originaria (el parlamento) a favor de otro órgano representativo (la junta departamental). Por consiguiente, la potestad tributaria departamental que derive directamente de la Constitución, en las materias establecidas en el artículo 297, debe considerarse como originaria y no excepcional o de segundo grado.

En virtud de lo expuesto, compartimos que los gobiernos departamentales cuentan con potestad originaria, dispuesta en la Constitución nacional —artículo 297—, a los efectos de establecer la existencia y demás elementos de los tributos departamentales. Si la ley pretendiera regular sobre esta materia, estaría invadiendo la competencia que la Constitución le asigna en forma exclusiva a los gobiernos departamentales. Por lo expuesto, a los efectos de analizar el tributo contribución inmobiliaria, debemos centrarnos en la normativa departamental vigente.

No es menos importante destacar que los gobiernos departamentales, a los efectos del ejercicio de esta potestad constitucional respecto de la creación de impuestos, tienen fuentes taxativas, que son las enumeradas en el artículo 297.1 de dicha norma;[25] entre ellas se encuentra la potestad de crear y regular la contribución inmobiliaria urbana por intermedio de los órganos legislativos departamentales.

25 Artículo 297: «Serán fuentes de recursos de los gobiernos departamentales, decretados y administrados por estos: 1.º) Los impuestos sobre la propiedad inmueble, urbana y suburbana, situada dentro de los límites de su jurisdicción, con excepción, en todos los casos, de los adicionales nacionales establecidos o que se establecieren […]».

Dicho esto, nos queda analizar el alcance de la disposición constitucional y determinar cuáles son los hechos generadores que pueden gravar los gobiernos departamentales sobre la propiedad inmueble. De no existir una limitación, podría interpretarse que el gobierno tiene la potestad tributaria de gravar cualquier hecho generador sobre la propiedad inmueble —por ejemplo, transferencia entre vivos o sucesiones— y no solo la propiedad y posesión. Para ello recurriremos al método histórico de interpretación, tratando de desentrañar el alcance de las discusiones que se dieron al momento de las modificaciones constitucionales.

Mazz, apoyada en las opiniones de Ferrer Serra, opta por una interpretación restrictiva. Valdés Costa, acompañando la opinión de Rodríguez Villalba, entendió que los argumentos trascendidos de estas discusiones eran muy pobres para interpretar este artículo, pues no desentrañan un propósito claro del legislador. Sin adentrarnos en la discusión sobre el tema, y en sucinta forma, diremos que, innegablemente, es potestad tributaria departamental la determinación tributaria sobre los bienes inmuebles urbanos y suburbanos, y, por tanto, la contribución inmobiliaria sobre dichos bienes. Asimismo, que la contribución inmobiliaria es un impuesto cuyo presupuesto de hecho es la propiedad o posesión de bienes inmuebles urbanos o suburbanos, y, siguiendo a Peirano, en palabras de Mazz, diremos que el concepto de *propiedad inmueble* establecido en el artículo es amplio, pero referido a la posesión de los inmuebles. En el mismo grado de importancia, diremos que en el artículo 273.3 de nuestra Constitución se establece que es competencia de la junta departamental crear o fijar impuestos, y que la única norma competente es la fijada por dicho órgano.

Resuelto esto, y en aplicación al caso concreto, deberemos analizar y aplicar la normativa del gobierno departamental de Maldonado, ya que el bien por el que se consulta se encuentra en dicho departamento; deberemos identificarlo dentro de los 19 impuestos sobre la contribución inmobiliaria urbana y suburbana existentes, correspondientes a cada departamento de nuestro país.

Surge vigente en la normativa departamental de Maldonado el título IX («Impuesto sobre inmuebles»), capítulo único («Contribución inmobiliaria urbana y suburbana»), sección I («Disposiciones preliminares»), artículo 127: «Los inmuebles comprendidos en el territorio de la República y poseídos a cualquier título pagarán por concepto de contribución inmobiliaria una cuota anual» (fuente: ley 9.189, ley nacional sobre contribución inmobiliaria, de 4 de enero de 1934, art. 1.º, y modificativas).

Identificada la principal norma aplicable, deberemos, a los efectos de responder la consulta, concentrarnos en la identificación del sujeto pasivo dentro de los elementos del hecho generador del tributo. Es así que deberemos determinar, de acuerdo a lo dispuesto en la norma, un sujeto pasivo, el que deberemos ubicar, como nos indica la norma, en el poseedor a cualquier título de un bien inmueble sito en el departamento de Maldonado, en zona urbana o suburbana. A los efectos de determinar los conceptos de

*urbano* o *suburbano*, la Constitución nada nos dice, por lo que deberemos ir a las normas jurídicas que los contienen.

En cuanto al elemento temporal, diremos que el impuesto tiene un hecho generador permanente que consiste en situaciones o estados de permanecer en el tiempo y su continuidad, y grava una situación que permanece. No requiere de un período de tiempo para su formación, sino que permanezca la calidad de «poseedor». Dicha calidad tiene una vocación de continuidad; podemos decir cuándo se inicia, pero dicha situación permanecerá incambiada hasta tanto no se transfiera la posesión. Pero, a pesar de la permanencia, el hecho tributario debe tener un momento de verificación; para ello, debemos recurrir al artículo 18 del TOTIDEM,[26] que recoge lo establecido en el artículo 8.º del Código Tributario nacional en cuanto al momento de verificación:

> Las normas tributarias materiales se aplicarán a los hechos generadores ocurridos durante su vigencia. El hecho generador para cuya configuración se requiere el transcurso de un período se considerará ocurrido a la finalización del mismo; *cuando sea de carácter permanente, se considerará ocurrido al comienzo de cada año civil* […] [destacado nuestro]

Debemos ubicar en el tiempo esta situación de permanencia; diremos que se configurará el 1.º de enero de cada año. Para los gobiernos departamentales que no regulen el aspecto temporal de forma expresa, igualmente será de aplicación el Código Tributario nacional, ya que si bien el mismo código expresamente establece, en su artículo 1.º, que no aplica a los tributos de los gobiernos departamentales, según jurisprudencia constante de la Suprema Corte de Justicia y del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, como doctrina más recibida, sus disposiciones se entienden aplicables a estos tributos.

Dispone el artículo 8.º del Código Tributario: «[…] El hecho generador para cuya configuración se requiere el transcurso de un período se considerará ocurrido a la finalización del mismo; cuando sea de carácter permanente, se considerará ocurrido al comienzo de cada año civil». Por lo tanto, y continuando con nuestro análisis, deberemos desentrañar quién fue el sujeto pasivo, quien no es otro que el «poseedor a cualquier título» al 1.º de enero de cada año.

Para determinar el concepto de *poseedor* debemos ingresar a las normas del derecho común, ya que el artículo 127 citado no lo determina (en concordancia con el art. 16 del Texto Ordenado mencionado). Podemos comenzar por decir que la posesión de un bien inmueble, desde el punto de vista del derecho tributario, es demostrativo de la riqueza y de la capacidad contributiva de las personas; es una manifestación de riqueza aislada y que, a priori, no vulnera el principio sobre la igualdad a la contribución a las cargas públicas dispuesto en la Constitución.

26 Normas de alcance nacional aplicables al derecho tributario departamental.

Como bien expresa el Tribunal de lo Contencioso Administrativo (2018) al respecto pero sobre una normativa municipal del gobierno de Montevideo, con un hecho generador más amplio pero aplicable al caso, a los efetos de determinar el concepto de *poseedor a cualquier título* se aplican las normas y conceptos del Código Civil, por aplicación del artículo 6.º del Código Tributario:

> El pasaje de una situación a la otra —de mero tenedor a poseedor— se halla expresamente regulado en el Código Civil, que indudablemente se aplica al caso, puesto que el concepto de *posesión* es único, tanto para el derecho civil como para el derecho tributario (art. 6, inciso 1.º del C. Tributario); porque si bien el derecho privado y el derecho tributario persiguen finalidades distintas, integran ambos un ordenamiento jurídico único, razón por la cual es de presumir que cuando una norma de derecho tributario hace referencia a una relación de derecho privado, ha adoptado también la definición que de tal relación ha dado el derecho común, salvo el caso de que, por expresas exigencias especiales del ordenamiento tributario o por expresa disposición de la ley tributaria, resulte claro que se ha querido adoptar al respecto una definición distinta a la del derecho común (Valdés Costa, Ramón: *El derecho tributario como rama de las demás ramas jurídicas*, Colección jvs 27, fcu, Montevideo, 1985, pp. 39-40).

De lo expuesto puede determinarse, sin lugar a dudas, que es el derecho civil el que regula el concepto y el alcance de la posesión del sujeto pasivo a cualquier título. La norma del gobierno de Montevideo establece, del mismo modo, el concepto de *posesión a cualquier título*, y la sentencia referida analiza el concepto de *mera tenencia* y lo contrasta con el de *poseedor* (Tribunal de lo Contencioso Administrativo, 2018):

> Ese pasaje o transformación, como viene de señalarse, de mero tenedor a poseedor, que la dogmática civilista identifica como la *interversión* del título, opera por dos vías, de acuerdo con el Código Civil (art. 1199): *a*) por causa procedente de un tercero, o *b*) por oposición que haya hecho al derecho del propietario.
>
> Como enseña el Prof. Walter Howard: «El artículo 654, inciso 2.º prevé la presunción de continuidad en el carácter de mero tenedor de la cosa. Por esta razón, este no podrá jamás prescribir; y efectivamente no puede hacerlo, en tanto continúe en su antedicho carácter. Pero la presunción referida es *iuris tantum*, y el tenedor (o sus sucesores a título universal) pueden mudar (intervertir) su mera detentación en posesión si ocurre alguna de las circunstancias previstas por el artículo 1199, provocando de esta forma el abatimiento de aquella presunción. [=] La norma contenida en el artículo 1199 recibe la máxima romana *nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest*, esto es, "nadie puede mutar por sí mismo la causa de su posesión", por lo que la interversión solo procede en los supuestos previstos en la disposición (en referencia al art. 1199 del C. Civil). Y el propio precepto prevé dos supuestos para ello. [=] En primer término, si muda su tenencia en posesión por causa proveniente de un tercero. En esta hipótesis, la interversión se funda en un negocio jurídico y tiene lugar

cuando un tercero, sin legitimación para disponer de la cosa, la enajena a favor del tenedor. Como corolario de esa enajenación, en virtud de la ausencia de poder de disposición, el enajenante no transmitió la titularidad dominial; quien se vinculaba a la cosa en virtud de una mera situación de detentación muta su calidad a la de poseedor por la tradición realizada *a non dominus*, por lo que podrá usucapir el bien. [=] La segunda posibilidad que brinda el artículo es que la introversión se produzca por la oposición que el tenedor (o sus herederos) haga al derecho del propietario. Se trata de una hipótesis de mayor dificultad de comprobación que la anterior, en tanto aquella resulta de un negocio jurídico, y esta, normalmente, es una cuestión solo de hecho» (Howard, Walter: *Modos de adquirir*, Universidad de Montevideo, Montevideo, 2010, p. 406; véase también Yglesias, Arturo: «Sobre la prescripción del dominio por el promitente comprador», *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, tomo xxiii, pp. 627-642; cfe. sentencia del tac 6.º n.º 9/2007, etc.).

En el mismo sentido, Yglesias, citado por Javier Miranda, expresa que «cuando el Código nos dice cómo se transita de la mera tenencia a la posesión en el artículo 1199, señala la vía para ello: "por causa procedente de un tercero" o "por la oposición […] al derecho del propietario". El artículo 1199 no da ninguna relevancia a la voluntad del sujeto o de los posibles cambios de su intención o voluntad, sino que atiende únicamente a la "causa" procedente de un tercero, como puede serlo una enajenación que un tercero le haga, o a los actos de "oposición" que vienen a contraponerse de un modo exitoso a la causa de mera tenencia que hasta ese momento tenía y que derivaba del "derecho de propietario" a lograr que quien hasta ese momento era un mero tenedor le restituya la cosa» (Miranda, Javier: «La posesión y su prueba», *Revista Jurídica del Centro de Estudiantes de Derecho*, tercera época, año 2, n.º 2, pp. 21-22).

En jurisprudencia, corresponde recordar la sentencia del tac 7.º n.º 100/2010, en la que se señalara: «Como la sala ha reiteradamente sostenido, es de principio de nuestro Código Civil que nadie puede cambiar por sí mismo la causa de su posesión, y, de acuerdo con su artículo 653, el ánimo a que la ley atiende para distinguir al poseedor del mero tenedor es el que este debe tener, y no el que en realidad tenga. [=] Y eso debe interpretarse en el sentido de que quien ya es mero tenedor no puede, por el solo cambio de su voluntad, convertirse en poseedor, sino que quedará obligado a continuar en su calidad de mero tenedor aun cuando realmente quiera ser poseedor; su simple voluntad es insuficiente (Guillot: *De la posesión*, p. 88). [=] Salvo la disposición del artículo 1199 del mismo Código, es decir, que se demuestre la interversión del título, supuesto que no se configura en autos, desde que no se acreditó la adquisición de la cosa de un tercero en virtud de título traslativo de propiedad ("causa procedente de un tercero") ni hubo oposición válida al derecho de la propietaria, únicos dos supuestos en que es legalmente admisible tal modificación, de acuerdo a la disposición citada».

Por lo tanto, para determinar que los actores tenían la condición de poseedores de los inmuebles que ocupan debía acreditarse que dejaron de ocuparlos en calidad de meros tenedores en algún momento, no bastando al efecto el ánimo del sujeto (sentirse poseedor) ni tampoco verificar ciertos actos (como pagar la contribución inmobiliaria) para convertirse en tales,

habida cuenta de que quien comenzó a ocupar un bien como mero tenedor solamente puede convertirse en poseedor si opera alguno de los supuestos previstos en el artículo 1199 del Código Civil, lo que en el caso no ha ocurrido.

Debiéndose especialmente destacar que resulta carente de operatividad el hecho de que los pretensores hubieran pagado la contribución inmobiliaria durante años o que hubieran celebrado acuerdos de facilidades de pago; porque tales eventos no tiene incidencia alguna para probar el ánimo de dueño, pues aquellos estaban obligados a pagar el tributo por una cláusula contractual, de acuerdo a los compromisos de compraventa otorgados con el BHU [Banco Hipotecario del Uruguay], no por ser sujetos pasivos del tributo, obligación *ex contractu* y no *ex lege*.

En efecto, la mentada obligación de hacer los pagos por concepto de contribución inmobiliaria resulta de la cláusula séptima, literal *d* de los contratos agregados (ver fs. 13 vta., etc., pieza I.A.A); pero esa obligación es de origen contractual y no legal, y, por ende, no puede entenderse como una obligación tributaria para con la demandada (arts. 10, 273, num. 3.º y 297 de la Constitución de la República; 2.º, 19 y 24 del Código Tributario y conc.).

Debe admitirse que *exclusivamente* se verifica el hecho generador de un tributo, únicamente, cuando se dan todos los supuestos previstos en la *ley*, y en el presente caso no se reproduce uno de los requeridos, puesto que los reclamantes no tienen alguna de las calidades que el decreto de la Junta Departamental, con fuerza de ley en su jurisdicción, reclama para ser sujeto pasivo del tributo contribución inmobiliaria en el departamento de Montevideo; precisamente, no son poseedores ni promitentes compradores con promesa inscripta, ni tampoco —obviamente— propietarios ni mejores postores en remate judicial, razón por la cual no se verifica el hecho generador del tributo.

Que los actores hubieran pagado la contribución o que se hubieran obligado con el BHU a pagar todos los tributos que recayeran sobre los inmuebles no los convierte en sujetos pasivos del tributo, pues la ley no los designó como tales. La cláusula contractual —regida por el derecho privado— por la que asumieron la obligación de soportar los tributos que recaen sobre los inmuebles que ocupan es perfectamente legítima; los obliga, según su contenido, pero no los convierte en sujetos pasivos de aquel.

En tal sentido expresa BLANCO, en un pasaje de un texto referido a otro tributo pero que esclarece estas cuestiones empleando, justamente, el ejemplo de la contribución inmobiliaria, que el sujeto pasivo de un tributo no pierde esa condición por pactar con un tercero que este último soportará el pago del tributo: «Sabido es que, en muchas ocasiones, los particulares celebran entre sí acuerdos mediante los cuales un tercero se obliga contractualmente frente al contribuyente de un tributo a asumir la carga derivada de este último, aun cuando permanezca ajeno a las relaciones con el Fisco. Por ejemplo, nada impide que el arrendatario de un bien inmueble urbano resarza a su propietario el importe de la contribución inmobiliaria que este último deba abonar a la Administración departamental, y que esa obligación privada sea ejecutada forzadamente. [=] Sin embargo, esa relación personal y ese resarcimiento en nada influyen en la calidad de contribuyente del propietario, dado que los decretos de la junta departamental que regulan el impuesto colocan a este, y solo a este, en la posición de destinatario jurídico

del tributo. [=] […] Por lo dicho, entendemos que el hecho de que un sujeto pueda descargar jurídicamente en otro la carga derivada de un tributo en nada impide que, desde el punto de vista de las normas tributarias, siga siendo el contribuyente del mismo» (Blanco, Andrés: *El impuesto al valor agregado*, vol. I. Facultad de Derecho, Universidad de la República, FCU, Montevideo, 2001, pp. 328-329).

Debiéndose precisar, en función de lo expuesto, que no advierte el Colegiado mérito para apartarse del antecedente jurisprudencial aplicable en la emergencia, en cuanto se expresara que: «Contrariamente a lo sustentado por el órgano estatal demandado, considera la Corporación que el accionante no es un poseedor, pues, de acuerdo a lo establecido en la cláusula 6.ª del contrato concertado y firmado por este con el Banco Hipotecario, la ocupación de la unidad lo es a título precario y hasta tanto tenga lugar la escritura de compraventa; ver también lo que surge del acta de "entrega de llaves". [*omissis*] En definitiva, al no ostentar los actores las condiciones reclamadas por la ley para ser sujetos pasivos del tributo contribución inmobiliaria, no cabe sino concluir que, efectivamente, están inincluidos en el hecho generador del mismo (supuesto de *ininclusión* o *no sujeción*). [=] El hecho generador de cualquier tributo se produce cuando, en el mundo fenoménico, sucede aquel evento previsto en forma abstracta en la norma legal —o en este caso, con rango de ley— que hace nacer la relación jurídico-tributaria que tiene por objeto la deuda tributaria —arts. 24 y 14 del Código Tributario—» (Cfe. Shaw, José Luis: «La clasificación de los hechos generadores tributarios en función de su aspecto temporal», *Revista Tributaria*, tomo VI, n.º 28, p. 37).

Como lo enseña Blanco, con su habitual claridad: «El concepto de *hecho generador tributario* no es más que una manifestación específica del concepto más general de *presupuesto de hecho jurídico*. Siguiendo a Kelsen, el contenido de cualquier norma jurídica (en sus elementos explícitos e implícitos) puede reconducirse a una estructura compuesta de dos elementos: un presupuesto fáctico, descripto abstractamente, y un efecto ("sanción") previsto para el caso en que realmente se verifique un hecho coincidente con aquella descripción abstracta, efecto este último que no se vincula con el presupuesto en términos de causalidad ("dado *a* es *b*"), sino de imputación ("dado *a* tiene que ser *b*")» (Blanco, Andrés: *El impuesto…*, cit., p. 11; y en sentido similar, Shaw, José Luis: *El impuesto al valor agregado. Hecho generador*, Alcali Editorial, Montevideo, 1978, pp. 14 y 15).

Adicionalmente, debe verse que de los antecedentes administrativos agregados surge que el asesor letrado del Departamento de Recursos Financieros de la demandada aceptó la posición del Tribunal sobre el punto e informó: «Nos parece inconveniente seguir insistiendo con argumentos que terminan siendo rechazados cuando los reclamos llegan a la instancia de anulación ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, por lo cual entendemos que el presente planteo, siempre que sea compartido por la Superioridad, debería encuadrarse dentro de las pautas que se expresan a continuación. [*omissis*] Partiendo de los reiterados fallos del TCA sosteniendo que los promitentes compradores de estos complejos no son sujetos pasivos del tributo por no tener promesa inscripta y ser además meros tenedores y no poseedores, entendemos la conveniencia de que se envíe la factura del

tributo al inmueble sin identificar un obligado, debiendo ser abonada por el sujeto pasivo que corresponda, ya que el hecho de que el promitente que no cuenta con promesa inscripta no sea sujeto pasivo no significa que no haya un sujeto pasivo obligado» (fs. 53/53 vto., A.A íb.).

## Conclusión

De la por demás clara exposición que surge a cerca del concepto de *poseedor a cualquier título* para nuestro Tribunal de lo Contencioso Administrativo y su aplicación al caso consultado, concluiremos lo siguiente:

1. El vendedor, como propietario del bien, suponiendo que tiene su posesión —ya que pretende enajenarlo y transferirla—, es el sujeto pasivo al 1.º de enero del año 2023 y por todo el año; por tanto, es el obligado al pago del tributo.
2. El pago de un tributo como parte de una obligación cuantificable puede ser sujeto de negociación, pero tal obligación resultante de que el pago sea realizado por otro que no es el sujeto pasivo, por aplicación de la autonomía de la voluntad (C. Civil, art. 1291), no alcanza para modificar la calidad de sujeto pasivo tributario y, por tanto, obligado frente a la Administración. Este sujeto pasivo es el que ostentó la calidad de poseedor a cualquier título al 1.º de enero de cada año; en el caso consultado, tal calidad parece recaer sobre el vendedor.
3. La contribución inmobiliaria grava, como se expresó, una manifestación puntual de riqueza evaluada al 1.º de enero de cada año. El comprador del bien luego del 1.º de enero no es sujeto pasivo del tributo; frente a la Administración, el enajenante seguirá obligado a su pago, a pesar de cualquier pacto que pueda realizarse sobre quién y cuánto se pagará. En el ámbito del ejercicio profesional, deberemos asesorar al enajenante sobre la eventualidad de que el adquirente no realice dicho pago y las consecuencias jurídico-tributarias que sufrirá en su patrimonio, por continuar siendo el sujeto obligado tributario, sin perjuicio de su posterior reclamación en virtud del acuerdo de partes.
4. En lo que corresponde al caso concreto, no existe norma que obligue a reintegrar al vendedor lo ya abonado por concepto de contribución inmobiliaria.

Dras. Escs. Valeria Benacedo
y Ana Irabedra
Informantes

## Bibliografía referida

Blanco, Andrés (s/f.). Consulta inédita presentada a solicitud de la Intendencia Municipal de Montevideo.

Rodríguez Villalba, Gustavo (1998). *La potestad tributaria de los gobiernos departamentales*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.
Tribunal de lo Contencioso Administrativo (2018). Sentencia número 236/2018.

El presente informe ha sido aprobado por mayoría de los integrantes de la Comisión de Derecho Tributario: Fabiana Altez, Julia Sánchez, Natalia Calderón, Vanina Mangiarotti, Ana Clara Radice, Alejandro Echevarría, Graciela Flores, Mirta Sosa, Leticia Romego, Valeria Benacedo y Ana Irabedra.

Escs. Fabiana Altez y Ana Irabedra
Coordinadoras

*Informe aprobado por la Comisión Directiva Nacional de la AEU el 26.6.2023, expediente 2823/2023.*

## REMATE. AUTOMOTOR. CRÉDITOS PRIVILEGIADOS. DERECHO DE PREFERENCIA. ACREEDOR QUIROGRAFARIO. PROCESO EJECUTIVO

Resumen

*Preferencia al cobro en el saldo del remate; indeterminación de aparentes créditos preferentes.*

Informes: Procesal y DIP

### Consulta

### I. Relación de hechos

Conforme surge de escrito presentado por el acreedor ejecutante —banco XX— en expediente IUE …/2017, «Transportes YY Ltda. Ejecución de sentencia», tramitados en el Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil de … Turno, se relacionan los siguientes hechos.

**A.** En autos, se remató el vehículo automotor matriculado en el extranjero (Brasil) y que fuera secuestrado en procedimiento de ejecución de sentencia en esos autos. Se trata del camión remolque marca Scania,

modelo T113H 360, año 1994, combustible diésel, matrícula de Brasil (Santa Vitória Do Palmar) n.º 1111, chasis n.º 2222, potencia de 362 caballos.

**B.** Dicho bien tiene en la libreta de propiedad presentada en el juzgado «anotaciones sobre restricciones judiciales» y multas de tránsito. Surge a fojas 174 del expediente en papel notarial un testimonio del certificado de registro y licencia del vehículo rematado, parcialmente ilegible. Surge asimismo del documento agregado, a fojas 220 y siguientes, con traducción apostillada, que el vehículo mencionado tiene inscripciones por dos procesos judiciales: una «restricciones judicial» y un «proceso judicial» en un tribunal de Trabajo; que la restricción judicial se trata de una enajenación fiduciaria —agente financiero: banco ZZ— y habla de una «reserva de gravamen» y de «liberación de enajenación fiduciaria», y con relación al proceso judicial en un tribunal de Trabajo, ningún detalle o alcance se expresa respecto al proceso (ni ningún domicilio del tribunal). En ninguno de ellos se establece claramente quién es el acreedor ni se especifica su domicilio; tampoco se aclaran el alcance ni el monto de la interdicción. Se expresa que no solo se desconoce concretamente el alcance de dichas restricciones y del estado actual de los procesos judiciales, sino que ni el banco ZZ ni el actor en el juicio frente al tribunal de Trabajo se han presentado en autos a ejercer su derecho de prioridad. Tampoco existen domicilios ciertos para su notificación o comunicación.

**C.** El bien fue adquirido en remate, con todas las formalidades de estilo, por AA S. A. S., RUT n.º 33.333333.3333.

Por decreto 1.760/2022, de 16 de junio de 2022, la sede dispuso: «Previo a resolver, y atento a la cuestión planteada, cométase efectuar consulta civil a la Asociación de Escribanos del Uruguay, brindando los detalles básicos del caso y la dificultad advertida para el pago al ejecutante local».

## II. Consulta

El Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil de … Turno consulta:

1. Si las anotaciones sobre restricciones judiciales en Brasil de fojas 220 y ss. implican una prioridad o privilegio para el cobro del saldo del remate efectuado en Uruguay, de conformidad con los artículos 2398 del Código Civil y 32, 33, 34 y 35 del Tratado de Derecho Comercial Internacional de Montevideo de 1940, y teniendo presentes las particularidades de este caso descriptas anteriormente, es decir, si el tribunal nacional está obligado a hacer la comunicación del artículo 389.2 del Código General del Proceso o si el acreedor extranjero debe presentarse a denunciar su crédito en el expediente, al igual que manda la ley 19.246, que regula el remata de buques extranjeros.
2. Si la publicidad y formalidades del remate realizado en Uruguay implican, para el presente caso, la obligación de los acreedores extranjeros de presentarse en el expediente a denunciar su crédito y, con ello, poder participar del cobro del líquido del remate.

3. Si al no presentarse nadie, pese a las anotaciones existentes, puede liquidarse el crédito al acreedor embargante nacional, banco XX, o si, por el contrario, la sede debe hacer las comunicaciones del artículo 389.2 del Código General del Proceso, teniendo presente que se trata de interdicciones en el extranjero.
4. Si es vinculable la normativa del Código General del Proceso referente al remate —especialmente, al artículo 389— respecto a la comunicación al tribunal brasilero para que este haga la notificación al acreedor; es decir, si dicha norma alcanza los créditos en el extranjero.
5. Si, en su caso, es posible la comunicación al juzgado que trabó el embargo o la interdicción de la medida, habida cuenta de que en las interdicciones judiciales que lucen a fojas 220 y ss. no se establece claramente quién es el juzgado y ni su domicilio, y tampoco se especifica número de expediente, quién es el acreedor, su domicilio o el monto de la interdicción.
6. Si, por el contrario, debe aplicarse por analogía la normativa del remate judicial de buques, regulado en el artículo 5.º de la ley 19.246, que pone de carga del acreedor presentarse al cobro del líquido del remate.

## Informe de la Comisión de Técnica Notarial Procesal

Es menester señalar que el caso en consulta se resuelve estrictamente en aplicación de principios generales de derecho procesal y registral, en el entendido del marco de un proceso de conocimiento y posterior ejecución conforme al derecho positivo. Nos excede el análisis procesal pormenorizado que podría enmarcarse en el estudio de los actos procesales posteriores al remate de un bien, de naturaleza nacional o extranjera, aspecto este último que no hace a la cuestión controversial. Solo de manera esquemática nos enfocaremos en ciertos aspectos vinculados a la preferencia de acreedores al cobro del saldo del remate, en términos generales, teniendo en cuenta que el bien fue sujetado al proceso con todas las garantías y correctamente ejecutado, y los actos posteriores, cumplidos, por lo que corresponde la aplicación del artículo 389 del Código General del Proceso.[27]

27 Código General del Proceso, artículo 389: «*Levantamiento de embargos.* **389.1.** En todos los casos de venta judicial, el tribunal dispondrá de oficio el levantamiento de todos los embargos e interdicciones que afectaren el bien vendido, sean de la fecha que fueren, lo que comunicará posteriormente a quien corresponda. [=] **389.2.** El embargo o interdicción subsistirá sobre el precio de la enajenación, deducidos todos los gastos del proceso, incluidos los del remate, costas y costos. [=] Una vez recibida la comunicación a que refiere el inciso anterior, el tribunal que entiende en el proceso en el que se dispuso el embargo o la interdicción que por virtud de este ordinal levanta notificará personalmente al acreedor respectivo. [=] Si se tratare de acreedor prioritario al ejecutante que obtuviera el remate,

Citando a Gomes Santoro (2015), quien realiza un análisis muy claro del artículo, en relación a los supuestos de liquidación de crédito de acreedores preferentes al ejecutante se logran diferenciar tres situaciones: 1) preferencia obtenida en sede jurisdiccional y liquidación formulada por el preferente; 2) preferencia obtenida en sede jurisdiccional y liquidación formulada por el ejecutante, por omisión del preferente, y aprobada por el tribunal del preferente; y, no regulada a texto expreso, 3) preferencia de acreedores cuya prioridad no surge de proceso jurisdiccional, sino de contratos inscriptos. En todas ellas se deduce con claridad que para una correcta liquidación es necesario contar con los documentos que contienen el crédito o la información sumaria proveniente de las debidas inscripciones registrales (Tarigo, 2022).

En la última de las situaciones planteadas —ausencia de preferencia obtenida en sede jurisdiccional—, incluso, se establece que será el tribunal del ejecutante el competente para tramitar y aprobar la liquidación, y que debe notificarse a los acreedores en el domicilio que surja de la inscripción registral o el que proporcionen las partes, a efectos de que presenten su liquidación. Se obliga al preferente a presentar su liquidación, quien debe, además, agregar la *documentación que acredite existencia y cuantía*. Si no lo hiciera, el ejecutante podría presentar la liquidación conforme la información registral, única posible, y sin posibilidad de oposición por el omiso, información que, en este caso, reiteramos, no surgiría de autos.

En consideración a lo expuesto, podemos decir que para el procedimiento previsto de levantamiento de embargos e interdicciones y comunicaciones correspondientes es necesario *acreditar la existencia de estos*. En el caso de marras, los elementos que permitirían discutir la prioridad de acreedores en etapa de liquidación no surgen de autos, y en ausencia de prioridades probadas, ni por acción ni por omisión puede recaer sobre el ejecutante tal carga.

Va de suyo que incluso a las interdicciones debidamente acreditadas hay que evaluarlas concretamente para saber si pueden o deben levantarse, o si, por el contrario, no corresponde su levantamiento; cuanto más, entonces, si no revisten dicha calidad, conforme a nuestro ordenamiento jurídico.

No habiendo preferencias que luzcan en la correspondiente información registral, habida cuenta de que en el expediente los eventuales interesados no acreditaron *la existencia y cuantía de estas*, no es carga del ejecutante que cumplió a cabalidad con las exigencias del proceso esclarecer la

---

dispondrá de un plazo de diez días, a partir del siguiente al de su notificación, para presentar la liquidación de su crédito, a fin de que sea aprobada si correspondiere. [=] Se comunicará, entonces, al tribunal que dispuso el levantamiento del embargo o de la interdicción a sus efectos. [=] Si el acreedor prioritario no presentare su liquidación dentro del plazo indicado en el inciso anterior, podrá hacerla el ejecutante que obtuviera la orden de remate. [=] Si no mediare oposición, quedará aceptada la liquidación del ejecutante; en caso contrario, el tribunal procederá conforme a derecho. [=] En cualquiera de ambos casos, se retendrá el importe correspondiente al crédito del preferente».

información referenciada ni, mucho menos, asumir las consecuencias de las omisiones de eventuales acreedores que no comparecieron en autos en tiempo y forma a pretender liquidar y cobrar sus créditos.

## Conclusión

Atento a lo informado, la consultante entiende que no compete a la Comisión de Técnica Notarial Procesal expedirse respecto a las particularidades del bien mueble objeto del proceso ni a los posibles acreedores preferentes extranjeros, por no hacer a la cuestión procesal que nos ocupa, que versa exclusivamente sobre la liquidación y el pago de saldo del remate al acreedor, ejecutante y embargante en los obrados, en ausencia clara de créditos preferentes presentados y liquidados conforme lo exige la normativa vigente. Cualquiera que alegue mejor derecho debía comparecer a sus efectos; no habiendo comparecido, no hay más que liquidar el crédito al acreedor embargante, el banco XX.

Esc. Valeria De Paula
Informante

## Bibliografía referida

Gomes Santoro, Fernando J. (2015). «Liquidación de créditos de acreedores preferentes al del ejecutante en la vía de apremio». En *XVII Jornadas Nacionales de Derecho Procesal: en homenaje a los profesores Ronald Herbert Nadal y Ángel Landoni Sosa*. Montevideo: Fundación de Cultura, pp. 313-321.

Tarigo, Enrique E. (2022). «Extensión de la cosa juzgada». En *Lecciones de derecho procesal civil*, tomo II, 8.ª ed. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, pp. 335-338.

En sesión ordinaria de la Comisión de Técnica Notarial Procesal, por unanimidad, se aprobó el informe que antecede, estando presentes los Escs. Beatriz Morales Bosch, Valeria De Paula, Claudia Fernández Echeverry, Verónica López Fernández, Martín Sosa Valerio, Cecilia Lerena, María Susana Signorino y Alejandro Achard.

Dra. Esc. Verónica López Fernández
Coordinadora

# Informe de la Comisión de Derecho Internacional Privado

En expediente …/2017, «Banco XX con Transportes YY Ltda. Ejecución de sentencia» se efectuó un remate —no se especifica fecha— de un vehículo automotor. De la documentación agregada emana la información de que el vehículo está sometido a un proceso judicial de «restricción judicial» y «un proceso judicial en un Tribunal de Trabajo», ambos originados en la República Federativa de Brasil. Se expresa que

> en ninguno de ellos se establece claramente quién es el acreedor, ni se especifica su domicilio. Tampoco se aclara el alcance y el monto de la interdicción. Por lo cual, no solo desconocemos concretamente el alcance de dichas restricciones y el estado actual de los procesos judiciales, sino que ni el banco ZZ ni el actor en el juicio en el tribunal de Trabajo (de Brasil) se han presentado en autos a ejercer su derecho de prioridad. Tampoco existe un domicilio cierto para su notificación o comunicación.

Se consulta:

1) si las anotaciones sobre restricciones judiciales en Brasil implican una prioridad o privilegio para el cobro del saldo de remate efectuado en Uruguay;
2) si el tribunal nacional está obligado a hacer la comunicación del artículo 389.2 del Código General del Proceso o si el acreedor extranjero debe presentarse a denunciar su crédito en el expediente;
3) si la publicidad y formalidades del remate realizado en Uruguay implican la obligación de los acreedores extranjeros de presentarse en el expediente a denunciar su crédito y, con ello, poder participar del cobro del líquido del remate;
4) si es vinculante la normativa del Código General del Proceso (art. 389) en cuanto a notificar al tribunal brasileño para que este notifique al acreedor, o
5) si, por el contrario, debe aplicarse, por analogía, la normativa del remate judicial de buques, regulado por el artículo 5.º de la ley 19.246, que pone de carga del acreedor presentarse al cobro del líquido del remate.

**1.** El caso trata de la ejecución de una sentencia de condena en la que se remató un automotor de origen brasileño, propiedad de la ejecutada. Surge de la información proporcionada que existen en Brasil anotaciones de restricciones judiciales. Se desconoce el alcance de estas restricciones (no se mencionan en la consulta).

Para evacuar el punto 1 se debe precisar la naturaleza del proceso llevado adelante en Uruguay y el sentido y alcance de nuestras normas.

Nuestro código procesal prevé que los procesos y sus incidencias se sujeten a nuestras normas (C. General del Proceso, art. 525), salvo excepciones previstas. Asimismo, se refiere a acreedores prioritarios (art. 384, literal *d*), embargos prioritarios (art. 384.5) y créditos prioritarios (art. 388.1, literal *C*).

Los *acreedores prioritarios* o *preferentes* son los que resultan de la información registral que debe acompañar el estudio de títulos; en el caso de un vehículo automotor, será la resultante de su proceso dominial. La información registral se realiza de conformidad con nuestros Registros públicos. El artículo 380 del Código General del Proceso regula la traba y eficacia de los *embargos*. En consonancia, el Protocolo de Ouro Preto, aplicable con Brasil, prevé que la ejecución de la medida cautelar se rija por las leyes del Estado requerido (art. 6.º), y el Protocolo de Las Leñas, que el proceso se rija, también, por las leyes del Estado requerido (art. 24).

Con Brasil no tenemos tratado respecto a la categoría *formas publicitarias*. Aplica el artículo 43 de la ley 19.920 (Ley General de Derecho Internacional Privado): el registro y la publicidad se rigen por la ley de cada Estado. Esto es debido a que «la organización de los Registros públicos es siempre territorial, y las formas de publicidad, aunque no se limitan a los Registros, van generalmente asociadas a ellos» (Fresnedo y Lorenzo, 2021: 186). «Por último, tenemos las formas registrales y de publicidad, las cuales mantienen el régimen tradicional de la territorialidad (art. 43, inc. 3.º). En cada Estado donde se intente hacer valer esos actos y contratos deberán acatarse las formas registrales y de publicidad allí exigidas» (Santos Belandro, 2021: 510). Dicha solución tiene un fundamento práctico: consultar todos los Registros públicos y el alcance de las normas y medidas publicitarias donde los bienes o créditos han tenido contacto implicaría un enlentecimiento de la justicia y atentaría contra la tutela judicial efectiva. De acuerdo con nuestro ordenamiento, es de carga del titular del derecho cumplir con las normas publicitarias de cada ordenamiento jurídico.

En consecuencia, en el caso del remate de autos, en la medida en que las restricciones o medidas decretadas en Brasil no han sido inscriptas en los Registros públicos uruguayos, estas no implican una preferencia sobre las medidas publicitarias inscriptas en Uruguay, como lo exigen los artículos 384 y siguientes del Código General del Proceso y la ley 16.871 (Ley de Registros).

**2.** El juez uruguayo en el proceso no está obligado a hacer la comunicación que establece el artículo 389.2 del Código General del Proceso, desde que la medida no surge inscripta en un Registro público de nuestro país. El acreedor extranjero brasileño tiene todos los derechos que le acuerdan los protocolos de Ouro Preto y Las Leñas, y en lo no previsto, la normativa procesal internacional del Código General del Proceso. Pero del caso planteado se extrae que no hay ninguna medida cautelar ni proceso de ejecución de sentencia extranjera, por lo que si no existe ninguna medida

cautelar debidamente inscripta o de tercería deducida, en principio, se mantienen las conclusiones expresadas.

**3.** En el proceso judicial de ejecución de la sentencia, los acreedores extranjeros tienen la carga de deducir los derechos que entiendan convenientes.

**4.** El artículo 389 del Código General del Proceso, en caso de que no exista tratado en la materia, no es aplicable cuando, por lo anteriormente expuesto, no haya medidas de publicidad o embargos inscriptas en nuestro país.

**5.** Habiendo norma expresa, no es aplicable por analogía lo dispuesto en el artículo 5.º de la ley 19.246 (Ley de Regulación del Derecho Comercial Marítimo).

La presente consulta obliga a mencionar el artículo 41 de la Ley General de Derecho Internacional Privado, de aplicación con los países que no tenemos norma vinculante:

> El cambio de situación de los bienes muebles no afecta los derechos adquiridos con arreglo a la ley del lugar donde existían al tiempo de adquisición. Los derechos que adquieran los terceros sobre los mismos bienes, de conformidad con la ley del lugar de su nueva situación, después del cambio operado, prevalecen sobre los del primer adquirente, *si este ha dado su expreso consentimiento para el traslado y no ha cumplido con los requisitos exigidos por la ley de la nueva situación para la conservación de sus derechos* [destacado nuestro].

Si bien dicha norma establece un derecho de preferencia a quienes tengan derechos adquiridos en otro Estado, no prevé qué sucede cuando no se ha dado ese consentimiento para el traslado o cuando no se trate de adquisición de derechos, lo que ameritaría otro análisis. Se aclara que el presente informe se circunscribe a la consulta planteada, la que se enmarca en los derechos del ejecutante sobre el precio obtenido en el remate.

## Conclusión

En el caso planteado debe prevalecer, sobre el precio del remate, la preferencia de los créditos que cumplieron con la publicidad exigida por nuestras normas. Sin perjuicio de ello, se advierte que en el caso de que el vehículo circule por territorio brasileño, podría suceder que, de acuerdo con su derecho, las interdicciones prevalezcan sobre él.

Esc. Dra. Beatriz Berriel
Informante

## Bibliografía referida

Fresnedo, Cecilia, y Lorenzo, Gonzalo (2021). *Texto y contexto: Ley General de Derecho Internacional Privado n.º 19.920*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.

Santos Belandro, Ruben (2021). *Ley general de derecho internacional privado de la República Oriental del Uruguay 19.920, de 17 de noviembre de 2020. El texto y su contexto americano. Curso general*. Montevideo: Asociación de Escribanos del Uruguay.

La Comisión de Derecho Internacional Privado, integrada por los Escs. Alejandro Achard, Ruben Santos Belandro, Daniel Trecca y Mariana Ulery, aprueba el informe que antecede.

Esc. Dr. Daniel Trecca
Coordinador alterno

*Informes aprobados por la Comisión Directiva Nacional de la AEU el 17.7.2023, expediente 2718/2022.*

## CESIÓN DE DERECHOS HEREDITARIOS. COMPRAVENTA ENTRE PADRES E HIJOS. NULIDAD

Resumen

*Cesión de derechos hereditarios a título oneroso entre un padre en ejercicio de la patria potestad y su hijo, menor de edad.*

Informe: Civil

### Consulta

### I. Relación de hechos

**2017.** Según primera copia de escritura de cesión de derechos hereditarios autorizada por la Esc. SBK en Montevideo el 26.12.2017, primera copia inscripta en el Registro Nacional de Actos Personales el 9.1.2018, FDLS cedió los derechos hereditarios que le correspondían en la sucesión de sus padres legítimos a sus hijos, ChDLSA, SDLSA, CaDLSA y EDLSA. Se pactó un precio de USD 3.500 y se otorgó carta de pago en dicho documento. Al momento de la cesión de derechos hereditarios, EDLSA era menor de edad —16 años—; comparece representado por sus padres, FDLS y GAF, en ejercicio de la patria potestad.

**2019.** EDLSA promueve demanda de nulidad contra sus padres y hermanos, quienes la contestan de forma conjunta. Solicitan la nulidad de la cláusula contractual con respecto a la cesión realizada en favor de EDLSA, por ser hijo menor de edad del cedente; fundamentan su pretensión en el artículo 1676 del Código Civil y alegan que se trata de una *nulidad absoluta parcial*.

## II. Objeto de la consulta

La sede judicial realiza las siguientes consultas sobre el caso planteado:

1. Si existió nulidad absoluta o si existió falta de poder normativo negocial y, por lo tanto, inexistencia. Y en tal caso, si corresponde a la jueza declarar por sentencia una o la otra.
2. Si es posible que el negocio jurídico de autos sea declarado nulo o inexistente solo en cuanto a EDLSA (parcial) y subsista en lo demás, o si debe ser declarado nulo o inexistente todo el negocio.
3. Si es posible la nulidad parcial, en cuanto se trata de una universalidad.
4. Cuáles serían las consecuencias de que el cedente no haya aceptado las herencias bajo beneficio de inventario.

## Informe de la Comisión de Derecho Civil

En primer lugar, cabe destacar que la cesión de derechos hereditarios entre un padre en ejercicio de la patria potestad y su hijo va claramente en contra de lo dispuesto por el artículo 1676 del Código Civil, según el cual «los tutores, curadores y los padres no pueden en ninguna forma vender bienes de ellos para los que están bajo su guarda o potestad». Según este artículo, en concordancia con el artículo 8.º del Código Civil, que dispone que lo hecho contra normas prohibitivas es nulo, y los argumentos que se expondrán en el presente informe, resulta muy claro que la cesión de derechos hereditarios respecto del hijo sometido a patria potestad no configura un negocio válido.

### I. Sobre si existió nulidad absoluta o falta de poder normativo negocial

La venta de cualquier bien por parte de un padre en ejercicio de la patria potestad a favor de su menor hijo es un acto absolutamente prohibido a los padres. No existe remedio contra esta imposibilidad y tampoco puede recurrirse a una de las formas habilitantes, como lo son la venia o la subasta. Esto se ve reflejado en el artículo 412 del Código Civil, que dispone: «Son prohibidos absolutamente al tutor, *aun cuando el juez indebidamente*

*los autorice*, los actos siguientes: 1.º Comprar por sí o por interpuesta persona bienes muebles o inmuebles del menor o *venderle o arrendarle los suyos*, *aunque sea en subasta pública*» (destacado nuestro).

El artículo 1261 del Código Civil establece los elementos esenciales para la validez de los contratos: consentimiento de las partes, capacidad legal, objeto lícito y suficientemente determinado, y que exista una causa lícita de la obligación, sin perjuicio de la solemnidad requerida en ciertos casos.

Una vez establecida la normativa aplicable al caso, corresponde evaluar si el negocio de referencia adolece de *inexistencia* o de *nulidad absoluta*. Debe tenerse presente que la conclusión a la que se llegue sobre si el negocio es inexistente o nulo absoluto dependerá de la posición doctrinaria que se siga. Las dos más importantes se exponen a continuación.

***a.*** Siguiendo a Cafaro y Carnelli, la capacidad jurídica y el poder normativo negocial son presupuestos externos al negocio que lo anteceden: «No componen o integran su contenido, sino que, por ser anteriores y ajenos, fundamentan su razón de ser» (2007: 19). Como principio, todo individuo tiene capacidad jurídica y *poder normativo negocial*. Estos autores definen el poder normativo negocial como la posibilidad de crear normas jurídicas que tiene cada individuo por su sola calidad de sujeto de derecho; consideran que este poder tiene su fuente de validez en una norma supraordinada. Faltará el poder normativo negocial en aquellos casos en los que el ordenamiento prive de él al sujeto, con fundamento en una norma expresa. Si faltara este poder, y por tratarse de una prohibición para constituir un negocio jurídico, este no se forma y es inexistente desde el punto de vista jurídico.

Aplicando estos conceptos, si bien los padres en ejercicio de la patria potestad tienen capacidad jurídica, no cuentan con poder normativo negocial por existir una norma expresa que los priva de él: el artículo 1676 del Código Civil. Este artículo «impone una prohibición de contratar a determinados sujetos de derecho respecto de un tipo negocial que en sí mismo es lícito y que, por lo tanto, la generalidad de los sujetos puede formar» (Cafaro y Carnelli, 2007: 19-20). Es así que, por faltar el poder normativo negocial, presupuesto externo y anterior al negocio, la enajenación por parte de los padres de sus bienes en favor de su menor hijo sometido a patria potestad no existe como tal. Por tratarse de un negocio inexistente y, en consecuencia, no haber un título que fundamente la modificación patrimonial, entra en juego la acción de pago de lo indebido como instrumento para obtener el reingreso del objeto de la movilización económica. Estas restituciones se verán siempre limitadas por la buena fe de los terceros adquirentes que no conocían la falta de poder normativo negocial.

***b.*** Para Gamarra, por el contrario, las situaciones de inexistencia se rigen por el sistema de nulidades absolutas. El autor considera que el artículo 1676 consagra una hipótesis de nulidad absoluta por falta de legitimación, ya que las incapacidades especiales o prohibiciones de contratar, entre las que se encuentra la venta de bienes de los padres a favor

de los hijos sometidos a patria potestad, se hallan en la esfera de la legitimación, no de la capacidad. Corresponde a la *legitimación recepticia*, es decir, la idoneidad para ser sujeto activo o pasivo de la relación jurídica. Esta legitimación recepticia es un presupuesto de validez cuya ausencia determina la nulidad absoluta del contrato (nulidad absoluta por causa ilícita; Gamarra, 2003: 180-204). A diferencia de la posición de Cafaro y Carnelli, para Gamarra, en estos casos, la acción reivindicatoria procede contra todos los terceros; funda esta posición en el artículo 1565 Código Civil. En el decir de Arezo Píriz, en informe de esta comisión (Asociación de Escribanos del Uruguay, 1989: 208):

> Se está ante un caso de falta de legitimación recepticia, o sea, inidoneidad para ser parte en el negocio obligacional y dispositivo […], lo que nos lleva a que si no se puede ser parte de la relación pretendidamente contractual, tales negocios jurídicos o contratos, en su caso, no existen; o estamos ante un caso de falta de poder normativo negocial. La ineluctable conclusión es la misma: la nulidad absoluta de la compraventa-tradición.

En el caso planteado, el negocio es claramente contrario a lo dispuesto por el artículo 1676 del Código Civil, por lo que, para algunos, la falta de poder normativo negocial provocará la inexistencia del negocio, mientras que para otros, la falta de legitimación recepticia generará la nulidad absoluta. El hecho de que en este caso no haya terceros adquirentes de buena fe implica que el determinar si hubo inexistencia o nulidad absoluta no hace la diferencia. La cuestión principal radica, entonces, en determinar si en este caso todo el negocio es inexistente, absolutamente nulo, o si solo lo es el vínculo entre el padre y el hijo sometido a patria potestad (*inexistencia parcial* o *nulidad parcial*, según la posición que se siga).

## II. Sobre si es posible que el negocio sea declarado nulo de forma parcial (solo respecto al cesionario menor de edad)

Nuestro ordenamiento positivo solo contempla la nulidad o inexistencia parcial de los negocios en casos excepcionales, determinados específicamente por ley: solo habrá nulidad parcial o inexistencia parcial cuando haya una norma que así lo permita.

En el caso objeto de consulta, y ante el análisis de cuál fue la voluntad negocial, podemos observar que la voluntad del cedente fue la de cederle los derechos hereditarios a todos sus hijos. Por vías de interpretación no puede asumirse que, ante el conocimiento de que la cesión en favor de su hijo menor de edad era nula, el padre hubiera procedido con la cesión, dejando a uno de sus hijos fuera del negocio.

El consentimiento emitido al contratar es uno y no puede modificarse con posterioridad, por lo que, como consecuencia ineludible, el negocio es inexistente o absolutamente nulo en su totalidad; no es posible la declaración de su inexistencia o nulidad parcial.

El *principio de conservación del contrato*, estipulado por el artículo 1300 del Código Civil, se aplica únicamente en aquellos casos en los que exista duda sobre si el negocio es válido o no. En el decir de Cafaro (1987: 9):

> De acuerdo con lo que dispone este artículo, puede ocurrir que el resultado de nuestra interpretación sea razonablemente ambivalente, en el sentido de que existen elementos de juicio suficientes para estar aportando un resultado de interpretación del que derivaría la nulidad del negocio jurídico concreto y, por otro lado, argumentos suficientes para decir que es probable otro tipo de interpretación, de acuerdo con la que no se concluiría acerca de la validez del negocio, sino de la nulidad. […] En consecuencia, es el propio legislador el que termina con la disyuntiva que se le plantea al intérprete. En la medida en que se habla de conservación del contrato, se dice precisamente que, entre nulidad y validez, debe optarse por aquel camino de interpretación que conduzca necesariamente a la validez del negocio.

Lo expuesto por este autor no aplica en el caso planteado, ya que la validez del negocio no está en duda: es claramente inválido, por ser contrario a una norma prohibitiva como lo es el artículo 1676 del Código Civil. Al no existir duda respecto de su validez, no corresponde la aplicación del principio de conservación del negocio, y el negocio sigue siendo absolutamente nulo o inexistente en su totalidad.

En la misma línea se expresa Caffera. Este autor, fundamentándose en el artículo 1565 del Código Civil, sostiene que «lo afectado por la nulidad es todo el contrato, pues debe volverse a una situación en que se borró todo rastro del mismo. Según el [artículo] 1565, el contrato nulo desaparece, no se reforma parcialmente» (2018: 363). Aunque admite que existen hipótesis en las que la ley estipula situaciones de nulidad parcial y parte del contrato subsiste, son excepciones a la regla. Solo podrá haber nulidad parcial cuando haya una norma que lo establezca expresamente o en los casos en los que las partes acuerdan en el propio contrato que cualquier causal de nulidad solo afectará parcialmente el contrato, siempre que la parte afectada sea distinguible del resto (las denominadas *cláusulas de separabilidad*). El juez no podrá, por vía de interpretación creativa, valorar el contrato y decidir si este debe sobrevivir una vez amputadas sus cláusulas nulas, ya que, «a decir verdad, si se le extrae su componente nulo a un contrato, hay tantas razones para conservarlo como para no conservarlo; sobre todo cuando no sabemos si las partes tenían la voluntad de mantener vigente el *remanente* del contrato» (Caffera, 2018: 366; destacado en el original). Caffera considera que de esta manera se evita la regulación externa en un instituto —el contrato— que está esencialmente diseñado para permitir la planificación privada interna de las partes. Concluye, por lo tanto, que la nulidad parcial solo procederá «en los casos en que las partes así lo pactaron (expresa o tácitamente) o bien, lógicamente, cuando esa sea la solución legal» (2018: 366).

En conclusión, y teniendo en cuenta los fundamentos expresados, en una cesión de derechos hereditarios entre un padre y su hijo sometido a

patria potestad no puede declararse la *inexistencia* o *nulidad parcial* del negocio solo respecto del hijo menor de edad y pretender que aquel subsista respecto de los demás hijos. Dicho instituto se aplica únicamente en casos excepcionales dispuestos por ley; no existe una ley que permita declarar la inexistencia o nulidad parcial del negocio en el caso objeto de consulta: la cesión es *totalmente inexistente* o *nula absoluta*.

## III. Sobre las consecuencias de la aceptación pura y simple de la herencia por parte de un heredero menor de edad

Por el análisis realizado, se concluye que el negocio objeto de consulta no resulta un negocio válido. Por lo tanto, la cuestión sobre la no aceptación de la herencia bajo beneficio de inventario en el caso de un cesionario de derechos hereditarios menor de edad no resulta relevante. Sin perjuicio de ello, se aclara que el cesionario no es aceptante de la herencia: quien la acepta es el heredero.

## IV. Conclusiones

1. La cesión de derechos hereditarios a título oneroso entre un padre en ejercicio de la patria potestad y su hijo menor de edad es inexistente por la falta de poder normativo negocial del cedente o nula absoluta por falta de legitimación recepticia, en aplicación del artículo 1676 del Código Civil, según la posición doctrinaria que se siga. Al no haber terceros adquirentes de buena fe, las consecuencias de declarar una u otra son las mismas.
2. No es posible declarar la nulidad parcial o inexistencia parcial de la cesión de derechos hereditarios solo respecto del cesionario menor de edad, por ser este un instituto excepcional que requiere norma expresa que lo permita. No hay una norma que permita la nulidad parcial o inexistencia parcial en casos como el consultado, por lo que todo el negocio otorgado por las partes es inexistente o nulo absoluto.
3. Al ser inválido el negocio objeto de consulta, la cuestión de la falta de aceptación de la herencia bajo beneficio de inventario se vuelve irrelevante. Sin perjuicio de ello, se aclara que el cesionario no es quien acepta la herencia: quien la acepta es el heredero.

Esc. Florencia Manfredi Jardí
Informante

## Bibliografía referida

Asociación de Escribanos del Uruguay (1989). «Presupuestos de validez. Incapacidad especial. Poder normativo negocial. Legitimación receptícia». Comisión de Derecho Civil (informante: Esc. Enrique Arezo Píriz. En *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, tomo 75, n.º 1-6 (ene.-jun.), pp. 195-209.

— (2015). «Compraventa entre padres e hijos. Nulidad relativa. Nulidad absoluta. Menor. Legitimación para contratar. Prescripción adquisitiva». Comisión de Derecho Civil (informantes: Miguel Burdín y Ana Lucía Realini). En *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, tomo 101, n.º 1-12 (ene.-dic.), pp. 198-201.

Cafaro, Eugenio B. (1987). «El instituto de la conversión del negocio jurídico nulo en el derecho positivo nacional». En *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, tomo 73, n.º 7-12 (jul.-dic. 1987), pp. 7-15.

Cafaro, Eugenio B., y Carnelli, Santiago (2007). *Eficacia contractual*, 3.ª ed. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.

Caffera, Gerardo (2018). *Obligaciones. Teoría de la obligación, el contrato y el cuasicontrato*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.

Gamarra, Jorge (2003). *Tratado de derecho civil uruguayo*, tomo iii, vol. 1. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria

La Comisión de Derecho Civil aprueba el informe que antecede, con los votos de los Escs. Carlos Groisman, Adriana Goldberg, Adriana Silva, Ana Realini, Analia Canepa, Javier Carneiro, Daniella Cianciarulo, Diego Séré, M.ª Carolina Vercellino, Florencia Manfredi, Karen Bonner, Laura Parnás, M.ª Beatriz Vázquez, Margarita Puertollano, M.ª Inés Casatroja, M.ª Marcela Aldana, Mariana Capel, Roque Molla, Mónica Jover, Nicolás García Rodríguez, Patricia Rivas, M.ª del Pilar Ramírez, Priscila Ferreira y Verónica Peláez. En contra, los Escs. Juan Pablo Villar, Gustavo Echavarría, M.ª del Rosario Marchese y Valentina Martínez Jaime.

Escs. Roque Molla y Juan Pablo Villar
Coordinadores

*Informe aprobado por la Comisión Directiva Nacional de la AEU el 17.7.2023, expediente 2746/2022.*

# DERECHO DE SUPERFICIE. CUOTA ALÍCUOTA. PUBLICIDAD REGISTRAL

Informe: Registral

## Consulta

## I. Hechos

**8.4.2006.** *Compraventa de derechos de superficie.* XX S. A. vende a AA y BB, quienes «adquieren a perpetuidad el derecho de superficie sobre el área de cuatrocientos siete metros con veinte decímetros, equivalente a 1.000 avas partes de un total de 16.879 avas partes, correspondiente a la quinta área, contada desde el lindero noreste del croquis levantado en agosto de 2005 […] sobre el padrón 1111, que se deslinda así: […]. El bien objeto de esta escritura y cuyos derechos de superficie se enajenan por esta es parte del siguiente bien inmueble: […]», descripto según plano de mensura inscripto en la Dirección Nacional de Catastro.

El precio fue de USD 6.000, pagaderos en 120 cuotas mensuales, iguales y consecutivas de USD 50 cada una (vencimiento de la primera cuota: 1.5.2006).

La cláusula tercera establece:

> En señal de tradición la parte vendedora se desprende de los derechos de propiedad y posesión que tiene sobre la superficie del área relacionada en el croquis referido, bien objeto de este contrato y los transfiere a la parte compradora facultándola para que tome la posesión que le corresponde sobre la misma, manifestando que mientras así no lo haga, en lo sucesivo continuará poseyendo a su nombre.

El negocio fue inscripto en el Registro de la Propiedad Inmobiliaria de Pando. De la información registral resulta lo siguiente:

— N.º … 25.4.2006. Derecho de superficie
— Nota: «El derecho de superficie alcanza un área de 407,20 metros, que son 1.000 avas partes de un total de 16.879 avas partes, y es la 5.ª contada desde el este, de frente a calle existente».
— Monto: USD 6000.00

**28.6.2007.** *Donación.* XX S. A. dona a varios donatarios —entre ellos, AA y BB—, 13.879 avas partes de un total de 16.879 de la propiedad y posesión del padrón 1111. Las personas referidas adquieren en común 1.000 avas partes. XX S. A. se reserva el derecho de superficie sobre tres áreas de 407 metros con 20 decímetros, equivalentes a 1.000 avas partes de un total de 16.879 del derecho de superficie del padrón señalado. De la información registral resulta:

— N.º …. 10.8.2007. Donación

— Escribano: ZZ. 28.6.2007. Definitiva: 28.9.2007
— Donante: XX S. A. Entre los donatarios se encuentran AA y BB.
**18.11.2019.** Se inscribe el siguiente embargo:
— N.º … 18.11.2019. Embargo definitiva. Ventanilla
— Emisor: Jdo. Ldo. Pando … Turno. Ficha: …/2018
— Oficio: … del 11.11.2019. Resolución: 11.11.2019
— Autos: «XX S. A. c/AA y BB»
— Monto: USD 37.260,32

## II. Consulta y opinión del consultante

En autos caratulados «XX S. A. c/AA y BB». Juicio ejecutivo», IUE …/2018, el Juzgado Letrado de Primera Instancia de Pando de … Turno envía la consulta a efectos de recabar la opinión de la AEU, en virtud de existir consenso en que el tema de autos es innovador, de poco uso en nuestro derecho y sobre el cual no existe abrumadora información, lo que evidencia la complejidad de la cuestión.

Junto al oficio se agrega consulta formulada, que concreta la siguiente cuestión: la escritura referida de derechos de superficie sobre parte del padrón 1111, ¿fue correctamente aceptada por el Registro de la Propiedad de Pando?

La escribana, en su nota, hace referencias tanto al padrón objeto del derecho de superficie como a las fracciones determinadas según un croquis. En lo fundamental, expresa que el negocio fue inscripto en forma correcta; no correspondía referir a plano inscripto sobre fracciones, ya que la Dirección Nacional de Catastro no admite para su inscripción tales instrumentos. Asimismo, el bien se halla suficientemente determinado, de acuerdo con plano de mensura inscripto.

## Informe de la Comisión de Derecho Registral

En primer lugar, una precisión: interpretamos el punto cuestionado en el sentido no de ser aceptado el negocio para su inscripción, sino de haber sido *inscripto en forma definitiva*. Los negocios presentados al Registro deben ser siempre admitidos (salvo que la sede registral fuera incompetente o que los documentos se presentaran sin las formas previstas por las normas registrales). Así, el tema a tratar es la *admisibilidad de la inscripción registral de la constitución del derecho de superficie* y si, en el caso, se comparte la calificación registral del Registro.

**1.** En primer lugar, la comisión teorizó acerca de si el negocio en cuestión podría considerarse incluido entre los declarados nulos por el artículo 358 de la ley 17.930 —ley de presupuesto nacional, ejercicio 2005-2009—, de 19 de diciembre de 2005. Descarta esta hipótesis, al tenor del texto legal

*vigente* al momento de la escritura del caso,[28] dado que el inmueble se encuentra en zona urbana.

**2.** Respecto al derecho de superficie, en el Código Civil, la regla general es que lo accesorio sigue a lo principal, de acuerdo con el *principio de la accesión*. El artículo 748 establece que «el derecho de propiedad no se limita a la superficie de la tierra, sino que se extiende por accesión a lo que está sobre la superficie y a lo que está debajo». Reafirma dicho concepto el artículo 749, al establecer que «todas las obras, siembras y plantaciones hechas en un terreno se presumen hechas por el propietario a sus expensas y que le pertenecen, si no se prueba lo contrario».

**3.** Lo anterior implica que el titular de la cosa accesoria pierde su dominio sobre ella, y que, al enajenarse el inmueble, este abarca toda obra existente sobre él.

**4.** La excepción a lo expresado es la existencia de un derecho de superficie sobre el inmueble. El citado artículo 749 admite la excepción al principio de la accesión cuando establece, al final, «[…] si no se prueba lo contrario». Surge la posibilidad, sostenida y enseñada doctrinariamente, de la constitución de un derecho de superficie con un titular distinto al del inmueble.

**5.** Así, el derecho de superficie consiste en un negocio entre el titular del inmueble y el superficiario, que permite a este la propiedad de construcciones, sembradíos, etcétera, mientras el bien original continúa en la órbita patrimonial de su propietario. Se produce una división de la propiedad por planos horizontales, «capas» que separan el inmueble —suelo— de lo accesorio. También se admite la posibilidad de extender esos derechos sobre construcciones ya realizadas.

**6.** Este derecho de superficie es transmisible por acto entre vivos o *mortis causa*, y su titular tiene máxima autonomía jurídica respecto a las construcciones, sembradíos, etcétera. Esta figura jurídica supone un desmembramiento del dominio.

**7.** Su reconocimiento expreso devino como acto inscribible en la ley 16.871 —Ley de Registros—, de 28 de setiembre de 1997.[29]

**8.** Posteriormente, fue regulado por el artículo 36 de la ley 18.308 —Ley de Ordenamiento Territorial y Desarrollo Sostenible—, de 18 de junio de 2008:

28 El artículo 358 de la ley 17.930 fue modificado. El texto vigente al momento del negocio del caso era el siguiente: «Será totalmente nula toda enajenación, promesa de compraventa, inscripta o no, cesión y, en general, toda operación sobre cuotas indivisas de bienes inmuebles ubicados en las *zonas suburbanas o rurales*, con destino a la formación de centros poblados o de núcleos de viviendas, realizadas infringiendo normas nacionales o departamentales que regulan la subdivisión de la tierra. [=] Los Registros Públicos rechazarán de oficio la inscripción de actos comprendidos en el inciso anterior […]» (destacado nuestro).

29 Ley 16.871, artículo 17: «(*Actos inscribibles*). Se inscribirán en la Sección Inmobiliaria del Registro de la Propiedad: 1.º Los instrumentos públicos en los que se constituya, reconozca, modifique, transfiera, declare o extinga el dominio, usufructo, uso, habitación, *derecho de superficie*, servidumbre, cualquier desmembramiento del dominio, hipoteca, censo y demás derechos reales establecidos por la ley sobre bienes inmuebles […]» (destacado nuestro).

(*Derecho de superficie*). El propietario de un inmueble, privado o fiscal, podrá conceder a otro el derecho de superficie de su suelo, *por un tiempo determinado*, en forma gratuita u onerosa, mediante escritura pública registrada y subsiguiente tradición. El derecho de superficie es el derecho real limitado sobre un inmueble ajeno que atribuye temporalmente parte o la totalidad de la propiedad y comprende el derecho a utilizar el bien según las disposiciones generales de la legislación aplicable y dentro del marco de los instrumentos de ordenamiento territorial y conforme al contrato respectivo. El titular del derecho de superficie tendrá respecto al bien objeto del mismo iguales derechos y obligaciones que el propietario del inmueble respecto de este. [destacado nuestro]

**9.** En el caso de la consulta, la constitución fue *posterior a la ley 16.871 y anterior a la ley 18.308*. De la exposición que efectúa la escribana autorizante, agregada a la consulta, se presenta como punto central la individualización del objeto del negocio, según un plano debidamente inscripto.

**10.** En este aspecto, según el negocio de constitución, en primer lugar, es cuestionable que el derecho se establece a perpetuidad; si bien el acto es anterior a la ley 18.308, si el superficiario lo es sin límite temporal, como señala Albín en informe citado en la resolución 283/2009,[30] el propietario

30 Resolución de la Dirección General de Registros 283/2009, de 16 de octubre de 2009: «Resultando: […] **III.** Que por informe del subdirector general de Registros, escribano Federico Albín, de fecha 31 de agosto último, se expresa: *a*) la accesión es un modo de adquirir por el cual "el dueño de una cosa viene a serlo de lo que ella produce o de lo que a ella se incorpora natural o artificialmente" (art. 731 del C. Civil). *b*) En el caso de los inmuebles, la accesión supone que el propietario del terreno lo es también de las construcciones y mejoras que sobre él se realicen. *c*) Para destruir esa presunción es necesario constituir un derecho de superficie, el cual, a través de la división por planos horizontales, permitirá que lo construido sea propiedad del superficiario. *d*) La existencia de tal derecho en nuestro derecho positivo fue discutida, en tanto no estaba establecido en forma expresa. Sin embargo, la misma fue claudicada a favor de su existencia, al haberse incluido como acto inscribible en el Registro de la Propiedad, sección Inmobiliaria (art. 17, num. 1.º de la ley 16.871). Por su parte, la ley 18.308, de Ordenamiento Territorial y Medio Ambiente, ratificó el criterio y conceptualizó al derecho de superficie en su artículo 36. *e*) Es decir que, para que se verifiquen los efectos, es necesario que las construcciones hayan sido realizadas por un tercero a su costo, en suelo ajeno y que no funcione el principio de accesión. Por tanto, es de esencia del derecho de superficie, por su naturaleza jurídica, que sea total o parcial respecto del terreno, pero en todos los casos será a término, para que no pierda el propietario del suelo, virtualmente, toda utilización económica sobre el mismo. *f*) En el caso de constitución sobre un predio parcial, lo que la ley registral busca es que el bien tenga una identificación inequívoca, a través de la matriculación (art. 9.º, num. 1.º, ap. 2.º). La fuente de esta norma debe ubicarse en el artículo 85 de la ley 16.462, y lo que pretende es que no se inscriban actos referidos a bienes que no estén empadronados en forma individual. En el caso a estudio, es necesario sistematizar tal exigencia con la inscripción del derecho de superficie prevista en el artículo 17, numeral 1.º. *g*) Será menester, entonces, exigir el empadronamiento individual al predio sobre el cual se constituye el derecho de superficie; pero, por su naturaleza, este derecho puede recaer sobre una parte del mismo. *h*) En consecuencia, considera que es posible la constitución de un derecho de superficie sobre parte de un terreno y que, para cumplir con las exigencias del artículo 9.º, numeral 1.º, apartado 2.º, y numeral 2.º, será necesario que el predio esté empadronado en forma individual, y el plano debe referir a la totalidad del bien».

del suelo pierde virtualmente toda utilización económica sobre él, lo que vacía el contenido de su derecho de propiedad.

**11.** Por otro lado, el objeto negocial se describe con elasticidad o ambigüedad, ya que es «el derecho de superficie sobre el área de cuatrocientos siete metros con veinte decímetros, equivalente a 1.000 avas partes de un total de 16.879 avas partes», para mencionar inmediatamente que corresponde «a la quinta área, contada desde el lindero noreste del croquis levantado en agosto de 2005» sobre el padrón que se deslinda según plano de mensura inscripto en la Dirección Nacional de Catastro.

**12.** En la época de esa registración, antes del dictado de la resolución vinculante de la Dirección General de Registros número 283/2009, la admisibilidad de inscribir derecho de superficie respecto a una fracción sin padrón individual ni plano registrado era aceptada o negada de acuerdo con los criterios de cada registrador.

**13.** Dicha resolución, posterior en el tiempo a la inscripción de la escritura cuestionada en estos obrados, establece un criterio vinculante para los registradores, que, en el caso, en principio, fundamenta la calificación que efectuara el Registro de la Propiedad Inmobiliaria de Pando al inscribir la constitución de derecho de superficie.

**14.** Decimos que esa resolución expresa fundamentos teóricos para la calificación del negocio cuestionado, aun cuando existe un matiz fundamental: en la inscripción efectuada en ejercicio de la independencia técnica de la función calificadora del registrador, si bien aquella contiene múltiples referencias a una fracción del padrón —como resulta de la información registral agregada—, lo inscripto es una *cuota parte del derecho de superficie* —1.000 avas partes de 16.879— *sobre la totalidad del inmueble*.

**15.** No se inscribió el derecho superficiario referido a una fracción concreta. La nota de la información registral referente al área quinta individualizada en un croquis constituye un comentario que, al decir de la resolución de DGR citada, *carece de trascendencia registral*.

**16.** Además de lo dicho sobre el plazo perpetuo, debemos señalar que la cláusula de tradición no condice con el objeto, ya que la *constituto posesorio* es admisible para la entrega de la posesión de bienes raíces, y, en el caso, el objeto fue una cuota alícuota de derechos incorporal.[31] El Registro inscribe traslaciones dominiales que resultan de título y modo, y aunque el documento fue inscripto finalmente en forma definitiva, esa cuestión era pasible de observación registral.

**17.** Por lo dicho, esta comisión considera que, si bien el negocio de obrados fue inscripto, las consideraciones previas acerca del marco temporal del derecho de superficie y la tradición no ajustada a derecho eran óbice para su registración definitiva.

31 Código Civil, artículo 768: «La tradición de los derechos se verifica: o por la entrega de los documentos que sirven de título o por el uso del uno y la paciencia del otro, como en las servidumbres».

**18.** Sin perjuicio, según se dijo en el capítulo de hechos, de la información registral resultan inscriptas donaciones posteriores, cuya copia fuera solicitada al juzgado a efectos de mejor informar.

**19.** Por escritura de 28.6.2007 indicada en el capítulo de hechos, XX S. A. enajenó en común, proindiviso, entre otros, a los indicados adquirentes de derechos de superficie, AA y BB, quienes adquirieron en conjunto *1.000 milésimas de un total de 16.879 milésimas de la propiedad plena del padrón 1111*.[32]

**20.** En este negocio, la donante se reservó el derecho de superficie sobre 3.000 avas partes de 16.879. En este aspecto, vuelve a incurrirse en una descripción ambigua, ya que concretiza una cuota ideal en fracciones del croquis de 2005. Sin embargo, ese problema, en su caso, es lateral al aspecto central analizado en este informe.

**21.** Si bien, como se dijo, respecto a esta donación pueden hacerse observaciones sobre la ambigüedad del derecho de superficie que se reserva la donante —XX S. A.—, *los antes adquirentes de derecho de superficie devinieron propietarios plenos en cuota parte* (1.000 avas partes de 16.879). Así, el derecho superficiario quedó confundido en los mismos titulares, y deviene bizantina la discusión acerca de la admisibilidad de la inscripción de 2006.[33]

**22.** También debe recordarse que en el expediente judicial se solicitó el embargo específico de la cuota de los demandados, y así surge inscripto el embargo de 1.000 avas partes de 16.879 de propiedad del padrón 1111.

## Conclusiones

— El negocio de 8.4.2006 tiene por objeto una cuota alícuota del derecho de superficie sobre la totalidad del padrón del caso; la indicación de un área suya —según croquis— carece de relevancia registral.
— En el plano registral administrativo, la constitución del derecho de superficie fue inscripta de acuerdo con la calificación que efectuara el Registro competente. Esta comisión entiende que el negocio merecía las observaciones indicadas en el cuerpo del informe.

Esc. Carlos del Campo García
Redactor

32 Por escritura de 2.3.2011, XX S. A. enajenó a otro donatario 1.000 avas partes de 16.879 de la propiedad del padrón citado.

33 Dejamos de lado las dudas acerca de la posibilidad de que una sociedad con fines de lucro otorgue donaciones.

Respecto a la presente consulta, la Esc. Susana Cambiasso opina:

— Se trata de derechos sobre cuota parte. Cada comunero puede usar de toda y cada una de las partes comunes, pero sujetas a las consecuencias de la partición retroactiva.
— Las ventas y constituciones de derechos de superficie que se hicieron prescindiendo del consentimiento de cada uno de los condóminos que se fueron sucediendo y no intervinieron en el acto quedan sujetas, en cuanto a su eficacia, a los resultados de la partición.
— La declaración de dominio debe versar sobre plano inscrito (ley 12.804, de 30 de noviembre de 1960, art. 286).

Aprobado por la Comisión de Derecho Registral, con los votos de los Escs. Andrea Yarruz, Claudia Pereiro, Ana Grassi, Adriana Estévez, Karin Perdomo, Inés Rodríguez Sarmiento, Cristina Anzuela, Romina Cedrés, M.ª del Rosario Marchese y Mercedes Azar. Se abstiene el Esc. Daniel Ramos.

Esc. Mercedes Azar
Coordinadora

*Informe aprobado por la Comisión Directiva Nacional de la AEU el 17.7.2023, expediente 2755/2022.*

# SOCIEDAD CIVIL. SOCIEDAD AGRARIA. ENAJENACIÓN. BIEN INMUEBLE RURAL

Resumen

*El solo hecho de clausurar actividades en la Dirección General Impositiva y el Banco de Previsión Social no implica la disolución de la sociedad. La prueba de que la sociedad se ha disuelto por el cumplimiento del negocio para el que fue constituida o por consentimiento de los socios debe ser aportada por estos, quienes deben realizar las publicaciones a que refiere la ley. Si la sociedad se disolvió por voluntad de sus socios, sus bienes, considerados en condominio entre ellos, pueden enajenarse por todos los socios sin necesidad de otorgar partición (para respetar el tracto sucesivo, habrá que demostrar que la sociedad se ha disuelto). Independientemente de su objeto social, la sociedad, como cualquier sujeto de derecho, puede adquirir y enajenar inmuebles.*

Informe: Civil

## Consulta

### I. Hechos

**1999.** Por escritura de 3.9.1999, los cónyuges RR y SC constituyeron una sociedad civil bajo la denominación «XX Sociedad Civil», con el objeto del «ejercicio de actividades agropecuarias y ganaderas, y demás afines, y en especial, en los ramos de tambo y lechería». El plazo se estableció en cinco años a contar desde la constitución, prorrogables en forma sucesiva y automática por períodos de dos años. Sin perjuicio de lo estipulado, cualquiera de los socios podrá provocar la rescisión parcial de la sociedad; deberá manifestar su voluntad de retirarse de la sociedad a los restantes socios en forma auténtica, con una antelación no menor a los 180 días al vencimiento del plazo original o de cualquiera de sus prórrogas.

**2007.** Por escritura de 25.6.2007, NC, viuda, enajenó por título compraventa y modo tradición a XX Sociedad Civil, representada por sus únicos socios, RR y SC, determinados bienes rurales ubicados en la … sección judicial de Florida.

**2008.** La referida sociedad civil clausura su actividad en el Banco de Previsión Social (BPS) y en la Dirección General Impositiva (DGI).

**2023.** Hoy se proyecta enajenar dos de los padrones rurales adquiridos en la compraventa de 2007.

### II. Consideraciones de la consultante

La sociedad civil se rige por el Código Civil, artículo 1875 y siguientes. Este tipo de sociedad suele acarrear distintas discusiones respecto a su personería jurídica y su patrimonio social, entre otros aspectos.

Con la aprobación de la ley 17.777 se estableció, en el artículo 21, que

> las sociedades civiles con contrato escrito que tengan exclusivamente objeto agrario tendrán personería jurídica desde el momento de su constitución.
>
> La personería jurídica tendrá vigencia también para las constituidas antes de la vigencia de dicha ley, pero sin efecto retroactivo, y en ningún momento afectará los derechos de los terceros constituidos con anterioridad a dicha vigencia. Los socios tendrán responsabilidad ilimitada y responderán en partes iguales, cualquiera fuera su participación en el contrato y no será subsidiaria a la de la sociedad.

Continúa diciendo la consultante que de dicho artículo se desprende que las sociedades con dicho objeto que estuviesen vigentes al momento de la sanción de la ley tienen personería jurídica.

Considerando que XX Sociedad Civil fue constituida en 1999 y que su objeto es agrario, tiene personería jurídica, de acuerdo con lo previsto en la ley 17.777.

La duda que plantea refiere a la situación jurídica que existe hoy, ya que dicha sociedad civil no tiene actividad en BPS ni en DGI desde 2008. La consultante entiende que en estas condiciones, la sociedad civil se encuentra disuelta al día de hoy.

¿Quién debe otorgar la enajenación? ¿Deben enajenar RR y SC por sí y en nombre y representación de la sociedad civil o, en su defecto, solo RR y SC?

Manifiesta que es importante tener en cuenta que el Código Civil, en el artículo 1937, prevé:

> Disuelta la sociedad, se procederá a la división de los objetos que componen su haber.
>
> Las reglas relativas a la partición de bienes hereditarios y a las obligaciones entre coherederos se aplicarán a la división del caudal social y a las obligaciones entre los miembros de la sociedad disuelta, salvo en cuanto se opongan a las disposiciones de este título.

Sin embargo, no se procedió a realizar la división de los bienes que componen el haber de XX Sociedad Civil. No se realizó, al día de hoy, partición de los bienes que conformaban su haber.

Cabe destacar que habiendo solicitado información registral, la sociedad no se encuentra inscripta; por lo tanto, no surge información acerca de su constitución ni disolución.

Tal y como expresa GUERRA DANERI (2016), la ley no exige que la sociedad se registre. No tiene necesidad de hacerlo, ya que, en materia asociativa, la doctrina es prácticamente conteste en que la publicidad nada tiene que ver con la constitución, sino que es un requisito extrínseco, relativo a la formación de un tipo social.

## III. La consulta

*a.* Teniendo en cuenta que la sociedad clausuró su actividad en BPS y DGI, ¿es correcto considerar que se encuentra disuelta?
*b.* De acuerdo con lo previsto en el artículo 1937 del Código Civil, ¿es necesaria la existencia de una partición de los bienes que conformaban el haber de la sociedad a los efectos de proceder hoy a su enajenación?
*c.* ¿Quién debe otorgar la enajenación que se pretende realizar? ¿Es correcto que la enajenación se realice en el marco de la documentación que hoy existe, y que, al encontrarse disuelta en BPS y DGI, firmen la enajenación RR y SC, cónyuges entre sí, por sí y en nombre y representación de XX Sociedad Civil?
*d.* En cuanto a los controles que deben realizarse en la escritura, ¿se debería controlar la documentación relativa a la disolución de la sociedad en BPS y DGI?
*e.* ¿Qué documentación debe controlarse respecto a la explotación de dichos padrones? En el entendido de que la sociedad está disuelta en BPS y que está explotada por terceros, la sociedad debería tener un certificado de dicho organismo del cual surja que se encuentra explotada en esa forma. ¿Es correcto?
*f.* En cuanto al objeto de la sociedad, ¿se considera incluido en él la enajenación de bienes inmuebles de la sociedad? ¿Se considera que RR y SC tienen facultades suficientes para enajenar en nombre y representación de la sociedad?

## IV. Opinión de la consultante

De acuerdo con el objeto de la escritura de constitución, es una sociedad civil con objeto agrario. Al no encontrarse inscripta —la ley no lo exige—, no es posible determinar si se encuentra disuelta; sin embargo, el hecho de que haya clausurado su actividad en BPS y DGI indica que efectivamente se encuentra disuelta. Al encontrarse la sociedad integrada por RR y SC, cónyuge entre sí, no sería necesaria la partición de los bienes de la sociedad a los efectos de enajenar los inmuebles; ambos, por ser los únicos integrantes, deberían otorgar la enajenación. En cuanto a los controles a realizar en la escritura, debería controlarse la documentación relativa a la disolución de la sociedad en BPS y DGI; además, debe existir algún tipo de constancia que indique que los padrones son explotados por terceros.

## Informe de la Comisión de Derecho Civil

Antes de comenzar con el análisis del caso, la informante desea dejar establecido que solo se contestarán las consultas relacionadas con el aspecto relativo a si la sociedad se encuentra disuelta o no, quién debería otorgar la

enajenación proyectada y la inclusión en el objeto social de la enajenación de bienes inmuebles de la sociedad. Esto, debido a que se realizan consultas que exceden la función de esta comisión técnica, como ser, referirse a los controles que deben realizarse en la escritura relativa a la supuesta disolución de la sociedad o a los controles relativos a la explotación de los inmuebles rurales; este es un tema netamente notarial que deberá decidir el escribano interviniente en la operación respectiva.

## I. Sociedad civil con objeto exclusivamente agrario

Esta comisión ya se ha pronunciado en distintos informes en el sentido de que, a partir de la sanción de la ley 17.777, promulgada el 21 de mayo de 2004, específicamente teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 21, las sociedades civiles con contrato escrito que tienen exclusivamente objeto agrario tienen personería jurídica desde su constitución. Esto no implica que las sociedades que se encuentren en esa situación se rijan por las normas de la citada ley: se rigen por lo dispuesto en el Código Civil para las sociedades civiles. En el caso que se presenta en esta consulta, la sociedad tiene un objeto exclusivamente agrario; por ello, de acuerdo con lo expuesto anteriormente, tiene personalidad jurídica y se rige por el Código Civil.

## II. Cierre de actividades ante BPS y DGI

De acuerdo con lo que refiere la consultante, la mencionada sociedad dio de baja su actividad ante BPS y DGI (no se agregó a la consulta ninguna documentación relativa a este hecho). Debido a esto, la consultante interpreta que la sociedad está disuelta y que no se realizó la partición de los bienes que integran su patrimonio.

A los efectos de evaluar si una sociedad civil está disuelta o no debe recurrirse a los artículos que establecen las causales de disolución o las causales que puedan surgir del contrato social. De acuerdo con lo dispuesto en el capítulo V del título IV, artículos 1923 y siguientes, la sociedad civil se disuelve:

*a*) por el vencimiento de plazo o por el evento de la condición que se haya fijado;
*b*) por la consumación del negocio para la que fue contraída;
*c*) por la insolvencia o la extinción de la cosa o cosas que forman su objeto;
*d*) si cualquiera de los socios, por su hecho o culpa, deja de poner en común las cosas o la industria a que se ha obligado en el contrato (los otros tendrán derecho a pedir la disolución);
*e*) por la pérdida de la cosa de la que solo se haya aportado el uso o goce, a menos que el socio que la hubiere aportado la reponga a satisfacción de sus consocios o que estos determinen continuar la sociedad sin ella;

*f*) por la muerte de un socio, salvo que otra cosa se hubiere pactado;
*g*) por la incapacidad o insolvencia de un socio, y
*h*) por el consentimiento unánime de los socios.

El artículo 1936 del Código Civil dice lo siguiente:

> La disolución de la sociedad no podrá alegarse contra terceros sino en los casos siguientes:
> 1.º Cuando la sociedad ha expirado por la llegada del día prefijado para la terminación del contrato.
> 2.º Cuando se ha dado aviso de la disolución por medio de las publicaciones legales.
> 3.º Cuando se prueba que el tercero ha tenido oportunamente noticia de ella por cualesquiera medios.

Planteadas las normas aplicables a la disolución, es menester analizar si el hecho manifestado por la consultante acerca de que la sociedad dio cierre a su etapa fiscal implica que esté disuelta.

En nuestra opinión, el cierre de actividades de la sociedad a nivel de organismos fiscales no implica *per se* la disolución de la sociedad; no existe esta hipótesis, en principio, en ninguna de las causales referidas y tampoco surge del contrato social ninguna cláusula al respecto. Podrían acercarse las causales que refieren a la «consumación del negocio para el que fue contraída» o por el consentimiento unánime de los socios.

No tenemos elementos para afirmar que por haber dado cierre a la etapa fiscal, se haya consumado el negocio para el que fue contraída, ya que el objeto de la sociedad es el ejercicio de actividades agropecuarias y ganaderas, y demás operaciones afines, y en especial, en los ramos de tambo y lechería. La sociedad civil puede dar clausura a su actividad momentáneamente y puede volver a realizarla en cualquier momento, ya que los bienes rurales siguen en su patrimonio.

En cuanto a que la causal de disolución que podría haber operado es el consentimiento unánime de los socios, no contamos con ninguna documentación que avale dicho hecho.

El artículo 1936 enumera distintas hipótesis aplicables a la publicidad a terceros, algunas de las cuales deberían suceder para que pueda considerarse que realmente eso fue lo que sucedió (aparentemente, por la voluntad de los socios). Al menos, deberían realizarse publicaciones legales, manifestando la decisión de disolver; aunque en caso de que estas no existan, podría aseverarse que es un problema de responsabilidad de los socios, pero no inhibe la disolución.

La disolución es un estado especial al que ingresa la sociedad. En el caso de las sociedades civiles, como bien dice la consultante, se aplica el artículo 1937, que menciona que una vez disuelta la sociedad, se procederá a la división de los objetos que forman su haber. Los miembros de la sociedad disuelta podrán acudir a la partición para cesar el condominio existente entre ellos. Pero para desprenderse de los inmuebles no nece-

sariamente deben, previamente, otorgar la partición: pueden enajenarlos ellos directamente.

De acuerdo con estas circunstancias, nos inclinamos por sostener que los socios deberían probar de alguna forma la disolución; preferiblemente, mediante una declaratoria en la que manifiesten la decisión de disolver e, incluso, cumpliendo con el precepto legal previsto en el artículo 1936, dando a conocer dicha voluntad.

## III. Respuesta a algunas consultas planteadas

*a.* En nuestra opinión, el solo hecho de clausurar actividades en DGI y BPS no implica *per se* disolución de la sociedad.

*b.* No surge ninguna prueba de que la sociedad se haya disuelto por el cumplimiento del negocio para el que fue constituida o por consentimiento de los socios. Esta prueba debe ser aportada por los socios, quienes deben realizar las publicaciones a que refiere el artículo 1936.

*c.* Si los socios declaran que la sociedad se disolvió por su voluntad, es posible considerar que los bienes están en condominio de ellos. La no realización de las publicaciones implicaría una potencial situación de responsabilidad.

*d.* Si se hubiera producido una causal de disolución, y los bienes quedaran en condominio de los socios, no debe necesariamente otorgarse partición: los bienes pueden enajenarse por todos los socios. A los efectos registrales, habría que demostrar que la sociedad se ha disuelto por alguna causal, para respetar el tracto sucesivo. Esto refuerza la idea de que debería existir algún documento que lo avalara.

*e.* La enajenación proyectada deben otorgarla los socios, previa comprobación de que la sociedad está realmente disuelta.

*f.* La enajenación de inmuebles que son de la sociedad no es un tema que involucre necesariamente el objeto social. La sociedad tiene capacidad para comprar o vender un inmueble, como cualquier sujeto de derecho. Es más: si, en el caso, estuviera incluido en el objeto comprar o vender inmuebles, ya no hubiéramos estado frente a una sociedad civil con objeto exclusivamente agrario.

Esc. Daniella Cianciarulo
Informante

### Bibliografía referida

Guerra Daneri, Enrique (2016). *Derecho agrario*, tomo II («Asociaciones y sociedades agrarias»). Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.

La Comisión de Derecho Civil, integrada por los Escs. Karen Bonner, Javier Carneiro, M.ª Inés Casatroja, Daniella Cianciarulo, Nicolás García

Rodríguez, Carlos Groisman, Rossana Ivanier, Roque Molla, M.ª Alejandra Portillo, M.ª del Pilar Ramírez, Patricia Rivas, Juan Pablo Villar, Ana Irabedra, Ana Realini, Valentina Martínez Jaime, Verónica Ubillos, M.ª del Rosario Marchese, Florencia Manfredi y Gustavo Echavarría, aprueba el informe que antecede.

Escs. Roque Molla y Juan Pablo Villar
Coordinadores

*Informe aprobado por la Comisión Directiva Nacional de la AEU el 17.7.2023, expediente 2818/2023.*

## CONTROL FISCAL. IMPUESTO A LAS TRASMISIONES PATRIMONIALES. DECLARACIÓN JURADA. ESTUDIO DE TÍTULOS

Resumen

*No forman parte del estudio de títulos el control de pago ni la declaración jurada del impuesto a las trasmisiones patrimoniales de escrituras antecedentes.*

Informe: Tributario

### Consulta

### I. Hechos

**1.** Los señores LAFM y JHFM son hermanos y clientes del consultante, y hoy se encuentran con vida y ubicables (por si fuere necesario).

**2.** En determinado momento, los citados eran condóminos de dos inmuebles ubicados en el departamento de Lavalleja, padrones 1111 y 2222.

**3.** Oportunamente, decidieron poner fin a esa situación. En ambos casos, LAFM le vendió a JHFM la mitad indivisa de ambos padrones: el primero, el 13.4.2007, y el otro, el 29.6.2007, en escrituras que el consultante autorizó. Es de destacar que LAFM se encontraba separado judicialmente de bienes de su esposa, NGR, desde el año 1981.

**4.** En ambos casos, la primera copia de la escritura respectiva fue inscripta en el Registro de la Propiedad Inmueble de Lavalleja; en una de

ellas, incluso, el Registro dejó constancia de la declaración jurada y del pago del impuesto a las trasmisiones patrimoniales.

## II. Situación que genera la consulta

JHFM resolvió enajenar dichos padrones. La escribana que vio la documentación solicitó copia de la declaración jurada y de los recibos de pago correspondientes, los que se han extraviado. Frente a este hecho, el consultante realizó las averiguaciones correspondientes ante la Dirección General Impositiva, pero dichos documentos no han podido recuperarse.

## III. Opinión del consultante

Teniendo en cuenta el hecho de no poder ubicar en dicha oficina lo solicitado, considera que, en mérito al tiempo transcurrido —dieciséis años—, no existe ningún tipo de riesgo para el colega que intervenga en la mencionada venta; además, el Registro que inscribió la documentación registró en una de ellas el número de recibo y la declaración jurada que dio lugar a la venta. El Código Tributario es claro en cuanto a la prescripción de dicha obligación, la que, por otra parte, se abonó, hecho que no hace peligrar la venta futura.

## Informe de la Comisión de Derecho Tributario

La consulta se centra en el impuesto a las trasmisiones patrimoniales, regulado en el titulo 19 del Texto Ordenado de 1996 y en el decreto 252/998, de 16 de setiembre de 1998. El impuesto tiene las siguientes características:

— es nacional;
— es permanente;
— es directo;
— es real;
— es de hecho generador instantáneo;
— es de tasas proporcionales;
— se liquida por declaración jurada;
— es de tipo documental, y
— grava la circulación de bienes y la trasmisión de capital, no la renta.

Analizando su hecho generador, diremos.

### Sobre el aspecto material

El impuesto a las trasmisiones patrimoniales grava los actos otorgados a partir del 31 de marzo de 1990, a saber:

a. *Enajenaciones de bienes inmuebles y derechos de usufructo, nuda propiedad y uso y habitación.* Es importante destacar que el concepto de *enajenación* se desprende del artículo 5.º del decreto 252/998. Son casos de no imponibilidad los negocios declarativos y las rescisiones.
b. *Promesas de enajenación sobre los bienes y derechos relacionados en el literal anterior y cesiones de las referidas promesas.* Son casos de no imponibilidad: contrato preliminar o boleto de reserva —contrato de opción, contrato preliminar unilateral, promesa de otorgar promesa, promesa de cesión de promesa, promesa de compraventa sujeta a condición suspensiva, promesa de derechos posesorios o derechos hereditarios—, *leasing* inmobiliario, boleto de remate o cesión de boleto de remate.
c. *Cesiones de derechos hereditarios y de derechos posesorios sobre bienes inmuebles.*
d. *Sentencias declarativas de prescripción adquisitiva de bienes inmuebles.*

Asimismo, el tributo grava las trasmisiones de bienes inmuebles operadas por causa de muerte o como consecuencia de la posesión definitiva de los bienes del ausente, acaecidas a partir del 1.º de enero de 1993.

**Sobre el aspecto temporal**

Dijimos que tiene un hecho generador instantáneo. El artículo 2.º del título 19 del Texto Ordenado 1996 refiere a actos, hechos y negocios jurídicos por actos entre vivos. Así, tendremos en cuenta: la fecha de la documentación; la fecha en que queda ejecutoriada la sentencia de prescripción; legalización, traducción y protocolización (en los casos de documentos provenientes del extranjero).

La trasmisión por causa de muerte acaece por la apertura legal, a la fecha del fallecimiento del causante; en la posesión definitiva de los bienes del ausente, la fecha en que quede ejecutoriado el auto que declare la posesión definitiva de los bienes del ausente.

**Sobre el aspecto espacial**

Hechos generadores configurados en el país.

**Sobre el aspecto subjetivo**

— Sujeto *activo*: Estado central.

— Sujetos *pasivos*:
  – Son sujetos pasivos en calidad de *contribuyentes*: en actos onerosos, los otorgantes; en actos gratuitos, los beneficiarios; por sentencia de prescripción, el declarado propietario; por causa de muerte, todos

los herederos y legatarios de especie cierta y determinada; en el caso de posesión definitiva de bienes del ausente, el beneficiario.
- Son sujetos pasivos en calidad de *responsables*: por actos entre vivos, los que participen del negocio por sí o por representante y profesionales intervinientes.
- Son agentes de retención o percepción *solo en los actos entre vivos*: escribanos intervinientes (por lo que percibieron).

Es menester comenzar nuestro análisis explicitando lo dispuesto en el Código Tributario:

> Artículo 14 (*Obligación tributaria*). La *obligación tributaria* es el vínculo de carácter personal que surge entre el Estado u otros entes públicos y los sujetos pasivos en cuanto ocurre el presupuesto de hecho previsto en la ley.
>
> Le son aplicables las normas propias o específicas en la materia, correspondiendo las del derecho privado, en caso de disposición expresa o subsidio.
>
> Su existencia no será afectada por circunstancias relativas a la validez de los actos o contratos, o a la naturaleza del objetivo perseguido por las partes en estos, ni por los efectos que los hechos o actos gravados tengan en otras ramas jurídicas, ni por los convenios que celebren entre sí los particulares.
>
> Se consideran también de naturaleza tributaria las obligaciones de los contribuyentes, responsables y terceros, referentes al pago de anticipos, intereses o sanciones, o al cumplimiento de deberes formales.

Como puede observarse, la obligación tributaria es el vínculo de carácter personal entre la Administración y el sujeto pasivo, y nace en virtud de la ley. También de naturaleza tributaria son las obligaciones que la ley dispone a los responsables y terceros referente al pago de anticipos, intereses o sanciones, o al cumplimiento de las obligaciones formales.

El Código Tributario regula en los artículos 16 a 23 sobre los sujetos pasivos; en el 17, sobre los contribuyentes, y en el 19, sobre los responsables.

Uno de los principios rectores del derecho tributario es el de *legalidad*, principio fundamental, de rango constitucional. De acuerdo con dicho principio, solo podrán ser sujetos pasivos los enumerados así por la ley; en el caso de impuestos, esta requiere, para su sanción, mayorías especiales.

El artículo 2.º de ley 16.107, de 31 de marzo de 1990, con la redacción dada por el artículo 481 de la ley 16.320, de 1.º de noviembre de 1992, determina el nacimiento del hecho generador del impuesto a las transmisiones patrimoniales en la compraventa, al momento de su otorgamiento; dispone quiénes son sus sujetos pasivos obligados en todas las categorías, como se analizó con anterioridad en detalle.

En expresa aplicación del artículo 14 del Código Tributario, los únicos obligados al cumplimiento de esta obligación tributaria son los sujetos pasivos dispuestos en la norma.

Determinados los sujetos pasivos, y por el hecho de que de la ley no surgen más obligados solidarios, la responsabilidad tributaria personal queda totalmente acotada a quienes la norma así lo dispone; en este caso

concreto, el comprador, el vendedor y el escribano autorizante en dicha compraventa.

En consecuencia, en un estudio de títulos, el cumplimiento o incumplimiento de una obligación tributaria personal de los sujetos pasivos dispuestos por la ley sobre el impuesto a las trasmisiones patrimoniales en nada afecta al futuro adquirente. En uno de los casos, además, la obligación tributaria fue cumplida, pues el Registro así lo hizo constar en el documento al momento de su registración, cumpliendo con su obligación de control (*obligación tributaria formal*).

Sin perjuicio de lo expresado, en aplicación del artículo 38 del Código Tributario, dicha obligación, si no fue interrumpida o suspendida —artículos 39 y 40 del mismo código—, se encuentra prescripta (pasaron más de diez años desde el nacimiento de aquella).

Se concuerda con el consultante en que la falta del comprobante de pago y de la declaración jurada sobre el impuesto a las trasmisiones patrimoniales, obligación tributaria formal sobre esa compraventa, no afecta al futuro negocio, por sus fundamentos de derecho y por los demás fundamentos vertidos en este informe.

Dras. Escs. Valeria Benacedo
y Ana Irabedra
Informantes

La presente consulta es aprobada por unanimidad por los Escs. Fabiana Altez, Alejandro Echevarría, Graciela Flores, Julia Sánchez, Ana Clara Radice, Natalia Calderón, Valeria Benacedo y Ana Irabedra.

Escs. Fabiana Altez y Ana Irabedra
Coordinadoras

*Informe aprobado por la Comisión Directiva Nacional de la AEU el 17.7.2023, expediente 2835/2023.*

# CUOTA ALÍCUOTA. DISTRIBUCIÓN DE HERENCIA. REPRESENTACIÓN HEREDITARIA. COMPRAVENTA DE CUOTA INDIVISA. COMPRAVENTA. BIEN INMUEBLE

Resumen

*Sobre el artículo 1027 del Código Civil y los errores en la determinación de las cuotas partes indivisas que corresponden a cada heredero.*

Informe: Civil

## Consulta

### I. Relación de hechos

**2004.** *Sucesión.* Fallece intestada JSB, soltera. En la relación de bienes se incluye el inmueble 1111, un terreno de 301 metros cuadrados con construcciones. Se declara judicialmente únicos y universales herederos de la causante a:

— su hermana carnal, ASB;
— sus sobrinos MGCS, JMCS, MCS, GCCS y RCS, en representación de su madre prefallecida, SSB, hermana carnal de la causante;
— sus sobrinos FB y HB, en representación de su padre prefallecido, XB, hermano materno de la causante;
— sus sobrinos RRPI y JPPI, en representación de su padre prefallecido, CPB, hermano materno de la causante.

Según certificado notarial expedido por la Esc. MU el 9.11.2007, surge que a ASB le corresponde una participación del 37,5 %; a los sobrinos que concurrieron en representación de SSB, el 37,5 %; a los sobrinos que concurrieron en representación de XB, el 12,5 %, y a los sobrinos que concurrieron en representación de CPB, el 12,5 %.

**2009.** *Compraventa.* Según escritura autorizada el 10.6.2009 por el Esc. RC, ASB (30/80 avas partes indivisas); MCS, MGCS, JMCS, GCCS y RCS (6/80 avas partes indivisas cada una), y RRPI y JPPI (5/80 avas partes indivisas cada uno) enajenaron por título compraventa y modo tradición a la Sra. MP la totalidad de las cuotas partes indivisas indicadas que a cada uno de ellos correspondían (en total, las 70/80 avas partes indivisas) en la propiedad y posesión del inmueble 1111.

De la cláusula tercera resulta: «En señal de tradición, declara la parte vendedora que en lo sucesivo tendrá la posesión a nombre de la parte adquirente».

De la constancia notarial *B* de la escritura surge que al bien objeto de ese contrato lo hubieron los enajenantes en la sucesión de JSB.

**2009.** *Compraventa.* Según escritura autorizada el 27.11.2009 por el Esc. RC, FB enajenó por título compraventa y modo tradición a la Sra. MP 5/80 avas partes indivisas que a ella correspondían en la propiedad y posesión del inmueble 1111.

De la cláusula tercera resulta: «En señal de tradición, declara la parte vendedora que confirma a la parte adquirente en la posesión que ya tiene tomada con anterioridad a este otorgamiento».

De la constancia notarial *B* de la escritura surge que al bien objeto de ese contrato lo hubo la enajenante en la sucesión de JSB.

**2009.** *Compraventa.* Según escritura autorizada el 18.12.2009 por el Esc. RC, HB enajenó por título compraventa y modo tradición a la Sra. MP 5/80 avas partes indivisas que a él le correspondían en la propiedad y posesión del inmueble 1111.

De la cláusula tercera resulta: «En señal de tradición, declara la parte vendedora que confirma a la parte adquirente en la posesión que ya tiene tomada con anterioridad a este otorgamiento».

De la constancia notarial *B* de la escritura surge que al bien objeto de ese contrato lo hubo la enajenante en la sucesión de JSB.

## II. Consulta

La escribana consultante considera que se padeció error en la determinación de las cuotas que corresponde a los enajenantes. Entiende que, de acuerdo con el artículo 1027 del Código Civil, a las hermanas carnales les correspondía el 33 % a cada una, y a los hermanos de simple vínculo, el 16,66 % a cada uno. Manifiesta la consultante que algunos de los enajenantes fallecieron y que no se ha tramitado —ni proyecta tramitarse— la sucesión.

Se consulta cuál es la posición de la Comisión respecto a las cuotas partes indivisas que corresponde a cada heredero y, en caso de que exista un error, cuál podría ser la solución.

## Informe de la Comisión de Derecho Civil

### I. Primera consulta: ¿qué porcentaje corresponde a cada uno de los herederos?

El artículo 1027 del Código Civil dispone:

> A falta de los llamados por el artículo anterior, sucederán al difunto sus hermanos legítimos o naturales y sus hijos adoptivos; la herencia se dividirá en dos partes: una para los hermanos y otra para los hijos adoptivos, y si falta una de estas clases, la otra se llevará toda la herencia.
>
> Entre los hermanos de que habla este artículo se comprenderán aun los que solo lo sean por parte de padre o por parte de madre, pero la porción del hermano paterno o materno será la mitad de la porción del hermano carnal.

La ley llama, en la sucesión intestada, en el tercer orden de llamamiento, a los hermanos legítimos o naturales del causante y a sus hijos adoptivos; refiriere por tales los hijos por adopción simple, es decir, aquellos que no fueron emplazados en la calidad de hijos matrimoniales o extramatrimoniales por legitimación adoptiva o adopción plena (estos son llamados en el primer orden de llamamiento).

Si falta una de estas clases, la otra se lleva toda la herencia. En el caso concreto, al no existir hijos adoptivos, toda la herencia corresponde a los hermanos.

El inciso segundo del artículo 1027 aclara que con la expresión «hermanos» comprende tanto a los de doble vínculo como a los de simple vínculo, y a continuación distingue la porción que corresponde a cada uno: la porción del hermano de simple vínculo (sea paterno o materno) será la mitad de la porción del hermano carnal (de doble vínculo).

Al fallecer JSB, le sobrevive una hermana carnal (ASB); cinco sobrinos (MGCS, JMCS, MCS, GCCS y RCS), hijos de una hermana carnal prefallecida (SSB); otros dos sobrinos (FB y HB), hijos de un hermano materno prefallecido (XB), y otros dos sobrinos (RRPI y JPPI), hijos de un hermano materno prefallecido (CPB).

Con relación a la hermana carnal prefallecida y a los hermanos maternos prefallecidos, de acuerdo con el artículo 1021 del Código Civil, sus hijos —sobrinos de la causante— tienen vocación hereditaria por derecho de representación, con independencia de que los hermanos sean carnales o maternos.

Los sobrinos suceden por derecho de representación; por tanto, de acuerdo con el artículo 1023 del Código Civil, heredan por estirpe: el conjunto de hijos que representan al padre o a la madre toman, entre todos y por partes iguales, la porción que hubiera cabido al padre o madre representado.

Al aplicar las disposiciones normativas relacionadas al caso concreto, resulta que la herencia se divide en seis partes. Corresponden:

— 2/6 (33,33 %) a la hermana carnal (ASB);
— 2/6 (33,33 %) a la estirpe de los cinco sobrinos (MGCS, JMCS, MCS, GCCS y RCS) hijos de una hermana carnal prefallecida (SSB), quienes heredan por derecho de representación;
— 1/6 (16,67 %) a la estirpe de los dos sobrinos (FB y HB) hijos de un hermano materno prefallecido (XB), quienes heredan por derecho de representación;
— 1/6 (16,67 %) a la estirpe de los dos sobrinos (RRPI y JPPI) hijos de un hermano materno prefallecido (CPB), quienes heredan por derecho de representación.

**Respuesta a la primera consulta**

Corresponden: 2/6 (33,33 %) a la hermana carnal (ASB); 2/6 (33,33 %) a la estirpe de los cinco hijos de la hermana carnal prefallecida (SSB); 1/6

(16,66 %) a la estirpe de los dos hijos del hermano materno prefallecido (XB), y 1/6 (16,66 %) a la estirpe de los dos hijos del hermano materno prefallecido (CPB).

## II. Segunda consulta: en caso de que exista error en la determinación de las cuotas establecidas en las compraventas otorgadas en 2009, ¿cuál podría ser la solución?

Las soluciones pueden ser diversas, según cada situación concreta. Si la voluntad contractual no es clara, la certeza pueda obtenerse mediante una interpretación auténtica, otorgada por las partes, o una interpretación judicial; en cambio, si la voluntad contractual es clara, puede prescindirse de dichos actos.

A entender de esta comisión, a pesar de los errores ocurridos en la determinación de las cuotas partes indivisas que corresponden a cada vendedor considerado individualmente, al interpretar las tres compraventas de manera conjunta, resulta, de manera inequívoca, que la voluntad del adquirente fue adquirir la totalidad del inmueble, y la de los enajenantes, enajenar todos los derechos que les correspondían. A continuación, se desarrolla la argumentación que conduce a dicha conclusión.

### A. Situación de la compraventa otorgada el 10.6.2009

Según la escritura autorizada el 10.6.2009, ASB (30/80 avas partes indivisas); MCS, MGCS, JMCS, GCCS y RCS (6/80 avas partes indivisas cada una), y RRPI y JPPI (5/80 avas partes indivisas cada uno) enajenaron por título compraventa y modo tradición a la Sra. MP la totalidad de las cuotas partes indivisas indicadas que a cada uno de ellos correspondía —en total, las 70/80 avas partes indivisas— en la propiedad y posesión del inmueble 1111.

Treinta ochenta avos equivalen a 37,5 %; 6/80 equivalen a 7,5 %; 5/80 equivalen a 6,25 %, y 70/80 equivalen a 87,5 %. En el caso, hay una inexactitud entre la cuota que le correspondía a cada uno de los vendedores y la cuota que venden.

A ASB le correspondía 2/6 (33,33 %) y vende 30/80 (37,5 %); los cinco hermanos CS tenían en conjunto 2/6 (33,33 %) y venden en conjunto 30/80 (37,5 %), mientras que los dos hermanos PI tenían cada uno 1/12 (8,33 %) y venden cada uno 5/80 (6,25 %).

En lo que refiere al objeto de consulta, ASB y los cinco hermanos CS vendieron un porcentaje mayor al que tenían; por lo tanto, no hay dudas de que el porcentaje que les correspondía fue enajenado. Sin embargo, los hermanos PI tenían el 8,33 % cada uno y vendieron el 6,25 %; es decir, hay un 2,08 % sobre el que se genera la incertidumbre de si fue enajena-

do o no. Respecto de la situación de ese 2,08 % se desarrollará el informe (literales *D* y *E*).

### B. Situación de la compraventa otorgada el 27.11.2009

Según la escritura autorizada el 27.11.2009, FB enajenó por título compraventa y modo tradición a la Sra. MP 5/80 avas partes indivisas que a ella correspondían en la propiedad y posesión del inmueble 1111. A FB le correspondía 1/12 del inmueble (8,33 %) y vende 5/80 (6,25 %); es decir que hay un 2,08 % sobre el que se genera la incertidumbre de si fue enajenado o no. Sobre la situación de ese 2,08 % se desarrollará el informe (literales *D* y *E*).

### C. Situación de la compraventa otorgada el 18.12.2009

Según escritura autorizada el 18.12.2009, HB enajenó por título compraventa y modo tradición a la Sra. MP 5/80 avas partes indivisas que a él le correspondían en la propiedad y posesión del inmueble 1111. A HB le correspondía 1/12 del inmueble (8,33 %) y vende 5/80 (6,25 %); hay un 2,08 % respecto del que se genera la incertidumbre sobre si fue enajenado o no. A cerca de la situación de ese 2,08 % se desarrollará el informe (literales *D* y *E* a continuación).

### D. Interpretación de las compraventas otorgadas

Existe un requisito de solemnidad cuando la ley exige que la voluntad se exteriorice de una forma determinada o que se cumpla otra formalidad (por ejemplo, la simultaneidad de los testigos, testador y escribano en el acto testamentario; C. Civil, art. 794) y sanciona su incumplimiento con la nulidad absoluta del negocio (C. Civil, art. 1560). La compraventa de inmueble es un negocio jurídico solemne; debe otorgarse en escritura pública (C. Civil, art. 1664).

Los artículos 1297 y siguientes establecen reglas para atribuir significado a las disposiciones contractuales. La actividad interpretativa requiere partir de lo declarado (C. Civil, art. 1297) y ubicar las palabras en el contexto interno y externo al texto, para intentar explicar la intención de las partes según el contexto general (C. Civil, arts. 1299 y 1301). En caso de que exista más de un significado posible, ha de preferirse aquel más ajustado a la común intención (C. Civil, art. 1298).

En los negocios solemnes, la manifestación de voluntad, para ser válida, debe cumplir con la formalidad debida. Ello repercute en la actividad interpretativa, en el sentido de que los elementos extratextuales de interpretación solo pueden usarse para comprender la voluntad manifestada con la solemnidad debida y no para interpretar manifestaciones que se hayan realizado sin esa formalidad.

La solemnidad no impide al intérprete recurrir a elementos extratextuales para comprender mejor lo declarado por las partes con la forma debida (Vaz Ferreira, 1988: 213 y ss.; Carozzi, 2010: 69): solo impide recurrir a esos elementos para identificar declaraciones no efectuadas con la forma debida y pretender integrarlas al negocio (Anido, 1991: 243 y ss.). Por tal razón, en los contratos solemnes, el contexto (C. Civil, art. 1299), los hechos posteriores (C. Civil, art. 1301) y también los anteriores y simultáneos que tengan relación con lo que se discute sirven para explicar la voluntad declarada con la formalidad debida cuando aquella presenta alguna incertidumbre.

El principio de razonabilidad en la interpretación negocial consiste en procurar atribuir a las manifestaciones de voluntad que componen un negocio y resultan de un texto un significado acorde a la realidad de la que el texto habla. Por tal razón, no basta con interpretar el texto normativo: es necesario además penetrar y comprender la realidad a la que se aplica y vincularla con el texto en una recíproca alimentación.

En el caso concreto, la manifestación de voluntad establecida en cada una de las tres escrituras públicas de compraventa, referida a que se vende 5/80 del inmueble, cumplió con la solemnidad debida, pero tiene una apariencia de inexactitud con la voluntad real por ser incoherente con el contexto. Esa incoherencia resulta de que 5/80 equivale a 6,25 %, y desde una interpretación literal, eso significaría que cada una de las personas que vendió 5/80 se reservó un 2,08 % en un inmueble que tiene una superficie de 301 metros cuadrados, lo que no resulta razonable. A su vez, tampoco resulta razonable que otros herederos hayan pretendido vender un porcentaje mayor al que verdaderamente les correspondía, y que, casualmente, ese porcentaje mayor coincide con el porcentaje que no enajenaron los primeros.

El hecho de que la manifestación de voluntad cumplió con la solemnidad debida habilita a que elementos de contexto interno y extratextuales sean idóneos para ser utilizados en la actividad interpretativa tendiente a comprender su significado.

Al analizar de manera conjunta las tres escrituras de compraventa, resulta con claridad que la voluntad contractual en cada una de ellas fue que se enajenara la totalidad de los derechos que cada vendedor tenía sobre el inmueble, pues las tres compraventas se otorgan en función de un todo común, que son las 80/80 avas partes indivisas del inmueble, y se relacionan entre sí para llegar a esa totalidad.

Con relación al comprador, es claro que, a través de tres escrituras de compraventa, pretendió adquirir la totalidad del inmueble, ya que en total suman 80/80 avas partes indivisas. En lo que refiere a los vendedores, también pretendieron enajenar, en cada una de las compraventas, la totalidad de los derechos que les correspondían; por tal razón, a través de las tres escrituras de compraventa, los herederos venden la totalidad del inmueble, que en total suman 80/80 avas partes indivisas. A su vez, de las

cláusulas de tradición no resulta que los enajenantes se reserven algún porcentaje, y en las constancias de procedencias establecidas en las respectivas escrituras se remiten a la sucesión, sin especificar que un porcentaje del inmueble no se está enajenando, lo cual también conduce a entender que los vendedores pretenden enajenar la totalidad de sus derechos.

La explicación de la diferencia en el porcentaje se encuentra en un error de aritmética al aplicar el artículo 1027 del Código Civil; más específicamente, en la diferente porción que corresponde a los hermanos carnales y a los hermanos de simple vínculo, y no en una intención de reservarse derechos sobre el inmueble.

En conclusión, al conectar la voluntad formalmente declarada con el contexto interno del texto y las circunstancias en que fue manifestada, guiados por el principio de razonabilidad, a entender del informante, resulta que la voluntad contractual en cada una de las compraventas consistió en que los vendedores enajenaran la totalidad de sus derechos en el inmueble, y, por lo tanto, el comprador, a través de las tres escrituras relacionadas, adquirió la totalidad del inmueble.

## E. Respuesta a la segunda consulta

Las soluciones pueden ser diversas según cada situación concreta. Si la voluntad contractual no es clara, la certeza pueda obtenerse mediante una interpretación auténtica otorgada por las partes o una interpretación judicial; en cambio, si la voluntad contractual es clara, puede prescindirse de dichos actos. A entender de esta comisión, a pesar de los errores ocurridos en la determinación de las cuotas partes indivisas que corresponden a cada vendedor considerado individualmente, al interpretar las tres compraventas de manera conjunta, resulta de manera inequívoca que la voluntad del adquirente fue adquirir la totalidad del inmueble, y la de los enajenantes, enajenar todos los derechos que les correspondían.

Esc. Juan Pablo Villar
Informante

## Bibliografía referida

Anido Bonilla, Raúl (1991). «El testamento y sus cláusulas: la condición resolutoria-suspensiva del fallecimiento de un heredero». En *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, tomo 77, n.º 7-12 (jul.-dic.), pp. 243-251.

Carozzi Failde, Ema (2010). *Manual de derecho sucesorio*, tomo I, 2.ª ed. act. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.

Vaz Ferreira, Eduardo (1988). *Tratado de las sucesiones*, tomo I, vol. I. 3.ª ed. rev. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.

La Comisión de Derecho Civil, integrada por los Escs. Analía Cánepa, Mariana Capel, M.ª Inés Casatroja, Daniella Cianciarulo, Gustavo Echavarría, Agustina Ferreira, Nicolás García Rodríguez, Carlos Groisman, José Pedro Illia, Rossana Ivanier, M.ª de Lourdes Mainé, M.ª del Rosario Marchese, M.ª Valentina Martínez Jaime, Francisco Mastropierro, Roque Molla, M.ª Verónica Peláez, Margarita Puertollano, M.ª del Pilar Ramírez, Ana Realini, Patricia Rivas, Diego Séré, Adriana Silva, Verónica Ubillos, M.ª Beatriz Vázquez y Juan Pablo Villar, aprueba el informe que antecede.

Escs. Roque Molla y Juan Pablo Villar
Coordinadores

*Informe aprobado por la Comisión Directiva Nacional de la AEU el 24.7.2023, expediente 2798/2023.*

## COMPRAVENTA. BIEN INMUEBLE. MENOR. PATRIA POTESTAD. EFICACIA

Resumen

*Compraventa de inmueble a nombre de dos menores de edad representados por uno solo de sus representantes legales en ejercicio de la patria potestad. El negocio es válido pero ineficaz.*

Informe: Civil

### Consulta

### I. Hechos

**2013.** *Compraventa*. En escritura que el 4.11.2013 autorizó en Montevideo la Esc. XX (copia debidamente inscripta), los esposos AA y BB vendieron un bien inmueble a favor de CC, menor de 8 años, y DD, menor de 15 años, representados únicamente por su madre, EE.

**2022.** *Ratificación*. En escritura que el 16.9.2022 autorizó en Montevideo la Esc. XX (copia debidamente inscripta), comparecen EE y FF, en

nombre y representación, y en ejercicio de la patria potestad de su hijo CC, menor de 17 años, y DD, mayor de edad, a ratificar la compraventa otorgada el 4.11.2013.

## II. Consulta

Ante el hecho ocurrido de que compareció uno solo de los padres en ejercicio de la patria potestad y en representación de sus hijos menores de edad para adquirir un inmueble cuando, de acuerdo con las disposiciones legales, debían comparecer ambos, ¿qué consecuencias jurídicas tiene la ausencia de uno de ellos en la escritura de compraventa para adquirir un inmueble? ¿Se trata de un negocio nulo o de uno válido pero ineficaz?

## III. Opinión de la consultante

La consultante entiende que debe diferenciarse la *capacidad de goce*, el atributo inseparable de la persona que exige solo la condición de existencia y que poseen todas las personas físicas, sin distinción, de la *capacidad de ejercicio*, la aptitud legal de una persona para ejercer directamente sus derechos y asumir obligaciones. Para el caso planteado, se prevé el instituto de la representación legal —patria potestad—, por lo que estamos frente a un vicio en la legitimación de los representantes. El Código Civil establece, en el artículo 1255, lo siguiente: «El contrato celebrado a nombre de otro por quien no tenga su representación voluntaria o legal (artículo 1311) será nulo, a no ser que lo ratifique la persona a cuyo nombre se haga». De acuerdo con la documentación adjunta, CC y DD ratificaron la compraventa de fecha 4.11.2013; con dicha ratificación, el negocio alcanza la eficacia que los contratantes quisieron tener desde un principio. En el caso, la consultante entiende que es un contrato válido pero ineficaz, hasta que es ratificado por los menores. Por consiguiente, considera que no existe hoy ningún impedimento jurídico para la enajenación de dicho inmueble.

### Informe de la Comisión de Derecho Civil

Dado que la consulta planteada refiere a si existe nulidad o ineficacia del contrato celebrado en el año 2013, que adolece de un vicio en la representación alegada en virtud de no adecuarse a lo prescrito por la ley, analizaremos, previo a su evacuación, los siguientes puntos como base del informe: I) los requisitos de validez de los negocios jurídicos y su eficacia, y II) la figura de la representación y la gestión sin poder.

## I. Requisitos de validez de los negocios jurídicos y su eficacia

### A. Requisitos de validez

Evaluamos la validez o invalidez del negocio jurídico analizando los requisitos esenciales para la validez de los contratos, expresamente regulados en nuestro Código Civil. El artículo 1261 expresa:

> Para la validez de los contratos son esenciales los cuatro requisitos siguientes:
> 1.º Consentimiento de partes.
> 2.º Capacidad legal de la parte que se obliga.
> 3.º Un objeto lícito y suficientemente determinado que sirva de materia de la obligación.
> 4.º Que sea lícita la causa inmediata de la obligación.
> Esto se entenderá sin perjuicio de la solemnidad requerida por la ley en ciertos contratos.

Y de acuerdo con el artículo 1278: «Pueden contratar todas las personas que no estuviesen declaradas incapaces por la ley».

Por su parte, el artículo 1560 regula la *nulidad* y expresa:

> La nulidad producida por un objeto o causa ilícita y la producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos, en consideración a su naturaleza y no a la calidad o estado de las personas que en ellos intervienen, son nulidades absolutas.
> Hay asimismo nulidad absoluta en los actos y contratos de personas absolutamente incapaces.
> Cualquiera otra especie de vicio produce nulidad relativa y da derecho a la anulación del acto o contrato.

Para el profesor Jorge Gamarra (1968), los elementos *esenciales* del contrato son sus componentes esenciales, esto es, aquellos que forman su parte integrante. Se dicen «esenciales» porque si falta alguno de ellos, el contrato no llega a formarse, no se perfecciona; es decir, no nace a la vida jurídica. En nuestro derecho positivo, esta «inexistencia» está incluida dentro del tipo de nulidad denominada *absoluta*. La ausencia de cualquiera de los requisitos que según el artículo 1261 del Código Civil son esenciales para la validez de los contratos da lugar a un tipo especial de invalidez, que es la nulidad absoluta, que no produce obligaciones.

Pero la invalidez (nulidad) admite grados; mientras que la omisión de elementos esenciales produce una nulidad absoluta, los vicios del consentimiento y la incapacidad relativa dan lugar a una especie de invalidez que no obsta al surgimiento del vínculo obligacional generado por el contrato. Si tomamos en cuenta lo que dice el artículo 1560 del Código Civil, la nulidad es absoluta cuando está producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o

contratos, en consideración a su naturaleza y no a la calidad o estado de las personas que intervienen.[34]

Expresan los profesores Cafaro y Carnelli (1996: 9):

> El *negocio jurídico* es la declaración de voluntad o declaraciones dirigidas a obtener un fin, a alcanzar un determinado resultado, para lo cual es necesario que aquella o aquellas se ajusten al marco normativo impuesto por el ordenamiento para que el interés de los sujetos que la expresaron pueda contar con protección estatal y, de este modo, obtener el efecto que persiguieron al emitir voluntad.

En caso de faltar alguno de los elementos constitutivos del negocio, este será inexistente. La inexistencia negocial hace procedentes las restituciones de las prestaciones que hubieren sido realizadas, en virtud de no existir título que las fundamente, las que se repristinarán a través de la acción del pago de lo indebido y no por la vía de las restituciones previstas para los negocios nulos: esos implican un negocio existente aunque inválido, y aquellos, inexistencia negocial. Advierten los citados autores que *inexistencia* y *nulidad* son dos conceptos diferentes: la nulidad implica la existencia de una relación jurídica aunque invalida; la inexistencia genera una obligación de naturaleza cuasicontractual (pago de lo indebido). En materia de nulidad absoluta, es efecto relevante la oponibilidad de la nulidad a terceros poseedores, independientemente de su buena fe.

### B. Requisitos de eficacia

Expresan Cafaro y Carnelli (1996: 13 y ss.): «Cada sujeto de derecho, por su carácter de tal y como reafirmación del mismo y de la autonomía privada, tiene la posibilidad de crear normas. Esta posibilidad se denomina *poder normativo negocial*».

El poder normativo de cada individuo encuentra su validez en una norma superior, en una ley. Los sujetos de derecho celebran contratos; estos son normas jurídicas, porque dan origen a derechos subjetivos y deberes. El poder normativo es un presupuesto externo del negocio. En consecuencia, la posibilidad de alcanzar el efecto final depende de que el sujeto de derecho pueda —esté habilitado por la ley para hacerlo— emitir voluntad jurídica y, con ella, crear el negocio, lo que ocurrirá cuando el sujeto que emite la voluntad tenga poder normativo.

A su vez, para que ese negocio produzca el efecto jurídico deseado es necesaria, además, la actuación en la zona de la autonomía propia, aspecto que puede diferenciarse de la voluntad negocial en sí misma. El negocio produce una modificación en el mundo jurídico que consistirá: 1) respecto de los negocios obligacionales, en el surgimiento de una relación obligato-

34 Por ejemplo, las autorizaciones judiciales (venias) no se exigen en atención a la naturaleza del contrato y sí al estado de incapacidad; por tanto, en caso de falta de venia, se trataría de una nulidad relativa.

ria que importará el nacimiento y la adquisición de un derecho de crédito correlativo a un deber de prestar, y 2) respecto de los dispositivos en la adquisición, modificación, transmisión o extinción, en un derecho real o de crédito preexistente. Para que estos efectos se produzcan simultáneamente con la declaración de voluntad negocial será necesario que exista coincidencia en la titularidad de la voluntad negocial y la titularidad de la esfera jurídica patrimonial. No existiendo tal coincidencia, el efecto final se alcanzará cuando la propia ley o la voluntad del titular del patrimonio comprometido intervengan positivamente, con anterioridad o posterioridad a la declaración de voluntad, para permitir el pretendido resultado. Es decir, debe distinguirse el *poder normativo* del *poder de disposición*: el primero es inherente a la capacidad jurídica del sujeto; el segundo es la posibilidad de hacer surgir los efectos perseguidos por el declarante a través del negocio. Tampoco debe confundirse *voluntad negocial* con *poder de disposición*: la primera forma el negocio; el segundo permite concretar sus efectos propios. En tal sentido, expresan los citados autores:

> No debe confundirse la existencia de un contrato de compraventa con su eficacia. La primera es dependiente de las declaraciones de voluntad, que se encuentran dotadas de contenido y finalidad; en cambio, la eficacia […] es el surgimiento de la relación obligatoria de compraventa por la cual las partes están obligadas recíprocamente a entregar una cosa y pagar una suma de dinero.

## II. La figura de la representación y la gestión sin poder

En cuanto a que los efectos del negocio jurídico queden subordinados a la presencia de poder de disposición, corresponde distinguir entre los negocios sobre patrimonio *propio* o *ajeno* al declarante.

Por principio, el negocio sobre patrimonio ajeno es ineficaz: el declarante no alcanza el fin propuesto. Este es el efecto patrimonial, salvo que el sujeto del interés y titular del patrimonio o la ley habiliten la sustitución de la voluntad, esto es, que tenga poder de representación. Es decir que para que el negocio celebrado sobre patrimonio ajeno sea eficaz —para que surta sus efectos— debe existir un negocio de apoderamiento. En lo que refiere a la *representación voluntaria*, artículo 2051 del Código Civil, la propia ley será la que habilite la representación; en el caso de la *representación legal*, los artículos 252, 313 y 431 del Código Civil.

El representante habilitado por alguno de dichos medios tiene el poder de formar un negocio cuyos efectos no radicarán en su propio patrimonio, sino en el de la persona por cuyo nombre y cuenta obra. Deriva de allí una especificidad del poder de disposición que se denomina *poder de representación*.

¿Qué efectos jurídicos tiene la celebración de un negocio jurídico a nombre ajeno que no tiene la habilitación, ya sea por un negocio de apodera-

miento o prescripción de la ley? Previo a la entrada en vigencia de la ley 18.362, de 6 de octubre de 2008, la aplicación de la norma al caso planteado no era clara, ya que el Código Civil refiere a nulidad; sin embargo, permite que esta se subsane por ratificación. En efecto, el artículo 1255 del Código Civil expresa: «El contrato celebrado a nombre de otro por quien no tenga su representación voluntaria o legal será nulo, a no ser que lo ratifique la persona a cuyo nombre se haga». Por su parte, el artículo 2061 —inciso segundo— dice: «Si se constituye dos o más mandatarios y el mandante no ha dividido la gestión, podrán dividirla entre sí los mandatarios; pero si se les ha prohibido obrar separadamente, lo que hicieren de este modo será nulo».

Gamarra (1968) entendía la nulidad absoluta del negocio de gestión sin poder basándose en una interpretación literal del referido artículo 1255. Dicha tesis resultaba incongruente con la posibilidad que brinda el propio artículo de ratificar lo actuado. Esto llevó al autor a revisar su tesis y expresar, luego (Gamarra, 1973), que el término «ratificación» del artículo 1255 citado debe interpretarse como sinónimo de consentimiento que confiere el seudorrepresentado en aras de formar el negocio. De este modo, *el negocio final es inexistente hasta tanto el titular de la esfera jurídica patrimonial que se pretende afectar brinde su consentimiento.*

Por su parte, Cafaro y Carnelli parten de *distinguir el poder normativo del poder de disposición*, y *califican al negocio como válido pero ineficaz por falta de poder de disposición de quien declara la voluntad negocial a nombre de un sujeto distinto del declarante* (1996: 114 y ss.). El negocio jurídico final se forma a partir de la conjunción de voluntades concordantes entre el seudorrepresentante y el contratante (ajeno a la relación entre poderdante y apoderado). Puesto que la voluntad del representado no integra el negocio realizado por el representante con el tercero, este será válido si se adecua a los requisitos de validez, pero no desplegará sus efectos hasta tanto el titular del patrimonio al cual van dirigidos lo ratifique.

En el caso de actuación —emisión de la declaración— por intermedio de representantes, la voluntad del representado no incide en la existencia y validez del negocio, sino en el plano de su eficacia. Tal voluntad, no existente al momento del negocio, puede emitirse a posteriori; el negocio pasa así de un período de ineficacia a otro de eficacia permanente y definitiva mediante aquella sola declaración de voluntad, es decir, a través de un negocio unilateral. La voluntad del representado no integra el negocio realizado por el representante con el tercero, por cuanto este existe y está formado por las declaraciones de voluntad del representante y del tercero. Esa ineficacia, entendida como noción diferente a la de invalidez, consiste en que el negocio no produce sus consecuencias.

El artículo 291 de la ley 18.362 expresa (destacado nuestro):

> El negocio de apoderamiento para negocio de gestión solemne deberá otorgarse indistintamente por escritura pública o por documento privado con firmas certificadas notarialmente.

> Aquellos poderes que confieren facultades para otorgar negocios jurídicos solemnes y los registrables que se otorguen por documento privado con firmas certificadas deberán ser protocolizados en forma previa o simultánea a su utilización.
>
> *Si se omiten los requisitos a que refiere el inciso primero, el negocio de gestión será válido, pero ineficaz.*
>
> […]

Con esta afirmación, el legislador da luz a las interpretaciones expuestas: opta, para el caso de alguna omisión, por la validez del negocio, aunque sea ineficaz.

## III. Aplicación del análisis al caso planteado

En el caso planteado, la ineficacia del negocio jurídico otorgado en el año 2013 se debió a la falta de poder de disposición. Siendo los compradores, a la fecha indicada, menores de edad, de acuerdo con lo prescripto por el artículo 280 del Código Civil —por tanto, absolutamente incapaces, según lo establecido en el artículo 1279 de la misma norma—, la ley exige que sean sus representantes legales —padres, tutores o curadores, según corresponda— quienes actúen por ellos en la esfera legal. De acuerdo con el artículo 252 del citado código, ambos padres, conjuntamente —salvo resolución judicial en contrario—, ejercen la patria potestad de sus hijos menores de edad y los representan en todos los actos civiles (C. Civil, art. 259).

En doctrina se habla de *requisito de validez* y *requisito de eficacia*, considerando la importancia que la ausencia o el vicio de ciertas circunstancias produce en la validez del negocio o en su eficacia.

En la compraventa otorgada en 2013 se actuó en representación de los menores de edad de forma incorrecta, incompleta: compareció solo su madre, cuando ambos padres, al decir de la consultante, se encontraban en ejercicio de la patria potestad. De esta forma, se afectó un requisito de eficacia del negocio celebrado, en virtud de no haberse manifestado este por ambos padres, de acuerdo con lo prescrito por la ley. Se trata de una situación de *representación sin poder*.

El vicio no recayó sobre un elemento intrínseco del negocio, ni su causa, ni su objeto, ni sobre la capacidad jurídica de los otorgantes, ni sobre el elemento externo de la solemnidad del acto, por lo que podemos calificar al negocio como existente y valido. Pero, dado que la compareciente al negocio carecía, en virtud de lo prescrito por la ley, de poder de disposición sobre el patrimonio del sujeto del interés, el este no desplegó sus efectos, no alcanzó el fin perseguido por las partes, sino hasta 2022, con el otorgamiento, por parte de ambos padres en representación del hijo menor de edad y del hijo ya mayor, de la ratificación del acto. En la situación planteada no existe un vicio en un elemento del negocio, sino que falta un requisito vinculado al poder representativo, externo al negocio en sí; se dispuso, en este caso, que la consecuencia negativa fuera la ineficacia del negocio celebrado.

Siguiendo el planteo expuesto por el legislador en la ley 18.362 referida, y aunque esta trata de representación voluntaria, analógicamente, sería aplicable al caso de representación legal planteado. *El negocio es válido pero ineficaz por haberse omitido un requisito legal en materia de representación, subsanable mediante la ratificación*.

## IV. Conclusión

Las consecuencias jurídicas del hecho de que uno solo de los padres haya comparecido en ejercicio de la patria potestad —en lugar de haber comparecido ambos, conforme a lo prescrito por ley— en representación de sus hijos menores de edad no afectó la validez del contrato. *El contrato, si bien válido, fue ineficaz hasta la ratificación otorgada en 2022. El contrato celebrado en 2013 no desplegó sus efectos —no alcanzó el fin buscado, los resultados queridos por las partes— hasta el año 2022, en que se ratificó*. Cabe advertir que, en caso de haber recaído —antes de la inscripción de la ratificación (16.9.2022)— algún tipo de interdicción sobre el bien objeto del negocio jurídico o los vendedores, extitulares del bien, esta habría afectado el negocio celebrado.

Escs. Karen Bonner y M.ª Inés Casatroja
Informantes

### Bibliografía referida

Cafaro, Eugenio, y Carnelli, Santiago (1996). *Eficacia contractual*, 1.ª ed. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.

Gamarra, Jorge (1968). *Tratado de derecho civil uruguayo*, tomo x, 1.ª ed. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.

— (1973). *Tratado de derecho civil uruguayo*, tomo xv, 1.ª ed. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.

La Comisión de Derecho Civil, integrada por los Escs. Carlos Groisman, Adriana Goldberg, Adriana Silva, Ana Realini, Analía Cánepa, Javier Carneiro, Daniella Cianciarulo, Diego Séré, Valentina Martínez Jaime, M.ª Carolina Vercellino, Florencia Manfredi, Gustavo Echavarría, Juan Pablo Villar, Karen Bonner, Laura Parnás, M.ª Beatriz Vázquez, Margarita Puertollano, M.ª Inés Casatroja, M.ª del Rosario Marchese, M.ª Marcela Aldana, Mariana Capel, Roque Molla, Mónica Jover, Nicolás García Rodríguez, Patricia Rivas, M.ª del Pilar Ramírez, Priscila Ferreira y Verónica Peláez, aprueba el informe que antecede.

Escs. Roque Molla y Juan Pablo Villar
Coordinadores

*Informe aprobado por la Comisión Directiva Nacional de la AEU el 24.7.2023, expediente 2807/2023.*

# SALIDA FISCAL. PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA. DIFERENCIA DE ÁREA

Resumen

*Se consulta sobre la aptitud para ser prescripta una franja quedada tras reparcelamiento, sin independencia jurídica, así como la salida fiscal del padrón anterior.*

## Informe: Civil

## Consulta

Ante el Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil de … turno (IUE …/2019), se presenta el Sr. HR incoando *acción de prescripción adquisitiva* de bien inmueble sobre el padrón 3333 de Montevideo.

Del devenir del proceso han surgido algunas controversias sobre diversos puntos, por lo que la Sede solicita se tenga a bien remitir consulta a la Comisión de Derecho Civil de la Asociación de Escribanos del Uruguay a los efectos de conocer su opinión. Concretamente, la oficina actuaria consulta sobre la aptitud para ser prescripta de una franja de 116,09 metros cuadrados que carece de padrón; no existe información registral de ella y no pudo justificarse su salida fiscal.

De acuerdo con el informe del agrimensor de la parte actora, que confeccionó el plano de mensura a los efectos de la prescripción, el actual padrón 3333 posee una superficie total de 333,17 metros cuadrados, compuesto por: *a*) el área titulada, de 217,08 metros cuadrados, y *b*) *más* la franja que hoy se pretende prescribir, con un área de 116,09 metros cuadrados, el que proviene de un remanente dejado por el trazado de las calles … y …, anteriormente perteneciente al Hospital … (plano de XX n.º … de 24.12.1942). Por la dificultosa demarcación del entonces límite natural —arroyo …—, existe una pequeña diferencia entre el área a prescribir y la franja del plano de XX.

Se ofició a la Agencia Nacional de Vivienda (ANV) para tener conocimiento de la salida fiscal; la ANV respondió que no tenía elementos, como saber si el bien había sido estudiado por el Banco Hipotecario del Uruguay (BHU), y que no se cuenta con relacionado gráfico dominial. Se ofició a la Dirección General de Catastro, Departamento de Modificaciones Prediales, el que respondió que es un sobrante de áreas del Estado perteneciente al BHU —las parcelas se enajenaron hasta el año 1994— que no pertenece a la Intendencia; por lo tanto, esta no puede declarar de uso público un bien que no es de su propiedad. Se ofició al BHU, el que solicitó a la Suprema Corte de Justicia una escritura entre el Municipio de Montevideo y el BHU del año 1978; pero, como surge del informe de la oficina actuaria, no se cuenta con elementos como para vincular dicha compraventa con el bien a prescribir.

## Informe de la Comisión de Derecho Civil

El presente informe contará con tres capítulos: comenzaremos con una breve síntesis sobre el panorama doctrinario y jurisprudencial de la prescripción, así como sobre salida fiscal; procederemos a la aplicación de lo desarrollado inicialmente al caso concreto, y finalizaremos con la conclusión a la que se ha arribado.

### I. La posesión en el derecho civil uruguayo

Acorde a lo establecido en el artículo 646 de nuestro Código Civil, la «posesión es la tenencia de una cosa o el goce de un derecho por nosotros mismos con ánimo de dueños o por otro en nombre nuestro».

Yglesias (2008: 74 y ss.) expresa que al hablar de la tenencia de una «cosa» o del goce de un derecho, le está dando a la expresión «cosa» un sentido más restringido que el que le da el artículo 460 del mismo cuerpo normativo. En el artículo 646, la expresión «cosa» aparece reducida a la idea de bien corporal; comprende también la *cuasi* posesión o derechos reales menores o limitados de goce. Agrega el autor que la idea de *posesión* solo puede ser referida a los derechos de goce y no a los de garantía (hipoteca, prenda) ni de derecho de adquisición (derecho hereditario o derecho de promitente comprador). La frase «por nosotros mismos […] o por otro en nuestro nombre» habilita a que pueda ejercerse la posesión a través de otra persona que actúe como representante. Y añade el artículo referido: «[…] con ánimo de dueño»; este último concepto no está definido en ninguna parte de la ley, por lo que sería necesario recurrir al contexto de la ley y la doctrina más recibida, amén de estudiar profundamente doctrina y jurisprudencia, lo que excede el objeto del presente informe.

### II. Características de la posesión apta para usucapir

El artículo 1196 enuncia los requisitos con los que se adquiere el dominio de un bien inmueble por prescripción. Se requiere una posesión continua y no interrumpida, pacífica, pública, no equívoca y en concepto de propietario. Tales requisitos son estudiados por nuestra doctrina, multicitada por nuestros tribunales:[35]

— *Continua*. Significa encontrarnos ante una conducta del poseedor que se traduzca en el ejercicio regular de actos posesorios sobre el bien que está poseyendo, la actuación material de la cosa y la realización

35 A modo de ejemplo: Suprema Corte de Justicia (2012); Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 1.er Turno (2013); Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil de 19.º Turno (2013).

de los actos reglados en el artículo 666 *ejusdem*, tal como lo haría el dueño de ella. La continuidad o discontinuidad, a diferencia de la interrupción, se debe a una conducta del poseedor.

— *Pacífica o tranquila*. Se entiende que la posesión, para ser apta para usucapir, no debe depender de la fuerza o de la violencia para mantenerse; debe mantenerse por todo el período usucapional.

— *Pública*. Implica una potencialidad tal que le permita a las personas poder enterarse de ella. La exigencia tiene como finalidad que quien puede verse perjudicado por la posesión ajena tome conocimiento de la situación, a efectos de emplear las acciones judiciales pertinentes.

— *No equívoca*. Resulta de la conducta del poseedor de manera notoria, concluyente e indubitable de que tiene un fin determinado: la adquisición del dominio —u otro derecho real de goce— de manera exclusiva para su titular.

— *En concepto de propietario*. Actuar materialmente sobre la cosa como lo hace un propietario medio.[36]

## III. La prueba de la adquisición por prescripción

La adquisición por el modo prescripción acaece por más que no se haya tramitado en vía judicial. Así lo ha sentenciado la Suprema Corte de Justicia (1991): no es necesaria la existencia de una declaración previa de la adquisición del dominio en calidad de título cuando el reivindicante prueba en juicio la posesión por el tiempo y los atributos requeridos para prescribir. Eduardo J. Couture manifestaba que el proceso declarativo de prescripción adquisitiva tiene un propósito documental o instrumental: «La propiedad existe; lo que falta es su prueba».[37]

La jurisprudencia se ha inclinado por admitir que los efectos de la excepción de prescripción se limitan a paralizar la acción reivindicatoria *incidenter tantum*; no conlleva reconocer la calidad de propietario de la demandada en el juicio de reivindicación con carácter general, validez y eficacia entre partes y frente a terceros, *erga omnes*, efecto que se puede adquirir mediante la acción judicial correspondiente. Esta ha sido la posición del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 1.er Turno.[38]

La usucapión posee una enorme importancia en los ordenamientos jurídicos modernos. Planiol y Ripert han expresado que la prescripción es, de todas las instituciones del derecho civil, la más necesaria al orden social. En ese sentido, se ha llegado a designársela como «patrón del género humano» (*patrona generis humani*), a causa de los servicios que hace

36 Suprema Corte de Justicia (2012); Suprema Corte de Justicia (2010); Howard (2022: 391 y ss.).

37 Cit. por Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 7.º Turno (1991).

38 Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 1.er Turno (2011). En igual sentido: Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 1.er Turno (1984: 223); Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 5.º Turno (s/f.: 229); Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 7.º Turno (2007: 23).

a la sociedad, manteniendo la paz y la tranquilidad entre los hombres y cortando el número de pleitos.[39]

Molla (1993: 603-604) refiere a dos de sus funciones: en primer lugar, es un medio de prueba de la propiedad que elimina la prueba diabólica, esto es, la justificación de la propiedad por cada enajenante hasta la salida fiscal o municipal, en auxilio al propietario; en segundo término, es un modo de adquirir.

## IV. La salida fiscal o municipal del dominio público y la irreivindicabilidad por parte del Estado

La prescripción destierra la necesidad de acudir a lo que en doctrina se conoce como *prueba diabólica*, entendida como aquella de dificultosa obtención. Nos recuerdan Bagdassarian, Salgado y Tellechea (2016: 14):

> En su origen, todas las tierras pertenecieron al Estado por derecho inmanente. Además, conforme al artículo 481 del Código Civil, «son bienes fiscales todas las tierras que, estando situadas dentro de los límites del Estado, carecen de otro dueño».
>
> El Estado dispuso de tierras a favor de los particulares en determinados momentos, a través de leyes que así lo permitieron, generándose períodos de disponibilidad y de indisponibilidad de las tierras públicas. Esta disponibilidad de las tierras a favor de los particulares recibe el nombre de *salida fiscal*.
>
> El Estado también dispuso de tierras a favor de los municipios, y estos, a su vez, a favor de los particulares. Es lo que se llama *salida municipal*.

La salida fiscal puede configurarse de manera directa o en virtud de las leyes sobre prescripción.[40] El primer caso —de forma directa— se da cuando el Estado enajena el inmueble a un particular. «Por leyes» refiere a lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 1194 del Código Civil —hoy, modificado por la ley de urgente consideración 19.889, de 9 de julio de 2020—, que incorporaba lo estipulado por artículo 121 de la ley 12.802, de 30 de noviembre de 1960, el que disponía: «El poseedor de un campo u otro terreno que ha poseído por sí o por sus causantes, a título universal o singular, por espacio de treinta años estará, en todos los casos, al abrigo de las pretensiones del Fisco, siempre que esta posesión conste por documento público o auténtico».

Los artículos 122 a 124 de la ley 12.802 establecen un mecanismo de declaración judicial a los solos efectos de la obtención de la salida fiscal, en caso de que no se cuente con la prueba por documento público o auténtico.

39 Nombre con que la llamaba Casiodoro, cit. por Cestau (s/f.: 17); cf. Del Campo (s/f.: 656), cit. a su vez por Suprema Corte de Justicia (1995).

40 En el mismo sentido, Pintos Orrico (2014: 63); Bagdassarian, Salgado y Tellechea (2016: 12-17).

## V. Aplicación al caso concreto

Conforme a lo anteriormente desarrollado, es tiempo de analizar si la franja en cuestión puede ser usucapida a los efectos de su anexión al predio lindero, propiedad del pretenso usucapiente.

Es pacíficamente admitido que una franja de terreno que no tenga autonomía jurídica, por no tener la superficie mínima exigida por la normativa vigente, puede ser enajenada al propietario de un lindero a los exclusivos efectos de su anexión a un inmueble de su propiedad. Si dicho supuesto es admitido sin cuestionamientos, no hallamos piedras en el camino que nos impidan alcanzar la misma solución en la hipótesis de prescripción para su anexión al predio lindero propiedad del prescribiente.

El hecho de no tener número de padrón no es óbice para poder prescribir: la posesión *ad usucapionem* requiere del *corpus* o aprehensión efectiva del bien, así como del ánimo de dueño, y ambos pueden darse en nuestro caso.

El prescribiente alegó haber poseído con las características necesarias que permitan llegar a la adquisición mediante modo prescripción desde marzo de 1987, fecha en que comenzó la construcción de su casa (se adjuntó compraventa y permiso de construcción). Lo cercó para usarlo de obrador. Una vez finalizada la vivienda, en julio de 1987, permaneció con el predio cercado; lo anexó a su casa y lo acondicionó como jardín.

Señala Howard, al referir a la categoría de bienes usucapibles: «En esta órbita, la disposición solo es aplicable a las cosas susceptibles de posesión y a los derechos que se ejercen a través de ella […]» (2022: 472). Tal extremo se configura en el caso en consulta. Por más que no goce de autonomía jurídica, la mencionada franja puede ser susceptible de posesión, por los argumentos expuestos en el párrafo anterior.

## VI. Conclusiones

Se concluye que la relacionada franja es susceptible de adquirirse por modo prescripción, a los exclusivos efectos de su incorporación al padrón 3333 de Montevideo. Debe realizarse el plano definitivo correspondiente que recoja dicha situación, dado que, por sus dimensiones actuales, no puede ser un padrón independiente.

En cuanto a la obtención de la salida fiscal, el camino a recorrer sería acudir al procedimiento establecido en los artículos 122 a 124 de la ley 12.802 referidos.

Escs. Adriana Silva
y Nicolás García Rodríguez
Informantes

## Bibliografía referida


Bagdassarian, Dora; Salgado, Sonia, y Tellechea, Andrea (2016). *Aportes para un estudio de títulos*. Montevideo: Universidad de la República, Facultad de Derecho. Recurso en línea. Recuperado de: ‹https://publicaciones.fder.edu.uy/index.php/me/article/view/128›.

Cestau, Saúl D. (s/f.). «Prescripción e indivisión hereditaria». Montevideo: Centro de Estudiantes de Notariado.

Del Campo, Francisco (s/f.). *Derecho civil. Primer curso*, tomo ii.

Howard Alanis, Walter Tomás (2022). *Modos de adquirir*, 4.ª ed. corr. y ampl. Montevideo: Universidad de Montevideo, Facultad de Derecho.

Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil de 19.º Turno (2013). Sentencia 66/2013, de 2.10.2013.

Molla Camacho, Roque (1993). «La prescripción adquisitiva abreviada: un modo originario de adquirir». En *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, tomo xxiii. Sección Doctrina. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, pp. 603-609.

Pintos Orrico, María Cristina (2014). *Técnica Notarial I: teoría y práctica. Curso completo*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.

Suprema Corte de Justicia (1991). Sentencia 64/1991, de 17.7.1991.

— (1995). Sentencia 820/1995, de 30.10.1995. Marabotto Lugaro (r.), Alonso De Marco, Torello Giordano, Mariño Chiarlone, Cairoli Martínez.

— (2010). Sentencia 8/2010.

— (2012). Sentencia 276/2012, de 3.2.2012.

Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 1.er Turno (1984). Sentencia 38/1984. En *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, tomo xv, caso 582. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, p. 223.

— (2011). Sentencia 813/2011, de 14.12.2011.

— (2013). Sentencia 237/2013, de 23.12.2013.

Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 3.er Turno (1991). Sentencia 76/1991, de 6.5.1991. Berlangieri (r.), Echeverría, Alonso Liard. En *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, tomo xxii. Sección Jurisprudencia Sistematizada. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, pp. 222-223.

Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 5.º Turno (s/f.). Sentencia s/n.º. En *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, tomo xxvii. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, pp. 229-230.

Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 7.º Turno (1991). Sentencia 14/1991, de 6.3.1991.

— (2007). Sentencia 76/2007, s/f. En *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, tomo xxxiv, caso 23. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, p. 23.

Yglesias, Arturo (2008). *Derecho de las cosas*, tomo ii («La posesión y sus circunstancias»), vol. 1, 2.ª ed. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.

La Comisión de Derecho Civil, integrada por los Escs. Analía Cánepa, Mariana Capel, M.ª Inés Casatroja, Daniella Cianciarulo, Gustavo Echavarría, Agustina Ferreira, Nicolás García Rodríguez, Carlos Groisman, José Pedro Illia, Rossana Ivanier, M.ª de Lourdes Mainé, M.ª del Rosario Marchese, M.ª Valentina Martínez Jaime, Francisco Mastropierro, Roque Molla, M.ª Verónica Peláez, Margarita Puertollano, M.ª del Pilar Ramírez, Ana Realini, Patricia Rivas, Diego Séré, Adriana Silva, Verónica Ubillos, M.ª Beatriz Vázquez y Juan Pablo Villar, aprueba el informe que antecede.

Escs. Roque Molla y Juan Pablo Villar
Coordinadores

*Informe aprobado por la Comisión Directiva Nacional de la AEU el 24.7.2023, expediente 2829/2023.*

## INHIBICIONES DEL ESCRIBANO. LAVADO DE ACTIVOS

Resumen

*El Reglamento Notarial tiene limitado su campo de actuación a las cuestiones regladas por la Ley Orgánica Notarial y no es aplicable a las normas sobre prevención de lavado de activos.*

### Informe: Notarial

### Consulta

MEPL solicita los servicios notariales del Esc. ARV para la compra de un inmueble. La requirente es hija de CLV, prima del consultante. De la aplicación del Reglamento Notarial (acordada 7.533), el Esc. ARV tiene inhibición por consanguinidad de cuarto grado con su prima CLV; pero frente a la hija de esta, no tiene inhibición alguna. Al aplicar las normas de lavado de activos, el consultante advierte que los fondos para la compraventa son aportados por los padres de la adquirente, CLV y RP, y, por tanto, parcialmente de una persona con quien el consultante tiene una inhibición, sin ser otorgante.

El artículo 25, literal *b* del Reglamento Notarial no es aplicable, ya que la prima del autorizante no otorga el negocio. Se plantea la duda de si se aplica el literal *c* del mismo artículo del Reglamento, en cuanto establece:

> ***c.*** Por razón del contenido, y con excepción de los actos referidos a la custodia de documentos confiados por las partes al escribano y los actos secretos o reservados en que este desconoce la voluntad del otorgante, los escribanos no podrán autorizar escrituras públicas, actas, certificados o traslados, relacionados con ellos, sus cónyuges, sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad y demás miembros de su familia […].

Si bien en el negocio a autorizar no resulta otorgamiento alguno por parte de la persona con quien existe inhibición, la prima del consultante provee fondos para el acto. Por ello, el escribano consultante duda de si, por tal motivo, existiría contravención a la norma.

## Informe de la Comisión de Derecho Notarial y Técnicas Notariales

En primer lugar, la cuestión consultada de la inhibición ha sido profusamente debatida en informes de esta comisión. Las distintas normas reglamentarias del decreto-ley 1.421 (Ley Orgánica Notarial) efectúan un desarrollo ampliatorio del artículo 65; este establece la prohibición de «*autorizar escritura* alguna en que intervengan sus parientes consanguíneos dentro del cuarto grado o los afines dentro del segundo» (destacado nuestro).

Así, esta norma, en lo atinente a inhibiciones por parentesco, es reglamentada de la siguiente forma por el reglamento vigente, aprobado por acordada 7.533:

> **Artículo 25.** Existen inhibiciones en los siguientes casos:
> […]
> ***b.*** Por razón de familia y parentesco, los escribanos no podrán intervenir en forma alguna en actos ni contratos en que sean otorgantes, por derecho propio o en representación de terceros, su cónyuge y parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad y demás miembros de su familia (v.g. hijos adoptivos, padres adoptantes). La inhibición de que trata este literal no alcanza a los actos en que intervengan personas casadas con el cuñado o cuñada del escribano, salvo los actos en que estas personas estuvieren interesadas (v. g.: adquisición de bienes a título oneroso durante la vigencia de la sociedad conyugal).
> ***c.*** Por razón del contenido, y con excepción de los actos referidos a la custodia de documentos confiados por las partes al escribano y los actos secretos o reservados en que este desconoce la voluntad del otorgante, los escribanos no podrán autorizar escrituras públicas, actas, certificados o traslados, relacionados con ellos, sus cónyuges, sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad y demás miembros de su

> familia. Quedan también comprendidos en esta inhibición los testamentos solemnes abiertos que contengan disposiciones en su favor, de su cónyuge, de cualquiera de sus parientes dentro del cuarto grado, demás miembros de su familia o de sus dependientes asalariados.
>
> […]
>
> En general, se recomienda a los escribanos no autorizar acto alguno en que tengan interés personas privadas de quienes ellos o sus cónyuges dependan a sueldo o con quienes tengan sociedad.

En cuanto en el caso consultado el acto a otorgar no encarta en ninguna de las disposiciones citadas, no consideraremos las distintas interpretaciones del alcance de la llamada *prohibición* por las normas (Ley Orgánica Notarial y Reglamento Notarial): veremos si tal normativa es aplicable a la cuestión de control del origen de los fondos.

La legislación sobre prevención de lavado de activos exige el contralor del origen de los fondos para los negocios como el de la consulta. La cuestión clave es determinar si las normas —en el caso, el Reglamento Notarial y su referencia al contenido de los actos— tienen alcance en este punto; si el reglamento de una ley, como el decreto-ley 1.421, puede extender su campo de aplicabilidad a otras normas legales. En este sentido, según Sayagués Laso (1988: 130), el reglamento es un acto administrativo y se desenvuelve bajo las normas de jerarquía superior (Constitución y ley). La violación de estas o de los principios que las informan invalida el reglamento y puede declararse judicialmente la ilicitud, anulando el reglamento o descartando su aplicación en los casos concretos. Frente a un reglamento en pugna con la ley, la Administración debe aplicar esta y no aquel, sin perjuicio de ajustar el reglamento a la norma legal. Esta adecuación de la norma reglamentaria a la ley es más estricta en los reglamentos de ejecución, cuyo objeto es complementar aquella para hacer posible su cumplimiento y asegurarlo, en respeto a la letra de la ley y de su espíritu.

Por su parte, Cajarville (2008: 432-433) dice que la relación entre la ley y el reglamento —y los límites de la potestad reglamentaria— podría reducirse al singular: el límite es el sometimiento a la «regla de derecho». De acuerdo con esos postulados, la adecuación del reglamento se analiza con la misma técnica aplicable a cualquier acto administrativo. La legitimidad del reglamento, producto de la potestad administrativa, se diagnostica examinando la existencia y adecuación a las reglas de derecho de sus presupuestos y sus elementos. Si los presupuestos —competencia, motivos, procedimiento— no existen o adolecen de algún vicio, o si los elementos no son adecuados a la regla de derecho, el reglamento será ilegítimo.

Volviendo al decreto-ley 1.421, este determina, en su artículo 77, que el Superior Tribunal de Justicia —actual Suprema Corte de Justicia— reglamentará tal cuerpo legal; especialmente, en cuanto tenga relación con el registro de protocolos y las disposiciones contenidas en los incisos 4.º, 5.º, 6.º y 7.º del artículo 65. Por lo dicho, no es admisible entender que el reglamento de tal norma es aplicable a otras leyes.

## Conclusión

El Reglamento Notarial tiene limitado su campo de actuación a las cuestiones regladas por la Ley Orgánica Notarial; no es aplicable a las normas sobre prevención de lavado de activos. Así, no existe inhibición del consultante.

Esc. Carlos del Campo García
Redactor

## Bibliografía referida

Cajarville, Juan Pablo (2008). *Sobre derecho administrativo*, tomo I, 2.ª ed. ampl. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.

Sayagués Laso, Enrique (1988). *Tratado de derecho administrativo*, tomo I, 6.ª ed. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.

Aprobado por la Comisión de Derecho Notarial y Técnicas Notariales, integrada por los Escs. Susana Chao Peña, Silvana Rodríguez González, Mónica Dusio, Natalia Machín y Valeria Porta.

Esc. Susana Chao Peña
Coordinadora

*Informe aprobado por la Comisión Directiva Nacional de la AEU el 8.8.2023, expediente 2817/2023.*

# ESCRIBANOS. RESPONSABILIDAD PROFESIONAL. RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL. FUNCIÓN NOTARIAL

Resumen

*Una protocolización efectuada en forma técnicamente correcta constituye un documento público auténtico que hace fe en cuanto a su fecha y el hecho de haberse otorgado, y no puede desconocerse, salvo tacha de falsedad.*

*La calificación que está obligado a realizar el escribano comprende la legitimación del requirente y la licitud de su contenido, pero no asegura la validez de los documentos que se incorporan o la veracidad de las declaraciones que se le efectúan. Determinar el valor probatorio de dichos documentos o declaraciones es competencia judicial.*

*El «mal desempeño de la función» que el artículo 75 de la Ley Orgánica Notarial obliga a reparar remite a la valoración de la conducta del escribano; por ende, su responsabilidad no se limita a la autorización de documentos perfectos y a la relación con sus clientes y co-contratantes, sino también frente a terceras personas, en todos los aspectos relacionados con los asuntos en que participa, siguiendo los principios de la responsabilidad extracontractual. Su conducta debe apreciarse según las normas del derecho común.*

## Informe: Notarial

### Consulta

La consultante, Esc. TAM, junto con la Esc. PH —ambas escribanas y abogadas—, son objeto de demanda por responsabilidad en virtud de unas actuaciones en las que tuvieron interrelación. Los antecedentes, de acuerdo con la relación que efectúa la consultante, los documentos protocolizados y el libelo de demanda que agrega, en síntesis, se desarrollan de la siguiente manera.

### I. Antecedentes relacionados por la consultante

**1.** Por documento privado del 5.11.2015, el Sr. JGC prometió vender mitad indivisa del padrón 1111 a ATF y NAP.

**2.** Por documento privado del 25.11.2016, NAP cedió sus derechos en dicha promesa (no se manifiesta a quién).

Ambos documentos se inscriben el 14.8.2018.

### II. Documentos protocolizados por la escribana consultante

En la misma fecha, 7.6.2019, a solicitud de RBN, la consultante protocoliza:

1) un documento privado de promesa de contratar de fecha 30.5.2017 por el que ESZ promete ceder a RBN los derechos posesorios del padrón de referencia;
2) un contrato de arrendamiento de fecha 1.7.2017 por el que RBN da en arrendamiento la finca sita en el mismo padrón a AHG;
3) un acta confesoria y de solicitud de fecha 6.6.2019 en la que RBN manifiesta que «pretende acreditar la existencia de derechos posesorios sobre el padrón 1111»; el propio solicitante efectúa declaración en tal sentido y solicita la declaración al tenor de cierto interrogatorio de los señores AHG (inquilino), RMM y DPP, a los efectos de que corroboren su calidad de poseedor, y
4) tres actas de declaración en las que dichos testigos, respectivamente, declaran conocer al requirente y su calidad de poseedor del inmueble.

## III. Hechos posteriores que relaciona la consultante

**1.** Por escritura que autorizó la co-denunciada escribana PH el 7.6.2019, en virtud de los antecedentes referidos que le fueran proporcionados por la consultante, RBN cedió derechos posesorios respecto del padrón 1111 a favor de AKOF. No se registró por corresponder al período en que no constituía acto inscribible.

**2.** El 15.12.2020, la cesionaria de derechos posesorios AKOF toma conocimiento de una demanda de desalojo por ocupante precario incoada por ATF —promitente comprador de una cuarta parte indivisa— contra VC —se desconoce su relación jurídica con el bien— en expediente IUE …/2019, al que AKOF —cesionaria de derechos posesorios— opone excepciones que, en definitiva, son desestimadas por la sede.

**3.** En consecuencia, y en virtud de los perjuicios que se le ocasionaron, AKOF y su madre, NBFB, inician la demanda de responsabilidad derivada de mala praxis profesional contra ambas escribanas actuantes, en expediente IUE …/2023. Alegan ser víctimas de una «maniobra fraudulenta y en pleno abuso de la buena fe y confianza», debido a «que no ajustaron su actuar a los mínimos estándares requeridos para el ejercicio de su función, incumpliendo los deberes de comunicación impuestos de aconsejar y asesorar a sus clientas de los derechos y obligaciones que contraían por razón de tal otorgamiento, de probidad y veracidad»; «que nunca fueron debidamente advertidas por las escribanas de los riesgos que asumían, por lo cual su insatisfactorio desempeño profesional o apartamento de la *lex artix* [*sic*] resulta plenamente configurado»; «que incumplieron la obligación inherente a su función como notarias y receptoras de la fe pública», y, finalmente, que «incurrieron en responsabilidad por errores en la autenticación y responsabilidad por errores en el estudio de títulos».

## IV. Objeto de la consulta y opinión de la consultante

La consultante solicita informe de la AEU respecto del valor jurídico del acta de protocolización confeccionada por ella; si es responsable del contenido de los documentos privados que fueron protocolizados o del contenido de las declaraciones del solicitante o la declaración de los testigos propuestos por aquel, y si se encuentra vulnerada la fe pública en el ejercicio de su profesión debido a su actuación, así como la responsabilidad notarial inherente. Expresa que, en su opinión, su actuación es correcta en cuanto a protocolizar «documentos que cumplían con las formalidades exigidas a nivel notarial»; que las actas de declaración son pertinentes, en cuanto refieren a hechos que los requeridos conocen, por haberlos presenciado, así como la que refiere a hechos propios, que constituye acta confesoria, «no siendo la autorizante responsable del contenido de las declaraciones en sí, sino de la forma en que las mismas se plasman». Por ello, y a tales efectos, la consultante entiende que la actuación cumple con todos los requisitos exigidos por el Reglamento Notarial.

# Informe de la Comisión de Derecho Notarial y Técnicas Notariales

## I. Naturaleza, formalismo y finalidad de las protocolizaciones

El Reglamento Notarial, en su artículo 83, define la naturaleza y fines del *registro de protocolizaciones* que se encuentra habilitado a llevar el escribano, a la vez que los artículos siguientes determinan el marco normativo formal para la actuación en cada caso, según se trate de incorporación de documentos o de actas.[41]

En síntesis, podemos decir que se trata de un registro en el que el escribano agrega documentos por mandato legal o a solicitud de autoridad judicial, autoridad administrativa o de particular con interés legítimo, con fines de conservación e inalterabilidad, reproducción y fecha cierta. Los documentos, a su vez, pueden ser instrumentos privados o públicos, o actas que el propio escribano confecciona; por ejemplo, actas de comprobaciones o notificaciones que realiza, o de declaraciones que recibe. Su finalidad, en general, en un caso, es la de preservar dichos documentos mediante

41 Reglamento Notarial, artículo 83: «Llámase *registro de protocolizaciones* al formado por los documentos, actas notariales y actas especiales de intervenciones extrarregistrales, agregados durante el año civil por el escribano que lo lleva, en virtud de mandato de la ley o reglamento, resolución de autoridad judicial o administrativa, o solicitud de parte interesada, con fines generales de conservación, reproducción y fecha cierta —salvo que los documentos incorporados ya la tuvieran».

la agregación a un registro que tendrá carácter de matriz; en otros casos, garantizar el valor probatorio de los hechos o situaciones que presencia, o conferir valor testimonial a las declaraciones que se le efectúan, todo ello, regido por la fe pública que inviste el escribano y, en consecuencia, por los principios de veracidad, objetividad y fiel representación.

Analizada la protocolización objeto de esta consulta, es posible determinar que cumple, en términos generales, la normativa formal establecida por el Reglamento Notarial en el citado artículo 83 y siguientes. En especial, nos referimos al artículo 90,[42] que prevé la incorporación de documentos y actas; el artículo 94,[43] que admite que cada protocolización pueda contener más de un documento, y el artículo 95,[44] referente al orden de la incorporación.

En el caso, se incorporaron, en una sola actuación: dos documentos privados sin certificación de firmas —promesa de cesión de derechos posesorios y contrato de arrendamiento—; un acta de fecha 6.6.2019 por la que RBN solicita la protocolización de dichos documentos, declara sobre hechos propios y solicita recabar sendas declaraciones testimoniales a AHG, DPP y RMM; un acta de igual fecha en la que se recaba la declaración de AHG; dos actas de fecha 7.6.2019 en las que se recaban las declaraciones de DPP y RMM, y el acta de protocolización respectiva, de fecha 7.6.2019. En tal sentido, y en lo estrictamente reglamentario, solo es posible efectuar algunas observaciones, a saber: respecto de la foliatura de la protocolización, en sus dos últimas fojas se repite la numeración 34, y respecto del acta de protocolización, no menciona el requerimiento de parte (ni en su membrete ni en el cuerpo del documento).

## II. Los documentos protocolizados

El principio rector en cuanto a la protocolización de documentos es el de *rogación*, establecido en el artículo 60 de la Ley Orgánica Notarial

42 Reglamento Notarial, artículo 90: «El registro de protocolizaciones se formará: *a*) con los documentos públicos o privados que se agreguen, según los artículos precedentes; *b*) con las actas notariales en las que se consignen la solicitud del interesado, las diligencias practicadas y la incorporación al registro».

43 Reglamento Notarial, artículo 94. «Cada protocolización puede comprender uno o más documentos. Estos serán identificados en la escritura o acta de solicitud, indicándose: *a*) su carácter de públicos o privados, el lugar donde se otorgaron o de donde proceden, y su fecha; *b*) referencias precisas a dichos documentos; se recomienda transcribirlos si su estado actual o deterioro progresivo aconsejaren tomar esta precaución; *c*) toda otra circunstancia de interés, a juicio del escribano».

44 Reglamento Notarial, artículo 95: «El registro de protocolizaciones se iniciará cada año con la primera protocolización que se realice. Las protocolizaciones se efectuarán por orden correlativo de fechas; se iniciarán con los documentos que se incorporen al registro, cuando los hubiere, seguidos de las actas de solicitud y de diligencias, en su caso, y las de agregación, que deberán extenderse con las formalidades expresadas en los artículos correspondientes del capítulo II del título IV de esta reglamentación».

(decreto-ley 1.421).[45] Ello significa que la intervención del escribano es obligada por ley ante el requerimiento de toda persona, mientras demuestre un interés lícito en la actuación, lo que obliga al escribano a realizar una doble calificación: una, en cuanto a la legitimación del requirente en el asunto que será objeto de la protocolización, y dos, en cuanto a la licitud del contenido de los documentos, según refiere el artículo 91, inciso *a* del Reglamento Notarial.[46]

Del estudio de los documentos protocolizados surge el cumplimiento del principio de rogación, por estar expresamente manifestado en el acta de solicitud; la actuación en sí se realizó, en todos sus términos, de acuerdo con lo solicitado por el requirente. Por ello, en tal sentido, no merece observaciones.

En cuanto a la legitimación del requirente para solicitar la protocolización de los documentos, ella resulta evidente en cuanto al contrato de arrendamiento, pues es uno de sus otorgantes; y en cuanto a la solicitud de recabar las declaraciones y autorizar las actas respectivas, también esta se encuentra justificada, en tanto su finalidad es constituir prueba testimonial de un derecho que el requirente sostiene que le asiste y pretende ejercer.

Por su parte, la licitud de la causa u objeto de los contratos agregados y de las actas de declaración solicitadas no pueden ser controvertida. La promesa de cesión de derechos posesorios y el arrendamiento son contratos perfectamente lícitos, y las actas de declaración son cometido expreso de la función notarial: no cabría el rechazo de la solicitud de la actuación, al tenor del referido artículo 91 del Reglamento Notarial.

Del punto de vista de la técnica notarial también es posible afirmar la corrección, en términos generales, de la redacción del acta de solicitud con relación a la comparecencia e identificación del requirente; establecer la finalidad de la actuación y la relación precisa de antecedentes, y del interrogatorio que se solicita efectuar a los tres declarantes designados en calidad de testigos.

A su vez, las actas de declaración efectuadas siguen estrictamente la técnica judicial de las audiencias de declaración de testigos, técnica aplicable a falta de normativa notarial al respecto. Así lo enseñaba la profesora Esc. Julia Siri, en el sentido de que debe «individualizarse perfectamente a los declarantes e interrogarlos por separado, labrando un acta para cada uno, previa advertencia de la responsabilidad que asumen por sus declaraciones» (Siri García, 1988: 663).

45 Ley Orgánica Notarial, artículo 60: «Es deber de los escribanos autorizar todos los actos y contratos para que fuesen llamados, a no ser que tengan legítimo impedimento».

46 Reglamento Notarial, artículo 91: «No deben protocolizarse los documentos: *a*) en los cuales se consignen hechos o actos que tengan causa u objeto ilícito, salvo que así lo ordenen los jueces o cuando los que soliciten la protocolización no sean sus otorgantes y exista interés, a juicio del escribano, en la agregación de dichos documentos; […]».

## III. Valor probatorio de los documentos y actas protocolizadas

La protocolización realizada es un instrumento público, tal como requiere el artículo 1574 del Código Civil, por ser su autora escribana que ejerce una función pública, estar revestido de carácter oficial y estar extendido según las formas requeridas y dentro del límite de sus atribuciones. A su vez, el alcance de dicha calidad de instrumento público es, según el artículo 1575 del Código Civil, el de hacer plena fe en cuanto al hecho de haberse otorgado y su fecha.

Es decir que la fe pública y el efecto probatorio, en este caso, alcanzan a los hechos de que el 6.6.2019 compareció RBN ante la escribana consultante, le entregó los documentos referidos y le solicitó su protocolización y recabar su declaración propia y la de tres personas; que en la misma fecha compareció ante ella el testigo AHG y declaró lo que luce en el acta respectiva; que el 7.6.2019 comparecieron ante ella los testigos DPP y RMM, y declararon lo que lucen las actas respectivas, y que en esta última fecha, todos estos documentos fueron incorporados a su registro de protocolizaciones.

La protocolización no produce el efecto de conferir a los documentos privados que incorpora la calidad de instrumentos públicos ni fecha cierta sino a partir de su protocolización. Tampoco justifica ni agrega nada a la posible validez o invalidez de los documentos incorporados, ni nada determina acerca de la verdad o falsedad de las declaraciones del requirente y de los testigos.

Las promesas de contratar no son negocios traslativos. Esta promesa de cesión de derechos posesorios en particular no contiene tradición; por el contrario, se establece que la posesión definitiva se entregará a los treinta días de otorgada la compraventa. Además, no se integra la totalidad del precio: queda un saldo, a pagar al otorgamiento de la escritura de cesión de derechos posesorios, y se pacta una condición resolutoria para el caso de incumplimiento. Sin embargo, esos elementos que hacen a la eficacia del negocio no le confieren la nota de ilicitud que hubiera ameritado la prohibición de su incorporación. De la misma manera, la función notarial no incluye confirmar o asegurar la veracidad de las declaraciones que se le efectúan. En definitiva, únicamente al juez de la causa le competerá determinar la validez de las probanzas en cuanto a la finalidad invocada, admitirlas o rechazarlas, de acuerdo con las normas procesales correspondientes.

Por lo expuesto, del análisis de la protocolización objeto del presente no surge elemento alguno que afecte su autenticidad y valor probatorio —el hecho de haberse efectuado y su fecha—;las observaciones técnicas que se indicaron no alcanzan a menoscabar su eficacia, por tratarse de infracciones reglamentarias cuyas eventuales consecuencias serán apreciadas a nivel administrativo en el control que efectúe la Inspección General de Registros Notariales de la Suprema Corte de Justicia.

Este informe concluye, por tanto, que, con relación a la protocolización de marras, sin perjuicio de las apreciaciones indicadas precedentemente, no se ha configurado incumplimiento de las obligaciones inherentes a la función notarial en el aspecto técnico ni existen elementos que pudieren sugerir la existencia, en su formación documental, de faltas a las obligaciones de probidad y veracidad en el ejercicio de la fe pública. Lo contrario deberá ser demostrado, por quien lo alegue, mediante tacha de falsedad.

## IV. La responsabilidad notarial

De acuerdo con el artículo 75 del decreto-ley 1.421 (Ley Orgánica Notarial), «los escribanos responderán en todos los casos a las partes de los daños que les hubiese resultado del mal desempeño de sus funciones». Por tanto, una actuación profesional mal desempeñada que es causa directa de un daño, pérdida, disminución o menoscabo sufrido por la o las partes implica la responsabilidad de indemnizar. Esta responsabilidad abarca no solo la tarea documental del escribano, sino también, e indivisiblemente, las obligaciones de informar, asesorar y actuar diligente y rectamente que integran la función; en especial, la de «jamás desmerecer la confianza debida al carácter de la profesión», que es el juramento que el escribano presta al ser investido como tal.

Se trata de una aplicación particular y específica al escribano de la regla general sobre responsabilidad civil, primeramente, respecto de sus requirentes y co-contratantes, en virtud de la relación contractual que los liga a partir del requerimiento de la actuación. En tal sentido, la consultante, eventualmente, debería responder al requirente de la protocolización —a pesar de ser, en términos generales, correcta legal y técnicamente la protocolización efectuada— si hubiera incurrido en un incumplimiento de su obligación de asesoramiento; por ejemplo, no haberle advertido del alcance del documento de promesa de cesión de derechos posesorios del que pretendía valerse, o no haberle informado sobre la situación jurídica que surgía de la anterior promesa de compraventa y demás antecedentes que obraban en su conocimiento.

En el caso de la presente consulta, no es el requirente de la actuación quien reclama la indemnización; no obstante ello, la doctrina notarialista es conteste en afirmar que la responsabilidad notarial también abarca el resarcimiento a terceros, de acuerdo con el régimen de derecho civil en la categoría extracontractual. Según el profesor Rufino Larraud, a quien seguimos en este tema, la responsabilidad extracontractual «consiste en una norma general que prohíbe lesionar la esfera jurídica ajena» (1966: 699). Aun cuando el escribano ejerce una función pública, la ejerce sin estar ligado al Estado, por lo que es el único responsable de los daños provocados por su actuación.

Ello es así incluso cuando, en lo textual, el artículo 75 de la Ley Orgánica Notarial impone responder frente «a las partes», porque a continuación

remite al «mal desempeño de su función». Según Larraud, esta última expresión tiene que ver con la valoración de la conducta (1966: 708), lo que permite afirmar que la responsabilidad no se limita a la facción de documentos perfectos y a la relación con sus clientes y co-contratantes: implica, asimismo, una eventual responsabilidad frente a terceras personas, en todos los aspectos relacionados con los asuntos en que participa, aunque el profesional no sea directamente responsable de la actuación de que se trata.

Más específicamente, y siguiendo informes anteriores de esta comisión, reiteraremos que el escribano tiene como obligación principal asegurar la seguridad jurídica, la realización pacífica del derecho y la prevención de eventualidades litigiosas o dañosas; debe aplicar una conducta imparcial, equilibrante y de buena fe no solo frente a las partes, sino también en su interacción con colegas y terceras personas. Ello se expresa en las normas deontológicas que imponen, entre otras reglas, la integridad y la honradez en el obrar, la colaboración de los escribanos entre sí e impedir y denunciar todo acto de violencia o engaño que afecte a otorgantes, además de abstenerse de intervenir en los actos que los involucran si sus prevenciones no fueren atendidas.

Por tanto, en los casos en que la conducta del escribano resultare causa directa de perjuicios a terceras personas, deben aplicarse los principios generales en materia de responsabilidad extracontractual. Ello significa que la conducta del escribano debe apreciarse según las normas del derecho común, ya en materia civil, ya en derecho penal.

Las afirmaciones realizadas en la demanda en cuanto a la participación de la escribana consultante en los hechos denunciados refieren a situaciones de hecho que deberán ser plenamente probadas. Es competencia exclusiva de la sede judicial determinar si corresponde dar curso a ellas, en aplicación de los principios generales de la responsabilidad extracontractual.

## V. Conclusiones

**1.** Desde el punto de vista formal, y en términos generales, la protocolización objeto de estudio se encuentra correctamente autorizada, por lo que constituye instrumento público que hace fe del hecho de haberse otorgado y su fecha. No surge elemento alguno que afecte la autenticidad de su instrumentación documental o amerite demanda de terceras personas por responsabilidad de la escribana actuante.

**2.** La calificación que está obligado a realizar el escribano para autorizar una protocolización comprende la legitimación del requirente y la licitud de su contenido, pero no asegura la validez de los documentos que se incorporan o la veracidad de las declaraciones que se le efectúan. Determinar el valor probatorio de dichos documentos o declaraciones es competencia judicial.

**3.** La responsabilidad del escribano por perjuicios a terceras personas se rige por los principios de la responsabilidad extracontractual, en atención a la plena prueba de los hechos denunciados. La conducta del escribano debe apreciarse según las normas del derecho común.

Esc. Susana Chao Peña
Redactora

## Bibliografía referida

Larraud, Rufino (1966). *Curso de derecho notarial*. Anotaciones y concordancias en relación al derecho positivo argentino por el Instituto Argentino de Cultura Notarial. Buenos Aires: Depalma.

Siri García, Julia (1988). «Actas notariales». En *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, tomo 74, n.º extraord., pp. 657-667.

Aprobado el informe precedente por la Comisión de Derecho Notarial y Técnicas Notariales, con la conformidad de los Escs. Carlos del Campo, Natalia Machín, Claudia Santo, Valeria Porta, Mónica Dusio, Silvana Rodríguez y Susana Chao Peña.

*Informe aprobado por la Comisión Directiva Nacional de la AEU el 8.8.2023, expediente 2828/2023.*

# TRANSACCIÓN. TRADICIÓN. TÍTULO DE PROPIEDAD

Resumen

*La enajenación se realizó en cumplimiento de una obligación preexistente.*

Informe: Civil

## Consulta

### I. Relación de hechos

### A. Relacionado del padrón 1111

El padrón 1111 de la localidad catastral Ciudad de la Costa se fusionó con el padrón 2222 y formó el padrón matriz 3333, posteriormente incorporado a propiedad horizontal, de cuatro unidades.

**18.1.1985.** *Compraventa.* URF, RRF y NRF —los dos primeros, casados en primeras nupcias con MAI y NLB, respectivamente; la tercera, divorciada de sus primeras nupcias con MO— lo hubieron por título compraventa y modo tradición de los cónyuges en únicas nupcias ATdeB y BDC, según escritura autorizada por el Esc. EP cuya primera copia fue inscripta en el Registro de la Propiedad Inmueble de Pando con el n.º … el 23.1.1985.

**14.8.2013.** *Transacción.* RRF y NLB enajenaron la tercera parte indivisa a URF, casado con MAI, por transacción autorizada por el Esc. SDM e inscripta en el Registro de la Propiedad Inmueble de Ciudad de la Costa con el n.º … el 26.8.2013.

**16.4.2015.** *Compraventa.* URF y MAI enajenaron sus 2/3 partes indivisas, por título compraventa y modo tradición, a NRF, viuda de sus segundas nupcias con JQ, según escritura autorizada por la Esc. ACC e inscripta en el Registro de la Propiedad Inmueble de Ciudad de la Costa con el n.º … el 23.4.2015.

**11.7.2018.** *Compraventa.* NRF enajena a GAMA, casado con PCI, y a GDAB, casado con VA, por título compraventa y modo tradición, según escritura autorizada por la Esc. MIT e inscripta en el Registro de la Propiedad Inmobiliaria de Ciudad de la Costa con el n.º … el 12.7.2018.

### B. Fusión de los padrones 2222 y 1111 e incorporación a propiedad horizontal (decreto-ley 14.261)

Los padrones 2222 y 1111 antes referidos fueron fusionados, por plano del Agr. CAN de 16.11.2018 inscripto en la Dirección Nacional de Catastro, oficina delegada de Ciudad de la Costa, con el n.º … el 2.1.2017, y se formó el padrón 3333.

Por escritura autorizada el 25.9.2019 por la Esc. MIT, cuya primera copia fuera inscripta en el Registro de la Propiedad Inmueble de Ciudad de la Costa con el n.º … el 3.10.2019, los cónyuges en únicas nupcias PCI y GAMA, y los cónyuges en únicas nupcias GDAB y VA otorgaron reglamento de copropiedad del padrón 3333, en cumplimiento de los presupuestos de incorporación a propiedad horizontal del decreto-ley 14.261. Se formaron cuatro unidades, a saber: 3333/001, 3333/002, 3333/003 y 3333/004, según dicha escritura y el plano de mensura y fraccionamiento horizontal realizado por el Agr. CAN de 19.3.2019, inscripto en la oficina delegada de Catastro de Ciudad de la Costa con el n.º … el 21.5.2019.

## II. Consulta

Los cónyuges entre sí en únicas nupcias PCI y GAMA, propietarios del cincuenta por ciento indiviso de los padrones 3333/002 y 3333/004, entre otros, pretenden comprar el otro cincuenta por ciento indiviso de dichos padrones. Del estudio de los títulos del padrón 1111, antecedente de los actuales padrones 3333/002 y 3333/004, surge la escritura autorizada el 14.8.2013 por el Esc. SM en virtud de la cual RRF y NLB enajenaron por «título transacción» a URF, casado en primeras nupcias con MAI, dicho padrón. Según la cláusula tercera de dicho contrato, realizaron la tradición.

Entre los títulos previstos por nuestra normativa, no existe el título denominado «transacción». Esta, conforme a lo dispuesto por el artículo 2147 del Código Civil, es un contrato por el cual, haciéndose recíprocas concesiones, terminan los contrayentes un litigio pendiente o precaven un litigio eventual.

Asimismo, de dicha escritura surge la existencia de una transacción judicial en virtud de la cual las partes tienen la intención de transferirse el domino sobre dicho inmueble, como consecuencia de dichas «supuestas» recíprocas concesiones.

Es probable que lo que se quiso hacer fuera una *paga por entrega de bienes*, cuestión a la que no se hizo referencia en forma expresa, salvo lo mencionado en la cláusula primera (antecedentes):

> Por acta de fecha 4 de marzo de 2013, homologada por la jueza MBP, según decreto número …/2013, los señores URF, RRF y NRF llegaron a un acuerdo transaccional mediante el cual, entre otras recíprocas concesiones, el señor RRF se obligó a transferir al señor URF la totalidad de la cuota parte de la propiedad que le corresponde en los bienes que se señalarán […].

La consulta es si dicho título es aceptable o si debe ser rechazado.

## III. Opinión del consultante

En el título referido se utilizó el modo tradición. Habiendo transmisión por acto entre vivos, se requiere, además del modo, un título —negocio

obligacional y dispositivo— hábil para adquirir el dominio. Para el modo tradición, nuestro Código Civil tipifica los títulos hábiles; la transacción no es uno de ellos.

Asimismo, y sin perjuicio de haberse usado la expresión «transacción» como título capaz de transferir el dominio, el consultante entiende que la voluntad de las partes fue utilizar la figura de la *paga por entrega de bienes*, conforme un acuerdo transaccional precedente, y que, aun ante la errónea utilización de la palabra, puede valorarse dicho documento, conforme a su contenido, como válido y eficaz.

## Informe de la Comisión de Derecho Civil

*Consideración previa*. Se aclara que, en el derecho positivo uruguayo, la tradición puede otorgarse en virtud de un título hábil tipificado por el Código Civil o no.

En primer término, diremos qué se entiende por *transacción* y cuáles son sus diversos tipos.

### I. Transacción

La *transacción*, en su acepción legal, está contemplada en los artículos 1702, 2147, 2160 y 2161 del Código Civil uruguayo. De acuerdo con las citadas disposiciones, la tradición está dada por recíprocas concesiones (C. Civil, art. 2147) referidas objetivamente a «derechos litigiosos o dudosos» (C. Civil, art. 1702, 2.ª parte), «derechos que hacen el objeto de las diferencias» (C. Civil, art. 2160) del «litigio pendiente» o del «litigio eventual» (C. Civil, art. 2147). Como sostiene Carnelli (1997), limitada la transacción a las recíprocas concesiones, su contenido coincide con el de la situación jurídica conflictiva. Agrega el autor que también existe transacción típica legal cuando, además, incluya «cosas no comprendidas en la cuestión sobre la que se transigió» (C. Civil, art. 1702, 1.ª parte), con determinadas características.

Las recíprocas concesiones son el reconocimiento del derecho ajeno y la renuncia del derecho propio. No pueden ser totales ambas, sino parciales; pero no tienen por qué ser entre sí de igual valor. La entidad objetiva del beneficio puede ser muy diversa; la ley no exige equivalencia en las concesiones, sino que sean mutuas. Como indica Carnelli (1997), «cada parte sacrifica o renuncia a sostener integralmente el derecho invocado y, al mismo tiempo, a rechazar o negar completamente el derecho alegado por el contrario, pero no reconoce íntegramente el derecho ajeno y tampoco renuncia totalmente al derecho propio».

En lo que refiere al objeto de las recíprocas concesiones, el artículo 2160 del Código Civil prevé que son «los derechos que hacen el objeto de las diferencias sobre que ella recae»; además, se desprende de la segunda parte del artículo 1702 del Código Civil, que refiere a «los derechos litigiosos o dudosos que una de las partes reconoció a favor de la otra». Es el derecho que obtiene cada transigente por el reconocimiento y el que renuncia; es lo que constituye la situación jurídica controvertida. Por tanto, la transacción elimina la situación jurídica controvertida; alcanza sus efectos a las partes, herederos y sucesores a título singular.

Por otra parte, del artículo 1702 del Código Civil ya mencionado es dable sostener que pueden formar parte del contenido de la transacción cosas (derechos) que no formaban parte de la situación jurídica controvertida. En dicha situación, estamos frente a una transacción, que se rige por su normativa propia. En cambio, la reglamentación de las cosas (derechos) ajenas a los derechos controvertidos no serán calificables jurídicamente como transacción.

## II. Diferentes tipos de transacción

### A. Transacción refleja

Como sostiene Carnelli (1997) recibe esta impropia denominación el fenómeno que se verifica cuando la eliminación de la situación controvertida se produce no por causa de las recíprocas concesiones, sino por un negocio que, además de su efecto típico, tiene esa secuela o resultado.

El autor cita el ejemplo de cuando se disputa el precio de un contrato de arrendamiento verbal de un inmueble; las partes eliminan ese conflicto mediante una compraventa del mismo bien por la cual el arrendador y dueño se lo vende al arrendatario. En dicha hipótesis, la contienda no se elimina mediante la transacción, ya que no hay recíprocas concesiones entre las partes: se produce a través de la compraventa el efecto típico de esta, el intercambio de cosa por precio, y como consecuencia de ello, se elimina la controversia.

### B. Transacción mixta

Se integra por elementos de distintos tipos negociales. Será mixta cuando además de poseer un elemento propio de la transacción típica, se incluyan en forma principal contenidos correspondientes a otros tipos negociales; coexistirán así, bajo una forma negocial unitaria, componentes que son característicos de otros contratos.

Como sostiene Carnelli (1997), en la transacción mixta hay incorporación de una cosa (derecho) en las mismas características (ajeno a la situación controvertida) y en la misma forma (constitución, modificación o extinción), pero faltan las recíprocas concesiones, pues solo una de las

partes sacrifica por entero el derecho contestado contra la constitución, modificación o extinción de un derecho ajeno al controvertido.

En cuanto al régimen aplicable a la transacción mixta, este dependerá de la teoría que se acepte: de la absorción, de la combinación o de la analogía.

### *Teoría de la absorción*

Para esta teoría, el tipo mixto queda sometido a las normas del esquema típico prevalente. En la renuncia de un derecho controvertido contra la asunción de una obligación de dar una cosa inmueble, el tipo mixto se integra con contenidos de la transacción (renuncia del derecho controvertido) y de la compraventa o permuta (obligación de dar); en dicho caso, hay que determinar cuál es el que prevalece. Una vez eliminado dicho obstáculo, se le aplicará en forma unitaria la normativa del negocio jurídico predominante. En el ejemplo, una vez determinado si lo predominante son las normas de la transacción o de la compraventa/permuta, se le aplicarán a todo el negocio unas u otras.

### *Teoría de la combinación*

Según esta teoría, el tipo mixto se regula por la combinación de las normas previstas legalmente para los distintos elementos típicos que la integran.

### *Teoría de la aplicación analógica*

Para esta teoría, el tipo mixto es innominado y, conforme a lo establecido en los artículos 1260 y 16 del Código Civil, corresponde la aplicación de las normas sobre los contratos en general y la aplicación analógica de normas para casos similares o análogos. Para Carnelli, es el que legalmente corresponde

> para establecer la normativa que regula a la denominada *transacción mixta*; no se basa en un criterio objetivo, sino en la determinación, eminentemente subjetiva, del hallazgo o semejanza entre la situación jurídica que cuenta con el régimen legal particular y la que carece de ella; disminuye la seguridad respecto de las disposiciones legales aplicables a este tipo de transacción, lo cual solo puede ser evitado por las partes ejerciendo los poderes de autorregulación, lo que se traduce en la posibilidad que tienen las mismas de determinar ellas el contenido normativo del negocio, fijando las reglas de conducta, los preceptos a los que quedarán sometidos, única forma de eliminar la incertidumbre del intérprete.

## III. Análisis de la consulta planteada

De la documentación agregada —más específicamente, de la cláusula primera (antecedentes) de la escritura de 14.8.2013— se desprende que las partes arribaron a un acuerdo transaccional, el que fue homologado por la jueza MBP por acta de 4.3.2013. Entre otras cosas, RRF se obligó a transferir a URF la totalidad de la cuota parte de la propiedad que le correspondía en los bienes que se señalan en dicha escritura. La referencia realizada en la escritura en cuanto a la transacción es lo único aportado por el consultante (no así el documento de transacción). Buscando desentrañar la verdadera intención de las partes plasmada en la escritura es que basaremos el presente análisis.

De la escritura pública relacionada surge que las partes «llegaron a un acuerdo transaccional mediante el cual, entre otras recíprocas concesiones», RRF se obligó a transferir el dominio; es decir, más allá de la abdicación de un derecho, se obligó a dar (en el caso, transferir la totalidad de la cuota parte de la propiedad que le correspondía en los bienes).

Cabe sostener que es una enajenación en cumplimiento de una obligación preexistente (transacción); así se desprende de su análisis. URF, RRF y NRF llegaron a un acuerdo por el cual RRF se obligó a transferir el dominio; es decir, se obligó a enajenar determinados bienes.

## IV. Conclusiones

1. A través de las reglas de interpretación, arribamos a la verdadera intención de las partes.
2. El negocio jurídico plasmado en la escritura de 14.8.2013 debe calificarse como pago en cumplimiento de una obligación preexistente, surgida de la transacción (no una paga por entrega de bienes en sentido estricto).
3. El título no merece observaciones.

Esc. Francisco Mastropierro
Informante

## Bibliografía referida

Carnelli, Santiago (1997). «La transacción y los medios de tutela». En *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, tomo xxvii, pp. 437-451.

La Comisión de Derecho Civil, integrada por los Escs. Juan Pablo Alonso, Analí Cánepa, Mariana Capel, M.ª Inés Casatroja, Daniella Cianciarulo, Marcela de los Santos, Gustavo Echavarría, Nicolás García Rodríguez, Adriana Goldberg, Rossana Ivanier, Mónica Jover, Inés Lueiro, M.ª de Lourdes Mainé, Florencia Manfredi, M.ª del Rosario Marchese, Francisco Mastropierro, Roque Molla, Javier Parga, Laura Parnás, M.ª del Pilar Ramírez, Ana Lucía Realini, Patricia Rivas, Diego Séré, Adriana Silva, Mariella Spagnolo, Verónica Ubillos, M.ª Beatriz Vázquez, M.ª Carolina Vercellino y Juan Pablo Villar, aprueba el informe que antecede.

Escs. Roque Molla y Juan Pablo Villar
Coordinadores

*Informe aprobado por la Comisión Directiva Nacional de la AEU el 15.8.2023, expediente 2716/2022.*

## COOPERATIVAS DE VIVIENDA. CESIÓN DE CUOTA SOCIAL. CESIÓN DE DERECHOS. DERECHO DE USO Y GOCE. NULIDAD. INOPONIBILIDAD

Resumen

*Cesión de partes sociales; validez y eficacia del contrato. La cesión que se realizó fue de los derechos de participación social de la cooperativa. No es un caso de nulidad, sino de inoponibilidad. De haber faltado el consentimiento, podría ampararse en el instituto de la prescripción.*

Informes: Cooperativo y Civil

### Consulta

**2010.** *Cesión de derechos*. Se ceden las partes sociales sobre la cooperativa de viviendas XX el 3.3.2010 entre MGG, quien declaró ser divorciada de sus primeras nupcias con MP (parte cedente), y RR, quien declaró ser casado en segundas nupcias con GS (parte cesionaria). La consultante expresa que, estudiando la documentación para realizar la cesión encomendada, realizó las siguientes observaciones.

**1.** El documento de «cesión de derechos» de 2010 no aclara que lo que se está cediendo son las partes sociales que la Sra. MGG tenía sobra la cooperativa. Por el contrario, se dice que «cede y transfiere en las condiciones que surge de la documentación al Sr. RR, quien en tal concepto adquiere los derechos y obligaciones emergentes en la vivienda antes referida». La redacción le resulta confusa. Recuerda que los artículos 135 y 136 de la ley 18.407 (Ley de Cooperativas, de 24 de octubre de 2008) establecen:

> Artículo 135 (*Documento de uso y goce*). Cuando se trata de unidades de cooperativas de usuarios la cooperativa suscribirá, en ejercicio del acto cooperativo, con cada uno de los socios adjudicatarios y con carácter previo a la adjudicación de las respectivas viviendas, un «documento de uso y goce» que tendrá una duración indefinida mientras las partes cumplen con sus obligaciones. El «documento de uso y goce» se otorgará en instrumento público o privado, con certificación notarial de su otorgamiento y suscripción.
>
> Artículo 136 (*Destino*). Los socios deberán destinar la respectiva vivienda adjudicada para residir con su familia y no podrán arrendarla o cederla —directa o indirectamente—, siendo nulo todo arrendamiento o cesión, salvo lo dispuesto en los artículos siguientes.
>
> Si el socio no destinara la vivienda adjudicada para residencia propia y de sus familiares, será causa suficiente para la pérdida de la calidad de socio.

La cooperativa en cuestión es una cooperativa de propietarios, pero aún no se ha adjudicado la propiedad a sus cooperativistas; por tanto, y de acuerdo con el artículo 146 de la nombrada ley, se regirá por los artículos referidos a las cooperativas de usuarios, por lo que le son aplicables los artículos 135 y 136 recién transcriptos.

Asimismo, la colega expresa que la cesión de 2010 se refiere a la cesión de los derechos de uso y goce sobre la vivienda 206, la que resulta así nula, en virtud de lo que expresa el artículo 136. Debido a que la redacción es dudosa, posee reparos al respecto. La escribana interviniente en dicha cesión entiende que se cedieron partes sociales y que, por lo tanto, dicho acto es totalmente válido; que no existe tal confusión. Tratando de ver la situación de la manera más benévola, se podría aplicar el artículo 1300 del Código Civil y aceptar la validez del acto, entendiendo que lo que se cedió en aquel entonces fueron las partes sociales.

**2.** La segunda observación realizada por la consultante es respecto al consentimiento de la parte cedente. En 2010, la Sra. MGG declaró ser divorciada del Sr. MP; pero en el libro de registro de socios se expresa que, cuando ingresó, su estado civil era casada. No tuvo a la vista el documento de cesión de partes sociales por el cual ella ingresó a la cooperativa ni certeza de que haya sido socia fundadora, ya que la cooperativa lleva su documentación de forma bastante irregular; por ello, no ha podido contar con dicha información.

Sigue expresando la consultante que las partes sociales de una cooperativa se reputan de naturaleza mueble. En virtud de ello, si la cedente adquirió

sus partes sociales siendo casada, debió cederlas también su excónyuge (si es que efectivamente se encontraba divorciada en 2010). Del certificado de Actos Personales no surge dicho divorcio, y está tratando de conseguir la partida de matrimonio para saber si surge de allí. Independientemente de ello, y en el peor de los casos, si la Sra. MGG estuviera efectivamente divorciada en 2010, ambos deberían haber firmado esa cesión. Estaría faltando un consentimiento. Entiende que al ser las partes sociales un bien mueble, entra en juego el instituto de la prescripción; por lo tanto, hoy debe estudiarse la titulación hasta la cesión de 2010 y respecto de los cesionarios. La falta de consentimiento del excónyuge de la cedente no obstaculizaría hoy la cesión de partes sociales.

Sigue manifestando la escribana que le genera muchas dudas la falta de consentimiento en el proceso dominial. Acostumbra estudiar la totalidad de las cesiones, hasta llegar al cooperativista fundador. Entiende que el instituto de la prescripción, en estos casos, estaría supeditado a saber si efectivamente falta un consentimiento, ya que, si es así, se tendría buena fe y justo título respecto de una parte de los derechos sobre las partes sociales.

**3.** En tercer lugar, en la cesión de 2010, la cooperativa no se expresó sobre la aprobación de dicha cesión. El artículo 54 de la ley 18.407 establece:

> (*Partes sociales*). Las partes sociales son nominativas, indivisibles, de igual valor y transferibles solamente a las personas que reúnan las condiciones requeridas por el estatuto para ser socios, previa aprobación del Consejo Directivo.
>
> Serán integradas en dinero, en especie o en trabajo, convencionalmente valuados, en la forma prevista en el estatuto y en el plazo que disponga la Asamblea.
>
> En las cooperativas de vivienda, la transferencia del capital social no podrá suponer cesión directa ni indirecta del derecho de uso y goce, el que es inherente a la calidad del socio, requiriéndose la previa aceptación del nuevo socio por el Consejo Directivo de la cooperativa.

Para la escribana que autorizó el documento de cesión, el registro del nuevo socio (RR) en el libro respectivo implica la aprobación de la cesión por parte de la cooperativa.

La escribana consultante entiende que el Consejo Directivo debe, expresamente, aprobar la cesión, compareciendo en ella o a través de una acta previa a ella, como lo establece el artículo recién transcripto. Igualmente, entiende que la cooperativa aprobó en los hechos la cesión, ya que nadie se opuso ni se opone hoy día a cualquier cesión que se pretenda realizar.

**4.** En la carta de pago del saldo de precio de la cesión en cuestión se expresa que la cooperativa XX autoriza dicha cesión, pero no se adjunta ningún comprobante; tampoco se dice quiénes eran los representantes de la cooperativa (solo se hace referencia a la cedente que estaba dando carta de pago). La cooperativa no tiene registro de eso, ni la escribana que intervino tiene copia en su carpeta de que se haya exteriorizado de forma escrita dicha autorización. Entiende que una posible solución sería que el

Consejo Directivo actual autorice dicha cesión, estableciendo que así se dio en los hechos y que se pretende cumplir con la formalidad no cumplida en su momento.

**Consulta**

1. ¿La cesión de 2010 puede considerarse nula por entenderse que lo que se está cediendo es el derecho de uso y goce de la vivienda y no partes sociales?
2. Para el caso en que se entienda que la cesión antes dicha es válida: ¿la falta de consentimiento del excónyuge de la Sra. MGG puede no ser impedimento para una nueva cesión, en virtud de la prescripción adquisitiva de los bienes muebles? Es decir: ¿la cesión en que me encuentro interviniendo puede otorgarse sin problemas con los cesionarios de 2010, el Sr. RR y la Sra. GS (e incluso solo con el Sr. RR, ya que, al ser un bien mueble, puede ceder solo el cónyuge administrador)?
3. En caso de que se necesite dicho consentimiento para poder concretar el negocio proyectado, ¿cómo se instrumentaría?
4. ¿Cómo podría solucionarse la falta de aprobación expresa y previa de la cesión de 2010 por parte de la cooperativa?

## Informe de la Comisión de Derecho Cooperativo

**1.** En primer lugar, como criterio general, se deja constancia de que no surge de la documentación aportada que la cooperativa referida haya adecuado sus estatutos a la ley 18.407, de acuerdo con el artículo 221 de dicha ley. De ser así, la cooperativa se encuentra en situación irregular y de incumplimiento de la normativa aplicable, por lo que puede ser posible la suspensión de su personería jurídica por parte del Instituto Nacional del Cooperativismo o del Ministerio de Vivienda y Ordenamiento Territorial.

**2.** En segundo lugar, en cuanto a la consulta formulada, se expresa:

— Asiste razón a la escribana consultante, de acuerdo con la documentación aportada, de que el contrato de referencia no tiene debidamente consignado su objeto. Debería haber establecido claramente la cesión de la participación social o partes sociales en forma expresa. De todas formas, por aplicación del artículo 1300 del Código Civil, se podría dar por aceptado.

— A su vez, tampoco surge acreditado que la socia en cuestión, MGG, ingresó a la cooperativa siendo divorciada. Dicho contrato podría adolecer de falta de consentimiento, ya que la naturaleza de la participación o parte social es ganancial. En dicho caso, asiste razón a la consultante en que el contrato estaría viciado de nulidad, y sería

imprescindible en este caso obtener el consentimiento del excónyuge. Con respecto a la prescripción, se comparte lo expresado. Es discutible la prescripción de diez años sobre la totalidad de la cesión de partes sociales en cuanto a la falta de consentimiento de uno de los cedentes.

— En cuanto a la no aprobación expresa por parte del Consejo Directivo de dicha cesión, esta se solucionaría con una ratificación de los referidos actos y actuaciones por parte de la Asamblea General, que validaría lo actuado. También debería autorizar al Consejo Directivo a otorgar carta de pago y una declaratoria de que no tendría nada más que reclamar al respecto, y sanear así la situación.
— Se comparte todo lo expresado por la escribana consultante en cuanto a la desprolijidad de la documentación existente en la cooperativa. A nuestro juicio, la solución sería ratificar dichas cesiones por parte de la cooperativa y los socios, y, a los efectos de evitar posibles reclamaciones a futuro, efectuar una declaratoria de que nada tienen que reclamarse recíprocamente.
— A su vez, es fundamental, en la situación presentada, que se aclare, con la documentación acreditante —sentencia de divorcio—, el estado civil de la socia cedente en 2010; de lo contrario, la cesión sería totalmente nula.

Esc. Annaly Grande
Informante

La Comisión de Derecho Cooperativo, integrada por los Escs. María Inés Parentini, Wanda Baldassari, Analía Rodríguez, Mónica Bustamante, Carmen Taborda, Silvana Avondet, Silvia Hernández, Adriana Perotti, Silvana Bertoni, Graciela Fernández, Carmen Pereyra y Annaly Grande, aprueba el informe que antecede, elaborado por la Esc. Annaly Grande.

Escs. Annaly Grande
y Graciela Fernández
Coordinadoras

## Informe de la Comisión de Derecho Civil

### I. Consideraciones previas

En lo que refiere a la cooperativa —constitución, regularidades, cesión de cuotas, etc.—, se estará a lo ya informado por la Comisión de Derecho Cooperativo. Serán tratados aquí únicamente los aspectos que involucran al derecho civil.

En primer lugar, nos referiremos brevemente a qué se entiende por *interpretación* y, más específicamente, a la contractual. Luego, y a efectos de contar con herramientas que nos permitan brindar solución a una de las interrogantes planteadas, nos referiremos al *principio de conservación del acto jurídico* y su aplicación al caso objeto de consulta. Posteriormente, abordaremos la *prescripción* y su incidencia en el caso que nos ocupa.

Rodríguez Russo (2021) manifiesta que la expresión *interpretación* es una palabra polivalente, comprensiva tanto de la actividad como de su resultado, y que corresponde, por tanto, distinguir la interpretación en uno y otro nivel. En cuanto al objeto de la interpretación, el proceso hermenéutico es una actividad plenamente dirigida y planeada a la obtención del sentido de la norma creada, significado que debe el intérprete obtener de las reglas que el propio sistema predispone al efecto; sería lo que él denomina *interpretación como actividad*. Para ello, nos ceñimos a las reglas establecidas en los artículos 1297 a 1307 del Código Civil. Una vez obtenido el resultado, se califica el contrato —*interpretación como resultado*—, se individualiza el régimen aplicable, se analiza la existencia, validez y eficacia del tipo contractual y, eventualmente, en caso de vacío, se procede a la integración.

Para Villar (2020), la actividad interpretativa en los contratos sirve para atribuir significado a la disposición normativa que surge del acuerdo formado entre las partes; el resultado de la interpretación será la norma jurídica creada o, si se prefiere, el significado normativo del negocio. Según el autor, para atribuir significado a la disposición normativa contractual debe partirse de lo declarado (C. Civil, art. 1297), ubicar las palabras en contexto interno y externo al texto para intentar explicar la intención de las partes según el contexto general (C. Civil, arts. 1299 y 1301) y, en caso de que exista más de un significado posible, preferir aquel que sea el más ajustado a la común intención (C. Civil, art. 1298).

## II. Principio de conservación del acto jurídico

Este principio se encuentra regulado en el artículo 1300 del Código Civil (*favor contractus*):

> Las cláusulas susceptibles de dos sentidos, del uno de los cuales resultare la validez y del otro la nulidad del acto, deben entenderse en el primero.
>
> Si ambos dieren igualmente validez al acto, deben tomarse en el sentido que más convenga a la naturaleza del contrato y a las reglas de la equidad.

Como sostiene Rodríguez Russo (2021: 324 y ss.), se trata de una norma de interpretación objetiva cuya subsidiaria aplicación presupone que el previo recurso a los criterios de interpretación subjetiva no sea suficiente para eliminar la ambigüedad, pues persiste la duda sobre el significado a atribuirse a la declaración, es decir, sobre el significado de la regla que contiene y expresa. Dicha norma presupone que debe optarse por el resultado interpretativo que conduzca a la validez del acto jurídico. El citado autor

expresa que parte de la doctrina ha señalado que en el radio de aplicación del principio están contemplados dos supuestos distintos: un significado útil y otro inútil. Cuando el intérprete se encuentra frente a dos declaraciones en dos sentidos, debe dar prevalencia al significado útil. Pero, ante declaraciones plurívocas, puede suceder que entre posibles significados más de uno sea inútil y uno solo resulte útil, o a la inversa. En la primera situación, en que solo uno sea útil, el intérprete debe optar por esa opción. En la segunda, las posiciones están divididas. Así, indica Rodríguez Russo, con un criterio restringido, se considera que el principio de conservación opera ante declaraciones con dos sentidos: uno positivo, que conduce a la producción de efectos, y otro que, negativo, lo vuelve improductivo de efecto alguno. Para la solución del problema planteado, habrá que acudir a los otros criterios de interpretación objetiva; la norma no consiente atribuir al acto el mayor efecto entre aquellos posibles. Continúa expresando el autor que otra corriente considera que no debe interpretarse restrictivamente la norma, sino que, en la duda, siendo más de uno el significado que permite la obtención de un efecto útil, debe darse prevalencia al resultado interpretativo que conduzca a la obtención del máximo efecto o resultado útil.

En nuestro sistema, manifiesta Rodríguez Russo en opinión que compartimos, la solución debe extraerse del inciso 2.º del artículo 1300 del Código Civil: si en la aplicación de las reglas de interpretación subjetiva los resultados interpretativos a los que arribe el intérprete son más de dos, deben descartarse aquellos que conduzcan a la invalidez y priorizarse los que permitan concluir en la validez del negocio, aun cuando estos sean varios (en dicho caso, prevalecerá aquel que sea conforme a la naturaleza del tipo contractual y a las reglas de la equidad).

## III. Aplicación de lo expuesto al caso de consulta

Con relación a la primera interrogante, del documento de cesión de derechos de 3.3.2010 se desprende que: *a*) de la cláusula primera (antecedentes), «MGG es titular de los derechos de la vivienda número 206 […]»; *b*) de la cláusula segunda (objeto), «MGG cede y transfiere en las condiciones que surgen de la documentación a RR, quien en tal concepto adquiere los derechos y obligaciones emergentes de la vivienda referida en la cláusula primera». Por lo tanto, el resultado interpretativo extraído de lo referido, y en base a lo expuesto respecto al artículo 1300 del Código Civil, nos lleva a concluir que lo que quiso MGG fue transferir los derechos de participación social de la cooperativa: uso y goce sobre la vivienda 206 (nótese que en la cláusula segunda, la referencia es clara a los derechos de participación social, que se materializan en el derecho uso y goce sobre la referida vivienda).

## IV. Sobre la eventual omisión de un consentimiento y la prescripción

En el caso de marras, y respecto a la segunda consulta planteada, la conclusión sobre si faltó o no un consentimiento dependerá de si las cuotas eran propias o gananciales y, en este último caso, si la sociedad conyugal estaba vigente o no, lo cual, de la documentación presentada, no resulta probado.

Si las cuotas sociales tenían naturaleza propia o ganancial con sociedad conyugal vigente, la cesión se produce con el consentimiento del titular de las cuotas, sin necesidad del consentimiento de su cónyuge no administrador. Por el contrario, si las cuotas eran gananciales y se había disuelto la sociedad conyugal, dichas cuotas se encontraban en indivisión posganancial, con un régimen de administración conjunta; en tal situación, la omisión del consentimiento del cónyuge no titular no provoca la nulidad del acto, pero su eficacia queda sometida al resultado de la partición.

No obstante, ante la eventualidad de un reclamo, el titular de los derechos —o quien lo suceda— podrá ampararse en el instituto de la prescripción, en vía de excepción, ya que del documento referido resulta que se encuentra en posesión de la totalidad de las partes sociales, que le proporcionan el derecho de uso y goce a la vivienda 206 desde hace más de seis años.

El inciso 1.º del artículo 1214 del Código Civil uruguayo reza: «El poseedor de un bien mueble por seis años no interrumpidos prescribe la propiedad, sin necesidad de presentar título y sin que pueda oponérsele su mala fe». Si bien la acción reivindicatoria no prescribe, el derecho de propiedad es perpetuo, sin perjuicio del derecho de otro de adquirir por prescripción. Ello tiene su razón de ser, ya que la adquisición de la propiedad por prescripción tiene como efecto la pérdida de ese derecho por el anterior titular y, como consecuencia de esa pérdida, la extinción de la acción para reclamarlo.

## V. Conclusiones

1. Lo que se transfirió fue la totalidad de los derechos de participación en la cooperativa (uso y goce sobre la vivienda 206). La nulidad aplicaría al caso de la cesión de uso y goce de cooperativas, no para la cesión de participación social.
2. La conclusión sobre si faltó o no un consentimiento en la cesión de cuota social dependerá de si las cuotas eran propias o gananciales, y en este último caso, si la sociedad conyugal estaba vigente o no, lo que no resulta probado de la documentación presentada.

3. No obstante, en caso de reclamación, el titular del derecho —o quien lo suceda en él— podrá ampararse en el instituto de la prescripción, por vía de excepción, ya que hace más de seis años que se encuentra en posesión de la totalidad de los derechos de participación de la cooperativa, lo que se traducen en los derechos de uso y goce de la vivienda.

Esc. Francisco Mastropierro
Informante

**Bibliografía referida**

Rodríguez Russo, Jorge (2021). *La interpretación del contrato*, 3.ª ed. rev., act. y ampl. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.

Villar, Juan Pablo (2020). *Introducción a la argumentación jurídica notarial*, 1.ª ed. Montevideo: Asociación de Escribanos del Uruguay.

La Comisión de Derecho Civil, integrada por los Escs. Juan Pablo Alonso, Analía Cánepa, Mariana Capel, M.ª Inés Casatroja, Daniella Cianciarulo, Marcela de los Santos, Gustavo Echavarría, Nicolás García Rodríguez, Adriana Goldberg, Carlos Groisman, Rossana Ivanier, Mónica Jover, M.ª de Lourdes Mainé, Florencia Manfredi, M.ª del Rosario Marchese, Francisco Mastropierro, Roque Molla, Javier Parga, Laura Parnás, M.ª del Pilar Ramírez, Ana Realini, Patricia Rivas, Diego Séré, Adriana Silva, Mariella Spagnolo, Verónica Ubillos, M.ª Beatriz Vázquez, M.ª Carolina Vercellino y Juan Pablo Villar, aprueba el informe que antecede.

Escs. Roque Molla y Juan Pablo Villar
Coordinadores

*Informes aprobados por la Comisión Directiva Nacional de la AEU el 5.9.2023, expediente 2696/2022.*

# PARTICIÓN. ADJUDICACIÓN DE BIENES. EMBARGO

Resumen

*Partición con adjudicación de bienes muebles al copartiente embargado y de inmuebles al no embargado: su validez y eficacia declarativa retroactiva; eventuales acciones judiciales que pudieran atacar la partición. De principio, los negocios jurídicos son de buena fe, verdaderos y sinceros, salvo prueba en contrario de simulación por sentencia judicial ejecutoriada.*

Informe: Civil

## Consulta

### I. Relación de hechos

**26.3.1999.** Los cónyuges entre sí AA y BB, bajo el régimen de ganancialidad de bienes, adquieren por compraventa y tradición el padrón urbano 1111.

**23.6.2000.** Se decreta la separación de bienes, a solicitud de ambos cónyuges. Se realizaron las publicaciones de estilo y se inscribe en el Registro Nacional de Actos Personales el 27.7.2000. No se presentaron acreedores.

**2005, 2006 y 2019.** Se inscriben en el Registro Nacional de Actos Personales embargos genéricos contra BB; todos ellos, reinscritos y vigentes a la fecha.

**2015.** AA y BB otorgan partición de los bienes quedados a la disolución de la sociedad conyugal que integraban. Se le adjudica al copartiente AA el inmueble padrón 1111, y a BB, los bienes y muebles que alhajaron el hogar conyugal. La partición fue inscripta en el Registro de la Propiedad Inmueble el 26.3.2015.

No surgen inscriptos ni se han trabado embargos específicos en bienes del deudor.

Hoy se proyecta la venta del padrón 1111, adjudicado a AA, cónyuge no deudor (ni embargado).

### II. Opinión de la consultante

En virtud de la disolución de la sociedad conyugal, y cumplidas todas sus etapas, no se presentaron acreedores al emplazamiento legal. El inmueble adjudicado por el efecto declarativo retroactivo de la partición (C. Civil, art. 1151) es un bien propio de AA, y el embargo de BB no lo alcanza. La partición no fue objeto de lesión ni de acción pauliana; los plazos procesales para interponerla han precluido.

## III. Motivo de la consulta

La consultante considera que, siendo de interés de AA enajenar el inmueble a ella adjudicado, y habiendo transcurrido ya ocho años desde el otorgamiento de la partición —queda excluida la posibilidad de accionamientos por lesión entre copartientes; asimismo, caducó el plazo del acreedor de BB para accionar por pauliana—, no existen impedimentos para la enajenación proyectada.

De todos modos, consulta si la partición otorgada en el año 2015 puede ser *objeto de accionamiento por lesión o por acción pauliana* por parte del acreedor del copartiente BB. Solicita a la Comisión de Derecho Civil que se pronuncie sobre la *bondad de los títulos y sobre si existen impedimentos para la enajenación proyectada*.

# Informe de la Comisión de Derecho Civil

## I. Presunción de buena fe, veracidad y sinceridad de los negocios jurídicos, salvo sentencia firme de simulación

Es bien sabido en teoría general del derecho que los negocios jurídicos en general —en particular, la partición—, de principio, se presumen otorgados de buena fe, verdaderos y sinceros, salvo que se compruebe lo contrario por simulación mediante sentencia judicial ejecutoriada. En otras palabras, la simulación o el fraude como patologías de los negocios jurídicos no son la regla, sino la excepción; no se presumen, sino que deben ser constatados por fallo judicial en autoridad de cosa juzgada.

Así lo expresa el escribano Carlos Groisman: «Los negocios son —en principio— sinceros, salvo prueba de simulación» (Asociación de Escribanos del Uruguay, 2018: 236), premisa básica desde la que debe partir siempre el operador jurídico. No puede el intérprete particular asimilarse al juez y presumir la simulación por vía de interpretación, situación que, a nuestro juicio, implicaría una contradicción y alteración del orden jurídico, que procura ser lógico y coherente.

## II. El embargo y el efecto declarativo retroactivo de la partición

Esta prestigiosa comisión, desde larga data y con carácter monolítico e incólume, viene sosteniendo que el embargo, ya sea genérico o específico, es irrelevante, estéril o inocuo respecto de la partición por su efecto declarativo retroactivo (C. Civil, art. 1151).

El artículo 380.6 del Código General del Proceso es inaplicable a la partición, por no ser un acto de disposición, enajenación o gravamen. Es decir, el efecto declarativo retroactivo de la partición prevalece sobre la eficacia de los embargos genéricos o específicos.

En honor a la brevedad, y evitando reiterar extensos y enjundiosos desarrollos doctrinarios, normativos y jurisprudenciales expuestos por esta comisión —aprobados por la Comisión Directiva Nacional—, nos limitaremos a exponer los fundamentos legales vigentes en nuestro derecho sobre la temática y referenciaremos, al final de este informe, algunos de los ricos trabajos que se han escrito al respecto.

La partición objeto de consulta es por disolución de sociedad conyugal (separación judicial de bienes). En tal sentido, por imperio y reenvío del artículo 2013 del Código Civil, le son aplicables las normas de la partición hereditaria, entre las que es primordial el artículo 1151 del Código Civil.

En puridad, el planteo del conflicto del embargo y el efecto declarativo retroactivo de la partición se resuelve con la aplicación de la norma sustancial (C. Civil, art. 1151) y las normas adjetivas, procesales (C. General del Proceso, art. 380.6) y registrales (ley 16.871, arts. 54, inc. 2.º, y 56, inc. 2.º).

El artículo 1151 del Código Civil es la norma madre del efecto declarativo retroactivo de la partición. Él establece: «Hecha la partición, cada coheredero se reputará haber sucedido inmediata y exclusivamente al difunto en todas las cosas que le hubieran cabido y no haber tenido jamás parte alguna en las otras cosas de la sucesión (artículo 2330)».

La partición tiene por objeto el cese de la indivisión y la sustitución de las cuotas partes o alícuotas de los coindivisarios por bienes concretos objeto de las adjudicaciones. Como negocio declarativo retroactivo, por imperio del artículo 1151 citado, es neutro; no es título de adquirir, no transfiere ni modifica derechos patrimoniales preexistentes. Por ello, no es necesario ni exigible la carga de inscripción, que en tanto se hiciera, es mera publicidad «noticia» (a efectos informativos).

Así ha sostenido siempre esta comisión y tantas otras citas doctrinarias. El escribano Roque Molla (2010: 165) así lo destaca:

> La ley 16.871, de Registros Públicos, en su artículo 54, parágrafo 2, ratifica, sin dejar lugar a ninguna duda, la vigencia del efecto retroactivo de la partición dispuesto por la ley de fondo y, consecuentemente, la calidad de publicidad noticia de su inscripción en el Registro correspondiente. La norma reza: «Se exceptúan de la disposición anterior los actos declarativos retroactivos cuyos efectos frente a terceros estén determinados por la legislación vigente».

Por su parte, el jurista argentino José Luis Pérez Lasala (2014: 681) señala:

> La partición —dado el carácter declarativo que tiene en nuestro derecho— determina el haber concreto de cada heredero, eliminando la incerteza respecto de la titularidad de los bienes singulares. Determina, asimismo,

los bienes concretos que corresponden al heredero, eliminando su derecho abstracto, representado por la alícuota del patrimonio hereditario en estado de indivisión. No crea, pues, un «nuevo» derecho para el heredero, distinto del que tenía antes de la partición; simplemente determina su derecho sobre bienes concretos.

## III. Si la partición objeto de consulta puede ser objeto de accionamiento por lesión o por acción pauliana

La consultante, como vimos, solicita de nuestra comisión la respuesta a si la partición de marras puede ser objeto de accionamiento *a*) por lesión o *b*) por acción pauliana.

***a.*** *No es posible, en el caso de marras, accionamiento por lesión.* Es de destacar que en el propio negocio particionario, los copartientes renunciaron recíprocamente a la acción rescisoria por lesión, situación que ha sido objeto de debate doctrinario: ¿es válida tal renuncia en la misma partición? Sin perjuicio de ello, para el caso de esta partición, esta comisión entiende que ya no sería posible accionamiento por lesión por haber prescripto el plazo, en virtud del transcurso de más de cuatro años desde su otorgamiento (2015): «La acción rescisoria por lesión prescribirá en cuatro años contados desde que fue hecha la partición» (C. Civil, art. 1162).

***b.*** *Tampoco es posible, en el caso, accionamiento por pauliana.* En primer lugar, debemos dejar bien claro que esta comisión ha sostenido siempre la improcedencia de la acción pauliana para el negocio partición, ya que no se trata de una enajenación (C. Civil, art. 1296). De todos modos, puede concluirse —sin hesitación alguna— que aun para la posición que admite la acción pauliana para la partición, en el caso de marras, su plazo de caducidad ya expiró, por superar con creces el año desde la fecha de inscripción registral (26.3.2015). Si no hubo accionamiento dentro de dicho plazo, esta partición se encuentra al abrigo de tal impugnación.

### La improcedencia de una acción general de inoponibilidad por fraude al negocio particionario

Si bien la consultante no se refirió expresamente a un posible accionamiento general de inoponibilidad por fraude, también se quiere dejar bien claro que esta comisión, en forma monolítica, ha sostenido siempre la improcedencia de esta acción por no basamento en nuestro ordenamiento jurídico. Sin perjuicio de ello, aun en la posición de quienes sí lo sostienen, tampoco sería posible, para esta partición, una impugnación por esta acción, en virtud de estar prescripta por el transcurso en más de los cuatro años desde su otorgamiento.

## IV. De la actuación notarial frente a las acciones que pudieran atacar la partición

Dadas las distintas posiciones doctrinarias y jurisprudenciales relativas a las eventuales acciones que pudieran impugnarse frente a una partición, esta comisión considera importante recordar y advertir al notariado el análisis que el escribano debe evaluar para cada caso concreto.

Si bien esta comisión tiene sólidos fundamentos en toda la temática antes expuesta, es menester decir que existen otras opiniones doctrinarias y jurisprudenciales. Para ello, el lector puede remitirse, entre tantos otros, a los informes en conjunto realizados por las comisiones de Derecho Registral y Derecho Civil (Asociación de Escribanos del Uruguay, 2020).

## V. Conclusiones

De acuerdo con el tenor de la consulta, en base a los argumentos esgrimidos conforme a los datos y elementos aportados, se concluye:

1. Del negocio particionario objeto de consulta no se advierte, de manera manifiesta, ningún vicio sustancial ni formal, por lo que debe concluirse en su validez y eficacia.
2. Los negocios jurídicos en general, y en particular esta partición, deben presumirse otorgados de buena fe, verdaderos y sinceros, salvo que, por sentencia judicial ejecutoriada, se demuestre simulación.
3. El embargo genérico al copartiente BB, adjudicatario de bienes muebles que alhajaron el hogar conyugal, es irrelevante e inoponible a AA, por el ya referido efecto declarativo de la partición (C. Civil, art. 1151; C. General del Proceso, art. 380.6; ley 16.871, arts. 54 y 56).
4. Esta partición está al abrigo de posibles accionamientos por rescisión por lesión, acción pauliana o inoponibilidad por fraude, en virtud de la preclusión de estos.
5. Si bien esta comisión tiene opinión sólida en la temática desarrollada precedentemente, en términos generales —para cualquier partición—, el escribano debería analizar cada caso concreto en función de las distintas posiciones doctrinarias y jurisprudenciales.

Esc. Javier Parga Zanelli
Informante

### Bibliografía referida

Asociación de Escribanos del Uruguay (2018). Comisión de Derecho Civil (informante: Carlos Groisman). «Partición. Embargo. Fraude. Inoponibilidad». En *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, tomo 104, n.º 1-12 (ene.-dic.), pp. 236-240.

— (2020). Comisiones de Derecho Registral (informantes: M.ª Cristina Anzuela e Inés Rodríguez Sarmiento) y de Derecho Civil (Juan Pablo Villar, Roque Molla y Gonzalo Trobo). «Partición. Embargo genérico. Publicidad registral. Fraude. Inoponibilidad. Jurisprudencia comentada». En *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, tomo 106, n.º 1-12 (ene.-dic. 2020), pp. 291-324.

Molla Camacho, Roque (2010). «El embargo y la partición: un fallo de acuerdo al ordenamiento jurídico uruguayo». En *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, tomo 96, n.º 1-12 (ene.-dic.), pp. 161-166.

Pérez Lasala, José Luis (2014). *Tratado de sucesiones. Código Civil y Comercial de la Nación. Ley 26.994*, tomo I («Parte general»). Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.

**Otra bibliografía consultada**

Arezo Píriz, Enrique (2012). «Inoponibilidad por fraude en las particiones». En *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, tomo 98, n.º 1-12 (ene.-dic.), pp. 19-36.

Arezo Píriz, Enrique; Cambiasso, Susana, y Molla Camacho, Roque (1991). «El embargo y efecto retroactivo de la partición». En *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, tomo 77, n.º 7-12 (jul.-dic.), pp. 229-241.

Arezo Píriz, Enrique; Molla Camacho, Roque; Sosa Aguirre, Tabaré, y Venturini Camejo, Beatriz (1995). «Efecto declarativo de la partición». En *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, tomo 81, n.º 7-12 (jul.-dic.), pp. 231-285.

La Comisión de Derecho Civil, integrada por los Escs. M.ª Valentina Almirón, Américo Bianchi, Karen Bonner, M.ª Laura Calcaterra, Javier Carneiro, M.ª Inés Casatroja, Daniella Cianciarulo, Gustavo Echavarría, Priscila Ferreira, Agustina Ferreira, Nicolás García Rodríguez, Alicia González Bilche, José Illia, Rossana Ivanier, Mónica Jover, M.ª de Lourdes Mainé, M.ª del Rosario Marchese, M.ª Valentina Martínez Jaime, Roque Molla, Javier Parga, Laura Parnás, M.ª Verónica Peláez, Paola Pólito, M.ª Alejandra Portillo, Margarita Puertollano, Ana Realini, Patricia Rivas, Diego Séré, Adriana Silva, Mariella Spagnolo, Verónica Ubillos, M.ª Beatriz Vázquez, M.ª Carolina Vercellino y Juan Pablo Villar, aprueba el informe que antecede.

Escs. Roque Molla y Juan Pablo Villar
Coordinadores

*Informe aprobado por la Comisión Directiva Nacional de la AEU el 5.9.2023, expediente 2815/2023.*

# HIPOTECA RECÍPROCA. EJECUCIÓN DE HIPOTECA. DERECHOS DEL PROMITENTE COMPRADOR

Resumen

*Escrituración judicial; remate de bienes afectados por decomiso (ley 19.574, artículo 49). El proceso de ejecución de hipoteca recíproca tiene como finalidad enajenar la propiedad de la unidad hipotecada y debe tramitarse contra el propietario. No es adecuado a derecho pretender ejecutar derechos de promitente comprador por esa vía.*

Informes: Civil y Procesal

## Consulta

### I. Hechos

**1.** El 8.4.2016 se presenta por parte de la urbanización CC proceso promoviendo ejecución hipotecaria contra SHN, en cuanto titular de los derechos de promitente comprador sobre los padrones 0000/12 y 0000/13, por adeudos de gastos comunes.

**2.** Lo peticionado se fundó en la hipoteca recíproca constituida en garantía de las expensas comunes, inscripta en el Registro de la Propiedad Inmobiliaria de Pando el 28.1.2014.

**3.** La referida presentación dio lugar a la formación de los autos caratulados «Urbanización CC c/SHN. Ejecución de hipoteca» (IUE …/2016), tramitados ante el Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil de … Turno.

**4.** Se sacaron a remate los derechos de promitente comprador sobre los bienes previamente referidos y se expidieron los edictos, los que se publicaron en el *Diario Oficial*.

**5.** El 5.11.2020, según las actas del remate, se remataron los derechos de promitente comprador de los padrones 0000/12 y 0000/13. Resultaron mejores postores quienes surgen de aquellas.

**6.** De las ampliaciones de la información registral obrante en autos, como correctamente lo releva la actuaria de la sede,

> surgió el asiento registral n.º … de fecha 6 de octubre del año 2020, correspondiente a *decomiso de inmuebles*, según comunicación efectuada por oficio … del 9 de septiembre de 2020 de la resolución de fecha 24 de abril de 2018, dictada por el homólogo en lo Penal Especializado en Crimen Organizado de … Turno, en autos caratulados «SHN y otros», IUE …/2012.

**7.** Por decreto 3.335/2021, del 6 de diciembre de 2021, se resolvió: «Notíciese al Fondo de Bienes Decomisados [FBD] de la Junta Nacional de

Drogas [JND], a través del alguacil de la sede, para que en plazo de 15 días venga a deducir los derechos que pudieran corresponderle en estos autos».

**8.** Se presenta la JND, FBD, y con manifiesta claridad se expresa respecto de la ausencia total de conflicto entre los derechos del ejecutante en autos y del organismo en cuestión. Indica, en lo medular:

> Ahora bien, el decomiso del bien a favor de mi mandante es inoponible al proceso civil, en virtud de que el bien quedó sujeto al juicio promovido por la urbanización CC con anterioridad a la inscripción de la sentencia de decomiso […]. En consecuencia, mi mandante no se opone a la escrituración del bien, pero es importante que tenga presente la sede que, luego de satisfecho el crédito de los acreedores con el producido del remate, de existir remanente sobre el saldo del precio, se gestionará el cobro del mismo, por así corresponder.

## II. Consulta

Por interlocutoria de fecha 1.4.2022, el titular de la sede resuelve remitir las actuaciones a las comisiones de Derecho Civil y Técnica Notarial Procesal de la Asociación, a efectos de que informe:

*a*) «Si es viable que se efectúe la escrituración judicial del bien relacionado en la cual el juez represente al FBD en la compraventa a otorgarse en cumplimento del remate celebrado».

*b*) «Si es viable que se efectúe la escrituración judicial del bien relacionado en el marco del debido proceso y en aplicación de principios generales, en la cual el juez represente al FBD en la compraventa a otorgarse a favor de los mejores postores».

### Informe de la Comisión de Derecho Civil

El artículo 5.º de la ley 10.751, de 25 de junio de 1946, establece que «cada propietario deberá contribuir a las expensas necesarias a la administración, conservación y reparación de los bienes comunes […]». De ello resulta que el obligado por ley al pago de los gastos comunes es el propietario de la unidad de propiedad horizontal. De acuerdo con el artículo 14, inciso primero del decreto-ley 14.560, de 19 de agosto de 1976, modificativo de la ley 10.751, la cuenta de expensas y demás gastos comunes (ley 10.751, art. 5.º) adeudada por un copropietario, formulada por el administrador y aprobada por la asamblea constituirá título ejecutivo, siempre que estos hechos resulten acreditados en la forma prevenida por el inciso final del artículo 7.º de la citada ley.

La hipoteca recíproca es un derecho real de hipoteca que grava las unidades de propiedad horizontal en garantía del cumplimiento de la obligación de pagar los gastos comunes; en materia de urbanizaciones de propiedad horizontal, resulta del artículo 51 de la ley 17.292, de 25 de enero de 2001.

La ejecución de la hipoteca recíproca tiene por finalidad enajenar la propiedad de la unidad de propiedad horizontal por el incumplimiento de la obligación de pagar gastos comunes y procede contra el propietario de la unidad. A través de dicha ejecución, no es posible enajenar otros bienes del propietario ni, menos aún, bienes de terceros. Si se pretende ejecutar un bien diferente a la propiedad de la unidad de propiedad horizontal, corresponde promover un juicio ejecutivo para el cobro de gastos comunes contra el propietario o, en su caso, contra el promitente comprador, ya sea por vía subrogatoria (si el promitente comprador se obligó solo con relación al propietario) o por vía directa (si el promitente comprador asumió la obligación frente a la copropiedad). En el caso sometido a consulta, el proceso de ejecución de hipoteca recíproca debió tramitarse contra el propietario de la unidad de propiedad horizontal, no contra el promitente comprador.

Para ejecutar los derechos de promitente comprador respecto al cobro de la deuda por gastos comunes asumidos por este, la copropiedad debió promover un juicio tendiente a dicho cobro. El proceso de ejecución hipotecario no es idóneo a esos efectos.

## Conclusión

1. El proceso de ejecución de hipoteca recíproca tiene como finalidad enajenar la propiedad de la unidad hipotecada y debe tramitarse contra el propietario. No es adecuado a derecho pretender ejecutar derechos de promitente comprador por esa vía.
2. En el caso, el proceso de ejecución de hipoteca recíproca no se siguió contra el propietario; por tanto, no es ajustado a derecho proceder a la enajenación de la unidad a través de la escrituración judicial proyectada.

Informe elaborado por la Comisión
de Derecho Civil de la AEU

La Comisión de Derecho Civil, integrada por los Escs. Carlos Groisman, Adriana Goldberg, Adriana Silva, Ana Realini, Analía Cánepa, Javier Carneiro, Daniella Cianciarulo, Diego Séré, Valentina Martínez Jaime, M.ª Carolina Vercellino, Florencia Manfredi, Gustavo Echavarría, Juan Pablo Villar, Karen Bonner, Laura Parnás, M.ª Beatriz Vázquez, Margarita Puertollano, M.ª Inés Casatroja, M.ª del Rosario Marchese, M.ª Marcela Aldana, Mariana Capel, Roque Molla, Mónica Jover, Nicolás García Rodríguez, Patricia Rivas, M.ª del Pilar Ramírez, Priscila Ferreira y Verónica Peláez, aprueba el informe que antecede.

Escs. Roque Molla
y Juan Pablo Villar
Coordinadores

# Informe de la Comisión de Técnica Notarial Procesal

## I. Resumen de los hechos

El 8.4.2016 se inicia proceso de ejecución de hipoteca recíproca por el representante de la urbanización CC contra SHN, promitente comprador de los padrones 0000/12 y 0000/13.

Se fundamentan los derechos invocados en el correspondiente reglamento de copropiedad, otorgado por L S. A. en escritura autorizada el 27.12.2013 inscripta el 28.1.2014 en el Registro de la Propiedad Inmobiliaria de Pando, y en la promesa de compraventa otorgada el 14.6.2006 por la que SHN, casado con ANAA, adquiere *los derechos de promitente comprador* sobre los lotes proyectados de los padrones 0000/12 y 0000/13, bienes gananciales administrados por SHN.

En miras a la ejecución de los bienes embargados en autos —inscripción de fecha 12.9.2019—, la oficina actuaria analiza información registral con anterioridad al remate proyectado; específicamente, en lo que respecta al Registro de la Propiedad Inmobiliaria de Pando de fecha 14.4.2020, ampliada al día 7.9.2020, de la que surge el embargo tramitado en autos (12.9.2019) y embargos preferentes trabados por el Juzgado Letrado Penal de Crimen Organizado de … Turno, en autos …/2012, de fecha 1.9.2014, y otro trabado por el Juzgado Letrado Civil de … Turno de fecha 17.10.2013, reinscripto el 23.3.2018.

Con fecha 1.10.2020, se realizan los edictos que ofertan el remate de los derechos de promitente comprador ejecutados en autos.

El 5.11.2020 se rematan los derechos. Resultan mejores postores RB y LDR, quienes integran el precio totalmente, según surge de los autos analizados.

Al fijarse fecha para escriturar, vuelve a compulsarse la información registral (ampliación del certificado del Registro al 23.11.2021). De ella resulta inscripto, por ambos inmuebles y con fecha 6.10.2020, un *decomiso de inmueble* (resolución del 24.4.2018 dictada en el expediente IUE …/2012, tramitado en el Juzgado Letrado Penal de Crimen Organizado de … Turno).

En informe de la oficina actuaria de fecha 3.12.2021 se recomienda notificar de lo actuado en los autos a la JND, lo que se efectivizó.

Se presenta la JND, no oponiéndose a la escrituración proyectada y solicitando que, luego de satisfechos los créditos de los acreedores, se cobre con el remanente de lo obtenido.

## II. Nuestro informe

**1.** ¿Qué se enajena en el remate? ¿Qué se oferta en el edicto de remate? En el remate realizado en el expediente se ofertaron y remataron los derechos de promitente comprador sobre dos unidades de propiedad horizontal,

pues son los que se encontraban en el patrimonio del deudor de los gastos comunes que garantiza la hipoteca recíproca, iniciada la vía de apremio. Ahora bien, transcurrido el tiempo de la tramitación judicial en la ejecución, si nos remitimos a los hechos, tomando los datos cronológicamente, los bienes —derechos de promitente comprador— no se encontraban en el patrimonio del deudor en el momento del remate —venta en subasta pública—, pues se publican edictos el 1.10.2020, se inscribe el decomiso de bienes el 6.10.2020 y se realiza el remate el 5.11.2020. Esto, es en virtud del efecto que produce en los bienes lo dispuesto en el artículo 49 de la ley 19.574, de 20 de diciembre de 2017.

Los derechos de promitente comprador se encuentran embargados específicamente con fecha 1.9.2014 por el Juzgado Penal Especializado en Crimen Organizado; con fecha 11.9.2014, por la Dirección General Impositiva, y con fecha 12.9.2019, en los expedientes en los cuales se remataron los bienes, en virtud de la hipoteca recíproca inscripta el 28.1.2014. No hay embargos que afectan los derechos de promitente comprador que sean preferentes a la inscripción de la hipoteca recíproca. Por lo tanto, no se notificó el decreto de remate de fecha 5.8.2020 al Juzgado Penal Especializado en Crimen Organizado; su embargo es posterior a la fecha de la hipoteca recíproca; no es acreedor prioritario respecto a los gastos comunes (C. General del Proceso, art. 384.5).

El reglamento de copropiedad, en su cláusula decimoquinta, carga al propietario con el pago de los gastos comunes. En este caso, y conforme al artículo 1291 del Código Civil uruguayo, SHN, promitente comprador de las unidades, se encuentra obligado al pago de estos en virtud de la promesa de compraventa (en dicho contrato, el pago de los gastos comunes se traslada al promitente comprador).

Asimismo, el reglamento de copropiedad, con relación a la hipoteca recíproca pactada, establece que los deudores recíprocos renuncian a la prioridad que les concediera esa hipoteca si los acreedores son, entre otros, instituciones públicas, por todo el crédito, circunstancia a tenerse en cuenta a la hora de la liquidación del crédito pero que no es motivo de esta consulta.

**2.** ¿Qué efectos tiene la norma que dispone el decomiso de bienes? La ley 19.574, en su artículo 49, define el *decomiso*:

> El *decomiso* es la privación con carácter definitivo de algún bien, producto, instrumento, fondo, activo, recurso o medio económico por decisión del tribunal penal competente a solicitud del Ministerio Público, como consecuencia jurídica accesoria de la actividad ilícita. La providencia ejecutoriada que lo disponga constituirá título de traslación de dominio y se inscribirá en los registros públicos correspondientes.

Por su parte, el artículo 53 de dicha ley establece:

> (*Ámbito subjetivo*). El decomiso puede alcanzar los bienes enumerados en los artículos anteriores de los que el condenado, por alguno de los delitos

> previstos en los artículos 30 a 33 o de las actividades delictivas precedentes establecidas en el artículo 34 de la presente ley, sea el beneficiario final y respecto de cuya ilegítima procedencia no haya aportado una justificación capaz de contradecir los indicios recogidos en la acusación, siempre que el valor de los mencionados bienes sea desproporcionado respecto de la actividad lícita que desarrolle y haya declarado. Podrán ser objeto de decomiso el dinero, bienes, fondos, activos, recursos, medios económicos y los demás efectos adquiridos en un momento anterior a aquel en que se ha desarrollado la actividad delictiva del reo, siempre que el tribunal penal competente disponga de elementos de hecho aptos para justificar una conexión razonable con la misma actividad delictiva.
>
> A los fines del decomiso se considerará al condenado por los delitos previstos en los artículos 30 a 33 o las actividades delictivas precedentes establecidas en el artículo 34 de la presente ley, beneficiario final de los bienes, aun cuando figuren a nombre de terceros o de cualquier otro modo posea, a través de persona física o jurídica intermedia.
>
> La determinación y el alcance objetivo y subjetivo del decomiso serán resueltos por el tribunal penal competente.

Y el artículo 55, con relación a los terceros, dice: «(*Terceros de buena fe*). Lo dispuesto en los artículos 43 a 54 de la presente ley regirá sin perjuicio de los derechos de los terceros de buena fe».

Conforme a lo dispuesto en el artículo 59 de la mencionada ley, podemos concluir que la propiedad de los bienes objeto de decomiso corresponde a la JND:

> (*Titularidad y destino de los bienes decomisados*). Toda vez que se decomisen bienes, productos o instrumentos conforme con lo dispuesto en la presente ley, que no deban ser destruidos ni resulten perjudiciales para la población, el tribunal de la causa los pondrá a disposición de la Junta Nacional de Drogas, que tendrá la titularidad y disponibilidad de los mismos.
>
> Como regla general, tales bienes, productos o instrumentos serán enajenados mediante remate o cualquier otro medio que asegure la transparencia de la operación, a menos que por su naturaleza ello no resulte posible o se justifique en forma expresa la conveniencia u oportunidad de su conservación.
>
> El destino de los fondos y de los bienes que se hubiesen conservado se determinará por la Junta Nacional de Drogas, previo informe fundamentado de la Secretaría Nacional de Drogas y de la Secretaría Nacional para la Lucha contra el Lavado de Activos y el Financiamiento del Terrorismo […]

La oficina actuaria, en el informe de 3.12.2021, teniendo en cuenta lo dispuesto por los artículos 58 y 59 de la ley 19.574 precitada y 125 de la ley 18.046, de 24 de octubre de 2006, consideró necesario notificar de lo actuado en el expediente a la JND. Establece el artículo 58 de la ley 19.574:

> (*Devolución de bienes*). Si el tribunal penal competente tuviere elementos de convicción suficiente de que los bienes, productos o instrumentos incau-

> tados correspondieran a un tercero que hubiere resultado perjudicado como consecuencia de la comisión de los delitos previstos en los artículos 30 a 33 de la presente ley o de las actividades delictivas precedentes establecidas en el artículo 34 de la presente ley o correspondieran a la víctima de uno de estos delitos, no se procederá al decomiso, debiendo devolverse los bienes a su titular.

**3.** ¿Qué derechos tiene el mejor postor? Los mejores postores adquieren en el remate el derecho a escriturar los bienes adquiridos en él, siempre que hayan cumplido con sus obligaciones (pago del precio ofertado en el remate en los plazos legales estipulados). Los mejores postores compraron conforme a la oferta realizada por los edictos, con la información registral ampliada al 7.9.2020. Ahora bien, el que compra en remate, esto es, el que hace postura en el remate, acepta el título; a su vez, aprobada la integración del precio estipulado en la almoneda, se otorgará de oficio la escritura, en el plazo de treinta días (C. General del Proceso, arts. 390, párrafo tercero, y 387.7, párrafo sexto). Una vez depositado el saldo del precio, nace el derecho para el mejor postor de exigir la escrituración; en este caso, una cesión de derechos de promitente comprador por cada bien rematado. Pero el remate judicial no limita el derecho de propiedad: el ejecutado sigue siendo propietario del inmueble hasta que se otorgue la correspondiente escritura. El remate confiere derechos personales a los mejores postores para solicitar la transferencia de la cosa —los derechos de promitente comprador rematados, en el caso a estudio—, pero carece de eficacia traslativa de dominio (Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 6.º Turno, 1999). Para que se transfiera el dominio se requiere la compraventa «forzada», en la que el juez representará al último titular del bien.

**4.** ¿Corresponde escriturar? ¿A quién representa el juez? Al tratarse de una compraventa forzada, esta corresponde y es consecuencia de un proceso judicial, donde la voluntad del ejecutado no es tomada en cuenta; hay un decreto de aprobación del remate —3.246/2020, de 1.º de diciembre de 2020— inapelable, conforme lo dispuesto por la ley procesal (C. General del Proceso, artículo 387.6). De igual forma, una vez integrado el precio del remate, las normas procesales exigen la transferencia del dominio conforme las disposiciones referentes a la compraventa (en el caso a estudio, llamada «cesión de derechos de promitente comprador»; C. General del Proceso, art. 387.7). Por lo tanto, no cabe duda, a criterio de la informante, la procedencia de la escrituración judicial.

Al producirse el cambio de titularidad, el juez representará al último titular, esto es, la JND, organismo público debidamente notificado de lo actuado en autos y del remate realizado sobre sus bienes, y que no se no se opuso a lo actuado, pues la hipoteca recíproca graba al bien sin importar en las manos que se encuentre. Además, la inscripción de la resolución que dispone el decomiso fue posterior al decreto de remate.

## III. Conclusión

Atento a lo informado precedentemente, se concluye que es viable la escrituración judicial dispuesta (cesión judicial de derechos de promitente comprador). El juez, en virtud de lo dispuesto en el artículo 770 del Código Civil, representará a la JND.

Esc. Claudia Fernández Echeverry
Informante

### Bibliografía referida

Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 6.º Turno (1999). Sentencia 79/1999, de 21.4.1999. Olagüe (r.), Bossio, Hounie. En *La Justicia Uruguaya*, tomo 120 (set.-oct. 1999), caso 13.806, pp. 256-257.

Reunida la Comisión de Técnica Notarial Procesal, con la asistencia de los Escs. Gabriela Hormaizteguy, Claudia Fernández Echeverry, Verónica López Fernández, Beatriz Morales Bosch, Valeria De Paula y Martín Sosa Valerio, aprueba por unanimidad el informe que antecede, elaborado por la Esc. Claudia Fernández Echeverry.

Esc. Martín Sosa Valerio
Coordinador

*Informes aprobados por la Comisión Directiva Nacional de la AEU el 26.9.2023, expediente 2631/2022.*

# SOCIEDAD CONYUGAL. BIEN INMUEBLE. SUBROGACIÓN EN LA SOCIEDAD CONYUGAL

Resumen

*Para que un bien inmueble comprado durante la vigencia de la sociedad conyugal se subrogue a otro propio, deben cumplirse los requisitos de los artículos 1957 y siguientes del Código Civil; conforme a las normas de dicho código, que no admite la subrogación parcial o mixta, cumplidos aquellos requisitos, lo que se subroga es el inmueble como tal y no una parte suya. Si se manifestó el ánimo de subrogar en la escritura de venta del inmueble propio, el adquirido durante la vigencia de la sociedad conyugal, de mayor valor, tendrá igual carácter, y el cónyuge subrogante deberá a la sociedad el exceso del precio del nuevo bien; en caso contrario, no habrá habido subrogación real: el inmueble será ganancial, y la sociedad conyugal deberá la recompensa correspondiente.*

Informe: Civil

## Consulta

### I. Relación de hechos

**28.11.1997.** Por escritura que autorizara la Esc. AMGR, GMSY, casado con LMR, enajenó el padrón 1111 de Montevideo, el que había adquirido siendo soltero por el precio de USD 69.000 (la información surge del certificado del Registro de la Propiedad Inmueble; no se adjunta copia de dicha escritura).

**28.11.1997.** GMSY, casado con LMR, por escritura que autorizó el Esc. AIR, adquirió el inmueble padrón 2222 de Montevideo. El precio fue de USD 100.000. En dicha escritura (cláusula quinta), «declaran: […] **II.** GMSY, su ánimo de subrogar el bien de la relación por el padrón 1111 (bien propio) hasta la suma de 69.000 dólares». En las constancias de dicha escritura, el autorizante establece: «**I.** GMSY manifestó, de acuerdo con lo establecido en los artículos 1957 y 1958 del Código Civil, su ánimo de subrogar el bien objeto de esta compraventa por el padrón número 1111 de Montevideo, hasta la cantidad de sesenta y nueve mil dólares americanos, precio de venta de aquel». No se agrega la escritura de venta del bien propio, y el escribano no deja expresa constancia de que en ella se haya manifestado el ánimo de subrogar (salvo la referencia al art. 1958 del C. Civil).

### II. Consulta

¿Cuál es la naturaleza del inmueble padrón 2222?

## III. Opinión de los consultantes

Según los consultantes, hay tres posibles respuestas al caso planteado:

1) no operó la subrogación por no ser posible la subrogación parcial: el nuevo bien sería ganancial, y la sociedad conyugal debería una recompensa a GMSY;
2) operó la subrogación: el nuevo inmueble mantiene la naturaleza de propio, y el adquirente debería una recompensa a la sociedad conyugal;
3) se admite una subrogación parcial: el inmueble sería en parte propio (69 %) y en parte ganancial (31 %).

## Informe de la Comisión de Derecho Civil

El presente informe buscará dilucidar cuál de las tres posibles respuestas planteadas por los consultantes es la correcta, de acuerdo con nuestro ordenamiento jurídico.

Estamos frente a uno de esos casos a que se refería el profesor Eduardo Vaz Ferreira (1963: 362), cuando decía:

> El intérprete puede preguntarse si se produce o no la subrogación real, y la cuestión no se encuentra resuelta por el Código. Se presenta aquí el problema más difícil en materia de subrogación: buscar los principios que permitan decidir, en las situaciones no previstas por la ley, si la subrogación puede o no tener lugar.

Para la Real Academia Española, *subrogar* es «sustituir o poner a alguien o algo en lugar de otra persona o cosa».

Enseña la profesora Ema Carozzi (2011: 138):

> Según la sustitución se verifique en la persona o en la cosa, se hablará de subrogación *personal* o *real* […]. La subrogación real es la sustitución jurídica de un bien por otro, de tal modo que *el bien nuevo ocupe el lugar del antiguo para quedar sometido al mismo régimen jurídico* [destacado nuestro] […]. La misma está regulada, en nuestro código, como un instituto de excepción. Ello significa que fuera de las cuatro categorías previstas en la ley como casos de subrogación, esta no se produce.

Sabido es que las normas en materia de subrogación en la sociedad conyugal son de excepción y, por tanto, de interpretación estricta. Al respecto, dice Vaz Ferreira (1963: 366):

> Hemos visto que en otras materias se discute si las disposiciones sobre subrogación pueden o no extenderse por analogía; pero en materia de sociedad conyugal, es evidente que en nuestro código (que aquí sigue al chileno) la subrogación es de excepción y solo tiene lugar en los casos y mediante el cumplimiento de los requisitos previstos por la ley.

Por su parte, esta comisión (Asociación de Escribanos del Uruguay, 2021: 359-360) ha sostenido:

> Las disposiciones legales en materia de subrogación de bienes propios […] son de interpretación estricta, lo cual no nos exime de investigar si pueden extenderse a otros casos no previstos expresamente por el legislador.
>
> […]
>
> Esta comisión ha concluido que nuestro Código Civil se ciñe a la interpretación estricta en materia de subrogación real de bienes propios; excluye la integración analógica, lo cual no excluye *in limine* la interpretación extensiva.

En el mismo sentido se ha expresado nuestra jurisprudencia: «La subrogación es un instituto de excepción, en tanto se produce siempre y cuando se den los presupuestos establecidos por la ley» (Tribunal de Apelaciones de Familia de 2.º Turno, 2018: 433).

Ubicado el tema para dar respuesta a la consulta formulada, debemos, en primer lugar, verificar que se hayan cumplido los requisitos que nuestro Código establece para que opere la subrogación.

De las cuatro opciones que establece el Código Civil, estamos frente a la posibilidad de subrogar un inmueble por venta de uno propio y posterior compra de otro que, por efecto de la subrogación, ocupe el lugar de aquel. En el caso de que se hubieren cumplido los requisitos para que la subrogación opere, debemos evaluar si es posible en nuestro ordenamiento una subrogación parcial o hasta determinado monto y, en base a ello, dilucidar qué carácter tendría el inmueble comprado en el caso planteado.

En primer lugar, la subrogación exige que se manifieste la voluntad de subrogar, la que en el caso de la compraventa de inmuebles debe ser doble: debe plasmarse en la venta del inmueble propio y en la compra del que lo subroga. En efecto, dispone el artículo 1958 del Código Civil (inc. 1.º):

> Para que un inmueble se entienda subrogado a otro inmueble de uno de los cónyuges, es necesario que le segundo se haya permutado por el primero; o que, vendido el segundo durante el matrimonio, se haya comprado con su precio el primero; y que en la escritura de permuta o en las escrituras de venta y de compra, se exprese el ánimo de subrogar.

La disposición es clara en cuanto a que dicho ánimo debe aparecer expresamente manifestado en *ambas* escrituras. Al respecto, nuestra doctrina es conteste en que es suficiente con que en la escritura de venta se exprese genéricamente el ánimo de subrogar, sin especificar cuál será el bien subrogante, mientras que en la de compra debe decirse cuál es el bien subrogado (Vaz Ferreira, 1963: 373; Carozzi, 2011: 144).

En el caso en consulta, el ánimo de subrogar de GMSY está expresado en la escritura de compra, en la cláusula quinta («[…] declaran: […] II. «GMSY, su ánimo de subrogar el bien de la relación por el padrón 1111 (bien propio) hasta la suma de 69.000 dólares». En cuanto a la manifestación de dicho ánimo en la escritura de venta del inmueble 1111, que tenía carácter de propio, debemos aclarar que no fue posible aportar por parte

de los consultantes copia de esta escritura; solo contamos con la constancia que al respecto plasmó el escribano autorizante de la escritura de compra del padrón 2222, quien en su constancia «I» estableció: «GMSY manifestó, de acuerdo a lo establecido en los artículos 1957 y 1958 del Código Civil, su ánimo de subrogar el bien objeto de esta compraventa por el padrón número 1111 de Montevideo, hasta la cantidad de sesenta y nueve mil dólares americanos, precio de venta de aquel bien».

En opinión de este informante, la redacción de dicha constancia deja más dudas que certezas. En primer lugar, las normas citadas no habilitan a establecer una «cantidad» hasta la cual subrogar. En segundo lugar, no se establece claramente que haya manifestado el ánimo de subrogar en la escritura de venta, como lo exige nuestro Código; la redacción y los tiempos verbales empleados dan a entender que se refiere a la manifestación realizada en la compra, pero nada dice sobre que se haya manifestado dicho ánimo en la venta.

Si efectivamente se hubiere cumplido con dicho requisito en la escritura de venta, debemos interpretar el alcance de la expresión «hasta la suma de […]».

Como dijimos, las normas en materia de subrogación en sede de sociedad conyugal son de interpretación estricta. Por ello, no es posible la interpretación por analogía, por ser «la subrogación de excepción y solo tiene lugar en los casos y mediante el cumplimiento de los requisitos previsto por la ley» (Vaz Ferreira, 1963: 366). Tampoco creemos que sea posible una interpretación extensiva:[47] no estamos frente a un «caso concreto carente de regulación».[48] Por el contrario, las disposiciones hablan de que «no es ganancial el inmueble subrogado debidamente a otro inmueble» (C. Civil, art. 1957); «Para que un inmueble se entienda subrogado a otro inmueble […]» (C. Civil, art. 1958); «Si se subroga una finca a otra […]» (C. Civil, art. 1959). Parece claro que para nuestra ley (en forma coherente con el propio concepto de subrogación), es el inmueble —«inmueble» en consideración a su naturaleza (Asociación de Escribanos del Uruguay, 2015: 410)— lo que se subroga y no una parte de este.[49]

En este orden de ideas, nuestro Código, a diferencia del español, que previó en forma expresa la subrogación parcial o mixta —«Los bienes adquiridos mediante precio o contraprestación, en parte ganancial y en parte privativo, corresponderán proindiviso a la sociedad de gananciales y al cónyuge o cónyuges en proporción al valor de las aportaciones respectivas» (art. 1354)—, optó por una solución diferente, lo que se ve confirmado por la regla de proporcionalidad establecida en el inciso final del

47 Sobre interpretación extensiva, véase Molla (2001: 224).

48 Ibídem.

49 No se trata el presente de un caso de subrogación de cuota parte indivisa, la que a juicio de esta comisión es posible si se cumplen los demás requisitos legales. Ver al respecto Asociación de Escribanos del Uruguay (1997: 278 y ss.).

artículo 1959.[50] Por lo tanto, entendemos que no es posible la subrogación parcial o mixta, ya que lo que se subroga es el inmueble como tal, siempre que se cumpla con la proporcionalidad establecida por la norma citada.

De la documentación aportada, y con las limitaciones señaladas, podría interpretarse que, más allá de la indicación de «hasta la suma de […]», el ánimo de subrogar fue manifestado por el cónyuge GMSY en la escritura de compra, al indicar cuál era el inmueble que se subrogaba; si se probara que manifestó también dicho ánimo en la escritura de venta, se habría cumplido con el requisito legal.

El segundo requisito está establecido, como fuera señalado, en el artículo 1959 del Código Civil, que, para el caso, determina:

> Si se subroga una finca a otra y el precio […] de compra de la nueva finca excediese el precio de venta de la antigua, el cónyuge subrogante deberá este exceso a la sociedad.
>
> […]
>
> Pero no se entenderá haber subrogación cuando el saldo en favor o en contra de la sociedad excediera la mitad del precio de la finca que se recibe […].

De acuerdo con la documentación presentada —escritura de compra e información registral de la venta—, el precio de venta del inmueble propio padrón 1111 fue de USD 69.000, y el de compra del padrón 2222, de USD 100.000, por lo que este segundo requisito estaría dentro de lo previsto por la norma referida. Como lo establece dicha norma, el cónyuge subrogante debe el exceso a la sociedad.

De cuanto viene de exponerse, parece claro que el Código patrio, fiel a su coherencia y simpleza, contempla en las normas de la subrogación real en sede de sociedad conyugal los principios fundamentales de la prohibición del enriquecimiento sin causa y de la proporcionalidad, desarrollo que excede el presente informe.[51]

## Conclusiones

1. Para que un bien inmueble comprado durante la vigencia de la sociedad conyugal se subrogue a uno propio, deben cumplirse los requisitos establecidos en los artículos 1957 y siguientes del Código Civil.
2. Conforme a las normas de dicho código, que no admite la subrogación parcial o mixta, cumplidos los requisitos que él establece, lo que se subroga es el inmueble como tal y no una parte de este.
3. Si se probara que efectivamente se manifestó el ánimo de subrogar en la escritura de venta del inmueble que era bien propio, el padrón 2222 se habría subrogado al padrón 1111, manteniendo tal carácter, y el cónyuge subrogante debería a la sociedad conyugal el exceso del precio de la compra del nuevo bien. En caso contrario, no

50 Conf. Anido (2015: 108).

51 Ver al respecto Anido (2015).

se habría cumplido con los requisitos establecidos para que proceda la subrogación real: el inmueble sería ganancial, y la sociedad conyugal debería la recompensa correspondiente.

Esc. Diego Séré Turturiello
Informante

## Bibliografía referida


Anido Bonilla, Raúl (2015). «De la subrogación real en la sociedad conyugal». En *Anuario Uruguayo Crítico de Derecho de Familia y Sucesiones*, tomo III, pp. 93-109.

Asociación de Escribanos del Uruguay (1997). Comisión de Derecho Civil (informe de la comisión). «Subrogación en la sociedad conyugal. Precio. Moneda extranjera. Subrogación real. Cláusula en moneda extranjera. Obligaciones en moneda extranjera». En *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, tomo 83, n.º 1-12 (ene.-dic.), pp. 278-280.

— (2015). Comisión de Derecho Civil (informante: Gustavo Echavarría). «Subrogación en la sociedad conyugal. Mutuo disenso. Compraventa. Subrogación real. Distracto. Mutuo desistimiento. Resciliación. Ventas». En *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, tomo 101, n.º 1-12 (ene.-dic.), pp. 403-411.

— (2021). Comisión de Derecho Civil (informantes: Laura Parnás y Gustavo Echavarría). «Subrogación. Promesa de compraventa. Promesa de enajenación de inmuebles a plazo. Bien ganancial. Bien propio. Naturaleza jurídica». En *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, tomo 107, n.º 1-12 (ene.-dic.), pp. 356-367.

Carozzi, Ema (2011). *Manual de la sociedad conyugal*, 6.ª ed. act. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.

Molla Camacho, Roque (2001). «La interpretación y aplicación del derecho como manifestación de la función notarial creadora de derecho». En *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, tomo 87, n.º 7-12 (jul.-dic.), pp. 211-235.

Tribunal de Apelaciones de Familia de 2.º Turno (2018). Sentencia 120/2017, de 21.6.2017. Cavalli (r.), Bendaham, Díaz Sierra. En *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, tomo XLVIII, pp. 433-434.

Vaz Ferreira, Eduardo (1963). *Tratado de la sociedad conyugal*, tomo I, 2.ª ed. rev. Montevideo: Martín Bianchi Altuna.


La Comisión de Derecho Civil, integrada por los Escs. M.ª Valentina Almirón, Karen Bonner, Analía Cánepa, M.ª Inés Casatroja, Daniella Cianciarulo, Marcela de los Santos, Gustavo Echavarría, Priscila Ferreira, Agustina Ferreira, Nicolás García Rodríguez, Carlos Groisman, José Illia, Rossana Ivanier, M.ª de Lourdes Mainé, M.ª del Rosario

Marchese, M.ª Valentina Martínez Jaime, Roque Molla, M.ª Alejandra Portillo, M.ª del Pilar Ramírez, Patricia Rivas, Diego Séré, Adriana Silva, M.ª Beatriz Vázquez, Carolina Vercellino y Juan Pablo Villar, aprueba el informe que antecede.

Escs. Roque Molla y Juan Pablo Villar
Coordinadores

*Informe aprobado por la Comisión Directiva Nacional de la AEU el 26.9.2023, expediente 2766/2023.*

## PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA. DERECHOS DEL PROMITENTE COMPRADOR

Resumen

*El promitente comprador es poseedor desde el momento de la ocupación: tiene la cosa por una causa posesoria, es decir, sin tener la obligación de devolverla, como acontece en la hipótesis de mera tenencia. Sus derechos son suficientes para configurar una prescripción adquisitiva.*

Informe: Civil

### Consulta

### I. Relación de hechos

**1979.** Por documento privado cuyas firmas fueron certificadas en Montevideo el 10.5.1979 por el Esc. TR, los señores: *a*) Ricardo, casado con Julia Elena; *b*) Angélica, viuda de sus únicas nupcias con José; *c*) Joaquín, casado en únicas nupcias con Susana; *d*) Albana, casada en únicas nupcias con Walter; *e*) Faustina, casada en únicas nupcias Juan Carlos; *f*) Carlos, casado con Elena; *g*) Sara, casada en únicas nupcias con Carlos; *h*) Angélica María, casada con Iván; *i*) José, soltero; *j*) Francisco, casado en únicas nupcias con Gabriela; *k*) Julia, casada en únicas nupcias con Juan Carlos; *l*) Graciela, divorciada de sus únicas nupcias con Enrique; *m*) Juan Miguel, casado con Mireya; *n*) M.ª Magdalena, casada en únicas nupcias con Juan Luis; *o*) José Luis, casado con Inés; *p*) Rafael Leandro, soltero, y

*q*) Franklin Pablo, casado con Rosina, todos, representados por Ricardo (*a*) y Angélica (*b*) —quienes, además, comparecieron por sí—, prometieron vender los bienes objeto de consulta a Juan G., soltero.

En la certificación de firmas se controla un poder general que recíprocamente se confirieron, otorgado ante el Esc. BB el 5.1.1978.

**Procedencia de los bienes**

— Los comparecientes señalados desde la letra *a* hasta la *g* los adquirieron en la adjudicación de bienes quedados a la disolución de diversas sociedades anónimas el 18.10.1971, ante el Esc. LM (escritura debidamente inscripta).
— Los comparecientes señalados desde la letra *h* hasta la *l* adquirieron los bienes en la sucesión de José Felipe, sin perjuicio de los derechos de su cónyuge, Angélica María (*b*), por sus gananciales.
— Los señalados desde la letra *m* hasta la *q* los adquirieron en la sucesión de Juan Luis, sin perjuicio de los derechos por los gananciales de M.ª Magdalena (*n*).

**1991.** Juan G., soltero, cedió la promesa referida en favor de Ramón R., divorciado de sus únicas nupcias con Teresita, según documento privado cuyas firmas fueron certificadas en Montevideo el 3.2.1991 por el Esc. TR y protocolizado por la Esc. EB el 27.5.2011.

Por certificados notariales de la Esc. EB del 16.6.2012 y del 24.6.2012, surge el control de:

— Poder general autorizado por el Esc. CB el 5.1.1978 por el que Joaquín y Susana, Ricardo y Julia Elena, Albana y Walter, Faustina y Juan Carlos, Carlos y Elena, Sara y Carlos, Angélica e Iván, M.ª Magdalena e Ignacio, José Joaquín, Francisco y Angélica confirieron poder a Ricardo y Angélica. Este poder comprende a algunos de los comparecientes y sus esposos.
— Escritura de poder especial por el cual Julia Elena otorgó poder a Angélica María ante la Esc. IT el 31.8.1977.
— Escritura de poder especial por el cual Graciela María otorgó poder a Angélica María ante la Esc. IT el 31.8.1977.

**2011.** Por documento privado cuyas firmas certificó y protocolizó en Montevideo la Esc. EB el 6.9.2011 y cuyo primer testimonio fue inscripto en forma simultánea con los documentos anteriores, Ramón R., soltero, cedió los derechos emergentes de la promesa referida en favor de ARC S. A.

**2013.** Por escritura judicial autorizada por el Esc. CAR en Montevideo el 30.4.2013 cuya primera copia fue inscripta en el Registro respectivo, se otorgó escritura judicial de compraventa en cumplimiento de la referida promesa en favor de ARC S. A.

## II. Consulta

Con relación a la documentación referida, la consultante detalla las siguientes omisiones en la promesa del año 1979:

— Se omitió la comparecencia de una titular del bien, M.ª Magdalena, quien lo había adquirido en la sucesión de su padre, Juan Luis, con los demás comparecientes señalados de las letras *m* a la *q*.
— Se omitió controlar los poderes conferidos por algunos de los promitentes vendedores a los apoderados.
— En la comparecencia, se padeció error en cuanto al estado civil de una compareciente: se dice «casada en únicas nupcias», cuando en realidad era viuda.

## III. Opinión de la consultante

La consultante expresa que la falta de consentimiento de una coheredera supone condominio con quien hoy es el último adquiriente. El tiempo transcurrido —44 años— operaría como una prescripción adquisitiva, proceso que deberá iniciar el último titular. Argumenta que la compraventa judicial efectuada subsanaría las falencias de los títulos anteriores. Cita, además, las dos corrientes sobre este punto: la *contractual* y la *publicista*.

### Falta de poder

Sería aplicable el principio de la conservación del contrato (C. Civil, art. 1300). Cuando la cláusula puede entenderse en dos sentidos diversos, ya sea por la validez o por la nulidad, el articulo 1300 manda que deba entenderse por la primera. En cuanto el escribano certificante expresa «todos los comparecientes», podríamos estar en el supuesto del poder verbal, subsanado en el tiempo por el artículo 291, inciso final, de la ley 18.362, de 6 de octubre de 2008.

### Error en el estado civil de una de las comparecientes

El artículo 131 del Reglamento Notarial determina que los elementos individualizantes de los otorgantes y demás sujetos intervinientes se reputarán referidos a las declaraciones que estos hayan hecho al escribano, y que solo ellos son responsables de su veracidad. En este caso en particular, quien comparece es un apoderado, declarando el estado civil de sus mandantes. El escribano subsanaría el error en la comparecencia con lo expresado en su cláusula quinta, en cuanto relaciona la procedencia, de la que surge que la compareciente era viuda.

## Informe de la Comisión de Derecho Civil

Para abordar el tema objeto de consulta es necesario estudiar los diversos negocios obligacionales en virtud de los que se fue transfiriendo el dominio de los bienes desde hace más de veinte años. En el transcurso de ese tiempo nos encontramos con una promesa, varias cesiones y una escritura judicial de compraventa. Surge, de todos los referidos documentos, la integración total del precio pactado y su respectiva carta de pago.

Cabe preguntarse si el promitente comprador puede revestir la calidad de poseedor y, por lo tanto, si puede o no oponer la prescripción adquisitiva, punto sobre el que se han sostenido distintas posiciones en doctrina y jurisprudencia.

La *doctrina tradicional*, seguida de la jurisprudencia, trataba al promitente comprador como mero tenedor. En tal concepto, se consideraba que este reconocía al propietario como poseedor y, por consiguiente, no podía prescribir. Se argumentaba que el ingreso al bien se había producido sobre la base de un contrato de promesa de venta en el que se pactó la tenencia del bien por el promitente comprador; dicho contrato es incompatible con la idea de posesión (Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 3.er Turno, 1980). Esta posición conducía a que, en los hechos, existieran casos de injusticia, ya que le negaba la posibilidad de prescribir al promitente comprador que había ocupado el bien por más de treinta años —en esa época—, mientras que se lo permitía a aquel que había ocupado el bien en carácter de usurpador.

La evolución de nuestro derecho hace que aparezcan nuevas tendencias y provoca un viraje en la jurisprudencia. En tal sentido, surge una *posición intermedia*, con una postura dominante en la jurisprudencia, a partir de un dictamen del fiscal Piaggio Soto, citada en sentencia redactada por el magistrado Alonso de Marco (Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 4.º Turno, 1991: 278) en la que se sostuvo que una vez cumplido el contrato de promesa y agotadas o prescriptas las obligaciones del adquirente, más la conducta y fama del dueño, que habitualmente asume el ocupante ante el enajenante, vecinos y terceros, se produce la *interversión* del título, y puede considerarse a los ocupantes con posesión hábil para adquirir la propiedad por usucapión. La postura tradicional, que negaba a la promesa la calidad de justo título, fue siendo abandonada progresivamente por esta postura, que consideraba que una vez integrado el precio, la calidad de mero tenedor muta a poseedor.

La doctrina, a su vez, según cita de Arturo Yglesias (1991) al profesor Eugenio Cafaro, sostenía que la prescripción del promitente comprador corre en tanto se haya pagado el precio, en atención, justamente, a la razón por la que en la promesa se difiere la trasmisión del dominio. Para esta línea de pensamiento, había dos variantes: *a*) la que sostenía que a partir de que se pagaba todo el precio, el promitente comprador comenzaba a

poseer sin retroactividad al momento de la ocupación, y *b*) la que consideraba que a partir de que se pagaba todo el precio, el promitente comprador comenzaba a poseer, pero con retroactividad al momento de la ocupación del inmueble o del otorgamiento de la promesa (Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 6.º Turno, 1999: 191).

Con posterioridad surgió una *nueva postura*, que es la predominante en la actualidad en doctrina y jurisprudencia. En tal sentido, Yglesias sostuvo que el promitente adquirente es poseedor desde la ocupación y puede adquirir el dominio por prescripción, incluso aunque adeude parte del precio. El argumento que escogió esta postura radica en que el ánimo de dueño consiste en tener una causa de posesión, y esta existe siempre que se tenga la cosa sin una causa de mera tenencia. En otros términos: es poseedor todo aquel que tiene la cosa sin la obligación de devolverla. Si la causa de vinculación con la cosa no contiene la obligación de restituirla, estamos ante una causa de *posesión civil*, entendiendo por tal aquella que da derecho a interponer las acciones posesorias y excepción de prescripción. El promitente comprador es poseedor desde el momento de la ocupación —con independencia de la terminología que se haya utilizado en la redacción del contrato: «tenencia», «ocupación», «posesión»— porque tiene la cosa por una causa posesoria, es decir, sin tener la obligación de devolverla, como acontece en la hipótesis de mera tenencia. Howard (2015: 562 y ss.) adhiere a la posición de Yglesias (2008: 129 y ss.; Gamarra *et al.*, 2006: 147 y ss.; Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 3.er Turno, 2018: 388; Tribunal de Apelaciones de Familia de 2.º Turno, 2017; Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 4.º Turno, 2014*a*: 484, 2014*b*: 395).

En esta misma línea de pensamiento, los escribanos Roque Molla y Carlos Groisman entienden que el promitente comprador es poseedor y puede adquirir el dominio por prescripción, siempre que acredite la extinción de las obligaciones de pagar el precio; y ello, con retroactividad al momento de la ocupación.

Se considera, además, que la calidad de poseedor se desprende del texto de la ley 8.733, de promesa de enajenación de inmuebles a plazos, de 17 de junio de 1931, en concordancia con las normas previstas en el Código Civil en sede de dominio y posesión.

Con relación al tema, Walter Howard opina que si se admite que puede usucapir el mero usurpador que ingresó al bien sin título alguno que fundamente su posesión, con mayor razón debe admitirse que lo haga quien ingresó al bien en virtud de un pacto celebrado con quien es su titular y en el cual no existe obligación de devolverlo, y, eventualmente, ha pagado un precio por ello. No obstante, Howard (2015: 562) opina que la promesa de enajenación no permite abreviar la usucapión, aun cuando se considere que aquella es título hábil y el adquirente es poseedor de buena fe, contrariamente a lo que opina Yglesias, quien entiende que en el caso planteado es viable la usucapión abreviada.

La adquisición por prescripción adquisitiva tiene lugar de forma automática, *ex lege*, *ipso jure*, por la posesión acompañada con los requisitos y el tiempo establecido por la ley. Es así como el artículo 1196 del Código Civil consagra que, para que se produzca la prescripción, debe tratarse de una posesión continua y no interrumpida, pacífica, pública, no equívoca y en concepto de propietario. Y las cosas son así, porque la prescripción no solo es un modo de adquirir el dominio, sino también un modo de extinguir los derechos y acciones ajenos (C. Civil, art. 1188).

De acuerdo con el artículo 1211 del Código Civil, con la redacción dada por la ley 19.889, ley de urgente consideración (LUC), de 9 de julio de 2020, «la propiedad de los bienes inmuebles y los demás derechos reales se prescriben por la posesión de veinte años, sin necesidad de parte del poseedor de presentar título y sin que pueda oponérsele la mala fe, salvo la establecida en el artículo 633». En la prescripción de veinte años —antes de la promulgación de la LUC, prescripción treintenaria— para nada interesan —lo aclara expresamente, incluso, la parte final del artículo 1211 del Código Civil— ni el justo título ni la buena fe: interesa únicamente «la posesión» y su cumplimiento con los requisitos legales.

## Aplicación al caso concreto

En el caso concreto podemos decir que, ante la eventual acción reivindicatoria que pretendiera iniciar la coheredera cuyo consentimiento se omitió en el compromiso de compraventa del año 1979, el actual titular del inmueble puede oponerle la excepción de prescripción adquisitiva, por haberlo poseído —por sí y sus predecesores— durante más de veinte años (C. Civil, art. 1211). La misma conclusión vale ante la posibilidad de que algunos de los promitentes vendedores no hubieran conferido poder de representación para celebrar el compromiso de compraventa.

El proceso judicial de prescripción adquisitiva no es necesario para adquirir un bien por prescripción. Como manifiesta COUTURE, el proceso declarativo de prescripción adquisitiva tiene un propósito documental. No obstante, puede considerarse su tramitación a los efectos probatorios. Las conclusiones extrajudiciales sobre la posibilidad de oponer la prescripción adquisitiva son efectuadas a través de razonamientos inductivos basados en un grado de probabilidad razonable, no en certezas, debido a que los documentos no demuestran por sí solos el hecho de la posesión material sobre el inmueble.

En el caso, entendemos que de la prueba documental resulta, con un grado de probabilidad suficiente, que el titular puede oponer la prescripción adquisitiva frente a una eventual acción reivindicatoria promovida por un titular anterior al otorgamiento del compromiso de compraventa. Por tal razón, estimamos que, en el caso concreto, no es necesario iniciar un proceso judicial de prescripción adquisitiva.

Con respecto a la errónea declaración de estado civil de una compareciente, esta no repercute en la titulación del bien, en mérito a lo expuesto precedentemente, y más aún por el hecho de que tal declaración errónea no varió el origen del bien. De conformidad a lo dispuesto por el artículo 131 de la acordada 7.533, «los elementos de individualización de los otorgantes se reputarán referidos a las declaraciones que estos hayan hecho al escribano, y de su veracidad, solo ellos son responsables».[52]

## Conclusión

En principio, el actual titular de los bienes se encuentra en condiciones de oponer la usucapión ante cualquier reclamo anterior, sin necesidad de solicitar una sentencia judicial de prescripción.

Esc. Carolina Vercellino
Informante

## Bibliografía referida


Asociación de Escribanos del Uruguay (1991). Comisión de Derecho Civil (informante: Raúl Anido). «Prueba del estado civil. Error. Estado civil». En *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, tomo 77, n.º 7-12 (jul.-dic.), pp. 337-339.

— (2022). «Estado civil. Porción conyugal. Promesa de compraventa. Bien ganancial». En *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, tomo 108, n.º 1-12 (ene.-dic.), pp. 253-259.

Gamarra, Jorge; Larrañaga, Luis; Gamarra, Raúl, y Gamarra, Jorge Luis (2006). *Tratado de derecho civil uruguayo*, tomo iv, 5.ª ed. act. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.

Howard, Walter (2015). *Modos de adquirir*, 3.ª ed. ampl. Montevideo: Universidad de Montevideo.

Larrañaga, Luis; Gamarra, Raúl; Muñoz, Elena, y Collazo, Gabriel (2000). «Posesión del promitente adquirente». En *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, tomo xxx, pp. 605-615.

Tribunal de Apelaciones de Familia de 2.º Turno (2017). Sentencia 2/2017. Cavalli Asole (r.), Martínez Calandria, Pera Rodríguez.

Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 3.er Turno (1980). Sentencia de 1.9.1980. Torello (r.), Echart, Clavijo. En *La Justicia Uruguaya*, tomo lxxxii, caso n.º 9.425.

— (2018). Sentencia 173/2017, de 22.11.2017. Opertti (r.), Alonso Flumini, Kelland. En *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, tomo xlviii, pp. 388-389.


52 Consultas similares: Asociación de Escribanos del Uruguay, 1991: 337; 2022: 253 y ss.

Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 4.º Turno (1991). Sentencia 102/1990, de 20.8.1990. Alonso de Marco (r.), Perera, Van Rompaey, Burella (discorde). En *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, tomo xxi, pp. 278-279.
—(2014*a*). Sentencia 69/2013, de 8.5.2013. Gatti Santana (r.), Maggi Silva, Turell Araquistán. En *Doctrina y Jurisprudencia de Derecho Civil*, tomo ii, pp. 484-485.
— (2014*b*). Sentencia 173/2013, de 8.5.2013. Gatti (r.), Turell Araquistán, Maggi Silva. En *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, tomo xliv, pp. 395-396.
Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 6.º Turno (1999). Sentencia 128/1998, de 24.6.1998. Bossio (r.), Hounie, Olagüe. En *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, tomo xxix, caso n.º 506.
Yglesias, Arturo (1991). «Posesión del promitente comprador». En *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, tomo xxi, pp. 519-528.
— (2008). *Derecho de las cosas*, tomo ii, vol. 2, 2.ª ed. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.

## Posición de los Escs. Carlos Groisman y Roque Molla

Los Escs. Groisman y Molla aprueban el informe que antecede, con la salvedad de que no comparten la posición —hoy mayoritaria en doctrina y jurisprudencia— de que el promitente comprador que no ha integrado el precio pueda prescribir por ser poseedor desde la entrega del bien por parte del promitente vendedor. En su opinión, el error de tal posición consiste en considerar al promitente comprador como poseedor en términos del Código Civil. En efecto, el régimen de la ley 8.733, modificativas y concordantes es diferente al del Código Civil. La ley referida, más allá de las críticas que ha formulado la doctrina, estableció una forma de contratación que permite el pago del precio y la entrega de la cosa con anterioridad a la transferencia del dominio del bien. Se trata de una situación similar a la compraventa con pacto de reserva de dominio, admitida por otros ordenamientos, pero a la que el Código Civil no asigna otro efecto que el de que, en caso de incumplimiento del promitente comprador del pago del precio, el promitente vendedor tenga la opción de exigir el cumplimiento o la resolución del contrato (C. Civil, art. 1732). De esta manera, la entrega de la cosa al promitente comprador, que no es preceptiva, no puede darle la calidad de poseedor en el concepto que de este brinda el Código Civil, sino de tenedor del bien, reconociendo que el promitente vendedor es el propietario. En realidad, se trata de una posesión en sentido lato pero no estricto.

Recién cuando se integre totalmente el precio podrá pretender el promitente comprador prescribir, porque, como expresa Cafaro, se habrá producido un vaciamiento del contenido del derecho de propiedad del promitente vendedor, y retroactivamente. ¿Por qué «retroactivamente»? Porque el

promitente vendedor mantiene la posesión y el ánimo de dueño mientras se mantenga el fundamento de tener la posesión, garantía consagrada por la ley; pero una vez integrado el precio, desaparece el fundamento. Así, el promitente comprador al que se le entregó la cosa la tiene a título de tal, con características distintas al del mero tenedor o poseedor del Código Civil y reconociendo en el promitente vendedor la calidad de propietario, no como ocurre con el poseedor del Código Civil, que posee la cosa controvirtiendo tal calidad respecto del propietario.

Escs. Carlos Groisman
y Roque Molla

La Comisión de Derecho Civil, integrada por los Escs. M.ª Valentina Almirón, Américo Bianchi, Karen Bonner, M.ª Laura Calcaterra, Javier Carneiro, M.ª Inés Casatroja, Daniella Cianciarulo, Gustavo Echavarría, Priscila Ferreira, Agustina Ferreira, Nicolás García Rodríguez, Alicia González Bilche, Carlos Groisman, José Illia, Rossana Ivanier, Mónica Jover, M.ª de Lourdes Mainé, M.ª del Rosario Marchese, M.ª Valentina Martínez Jaime, Roque Molla, Javier Parga, Laura Parnás, M.ª Verónica Peláez, Paola Pólito, M.ª Alejandra Portillo, Margarita Puertollano, Ana Realini, Patricia Rivas, Diego Séré, Adriana Silva, Mariella Spagnolo, Verónica Ubillos, M.ª Beatriz Vázquez, M.ª Carolina Vercellino y Juan Pablo Villar, aprueba el informe que antecede.

Escs. Roque Molla y Juan Pablo Villar
Coordinadores

*Informe aprobado por la Comisión Directiva Nacional de la AEU el 26.9.2023, expediente 2825/2023.*

# ESCRIBANOS. IMPARCIALIDAD. FUNCIÓN NOTARIAL

Resumen

*Según la reglamentación legal de la profesión, la doctrina y la deontología notarial, el escribano debe actuar con imparcialidad, informando y asesorando a ambas partes, y así asegurarles estar contratando en conocimiento del alcance de los derechos y de las obligaciones asumidas, así como de sus consecuencias jurídicas.*

## Informe: Notarial

## Consulta

Por oficio del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil de … Turno, y a solicitud de parte actora en autos IUE …/2022, se solicita a la AEU informar respecto de la forma de actuar de un escribano conforme al Reglamento Notarial; en especial, cuando dicho profesional actúa como escribano de ambas partes, en cuanto a la objetividad que debe mantener y el deber de informar a su cliente sobre los pormenores y riesgos del negocio que autoriza. A la consulta se agregan los siguientes documentos.

**1.** *Copia de escritura de paga por entrega de bienes* autorizada el 27.4.2022 por el Esc. DEM, mediante la cual DIGR enajena a su madre, RMRM, el terreno con construcciones padrón 555 de la ciudad de T. con una superficie de 671 metros, con frentes a la Avda. AAA y a la calle BBB. En dicha escritura se relaciona como antecedentes la asistencia financiera efectuada por RMRM a DIGR en numerosas ocasiones y con diferentes partidas, documentada en 34 vales; el primero, de fecha 24.8.2012, y el último, de fecha 16.2.2022, todos ellos vencidos, totalizando la suma de UYU 7.497.098 y USD 19.000. Se estima, de común acuerdo, el valor del bien enajenado en USD 70.000.

**2.** *Escrito de demanda de acción pauliana* entablada el 9.11.2022 ante el Juzgado Letrado Civil de … Turno por la empresa MF S. A. contra las nombradas otorgantes. Relaciona como antecedentes:

*a*) Ante el Juzgado Letrado Civil de … Turno, MF S. A. tiene entablado juicio ejecutivo por descuento de cheques que resultaron sin fondos contra la empresa R S. A. y DIGR; esta última, accionista e integrante del directorio y fiadora solidaria de dicha empresa —que, a su vez, se encuentra en proceso de concurso necesario—, habiendo obtenido sentencia de condena notificada el 13.10.2022.
*b*) La actora aduce que la enajenación fue fraudulenta, en virtud del conocimiento de la insolvencia de R S. A. por parte de DIGR y el perjuicio a MF S. A. en su calidad de acreedora.

*c*) Alude presentar fotocopia simple de declaración de bienes de DIGR del 1.10.2021 con certificación del Esc. DEM, incluyendo un patrimonio integrado por el 50 % del inmueble padrón 111 del departamento de T.; el 75 % de los derechos de promitente comprador del inmueble padrón 222/701 del departamento de M.; el inmueble padrón 333 del departamento de T., hipotecado a favor del Banco de la República Oriental del Uruguay (BROU); el 50 % del inmueble rural padrón 444 del departamento de T., y el padrón 555 del departamento de T., que es objeto de la demanda.

*d*) La actora manifiesta que «una vez acaecido el no pago de la deuda asumida, esta parte solicita información registral a los efectos de confirmar los datos aportados por el Esc. DEM», y que de dicha información surge «no solo la enajenación que se ataca en este expediente, sino, además, la constitución de dos hipotecas respecto del inmueble padrón 444, lo que determina no solo una disminución del patrimonio de la deudora, sino también que el certificado contenga información falsa» (este último aserto no es verificable por no constar en los documentos agregados a la consulta dicha fotocopia de declaración de bienes ni las fechas de las inscripciones de las hipotecas referidas).

*e*) La actora concluye que el único fin de DIGR al otorgar la dación en pago fue el de insolventarse, con pleno conocimiento también de la situación de insolvencia por parte de su madre, RMRM, quien debió haber sido informada por el Esc. DEM de dicha situación. De no haberlo hecho, el profesional habría incurrido en grave falta deontológica. Hace caudal, asimismo, entre otros argumentos, el hecho de que en la dación en pago, el inmueble se estimó en USD 70.000, cuando en la declaración de bienes se avaluó en USD 247.000.

**3.** *Escrito de contestación de la demanda presentado por RMRM*. En síntesis, manifiesta:

*a*) Que efectuó varios préstamos a su hija, según transferencias bancarias que relaciona (incluye sus montos y fechas —coincidentes con la relación de vales efectuada en la escritura—, cuentas de origen y cuentas de destino, acreditando la trazabilidad de los fondos con copia de los estados de cuentas bancarias); que desconocía el uso que su hija daba a los fondos, y que, estando próxima a su jubilación, deseaba invertir en un inmueble, por lo que solicitó su reintegro, acordando la dación en pago ante la imposibilidad de aquella de devolver las sumas en efectivo.

*b*) Que para el otorgamiento de la escritura consultó al Esc. DEM, por ser de su confianza, sin contraposición de intereses entre ella y su hija, y que la estimación del valor del inmueble efectuada en la escritura lo fue a los solos efectos notariales.

*c*) Que desconocía la situación de iliquidez de su hija y de la empresa R S. A., a la que no se encuentra vinculada, y que a la fecha de la escritura, el escribano de su confianza, profesional de reconocida trayectoria en la ciudad de T., obtuvo la información registral de Actos Personales y Propiedad Inmueble, la que no arrojó embargos ni gravámenes a la persona de su hija ni al bien, por lo que le expresó que «todo estaba en regla».
*d*) Que entre otros argumentos, niega la existencia de un acuerdo fraudulento; afirma que se trató de negocios reales de préstamo —con fecha cierta anterior al crédito de la actora— y paga por entrega de bien con efectos cancelatorios, y rechaza, en consecuencia, la demanda.

**4.** *Escrito de contestación de la demanda presentado por DIGR*. En síntesis, manifiesta:

*a*) Que la empresa R S. A., de la que es directora, tuvo dificultades a resultas de la pandemia, pero que siempre consideró que iba a mejorar; que es un hecho externo a la dirección de la empresa la imposibilidad de continuar con el giro ante la solicitud de concurso necesario efectuada por un acreedor, momento hasta el que abonaba a la actora intereses y parte del capital.
*b*) Que desconoce el valor y la autoría de la copia del estado patrimonial de octubre de 2021, ya que la fianza prestada a la actora data de 2019.
*c*) Que los préstamos efectuados por su madre fueron documentados en vales que se destruyeron al otorgarse la escritura, pero debidamente documentados mediante las transferencias bancarias que relaciona con sus fechas, montos y números de cuenta.
*d*) Que al solicitarle su madre la devolución del dinero prestado, ante la imposibilidad de hacerlo, ofreció pagar con el inmueble, haciendo la escritura con el profesional de confianza de su madre, el Esc. DEM.
*e*) Que la simple estimación a los efectos notariales para el arancel del valor del inmueble es indiferente para el efecto cancelatorio de la paga.
*f*) Que a la fecha de la escritura, la empresa estaba en actividad; que es posterior la solicitud de concurso, y que se trató de un negocio rural con el único objetivo de cancelar la deuda con su madre. Que no existió fraude, ya que tenía otros bienes en propiedad —incluida su vivienda—; que su persona estaba libre de juicios y embargos, según los certificados registrales obtenidos a esa fecha, y que su madre nunca supo de su situación económica ni de la de su empresa.

# Informe de la Comisión de Derecho Notarial y Técnicas Notariales

El presente informe se realiza en base exclusivamente a los fundamentos doctrinarios y deontológicos, así como a las normas legales y reglamentarias vigentes que rigen la profesión notarial, bases de lo que, en términos generales, constituye el *principio de imparcialidad*. No corresponde expedirse sobre los elementos fácticos, cuya relación solamente se tienen en cuenta para concretar el objeto de la consulta.

## I. Principios doctrinarios de la obligación de imparcialidad

Como ha expresado en sus múltiples trabajos doctrinarios la Esc. Prof. Julia Siri García, la imparcialidad notarial constituye una obligación propia de toda función pública; es esta la naturaleza de la función que se atribuye al escribano en el sistema de notariado latino. En tal sentido, desde siempre, se ha sostenido que la imparcialidad del notario constituye una garantía del orden contractual, con la finalidad del cumplimiento pacífico del derecho, y una herramienta coadyuvante para la realización de la justicia en el orden social, en tanto propende a asegurar el ejercicio de los derechos de las personas en condiciones de igualdad.

Para destacar solamente dos aportes doctrinarios en lo nacional, nos apoyamos en el Prof. Esc. Rufino Larraud, quien definió la *función notarial* como «aquella actividad jurídico-cautelar cometida al escribano que consiste en dirigir imparcialmente a los particulares en la individualización regular de sus derechos subjetivos, para dotarlos de certeza jurídica, conforme a las necesidades del tráfico y de su prueba eventual» (1966: 145); y en el Prof. Esc. Julio R. Bardallo, que concluyó sus estudios sobre las relaciones jurídicas notariales expresando que el notario «a todos debe servir por igual, con el mismo celo, dedicación y eficacia, en función del supremo principio de la imparcialidad que compromete toda su actuación» (1971: s/p.).

Más cercano en el tiempo, en el XXIV Congreso Internacional del Notariado Latino (Ciudad de México, octubre de 2004), «La imparcialidad del notario como garantía del orden contractual» fue, justamente, el tema principal. Entre las ponencias del notariado uruguayo, la presentada por el Prof. Esc. Hugo Pérez Montero fundamentó ampliamente estos conceptos. Allí se citan, además de los referidos autores nacionales, doctrinos internacionales; entre otros, el maestro español González Palomino, quien sentó las bases de la actual teoría de la seguridad jurídica preventiva —«jurisprudencia cautelar»—, mediante la cual se valora la intervención notarial no solo en la autorización del documento, sino también en la legítima conformación del negocio que se produce, mediante una intervención conciliadora, mediadora y arbitral cuya finalidad es

la de «precaver riesgos, incertidumbres y malos resultados jurídicos». Completando estos conceptos teóricos desde una perspectiva práctica, Pérez Montero (2004: s/p.) afirmó:

> Cuando nos referimos a la imparcialidad del notario, no estamos hablando de prescindencia en los intereses en juego, de neutralidad absoluta, de no intervenir, por temor precisamente a que se nos considere parciales, que sería en el fondo la posición más fácil de adoptar. Lo que pretende el sistema del notariado latino es que el notario sea imparcial en el sentido de «justo», de éticamente aceptable, de intervenir en esas condiciones en el juego entre las partes, dejándolo en libertad en la medida en que no haya abuso de una parte sobre la otra, cualquiera sea la circunstancia.

En definitiva, estos principios implican que el escribano, en su actuación, debe asegurar *a las partes* —y también a terceros— que respetará la legalidad, y que los derechos y obligaciones de todos serán tratados con ecuanimidad y justicia, con total independencia de todo interés propio o de otros. En cada uno de los aspectos, y en la integralidad de esas actuaciones, el escribano compromete su responsabilidad; por ello, se entiende que no es escribano *de una parte*, sino *del acto* o *del negocio* que están realizando los interesados.

El artículo 39 del Reglamento Notarial (RN) prevé que si bien las partes son libres de elegir el profesional actuante, en los actos jurídicos bilaterales, la elección corresponde a la parte a quien se constituye título de dominio o de acreedor; pero esta disposición no bloquea a la otra parte el derecho, si lo considera pertinente, de asesoramiento por profesional de su propia elección. Esta participación de dos profesionales, designados uno por cada parte, que debe entenderse como colaboración en la formación del negocio y —aunque técnicamente no corresponda— como cierta forma de control, es lo que sucede actualmente en la gran mayoría de las situaciones de negocios bilaterales. Pero ello no significa disminución alguna en la responsabilidad del escribano autorizante en cuanto a actuar conforme al ordenamiento jurídico y la legalidad, con la finalidad de garantizar la seguridad jurídica y la realización pacífica del derecho. Es oportuno consignar que diversos autores —incluso la jurisprudencia— admiten atenuantes de esa responsabilidad en tanto no se vea afectado el orden público o las buenas costumbres, en aplicación del régimen general de la responsabilidad, debidamente probada que sea la ausencia de culpa del escribano. Como se puntualizó en su introducción, este informe no profundizará en este aspecto, dado que la consulta no aporta información sobre los hechos del caso.

Siguiendo informes anteriores de esta comisión, lo expuesto significa que el escribano debe actuar conforme al ordenamiento jurídico y la legalidad, siguiendo los principios de moralidad, probidad, rectitud y honradez, con el signo de la buena fe hacia las partes y terceros como sinónimo de verdad y de justicia. Estas obligaciones son, a la vez, valores deontológicos que desarrollamos a continuación.

## II. Principios deontológicos de la imparcialidad

Larraud (1966) analiza los deberes de los escribanos y los clasifica en función de los distintos sujetos con los que este interactúa en el ejercicio profesional, empezando por los deberes del propio escribano para consigo mismo. Así, en forma ineludible, se refiere a las relaciones del escribano con sus clientes. En lo que atañe específicamente a la consulta, Larraud dice, citando a Zeballos: «El deber ético de la verdad alcanza su máxima energía en la profesión notarial. Para el escribano, la verdad es un fin. […] De este imperativo fundamental deriva un claro deber de lealtad frente al cliente que le confía sus secretos, sus bienes, su tranquilidad moral y material» (1966: 760). A ello agrega también la afirmación de que «el escribano debe situarse por encima de los intereses en juego: está obligado a ser imparcial» (1966: 761).

Más adelante (1983), Bardallo presenta su *Decálogo del escribano*, que enumera y describe brevemente los principios que deben inspirar la conducta ética de todo escribano. Debemos destacar en este caso los numerales 4.º, 5.º y 6.º, que se transcriben:

> […]
> 4.º *Imparcialidad*. Debes ser siempre imparcial, guardando equidistancia en la oposición de las pretensiones, ejerciendo, respecto de ellas, el poder equilibrante de lo justo consentido.
> 5.º *Prudencia*. Debes actuar con el máximo cuidado y despierta atención; analizar, prever y decidir lo adecuado a cada situación, eludiendo todas las circunstancias de riesgo.
> 6.º *Sagacidad*. Debes saber prevenir prospectivamente las consecuencias posibles de los actos confiados a tu conocimiento, idoneidad y técnica.
> […]

Estos principios, entre otros, son recogidos sobre el final de esa década (1989) por el VII Congreso Notarial, que aprueba el Código de Ética, el que determina principios generales y normas concretas de deontología notarial. Pensado para convertirse en ley, aún no ha alcanzado ese rango, pero es de aplicación a nivel gremial en nuestra institución, la que nuclea aproximadamente al ochenta por ciento de los escribanos en actividad.

Los deberes que importan a la presente consulta son aquellos que deben observar los escribanos en el ejercicio de su investidura, detallados en la sección I de dicho código. Los principios de *imparcialidad*, *prudencia* y *sagacidad* del decálogo de Bardallo son reproducidos en los deberes 8, 10 y 11. Entre los demás que impone se destaca especialmente, por su relación con la presente consulta, la inclusión del deber de *aconsejar*: «Informar a sus clientes de los derechos y obligaciones que contraigan».

Por otro lado, el mismo Código de Ética establece sanciones ante distintas conductas que considera «faltas», las que clasifica en *leves*, *graves* y *muy graves*. Así, considera faltas leves el «cometer error manifiesto al

aconsejar al cliente, causándole daño económico» o el «ser imprudente o poco sagaz en el desempeño de las actividades notariales, si la actuación ocasionare daño material o moral», mientras que es grave «actuar con parcialidad manifiesta en el ejercicio de la función notarial».

Mientras no exista ley, las infracciones al Código de Ética son de competencia de nuestra institución, y los asuntos serán analizados por el Tribunal de Ética, órgano de la AEU compuesto por once miembros. Sin embargo, su jurisdicción no alcanza únicamente a los escribanos socios: está previsto que los no socios puedan elegir someterse a ella.

Por último, en tanto la AEU está afiliada a la Unión Internacional del Notariado (UINL), es menester recordar los principios que esta organización consagra. Entre las normas de deontología encontramos enunciados y descriptos los principios de *imparcialidad* e *independencia*, y de *diligencia* y *responsabilidad* que atañen a esta consulta. El primero (*imparcialidad* e *independencia*) insiste en la necesidad de que el notario mantenga «una posición equidistante respecto de los diferentes intereses de las partes y debe buscar una solución equilibrada e inequívoca que tenga como único objetivo preservar la seguridad común de estas» (UINL, 2004). El segundo (*diligencia* y *responsabilidad*) explicita que el notario debe actuar de manera *adecuada* y *constructiva* en lo que describe como «informar y aconsejar a las partes acerca de las posibles consecuencias de la prestación requerida […][,] elegir la forma jurídica más conforme a la voluntad de las partes […] [y] asesorar a las partes respecto a las aclaraciones solicitadas, necesarias para asegurarles la conformidad con las decisiones tomadas y la conciencia del valor jurídicamente relevante del acto» (UINL, 2004).

## III. Fuentes legales de la obligación de imparcialidad

La fuente legal de la obligación de imparcialidad, según señala Pérez Montero (2004), radica en el principio de que «todas las personas son iguales ante la ley», edictado en el artículo 8.º de la Constitución nacional. Sostiene el nombrado autor, conteste con la doctrina ya expuesta, que la función notarial, en tanto función pública —y como todas ellas—, debe prestarse a todos en igualdad de condiciones, garantizando la protección legal de los otorgantes y su libertad de decisión.

Este principio se plasma en la Ley Orgánica Notarial (LON), que en su artículo 16 establece que el escribano, al recibir la investidura, debe prestar juramento de «respetar y cumplir la Constitución y las leyes, y jamás desmerecer de la confianza debida al carácter de esa profesión». A su vez, esa obligación de responder con imparcialidad a la confianza de ambas partes responde a la norma del artículo 1253 del Código Civil, en tanto establece que «la validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contrayentes».

La LON y sus normas reglamentarias, así como diversas disposiciones legales en materias específicas, garantizan el cumplimiento de tales preceptos. En primer lugar, las relativas a las incompatibilidades y las inhibiciones. Se trata, en el primer caso, de impedimentos de carácter legal que imposibilitan el ejercicio simultáneo de dos o más funciones, oficios o cargos públicos. Son las situaciones a que se refieren el artículo 24 de la LON y diversas leyes a las que se remite el artículo 24 del RN, y se justifican en el marco de impedir que el notario se encuentre sujeto a una jurisdicción disciplinaria de subordinación en la que se vea limitado en su imprescindible independencia de todo interés en juego.

En caso de las inhibiciones, la limitación abarca solamente la actuación *en determinados casos*, y no implica suspensión en el ejercicio profesional ni desinvestidura. Son las situaciones a que se refieren el referido artículo 24 de la LON, los artículos 122, 125, 171, 178, 200, 208 y 252 de la Constitución y el artículo 25 del RN; resumidamente, circunstancias en las que el escribano pueda verse de alguna manera comprometido o involucrado con el otorgante o con la parte por su vinculación familiar o afectiva, por algún interés moral o económico, o por alguna situación de dependencia económica o jerárquica.

Por otra parte, la LON prevé en su artículo 75 una última garantía expresa y específica, en cuanto hace responsable al escribano «de los daños que les hubiese resultado [a las partes] del mal desempeño de sus funciones». En tal sentido, la valoración de la conducta del escribano abarca no solamente la autorización de documentos perfectos, sino también, e indivisiblemente, las obligaciones de informar, asesorar y actuar diligente y rectamente. El profesional debe reparar no solo a las partes por su responsabilidad contractual, sino, además, a terceros, por las consecuencias dañosas de sus faltas; debe seguir los principios de la responsabilidad extracontractual y apreciarse esa conducta, según las normas del derecho común, ya sea en materia civil o penal.

Finalmente, la ley de relaciones de consumo 17.250 vino a ratificar en forma explícita, al considerar la actividad jurídica en general como un servicio que debe cumplir las obligaciones de todo proveedor para la protección al consumidor, todo ese sistema garantista ya previamente elaborado desde la doctrina, la deontología y la legislación para la profesión notarial, incluso hasta con mayor extensión que dicha ley. Así, por ejemplo, los derechos del consumidor relacionados en el artículo 6.º de dicha norma —libertad de elegir; tratamiento igualitario al contratar; información suficiente, clara y veraz; protección contra los métodos coercitivos o engañosos; las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión; efectiva prevención y resarcimiento de los daños patrimoniales— se encuentran suficientemente resguardados por el régimen de obligaciones incluidas en el principio de imparcialidad aquí desarrollado.

## IV. Conclusiones

Conforme a la doctrina, la deontología y la reglamentación legal de la profesión, el escribano debe actuar con imparcialidad, informando y asesorando a ambas partes, de manera de asegurar que están contratando en conocimiento del alcance de los derechos y obligaciones que contraen y de sus consecuencias jurídicas. De los antecedentes aportados a la consulta no surgen elementos que comprometan la actuación del escribano con relación a los principios enunciados.

Escs. Valeria Porta y Susana Chao
Redactoras

### Bibliografía referida


Bardallo, Julio R. (1971). *Relaciones jurídicas notariales*. Buenos Aires: Revista del Notariado.

— (1983). *Decálogo del escribano*. Montevideo: Asociación de Escribanos del Uruguay.

Larraud, Rufino (1966). *Curso de derecho notarial. Anotaciones y concordancias en relación al derecho positivo argentino por el Instituto Argentino de Cultura Notarial*. Buenos Aires: Depalma.

Pérez Montero, Hugo (2004). «La imparcialidad del notario: garantía del orden contractual». Trabajo presentado al XXIV Congreso Internacional del Notariado Latino (Ciudad de México, 17 a 22 oct.). Montevideo: Asociación de Escribanos del Uruguay.

uinl (2004). «Principios de deontología notarial». Recurso en línea. Recuperado de: ‹https://www.uinl.org/principios-de-deontologia›.


La Comisión de Derecho Notarial y Técnicas Notariales aprueba el informe precedente con el voto conforme de los Escs. Mirta Sosa, Daniel Ladner, Carlos del Campo, Valeria Porta y Susana Chao.

Esc. Susana Chao Peña
Coordinadora alterna

*Informe aprobado por la Comisión Directiva Nacional de la AEU el 17.10.2023, expediente 2832/2023.*

# PROMESA DE COMPRAVENTA. CESIÓN DE DERECHOS POSESORIOS. PUBLICIDAD REGISTRAL

Resumen

*La inscripción registral de la enajenación de derechos posesorios sobre un inmueble no obsta a la escrituración judicial de la promesa de enajenación (ley 8.733) otorgada por el propietario del bien a favor de quien luego cediera sus derechos de promitente comprador. Otorgada la escritura, el último adquirente de estos derechos de promitente comprador podrá gozar y disponer del bien (artículo 487 del Código Civil).*

Informe: Civil

## Consulta

### I. Caso planteado

**12.12.1984.** ELVN (soltera) prometió vender a LEBO (soltero) el inmueble padrón 1111, con precio totalmente integrado, mediante documento privado con firmas certificadas el 12.12.1984, protocolizado por la Esc. AA a solicitud del promitente comprador el 5.11.2010 e inscripto en el Registro el 18.11.2010.

**30.12.2009.** Según escritura autorizada por la Esc. MO el 30.12.2009, cuya primera copia fue inscripta en el Registro el 7.1.2010, BHBR (soltero) enajenó derechos posesorios sobre el padrón 1111 a JCC (casado con PN). Se adjunta certificado registral del que surge enajenación de derechos posesorios, pero no el documento referido.

**30.11.2010.** LEBO (soltero) cedió los derechos de promitente comprador que le correspondían sobre el inmueble padrón 1111 a CAPG (soltero), según escritura autorizada por la Esc. AA, cuya primera copia fue inscripta en el Registro el 16.12.2010.

**2014.** Según manifiesta la consultante, CAPG inicia demanda de escrituración judicial de promesa. También expresa que se presentó como prueba en el expediente de escrituración judicial un acta de comprobación de que el inmueble es baldío.

Asimismo, la consultante presenta similar planteo respecto de otro inmueble, padrón 2222. Expresa que:

**3.1.1990.** JL y HNG (casados entre sí) prometieron vender a LEBO (soltero) el inmueble padrón 2222, según documento privado otorgado el 3.1.1990 con firmas certificadas por el Esc. JLM el 3.1.1990 y protocolizado por la Esc. AA el 5.11.2010, inscripto en el Registro. No se adjunta documento ni certificado registral.

**17.7.2010.** Se inscriben derechos posesorios sobre dicho inmueble. No se adjunta documento ni certificado registral.

**30.11.2010.** LEBO (soltero) cedió los derechos de promitente comprador que le correspondían sobre el inmueble padrón 2222 a LGMC, según escritura autorizada por la Esc. AA cuya primera copia fue inscripta en el Registro el 16.12.2010.

**2014.** Según manifiesta la consultante, LGMC inicia demanda de escrituración judicial de promesa. La oficina actuaria informó que, previo a procederse a la escrituración judicial del bien, será necesario hacer un juicio ordinario a fin de reivindicar el bien y eliminar la inscripción registral de los derechos posesorios. Expresa que en el expediente se agregó acta de comprobación en la que se constata que el inmueble se encuentra baldío.

## II. Objeto de consulta

Se consulta:

*a*) si es aplicable el artículo 15 de la ley 8.733;
*b*) si la cesión de derechos posesorios inscripta impide la escrituración judicial del bien;
*c*) si luego el adquirente trasmite la propiedad y posesión;
*d*) si es necesario un juicio ordinario para cancelar la inscripción registral y efectuar la reivindicación del bien.

# Informe de la Comisión de Derecho Civil

## I. Escrituración judicial de promesa de enajenación de inmuebles a plazos

El artículo 1.º de la ley 8.733, de 17 de junio de 1931, define la *promesa de enajenación de inmuebles a plazos* como aquel «contrato por el cual una de las partes se obliga a transferir el dominio, y la otra, a adquirirlo por prestaciones pagaderas en cuotas sucesivas o periódicas». Dicha norma confiere a ambas partes el derecho a solicitar la escrituración judicial de la promesa de enajenación. El artículo 15 establece que «la promesa de enajenación de inmuebles a plazos, desde la inscripción en el Registro, confiere al adquirente derecho real respecto de cualquier enajenación o gravamen posterior, y, cuando se haya pagado o se pague toda la prestación y se hayan cumplido las obligaciones estipuladas, le acuerda acción para exigir la transferencia y entrega del bien que constituye el objeto de la prestación».

Por su parte, el artículo 45 otorga también el mismo derecho al enajenante, y el artículo 31 dispone que «en caso de resistencia, fallecimiento,

ausencia, impedimento […], el juez competente, previa citación o citación con emplazamiento en forma, otorgará, en representación del enajenante, la escritura de traslación de dominio».

El proceso para solicitar la escrituración judicial de dicha promesa es el fijado por el artículo 367 del Código General del Proceso, esto es, el de estructura monitoria (arts. 354 a 360). Así, una vez acreditado por el promitente adquirente el cumplimiento de sus obligaciones, el juez debe ordenar el otorgamiento de la escritura traslativa del dominio, con citación del promitente enajenante.

En el caso en consulta nos encontramos ante una promesa de enajenación de inmuebles a plazos cuyo precio fue abonado parte antes de su otorgamiento y parte en el mismo acto de suscripción (se otorgó carta de pago por el precio acordado). En consecuencia, resulta de aplicación el artículo 15 referido, por cuanto el promitente adquirente o su cesionario —como es del caso— podrán accionar para que el juez, por su propio imperio y con prescindencia de la voluntad del promitente enajenante, confiera a aquel la transferencia y entregue el bien objeto de la prestación.

## II. Sobre si la cesión de derechos posesorios inscripta impide la escrituración judicial del bien

El *dominio* o derecho de propiedad (C. Civil, art. 486) es el derecho de gozar o disponer de una cosa arbitrariamente, siempre que no contraríe la ley o el derecho ajeno; confiere a su titular el derecho a los frutos, a servirse de la cosa como le parezca, poder reivindicarla y enajenarla, en todo o en parte, concediendo los derechos que quiera (art. 487). El dominio o propiedad se considera una calidad inherente a la cosa, como un vínculo real que la liga al dueño y que no puede romperse sin hecho suyo (art. 489).

Por otra parte, la *posesión*, conforme lo dispuesto por el artículo 646 y siguientes del Código Civil, consiste en «la tenencia de una cosa o el goce de un derecho por nosotros mismos con ánimo de dueños o por otro en nombre nuestro»; «la toma de posesión se verifica por la aprehensión efectiva; esto es, haciendo sobre la cosa un acto material de los que solo corresponden al dueño» (art. 647). Asimismo, es necesario que el poseedor ejercite de forma regular actos posesorios positivos sobre el bien que está poseyendo, la actuación material de la cosa y la realización de los actos reglados en el artículo 666, como ser, el corte de maderas, las plantaciones o sementeras, y otros de igual significado.

Por tal razón, hemos concluido en numerosos informes (ver bibliografía) que una cesión de derechos posesorios no resulta eficaz para crear una situación posesoria solo porque se haya materializado o realizado formalmente en escritura pública y se haya inscripto en el Registro respectivo. Nadie se convierte en poseedor por el solo hecho de pagar impuestos inmobiliarios o poseer una constancia o certificación de que es poseedor. Para poder hablar de posesión es esencial la prueba fehaciente de que quien

la detenta tiene el poder material y efectivo de la cosa, la aprehensión efectiva del bien (*corpus*), así como también la causa o ánimo (*animus*) del ejercicio de ese poder, esto es, una causa justa o título que permitirá a quien la arroga poder trasmitirla.

El propio artículo 666 del Código Civil impone la obligación de probar la posesión mediante hechos positivos; enumera hechos materiales que implican el ejercicio de un poder directo y efectivo sobre el suelo y que deben ser ejecutados sin el consentimiento del que disputa la posesión. Por tanto, no existe posesión ni trasmisión de la posesión sin *corpus* y sin una prueba fehaciente de su causa o *animus*.

Por otra parte, debemos considerar que, como se expresó en informe de esta comisión (Asociación de Escribanos del Uruguay, 2019), el promitente adquirente es poseedor desde la ocupación —aunque no haya pagado todo el precio— y puede adquirir el dominio por prescripción, en tanto tiene la cosa por una causa posesoria, es decir, sin tener la obligación de devolverla.

En la promesa de compraventa de fecha 12.12.1984, inscripta el 18.11.2020, a favor de LEBO y posteriormente cedida a favor de CAPG, objeto de esta consulta, ambas partes declararon que «el promitente comprador ya tiene tomada la posesión del referido inmueble […], sin nada más que reclamar […]»; emana así una declaración de quien detenta la propiedad del bien (ELVN), reconociendo que entrega la posesión del inmueble al promitente adquirente. Asimismo, dicha promesa de compraventa fue otorgada por quien era el titular del dominio o propietario del bien (ELVN), lo que surge acreditado con el certificado del Registro que se acompaña a la consulta (inscripción de fecha 28.10.1977).

Por el contrario, la enajenación de derechos posesorios de 30.12.2009, inscripta el 7.1.2010, fue otorgada a JCC por quien no detentaba la propiedad o dominio del inmueble, sino que solo alegó detentar derechos de posesión sobre él. No es suficiente, a nuestro juicio, tal otorgamiento para enervar el derecho de propiedad de ELVN y el que le confirió la promesa inscripta a favor de LEBO y su cesionario, CAPG.

En consecuencia, a juicio de este informante, habiendo solicitado CAPG la escrituración judicial de la promesa de enajenación del inmueble en cuestión, el juez deberá, en ejercicio de su función, otorgar la trasferencia de la propiedad del bien conforme lo dispuesto por los artículos 15 y 31 de la ley 8.733.

Posteriormente, CAPG, al revestir la calidad de *propietario* del inmueble, podrá enajenar la cosa, en todo o en parte, o conceder derechos a terceros en la forma que desee, así como iniciar cualquier accionamiento tendiente a impedir a los demás que se sirvan de ella y reivindicarla de cualquier poseedor (art. 487 cit.).

Lo antes expuesto resulta igualmente aplicable respecto de los hechos planteados respecto del padrón 2222, que también forma parte de la consulta.

## III. Necesidad de iniciar un juicio ordinario para cancelar la inscripción registral

Sobre tal extremo corresponde expedirse a la Comisión de Derecho Procesal.

## IV. Conclusiones

1. La enajenación de derechos posesorios de 30.12.2009, inscripta en el Registro el 7.1.2010, no obsta a la escrituración forzada de la promesa de enajenación de 12.12.1984, inscripta el 18.11.2020, en virtud de que esta última fue otorgada por quien era el titular del dominio o propiedad del inmueble objeto de ella (quien otorgó la enajenación de derechos posesorios sobre dicho inmueble no lo era).
2. Posteriormente, CAPG, al revestir la calidad de propietario del inmueble, podrá enajenar la cosa —en todo o en parte— o conceder derechos a terceros en la forma que desee, así como iniciar cualquier accionamiento tendiente a impedir a los demás que se sirvan de ella y reivindicarla de cualquier poseedor (C. Civil, art. 487).
3. Lo expuesto resulta igualmente aplicable al caso planteado respecto del padrón 2222, incluido también en la consulta.

Esc. Gustavo Echavarría Trabadelo
Informante

### Bibliografía consultada

Asociación de Escribanos del Uruguay (2016). Comisión de Derecho Civil (informante: Margarita Puertollano). «Posesión. Propiedad. Promesa de compraventa. Prescripción adquisitiva. Publicidad registral». En *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, tomo 102, n.º 1-12 (ene.-dic.), pp. 271-277.

— (2019). Comisión de Derecho Civil (informante: Juan Pablo Villar). «Disolución de sociedad comercial. Liquidación de sociedad comercial. Compraventa judicial. Prescripción adquisitiva. Posesión. Derecho de propiedad. Persona jurídica. Muerte. Socio. Sociedad colectiva». En *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, tomo 105, n.º 1-12 (ene.-dic.), pp. 326-339.

— (2020). Comisión de Derecho Civil (informante: Nicolás García Rodríguez). «Cesión de derechos posesorios». Expediente 2.454/2020.

— (2022). Comisión de Derecho Civil. «Sociedad anónima. Disolución de sociedad comercial. Liquidación de sociedad comercial. Promesa de Compraventa. Prescripción adquisitiva. Bien inmueble. Adjudicación de bienes. Posesión». En *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, tomo 108, n.º 1-12 (ene.-dic. 2022), pp. 282-291.

Yglesias, Arturo; Cedrés, Elba, y Seigal, Beatriz (1998). «Cesión de derechos posesorios». En *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, tomo 84, n.º 1-12 (ene.-dic. 1998), pp. 39-50.

La Comisión de Derecho Civil aprueba el informe que antecede con el voto conforme de los Escs. Marcela Aldana, Karen Bonner, Analía Cánepa, Javier Carneiro, Daniella Cianciarulo, M.ª Laura Conde, Marcela de los Santos, Stefanía Della Mea, Gustavo Echavarría, Priscila Ferreira, Agustina Ferreira, José Illia, Ana Irabedra, M.ª del Rosario Marchese, M.ª Valentina Martínez, Francisco Mastropierro, Ana Lía Méndez, Roque Molla, Javier Parga, M.ª Alejandra Portillo, M.ª del Pilar Ramírez, Ana Realini, Patricia Rivas, Diego Séré, Adriana Silva, M.ª Beatriz Vázquez y Juan Pablo Villar. Se abstiene el Esc. Nicolás García Rodríguez.

Escs. Roque Molla y Juan Pablo Villar
Coordinadores

*Informe aprobado por la Comisión Directiva Nacional de la AEU el 17.10.2023, expediente 2852/2023.*

# CESIÓN DE DERECHOS POSESORIOS. PUBLICIDAD REGISTRAL. CANCELACIÓN DE INSCRIPCIÓN. POSESIÓN

Resumen

*Sobre la relevancia de la inscripción registral de una cesión de derechos posesorios en el estudio de títulos. La inscripción de derechos posesorios sobre un inmueble no obsta a la registración de una posterior compraventa del bien, dado que se estaría cumpliendo con el principio de tracto sucesivo.*

Informes: Civil y Registral

## Consulta

### I. Relación de hechos

Promesa de compraventa (1952) y compraventa (1967). AGD, casado con OICP, hubo de BEP S. A. el solar de terreno sito en el departamento de Canelones, localidad catastral Ciudad de la Costa —antes, El Pinar—, empadronado con el número 0000, por título compraventa y modo tradición, según escritura autorizada en Montevideo el 25.7.1967 por el Esc. ARR (primera copia fue inscripta en el Registro correspondiente).

Sucesiones. ***a.*** AGD fallece, casado con OICP. Tramitada su sucesión, se declara herederos a sus hijos ARGC y ABGC, sin perjuicio de los derechos de la cónyuge supérstite por su mitad de gananciales. Se inscribe el certificado de resultancias de autos respectivo en el Registro competente.

***b.*** OICP fallece, viuda de AGD. Tramitada su sucesión, se declara herederos a sus hijos ARGC y ABGC. Se inscribe el certificado de resultancias de autos respectivo en el Registro competente.

Titulares. Los titulares dominiales y registrales actuales son ARGC y ABGC.

Información registral. Del certificado registral que se adjunta a la presente consulta surge inscripta una cesión de derechos posesorios entre dos partes que no son titulares dominiales ni registrales. Esto es, surge inscripta con el numero … el 4.2.2000 una escritura de cesión de derechos posesorios, autorizada por la Esc. MYFF el 1.2.2000, por la que AOBG —no titular dominial ni registral— cede derechos posesorios a IMDR, casada con MOGB. La primera copia de dicha escritura no ha podido ser ubicada; tampoco la matriz. Según lo que manifestara la escribana autorizante, no recordaba la situación ni a las partes otorgantes, y el protocolo que la contenía, junto con otros, se había deteriorado en la inundación de su casa. Se deja constancia de que surgen del certificado

registral proporcionado por la consultante otras inscripciones a las que no se hará referencia en el presente informe, el que se centrará en lo efectivamente consultado.

## II. Consulta

Se consulta si, para proceder a la enajenación del inmueble, los propietarios deben necesariamente procurar la cancelación registral de la inscripción de la cesión de derechos posesorios, trasladándoseles, en consecuencia, la carga de la prueba, así como la económica que ello conlleva.

Se consulta, además, para el abordaje de una enajenación: si se debería prevenir al adquirente de la inscripción de derechos posesorios sobre el bien; si en esa escritura deberían relacionarse los hechos y dejarse constancia de tener el vendedor en su poder recibos originales de pagos de contribución inmobiliaria y facturas de UTE y OSE, con dirección de suministro en el inmueble, con un antigüedad mayor a un año; si el adquirente debería declarar haber estado presente en la finca junto con el propietario; si deberían comparecer testigos a la escritura proyectada de compraventa.

## Informe de la Comisión de Derecho Civil

Recordamos que una consulta de similar tenor ha sido ya resuelta por las comisiones de Derecho Civil y Registral en informes aprobados por la Comisión Directiva Nacional de la AEU (expediente 2454/2020), a los que nos remitimos (Asociación de Escribanos del Uruguay, 2020). Partimos de la base de que una vez que el escribano procede al estudio del título de un bien inmueble, se advierte a las partes acerca de su situación jurídica documental, registral y ocupacional, y, existiendo eventuales irregularidades, se transmiten asimismo a las partes las posibles soluciones para brindar la certeza jurídica necesaria.

Cabe preguntarse si la inscripción de una cesión de derechos posesorios dificulta el tráfico jurídico del derecho de propiedad y si es necesario cancelar dicha inscripción, a efectos de no entorpecer la trasmisión regular del inmueble. Repasando conceptos jurídicos, citamos a Escriche (1998: 512), quien define *propiedad* como

> el derecho de gozar y disponer libremente de nuestras cosas, en cuanto las leyes no se opongan […]. La propiedad es obra de la ley civil. Antes del establecimiento de las leyes, el hombre no tenía sobre las cosas que ocupaba más derecho que el de la fuerza con que las defendía y conservaba, hasta que un rival más fuerte le privaba de ella; de suerte que las cosas se adquirían por la ocupación, se conservaban por la posesión y se perdían con la pérdida de la posesión.

Escriche define también *posesión actual* como «la que va a acompañada del goce real y efectivo de un fundo con percepción de frutos. Llámase *actual* por contraposición a la *imaginaria* o *artificiosa*» (1998: 449).

Nuestra Constitución, en su artículo 32, dice: «La propiedad es un derecho inviolable, pero sujeto a lo que dispongan las leyes que se establecieren por razones de interés general […]».

Incursionando en nuestra ley civil, el Código, título ii («Del dominio»), artículo 486, define *propiedad* como «el derecho de gozar y disponer de una cosa arbitrariamente, no siendo contra la ley o contra derecho ajeno». En su artículo 487, establece:

> El derecho de gozar y disponer de una cosa comprende:
> […]
> 2. El de servirse de la cosa, no solo para los usos a que está generalmente destinada, sino para los otros que estén en la voluntad del dueño.
> […]
> 5. El de impedir a los demás que se sirvan de ella y reivindicarla de cualquier poseedor.
> 6. El de enajenar la cosa en todo o en parte, concediendo a otros los derechos que buenamente quiera.

Y el artículo 490 reza: «Aun cuando el derecho de poseer está naturalmente ligado a la propiedad, puede, sin embargo, esta subsistir sin la posesión y aun sin el derecho de posesión». Refiriéndose a la posesión, en su título v, capítulo i, artículo 646, el citado código de leyes establece: «La posesión es la tenencia de una cosa o el goce de un derecho por nosotros mismos con ánimo de dueños o por otro en nombre nuestro». Y el artículo 647, inciso 1.º: «La toma de posesión se verifica por la aprehensión efectiva; esto es, haciendo sobre la cosa un acto material de los que solo corresponden al dueño».

Según surge de la documentación aportada, AGD adquirió por título compraventa y modo tradición de BEP S. A. la propiedad y posesión del inmueble en cuestión. Dicha propiedad y posesión fue transmitida por modo sucesión a los actuales titulares del bien.

Howard, refiriéndose a la prueba del dominio adquirido por usucapión, y citando como ejemplos escrituras de cesiones de derechos posesorios, argumenta (2015: 623 y 624):

> Los documentos —aun registrados— de los cuales resultan las cesiones de derechos posesorios únicamente se limitan a comprobar que quien aducía tener esos derechos los transmitió a otro sujeto que continuaría en la posesión de la cosa […]. Desde ya que esa circunstancia no es bastante por sí sola para verificar sin sombra de duda la adquisición. Y ello, por variados factores:
> 1.º De los diferentes documentos de cesión no resulta de manera indubitable que el cedente era titular de la posesión de la cosa al verificarse el traspaso de esta. Por cierto, aun cuando se encuentren en los instrumentos cláusulas de tradición ficta, son insusceptibles

> para constatar que el poder fáctico sobre la cosa era ejercido por el cedente. Nada impide que, a pesar de la cesión y su registración, un tercero, extrarregistralmente, ejerza actos posesorios y la usucapa en forma prolongada.
> […]
> 4.º En suma, dichos instrumentos no exteriorizan que la posesión estuvo dotada de los requerimientos que preceptúa el artículo 1196.

Yglesias, citado por Howard, expone: «Para que la trasmisión de la posesión surta efectos es imprescindible que quien la realiza ejerza un poder material y efectivo sobre la cosa […]. Puede trasmitir la posesión quien tiene la posesión» (2015: 634). Howard concuerda con Yglesias en que «la simple acreditación notarial de la posesión o quien solo puede basarse en una escritura de cesión de derechos posesorios, aun cuando estuviera registrada, sin que exista un poder efectivo sobre la cosa, carece de la aptitud suficiente para disponer de la posesión. Esta debe resultar de un accionar fáctico sobre la cosa, que traspase las meras constancias instrumentales» (2015: 634). Continúa Howard: «Las escrituras que las instrumentan [se refiere a las cesiones de derechos posesorios] solamente prueban frente a terceros el hecho de habérselas otorgado y su fecha, no la titularidad de los derechos que se dicen trasmitidos» (2015: 635).

Consultada sentencia en expediente de demanda reivindicatoria, la jueza dispuso en los considerandos (Poder Judicial, 2006*a*):

> Como lo sostienen en forma unánime doctrina y jurisprudencia, la acción reivindicatoria no prescribe ni aun en el plazo de treinta años que establece el artículo 1215 del Código Civil para la prescripción de las acciones reales. Y ello, por cuanto el artículo 487, en su inciso 5.º, preceptúa que el dominio o propiedad comprende el derecho de «reivindicarla de cualquier poseedor», lo que significa que la acción reivindicatoria constituye la garantía del derecho de propiedad, y entonces, solo puede perderse como consecuencia de haber adquirido otra persona la propiedad. Como enseña Guillot, «el artículo 1189 [actual 1215] establece que toda acción real se prescribe por treinta años, pero es indudable que esta disposición no se aplica a la acción reivindicatoria, porque, como el simple no uso, no extingue el dominio […]. El que deja de usar su cosa conserva su derecho de propiedad, y, por consiguiente, la acción que nace de este mismo derecho, aun cuando hayan transcurrido más de treinta años sin ejercerla» («De la posesión y de la reivindicación», p. 269).

Continúa la sentencia: «Sin duda, la demandada no está en posesión del inmueble en virtud de un título traslativo del dominio porque no lo constituye la cesión de derechos posesorios». El futuro adquirente recibirá del futuro vendedor la propiedad y el derecho a poseer, que es inherente a la propiedad. Como opinó el tribunal de alzada en sentencia de segunda instancia (Poder Judicial, 2006*b*):

> La Sala adhiere a la posición que sostiene que para reivindicar no es preciso haber sido poseedor, sino que basta tener el derecho a poseer trasmitido por el propietario. Sigue en ello la doctrina impulsada por Guillot,

> en sus *Comentarios al Código Civil*, donde se sostiene que puede ocurrir que el reivindicante no haya tenido la posesión —como ocurre cuando adquiere un propietario que la ha perdido—; pero como este le ha trasmitido sus derechos tal como los tenía, si aquel podía reivindicar, también podrá hacerlo su sucesor, porque se le ha trasmitido y podido trasmitir el derecho de poseer, que es inherente a la propiedad (Guillot, *Comentarios al Código Civil*, «De la posesión y la reivindicación», p. 256).

Y continúa:

> Es ampliamente admitido por doctrina y jurisprudencia que la acción reivindicatoria no prescribe y que el derecho del propietario solo puede ceder ante la prescripción adquisitiva que le oponga el poseedor demandado […]. Es claro que la cesión de derechos posesorios no es un título traslativo del dominio, sino del derecho a ejercer la posesión, que le permite continuar poseyendo el inmueble con la eventual posibilidad de obtener la declaratoria del dominio, sujeta a acreditar las exigencias previstas por el mismo cuerpo legal en sus artículos 649, num. 5.º, 1196 y 1211 en el proceso judicial respectivo, que nunca promovió. La actora no podía nunca ignorar que, teniendo solo una cesión de derechos posesorios, adquiría de un poseedor y no del propietario, y carecía de título traslativo del dominio, aunque existiera la posibilidad de invocar otro modo de adquisición —la prescripción adquisitiva—, que tampoco invocó en esta causa.

Debe considerarse que, en la actualidad, la prescripción prolongada de inmuebles sin necesidad de justo título ni buena fe opera a los veinte años (C. Civil, art. 1211), por lo que si el cesionario de derechos posesorios realmente hubiera poseído con los requisitos que establece la ley, en la actualidad, estaría en condiciones de oponer la prescripción.

La incertidumbre que se plantea en el caso concreto es si efectivamente ha existido una posesión por un tercero no propietario sobre el bien en cuestión. Si realmente existió una posesión con las características legales por más de veinte años, es posible que haya operado la prescripción. Sin embargo, también es posible que, a pesar de la formalidad de la cesión de derechos posesorios inscripta, no haya existido una posesión con los requisitos que prevé la ley por el tiempo transcurrido. Se trata de una cuestión de prueba de los hechos, que debe analizarse en cada caso concreto.

De acuerdo con los hechos planteados por la consultante, el propietario actual también es el poseedor actual del inmueble. Sin embargo —será una decisión del profesional interviniente—, si lo considera prudente para el caso planteado, podría proceder al levantamiento de un acta notarial en la que se constate la situación ocupacional del bien; o bien solicitar al juez competente que, previa inspección ocular a los efectos de constatar la situación ocupacional y constructiva del bien, oficie al Registro correspondiente la cancelación de la inscripción de cesión de derechos posesorios de que se trata.

Siendo que la posesión real y efectiva la tienen los actuales propietarios, sumado a los demás resguardos invocados por la consultante, estos

serán elementos de prueba que ayudarán en su medida a la definición de la verdadera situación ocupacional del bien al momento de su enajenación. En conclusión, y en virtud de los hechos expuestos, opinamos que el simple hecho de suscribir una escritura de cesión de derechos posesorios e inscribirla en el Registro público no supone la existencia de un derecho efectivo de posesión ni impide el normal tráfico jurídico del bien. La eventualidad de que haya existido una posesión con las características legales que puedan generar el derecho a oponer la prescripción es una cuestión de prueba que deberá valorarse en cada caso concreto.

## Conclusiones

Una cesión de derechos posesorios, por sí sola, no obsta a la enajenación del bien por sus legítimos propietarios ni menoscaba el derecho de propiedad. La eventualidad de que haya existido o pueda existir una posesión con las características legales que pueda generar el derecho a oponer la prescripción es una cuestión de prueba que deberá valorarse en cada caso concreto.

La parte compradora es la que debe conocer la situación ocupacional del bien y, en base a ello, tomar los recaudos necesarios o constituir prueba suficiente, a efectos de constatar quién tiene la posesión efectiva del bien. A vía de ejemplo, podrá solicitar la realización de un acta de constatación o comprobación ante escribano público o solicitar una inspección judicial a dichos efectos.

Asimismo, y si lo estiman conveniente, las partes podrán suscribir documento por separado a la compraventa proyectada, conteniendo las declaraciones que estimen pertinentes y que hagan referencia al conocimiento de la situación planteada.

A esta comisión corresponde el análisis documental sobre la validez y eficacia de los contratos; el tema de quién tiene efectivamente la posesión del bien deberá ser constatada, como ya se manifestara, por el propio comprador, el que cuenta, entre otras, con las herramientas jurídicas relacionadas *ut supra*.

Escs. Patricia Rivas y Adriana Olmedo
Informantes

## Bibliografía referida

Asociación de Escribanos del Uruguay (2020). Comisión de Derecho Civil (informante: Nicolás García Rodríguez). Expediente 2454/2020. «Cesión de derechos posesorios. Publicidad registral. Certificado de resultancias de autos. Posesión. Estudio de títulos».

Escriche, Joaquín (1998). *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, tomo iii, 2.ª ed. Bogotá: Temis.

Howard, Walter (2015). *Modos de adquirir*, 3.ª ed. corr. y ampl. Montevideo: Universidad de Montevideo, Facultad de Derecho.
Poder Judicial (2006*a*). Sentencia 25/2006, iue 180-3760/2002. Marta Lechini (r.).
— (2006*b*). Sentencia 324/2006, de 6.12.2006. Alicia Castro (r.).

La Comisión de Derecho Civil, integrada por los Escs. M.ª Valentina Almirón, Karen Bonner, Analía Cánepa, M.ª Inés Casatroja, Daniella Cianciarulo, Marcela de los Santos, Gustavo Echavarría, Priscila Ferreira, Agustina Ferreira, Nicolás García Rodríguez, Carlos Groisman, José Illia, Rossana Ivanier, M.ª de Lourdes Mainé, M.ª del Rosario Marchese, M.ª Valentina Martínez Jaime, Roque Molla, Adriana Olmedo, M.ª Alejandra Portillo, M.ª del Pilar Ramírez, Patricia Rivas, Diego Séré, Adriana Silva, M.ª Beatriz Vázquez, Carolina Vercellino y Juan Pablo Villar, aprueba el informe que antecede.

Escs. Roque Molla y Juan Pablo Villar
Coordinadores

## Informe de la Comisión de Derecho Registral

Según expresa la consultante, los propietarios acceden al inmueble en forma pacífica, abonan el impuesto de contribución inmobiliaria y tienen a su nombre los servicios de ose y ute. De la titulación resulta que el bien es un solar de terreno, y de la cédula catastral resulta la existencia de construcciones desde 1950. Hoy se pretende enajenar el inmueble de referencia.

La consultante entiende que la titulación no es observable, basándose en los artículos 646, 649, 650 y 666 del Código Civil, en mérito a que:

— Los actuales propietarios han poseído en forma tranquila y pública por sí, y sus causantes, desde 1952 hasta la fecha. A aquellos les corresponde el derecho de posesión, consagrado en el inciso 3.º del referido artículo 649, y como titulares registrales, tienen legitimación para transferir por título y modo tradición la propiedad y posesión del bien.
— No surge inscripta demanda de prescripción por parte de los cesionarios.
— La posesión se prueba por hechos. El cedente, en la escritura de cesión de derechos posesorios, constituye domicilio en otro lugar, por lo que no tiene poder material y efectivo sobre el bien (puede trasmitir la posesión quien detente la posesión del bien).

— Los propietarios acceden al inmueble en forma pacífica, abonan el impuesto de contribución inmobiliaria y tienen a su nombre los servicios de UTE y OSE desde hace más de un año.
— No corresponde, por parte de los titulares registrales, entablar una acción reivindicatoria, ya que, en los hechos, no hubo perturbaciones en la posesión.
— La inscripción de la escritura de cesión de derechos posesorios por quien no es titular dominial ni registral y no reside en el bien no afecta el derecho de propiedad y posesión de los propietarios, quienes hubieron sus derechos por título compraventa y modo tradición, y después, por sucesión, y que los pueden trasmitir cumpliendo con el tracto sucesivo.

## Nuestro análisis

La *posesión* está regulada en nuestro derecho positivo por los artículos 646 y siguientes del Código Civil; el primero de ellos la define como «la tenencia de una cosa o el goce de un derecho por nosotros mismos con ánimo de dueños o por otro en nombre nuestro».

Nuestro Código Civil no define el negocio de cesión de derechos posesorios. Al respecto, la Suprema Corte de Justicia (2012) cita a Howard (2001: 680):

> En la práctica notarial y en los tribunales, se conoce como *cesión de derechos posesorios* la suma de negocios jurídicos por intermedio de los cuales un sujeto no dueño que posee un bien —generalmente, el usurpador o quien deriva sus derechos de él— le transfiere la posesión que detenta a otro, de forma que este queda, respecto de lo trasmitido, en la misma situación jurídica que aquel.

«La cesión de derechos posesorios, en puridad, no existe, sino que es el efecto que forjan otros negocios que tienen atribuidos una función de cambio, es decir, compraventa, permuta, donación» (Howard, 2001: 680). «Las cesiones de posesión a través de escrituras [solemnidad] constituyen simples declaraciones formuladas por cedentes y cesionarios que, en un proceso de usucapión, deben ser respaldadas mediante prueba hábil que acredite los actos posesorios» (Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 5.º Turno, 2012: 212). Asimismo, Yglesias, Cedrés y Seigal (1998: 44) afirman:

> La situación posesoria es algo que existe en los hechos y que no se crea por un simple acto de voluntad o por el otorgamiento de un acto o negocio jurídico.
>
> Una cesión de derechos posesorios no resulta eficaz para crear una situación posesoria porque se haya realizado formalmente en escritura pública y se haya inscripto en el Registro.
>
> Nadie se convierte en poseedor de un bien por el hecho de pagar la contribución inmobiliaria o porque un escribano o comisario le haya expedido un certificado notarial o una constancia diciendo que es poseedor.

> Hay otras circunstancias que deben ser probadas y que son las esenciales para que se pueda hablar de posesión y para que esta surta sus efectos. Tales son: *a*) el poder material efectivo sobre la cosa, y *b*) la causa del ejercicio de ese poder.

Desde el punto de vista del derecho registral y de la competencia de esta comisión, cabe señalar lo siguiente.

**I.** Los certificados de los Registros públicos solicitados por los interesados, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 77 de la ley 16.871, de 28 de setiembre de 1997, «producen el efecto de acreditar la situación registral que enuncian respecto de los bienes y personas por quienes se expidan, a la fecha y hora de su expedición». De dicha información agregada en autos surge que:

A. La cesión de derechos posesorios otorgada por AOBG e IMDR el 1.2.2000, inscripta el 4.2.2000, fue otorgada por quienes no eran los titulares registrales, dado que en esa fecha, los propietarios eran los cónyuges AGD y OICP.
B. Dicha escritura de cesión de derechos posesorios fue correctamente inscripta en el Registro de la Propiedad Inmueble de Ciudad de la Costa, dado que a la fecha de inscripción era un acto inscribible —de acuerdo con el numeral 7.º del artículo 17 de la ley 16.871—, y para la inscripción de dicho acto no rige el principio de tracto sucesivo, conforme al numeral 2.º del artículo 58 de la misma norma. Cabe destacar que, posteriormente, el artículo 228 de la ley 19.149, de 24 de octubre de 2013, vigente desde el 1.º de enero de 2014, derogó expresamente el artículo 57 de la ley 16.871, por lo que las cesiones de derechos posesorios dejaron de ser actos inscribibles. Luego, el artículo 70 de la ley 20.075, de 3 de noviembre de 2022, estableció que «los instrumentos públicos de cesiones de derechos posesorios se inscribirán en la sección Inmobiliaria del Registro de la Propiedad «a partir de la fecha de promulgación de la presente ley. [=] Derógase el artículo 228 de la ley 19.149, de 24 de octubre de 2013». En consecuencia, a partir de la vigencia de esta norma —20 de octubre de 2022, fecha de su promulgación—, las cesiones de derechos posesorios nuevamente vuelven a ser actos inscribibles.
C. De acuerdo con el artículo 676 del Código Civil, el propietario tiene derecho a perseguir en juicio la propiedad de su cosa contra cualquiera que la posea y pretenda retenerla, mediante la acción de reivindicación o de dominio; y conforme al artículo 666 del mismo cuerpo normativo, las acciones posesorias se dirigen a conservar o recuperar la posesión de los bienes raíces o derechos reales constituidos en ellos. Del análisis de los certificados registrales agregados no resultan inscripciones de demandas reivindicatorias de la propiedad, de la posesión, de prescripción ni de ninguna otra clase relativas al inmueble objeto de la consulta, las que también son actos inscribibles

(de acuerdo con el numeral 8.º del artículo 17 de la ley 16.871, que establece como tales «las demandas y sentencias ejecutoriadas que tengan por objeto el reconocimiento de derechos en relación con bienes inmueble que afecten o puedan afectar los derechos registrados o que se registren en el futuro»). Corresponde señalar, además, la importancia de la inscripción de dichas demandas, a fin de provocar los efectos establecidos en el artículo 61 de la ley 16.871. El inciso tercero de dicha norma expresa que los instrumentos públicos de cesión de derechos posesorios —entre otros actos— inscriptos con posterioridad a las medidas a que refieren los incisos anteriores —demandas y sentencias ejecutoriadas que reconozcan derechos con relación a bienes inmuebles registrados, embargos específicos, embargos genéricos y demás medidas cautelares— no producirán alteración alguna en el trámite de los juicios respectivos ni en sus resultados. Estos juicios podrán continuar hasta su terminación, con prescindencia de los actos inscriptos. Los jueces mandarán cancelar las inscripciones vigentes que se les opongan, con citación de las personas a quienes afecte la cancelación.

D. La última inscripción registral que arrojan los certificados son las sucesiones de AGD y OICP, tramitadas en forma conjunta e inscriptas en el Registro respectivo en el año 2022. Por tanto, los actuales titulares registrales del inmueble, ARGC y ABGC —que, según la consultante, han poseído tranquila y públicamente por más de un año completo, sin interrupción, habrían adquirido el derecho de posesión y se excusan de responder sobre esta (C. Civil, art. 649, inc. 3.º)—, tendrían mejor derecho que el cesionario de la inscripción de la cesión de derechos posesorios.

**II.** El artículo 655 del Código Civil establece que la posesión se pierde de dos modos: por usurpación de un tercero o por abandono voluntario y formal del poseedor. El segundo es un acto inscribible en el Registro de la Propiedad Inmueble, mediante el otorgamiento ante escribano público de una escritura unilateral otorgada por aquel; Es un acto registrable, dado que es un acto extintivo de la cesión de derechos posesorios original, debidamente inscripta, de acuerdo con lo dispuesto por el numeral 1.º del artículo 17 de la ley 16.871.

**III.** La cancelación de una inscripción registral solo procede cuando la parte a quien ampara —aquí, la cesionaria— consienta la extinción o cuando el juez competente así lo disponga (ley 16.871, art. 82, num. 2.º). Por tanto, si no hay consentimiento del cesionario, solo procede mediante la vía judicial.

**IV.** Dado que, en la minuta registral efectuada al inscribir la cesión de derechos posesorios en el Registro de la Propiedad Inmobiliaria, la orientación del inmueble difiere de la indicada en la titulación, se sugiere

obtener en el Registro mencionado testimonio registral a efectos de aclarar dicho aspecto.

## Conclusiones

Por todo lo expuesto, desde el punto de vista registral, de acuerdo con las resultancias de obrados y teniendo presente la documentación adjunta, se concluye:

1. Los últimos y actuales titulares registrales del inmueble son ARGC y ABGC, que lo hubieron en las sucesiones de sus padres —propietarios originarios—, registradas en el año 2022.
2. La escritura de cesión de derechos posesorios fue otorgada por quienes no eran los titulares dominiales y registrales del inmueble, inscripta debidamente en el Registro correspondiente.
3. No resultan inscripciones de demandas reivindicatorias de la propiedad, de la posesión, de prescripción o medidas cautelares ni de ninguna otra especie respecto del bien en consulta.
4. Es posible inscribir en el Registro de la Propiedad Inmueble una escritura pública en la que el poseedor abandone voluntariamente el bien.
5. Para el caso de que se quisiera cancelar la inscripción de cesión de derechos posesorios, ello solo procedería si la parte a quien ampara —la parte cesionaria, en el caso a estudio— consiente la extinción o cuando el juez competente así lo disponga.
6. En síntesis, la inscripción de derechos posesorios no obsta a la registración de la futura compraventa del inmueble, dado que se estaría cumpliendo con el principio de tracto sucesivo.

Esc. Dra. María Cristina Anzuela
Informante

## Bibliografía referida


Howard, Walter (2001). «Cesión de derechos posesorios». En *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, tomo xxxi, pp. 679-696.

Suprema Corte de Justicia (2012). Sentencia 276/2012, de 3.2.2012. Chediak (r.), Gutiérrez Proto, Van Rompaey.

Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 5.º Turno (2012). Sentencia 101/2011, de 29.7.2011. Presa Bayce (r.), Fiorentino. En *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, tomo xlii, pp. 211-213.

Yglesias, Arturo; Cedrés, Elba, y Seigal, Beatriz (1998). «Cesión de derechos posesorios. Aspecto tributario. Aspecto registral». En *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, tomo 84, n.º 1-12 (ene.-dic.), pp. 39-50.

La Comisión de Derecho Registral aprueba el informe que antecede con el voto conforme de los Escs. M.ª Cristina Anzuela, Mercedes Azar, Susana Cambiasso, Gerardo Cardozo, M.ª Romina Cedrés, Carlos del Campo, Adriana Estévez, Ana María Grassi, M.ª del Rosario Marchese, Enrique Marna, Karin Perdomo, M.ª Claudia Pereiro e Inés Rodríguez Sarmiento.

Escs. Mercedes Azar y Carlos del Campo
Coordinadores

*Informes aprobados por la Comisión Directiva Nacional de la AEU el 17.10.2023, expediente 2855/2023.*

## PRÉSTAMO BANCARIO. HIPOTECA

Resumen

*Es posible solicitar un préstamo y garantizarlo con hipoteca sobre un inmueble que posee dos hipotecas anteriores.*

### Informe: Civil

#### Consulta

Se consulta si es posible solicitar un préstamo bancario sobre un inmueble que posee dos hipotecas anteriores.

#### Informe de la Comisión de Derecho Civil

La consulta formulada es realizada de manera abstracta, sin relacionar hechos concretos; por ello, se responde en dicha forma, es decir, con carácter abstracto.

El artículo 460 del Código Civil distingue entre los bienes *corporales* e *incorporales*. Dentro de los bienes incorporales, se diferencian los

*derechos personales* y los *derechos reales* (C. Civil, art. 471). Derechos reales son los que se tienen *en* una cosa o *contra* una cosa, sin relación a determinada persona (C. Civil, art. 472). Entre los derechos reales contra la cosa se encuentra la hipoteca (C. Civil, art. 472), un derecho real con función de garantía, es decir, que tiende a asegurar la satisfacción de un crédito.

Una característica de los derechos reales es la denominada *preferencia*. Esta consiste en que los derechos reales se prefieren unos a otros, en función del tiempo en que fueron constituidos; es decir, se rigen por el principio «primero en el tiempo, primero en derecho». El derecho de preferencia de la hipoteca resulta del artículo 2372 del Código Civil, que en el inciso segundo —derogado por el artículo 256 de la ley 18.387 (Ley de Proceso Concursal, de 23 de octubre de 2008)— la calificó como «causa de preferencia»; por su parte, el artículo 109 de la ley 18.387 la califica como generadora de un «crédito con privilegio especial».

Con relación a la posibilidad de otorgar más de una hipoteca sobre un mismo inmueble, el Código Civil reconoce a texto expreso dicha situación en el artículo 2340:

> La hipoteca da derecho al acreedor de perseguir la finca hipotecada, sea quien fuese el que la posea y a cualquier título que la haya adquirido.
>
> Sin embargo, esta disposición no tendrá lugar contra el tercero que haya adquirido los bienes hipotecados en subasta judicial, practicada *con citación personal de los acreedores que tengan constituidas hipotecas sobre la misma finca* [destacado nuestro].

Como puede apreciarse, la ley se refiere a «hipotecas [en plural] sobre la misma finca», con lo que admite la validez de la constitución y existencia simultánea de diversas hipotecas que graven a un mismo inmueble, sin perjuicio del derecho de preferencia que las respectivas hipotecas confieran en función de su prioridad temporal.

El derecho real de hipoteca alcanza hasta el «duplo del importe conocido o estimativo de la obligación, cuyo importe se determinará en la escritura inequívocamente» (C. Civil, art. 2333). Dicho valor puede ser inferior al valor del inmueble hipotecado. Desde el punto de vista fáctico, el interés que puede tener un acreedor en que se constituya una hipoteca de segundo o posterior grado se encuentra en que el valor del inmueble hipotecado puede ser mayor al valor que garantizan las hipotecas anteriores y, por ende, suficiente para garantizar la satisfacción de su crédito. A vía de ejemplo, un tercer acreedor puede, bajo su riesgo, tener interés en que se hipoteque el mismo inmueble en tercer grado para garantizar su crédito, en el entendido de que, llegado el remate, el producido será suficiente para cobrar su crédito en el orden correspondiente, a pesar de las preferencia de otros acreedores.

## Conclusión

Es posible solicitar un préstamo y garantizarlo con hipoteca sobre un inmueble que posee ya dos hipotecas anteriores. La situación del caso concreto escapa al presente análisis por carecerse de información al respecto.

Integrantes de la Comisión de Derecho Civil
Informantes

La Comisión de Derecho Civil, integrada por los Escs. Karen Bonner, Javier Carneiro, Marcela de los Santos, Agustina Ferreira, Nicolás García Rodríguez, Carlos Groisman, M.ª del Rosario Marchese, M.ª Valentina Martínez Jaime, Francisco Mastropierro, Ana Lía Méndez, Roque Molla, M.ª Noel Mosegui, Ana Realini, Patricia Rivas, Diego Séré, Adriana Silva, M.ª Beatriz Vázquez y Juan Pablo Villar, aprueba el informe que antecede.

Escs. Roque Molla y Juan Pablo Villar
Coordinadores

*Informe aprobado por la Comisión Directiva Nacional de la AEU el 17.10.2023, expediente 2866/2023.*

# PROPIEDAD HORIZONTAL. REGLAMENTO DE COPROPIEDAD. BIENES COMUNES. BIENES COMUNES DE USO EXCLUSIVO. DERECHO DE SOBREELEVAR

Informe: Civil

## Consulta

La consulta se relaciona con una situación suscitada en el edificio «PP», sito en la ciudad de Montevideo, acerca de los siguientes puntos:

— La delimitación espacial de los bienes comunes denominados «espacio libre Z», «espacio libre A» y «espacio libre 0013».

— El derecho de uso exclusivo de la unidad 0013 sobre el «espacio libre Z» (hoy, «espacio libre 00B»).

— El derecho de la unidad 0013 a construir en el «espacio libre Z» (hoy, «espacio libre 00B») y ser titular de las unidades de propiedad horizontal resultantes de la construcción, sin tener que requerir autorización alguna de la copropiedad, respetándose el límite de altura a que refiere el artículo 20 del reglamento de copropiedad.

## Informe de la Comisión de Derecho Civil

En virtud de las referidas interrogantes, se procederá a analizar cada una de ellas en forma individual y en el orden planteado, tomando en cuenta para su análisis la documentación que se nos ha presentado.

### I. Delimitación espacial de los bienes comunes denominados «espacio libre Z», «espacio libre A» y «espacio libre 00B»

En el estudio de la documentación aportada por el consultante —en su totalidad, fotocopia simple con respecto a la ubicación espacial en el padrón donde se construyó el edificio «PP» del espacio libre denominado «Z», «A», y «00B» (difiere en documentos presentados y que forman parte de la titulación del bien)— nos cabe realizar las siguientes consideraciones.

**A.** En la *escritura de división de condominio* autorizada por la Esc. YY el 3.8.1964, por la que los propietarios proceden a partir el condominio existente entre ellos en el inmueble de propiedad horizontal del edificio «PP», en el plano relacionado del Agr. ZZ de junio de 1962, inscripto en Catastro con el n.º …, señalado con la letra «A» surge que la ubicación, superficie y deslinde de los inmuebles de carácter individual, así como los

bienes comunes, resultan del «plano de fraccionamiento provisorio» del citado agrimensor de noviembre de 1963, inscripto en Catastro con el n.º … el 22.1.1964. En dicha escritura se adjudica la unidad 013; en su descripción se establece que dicha unidad se integra con el «local 013 y estudio 013». El local 013 se ubica en «planta nivel más 6 metros, lindando por todos los vientos con espacio libre "Z"». En la referida escritura se deja establecido que el Arq. WW es el arquitecto director de la obra.

**B.** En la *escritura de reglamento de copropiedad* autorizada por la Esc. YY el 6.8.1964 se coteja lo siguiente:

*a*) La descripción de los bienes comunes de uso individual y los bienes comunes de uso exclusivo se hace en virtud del plano proyecto del Agr. ZZ de noviembre de 1963, inscripto en Catastro el 22.1.1964 con el n.º … Y al describir la unidad 013, se establece que se integra con el «local 013 y estudio 013» —se detallan las superficies y cotas—, y se indica que el local linda por todos los vientos con el espacio libre «Z». Asimismo, dispone que «le corresponde el uso del espacio libre "A", que rodea el local "estudio Cero Trece" (bien común)».

*b*) En el artículo diecinueve se dispone que «toda obra nueva que afectare el inmueble no podrá realizarse sin autorización previa de todos los delegados de los propietarios. No se concederá dicha autorización sin informe técnico que establezca que las obras a realizarse no menoscaban o perjudican la estabilidad y seguridad del edificio ni alteran su aspecto arquitectónico exterior […]».

*c*) En el artículo veinte se establece: «La prohibición del capítulo anterior, párrafo primero, no se aplicará a las modificaciones y toda otra obra que el propietario realice en su departamento […]. Quedan igualmente exceptuadas de la prohibición establecida las obras, modificaciones o construcciones realizadas o a realizarse en las zonas letra «A» del plano de fraccionamiento citado por los propietarios que tienen la utilización de dichas zonas, siempre que las mismas obras no excedan de una altura de seis metros sobre el nivel cero y sean aprobadas por el arquitecto director del edificio o, en su defecto, por una mayoría de dos tercios de votos de la Asamblea de delegados de copropietarios».

*d*) En el *capítulo séptimo*, artículo veintidós, se designa quién ejerce la administración de la copropiedad del edificio: será a través de la Asamblea de delegados de propietarios e, indirectamente, por delegación de esta, por el administrador.

**C.** En la *escritura de compraventa* autorizada por el Esc. VV el 1.8.1998, por la que XX adquiere la unidad 013, en la cláusula de objeto se describe el bien en virtud del plano del Agr. ZZ de junio de 1962 precitado para la descripción del bien padrón matriz, y para describir la unidad, en virtud del plano definitivo del citado agrimensor, de noviembre de 1963, inscripto

en Catastro con el n.º … el 13.11.1963, integrándose con el local Cero Trece y con el estudio Cero Trece; indica, además, que le corresponde el uso privativo del bien común espacio libre «A» que rodea la unidad. Establece, asimismo, que el bien común que rodea a la unidad 013, del cual tiene esta el uso privativo, ha sido denominado en los diferentes documentos y planos como zona libre «A» o «Z», con diferentes áreas, pero que dichas diferencias fueron subsanadas por el certificado de la Esc. YY del 20.11.1979, inscripto en el Registro.

**D.** En *certificado* de la Esc. YY de 28.11.1979 certifica dicha profesional que, habiendo cotejado el reglamento de copropiedad, ha constatado que ha cometido error de copia, designando con la letra «A» el espacio libre que rodea el local estudio Cero Trece, cuando en realidad es el espacio libre «Z» del plano proyecto del Agr. ZZ de noviembre de 1963 precitado. Agrega que dicho error se cometió en el capítulo primero, artículo tres, cuando se definen los bienes comunes *in fine*, en observaciones, y en el artículo veinte del capítulo sexto, referente a modificación, reparación y destrucción del edificio. Por lo que concluye que debe entenderse que cuando en esas cláusulas se refiere a espacio libre «A» y zonas letras «A», se trata en realidad del espacio libre «Z» y zonas letras «Z». Este documento fue inscripto en el Registro de Traslaciones de Dominio.

**E.** En el plano proyecto de fraccionamiento del edificio de noviembre de 1963, inscripto en Catastro el 22.1.1964 con el n.º …, se describe la unidad 013 y el bien común de uso privativo de la unidad, denominado como espacio libre «Z».

**F.** En el plano de fraccionamiento horizontal de noviembre de 1963, inscripto el 13.7.1967 en Catastro con el n.º …, se describe la unidad 013 con la misma superficie que en el plano proyecto, pero individualiza el espacio libre como «00B», con un área de 5.085 metros y 8.120 centímetros.

Se desconoce si hay planos de mensura de fraccionamiento horizontal posteriores y reglamentos de copropiedad que modifiquen dicha designación, por lo que podríamos decir que, actualmente, el nomenclátor o designación del espacio que rodea a la unidad 013 es el espacio libre «00B».

No se han encontrado en el último plano referido otros espacios libres que tengan denominación de «A» y «Z», ni en el reglamento de copropiedad alguna otra unidad que tuviera el uso también de esos espacios libres, ya sean «A», «Z» o «00B».

De acuerdo con lo analizado y todo lo predicho, entendemos que los errores de mención del espacio libre en los diferentes planos y documentos —incluso en el mismo documento, en diversos pasajes— no descalifican la situación real, geográfica y jurídica que tiene ese bien común de uso privativo. Del cotejo de ambos planos es claro que el único espacio alrededor de la unidad Cero Trece es ese que se describió como letra «A», «Z» o «00B», y no otro. Y es claro que a la unidad Cero Trece se le adjudicó el uso privativo de ese espacio que lo rodea, con sus atribuciones y limitaciones.

En cuanto a la primera interrogante planteada de cuál es la delimitación espacial del espacio libre —se denomine «A», «Z» o «00B»—, es la que claramente surge del plano de mensura del agrimensor citado como «espacio libre 00B»; ese espacio es el que se encuentra rodeando la unidad Cero Trece y que recoge el reglamento de copropiedad, atribuyéndole a la unidad Cero Trece su uso privativo.

Los contratos deben interpretarse conforme a las normas del Código Civil, artículos 1297 y siguientes, en el sentido que les da el uso general; y en caso de ambigüedad en las palabras, debe buscarse más bien la intención común de las partes en el sentido literal de los términos. Más allá de que en alguno de los documentos, en forma errónea, se designa el espacio común que le corresponde a la unidad 013 con otra nomenclatura, en virtud de los distintos planos, la lógica es que ese espacio le corresponda a la unidad (no es lógico pensar que estuviera separado de esta).

## II. Derecho de uso exclusivo de la unidad 013 sobre el espacio libre «Z» (hoy, espacio libre «00B»)

Con respecto a la segunda interrogante planteada, siguiendo el razonamiento de la primera y los criterios de interpretación de los contratos establecidos en el Código Civil, cotejando el reglamento de copropiedad y los planos se desprende que, aunque no de manera acertada en sus redacciones —por la confusión de nomenclátor de letras en la definición de ese espacio libre—, el derecho de uso privativo sobre ese espacio libre —actualmente, por el último plano inscripto, denominado como «espacio libre 00B»— pertenece a la unidad Cero Trece.

## III. Derecho de la unidad 013 a construir en el espacio libre «Z» (hoy, espacio libre «00B») y ser titular de las unidades de propiedad horizontal resultantes de la construcción, sin tener que requerir autorización alguna de la copropiedad, respetándose el límite de altura

En relación con la siguiente consulta, el artículo 20 del reglamento de copropiedad establece claramente que al propietario de la unidad 013 le está permitido expresamente hacer modificaciones y realizar construcciones en los lugares comunes de su uso exclusivo; agrega las limitaciones de la altura —6 metros a nivel cero— y la autorización del arquitecto director del edificio o, en su defecto, de una mayoría de dos tercios de votos de la Asamblea de delegados de copropietarios. En el mismo artículo, a continuación, establece que «igualmente queda autorizado el propietario de la unidad Cero Cero Ocho a realizar las modificaciones tendientes a transformar dicha unidad en uno o más departamentos o escritorios con entrada desde el exterior y/o desde el interior»; ello asimila a ambas unidades en la

facultad tanto de realizar las construcciones como, incluso, de crear nuevas unidades de propiedad horizontal. Por consiguiente, entendemos que los requisitos exigidos para la construcción en el espacio libre bien común privativo de la unidad 013 es que esta no exceda de seis metros sobre el nivel cero, que cumplan con las ordenanzas municipales y que no atenten contra la solidez, seguridad y estabilidad del edificio.

Los adquirentes de las unidades que integran el edificio «PP», al adquirirlas, aceptan el reglamento de copropiedad como parte de la titulación y tienen pleno conocimiento de esa autorización (no se requiere su aprobación posterior).

El derecho de sobreelevar consiste en la facultad de realizar construcciones en parte de un edificio en régimen de propiedad horizontal o realizar nuevas construcciones sobre el terreno bien común. *Sobreelevar* es, en sentido amplio, no solo realizar nuevas obras en altura o en subsuelo, sino también construir en el terreno.

Como expresa Molla (1989: 121): «El derecho de sobreelevar es real porque es una facultad del dominio. El titular de la cosa puede edificar, y, por el principio de accesión, lo construido le pertenece». Previamente, señalaba el autor: «Las reservas edictadas en el reglamento de copropiedad permitirán al titular del inmueble en estado horizontal, antes de producirse la actuación del régimen jurídico de propiedad horizontal, en ejercicio de los poderes que se concentran en su persona, establecer dicha reserva de sobreelevar» (ibídem). Agrega Molla (1989: 122): «El titular será, en el caso de reserva del propietario del terreno, el mismo por el cual accedió al dominio del suelo. Para el caso de ser persona distinta, el título será la cesión del derecho, con las formalidades referidas, y su participación en la copropiedad se producirá una vez construido el edificio». Y culmina: «El derecho de sobreelevar constituye una de las facultades emergentes del dominio, que en principio reside en todos los copropietarios. Ello no obsta a que por acuerdo obtenido conforme a la ley se trasmita dicho derecho a un tercero o se lo reserve el dueño de la cosa» (ibídem).

La autorización o la reserva para sobreelevar no es título, sino que confiere poder para construir. El poder referido es irrevocable por no emanar de una relación base mandato.

Por lo expuesto, en el caso en consulta, hubo en el reglamento de copropiedad una reserva de derechos de parte del dueño del terreno a favor del propietario de la unidad 013 para sobreelevar en el espacio bien común de su uso exclusivo, por lo que el referido derecho le corresponde (sin perjuicio de poder cederlo a un tercero).

## IV. Conclusiones

1. En cuanto a la delimitación espacial del espacio libre, se denomine «A», «Z» o «00B», es la que claramente surge del plano de mensura del agrimensor citado como «espacio libre 00B». Ese espacio es el que

se encuentra rodeando la unidad Cero Trece, a la que el reglamento de copropiedad le atribuye su uso privativo.

2. El derecho de uso privativo sobre ese espacio libre, actualmente, por el último plano inscripto, señalado como «espacio libre 00B», lo posee la unidad Cero Trece.
3. De acuerdo con el reglamento de copropiedad, el propietario de la unidad 013 puede realizar en el bien común de uso exclusivo nuevas obras —incluso, unidades independientes—, respetando el límite de altura, las ordenanzas públicas municipales y lo preceptuado por la ley de propiedad horizontal. Dichas construcciones le pertenecerán, y podrá ejercer sobre ellas todos los derechos de propiedad (deberá modificar, en consecuencia, planos de mensura y reglamento de copropiedad).

Escs. Alejandra Del Portillo
y Rossana Ivanier
Informantes

## Bibliografía referida

Molla, Roque (1989). «Manifestaciones actuales relativas al derecho de dominio. La multipropiedad o tiempo compartido. El derecho de sobreelevar en propiedad horizontal». En *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, tomo xix, pp. 118-122.

La Comisión de Derecho Civil, integrada por los Escs. Marcela Aldana, Karen Bonner, Javier Carneiro, M.ª Inés Casatroja, Daniella Cianciarulo, Marcela de los Santos, Gustavo Echavarría, Agustina Ferreira, Nicolás García Rodríguez, Carlos Groisman, M.ª del Rosario Marchese, M.ª Valentina Martínez Jaime, Francisco Mastropierro, Roque Molla, Adriana Olmedo, Laura Parnás, Alejandra Del Portillo, Margarita Puertollano, M.ª del Pilar Ramírez, Ana Realini, Patricia Rivas, Diego Séré, Adriana Silva, M.ª Beatriz Vázquez y Juan Pablo Villar, aprueba el informe que antecede.

Escs. Roque Molla y Juan Pablo Villar
Coordinadores

*Informe aprobado por la Comisión Directiva Nacional de la AEU el 31.10.2023, expediente 2853/2023.*

# PADRÓN. PRESCRIPCIÓN

Resumen

*Sobre la aptitud para ser prescripta una parte material de un inmueble. En derecho patrio, la prescripción de parte material de un inmueble es posible. No tener asignado aún número de padrón no impide tal prescripción: la aprehensión efectiva del bien y el ánimo de dueño, requeridos por la posesión ad usucapionem, pueden darse en este caso.*

## Informe: Civil

### Consulta

El 19.7.2022 se inicia en el Juzgado Letrado de Primera Instancia de Pando de … Turno demanda de prescripción adquisitiva sobre parte del padrón 0000, expediente IUE …/2022. Junto con la demanda, se agrega el plano de mensura y prescripción realizado por el Ing. Agr. XX en abril de 2022, el que fue inscripto en la Dirección Nacional de Catastro (DNC), oficina delegada de Ciudad de la Costa, con el n.º … el 24.5.2022. En las notas que surgen del referido plano se establece que la superficie objeto de prescripción no constituye predio independiente, por lo que no puede ser empadronada hasta que se expida la correspondiente sentencia que declare la prescripción adquisitiva. Dicha situación fue plasmada en los escritos presentados a la sede. Lamentablemente, la actuaria adjunta insiste en que el inmueble que se pretende prescribir debe tener un nuevo número de padrón; ignora la situación real de que se procura la prescripción de una parte del padrón 0000.

Presentada a la señora jueza la justificación de por qué la DNC no da un nuevo número hasta que no haya sentencia, la actuaria adjunta sugiere realizar la consulta ante la AEU.

La consultante fundamenta su solicitud de prescripción sobre una parte del inmueble en atención al espíritu del instituto de la prescripción, esto es, que solo podemos pretender prescribir lo que realmente se ha ocupado de forma pacífica, continua, ininterrumpida, pública, inequívoca y con ánimo de dueño por más de veinte años. En el caso que nos ocupa, el actor ha poseído una parte del padrón en la forma prevista por el artículo 1196 del Código Civil durante 39 años.

Se consulta: ¿es viable la prescripción de una parte del padrón? En opinión de la consultante, no existe ninguna duda de que el actor ha poseído en los términos establecidos en el artículo 1196 del Código Civil. Sería infructuoso y falto de legitimación pretender prescribir la totalidad

del padrón, en virtud de que efectivamente él posee la parte que surge indicada en el plano de prescripción. En consecuencia, el poseedor puede iniciar la prescripción sobre esa parte del padrón que ocupa.

## Informe de la Comisión de Derecho Civil

### I. Consideración previa

El presente informe se realiza sobre la base de que el inmueble objeto de prescripción, en cuanto a su superficie, cumple con las disposiciones vigentes. Por ello, no es objeto de análisis la posibilidad de prescribir superficies menores a las exigidas por la normativa sobre ordenamiento territorial.

El informe contará con tres capítulos. Comenzaremos con una breve síntesis sobre el panorama doctrinario y jurisprudencial de la prescripción; acto seguido, procederemos a la aplicación al caso concreto de lo desarrollado inicialmente, y finalizaremos con la conclusión a la que se ha llegado.

### II. La posesión en el derecho civil uruguayo

Acorde con lo establecido en el artículo 646 de nuestro Código Civil, la *posesión* es «la tenencia de una cosa o el goce de un derecho por nosotros mismos con ánimo de dueños o por otro en nombre nuestro».

Yglesias (2008: 74 y ss.) dice que al hablar de la «tenencia de una cosa» o el «goce de un derecho», se le está dando a la expresión «cosa» un sentido más restringido que el que le da el artículo 460 del mismo cuerpo normativo; en el artículo 646, la expresión «cosa» aparece reducida a la idea de *bien corporal*, comprendiendo también la «cuasiposesión» o derechos reales menores o limitados de goce. Agrega el autor que la idea de *posesión* solo puede ser referida a los derechos de goce y no a los de garantía, como la hipoteca y la prenda, ni de derecho de adquisición, como el derecho hereditario o el derecho de promitente comprador. La frase «por nosotros mismos o por representante» habilita a que la posesión pueda ejercerse a través de otra persona que actúe como representante. Añade el artículo referido «con ánimo de dueño». Este último concepto —*ánimo de dueño*— no está definido en ninguna parte de la ley; sería necesario recurrir al contexto de la norma, las doctrinas más recibidas y la jurisprudencia, a la que remitimos, lo que excede el objeto del presente informe.

## III. Características de la posesión apta para usucapir

El artículo 1196 enuncia los requisitos con los que se adquiere el dominio de un bien inmueble por prescripción. Se requiere una posesión continua y no interrumpida, pacífica, pública, no equívoca y en concepto de propietario:[53]

— *Continua*. Significa encontrarnos ante una conducta del poseedor que se traduzca en el ejercicio regular de actos posesorios sobre el bien que está poseyendo, la actuación material de la cosa y la realización de los actos reglados en el artículo 666, tal como lo haría su dueño. La continuidad/discontinuidad, a diferencia de la interrupción, se debe a una conducta del poseedor.
— *Pacífica* o *tranquila*. Se entiende que la posesión, para ser apta para usucapir, no debe depender de la fuerza o de la violencia para mantenerse por todo el período usucapional.
— *Pública*. Implica la potencialidad tal que les permita a las personas poder enterarse de ella. La exigencia tiene como finalidad que quien puede verse perjudicado por la posesión ajena tome conocimiento de la situación, a efectos de emplear las acciones judiciales pertinentes.
— *No equívoca*. Resulta de la conducta del poseedor de manera notoria, concluyente e indubitable que tiene un fin determinado: la adquisición del dominio u otro derecho real de goce de manera exclusiva para su titular.
— *En concepto de propietario*. Actuar materialmente sobre la cosa como lo hace un propietario medio (Suprema Corte de Justicia, 2010, 2012; Howard, 2022: 391 y ss.).

## IV. La prueba de la adquisición por prescripción

La adquisición por el modo prescripción acaece por más que no se haya tramitado en vía judicial; así ha fallado la Suprema Corte de Justicia en la sentencia 64/1991, de 17 de julio de 1991. No es necesaria la existencia de una declaración previa de la adquisición del dominio en calidad de título cuando el reivindicante prueba en juicio la posesión por el tiempo y los atributos requeridos para prescribir. Couture (cit. por Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 7.º Turno, 1991) manifestaba que el proceso declarativo de prescripción adquisitiva tiene un propósito documental o instrumental: «La propiedad existe, lo que falta es su prueba».

La jurisprudencia se ha inclinado por admitir que los efectos de la excepción de prescripción se limitan a paralizar la acción reivindicatoria *incidenter tantum*; no conlleva reconocer la calidad de propietario de la

53 Tales requisitos son estudiados por nuestra doctrina, multicitada por nuestros tribunales. Por ejemplo: Suprema Corte de Justicia (2012); Tribunal de Apelaciones en lo Civil de Primer Turno (2013); Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil de 19.º Turno (2013).

demandada en el juicio de reivindicación con carácter general, validez y eficacia entre partes y frente a terceros (*erga omnes*), efecto que se puede adquirir mediante la acción judicial correspondiente. Esta ha sido la posición del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 1.er Turno (2011).[54]

La usucapión posee una enorme importancia en los ordenamientos jurídicos modernos. Planiol y Ripert (cits. por Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 3.er Turno, 1991) han expresado que la prescripción es, de todas las instituciones del derecho civil, la más necesaria al orden social. En ese sentido, se ha llegado a designársela como «patrón del género humano» (*patrona generis humani*), por sus servicios a la sociedad, manteniendo la paz y tranquilidad entre los hombres y disminuyendo el número de pleitos.[55]

Molla (1993: 603-604) refiere a dos funciones de la usucapión: primero, es un medio de prueba de la propiedad que elimina la prueba diabólica, esto es, la justificación de la propiedad por cada enajenante hasta la salida fiscal o municipal, en auxilio al propietario; segundo, es un modo de adquirir.

## V. La salida fiscal o municipal del dominio público y la irreivindicabilidad por parte del Estado

La prescripción destierra la necesidad de acudir a lo que en doctrina se conoce como *prueba diabólica*, entendida como aquella de dificultosa obtención. Nos recuerdan Salgado, Tellechea y Bagdassarian (2016: 14):

> En su origen, todas las tierras pertenecieron al Estado por derecho inmanente. Además, conforme al artículo 481 del Código Civil, «son bienes fiscales todas las tierras que, estando situadas dentro de los límites del Estado, carecen de otro dueño».
>
> El Estado dispuso de tierras a favor de los particulares en determinados momentos, a través de leyes que así lo permitieron, generándose períodos de disponibilidad y de indisponibilidad de las tierras públicas. Esta disponibilidad de las tierras a favor de los particulares recibe el nombre de *salida fiscal*.
>
> El Estado también dispuso de tierras a favor de los municipios, y estos, a su vez, a favor de los particulares. Es lo que se llama *salida municipal*.

La *salida fiscal* puede configurarse de manera directa o en virtud de las leyes sobre prescripción:[56] la primera refiere a cuando el Estado enajena el inmueble a un particular; la segunda, a lo dispuesto en el inciso

54 En igual sentido: Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 1.er Turno (1984); Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 5.º Turno (1997); Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 7.º Turno (2007).

55 Nombre con que la llamaba Casiodoro, cit. por Cestau (s/f.: 17). Conf.: Del Campo (1971: 656), cit. por Suprema Corte de Justicia (1995).

56 En el mismo sentido: Pintos Orrico (2014: 63); Salgado, Tellechea y Bagdassarian (2016: 12-17).

2.º del artículo 1194 del Código Civil, que incorpora lo estipulado por el artículo 121 de la ley 12.802, de 30 de noviembre de 1960. El referido artículo 121, actualmente modificado por la ley 19.889, de 9 de julio de 2020, disponía que «el poseedor de un campo u otro terreno que ha poseído por sí o por sus causantes, a título universal o singular, por espacio de treinta años [hoy, veinte], estará en todos los casos al abrigo de las pretensiones del Fisco, siempre que esta posesión conste por documento público o auténtico».[57]

## VI. Catastro y juicio usucapional

Por mandato legal, el proceso judicial de prescripción adquisitiva requiere la presentación de un plano de mensura realizado a sus solos efectos e inscripto en la DNC (ley 19.355, art. 247). Añade la referida disposición normativa que

> la inscripción definitiva por la Dirección Nacional de Catastro se realizará una vez que la sentencia de prescripción haya adquirido calidad de cosa juzgada. En la sentencia definitiva que declara la prescripción, el Juzgado competente deberá comunicar a la Dirección Nacional de Catastro disponiendo la inscripción definitiva del plano de mensura. En ocasión de la inscripción registral, deberá verificarse el cumplimiento de los extremos referidos en este artículo.

Por su parte, el artículo 8.º de la resolución 49/996, de 30 de agosto de 1996, de la Dirección Nacional de Catastro, en la redacción dada por la resolución 40/018, de 31 de octubre de 2018, establece:

> Para los casos en que se pretenda prescribir una superficie que no constituye predio independiente y, en consecuencia, se encuentra empadronada en mayor área, se exigirá, además de lo dispuesto en el numeral anterior, que en el plano luzcan, con carácter obligatorio, las siguientes notas:
>
> 1. La superficie que se refiere en el plano como objeto de prescripción no constituye predio independiente, no pudiendo ser empadronada hasta que se expida la correspondiente sentencia que declare la prescripción adquisitiva.
> 2. No consta a la DNC que los predios resultantes cumplan con lo establecido en los instrumentos de ordenamiento territorial aplicables.

## VII. Aplicación al caso concreto

Conforme a lo desarrollado, estamos en condiciones de afirmar que la prescripción de una parte material de un inmueble es posible en el derecho patrio. El hecho de no tener número de padrón no es impedimento para

57 Los artículos 122 a 124 de la ley 12.802 establecen un mecanismo de declaración judicial a los solos efectos de la obtención de la salida fiscal en caso de que no contar con la prueba por documento público o auténtico.

poder prescribir, dado que el *corpus* —o aprehensión efectiva del bien— y el ánimo de dueño, requeridos por la posesión *ad usucapionem*, pueden darse en este caso. El prescribiente alegó en autos, según manifiesta la consultante, haber poseído esa parte material del inmueble con las características necesarias que permiten llegar a la adquisición mediante modo prescripción desde hace 39 años.

Señala Howard, al referirse a la categoría de bienes usucapibles, que «en esta órbita, la disposición solo es aplicable a las cosas susceptibles de posesión y a los derechos que se ejercen a través de ella». (2022: 472). La mencionada parte del padrón puede ser susceptible de posesión por más que no goce de autonomía jurídica, por los argumentos expuestos en el presente informe.

## VIII. Conclusiones

En virtud de lo manifestado, se concluye, sin hesitaciones, que la prescripción de una parte de un padrón es admisible en el derecho uruguayo. El hecho de no tener número de padrón no es impedimento para poder prescribir, dado que la posesión *ad usucapionem* requiere del «corpus» —o aprehensión efectiva del bien— y del ánimo de dueño, y ambos se dan en este caso.

Una vez que se cuente con la sentencia ejecutoriada de prescripción adquisitiva, el juzgado competente deberá comunicar a la dnc, se dispondrá la inscripción definitiva del plano de mensura y se asignará al bien un número de padrón. Al momento de la inscripción registral deberá verificarse el cumplimiento de los extremos referidos.

Esc. Dr. Nicolás García Rodríguez
Informante

### Bibliografía referida


Cestau, Saúl (s/f.). *Prescripción e indivisión hereditaria*. Montevideo: Centro de Estudiantes de Notariado.

Del Campo, Francisco (1971). *Derecho civil. Primer curso*. «Bienes», tomo ii. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.

Howard, Walter (2022). *Modos de adquirir*, 4.ª ed. corr. y ampl. Montevideo: Universidad de Montevideo, Facultad de Derecho.

Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil de 19.º Turno (2013). Sentencia 66/2013, de 2.10.2013.

Molla, Roque (1993). «La prescripción adquisitiva abreviada: un modo originario de adquirir». En *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, tomo xxiii. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, pp. 603-609.

Pintos Orrico, María Cristina (2014). *Técnica Notarial I. Teoría y práctica. Curso completo*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.

Salgado, Sonia; Tellechea, Andrea, y Bagdassarian, Dora (coord.) (2016). *Aportes para un estudio de títulos*. Montevideo: Universidad de la República, Facultad de Derecho. Recurso en línea. Recuperado de: ‹https://publicaciones.fder.edu.uy/index.php/me/article/view/128/121›.

Suprema Corte de Justicia (1995). Sentencia 820/1995, de 30.10.1995.

— (2010). Sentencia 8/2010, s/f.

— (2012). Sentencia 276/2012, de 3.2.2012.

Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 1.er Turno (1984). Sentencia 38/1984, de 14.3.1984.

— (2011). Sentencia 813/2011, de 14.12.2011.

— (2013). Sentencia 237/2013, de 23.12.2013.

Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 3.er Turno (1991). Sentencia 76/1991, de 6.5.1991.

Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 5.º Turno (1997). Sentencia 24/1997, de 24.3.1997.

Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 7.º Turno (1991). Sentencia 14/1991, de 6.3.1991.

— (2007). Sentencia 76/2007, s/f.

Yglesias, Arturo (2008). *Derecho de las cosas*, tomo ii («La posesión y sus circunstancias»), vol. 1, 2.ª ed. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.

La Comisión de Derecho Civil, integrada por los Escs. Marcela Aldana, Karen Bonner, Javier Carneiro, M.ª Inés Casatroja, Daniella Cianciarulo, Marcela de los Santos, Gustavo Echavarría, Agustina Ferreira, Nicolás García Rodríguez, Carlos Groisman, M.ª del Rosario Marchese, M.ª Valentina Martínez Jaime, Francisco Mastropierro, Roque Molla, Adriana Olmedo, Laura Parnás, Alejandra Del Portillo, Margarita Puertollano, M.ª del Pilar Ramírez, Ana Realini, Patricia Rivas, Diego Séré, Adriana Silva, M.ª Beatriz Vázquez y Juan Pablo Villar, aprueba el informe que antecede.

Escs. Roque Molla y Juan Pablo Villar
Coordinadores

*Informe aprobado por la Comisión Directiva Nacional de la AEU el 31.10.2023, expediente 2884/2023.*

# FIDEICOMISO. PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO. ALBACEA. SUCESIONES. PUBLICIDAD REGISTRAL. REGISTRO DE ACTOS PERSONALES. FUNDACIÓN. BIEN INMUEBLE

Resumen

*Sobre los bienes fideicomitidos, una vez configurada la causal de extinción del contrato de fideicomiso.*

Informes: Civil y Registral

Consulta

## I. Hechos

**1967.** LÁLL y RNM enajenaron el actual padrón 0000 de la 7.ª sección catastral del departamento de Canelones a JCB, soltero, por título compraventa y modo tradición.

**2012.** JCB otorgó testamento solemne abierto en escritura pública autorizada el 16.6.2012. A través de dicho testamento constituye la fundación JCB y le lega todos los bienes que reciba en calidad de beneficiario del fideicomiso JCB al disolverse este.[58]

**2012.** JCB constituyó, en calidad de fideicomitente, un fideicomiso de administración el 28.6.2012, transfiriendo la propiedad y posesión del inmueble padrón 0000. De acuerdo con el documento de constitución de dicho fideicomiso, se configuraría la causal de extinción cuando se verificara la condición que se estipuló en los siguientes términos: «Este fideicomiso se extinguirá cuando la autoridad competente se pronuncie expresa o fictamente sobre el reconocimiento de la personalidad jurídica de la fundación JCB, que se constituirá por disposición testamentaria, ya sea reconociendo la misma o negándola» (cláusula 11: «Extinción del fideicomiso»). Cuando aconteciera la condición resolutoria, el fiduciario debería entregar la tenencia de todos los bienes que componen el patrimonio fiduciario al albacea de la sucesión de JCB, a efectos de que cumpla con el destino que el testador hubiere dispuesto en el testamento otorgado el 16.6.2012 (cláusula 12).

58 «Segundo. *Legado modal*. Sin perjuicio de las asignaciones forzosas que pudieren corresponder, lega a la fundación JCB, que se crea en este acto, para el caso de que no hubiera podido crearla antes de su fallecimiento, todos los bienes que reciba en su calidad de beneficiario del fideicomiso JCB al disolverse este».

**2013.** JCB otorga un nuevo testamento solemne abierto el 27.12.2013, revocando el anterior, constituye una fundación y lega a ella todos los bienes que reciba en su calidad de beneficiario del fideicomiso anteriormente relacionado (cláusula segunda).

**2015.** La fundación JCB se constituyó por acto entre vivos por escritura pública el 12.7.2014. Su estatuto fue aprobado por resolución del Ministerio de Educación y Cultura (MEC) del 22.4.2015, reconociéndole la calidad de persona jurídica. Se procedió luego a su inscripción.

**2016.** JCB falleció testado el 25.7.2016. Su sucesión se tramitó ante el Juzgado Letrado de Familia de … Turno, en los autos caratulados «JCB. Sucesión» (IUE …/2017). La sede judicial interpretó que la voluntad del testador era instituir heredera a la fundación («Por auto …/2019, de fecha 20 de mayo de 2019, […] se declaró única y universal heredera testamentaria del causante JCB a la fundación JCB, de conformidad al testamento glosado en autos»). La relación de bienes de la mencionada sucesión indica:

> A su fallecimiento, el causante era titular del derecho de beneficiario del fideicomiso de administración JCB, constituido el 28 de junio de 2012, integrando el patrimonio de la propiedad fiduciaria los siguientes bienes: **I.** Fracción de campo con las mejoras y construcciones ubicada en el departamento de Canelones, séptima sección catastral —antes, 10.ª sección judicial—, zona rural, padrón 0000 […] [sigue descripción y deslinde]. **II.** Vehículo marca Chevrolet, modelo Aveo […].

**2022.** Por escritura pública de adjudicación en pago, el 17.5.2022, el fideicomiso de administración JCB transfirió a la fundación de igual nombre, en cumplimiento de las disposiciones del primero, la propiedad y posesión del inmueble padrón 0000 objeto de esta consulta.[59]

## II. Consultas formuladas

El consultante solicita a la Comisión de Derecho Civil se expida acerca de las consultas que se reproducen a continuación:

1. «¿A qué patrimonio se transmitieron los bienes fideicomitidos a la extinción del fideicomiso referido?».
2. «Si es posible documentar el acaecimiento de la condición resolutoria del fideicomiso en una declaratoria suscrita por el fiduciario a fin de darle publicidad registral».
3. «Si se encuentra correctamente formulada la relación de bienes, en atención a las disposiciones del fideicomiso y a la composición del patrimonio del causante a su fallecimiento».

59 No contamos para esta consulta con información registral del padrón en cuestión, insumo que sería relevante a efectos de verificar la inscripción efectiva de algunos otorgamientos, con incidencia eventual en el tracto sucesivo.

4. «Si la escritura de adjudicación en pago-tradición de 2022 cumple con el principio de tracto sucesivo y, por ende, si es hábil para transferir el dominio del inmueble indicado a la fundación JCB. En caso negativo, ¿qué instrumento habría que otorgarse para dejar sin efecto las disposiciones?».

## III. Opinión del consultante

En lo medular, el profesional consultante considera que

> a efectos de subsanar las situaciones advertidas en la documentación referida, se debería:
>
> — Otorgar una escritura de declaratoria por el fiduciario del fideicomiso a fin de documentar el acaecimiento de la condición resolutoria y poder dar publicidad a la extinción del fideicomiso y al retorno de los bienes fideicomitidos al patrimonio del causante, mediante su inscripción en el Registro Nacional de Actos Personales y el Registro de la Propiedad, Sección Inmobiliaria competente.
>
> — Otorgar una escritura de declaratoria para declarar la falta de efectos reales de la escritura de adjudicación en pago-tradición por no tener el fiduciario legitimación para disponer respecto de los bienes objeto de ella, dado que se encontraban ya en el patrimonio de la fundación (en virtud de las disposiciones del testamento de 2013).

## Informe de la Comisión de Derecho Civil

### Consulta n.º 1

Corresponde comencemos por definir cómo se comporta el patrimonio fiduciario, desde la constitución de la figura y hasta su extinción definitiva. En este sentido, recordaremos que el fideicomiso es una figura bastante particular, en tanto que, sin estar dotado de personalidad jurídica, se erige como un patrimonio de afectación —*patrimonio fiduciario*— independiente al del fideicomitente y está llamado a administrarse por la figura del fiduciario, sin confundirse tampoco con el patrimonio de este.

El fideicomiso cuya interpretación nos convoca fue sujeto, en cuanto al ánimo de su duración, a una causal de extinción específica que se definió en la cláusula decimoprimera del contrato de constitución, en los siguientes términos: «Este fideicomiso se extinguirá cuando la autoridad competente se pronuncie expresa o fictamente sobre el reconocimiento de la personalidad jurídica de la fundación JCB, que se constituirá por disposición testamentaria, ya sea reconociendo la misma o negándola».

En lo que hace al punto, el acaecimiento o configuración de la causal de extinción del fideicomiso no implica que se extinga el patrimonio fiduciario

de forma automática: se requiere, en la mayoría de los casos,[60] que opere un acto posterior, de cargo del fiduciario, en cuanto a la transferencia de los bienes a quien correspondiere; en tanto ello no suceda, los bienes permanecen en el patrimonio de afectación. Rodríguez Olivera refiere a esto (2004: 153):

> *Cumplida la condición* […], *no se extingue el contrato, sino que se hace exigible la prestación a cargo del fiduciario*. Este debe entregar los bienes al beneficiario. Si, producida la condición, el fiduciario no cumple con el encargo, el beneficiario podrá exigirle su entrega. *Entregados los bienes, se extingue el fideicomiso* [destacados nuestros].

Martinelli abunda en ello de la siguiente manera (2008: 142 y 143):

> Advertimos que faltó cierta precisión jurídica en el sentido de que la norma debió decir «producida la *causal* de extinción» en lugar de «producida la extinción misma». Esto es así porque la verificación de la causal de extinción provoca el nacimiento de la obligación de restituir o transferir los bienes fideicomitidos por el fiduciario, según sea el caso. *Recién una vez restituidos o transferidos los bienes, se extinguirá el fideicomiso*. Por tanto, hasta que no se efectivice la restitución o transferencia, la propiedad fiduciaria seguirá existiendo, así como todas las demás obligaciones y derechos de las personas involucradas en el negocio [destacado nuestro].

Veníamos de decir que, en este particular, se estipuló una condición resolutoria específica, que se verificó con el reconocimiento de la personalidad jurídica de la fundación, ocurrido el 22.4.2015. Se configuró de esta manera la causal de extinción del fideicomiso por acaecimiento de la condición resolutoria pactada, en aplicación del artículo 33, literal *b* de la Ley de Fideicomisos.

En lo que respecta al destino de los bienes fideicomitidos, reza el referido artículo 33, *in fine*: «Producida la extinción del fideicomiso, el fiduciario estará obligado a entregar los bienes fideicomitidos al fideicomitente o a sus sucesores, *salvo que otra cosa se hubiere establecido en el negocio constitutivo*» (el destacado nos pertenece). En el mismo sentido se expide el artículo 19, literal *b*: «(*Obligaciones del fiduciario*). Además de las previstas en el negocio constitutivo y en los artículos precedentes, son obligaciones del fiduciario: […] *b*) *Transferir los bienes del patrimonio fiduciario al fideicomitente o al beneficiario al concluir el fideicomiso, o al fiduciario*

60 Hacemos esta digresión dado que debemos considerar que el artículo 33 *in fine* de la ley 17.703 (Ley de Fideicomisos, de 21 de octubre de 2003) prevé una hipótesis concreta de disolución de pleno derecho («En el caso de cese del fiduciario, y si no se hubiere designado sustituto, dicha entrega operará de pleno derecho»). En este caso, la restitución opera de pleno derecho, sin la voluntad del fiduciario —por obvias razones— y en virtud de la solución consagrada legalmente que se reprodujo previamente. Este caso es excepcional; se imponía a efectos de encontrar alguna solución para la hipótesis de que quedara vacante la figura del fiduciario, sin previsión de sustitución.

*subrogante en caso de sustitución o cese*» (el destacado nos pertenece). Al respecto, señala Caffera que «la consecuencia de la terminación del fideicomiso es la obligación de retransmitir el patrimonio fideicomitido o su remanente al fideicomitente o al sujeto que a tal fin se hubiere designado en el fideicomiso (art. 33, inc. 2.º)» (2003: 21). Más adelante (2003: 100) insiste sobre el concepto e indica que

> la consecuencia básica de la extinción del fideicomiso es el nacimiento, en cabeza del fiduciario, de la obligación de transferir —en puridad: de reconstituir— la propiedad plena (ordinaria) del patrimonio fideicomitido o su remanente a favor del fideicomitente o sus sucesores. Este es el destino natural final de esos bienes. Puede pactarse, sin embargo, que el destinatario sea otro sujeto, que podrá ser el beneficiario u otro tercero (que será beneficiario de este concreto destino final).

Volviendo a la consulta formulada, es preciso reparar en que la cláusula decimosegunda del contrato de fideicomiso estableció:

> Cuando acontezca la condición resolutoria […] y, por ende, se extinga el fideicomiso, el fiduciario debe entregar la tenencia de los bienes que componen el activo del patrimonio fiduciario […] al albacea de la sucesión de JCB, a efectos de que cumpla con el testamento otorgado el 16 de junio de 2012.

Si bien el referido testamento fue revocado, es importante destacar que el contenido del testamento que el señor JCB otorgó con posterioridad (año 2013), en lo que al destino de los bienes se refiere, coincide plenamente con el anterior, lo que hace evidente que su voluntad siempre fue el bien padrón 0000 terminara en el patrimonio de la fundación JCB.

Del estudio de los documentos relacionados entendemos que el bien objeto de la consulta permaneció en el patrimonio fiduciario de forma ininterrumpida desde el 28.6.2012 hasta que, por el documento denominado «adjudicación en pago», de fecha 17.5.2022, se procedió a su trasmisión al patrimonio de la fundación JCB. Más allá de la técnica utilizada y del despliegue de documentos y procesos que forman parte de los antecedentes de esta consulta, esta comisión considera que la voluntad de JCB fue clara y consistente: transferir los bienes fideicomitidos a la fundación JCB. Todos los documentos estudiados, más allá de complejidades fundadas en los otorgamientos sucesivos, revocaciones y disposiciones para después de la muerte que se terminaron concretando en vida, coinciden férreamente en asignarle a los bienes en cuestión aquel destino final en el patrimonio de la fundación que se creaba.

Si bien, de acuerdo con lo dispuesto en el fideicomiso, el bien debía entregarse al albacea de la sucesión para que este lo entregara a la fundación, dicha irregularidad puede subsanarse mediante la ratificación del albacea de lo actuado por el fiduciario.

## Consulta n.º 2

Esta comisión considera que no es necesario proceder al otorgamiento de ningún documento adicional por el fiduciario a esos efectos, puesto que, con la adjudicación en pago otorgada con fecha 17.5.2022, con las observaciones que el referido documento pudiere merecer, según su cláusula tercera, se procedió a efectuar la tradición de los bienes fideicomitidos en los siguientes términos:

> En señal de tradición, el fideicomiso de administración JCB se desprende de los derechos de propiedad y posesión que le correspondían sobre los bienes relacionados y los transfiere a la fundación JCB, la que queda facultada para tomar la posesión, declarando que ínterin no lo efectúe, la tendrá aquella a nombre de esta última.

Se ignora, por no disponer del certificado registral correspondiente, si este acto fue oportunamente inscripto. Como lo señala Rodríguez Olivera, «en todos los casos deberán hacerse las inscripciones registrales pertinentes, en cuanto al cese del régimen de propiedad fiduciaria y al cambio de titularidad de los bienes que la componían» (2004: 158). Sin embargo, de acuerdo con lo dispuesto en el fideicomiso, el bien debía entregarse al albacea de la sucesión para que este lo entregara a la fundación. Dicha irregularidad puede subsanarse mediante la ratificación del albacea de lo actuado por el fiduciario.

## Consulta n.º 3

Consideramos que la relación de bienes efectuada en la sucesión del causante JCB no fue correctamente realizada: como se adelantara previamente, a la constitución del fideicomiso, los bienes fueron transferidos al patrimonio fiduciario.

Con el acaecimiento de la condición resolutoria, se configuró la causal de extinción del fideicomiso, pero los bienes que componían el patrimonio fiduciario permanecieron en él hasta tanto no se realizó la tradición o transferencia de la que hablan los artículos 19, literal *b*, y 33 *in fine* de la Ley de Fideicomisos. En el caso a estudio, ello sucedió efectivamente en el año 2022, a través del otorgamiento del documento identificado como «adjudicación en pago». Por todo lo dicho, los bienes en cuestión no se encontraban en el patrimonio del causante a la fecha de su fallecimiento; por ello, mal podrían haberse incluido en la relación de bienes en dicha sucesión. Tampoco se encontraba en el patrimonio del causante a la fecha de fallecimiento derecho alguno a exigir respecto del fiduciario, similar transferencia. Al respecto ha señalado Rodríguez Olivera (2004: 157):

En el inciso segundo del artículo 33 se establece el efecto de carácter general: el fiduciario tiene obligación de entregar los bienes fideicomitidos. Producida una causal de extinción, no se extingue de pleno derecho el dominio fiduciario, sino que, a partir de ese momento, el fiduciario está obligado a efectuar la entrega de los bienes fideicomitidos al beneficiario y, en su caso, restituirlos al fideicomitente.

Al fiduciario se le trasmitieron bienes, con los cuales se formó un patrimonio de afectación. Al cesar el fideicomiso, debe existir una operación complementaria en que el fiduciario entregue los bienes a quien corresponda, cumpliendo con el encargo conferido, quedando entonces desintegrado el patrimonio creado.

Quien esté legitimado puede reclamar la propiedad plena de esos bienes, con una acción para exigir su entrega.

La extinción del dominio fiduciario se concretará cuando se realice la tradición de los bienes y se otorguen los instrumentos necesarios y se efectúen las inscripciones registrales.

## Consulta n.º 4

La escritura de «adjudicación en pago» del año 2022 la suscribió el fiduciario, quien era el legitimado para disponer de los bienes fideicomitidos a favor del destinatario final de los bienes, que, en este caso, era la mencionada fundación. Por tanto, no se visualiza ningún problema de tracto sucesivo.

## Conclusiones

1. Los bienes fideicomitidos fueron transferidos a la fundación JCB a través de la denominada «adjudicación en pago».
2. Esta comisión considera que no es necesario proceder al otorgamiento de ningún documento adicional por el fiduciario. Sin embargo, de acuerdo con lo dispuesto en el fideicomiso, el bien debía entregarse al albacea de la sucesión para que este lo entregara a la fundación. Dicha irregularidad puede subsanarse mediante la ratificación del albacea de lo actuado por el fiduciario.
3. Al fallecer el señor JCB, el bien se encontraba en el patrimonio fiduciario, por lo que no correspondía incluirlo en la relación de bienes de su sucesión.
4. De la documentación presentada no se visualizan problemas de tracto sucesivo.

Escs. Mariana Capel Cassese
y M.ª Valentina Martínez Jaime
Informantes

**Bibliografía referida**

Caffera, Gerardo (2003). *El contrato de fideicomiso: análisis de la ley uruguaya 17.703*, 2.ª ed. Montevideo: Asociación de Escribanos del Uruguay.
Martinelli Brito, Patricio J. (2008). *El fideicomiso en el Uruguay: una visión singular de la ley 17.703, de 27 de octubre de 2003*. Montevideo: Amalio M. Fernández.
Rodríguez Olivera, Nuri (2004). *Fideicomiso*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.

La Comisión de Derecho Civil, integrada por los Escs. M.ª Valentina Almirón, Américo Bianchi, Karen Bonner, M.ª Laura Calcaterra, Javier Carneiro, M.ª Inés Casatroja, Daniella Cianciarulo, Gustavo Echavarría, Priscila Ferreira, Agustina Ferreira, Alicia González Bilche, José Illia, Rossana Ivanier, Mónica Jover, M.ª de Lourdes Mainé, M.ª del Rosario Marchese, M.ª Valentina Martínez Jaime, Roque Molla, Javier Parga, Laura Parnás, M.ª Verónica Peláez, Paola Pólito, M.ª Alejandra Portillo, Margarita Puertollano, Ana Realini, Patricia Rivas, Diego Séré, Adriana Silva, Mariella Spagnolo, Verónica Ubillos, M.ª Carolina Vercellino y Juan Pablo Villar, aprueba el informe que antecede. Se abstienen los Escs. Nicolás García Rodríguez y M.ª Beatriz Vázquez.

Escs. Roque Molla y Juan Pablo Villar
Coordinadores

## Informe de la Comisión de Derecho Registral

El informe de la Comisión de Derecho Civil expone claramente la naturaleza jurídica del fideicomiso y su funcionamiento —desde el nacimiento de la propiedad fiduciaria y hasta el momento de su extinción—, lo que se comparte. A los efectos de la elaboración del presente informe es necesario el análisis de los actos otorgados en vida por el Sr. JCB, por lo que no se sigue el proceso presentado por el consultante.

**1967.** *Adquisición* del actual padrón 0000 por JCB, soltero, por título compraventa y modo tradición, en escritura pública autorizada por la Esc. AGdeO el 23.2.1967, *inscripta* en el Registro de Traslaciones de Dominio de Pando.

**2010.** *Adquisición* del vehículo automotor empadronado en Canelones con el número 1111 por el Sr. JCB, soltero (sin título).

**16.2.2012.** *Testamento* de JCB por escritura autorizada por la Esc. LRB. Estipulaciones relevantes:

— «Sin perjuicio de las asignaciones forzosas que pudieran corresponder, lega a la fundación JCB, que se crea por este acto para el caso

de que no hubiera podido crearla antes de su fallecimiento, todos los bienes que reciba en su calidad de beneficiario del fideicomiso JCB al disolverse este […]».

— «En caso de que el fideicomiso JCB no se otorgue antes de la muerte del causante o sí se otorgue pero sea declarado nulo, lega a la fundación JCB, que se crea en este acto, los siguientes bienes […]».

— «Para el caso en que la autoridad competente no reconociera la personalidad jurídica de la fundación JCB […], lega todo el activo del fideicomiso JCB o los bienes […] a la fundación Ch […]».

Se constituye la fundación JCB y se establecen los estatutos.

**28.6.2012.** Constitución de fideicomiso de administración JCB, por escritura autorizada por la Esc. LRB:

— Fideicomitente: JCB.
— Fiduciario: MMT.
— Fiduciario sustituto: ASS.
— Beneficiarios: JCB y MAN.
— Bienes: inmueble padrón 0000 y vehículo padrón 1111.

Estipulaciones relevantes:

— Las utilidades serán afectadas al pago del albacea y al pago del fiduciario, y lo que resta, divido entre JCB y MAN por partes iguales (cláusula 7.ª).
— Las utilidades se dividirán entre JCB y MAN, quienes tendrán derecho de habitación.
— *Este fideicomiso se extinguirá cuando la autoridad competente se pronuncie expresa o fictamente sobre el reconocimiento de la personalidad jurídica de la fundación JCB* que se constituirá por disposición testamentaria, ya sea reconociéndola o negándola.
— Cuando acontezca la extinción del fideicomiso, el fiduciario entregará la tenencia al albacea de la sucesión de JCB a los efectos de que cumpla con el destino del testador.

*Inscripciones*: en el Registro Nacional de Actos Personales, el 4.7.2012; en el Registro de la Propiedad Inmobiliaria de Pando, el 10.9.2012; en el Registro de la Propiedad Mobiliaria de Pando, el 8.8.2012 (primera inscripción del automotor).

Al otorgar este contrato, el fideicomitente tuvo presente su fallecimiento inminente, lo que surge de varias de las cláusulas del fideicomiso y del primer testamento. Asimismo, surge claramente su voluntad de que tanto los frutos como los bienes fideicomitidos tuvieran como destinatario final la fundación JCB, voluntad reiterada en sus dos testamentos pero que, finalmente, pudo materializar en vida a través de la escritura de constitución de la fundación.

El beneficiario adquiere —desde su aceptación— un derecho de crédito, el que podrá ser transmitido por acto entre vivos (cesión de crédito). El derecho transmitido tendrá igual alcance que el original.

**27.12.2013.** Testamento de JCB por escritura autorizada por la Esc. APB. Estipulaciones relevantes:

— «Sin perjuicio de las asignaciones forzosas que pudieran corresponder, lega a la fundación JCB, que se crea por este acto para el caso de que no hubiera podido crearla antes de su fallecimiento, todos los bienes que reciba en su calidad de beneficiario del fideicomiso JCB, otorgado en escritura pública autorizada por la Esc. LRB el 28 de junio de 2012 […]».

— «En el caso de que el fideicomiso JCB sea declarado nulo, lega a la fundación JCB, que se crea en este acto, los siguientes bienes: […]».

— «En el caso de que la autoridad competente deniegue expresamente la personalidad jurídica de la fundación JCB y el fideicomiso JCB se declare nulo, lega los bienes […] a la fundación Ch».

Revoca el testamento de 16.06.2012. Se constituye la fundación JCB y se establecen los estatutos.

**12.7.2014.** Constitución de la fundación JCB, por escritura autorizada por la Esc. APB:

— Fundador: JCB.

— Comparecen además MMT, ASS y JEPR, quienes se designan como miembros del Consejo de Administración.

Del contenido del estatuto es relevante para el caso el patrimonio asignado a la fundación: «*a*) […]. *b*) Utilidades que JCB perciba de la explotación del fideicomiso JCB otorgado por escritura pública de fecha 28.6.2012 […]. *c*) Todos los bienes que JCB reciba en su calidad de beneficiario final del fideicomiso relacionado, a la disolución del mismo, deducido el pasivo, si lo hubiera. *d*) […]».

*Aprobación de estatutos y reconocimiento de la personería jurídica* por resolución del MEC el 22.4.2015, fecha en que se cumple la condición establecida en el fideicomiso para su extinción.

*Inscripción*: en el Registro de Personas Jurídicas, Sección Asociaciones Civiles y Fundaciones el 29.4.2015.

Las fundaciones se caracterizan por constituir un patrimonio independiente —bienes, derechos o recursos— del que una o más personas físicas o jurídicas dotan a la entidad gratuitamente, con un fin benéfico, con ausencia de fines de lucro; deben ser reconocidas por el MEC, y se encuentran reguladas en nuestro país por la ley 17.163 (Ley de Fundaciones, de 1.º de setiembre de 1999), nunca reglamentada. De acuerdo con el artículo 1.º de la ley:

> Las fundaciones son personas jurídicas reconocidas como tales por la autoridad competente que se constituyen mediante el aporte de bienes, derechos o recursos realizado por una o más personas físicas o jurídicas y que persiguen un objeto de interés general, sin propósito de lucro.

Estas entidades se pueden constituir, según el artículo 2.º, por: *a*) acto entre vivos, o *b*) disposición testamentaria; en ambos casos se deberán

establecer expresamente y con claridad los bienes, derechos o recursos que se aportan y el o los fines a que ellos se destinan. Obtenido el reconocimiento, deberán ser inscriptas en el Registro de Personas Jurídicas;[61] dicha inscripción, de acuerdo con lo establecido en el decreto del 13.4.1925 (art. 2.º, inc. 2.º), tiene efectos «meramente informativos».

A los efectos de la consulta presentada es necesario, para las conclusiones a que se arribarán, tener presente lo establecido en el artículo 12 de la Ley de Fundaciones:

> (*Aportes por acto entre vivos*). Los aportes realizados por el fundador en el caso de constitución por acto entre vivos serán considerados como donaciones puras y simples, sujetas a la condición suspensiva de que se obtenga el reconocimiento de la personalidad jurídica de la fundación. Obtenido el referido reconocimiento, se considerarán aceptadas todas las donaciones efectuadas, procediéndose a la entrega de los bienes y a la realización de las inscripciones en los Registros públicos que correspondan.
>
> Serán aplicables en la especie las disposiciones contenidas en el título I de la parte segunda del libro cuarto del Código Civil, relativas a donaciones simples, con excepción del artículo 1634.[62]

Al conformar el patrimonio de la fundación, el Sr. JCB cedió —donación pura y simple— los derechos a las utilidades del fideicomiso y el derecho que como beneficiario final tenía sobre los bienes que le serían restituidos al extinguirse el fideicomiso.

En lo que respecta a la eficacia de la cesión (C. Civil, art. 1758), el fiduciario, en tanto que comparece y toma conocimiento directamente de lo estipulado al constituir la fundación, se considera notificado.

En cuanto a la donación —pura y simple—, que implica la dotación de bienes, derechos o recursos a una fundación, el artículo 12 transcripto establece que quedará «sujeta a la condición suspensiva de que se obtenga el reconocimiento de la personalidad jurídica de la fundación». Una donación sometida a condición suspensiva es un contrato formado y válido. Será eficaz una vez obtenido el reconocimiento de la personería jurídica. Parte de la doctrina —luego de un esfuerzo de interpretación de lo expresado en el artículo 12— considera que ese inciso no refiere al negocio obligacional, sino al negocio dispositivo: *la tradición*. Por ello, se concluye que una vez

61 Artículo 201 de la ley 19.996 (vigencia: 1.º de enero de 2022). La exsección «Asociaciones Civiles y Fundaciones» del Registro de Personas Jurídicas de la Dirección General de Registros se encuentra —nuevamente— bajo la órbita del MEC, a través de la Dirección de Asuntos Constitucionales, Legales y Registrales.

62 Artículo 1634 del Código Civil: «La donación simple puede ser revocada a instancia del donante por causa de ingratitud, en los casos siguientes: 1.º Si el donatario cometiere algún delito contra la persona, honra o bienes del donante. 2.º Si el donatario imputare al donante alguno de los delitos que den lugar al procedimiento de oficio, aunque lo pruebe, a menos que el delito se hubiese cometido contra el mismo donatario, su cónyuge o hijos constituidos bajo su potestad. Ni la donación onerosa ni la remuneratoria se pueden revocar por causa de ingratitud».

obtenido el reconocimiento de la personalidad jurídica, queda cumplido el requisito de eficacia —la tradición— sin necesidad de manifestación expresa (Comité Notarial del Mercosur, 2003: 18 y ss.).

Seguido, la ley establece que la fundación queda habilitada para inscribir la transmisión en los Registros. En el caso, por tratarse de derechos de beneficiario, la inscripción correspondería en el Registro Nacional de Actos Personales, Sección Universalidades.

El reconocimiento de la personería jurídica de la fundación, por resolución del mec de fecha 22.4.2015, tuvo dos efectos: 1) extinguir el fideicomiso, de acuerdo con la condición estipulada en el contrato otorgado en vida por el Sr. JCB;[63] y 2) operar la tradición de los derechos que conforman el patrimonio de la fundación a ella misma. En virtud de estos dos otorgamientos —fideicomiso y fundación—, a la fecha de fallecimiento de JCB, el 25.7.2016, *los bienes* —inmueble y automotor— *se encontraban dentro del patrimonio fiduciario* desde el 28.6.2012, y *los derechos que surgían a su favor en virtud del fideicomiso se encontraban en el patrimonio de la fundación* desde el reconocimiento de la personería jurídica por el mec (22.4.2015). Por ello, la última voluntad del testador manifestada en el testamento de fecha 27.12.2013, así como el certificado de resultancias de autos agregado a este expediente, carece de aplicación el primero y de contenido el segundo, por lo que no corresponde su inscripción en Registro alguno.

**17.5.2022.** Denominada «adjudicación en pago» por escritura autorizada por la Esc. GRdeO, otorgada por el fideicomiso de administración JCB, representado por su fiduciario, MMT, con la fundación JCB, representada por MMT (miembro del Consejo de Administración). El primero hace tradición de los bienes a la segunda. En la parte dispositiva, las partes manifiestan como antecedente el fideicomiso y luego, erróneamente, que la fundación JCB fue constituida por testamento, cuando lo fue en vida del fundador, indicando un testamento que fue inaplicable y el certificado de resultancias de autos de su sucesión.

El negocio otorgado —en lo sustancial— se encuadra en la tercera y última etapa del fideicomiso (Machado, 2020: 131 y ss.), en la cual, acaecida su extinción por el cumplimiento de la condición establecida (Ley de Fideicomisos, art. 33), previa liquidación y pago de acreedores, se entregan —tradición— los bienes fideicomitidos —activo patrimonial líquido, una vez satisfecho todo el pasivo— a su destinatario final (en el caso, la fundación; Ley de Fideicomisos, art. 19, lit. *b*). Con relación a la cláusula «Antecedentes», tal como surge del análisis de los negocios otorgados, no se adecua a la realidad jurídica; los únicos negocios jurídicos relevantes son el fideicomiso y la constitución de la fundación, debidamente reconocida.

63 Interpretación de acuerdo con la voluntad expresada en los distintos actos otorgados por JCB, sin seguir la expresión literal del fideicomiso que indica lo transcripto en el cuerpo de este informe.

Asimismo, respecto a las prohibiciones establecidas para el fiduciario, según el artículo 20 de la Ley de Fideicomisos —y sus serias consecuencias: nulidad absoluta o inexistencia, según corresponda— interpretamos que este último otorgamiento encuadra en la excepción «autorización conjunta y expresa del fideicomitente y del beneficiario», la que se extrae de los sucesivos negocios jurídicos otorgados por el fideicomitente y fundador con el fiduciario y miembro del Consejo de Administración de la fundación con respecto al destino de los bienes.

En caso de su presentación a inscribir ante los Registros de la Propiedad, el negocio jurídico otorgado cumple con el tracto sucesivo. Su inscripción otorgará al negocio jurídico oponibilidad frente a terceros, según el artículo 54 de la ley 16.871 (Ley de Registros, de 28 de setiembre de 1997).

Con respecto a la información que arrojan los certificados presentados por el consultante, a solicitud de la Comisión de Derecho Registral, se expresa lo siguiente:

*a. Registro de la Propiedad, Sección Inmobiliaria.* Se encuentra inscripto el fideicomiso, tal como fue indicado, y su antecedente de 1967.

*b. Registro de la Propiedad, Sección Mobiliaria.* Se encuentra inscripto el fideicomiso —primera inscripción—, tal como fue indicado.

*c. Registro Nacional de Actos Personales.* Se encuentra inscripto el fideicomiso, tal como fue indicado. Sin perjuicio de ello, no surge que fuera presentado el estatuto de la fundación o una declaratoria otorgada por su representante, a los efectos de la toma de razón del cambio de beneficiario y de que se operó la condición y, como consecuencia, la extinción del fideicomiso. El artículo 1.º del decreto 516/003 (de 11 de diciembre de 2003, reglamentario de la Ley de Fideicomisos) dispone que «los instrumentos en que se constituyan los fideicomisos, *sus modificaciones y cancelaciones* se inscribirán a los efectos dispuestos por el artículo 17 de la ley que se reglamenta, en el Registro de Actos Personales, Sección Universalidades del Ministerio de Educación y Cultura» (destacado nuestro).

*d. Registro de Personas Jurídicas, Sección Asociaciones Civiles y Fundaciones.* Fue agregado únicamente un testimonio. No fue agregada una solicitud de información para verificar que no existan actos posteriores que modifiquen sus estatutos y del que surja su vigencia.

## Conclusiones

1. En lo sustancial, el negocio jurídico otorgado denominado «adjudicación en pago» entre el fiduciario y el presidente del Consejo de Administración en representación de la fundación es válido y eficaz entre las partes, por lo que los bienes fideicomitidos fueron transmitidos a la fundación.
2. En caso de presentarse a inscribir en los Registros de la Propiedad, y con relación al tracto sucesivo, no existe impedimento para su

inscripción definitiva. Inscripto el negocio, este tendrá oponibilidad frente a terceros (Ley de Registros, art. 54).

3. En cuanto a los antecedentes relacionados en dicha «adjudicación», no coinciden con la realidad jurídica. Esta circunstancia puede subsanarse con una declaratoria otorgada por las mismas partes, presentada a inscribir junto con la primera copia de la «adjudicación».
4. Corresponde la inscripción del cambio de beneficiario y la extinción del fideicomiso en el Registro Nacional de Actos Personales, Sección Universalidades.

Esc. Claudia Pereiro Alonso
Informante

## Bibliografía referida

Comité Notarial del Mercosur (2003). 15.ª Reunión. Informe: «Asociaciones civiles y fundaciones». Buenos Aires, Montevideo: s/d.

Machado Giachero, Jorge J. (2020). *Análisis conceptual del fideicomiso uruguayo*, 6.ª ed. Montevideo: Sael.

Informe aprobado por la Comisión de Derecho Registral, integrada por los Escs. M.ª Cristina Anzuela, Ana María Grassi, Javier Ascheri, M.ª del Rosario Marchese, Karin Perdomo, Enrique Marna, M.ª Romina Cedrés, Susana Cambiasso, Inés Rodríguez Sarmiento, Alma Maldonado, Mercedes Azar, Andrea Yarruz, Claudia Pereiro, Carlos del Campo y Adriana Estévez.

Esc. Carlos del Campo
Coordinador alterno

*Informes aprobados por la Comisión Directiva Nacional de la AEU el 14.11.2023, expediente 2750/2022.*

# SOCIEDAD ANÓNIMA. REPRESENTACIÓN. COMPRAVENTA. CONTROLES NOTARIALES

Informe: Comercial

## Consulta

### I. Relación de hechos

**2010.** Por escritura de compraventa que el 14.12.2010 autorizó la Esc. CA, cuya primera copia fue inscripta en el Registro respectivo, los cónyuges FF y CC enajenaron por compraventa tradición a «EE Sociedad Anónima» el bien inmueble padrón 0000 de Canelones. En dicha escritura, la sociedad compareció por poder especial para adquirir el bien inmueble citado, otorgado el mismo día por CC y FF, quienes, según dicho poder, poseían los cargos de presidente y vicepresidente del directorio de la sociedad adquirente. Conforme surge del informe de la escribana actuante en dicha compraventa, las acciones, al momento del otorgamiento de la compraventa y del poder, eran al portador; pasarían a ser nominativas en el año 2012.

**2023.** Hoy se observa, por parte del escribano interviniente, que en la compraventa relacionada debieron controlarse los extremos relacionados y exigidos en los artículos 388 y 84 de la ley 16.060, de sociedades comerciales. La escribana actuante en la compraventa de 2010 propone subsanar la omisión citada mediante la solicitud de certificado notarial que acredite que los señores CC y FF eran los únicos accionistas y únicos integrantes del directorio social al momento del otorgamiento.

### II. Consulta

Se requiere el dictamen de la AEU con relación a la eficacia de dicho certificado notarial y, asimismo, se consulta si existe otra solución al respecto.

### III. Opinión de la consultante

Conforme a la opinión del consultante, el acta de asamblea social para cumplir con los extremos solicitados por los artículos 84 y 388 de la ley 16.060 es obligatoria y debió realizarse. Con el fin de cumplir con el principio de conservación de los contratos, la profesional señala que dicha omisión podría subsanarse mediante certificado notarial —de la escribana actuante en la compraventa de 2010 y según su conocimiento— que acredite que

tanto CC como FF eran los únicos accionistas sociales y tenían los cargos de presidente y vicepresidente de la sociedad (únicos directores).

## Informe de la Comisión de Derecho Comercial

En lo que refiere a la Comisión de Derecho Comercial, la consulta versa sobre el no cumplimiento de los artículos 84 y 388 de la ley 16.060 en la compraventa de 2010, por la que la sociedad anónima adquirió de quienes ocupaban el cargo de presidente y vicepresidente del directorio social, sin el control de los extremos previstos por dichos artículos. En este sentido, pueden darse dos situaciones, conforme al artículo 84 de la ley citada, a saber: *a*) haber controlado un acta de asamblea social, como bien dice la consultante, o *b*) haber controlado que la sociedad cumple con los extremos previstos en el inciso 1.º del mismo artículo, en cuyo caso, no se requiere dicha autorización.

En el caso que nos ocupa, *no se controló en la compraventa ninguno de los extremos citados*. En este sentido, nos remitimos a una consulta informada (Asociación de Escribanos del Uruguay, 2012), que nos ilustra de forma clara sobre estos aspectos. Como se señaló en dicha consulta, si bien la obligatoriedad de cumplir con los extremos de los artículos 84 y 388 de la ley 16.060 existe y en la compraventa de 2010 no se cumplió con tal obligación, *la voluntad de los contratantes —y únicos accionistas— sería indiscutible*.

Sin perjuicio de ello, hay que tener en cuenta que al momento de otorgarse la compraventa, las acciones eran al portador; por tanto, es más difícil tener la certeza de quiénes eran los titulares de las acciones. En consecuencia, todo se reduce a una cuestión de prueba: si la escribana que autorizó dicha escritura lo certifica en base a su conocimiento o si se realiza la compulsa y se verifica lo expuesto.

## Conclusiones

Si los supuestos señalados por el artículo 84 de la ley 16.060 no surgen controlados en los antecedentes dominiales —dicho control debe corresponder al escribano actuante en la referida compraventa—, se podrá dar solución al caso planteado de las siguientes maneras:

1. que el escribano interviniente en la compraventa de 2010 certifique notarialmente que la totalidad del paquete accionario de la sociedad se encontraba, a la fecha de la compraventa, en manos de los mismos contratantes por la parte vendedora;
2. que el escribano actuante en dicho otorgamiento certifique que el acto cuestionado se relacionó con la actividad normal de la sociedad

y que se contrató en mismas condiciones que terceros (ley 16.060, art. 84, inc. 1.º), o

3. mediante la debida compulsa del libro «Registro de Asistencia a Asambleas», del que surja que los vendedores eran los únicos accionistas de la sociedad al momento del otorgamiento.

Esc. Estela Baum
Informante

## Bibliografía referida

Asociación de Escribanos del Uruguay (2012). Comisiones de Derecho Civil y de Derecho Comercial (informante: Osvaldo Rocca). «Título de propiedad. Bien inmueble. Sociedad anónima. Directorio de sociedad anónima. Mutuo disenso. Acciones nominativas». En *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, tomo 98, n.º 1-12 (ene.-dic.), pp. 262-268.

La Comisión de Derecho Comercial aprueba el informe que antecede con el voto conforme de los Escs. Fanny Rodríguez, Valentín Pérez, Analía García, M.ª Eugenia Guichón, Priscila Ferreira, Marcelo Lasowski, Graciela Torres, Paola Pólito, Alicia Pampillón, Estela Baum y Adriana Amado.

Esc. Adriana Amado
Coordinadora

*Informe aprobado por la Comisión Directiva Nacional de la AEU el 14.11.2023, expediente 2902/2023.*

## PRECIO. PROMESA DE COMPRAVENTA

### Informes: Procesal y Civil

### Consulta

A efectos de determinar si corresponde que una demanda de escrituración judicial promovida sea tramitada ante dicha sede por razón de cuantía, se consulta cómo determinar el precio. Se pactó que el precio ascendería a N$ 668.457,90 —cuantía dentro de los límites fijados para la justicia de Paz— y se estableció que se integraría de la siguiente manera:

*a*) N$ 162.478,35 que se integraron en el acto de la promesa;
*b*) UR 3.547 que la parte compradora abonaría al Banco Hipotecario del Uruguay por novación (equivalentes hoy a $ 5.619.334,80).

Si se toma el valor actual de la unidad reajustable (UR), se supera el límite fijado para los juzgados de Paz.

### Informe de la Comisión de Técnica Notarial Procesal

1. Los temas de determinación de la competencia son de resorte estrictamente jurisdiccional, en base a la normativa legal y reglamentaria vigente: ley 15.750 (Ley de Orgánica de la Judicatura y de Organización de los Tribunales, de 24 de junio de 1985), decretos reglamentarios y acordadas de la Suprema Corte de Justicia.
2. A los efectos de evacuar lo consultado, sobre la forma en la cual se pactó el precio del contrato de promesa de compraventa, por su naturaleza, es un tema de derecho civil. En virtud de ello, por razón de materia, no corresponde a esta comisión expedirse.

La Comisión de Técnica Notarial Procesal, con la presencia de los Escs. Claudia Fernández, Cristina Lerena, Martín Sosa, Susana Signorino y Verónica López Fernández, aprueba por unanimidad el informe que antecede.

Escs. Verónica López Fernández
y Claudia Fernández
Coordinadoras

### Informe de la Comisión de Derecho Civil

Consideramos que la consulta planteada puede responderse de manera concreta en los siguientes términos:

1. *Precio* es lo que el comprador se obliga a entregar a cambio de la cosa vendida (C. Civil, art. 1662); en el caso, una suma de dinero que ascendió a N$ 668.457,90.
2. La unidad reajustable no es dinero: es un indicador de mantenimiento de valor. Establecer que parte del precio se pagará con unidades reajustables es una manera de, con relación al saldo de precio, pactar un indicador de mantenimiento de valor. La expresión correcta debió ser que «el saldo de precio es equivalente en moneda nacional a *tantas* unidades reajustables».

En conclusión, a entender de esta comisión, el precio establecido es de N$ 668.457,90.

Redacción realizada por los asistentes a la reunión de la Comisión de Derecho Civil de la fecha, Escs. Américo Bianchi, Karen Bonner, Sabrina Buono, Javier Carneiro, M.ª Inés Casatroja, Daniella Cianciarulo, Marcela de los Santos, Gustavo Echavarría, Agustina Ferreira, Carlos Groisman, Rossana, Ivanier, M.ª del Rosario Marchese, M.ª Valentina Martínez, Francisco Mastropierro, Ana Lía Méndez, Roque Molla, Adriana Olmedo, M.ª Alejandra Portillo, M.ª del Pilar Ramírez, Ana Realini, Patricia Rivas, Adriana Silva, Mariella Spagnolo, M.ª Beatriz Vázquez y Juan Pablo Villar.

Escs. Roque Molla y Juan Pablo Villar
Coordinadores

*Informes aprobados por la Comisión Directiva Nacional de la AEU el 28.11.2023, expediente 2819/2023.*

# REGLAMENTO DE COPROPIEDAD. GARAJE. DERECHO DE USO. PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA. CESIÓN DE DERECHOS POSESORIOS

Informe: Civil

## Consulta

## I. Hechos

La consulta objeto del presente se realiza en virtud del desarrollo de un proceso judicial de prescripción adquisitiva de cuota parte indivisa de una unidad de propiedad horizontal. Esta unidad tiene la naturaleza jurídica de bien individual (garaje) y se ubica en un edificio construido según las disposiciones de la ley 10.751 (Ley de Propiedad Horizontal, de 25 de junio de 1946), de acuerdo con el plano definitivo, inscripto en Catastro. El siguiente resumen de hechos resulta de la documentación aportada por la sede.

**27.2.1978.** *Compraventa.* XX S. A., sociedad promotora, enajena por título compraventa y modo tradición al Sr. A, quien adquiere la propiedad y posesión de la unidad número 602 (padrón individual …/602). Luego de la descripción de la unidad según plano, las partes declaran que a dicha unidad le corresponde el uso exclusivo de una determinada terraza (bien común) y «un lugar en el garaje señalado con el número "1"». De la compulsa de los planos y del reglamento de copropiedad resulta, inequívocamente, que el garaje número «1» es una propiedad individual, denominada «garaje SS101», y no un bien común del que puede adjudicarse un uso; habría correspondido proceder a la enajenación de cuota parte indivisa (en este caso, 1/12 de la unidad individual garaje SS101). Este error es reiterado en las sucesivas compraventas, en virtud de las que se enajena por título compraventa y modo tradición solo la unidad y se declara, en la misma forma relacionada en la primera compraventa, que a dicha unidad 602 le corresponde el uso exclusivo de una determinada terraza (bien común) y «un lugar en el garaje».

**5.8.2013.** *Compraventa.* El Sr. K adquiere la unidad mencionada por título compraventa y modo tradición. En este negocio se advierte el error; la parte adquirente retiene un monto de dinero hasta tanto sea dictada la sentencia de prescripción adquisitiva de la doceava parte indivisa del bien privado «garaje SS101» (padrón individual número …/SS101).

**9.3.2015.** *Prescripción adquisitiva de bien inmueble.* El Sr. K inicia proceso judicial; solicita se declare la prescripción adquisitiva de la doceava parte indivisa que le corresponde en el garaje SS101 del padrón … Alega que es propietario de la unidad 602 (padrón individual …/602) y poseedor

de 1/12 ava parte de la unidad «garaje SS101» (padrón individual número …/SS101).

**20.11.2020.** *Cesión de derechos posesorios (otorgada en escritura pública).* El Sr. K (casado) cede a la Sra. S, quien adquiere la posesión y los derechos posesorios que le corresponden sobra la doceava parte indivisa de la unidad «garaje SS101», objeto de esta consulta.

**10.2.2021.** La Sra. S se presenta en el expediente en trámite, acreditando la cesión de derechos posesorios; solicita se continúe con el proceso de prescripción adquisitiva iniciado por el Sr. K.

**Notas:**

— En todos los negocios y hechos jurídicos del proceso dominial se describen las unidades según plano de mensura y fraccionamiento horizontal en régimen de la ley 10.751 cotejado e inscripto en Catastro.
— Todas las primeras copias de los negocios y hechos jurídicos del proceso dominial se encuentran inscriptas.

## II. Consulta

Se consulta si en el caso de autos, y atento a lo dispuesto en los artículos 1188 y 549 del Código Civil (este último, sobre el *derecho de uso*):

1. Sobre el derecho de uso del garaje que se acredita en el reglamento de copropiedad y en la compraventa cuando adquiere el Sr. K, si el uso integra el derecho de propiedad de la unidad y afecta su determinación.
2. Si puede ser objeto de prescripción por tener un derecho de uso sobre un lugar en el garaje y, a su vez, si es posible realizar su cesión como derecho posesorio.

## III. Informe de la oficina actuaria

Se transcribe a continuación el informe de la oficina actuaria:

> En cuanto a que lo que se pretende prescribir es un bien privado (garaje) y surge del reglamento de copropiedad de fecha 23.12.1976, autorizado por el Esc. Z, que en su artículo 32 se define al garaje SS101 como un derecho de uso de un lugar para guardar un automóvil *por cada doce avas partes de cuota de dominio de que sean propietarios en la unidad*.
>
> Del reglamento de copropiedad surge que el garaje es un bien privado, y se lo define como bien de uso privado, al cual las unidades tienen el derecho de uso. Cuando adquiere el Sr. K la unidad 602, adquiere la misma y el derecho de uso del garaje SS101, padrón …
>
> *Lo que genera duda sobre la solicitud de prescripción es en cuanto a la cesión de derechos posesorios que se realiza el 20.11.2020 entre el propietario de la unidad 602 con derecho de uso del garaje SS101 padrón … y la Sra. S. El cedente, en este caso, tenía derecho de uso y cede sus derechos posesorios.*

El derecho de uso del garaje que se acredita en el reglamento de copropiedad y en la compraventa, cuando adquiere el Sr. K, genera duda: si el uso integra el derecho de propiedad de la unidad y afecta su determinación.

Se solicita a la Sra. jueza se eleve la consulta a la Asociación de Escribanos del Uruguay a los efectos de *determinar si puede ser objeto de prescripción por tener un derecho de uso sobre un lugar en el garaje y, a su vez, si es posible realizar la cesión del mismo como derecho posesorio* [los destacados nos pertenecen].

## Informe de la Comisión de Derecho Civil

### I. Reglamento de copropiedad

El reglamento de copropiedad fue otorgado el 29.11.1976 (antes de la primera compraventa en régimen de propiedad horizontal) por XX S. A. (promotora). Los artículos que refieren estrictamente al bien privado «garaje» son [los destacados a continuación son nuestros]:

— Artículo primero, numeral II. Refiere a que, además de los bienes comunes, el edificio consta de los siguientes *bienes privados*: «*un garaje ubicado en el subsuelo con dependencia en planta baja* y treinta y dos apartamentos […]. Bienes privados: garaje SS Ciento Uno, padrón individual número …/SS Ciento Uno; se ubica en el subsuelo», y continúa describiendo cota y superficie.
— Artículo séptimo: «El destino de las unidades, excepto el garaje SS Ciento Uno, será de vivienda […]. En cuanto al destino de la unidad SS Ciento Uno, será el de garaje».
— Artículo trigésimo segundo: «El garaje SS Ciento Uno se regirá por las siguientes disposiciones: *a*) los *copropietarios* de dicha unidad tendrán *derecho al uso de un garaje* para guardar un automóvil *por cada doce avas partes de cuota de dominio de que sean propietarios* en la unidad; *b*) al solo efecto del uso o utilización, este garaje está dividido en doce lugares numerados correlativamente del uno al doce, según plano firmado por el Arq. PP cuya protocolización solicita XX S. A. al suscrito escribano; *c*) el tamaño de los automóviles a guardar no excederá del perímetro asignado a los referidos lugares; *d*) *en las escrituras de enajenación de partes indivisas de dicha unidad que otorgue XX S. A. se consignará el número del lugar cuyo uso y goce corresponde a la parte indivisa enajenada*; *los copropietarios* podrán arrendar su parte indivisa en la unidad sin requerir el consentimiento de los respectivos copropietarios […]».

## II. Garaje en propiedad horizontal: bien privado

En el régimen de propiedad horizontal, el garaje puede tener la naturaleza jurídica de *bien común* del edificio y, así, ser utilizado por todos o algunos de los copropietarios (en este último caso, se destacan los llamados *usos exclusivos*); de *bien privado*, o *unidad individual*, independiente, que ingresa en tráfico jurídico como cualquier unidad del edificio. Por lo tanto, si bien la unidad garaje —bien privado o de propiedad individual— forma parte de un edificio construido en régimen de propiedad horizontal, entre sus copropietarios —en sus relaciones internas respecto al bien— rigen las normas de condominio del régimen de propiedad común; por consiguiente, el derecho a su uso, goce y disposición se regula de acuerdo con este último régimen. Como señala Molla (Asociación de Escribanos del Uruguay, 1988: 402):

> La circunstancia de tratarse de un bien de características físicas especiales y con un destino natural vinculado al estacionamiento de vehículos no produce un apartamiento de las reglas generales que rigen la *propiedad común* (utilizamos este término para diferenciarla de la *propiedad horizontal*).
>
> En consecuencia, el uso, el goce y la disposición del bien en su totalidad deberá realizarse de acuerdo a las normas del Código Civil.

Sobre el mismo tema, véase consulta similar en Asociación de Escribanos del Uruguay (1999).

En la misma línea de pensamiento, esta unidad horizontal, según lo expresa Gnazzo (Gnazzo y Wonsiak: 1988: 465),

> internamente va a ser propiedad de varios sujetos, que la tendrán por cuotas a las partes indivisas. Así, internamente va a existir un condominio de tipo común del Código Civil que va a tener que coordinarse con el resto de la ordenación que rige en materia de propiedad horizontal.

## III. Derecho de uso

Del estudio de la consulta objeto del presente, consideramos que el término *uso* es utilizado en diferentes acepciones, por lo que nos parece oportuno diferenciar los distintos significados de dicho término.

El *derecho de uso*, según lo define el artículo 541 del Código Civil, «es un derecho real que consiste en servirse de la cosa de otro o de exigir una porción de los frutos que ella produce». El artículo 549 del Código Civil, citado por la oficina actuaria, establece:

> Los derechos de uso y habitación son intransmisibles a los herederos y no pueden cederse a ningún título, prestarse ni arrendarse.
>
> Ni el usuario ni el habitador pueden arrendar, prestar o enajenar objeto alguno de aquellos a que se extiende el ejercicio de su derecho.
>
> Pero bien pueden dar los frutos que les está permitido consumir en sus necesidades personales.

Ese derecho de uso al que refiere el artículo 541 del Código Civil es un *bien* que tiene una medida de valor y puede ser objeto de propiedad (C. Civil, art. 460).

Continuando con su categorización, y según lo dispuesto por el artículo 471 de dicho código, es un bien *incorporal*; concretamente, según el artículo 472, es un derecho real *en* una cosa (y no *contra* la cosa), «sin relación a determinada persona», que «supone el dominio o desmembramiento del dominio». La ley distingue así entre los derechos reales *en* la cosa (los llamados derechos reales *de goce*: el *dominio* y sus *desmembramientos*) y los derechos reales *contra* la cosa (los denominados derechos reales *de garantía*). Según dispone el artículo 486 del mismo cuerpo normativo, «el dominio (que se llama también *propiedad*) es el derecho de gozar y disponer de una cosa arbitrariamente, no siendo contra la ley o contra derecho ajeno».

Es así que el uso, *entre otros derechos reales menores*, como el usufructo y la habitación, es producto del *desmembramiento del dominio*. No caben dudas sobre su naturaleza de *derecho real y sobre que su objeto recae sobre cosa ajena*. Y es por esto último que, de acuerdo con el artículo 549 del Código Civil, citado por la sede, este derecho es intransmisible a los herederos, no puede cederse a ningún título, ni prestarse, ni arrendarse. Como señala Yglesias, «esta es una característica ineludible de estos derechos. Solo pueden constituirse sobre un bien ajeno y solo pueden subsistir en tanto el bien siga siendo ajeno» (1997: 16). Como dice el autor, nuestro Código Civil hace referencia al «desmembramientos del dominio» recogiendo una idea que fue desarrollada por la doctrina tradicional francesa. Actualmente, y según el posterior desarrollo doctrinario, es que se habla de *derechos reales limitados*: *limitado* porque su contenido no abarba todo aquello para lo que puede ser utilizado su objeto, sino solo una parte; y *limitante* de la propiedad, pues implica una restricción a lo que puede hacer su propietario.

Dicho esto, cabe diferenciar el *derecho de uso* como derecho real menor —como desmembramiento del dominio, según lo expuesto— del *derecho de usar o utilizar un bien como como atributo del derecho de propiedad*, derecho real mayor que, según resulta del citado artículo 486, no recae sobre cosa ajena sino sobre cosa propia. Cuando el reglamento de copropiedad en cuestión habla de un «derecho al uso de un lugar para guardar un automóvil por cada doce avas partes de cuota de dominio de que sean propietarios en la unidad», *se refiere a un atributo del derecho de propiedad*.

## IV. Aplicación al caso concreto

Del estudio del reglamento de copropiedad y plano aportados, y tal como lo destaca la oficina actuaria, surge que el bien objeto de la consulta es un bien privado —con destino garaje—; una unidad más, como las restantes treinta y dos unidades con destino vivienda que integran el edificio.

Asimismo, del artículo 32 del reglamento mencionado surge que los *copropietarios* de dicha unidad *tendrán derecho al uso de un garaje* para guardar un automóvil por cada doce avas partes de cuota de dominio *de que sean propietarios*; que al solo efecto del uso o utilización, este garaje está dividido en doce lugares numerados correlativamente del uno al doce; que en las escrituras de enajenación de partes indivisas de dicha unidad que otorgue XX S. A. se consignará el número del lugar cuyo uso y goce corresponde a la parte indivisa enajenada.

La situación planteada en la consulta parte del error cometido en la compraventa de 1978, entre el Sr. A y XX S. A. (promotora del edificio), por la que esta última concedió al Sr. A el derecho al uso sobre un lugar en el garaje en lugar de enajenar la cuota parte indivisa del padrón individual garaje. Siendo la unidad garaje SS101 un padrón individual y no un bien común, hubiera correspondido otorgar la compraventa de la cuota parte indivisa del padrón individual garaje. Lo mismo sucedió en las siguientes escrituras de compraventa, hasta la penúltima, otorgada el 5.8.2013, en la que se advierte el error.

De la información registral aportada surge que dicho lugar de garaje no fue objeto de ningún otro negocio por parte del promotor, quien, en las otras escrituras de compraventa de dicho edificio, sí enajeno la cuota ava parte indivisa de la unidad garaje.

Como consecuencia de lo expuesto, se entiende que la sociedad promotora no transfirió la cuota parte indivisa del garaje, por lo que es su actual propietaria. La misma posición fue la sostenida por esta comisión en otra consulta de similares características (Asociación de Escribanos del Uruguay, 2015).

— *Posesión del primer y posteriores adquirentes*. De la documentación presentada resulta razonable entender que el primer adquirente (Sr. A) comenzó a usar la parte indivisa del garaje en concepto de propietario desde el comienzo. Resulta ya desde esa primera enajenación (2.2.1978), documentada en escritura pública, que el adquirente comenzó a poseer el bien desde ese momento. Y es por ello por lo que se concluye que en las diferentes escrituras públicas que siguieron a aquella, lo que se transfirió fue la posesión y no simplemente el uso del lugar en el garaje.

— *Uso*. En lo que respecta a ese uso al que nos estamos refiriendo, el primer adquirente de la unidad (Sr. A) y los sucesivos adquirentes usaron el garaje porque se creyeron dueños y no por considerar que tenían un derecho personal de uso —menos aún, un derecho de uso exclusivo, por no tratarse el garaje de un bien común—, ya que desde esa escritura de 1978 inició la posesión: el Sr. A ingresó con ánimo de dueño y es eso mismo lo que justifica el inicio de la posesión.

Por lo expuesto, en lo que respecta a la primera consulta —si el uso integra el derecho de propiedad de la unidad y afecta su determinación—, respondemos que sí: el uso integra el derecho de propiedad. Pero conside-

ramos importante diferenciar el *derecho de uso como derecho real menor*, producto del desmembramiento del dominio, del *derecho personal de uso* y el *derecho de usar o utilizar un bien*, inherente a la calidad de propietario (ver en el apartado III que antecede la referencia y transcripción del artículo 486 del Código Civil). Tal como lo expresan Miranda y Curbelo Urroz (1991: 10):

> Por el dominio, y como atributo de él, puede el sujeto ejercer su derecho usando, gozando y disponiendo de la cosa. El uso, goce y disposición configuran la suma de atribuciones que es dado tener al hombre sobre las cosas. De ahí que el dominio o propiedad, al radicarse en la cosa, aparezca como una calidad inherente a ella (art. 489 del C. Civil), la absorba y se confunda con la misma.

El artículo 489 del Código Civil, referido por los autores, establece que «el dominio o propiedad se considera como una calidad inherente a la cosa, como un vínculo real que la liga al dueño y que no puede romperse sin hecho suyo».

Respecto de la segunda consulta —determinar si puede ser objeto de prescripción por tener un derecho de uso sobre un lugar en el garaje y, a su vez, si es posible realizar su cesión como derecho posesorio—, también entendemos que sí, se puede. Como define Molla, la prescripción adquisitiva o «usucapión es un modo originario de adquirir el dominio y demás derechos reales por la posesión que reúna las cualidades exigidas por la ley» (1993: 603). Y como enseña Biondi, *usucapir* proviene de *usucapĕre* y significa «tomar por la posesión» o adquirir a través de la posesión (*usus* es *posesión*; 1972: 205 y ss.). El derecho al uso por sí solo no da lugar a la prescripción adquisitiva: se necesita la posesión.

La doceava parte del bien privado garaje al que refiere la consulta puede ser objeto de prescripción, ya que lo que tiene la actora, la Sra. S, son derechos posesorios que le fueron cedidos (por el Sr. K). La Sra. S, actual usuaria, debe continuar poseyendo el lugar en el garaje a efectos de prescribir la cuota ava parte indivisa que le corresponde; esta es la posición sostenida por esta comisión en la consulta ya referida (Asociación de Escribanos del Uruguay, 2015).

## V. Conclusiones

1. Sobre el derecho de uso del garaje que se acredita en el reglamento de copropiedad y en la compraventa cuando adquiere el Sr. K: ¿el uso integra el derecho de propiedad de la unidad y afecta su determinación? Entendemos que sí integra el derecho de propiedad de la unidad garaje, con la aclaración de que lo integra en la forma manifestada como derecho de uso, de utilización que tiene todo propietario, y no como derecho real de uso al que se refieren los artículos 541 a 549 del Código Civil.

2. Respecto a si puede ser objeto de prescripción por tener un derecho de uso sobre un lugar en el garaje y, a su vez, si es posible realizar su cesión como derecho posesorio, también entendemos que sí, pues la actora en el proceso de prescripción es titular de derechos posesorios que le fueron cedidos en virtud de un contrato de cesión de derechos posesorios.

Escs. Marcela Aldana
y Ana Realini
Informantes

## Bibliografía referida


Asociación de Escribanos del Uruguay (1988). Comisión Derecho Civil (informante: Roque Molla). «Propiedad horizontal. Garaje». En *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, tomo 74, n.º 7-12 (jul.-dic.), pp. 401-403.

— (1999). Comisión Derecho Civil (informantes: Aída Noblía y Ricardo Méndez Losa). «Garaje». En *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, tomo 85, n.º 1-6 (ene.-jun.), pp. 166-170.

— (2015). Comisión Derecho Civil (informante: Juan Pablo Villar). «Garaje. Propiedad horizontal. Prescripción adquisitiva. Buena fe». En *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, tomo 101, n.º 1-12 (ene.-dic.), pp. 382-389.

Biondi, Biondo (1972). *Instituzioni di diritto romano*, 5.ª ed. Milán: Giuffrè.

Gnazzo, Teresa, y Wonsiak, María (1988). «Los garajes en la propiedad horizontal». En *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, tomo 74, n.º extr., pp. 463-477.

Miranda, Fernando, y Curbelo Urroz, Hebert (1991). *La copropiedad: naturaleza y funcionamiento*. Montevideo: Asociación de Escribanos del Uruguay.

Molla, Roque (1993). «La prescripción adquisitiva abreviada: un modo originario de adquirir». En *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, tomo xxiii, pp. 603-609.

Yglesias, Arturo (1997). *Derecho de las cosas*, tomo iv, vol. 1 («Derechos reales limitados: usufructo, uso y habitación»), 2.ª ed. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.


La Comisión de Derecho Civil, integrada por los Escs. Patricia Rivas, Juan Pablo Villar, Francisco Mastropierro, Roque Molla, Ana Realini, Diego Séré, Marcela Aldana, M.ª del Pilar Ramírez, M.ª del Rosario Marchese, Américo Bianchi, M.ª Beatriz Vázquez, M.ª Inés Casatroja, Adriana Olmedo, Karen

Bonner, Juan Pablo Alonso, Ana Lía Méndez, Agustina Ferreira, Analía Cánepa y Laura Parnás, aprueba el informe que antecede.

Escs. Roque Molla y Juan Pablo Villar
Coordinadores

*Informe aprobado por la Comisión Directiva Nacional de la AEU el 28.11.2023, expediente 2830/2023.*

## SOCIEDAD ANÓNIMA. BIEN INMUEBLE RURAL. COMPRAVENTA. DECLARATORIA. CERTIFICADO NOTARIAL

Resumen

*Sociedad anónima propietaria de inmuebles rurales que realiza actividades ajenas a las definidas por el artículo 3.º de la ley 17.777.*

Informe: Comercial

Consulta

### I. Relación de hechos

### A. Padrón rural 1111 de Florida

**2013.** R S. A., con acciones nominativas pertenecientes íntegramente a personas físicas, promete comprar a RB y VB el padrón rural n.º 1111 del departamento de Florida, según documento privado otorgado en la ciudad de Florida el 23.1.2013, cuyas firmas certificó y protocolizó en igual fecha y lugar la Esc. MdC y cuyo primer testimonio de protocolización fue inscripto en el Registro de la Propiedad Inmueble de Florida con el n.º … el 5.2.2013.

**2013.** Por resolución n.º … del 19.7.2013, artículo 24, la Intendencia de Florida categoriza el padrón rural 1111 como suelo urbano.

**2014.** La escritura de compraventa en cumplimiento de promesa se otorga en la ciudad de Florida el 20.1.2014, autorizada por la Esc. MdC; la primera copia se inscribe en el Registro de la Propiedad Inmueble de

Florida con el n.º … el 7.4.2014. Las acciones de R S. A. son hasta el momento nominativas y pertenecen a personas físicas.

**2016.** El padrón 1111, de acuerdo con el plano de mensura y fraccionamiento del Agr. SRGL de setiembre de 2016, inscripto en la Dirección Nacional de Catastro con el n.º … el 12.12.2016, se fracciona en 250 solares (urbanos), de los cuales ya se enajenaron más de 150. La sociedad continúa teniendo acciones nominativas, pero ya pertenecían a una sociedad extranjera (LH Limited).

### B. Padrón rural 2222 de Florida

**2013.** Por la misma resolución del 19.7.2013, artículo 24, la Intendencia de Florida establece: «Categorizarse como suelo rural potencialmente transformable en suelo categoría suburbano a los padrones […] [entre otros, el 2222] según plano número […]».

**2014.** R S. A., con acciones nominativas pertenecientes a una persona física y una persona jurídica, tomando en cuenta la resolución antes mencionada —es decir, que el inmueble rural 2222 de Florida, lindero del padrón 1111, pasaría a categoría suelo suburbano—, lo promete comprar, según documento privado de promesa de compraventa otorgado en la ciudad de Florida el 10.12.2014, cuyas firmas certificó y protocolizó en igual fecha y lugar la Esc. MdC y cuyo primer testimonio de protocolización fue inscripto en el Registro de la Propiedad Inmueble de Florida con el n.º … el 31.12.2014.

**2019.** R S. A. otorga compraventa en cumplimiento de promesa, según escritura autorizada en la ciudad de Florida por la Esc. MdC el 17.6.2019, cuya primera copia fue inscripta en el Registro de la Propiedad Inmueble de Florida con el n.º … el 22.7.2019. La sociedad continúa teniendo acciones nominativas, pero ya pertenecían a LH Limited.

**2019.** La Intendencia de Florida finalmente no aprueba que el padrón rural 2222 pase a ser en su totalidad suburbano. El padrón se fracciona en cuatro padrones rurales empadronados con los números 3333, 4444, 5555 y 6666, según el plano de mensura y fraccionamiento del Agr. SRGL de octubre de 2019, inscripto en la Dirección Nacional de Catastro con el n.º … el 11.12.2019.

**2022.** Por resoluciones n.º …/2022 y n.º …/2022, la Intendencia de Florida resuelve incorporar el padrón rural n.º 3333 a suelo enclave suburbano de actividades múltiples de la zona 10, definida en el plan local de la ciudad de Florida, cuyas actividades principales son las referidas a logística, servicios y comercios.

**2022.** El padrón urbano n.º 3333, según plano de mensura y fraccionamiento del Agr. AH de setiembre de 2022, inscripto en la Dirección Nacional de Catastro con el n.º … el 27.12.2022, se fraccionó en veintiocho solares, empadronados con los números 7001 al 7028. Todos continúan siendo propiedad de R S. A.

**2022.** Los padrones rurales 5555 y 6666 ya fueron enajenados. El padrón 4444 continúa siendo rural y propiedad de la sociedad R S. A. La sociedad anónima, ni en los inmuebles adquiridos mientras fueron rurales ni en el que lo continúa siendo, nunca desarrolló ninguna de las actividades comprendidas en el artículo 3.º de la ley 17.777 (ley de regulación de las sociedades, asociaciones y sociedades civiles con objeto agrario, de 21 de mayo de 2004). La sociedad proyecta enajenar el padrón urbano 8888 (antes en mayor área con el n.º 1111), los padrones urbanos 7021 y 7022 (antes padrón rural 3333 y antes padrón rural en mayor área 2222), y el padrón rural 4444 (antes padrón rural en mayor área 2222).

## II. Observación a la titulación

La escribana que va a intervenir hoy observa las escrituras de compraventa de los padrones 1111 y 2222. La colega sostiene que en ambas escrituras de compraventa, la sociedad adquirente no declara bajo juramento que en ellos no se iba a desarrollar ninguna de las actividades comprendidas en el artículo 3.º de la ley 17.777; que el artículo 5.º del decreto 225/007 (de 25 de junio de 2007, reglamentario de la ley 18.092, de sociedades anónimas y su titularidad de inmuebles rurales y explotaciones agropecuarias, de 7 de enero de 2007) establece que la excepción para que una sociedad anónima pueda ser propietaria de un inmueble rural, si va a desarrollar estas actividades, es tener autorización del Poder Ejecutivo, y que para el caso de que no las desarrolle, la declaración jurada mencionada debe estar, de forma preceptiva, en la escritura de compraventa, tal como indica el decreto.

Respecto al padrón 1111, debe tenerse en cuenta la fecha del fraccionamiento del bien. Este se fracciona y se urbaniza en 2016: si bien el acta de la Intendencia que resuelve su urbanización es de 2013, no se levanta plano hasta 2016. Además, al momento del fraccionamiento, el capital accionario de la sociedad ya no pertenecía íntegramente a personas físicas.

Para aceptar la titulación, la escribana exige que se otorgue una escritura de declaratoria por cada padrón a la que deben comparecer la parte vendedora y la parte compradora, y que esta última declare bajo juramento que nunca desarrolló ninguna de las actividades comprendidas en el artículo 3.º de la ley 17.777. Ello, porque entiende que el decreto exige que, si no se desarrollará ninguna de estas actividades, para encontrarse exceptuada y poder ser propietaria de un inmueble rural, además de estar su capital accionario representado por acciones nominativas y pertenecer a personas físicas, tiene que declararlo en la escritura. A su vez, ambas escrituras deben inscribirse en el Registro de la Propiedad Inmueble de Florida, por lo establecido en el artículo 6.º del decreto 225/007.

La colega toma como fundamento el informe aprobado por la Comisión Directiva Nacional de la AEU el 19.8.2014 (Asociación de Escribanos del Uruguay, 2014*a*) en respuesta a una consulta técnica sobre un caso que, entiende ella, es similar:

— **Año 2009.** E S. A. enajena un inmueble rural y cede varios contratos de arrendamientos rurales a SC S. A.; estos inmuebles, todos afectados a actividades comprendidas en el artículo 3.º de la ley 17.777. La sociedad SC S. A. —adquirente—, teniendo acciones nominativas pertenecientes a personas jurídicas, no tenía la autorización del Poder Ejecutivo.
— **Año 2010.** SC S. A. recién obtuvo la autorización del Poder Ejecutivo en setiembre de 2010.
— **Año 2013.** El 7.3.2013, SC S. A. enajenó los padrones afectados a G S. A. Esta última sí obtuvo la autorización del Poder Ejecutivo a la fecha del otorgamiento.
— **Año 2013.** En forma simultánea a la compraventa referida, E S. A. y SC S. A. otorgan una escritura de declaratoria.
— Lo planteado en esta consulta fue si esa escritura membretada «Declaratoria» era suficiente para subsanar la nulidad absoluta o inexistencia de la compraventa de 2009 y las cesiones de arrendamientos otorgadas. El consultante entendió que esa escritura de declaratoria alcanzaba para subsanar la nulidad o inexistencia de la compraventa de 2009 —antecedente inmediato anterior—, y que la documentación quedaba así saneada.
— Debemos tener presente que el consultante, al referirse a dicha escritura de declaratoria, hace referencia a ella como «reotorgamiento».
— La Comisión de Derecho Civil entendió que la titulación no era observable, pero no se refiere a si es un reotorgamiento o una simple declaratoria.

## III. Opinión de la consultante

Entiende que debe separarse la situación del padrón 1111 respecto a la del padrón 2222. Parte de la base de que al momento de comprar el padrón 1111, el capital accionario de R S. A. estaba conformado por acciones nominativas que pertenecían íntegramente a personas físicas: la sociedad cumplía así con lo establecido en el artículo 1.º de la ley 18.092, inciso 3.º:

> Las sociedades anónimas y sociedades en comandita por acciones comprendidas en la ley 16.060, de 4 de setiembre de 1989, podrán ser titulares de los inmuebles rurales y de las explotaciones agropecuarias siempre que la totalidad de su capital accionario estuviere representado por acciones nominativas pertenecientes a personas físicas.

Su colega sostiene que debemos tener presente que a la fecha del fraccionamiento del padrón 1111, la totalidad de las acciones de la sociedad no pertenecían a personas físicas, sino a una persona jurídica. Entiende que recién en 2016 —cuando se levanta el plano de mensura y fraccionamiento— el padrón 1111 pasa a ser suelo urbano, y que, por ende, hubo un

período —desde 2014 (cuando se otorga la compraventa) hasta 2016 (cuando se levanta el plano referido)— en el que la sociedad fue propietaria de un inmueble rural sin cumplir con lo establecido por la normativa vigente en la materia. La sociedad, para encontrarse exceptuada y ser propietaria de un inmueble rural, debía dar cumplimiento a lo preceptuado por el artículo 5.º del decreto 225/007:

> *Inmuebles no destinados a actividades agropecuarias*. A efectos de la exclusión establecida en el artículo 1.º de la ley que se reglamenta, se deberá acreditar, mediante declaración jurada que se incluirá preceptivamente en el respectivo contrato de compraventa o de explotación, que el respectivo inmueble rural no se destinará a ninguna de las actividades comprendidas en el artículo 3.º de la ley 17.777, de 21 de mayo de 2004.

La consultante discrepa con su colega y entiende que debe tenerse en cuenta la representación del capital accionario a la fecha del otorgamiento de la compraventa (2014), no a la fecha del fraccionamiento (2016), porque justamente ya se tenía la resolución de la Intendencia con el cambio de categoría de suelo rural a suelo urbano desde julio de 2013. Sostiene que la sociedad no debía, en dicha escritura de compraventa, realizar la declaración jurada porque se escritura en cumplimiento de promesa: promete comprar el padrón rural 1111 y compra el padrón rural 1111. Pero, en los hechos, debemos tener presente que desde julio de 2013 ya se tenía la resolución de la Intendencia antes mencionada. Por tanto, no considera que la sociedad tenga que otorgar hoy una declaratoria en lo que respecta a este padrón, declarando que nunca se desarrolló ninguna de las actividades comprendidas en el artículo 3.º de la ley 17.777. En su opinión, la titulación respecto del padrón 1111 no es observable.

En lo que respecta al padrón 2222, la situación, entiende, es diferente. Al momento de otorgarse la compraventa definitiva (junio de 2019), el capital accionario de la sociedad estaba representado por acciones nominativas pertenecientes en su totalidad a una sociedad extranjera (LH Limited). Aquí sí que no se cumplió con lo preceptuado por el decreto reglamentario. Como se trata de un inmueble cuyo destino no sería ninguna de las actividades referidas en el artículo 3.º de la ley 17.777, en esta escritura, la sociedad adquirente sí debía declarar bajo juramento tales extremos. Dicha omisión, entiende, se subsana con el otorgamiento por parte de la sociedad anónima adquirente de una declaratoria en la que su representante declare bajo juramento que en el padrón 2222, desde su adquisición, así como en los padrones rurales resultantes de él (3333, 4444, 5555 y 6666), nunca se desarrolló ninguna de las actividades comprendidas en el artículo 3.º de la ley 17.777, que define lo que es la actividad agraria.

A su entender, la escritura de declaratoria solo debe ser otorgada por la sociedad adquirente —en definitiva, el sujeto obligado por el decreto—, pero no debe inscribirse. El Registro de la Propiedad Inmueble de Florida no observó que no se estaba dando cumplimiento a lo establecido en el

artículo 5.º del citado decreto. Al ser esta declaración —así lo entiende el decreto— un requisito registral —en caso de no cumplirse, no podía inscribirse la compraventa—, el Registro debió controlarlo y, a su vez, comunicar al Ministerio de Ganadería, Agricultura y Pesca una minuta de esta compraventa: la finalidad del decreto es que, si se declara que el inmueble no será destinado al desarrollo de actividad agraria —de acuerdo con lo definido por el multicitado artículo 3.º de la ley 17.777—, lo declarado sea después controlado.

La consultante entiende que no tiene sentido la inscripción de esta declaratoria cuando la sociedad ya está enajenando el último padrón rural que tiene en su patrimonio. La declaratoria se haría a efectos de adjuntarla a la documentación. Es, a su entender, irrelevante su inscripción.

Sostiene que no puede asemejarse esta situación a la planteada por la colega como base de su fundamento. El caso que ella plantea es totalmente diferente; se trataba de una sociedad que adquirió un inmueble rural y fue cesionaria de contratos de arrendamientos rurales que sí estaban destinados a actividad agraria, y para ello se requería la autorización del Poder Ejecutivo. Este caso es distinto: en ambos inmuebles rurales adquiridos por la sociedad, efectivamente nunca se desarrolló ninguna de las actividades comprendidas en el artículo 3.º de la ley 17.777.

La finalidad de R S. A. es clara. Desde su constitución, ha tenido como giro principal el de industria y comercio. Motivó la adquisición de estos inmuebles rurales su futura incorporación a suelo urbano, de acuerdo con la ubicación geográfica —límite del cambio de suelo urbano a suelo rural—, así como las resoluciones de la Intendencia de Florida. El objetivo siempre fue el de fraccionarlos y, posteriormente, comercializarlos; es decir, comercializar inmuebles urbanos.

Por todo lo anteriormente expuesto, la consultante entiende que para subsanar la compraventa del padrón 2222 alcanza con que la escritura de declaratoria la otorgue únicamente la sociedad anónima adquirente y no, como plantea la colega, que la otorguen ambas partes —vendedora y compradora—, lo que puede dar lugar, como en el caso que la colega menciona, a interpretarse como reotorgamiento; de ser así, también deberían de ser reotorgadas las compraventas de los padrones 5555 y 6666.

Habiendo analizado distintos casos en materia de sociedades anónimas tenedoras de inmuebles rurales estudiados por el Instituto de Investigación y Técnica Notarial desde la sanción de la ley 18.092, la consultante no encontró ninguno como el que se le plantea.

# Informe de la Comisión de Derecho Comercial

## I. Consideraciones previas, concepto de *inmueble rural*, explotaciones agropecuarias

En primer lugar, la ley establece limitaciones en cuanto a inmuebles rurales y a explotaciones agropecuarias (Cianciarulo, 2017).

Con relación al concepto de *inmueble rural*, la ley no lo definió, por lo que es necesario encontrar una definición de él. Guerra se remite al artículo 283 del Código Rural, en el que se identifica el establecimiento rural con el inmueble rural, y este, con la tierra. Sobre dicha base, sostiene que puede ser inmueble rural uno que sea suburbano, pero con aptitud para destinarse a su cultivo o a la cría de ganado; en dicho caso, la expresión «rural» excede el alcance catastral e involucra la calidad o idoneidad que tiene la tierra, en tanto el predio no se encuentre en zona propiamente urbana. En igual sentido, en la LI Jornada Notarial Uruguaya [Mercedes, 11 a 13 nov. 2011] se concluyó: «El elemento inmueble exigido no necesariamente debe estar radicado en zona rural, por lo cual pueden existir establecimientos rurales en zonas suburbanas». Por lo tanto, y tal como lo sostiene Cianciarulo, para determinar si un inmueble integra la categoría de «inmueble rural», a los efectos de este marco normativo, debe atenderse primero a su ubicación catastral —rural o suburbana—, y en caso de que sea suburbana, a la posibilidad de que en él pueda realizarse algún tipo de explotación agraria (aptitud agropecuaria).

Por otra parte, la *actividad agraria* es aquella destinada a la producción animal o vegetal y sus frutos, con fines de comercialización o industria, así como también las de manejo y uso, con fines productivos de los recursos naturales renovables.

De lo expuesto, y de lo establecido por la ley 18.092, en la redacción dada por la ley 18.172 (de Rendición de Cuentas y Balance de Ejecución Presupuestal, Ejercicio 2006), de 31 de agosto de 2007, es posible afirmar que para definir un inmueble como «rural» deberíamos considerarlo según dos criterios: uno *geográfico* (que se encuentre en zona rural) y otro *técnico* (que realice alguna de las actividades referidas en el artículo 3.º de la ley 17.777) (Asociación de Escribanos del Uruguay, 2014*b*).

## II. Análisis del caso objeto de esta consulta

### A. Padrón 1111

Con relación a la promesa de compraventa del 23.1.2013, cuyas firmas certificó y protocolizó la Esc. MdC, al igual que la compraventa en cumplimiento de dicha promesa, de 20.1.2014, y que autorizara también la

referida escribana, no merecen observaciones, por las razones que pasaremos a exponer.

En relación con la promesa, más allá de que entendemos que la prohibición establecida por la ley es para ser titular —es decir, propietario— y no promitente comprador, ni siquiera ingresamos en el análisis de tal situación, ya que, en dicha instancia, se trataba de una sociedad anónima cuyo capital estaba representado por acciones nominativas, y estas pertenecían a personas físicas. Posteriormente, según lo que sostiene la consultante, por resolución n.º … de 19.7.2013, el gobierno departamental cambió la categorización del padrón 1111 de rural a urbano. Respecto a la categorización de los suelos, el artículo 14 de la ley 18.308 (Ley de Ordenamiento Territorial y Desarrollo Sostenible), de 18 de junio de 2008, establece:

> Los gobiernos departamentales tendrán la competencia para categorizar el suelo, así como para establecer y aplicar regulaciones territoriales sobre usos, fraccionamientos, urbanización, edificación, demolición, conservación, protección del suelo y policía territorial, en todo el territorio departamental mediante la elaboración, aprobación e implementación de los instrumentos establecidos por esta ley, en el marco de la legislación aplicable.

Se desprende de lo referido que al momento del otorgamiento de la compraventa ya no resultaba aplicable la ley 18.092, por tratarse de un inmueble urbano y no rural, por lo que es indiferente si las acciones eran nominativas o al portador, o si sus titulares eran personas físicas o jurídicas. El hecho de haberse realizado el plano en setiembre de 2016 y que la sociedad tuviera acciones nominativas, con titular persona jurídica, en nada afecta la titulación; no es necesaria ninguna manifestación de la parte compradora respecto a la actividad a desarrollar. De todas maneras, se deja constancia de que la recategorización del suelo salió con la resolución municipal.

Más allá de las razones antes esgrimidas, cabe mencionar que al momento del otorgamiento de la compraventa, la sociedad cumplía igualmente con la exigencia de la ley 18.092.

### B. Padrón 2222

En la promesa de 10.12.2014, cuyas firmas certificó y protocolizó la Esc. MdC y en virtud de la cual R S. A. prometió adquirir el bien padrón 2222 rural, con respecto a las acciones, si bien estas eran nominativas, su titularidad pertenecía a una persona física y una jurídica. Como ya se indicara, la prohibición establecida por la ley es para ser titular, no promitente comprador. Nótese que la ley prevé lo siguiente: «Declárase de interés general que los *titulares del derecho de propiedad sobre inmuebles rurales* […]» (ley 18.092, art. 1.º; destacado nuestro). Un compromiso podría perfectamente estar condicionado a que se obtenga la autorización del Poder Ejecutivo, a la adecuación del capital o a la transformación de

la sociedad. A juicio del informante, y en lo que concierne al citado punto, la promesa relacionada no merece observaciones.

El 17.6.2019, en escritura autorizada por la escribana precitada, la sociedad R S. A., en cumplimiento de la promesa, adquirió el padrón 2222 (rural). La sociedad tenía acciones nominativas, pero su titularidad pertenecía a una sociedad extranjera. Dentro de las excepciones establecidas en la ley 18.092, en su artículo 1.º, inciso 2.º, se establece: «Se exceptúan de las disposiciones de la presente ley los inmuebles rurales afectados a actividades ajenas a las definidas por el artículo 3.º de la ley 17.777»; es decir, se exceptúan de la aplicación de la ley los inmuebles rurales cuya explotación a realizar no sea agraria. En esa hipótesis, en el caso de una sociedad que adquiera un inmueble rural para destinarlo a actividades ajenas a las establecidas en el artículo 3.º, sus acciones podrían ser al portador, y sus titulares, personas jurídicas. A su vez, debemos tener en cuenta lo establecido en el artículo 5.º del decreto reglamentario 225/007, ya transcripto en el apartado III de la consulta («Opinión del consultante»).

No obstante lo expuesto, entendemos que la *ratio legis* es que aquellas sociedades que no realicen actividades agrarias —actividades ajenas a las establecidas en el artículo 3.º de la ley 17.777—, y que, por ende, están exceptuadas de dar cumplimiento a la ley, deberán así declararlo. Entendemos que tal declaración puede estar en la propia escritura de compraventa, en el contrato de explotación o en documento aparte (por ejemplo, a través de una declaratoria posterior). El decreto mencionó algunas de las posibilidades para que la sociedad manifieste su declaración, pero no las limitó solo a esas. Si no fuera así —o sea, que la declaración pueda ser posterior, basada en documentos (por ejemplo, de la Dirección General Impositiva o del Banco de Previsión Social, u otros medios de prueba)—, se estaría tomando como causal de nulidad la no inclusión de algo que existía en la realidad, lo cual no es admisible, más teniendo en cuenta que la exigencia está dispuesta en el decreto y no en la ley. Dicha declaración podría realizarse en la escritura que se proyecta otorgar para enajenar dicho inmueble —no es necesaria una declaratoria aparte—, siempre con respaldo probatorio.

Otra de las excepciones que solo mencionaremos es que el Poder Ejecutivo así lo autorice, en los términos del inciso 3.º del artículo 1.º de la ley 18.092 y su decreto reglamentario.

En consecuencia, si, como indica la consultante, la sociedad nunca desarrolló las actividades comprendidas en el artículo 3.º de la ley 17.777, la mayoría de los integrantes de la Comisión entiende que alcanza con una declaración jurada en los términos manifestados, es decir, con elementos probatorios, ya sea en documento aparte o en la escritura que se proyecta otorgar. Es unánime la opinión de que no es necesario que dicha declaratoria sea otorgada por el antiguo vendedor y la sociedad en cuestión, sino que alcanza con lo que manifieste y pruebe la actual propietaria.

A su vez, y con criterio general, para algunos integrantes de la comisión alcanza con un certificado notarial que acredite que la sociedad nunca realizó las actividades del artículo 3.º ya referido, conforme a documentación que se tenga de manifiesto. En caso contrario —es decir, que no sea posible acreditar que la sociedad no realizó actividad agraria—, estaríamos ante un caso de nulidad absoluta o inexistencia, según la posición que se adopte.

## III. Conclusiones

1. No merece observaciones la documentación del padrón 1111, por las razones expuestas.
2. Con relación al padrón 2222, si la sociedad nunca desarrolló las actividades comprendidas en el artículo 3.º de la ley 17.777, se podrá otorgar declaratoria por parte de la actual propietaria —en documento aparte o en la propia escritura de compraventa a otorgarse— de que nunca se realizó actividad agraria, respaldado por prueba fehaciente.
3. Para algunos integrantes de la Comisión, bastará con un certificado notarial que acredite que la sociedad nunca realizó las actividades del artículo 3.º referido, conforme a documentación que se tenga de manifiesto.
4. De no poderse acreditar los extremos antes mencionados, estaríamos ante un caso de nulidad absoluta o inexistencia, según la posición que se adopte.

Esc. Francisco Mastropierro
Informante

### Bibliografía referida

Asociación de Escribanos del Uruguay (2014*a*). Comisiones de Derecho Agrario (informante: Tabaré Rodríguez de Almeida) y Derecho Civil. «Compraventa. Nulidad absoluta. Declaratoria. Sociedad anónima. Bien inmueble rural. Acciones nominativas. Persona jurídica». En *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, tomo 100, n.º 1-12 (ene.-dic.), pp. 266-270.

— (2014*b*). Comisión de Derecho Comercial (informante: Silvia García Paz). «Sociedad anónima. Bien inmueble rural. Compraventa. Objeto social. Acciones nominativas». En *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, tomo 100, n.º 1-12 (ene.-dic.), pp. 335-342.

Cianciarulo, Daniella (2017). «Limitación a la calidad de propietario de inmuebles rurales y de explotaciones agropecuarias. Evolución y situación actual». En *Revista de Derecho Comercial*, año II, n.º 8 (oct.-dic.), pp. 43-62.

Los integrantes de la Comisión de Derecho Comercial, Escs. Paola Polito, Geraldina Della Valle, Virginia Oddone, Fanny Rodríguez, Estela Baum, Valentín Pérez, Graciela Torres, Sandra Aquines, Cesar Coll, Ana Irabedra, M.ª Eugenia Guichón, Adriana Olmedo, Fernando Salazar, Daniella Cianciarulo y Francisco Mastropierro, aprueban el informe que antecede. Se abstienen los Escs. Marcelo Pérez y Nicolás García.

Esc. Daniella Cianciarulo
Coordinadora alterna

*Informe aprobado por la Comisión Directiva Nacional de la AEU el 17.10.2023, expediente 2909/2023.*

## SOCIEDAD ANÓNIMA. EXONERACIÓN DE TRIBUTOS. USUFRUCTO. NUDA PROPIEDAD

Resumen

*Hecho generador tributario; impuesto a las trasmisiones patrimoniales e impuesto a la renta de las personas físicas; exoneración del impuesto a las trasmisiones patrimoniales y del impuesto a la renta de las actividades económicas; ley 18.795 en la primera trasmisión patrimonial de vivienda de interés social.*

Informe: Tributario

### Consulta

### I. Hechos

Una sociedad anónima con acciones al portador cuyas socias son dos hermanas —LL y MM, con el 50 % cada una— es propietaria de un edificio que fue refaccionado. En el marco de la ley 18.795 (Ley de Vivienda de Interés Social, de 17 de agosto de 2011), se realizaron cuatro unidades, con las consecuentes exoneraciones tributarias establecidas en el decreto 355/011 (de 6 de octubre de 2011, reglamentario de la Ley de Vivienda de Interés Social). Finalizadas las obras, el edificio se incorporó al régimen de propiedad horizontal y se arrendaron las unidades.

Hoy, la sociedad desea constituir usufructo vitalicio de las cuatro unidades a favor de LL y MM, y enajenar la nuda propiedad a sus hijos, RR, PP, NN y SS.

## II. Consulta

A la consultante se le plantean dudas con respecto al alcance de la exoneración del impuesto a las trasmisiones patrimoniales (ITP) y del impuesto a la renta de las actividades económicas (IRAE), en virtud de la normativa mencionada. Si bien el decreto 355/011 se refiere a «primera enajenación» y la resolución del Ministerio de Vivienda, Ordenamiento Territorial y Medio Ambiente (MVOTMA) exonera a la sociedad anónima del IRAE por las rentas derivadas de la venta o arrendamiento de viviendas amparadas en dicha declaratoria promocional (numerales 4.º y 5.º de dicha resolución), a su entender, la constitución del usufructo y la enajenación de la nuda propiedad deberían verse en forma separada, y, por lo tanto, deberían quedar exoneradas la primera constitución de usufructo y la primera enajenación de la nuda propiedad de cada inmueble.

La consultante presentó su consulta a la Dirección General Impositiva (DGI): le respondieron que si se realizan en el mismo acto, se exonera del ITP a la primera enajenación.

Su idea era realizar una escritura de donación de usufructo en favor de LL y MM, y, acto seguido, una escritura de compraventa de nuda propiedad por cada unidad, vendiendo una unidad a cada hijo de las socias. Pero entiende que para mantener la exoneración, según le responde la DGI, debe hacer todo en el mismo instrumento, cosa que, a su parecer, no tiene lógica, ya que el tratamiento impositivo debería ser el mismo, se instrumenten en un único acto o por separado. No le parece prolijo hacer una donación de usufructo a MM y LL, y venta de la nuda propiedad de cuatro inmuebles a cuatro personas diferentes, todo en una misma escritura.

Quiere saber si haciendo una escritura de constitución de usufructo y otra escritura de compraventa de nuda propiedad por cada unidad, mantendría la exoneración impositiva para todos los actos mencionados, contrariamente a lo que surge de la respuesta de la DGI.

# Informe de la Comisión de Derecho Tributario

## I. Presupuesto de hecho, hecho generador o hecho gravado

El derecho tributario se encuentra regido, entre otros, por los principios de *tipicidad* y *legalidad*. Establece el artículo 2.º del Código Tributario:

> (*Principio de legalidad*). Solo la ley puede:
> 1.º Crear tributos, modificarlos y suprimirlos.

> […]
> 3.º Establecer exoneraciones totales o parciales.
> […]
> En los casos de los numerales 2.º, 3.º y 4.º, la ley podrá establecer también las condiciones y límites dentro de los cuales el Poder Ejecutivo deberá precisar o determinar las bases de cálculo, alícuotas, exoneraciones y sanciones aplicables.

El tipo del hecho gravado o *supuesto fáctico* de la obligación tributaria es un elemento jurídico, normativo, perteneciente al *deber ser*, que no debe confundirse con los *hechos reales* que a él se adecuan (*hechos que encarnan el tipo*).

Valdés Costa rechazaba la expresión «hecho generador»; sostenía que, desde el punto de vista técnico jurídico, la expresión más correcta era «presupuesto de hecho» o, mejor aún —gramaticalmente hablando—, «hecho gravado». Nuestro Código Tributario utiliza diversas denominaciones; así, cuando define el supuesto fáctico dice «hecho generador» (art. 24), pero en otros artículos dice «presupuesto de hecho» (arts. 11, 12, 13, 14, etc.), e incluso «hecho gravado» (art. 38).

El hecho generador ha sido definido por la doctrina de la siguiente manera:

— Villegas: Es el presupuesto legal hipotético y condicionante cuya configuración fáctica en determinado lugar y tiempo con respecto a una persona da pie a que el Estado pretenda un tributo.
— Giampietro Borrás: Es el hecho jurídico típico descripto expresa o implícitamente por la ley (desde luego, en sus elementos objetivos y subjetivos) cuya verificación sujeta al tributo en ella establecido a quien le fuera atribuible aquel.
— Valdés Costa: Es el hecho cuyo acaecimiento la ley considera como causa necesaria y suficiente para el nacimiento de la obligación y las excepciones correspondientes (exoneraciones).

El hecho generador tiene caracteres o elementos esenciales, que son:

— El tipo debe comprender la descripción de los aspectos materiales, subjetivos, temporales y espaciales de los hechos que se quieren gravar.
— El tipo debe ser diseñado por una ley, ya que tal es la esencia del principio de legalidad.
— La descripción se hace de manera abstracta, incluyendo los detalles necesarios para que pueda determinarse con certeza el acaecimiento del hecho gravado y su atribución a un sujeto pasivo.
— El presupuesto de hecho es *hipotético*, ya que su concreción fáctica no puede considerarse cierta, aunque sí se la estima altamente probable.
— Su realización en el mundo natural condiciona el nacimiento de la obligación tributaria. Por ello, deben descartarse aquellas teorías que sitúan el nacimiento de la obligación tributaria en otro momento, fuera del acaecimiento del hecho gravado (por ejemplo, quienes sostienen que la obligación nace con la determinación tributaria).

— El acaecimiento del hecho gravado es causa suficiente para que *por sí solo* provoque el nacimiento de la obligación tributaria.
— El tipo gravado se *atribuye* por la ley —expresa o implícitamente— a un sujeto que quedará obligado a pagar el tributo cuando acaezca el hecho gravado.

## II. Definición de *hecho generador* del Código Tributario

Según el artículo 24:

> El *hecho generador* es el presupuesto establecido por la ley para configurar el tributo y cuyo acaecimiento origina la existencia de la obligación.
> Se considera ocurrido y existentes sus resultados:
> 1.º En las situaciones de hecho, desde el momento en que hayan sucedido las circunstancias materiales necesarias para que produzca los efectos que normalmente le corresponden.
> 2.º En las situaciones jurídicas, desde el momento en que estén constituidas de conformidad con el derecho aplicable.

Giampietro Borrás nos dice que «el texto, más que definirlo, señala sus efectos»; que habría preferido «que por lo menos señalara los elementos esenciales del hecho generador tributario y no solamente sus consecuencias», aunque admite que dichos elementos se hallan implícitos o surgen del contexto del código.

## III. Naturaleza jurídica

Lo que el presupuesto de hecho describe es siempre un *hecho* jurídico, aun cuando para otra rama jurídica pueda constituir un *acto* jurídico. Un ejemplo de ello es en el ITP, que grava las enajenaciones o los compromisos de compraventa de inmuebles; si bien para el derecho privado es un negocio jurídico, para el derecho tributario es un hecho jurídico, porque no les asigna relevancia jurídica a las manifestaciones de voluntad: solo le interesa la circunstancia económica que tal negocio jurídico manifiesta (Valdés Costa, Jarach, Sáinz de Bujanda y Villegas, entre otros).

El hecho generador o presupuesto de hecho cuenta con dos aspectos: el *objetivo*, que contiene los elementos materiales, temporales y territoriales, y el *subjetivo*, que contiene a los sujetos activos y pasivos.

## IV. Realización del tipo gravado o acaecimiento del hecho generador

La *realización del tipo* consiste en el acaecimiento de un hecho que se adecue o amolde perfectamente a la descripción de aquel en todos sus aspectos. Este acontecimiento marca el momento del nacimiento de la obligación tributaria, que debe distinguirse del de la exigibilidad (*posibilidad de exi-*

*gir el cumplimiento*), que no tiene por qué coincidir en el tiempo en aquel. La realización del tipo gravado debe establecerse por ley, por el principio de legalidad; en cambio, con relación al instante en que se hace exigible, al no tener vinculación con la existencia de la obligación y referirse exclusivamente al momento del pago, se acepta pacíficamente que sea fijado por el Poder Ejecutivo (decreto).

Para saber sobre la ocurrencia del hecho generador descripto en una norma tributaria podemos comenzar por responder las siguientes preguntas:

— Aspecto *material*: ¿Qué hecho, descripto en la norma tributaria, ha ocurrido? Por lo general, se trata de un verbo.
— Aspecto *espacial*: ¿Dónde ha ocurrido? Por ejemplo, dentro del territorio nacional.
— Aspecto *temporal*: ¿Cuándo ha ocurrido? ¿En qué momento (qué día, a qué hora)?
— Aspecto *subjetivo*: ¿Quién es el sujeto activo y quién es el sujeto pasivo? Y dentro del sujeto pasivo, ¿cuál es su calidad? ¿Quién es el contribuyente? ¿Hay un responsable? ¿Hay un obligado solidario?

## V. Exoneración

Las exoneraciones tributarias deben estar establecidas por ley (C. Tributario, art. 2.º), y estas leyes solo pueden ser propuestas para su creación en forma privativa por el Poder Ejecutivo, de acuerdo con lo establecido en el artículo 133 de la Constitución Nacional.

Las normas que contienen exoneraciones tributarias se interpretaban restrictivamente por el carácter excepcional. Hoy, la doctrina ha entendido que deben interpretarse como las demás normas, en virtud de que el artículo 4.º del Código Tributario no distingue y, por tanto, los intérpretes no deberíamos distinguir. Nos indica el Código Tributario en su artículo 4.º:

> (*Interpretación de las normas*). En la interpretación de las normas tributarias podrán utilizarse todos los métodos reconocidos por la ciencia jurídica y llegarse a resultados extensivos o restrictivos de los términos contenidos en aquellas, a los efectos de determinar su verdadero significado.

Las exoneraciones tampoco pueden crearse por analogía, de acuerdo con en el principio de *legalidad* (C. Tributario, art. 2.º) y con lo dispuesto en el artículo 5.º de Código Tributario.

## VI. Impuesto a las trasmisiones patrimoniales

El ITP es un impuesto nacional, permanente, directo, real, de hecho generador instantáneo y de tasa proporcional; se liquida por declaración jurada, es de tipo documental —a excepción del ITP por causa de muerte— y grava la circulación de bienes y de capital, no la renta. Se encuentra regulado en el título 19 del Texto Ordenado (TO) de 1996 y tiene como fuente el

artículo 2.º de la ley 16.107, de 31 de marzo de 1990, el artículo 481 de la ley 16.320, de 1.º de noviembre de 1992, y el artículo 724 de la ley 19.355, de 19 de diciembre de 2015.

Su hecho generador se encuentra establecido en el artículo 1.º del recién referido título 19 del TO de 1996. Respecto de esta consulta, nos interesa en particular el literal *A* de dicho artículo, que regula la enajenación de bienes inmuebles y derechos de usufructo.

El concepto de *enajenación* está definido en el artículo 5.º del decreto 252/998, de 16 de setiembre de 1998. En cuanto a lo consultado, diremos que se trata del negocio jurídico hábil que desplaza de un patrimonio a otro la titularidad de un bien inmueble o constituye o transfiere su usufructo. A la definición agregaremos que, además del *título*, debe existir el *modo* para que efectivamente se cumpla dicho desplazamiento: aunque el artículo no lo diga, por expresa aplicación del artículo 6.º del Código Tributario, interpretamos el hecho generador con las normas del derecho civil, en discordancia con la opinión de la DGI, que entiende que con el título es suficiente para su acaecimiento.

## VII. Impuesto a la renta a las personas físicas en incrementos patrimoniales

La ley 18.083 (Ley de Reforma Tributaria, vigente desde el 1.º de julio del 2007) crea el impuesto a la renta de las personas físicas (IRPF), agregado al TO de 1996 como título 7, un impuesto anual, personal y directo que grava las rentas obtenidas por las personas físicas. Las rentas allí comprendidas están constituidas por los rendimientos de capital, los incrementos patrimoniales que determine la ley —«categoría D», según el referido título 7, la que nos interesa en el caso—, las rentas de trabajo y las imputaciones de renta que establezca la ley.[64]

El artículo 17 del título 7 nos indica que son rentas por rendimiento patrimonial las originadas en cualquier título hábil para transferir el dominio y sus desmembramiento, y en cualquier negocio en los que se atribuyan o confirmen los referidos derechos a terceros. En este caso concreto en consulta, el titular del inmueble a enajenarse es una persona jurídica, por lo que no estará obligada al pago del incremento patrimonial: no se encuentra determinada como sujeto pasivo en la descripción del tipo gravado, de acuerdo con lo previsto en el artículo 5.º del título 7.

64 La doctrina ha criticado que si bien el artículo 1.º de la Ley de Reforma Tributaria establece que el IRPF es un impuesto personal, se trataría de un impuesto real, porque grava manifestaciones aisladas de riqueza.

## VIII. Aplicación al caso concreto

De acuerdo con lo expresado por la consultante, la sociedad anónima proyecta constituir usufructo vitalicio de las cuatro unidades a favor de las socias (LL y MM) y enajenar la nuda propiedad a sus hijos (RR, PP, NN y SS). Los bienes inmuebles que proyectan enajenarse obtuvieron exoneración tributaria como vivienda promovida, de acuerdo con la Ley de Vivienda de Interés Social, exoneración que a continuación se detalla.

### Resolución del Ministerio de Vivienda del 20 de agosto de 2013

En virtud de lo dispuesto en la ley 18.795 (art. 6.º), el decreto 355/011 y la resolución ministerial 1.057/2011, el MVOTMA resolvió:

— Numeral 1.º: «Declárase promovido el proyecto de inversión presentado por la empresa XX S. A. […] para la actividad de reciclaje a realizarse en el inmueble padrón 0000 de la localidad catastral y departamento de Montevideo […], consistente en la generación de cuatro (4) viviendas de interés social, correspondiente a la zona "Código 01" del anexo de la resolución ministerial 1.057/2011».

— Numeral 4.º: «Exonérase a la empresa XX S. A. del impuesto a las rentas de las actividades económicas (IRAE) por las rentas derivadas de la venta de viviendas amparadas en la presente declaratoria promocional».

— Numeral 7.º: «Exonérase a la empresa XX S. A. del impuesto a las trasmisiones patrimoniales (ITP) que se genere, en caso de que dicha empresa disponga la venta de las viviendas cuya construcción amerita la presente declaratoria promocional, en los términos y condiciones dispuestos en el literal *e* del artículo 10 del decreto 355/011, alcanzando tanto al enajenante como al adquirente».

La declaratoria promocional otorgada por el MVOTMA en virtud de la ley 18.795 y el decreto 355/2011, en su artículo 10, establece:

> *a*) Exoneración de las rentas derivadas de la primera enajenación de las viviendas promovidas a los efectos del impuesto a la renta de las actividades económicas (IRAE), siempre que dicha enajenación *se efectúe como máximo hasta nueve ejercicios posteriores al ejercicio en que finalice la obra.*
> […]
> *f*) Exoneración del impuesto a las trasmisiones patrimoniales, aplicable a la parte enajenante y adquirente en la primera enajenación, siempre que dicha enajenación *se efectúe como máximo hasta nueve ejercicios posteriores al ejercicio en que finalice la obra* [los destacados son nuestros].

## IX. Conclusiones

### Impuesto a las trasmisiones patrimoniales

1. El título 19 (ITP), en su artículo primero, literal *A*, establece como hecho generador del impuesto las trasmisiones patrimoniales de bienes ubicados en el país, el que gravará las enajenaciones de bienes inmuebles y de los derechos de usufructo, de nuda propiedad y de uso y habitación.
2. Por lo expuesto, tanto la compraventa proyectada de la nuda propiedad como la del derecho de usufructo se encuentran gravadas por el ITP. La exoneración dispuesta opera en la medida en que acaezcan los elementos dispuestos en la norma al momento de la configuración del hecho generador del tributo (momento o instante de la celebración de la compraventa de nuda propiedad y usufructo documentada en forma) y dentro del plazo dispuesto en la normativa (nueve ejercicios posteriores al ejercicio en el que finalice la obra).
3. En el caso concreto, la exoneración respecto del ITP opera en la primera trasmisión patrimonial. Esta primera trasmisión ocurrirá en el instante o momento en el que el bien se trasmita del patrimonio del promovido al patrimonio del adquirente, una cuestión de prueba documental respecto a su ocurrencia.
4. De acuerdo con lo dispuesto en las distintas normas, solo estará exonerada la primera trasmisión patrimonial, por lo que se sugiere que las compraventas desmembradas —nuda propiedad y usufructo— sean documentadas en el mismo acto, a los efectos de despejar cualquier duda de la ocurrencia del hecho generador y de su exoneración, ya que si el acto no está exonerado y lo estará solo en la primera transferencia, estará gravado por dichos tributos. Asimismo, en consecuencia, y para el caso de optarse por la realización del negocio en un solo acto, se deberá realizar una única declaración jurada.

### Impuesto a la renta de las personas físicas e impuesto a la rentas de las actividades económicas

1. El enajenante, en este caso concreto, es una sociedad anónima; en virtud de lo dispuesto en el artículo 5.º del título 7 del TO de 1996, no es sujeto pasivo del IRPF por incremento patrimonial y sí del IRAE, por lo que se comparte la opinión de la DGI en cuanto a que no paga el IRPF por incremento patrimonial al momento de las enajenaciones.
2. Por lo tanto, en la compraventa de la nuda propiedad y del usufructo proyectadas, la parte enajenante no pagará IRPF por incremento patrimonial, y si se cumple con las condiciones establecidas que regulan la exoneración, tampoco pagará el IRAE, con especial atención a que las compraventas de la nuda propiedad y del usufructo que portan

la prueba del acaecimiento del hecho generador de la trasmisión patrimonial ocurran dentro del lapso de tiempo previsto para la exoneración (nueve ejercicios posteriores al ejercicio en el que finalice la obra).

3. En el escenario planteado por la consulta, se llevan a cabo dos transferencias patrimoniales: la nuda propiedad se transfiere a una persona, mientras que el usufructo se transfiere a favor de otra distinta. Según lo establecido en la ley, solo la primera de estas transmisiones patrimoniales queda exenta de impuestos, por lo que es necesario abonar el impuesto correspondiente a las transmisiones posteriores que cumplan con el hecho generador del impuesto establecido en el artículo 1.º, literal *A* del título 19 del TO de 1996.
4. La circunstancia de que ambas transferencias se realicen en una misma escritura complica la determinación de cuál de ellas constituye la primera transmisión. En este contexto, se comprende la posición de la Administración al extender la exoneración a ambos actos, evitando así la dificultad de definir cuál acto debe beneficiarse de la exoneración.

Escs. Valeria Benacedo, Fabiana Altez,
Graciela Flores y Ana Irabedra
Informantes

La Comisión de Derecho Tributario, integrada por los Escs. Fabiana Altez, Ana Clara Radice, Valeria Benacedo, Vanina Mangiarotti, Julia Sánchez, Mirta Sosa, Graciela Flores, Alejandro Echevarría y Ana Irabedra, aprueba el presente por unanimidad.

Escs. Fabiana Altez y Ana Irabedra
Coordinadoras alternas

*Informe aprobado por la Comisión Directiva Nacional de la AEU el 28.11.2023, expediente 2919/2023.*

# PROPIEDAD HORIZONTAL. ASAMBLEA DE COPROPIETARIOS. VOTO. REGLAMENTO DE COPROPIEDAD

Resumen

*Régimen de las mayorías en propiedad horizontal. De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 16 del decreto-ley 14.560, los quorums y mayorías en propiedad horizontal son de orden público. En consecuencia, el inciso final del artículo 18 de la ley 10.751 debe interpretarse en el sentido de que, en el reglamento de copropiedad del inmueble, para sesionar y resolver algunos casos, se exijan en la segunda citación las mismas mayorías que en la primera.*

Informe: Civil

## Consulta

### I. Relación de hechos

El edificio «XX» es un complejo compuesto por diferentes sectores. La copropiedad de dicho edificio se regula por las leyes de propiedad horizontal y, especialmente, por el reglamento de copropiedad, otorgado por una sociedad anónima el 28.12.1985.

El reglamento identifica en detalle los bienes propios y los comunes, y en estos últimos, además, los bienes comunes de uso exclusivo. Establece también las características de cada una de las unidades pertenecientes a cada uno de los sectores dentro del condominio, y en lo que interesa a la consulta:

*a*) las cuotas de dominio de cada unidad, es decir, las cuotas partes en los bienes comunes (capítulo sexto, art. 19);
*b*) en función de lo anterior, los valores porcentuales de cada unidad, en diez milésimas, a efectos de determinar la forma y modo en que los copropietarios deberán contribuir al pago de los gastos comunes (capítulo séptimo, art. 20);
*c*) la administración y gobierno del edificio, y, puntualmente, concerniente a la consulta, el carácter, integración, facultades y régimen de funcionamiento de las asambleas (capítulo noveno, art. 27 y ss.).

En particular, el artículo 29 regula expresamente, en el ordinal VI, lo relativo a derecho a voto en aquellas, y en el ordinal VII, lo referente al *quorum* para sesionar y tomar resoluciones legítimamente. Se transcribe de manera parcial el texto que interesa:

> **VI.** *Votos.* Los propietarios tendrán un voto por cada diezmilésima que le corresponda a su unidad, de acuerdo a lo establecido en este reglamento (artículo decimonoveno). **VII.** *Presidencia y quorum*. La mesa de la asam-

> blea general será constituida en cada oportunidad por un presidente y un secretario designados *ad-hoc*. En la primera convocatoria, la asamblea podrá sesionar con la presencia de la mayoría de los copropietarios que representen por lo menos las tres cuartas partes del valor fijado por la Dirección Nacional de Catastro, sin perjuicio de los casos especiales previstos por la ley. No obstante, si transcurrida una hora de la primera citación no se obtuviere el *quorum* referido, podrá sesionarse y adoptar resolución por los que concurren, por mayoría simple de presentes, fuere cual fuere la equivalencia con el valor catastral. En todos los casos, salvo en los que expresamente se haya previsto en la ley o en este reglamento una mayoría especial, las resoluciones se adoptarán por mayoría de votos, y si se produjere empate, el presidente de la asamblea tendrá doble voto […].

## II. Motivo de la consulta

Recientemente se han planteado dentro de la copropiedad diferencias en la aplicación del reglamento de copropiedad —por diferentes interpretaciones o lecturas— respecto a cómo deben computarse los votos de cada una de las unidades del edificio, en oportunidad de la celebración de asambleas. La discrepancia se concreta en la forma en que se debe realizar el cómputo de los votos para lograr las mayorías en las decisiones sobre cada uno de los puntos del orden del día con carácter general, es decir, dejando a salvo situaciones excepcionales en las que el reglamento establece un criterio especial.

Existen dos posturas. Una de ellas sostiene que cada unidad tiene derecho a un voto, independientemente de su superficie; es decir, una unidad equivale a un voto. La otra postura sostiene que la votación es por milésimas o, como se señala, por «capital»; bajo esta tesitura, el peso del voto estaría directamente relacionado con el peso del dominio, a la cuota de dominio que tiene cada unidad y, por ende, su titular.

La primera posición —una unidad, un voto— se fundamenta en la parte del artículo antes transcripto, que expresa: «[…] podrá sesionarse y adoptar resolución por los que concurren, por mayoría simple de presentes, fuere cual fuere la equivalencia con el valor catastral […]». La segunda posición sostiene que cada propietario tiene tantos votos como diezmilésimas le corresponden a su unidad, de acuerdo con el reglamento de copropiedad; se basa en el propio reglamento y en el sistema armónico establecido en sus artículos 19, 29 y 39.

## III. Opinión del consultante

El consultante entiende que se confunde la normativa referente al *quorum* para sesionar en asamblea, así como para adoptar resoluciones en oportunidad de una «segunda convocatoria», con la forma en que dispone el reglamento que deben contarse los votos producidos en la asamblea para

lograr las mayorías. Entiende que, no contradiciéndose la legislación de propiedad horizontal aplicable (ley 10.751 y decreto-ley 14.560), la que es residual, aplicable en defecto de previsión reglamentaria, corresponde tener presente el reglamento de copropiedad del edificio, el que contiene regulación específica sobre ese punto (obviamente, siempre que no se reglamente contra normas de orden público que dicha legislación contiene, que no es el caso en cuestión).

A esos efectos, el consultante sostiene que corresponde tener presente lo establecido principalmente en la cláusula decimonovena del reglamento, que establece las cuotas de dominio asignadas a cada unidad en milésimas y determina el peso del voto de cada unidad en el condominio según dicho criterio, y la cláusula vigesimonovena, ordinales VI y VII, así como el propio artículo 39.

Al respecto, el citado artículo 29, específicamente en su ordinal VII, que regula presidencia y *quorum* de asambleas, expresa: «No obstante, si transcurrida una hora de la primera citación no se obtuviere el *quorum* referido, podrá sesionarse y adoptar resolución por los que concurren, por mayoría simple de presentes, fuere cual fuere la equivalencia con el valor catastral». Esto, que es correcto para sesionar la asamblea así como para resolver válida y legítimamente —es decir, no tener en cuenta la equivalencia con el valor catastral—, no lo es para computar los votos de la asamblea. El propio numeral transcripto cierra con la siguiente expresión: «En todos los casos, salvo en los que expresamente se haya previsto en la ley o en este reglamento una mayoría especial, las resoluciones se adoptarán por mayoría de votos, y si se produjere empate, el presidente de la asamblea tendrá doble voto […]»; y el ordinal anterior del propio artículo 29, se dice: «**VI.** *Votos*. Los propietarios tendrán un voto por cada diezmilésima que le corresponda a su unidad, de acuerdo a lo establecido en este reglamento (artículo decimonoveno)».

De ningún modo puede extraerse que, si se sesiona en segunda convocatoria, el cómputo de los votos para tomar decisiones sobre los puntos del orden del día cambia de *cómputo por milésima* a *cómputo por unidad*. Las mayorías sin tener en cuenta el valor catastral se aplican para determinar si existe o no *quorum* para sesionar, no para computar los votos sobre los puntos del orden del día tratados y determinar si existe o no mayoría.

La opinión del consultante, basada en el texto del reglamento —tenor literal— y en su sistematización para el funcionamiento orgánico del edificio (arts. 19, 29 y 39), es que las decisiones de asamblea de todos los sectores —y las de cada uno de los sectores— se tomarán por cómputo de votos, y que cada unidad tiene tantos votos como diezmilésimas le correspondan; el criterio contrario se basa en sostener que el *quorum* para sesionar y el régimen de las mayorías son lo mismo, prácticamente, lo cual es erróneo. Por tanto, una vez alcanzado el *quorum* para sesionar en segunda convocatoria, el cómputo de los votos para lograr las mayorías sobre los puntos a considerar y resolver es en base a milésimas.

El régimen establecido en los artículos 19 y 29, de por sí claro, se ve reforzado por otra disposición reglamentaria, coherente con lo expuesto: el artículo 39. En efecto, este artículo faculta a los propietarios de determinadas unidades a transformar, subdividir o unificar dichas unidades en dos o más unidades independientes, o dos o más unidades en una sola, y sujeta su autorización al cumplimiento de varias condiciones. La número III dice textualmente:

> Los valores estimativos y porcentuales que se determinen para las nuevas unidades que resulten, así como la participación en los gastos comunes, no alterarán los asignados a los distintos sectores y unidades del edificio, y resultarán, para el caso de subdivisión, de absorber las nuevas unidades el valor porcentual que corresponde a la unidad subdividida y para el caso de unificación, de la suma de valores de las unidades unificadas. Igual criterio se seguirá para el cómputo de votos en las asambleas, con la especificación de que el voto numérico no será divisible y sí lo será el porcentual, en la proporción que lo hayan determinado los nuevos propietarios, con el tope de las sumas de sus porcentuales, que no podrá sobrepasar el que se asigna a la unidad subdividida en este reglamento. Para el caso de unificación, se sumarán los votos que correspondan a las unidades unificadas […].

El consultante solicita pronunciamiento de la AEU acerca del modo en que corresponde votar y tomar decisiones en las asambleas de la copropiedad, de acuerdo con la ley de propiedad horizontal y el reglamento de copropiedad del edificio.

## Informe de la Comisión de Derecho Civil

El decreto-ley 14.560, de 19 de agosto de 1976, introdujo modificaciones sustanciales a la ley 10.751, de 25 de junio de 1946, en lo referente a la administración de la propiedad horizontal. El referido decreto-ley, por su artículo 6.º, dio nueva redacción, entre otros, al artículo 18 de la ley 10.751, y dispuso:

> Los edificios de que trata esta ley, así como los que se incorporen o se hayan incorporado por cualquier sistema legal al régimen de propiedad horizontal, serán administrados por un administrador y la asamblea de propietarios. Esta podrá ser convocada por el administrador o por cualquiera de sus copropietarios, y la citación se hará personalmente o por el juzgado competente (artículo 32).
>
> Para reunirse y resolver válidamente será menester la concurrencia de la mayoría de los copropietarios que representaren por lo menos los 3/4 (tres cuartos) del valor del edificio fijado por la Dirección General del Catastro Nacional o quien haga sus veces.
>
> No obstante, si transcurrida una hora de la primera citación no se obtuviera el *quorum* referido, podrá sesionarse y adoptar resolución por los que concurran, por simple mayoría de presentes, fuere cual fuere la equivalencia

> con el valor del edificio, salvo en los casos en que la ley o el reglamento de copropiedad dispongan otra cosa.

Por otra parte, debe tenerse presente lo preceptuado por los artículos 16 y 17 del decreto-ley 14.560, los que nos permitimos transcribir:

> Artículo 16. Declárese que son de orden público los *quorums* y mayorías establecidos por los diversos regímenes que regulan la propiedad horizontal.
>
> Artículo 17. *Transitorio*. Las disposiciones de la presente ley que determinan *quorums* y mayorías se aplicarán a los condominios ya existentes, cualquiera fuesen las estipulaciones contractuales o de los reglamentos de la copropiedad, si los hubiera. Lo mismo será respecto a lo dispuesto en el inciso final del artículo 18 de la ley 10.751, de 25 de junio de 1946, sustituido por el artículo 6.º de la presente ley.

De las normas transcriptas resulta que:

*a*. En primera convocatoria, para reunirse y resolver válidamente, será menester la concurrencia de la mayoría de los copropietarios que representaren por lo menos los tres cuartos del valor del edificio, fijado por la hoy Dirección Nacional de Catastro.

*b*. Transcurrida una hora de la primera citación, si no se obtuviera el *quorum* referido, podrá sesionarse y adoptar resolución por los que concurran, por simple mayoría de presentes, fuere cual fuere la equivalencia con el valor del edificio, salvo los casos en los que la ley o el reglamento de copropiedad dispongan otra cosa.

El carácter de orden público establecido por el artículo 16 del decreto-ley 14.261 a los *quorums* y mayorías de las asambleas de propiedad horizontal determina que estos no pueden ser modificados por el reglamento de copropiedad. Enseña Coviello (1938: 15): «Las normas llamadas *de orden público* pueden ser de varias especies, según su contenido especial: llámanse *imperativas*, cuando prescriben que un hecho se ejecute; *prohibitivas*, cuando mandan que un hecho no se cumpla».

Asimismo, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 17 del referido decreto-ley, el régimen de *quorums* y mayorías se aplicará a los condominios —propiedades horizontales— ya existentes, cualesquiera fuesen las estipulaciones contractuales de los reglamentos de la copropiedad, si los hubiera; lo mismo será respecto a lo dispuesto en el inciso final del artículo 18 de la ley 10.751, sustituido por el artículo 6.º del mencionado decreto-ley. Por su parte, el último parágrafo del artículo 18 de la ley 10.751 actual establece, en segunda citación, la posibilidad de resolución por simple mayoría de presentes, *salvo los casos en que la ley o el reglamento de copropiedad dispongan otra cosa*. De la última disposición transcripta parecería que la ley admite que, por autonomía privada, se pueda disponer en el reglamento de copropiedad de manera diferente a la establecida por la ley en materia de *quorums* y mayorías.

Corresponde descartar liminarmente que pueda establecerse en el reglamento de copropiedad una forma diferente en materia de *quorums*

y mayorías a la dispuesta por la ley, dado el carácter de orden público ya referido. Por ello, no es válido lo dispuesto en el artículo 19 del reglamento de copropiedad a que refiere esta consulta, que asigna a los propietarios un voto por cada diezmilésima que les corresponde a sus unidades. La normativa vigente en materia de mayorías asigna, en todos los casos, un voto a cada copropietario (arts. 12, 13, 18, 22 y 23 de la ley 10.751). El análisis debe centrarse en la expresión de la norma referida que destacamos precedentemente («[…] salvo los casos en que la ley o el reglamento de copropiedad dispongan otra cosa»), que se expone a continuación.

En el subexámine es menester resolver cuál significado hace al caso respecto a esa expresión que luce en el último parágrafo del artículo 18 de la ley 10.751, en su redacción actual. Larenz (2001: 321 y ss.) expresa al respecto:

> ***b.*** *La conexión de significado de la ley.* […] Cuál de las múltiples variantes de significado que pueden corresponder a un término según el uso del lenguaje hace al caso cada vez; resulta por regla general, aunque no siempre con toda exactitud, del contexto en que es usado. La conexión de significado de la ley determina, en primer lugar, que se comprendan de la misma manera las frases y palabras individuales, como también, al contrario, la comprensión de un pasaje del texto es codeterminado por su contenido. Hasta aquí, no se trata de otra cosa que de la forma más simple del antes mencionado (en el cap. 1.3*b*) «círculo hermenéutico». Una ley consta, como hemos visto anteriormente (cap. 2.2), las más de las veces, de normas jurídicas incompletas —a saber: aclaratorias, restrictivas y remisivas— que solo juntamente con otras normas se complementan en una norma jurídica completa o se asocian en una regulación. El sentido de la norma jurídica particular solo se infiere, las más de las veces, cuando se le considera parte de la regulación a la que pertenece […]. Cuando la ley remite a otra disposición, se tiene que poner esta en relación para conseguir claridad acerca del alcance de la norma remisiva […]. Por encima de esta función general del contexto, fomentadora de la comprensión, la conexión de significado de la ley juega todavía un amplio papel en orden a su interpretación, con tal que pueda admitirse una *concordancia objetiva* entre los preceptos legales singulares. Entre varias interpretaciones posibles según el sentido literal, obtiene por ello preferencia aquella que posibilita la percepción de concordancia objetiva con otra disposición.

En un todo de acuerdo con lo expresado por Larenz, entendemos que la salvedad de la parte final del último parágrafo del artículo 18 de la ley 10.751, en su redacción actual, a propósito del referido carácter de orden público en materia de *quorums* y mayorías de las asambleas de propiedad, enerva la posibilidad de resolver, en segunda citación, por simple mayoría de presentes respecto a dos tipos de casos: *a*) aquellos en los que la ley exige mayorías especiales (a vía de ejemplo, en materia de sobreelevación; ley 10.751, art. 13), y *b*) aquellos en los que el reglamento de copropiedad determine que solo pueden resolverse de acuerdo a lo dispuesto por el segundo parágrafo del artículo 18 de la ley 10.751, esto es, por mayoría de

los copropietarios que representen por los menos los tres cuartos del valor del edificio, fijado por la Dirección Nacional de Catastro. Dado su carácter de orden público, sería contradictorio que la ley permitiera la actuación de la autonomía privada; asimismo, por el referido carácter de orden público, no es válida la disposición del reglamento de copropiedad que en caso de empate asigna doble voto al presidente de la asamblea.

## Conclusiones

1. De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 16 del decreto-ley 14.560, son de orden público los *quorums* y mayorías establecidos por los diversos regímenes que regulan la propiedad horizontal.
2. El artículo 17 del mencionado decreto-ley, por su parte, establece: «[…] Las disposiciones de la presente ley que determinan *quorums* y mayorías se aplicarán a los condominios ya existentes, cualesquiera fueren las estipulaciones contractuales o de los reglamentos de la copropiedad, si los hubiera. Lo mismo será respecto a lo dispuesto en el inciso final del artículo 18 de la ley 10.751, de 25 de junio de 1946, sustituido por el artículo 6.º de la presente ley».
3. La interpretación del parágrafo final del artículo 18 de la ley 10.751, en su redacción actual, en nuestra opinión, es la siguiente:
   *a*. Para los casos en que la ley exige *quorums* y mayorías especiales, no es posible resolver la cuestión en segunda citación por mayoría simple de presentes.
   *b*. La norma referida no permite la libre actuación de la autonomía privada de la asamblea de propietarios en segunda citación para los casos que establezca el reglamento de copropiedad. Por el contrario, la norma es restrictiva respecto a la posibilidad de resolver por simple mayoría de presentes los casos que se establezcan en el reglamento de copropiedad, los que, por tanto, deberán resolverse cumpliendo con el *quorum* y mayoría exigidos para la primera citación. Serían los casos no sujetos a *quorums* y mayorías especiales.
   *c*. Por el carácter de orden público dispuesto por la ley en la materia, no es válida la disposición del reglamento de copropiedad que, en caso de empate, asigna doble voto al presidente de la asamblea de propietarios.

Escs. Carlos Groisman y Roque Molla
Informantes

## Bibliografía referida

Coviello, Nicola (1938). *Doctrina general del derecho civil*, 4.ª ed. Ciudad de México: Unión Tipográfica Editorial Hispano-Americana.

Larenz, Karl (2001). *Metodología de la ciencia del derecho*, 2.ª ed. Barcelona: Ariel.

La Comisión de Derecho Civil aprueba el informe que antecede, con el voto conforme de los Escs. Fiorella Bernazquín, Américo Bianchi, Natali Bustelo, M.ª Inés Casatroja, Daniella Cianciarulo, Marcela de los Santos, Agustina Ferreira, Nicolás García Rodríguez, Alicia González Bilche, Carlos Groisman, José Pedro Illia, Adriana Inciarte, Mónica Jover, M.ª del Rosario Marchese, Francisco Mastropierro, Ana Lía Méndez, Roque Molla, Adriana Olmedo, Javier Parga, M.ª del Pilar Ramírez, Ana Realini, Patricia Rivas, Diego Séré, Adriana Silva, Gonzalo Trobo, M.ª Beatriz Vázquez, Carolina Vercellino y Juan Pablo Villar. En contra, los Escs. Gonzalo Trobo y M.ª Beatriz Vázquez. Se abstienen los Escs. Nicolás García Rodríguez, Javier Parga y Ana Realini.

Escs. Roque Molla y Juan Pablo Villar
Coordinadores

*Informe aprobado por la Comisión Directiva Nacional de la AEU el 12.12.2023, expediente 2779/2023.*

# DERECHO DE TRASMISIÓN. BIEN INMUEBLE. MUERTE. ESTUDIO DE TÍTULOS. SUCESIONES. MENSURA

Resumen

*Trasmisión por causa de muerte de bien inmueble reparcelado y enajenado en mayor área; bondad del título.*

Informe: Civil

## Consulta

### I. Relación de hechos

**1. Año 1911.** *Compraventa.* AO, casado con LL, adquirió por título compraventa y modo tradición una fracción de terreno —con las construcciones y demás mejoras que contiene— ubicada en Montevideo, empadronada con el n.º 0000, lo que resulta de la procedencia de la primera copia de partición de fecha 15.6.1933 que se relacionará.

**2. Año 1913.** *Sucesión de AO.* AO falleció el 10.4.1913, casado en primeas nupcias con LL. En su sucesión se incluyó el padrón 0000 relacionado en el numeral anterior (con la misma superficie: 370,2645 metros). Le sucedieron sus hijos legítimos, LOL, DOL, FOL, AOL y MOL, sin perjuicio de los derechos de la cónyuge supérstite, LL, lo que resulta de la procedencia de la primera copia de partición de fecha 15.6.1933 que se relacionará.

**3. Año 1933. 3.1.** *Partición* (15.6.1933). A AOL, casado con AG, se le adjudicó la fracción de terreno con construcciones empadronada con el n.º 0000, la que según plano del agrimensor JJ de noviembre de 1929, inscripto en Topografía el 5.6.1930, se señala con el n.º 3 y tiene una superficie de 370,2645 metros, según primera copia de escritura de división de los bienes quedados al fallecimiento de AO, autorizada el 15.6.1933 e inscripta, otorgada entre AOL (casado con AG), MOL (soltera; ambos, hijos legítimos de AO, fallecido) y la cónyuge supérstite LL.

**3.1.1.** De los antecedentes de dicha partición, relacionada en el numeral 3.1 que antecede, resulta que por escrituras de fechas 3.8.1929, 12.3.1930, 22.7.1930 y 15.6.1933, los copartientes LL, AOL y MOL adquirieron de los demás sucesores —LOL, DOL y FOL— sus derechos hereditarios. Cabe destacar que no se acompañan dichas escrituras ni resultan de los antecedentes dominiales presentados anotaciones en los títulos.

*Aclaración.* Hasta aquí se relaciona el proceso dominial del padrón 0000, el que consta de una superficie de 370,2645 metros, según plano de JJ inscripto en Catastro el 5.6.1930, y que fue adquirido por AOL: en par-

te, por modo sucesión de su padre, AO; en parte, por cesiones de derechos hereditarios de sus demás hermanos (no se conoce el estado civil de AOL cuando adquirió dichos derechos hereditarios), y en parte, por partición otorgada entre su madre (LL) y su hermana MOL (soltera).

**3.2.** *Compraventa* (16.11.1933). AOL, casado en únicas nupcias con AG, hubo por título compraventa y modo tradición una fracción de terreno y mejoras de forma triangular, parte de la propiedad empadronada con el número 1111, según plano levantado por el agrimensor BB en octubre de 1933, inscripto en Topografía con el n.º X el 7.11.1933, según el cual se compone de una superficie de 8,2800 metros, según escritura de venta autorizada el 16.11.1933, inscripta.

**4. Año 1988.** *Sucesión de AOL.* AOL falleció intestado el 16.10.1988, casado en únicas nupcias con AG. En esta sucesión se declararon únicos y universales herederos del causante sus hijas legítimas, AOG y GOG, sin perjuicio de los derechos de la cónyuge supérstite, AG, por sus gananciales, según certificado de resultancias de autos inscripto.

Manifiesta el consultante que en la relación de bienes se incluye por separado el padrón 0000 (con 370,2645 metros, según plano original del agrimensor JJ inscripto en 1930) y el padrón 1111 (parte con una superficie de 8,2800 metros); que la sucesión «se inscribe solo por el padrón 0000 (se supone que a la fecha, los 8,2800 metros ya estarían incorporados a este). Se aclara que no se inscribe por la parte del padrón 1111» (según resulta de la plancha de inscripción de dicha sucesión).

**5. Año 1992.** *Sucesión de AG.* AG falleció intestada, viuda de sus únicas nupcias con AOL. Herederas declaradas: AOG y GOG.

Manifiesta el consultante que en la relación de bienes «se incluye solo el padrón 0000, con una superficie de 370,2645 metros (plano original del agrimensor JJ de 1930), y no se menciona nada de los 8,2800 metros que eran parte del padrón 1111, que en ese entonces ya estarían incorporados al padrón 0000».

**6. Año 1996.** *Sucesión de AOG.* Manifiesta el consultante que «en el certificado de resultancias de autos se incluye el 50 % del padrón 0000, con una superficie de 378,5445 metros, sin mencionar plano, en tanto que en la certificación se relacionan las dos compras por separado y sin mencionar tampoco el plano por el que se describen». Se declara heredera su hija legítima, CMO.

**7. Año 2021.** *Sucesión de GOG.* Expresa el consultante que en el certificado de resultancias de autos, inscripto, «se incluye solo el número de padrón (0000), la sección judicial y el frente, en tanto que en la certificación se describe y se realiza la procedencia exclusivamente del padrón 0000 original, con una superficie de 370,2645 metros, y no se menciona nada de los 8,2800 metros incorporados posteriormente. Sin perjuicio de ello, en la cédula catastral figura la superficie de 378 metros». Se declaran herederos sus hijos legítimos: RDO, VDO, GDO y PDO.

**8. Año 2023.** Se levanta nuevo plano de mensura del padrón 0000, con una superficie de 378,1400 metros, el que se inscribe en Catastro. De él surgen como antecedentes dominiales las últimas dos sucesiones, y como antecedente gráfico, el plano de 1930 de JJ.

**9.** Según documento preliminar de fecha 13.12.2022, los propietarios se obligan a enajenar el padrón 0000, con 378,5400 metros.

## II. Consulta

Se consulta si es necesario ampliar y rectificar las sucesiones de AG, AOG y GOG, incluyendo la parte del padrón 1111 (8,2800 metros) o la superficie actual del padrón 0000; si debe realizarse el trámite de prescripción adquisitiva por los 8,2800 metros, o si la titulación no es observable.

## III. Opinión del consultante

Sostiene que no se tiene la fecha exacta en que se anexa la parte del padrón 1111 al padrón 0000, por no constar en la cédula catastral informada y ampliada (se presume que fue al poco tiempo de haber sido adquirido); en los planos de construcción de la época ya figura como padrón único. Según la resolución 24/1996 de Catastro, de 9 de mayo de 1996, la tolerancia admitida en área para planos de mensura es del 5 %; en este caso, la diferencia entre los planos es de 2,2 % (claramente inferior al 5 %). Finalmente, considera que la titulación no es observable, debido a que está dentro del margen establecido en la resolución de la Dirección Nacional de Catastro. Para el caso de que no se considere dicho aspecto, entiende que ya operó por sí la prescripción como modo de adquirir, por lo que no es necesario tramitarla judicialmente; dicho trámite tiene naturaleza meramente declarativa, por lo que no constituye derecho alguno (simplemente declarar la preexistencia de uno). En consecuencia, tampoco es preciso rectificar/ampliar las sucesiones de AG, AOG y GOG, por lo que la titulación relacionada no es observable.

### Informe de la Comisión de Derecho Civil

El punto consultado es:

— si es necesario ampliar y rectificar las sucesiones de AG (1992), AOG (1996) y GOG (2021), incluyendo la parte del padrón 1111 (8,2800 metros) o la superficie actual del 0000 (378,5400 metros);
— si debe realizarse el trámite de prescripción adquisitiva por los 8,2800 metros;
— si la titulación es observable.

En el caso planteado, se trata de determinar si en la traslación dominial del padrón 0000 estaba o no comprendida la superficie del padrón 1111,

esto es, qué se trasmitió por causa de muerte en cada sucesión. Para determinar precisamente el tema en consulta, se dividirá el informe en los siguientes capítulos: I) Naturaleza jurídica de los bienes transmitidos; II) Normas sobre planos de mensura vigentes en las fechas de trasmisión sucesoria; III) Contenido del certificado de resultancias de autos en materia sucesoria; IV) Resumen, y V) Conclusión.

## I. Naturaleza jurídica de los bienes transmitidos

### 1. Padrón 0000

Conforme se desprende del proceso dominial, cuando AOL adquiere dicho bien por escritura de división el 15.6.1933, lo hace estando casado con AG. En los antecedentes de la partición se expresa que los copartientes hubieron parte de los bienes que se les adjudican por modo sucesión, y parte, de los demás coherederos; pero no se menciona el estado civil de AOL (uno de los adquirentes de dichos derechos en las distintas cesiones de derechos hereditarios y posterior adjudicatario del bien). Lo dicho se afirma tanto en el entendido de que la parte adquirida por AOL en las cesiones de derechos hereditarios de sus hermanos haya sido propia —si él hubiera sido soltero— o presumiendo su ganancialidad.

En 1988, cuando AOL fallece, trasmite por modo sucesión a sus herederos dicho padrón con la configuración y deslinde como lo tenía cuando lo adquirió (370,2654 metros). Su sucesión se inscribe por dicho padrón únicamente. Posteriormente, en 1992, falleció AG, cónyuge supérstite de AOL. En la relación de bienes se incluye este padrón (0000); erróneamente, no se incluye el padrón 1111, que sin dudas era de naturaleza ganancial. A ambos causantes le sucedieron sus hijas legítimas, AOG y LOG.

En 1996 falleció AOG, quien trasmitió a su hija legitima, CMO, el 50 % indiviso del padrón 0000 de referencia, con una superficie de 378,5445 metros. En 2021 falleció GOG, quien trasmitió a sus hijos, RDO, VDO, GDO y PDO, el 50 % indiviso del padrón 0000 referido, con su superficie original de 370,2654 metros, pero de la cédula catastral ya surgía la superficie de 378 metros.

Debemos tener presente que en 1933, cuando AOL adquiere el padrón 0000, este tenía una superficie de 370,2645 metros, área que mantuvo en la sucesión de AG, su cónyuge supérstite, en 1992, y en la trasmisión sucesoria de una de sus hijas legítimas, GOG, en 2021; pero no en la sucesión de su otra hija legítima, AOG, en 1996, cuando se consigna una superficie de 378,5445 metros.

### 2. Padrón 1111

Este padrón fue adquirido por AOL, casado en únicas nupcias con AG, por título compraventa y modo tradición el 16.11.1933. Su superficie era

de 8,2800 metros. Dicho bien posee naturaleza ganancial: fue adquirido a título oneroso, por modo tradición, durante la vigencia de la sociedad conyugal, bajo las disposiciones del artículo 1955 del Código Civil.

En 1988, cuando AOL fallece, trasmite por modo sucesión a sus herederos el 50 % indiviso de dicho padrón, con la configuración y el deslinde como lo tenía cuando lo adquirió (8,2800 metros). En 1992 falleció su cónyuge supérstite, AG, quien también trasmite el 50 % indiviso de este padrón; pero en la relación de bienes *no* se incluyó este padrón 1111. A ambos causantes le sucedieron sus hijas legítimas, AOG y GOG.

En 1996 falleció AOG, y no se incluye el padrón de referencia. En 2021 falleció GOG, y tampoco se incluye el padrón referido, pero ya surge de la cédula catastral la superficie de 378 metros.

Tengamos presente que en 1933, cuando AOL, casado con AG, adquiere el padrón 1111, este tenía una superficie de 8,2800 metros, área que mantuvo hasta su sucesión, en 1988, cuando se consigna esa misma superficie. Posteriormente, no se incluyó más como parte de padrón en mayor área, pues entendemos que se ha verificado el reparcelamiento, conforme se dirá.

¿Qué sucedió que justifique este cambio de superficie en el padrón 0000 y la no inclusión del padrón 1111, parte en mayor área? Entendemos que, conforme resulta de la ley 16.462, de 11 de enero de 1994 (art. 85),[65] no se admitió más la actuación con referencia a solares o fracciones en mayor área: debió adjudicarse a cada uno un número de padrón independiente. Por tanto, consideramos que se practicó un reparcelamiento, y que la Dirección Nacional de Catastro, de oficio, en cumplimiento de lo ordenado por el artículo 2.º del decreto 148/994, de 14 de abril de 1994,[66] incorporó

65 Ley 16.462, artículo 85: «El Registro Nacional de la Propiedad no inscribirá los instrumentos que se presenten en sus secciones correspondientes por los que se reconozca, modifique, transfiera, declare o extinga el dominio sobre bienes inmuebles, el usufructo, uso, habitación, servidumbre y cualquier desmembramiento del dominio, así como las promesas de compraventa sobre los mismos que refieran a solares o fracciones de padrones en mayor área. [=] Solo se procederá a la inscripción en caso de que la Dirección General del Catastro Nacional y Administración de Inmuebles del Estado deje constancia por escrito de que no es posible el empadronamiento individual. [=] En todo caso en que se verifique mutación del número del padrón, deberá consignarse en la cédula catastral correspondiente, así como en los instrumentos respectivos, la referencia al número de padrón anterior. [=] Simultáneamente a la inscripción de un plano de fraccionamiento o reparcelamiento, la Dirección General del Catastro Nacional y Administración de Inmuebles del Estado procederá preceptivamente a adjudicar a cada solar o fracción su correspondiente número de padrón. [=] Se exceptúa de lo dispuesto en el presente artículo a los instrumentos relativos a arrendamientos, expropiación, compraventa, cesiones de áreas u otro negocio jurídico que refiera a predios o fracciones de estos cuyo destino sea el uso público o privado del Estado. [=] En este caso, el escribano actuante deberá dejar constancia del destino en el instrumento a inscribir».

66 Decreto 148/994, artículo 2.º: «El Registro de la Propiedad Inmueble no inscribirá los actos y negocios jurídicos relativos a bienes empadronados en mayor área, salvo que la Dirección General de Catastro Nacional exprese por escrito que no es posible el empadronamiento individual. De esta circunstancia dejará constancia el escribano interviniente en el instrumento respectivo. [=] En todo caso en que se verifique mutación del número

el área de 8,2800 metros del padrón lindero 1111 al padrón 0000, cuyos titulares dominiales a dicha fecha eran las hermanas AOG y GOG.

El decreto 318/995, de 9 de agosto de 1995, en su capítulo II («De los planos de mensura»), artículo 10 («Clasificación de los planos de mensura»), define el *reparcelamiento* y cita expresamente: «*Reparcelamiento*. Corresponde a la modificación de los límites entre dos o más parcelas contiguas, del mismo o distintos propietarios, identificadas conjunta o separadamente, sin aumentar el número total de unidades inmuebles catastrales». Esta es la razón por la cual el padrón 0000 aumentó su superficie de 370,4525 a 378,5445 metros, reparcelamiento mediante el cual se modificaron los límites de ambos padrones —0000 (con una superficie de 370,2645 metros) y 1111 (con una superficie de 8,2800 metros)— contiguos de las mismas dueñas y no se aumentó el número de inmuebles, y pasaron a tomar ambos el número de padrón 0000 —el de mayor superficie—, el que consta a partir de dicho procedimiento de una superficie de 378,5445 metros. Ello también justifica la no inclusión en los procesos sucesorios de AOG, en 1996, cuando se incluye el padrón 0000 con la superficie de 378,5445 metros, y de GOG, en 2021, cuando se incluye solo el padrón 0000 con su superficie original, pero ya surge de la cédula catastral la superficie de 378 metros.

En 1988, cuando AOL fallece, trasmite por modo sucesión a sus herederos dicho padrón, con la configuración y el deslinde como lo tenía su causante —su padre (AO)— en 1911, y como cuando lo adquirió él, en 1933. Posteriormente, en 1992, falleció AG, la cónyuge supérstite, y en la relación de bienes se incluye este padrón. A ambos causantes le sucedieron sus hijas legítimas, AOG y GOG.

En 1996 falleció AOG, quien trasmitió a su hija legitima, CMO, el 50 % indiviso del padrón de referencia. En 2021 falleció GOG, quien trasmitió a sus hijos, RDO, VDO, GDO y PDO, el 50 % indiviso del padrón referido.

Debemos tener presente especialmente que en 1933, cuando AOL adquiere el padrón, este tenía una superficie de 370,2645 metros, área que mantuvo hasta la trasmisión sucesoria en 1996, cuando se consigna una superficie de 378,5445 metros.

## II. Normas sobre planos de mensura vigentes en las fechas de trasmisión sucesoria

Las sucesiones integrantes del proceso dominial de los padrones 0000 y 1111 se producen en los años 1988 (cuando fallece AOL), 1992 (cuando fallece su cónyuge supérstite, AG), 1996 (cuando fallece AOG) y 2021 (cuando fallece GOG). Como precisión previa, en el estudio de títulos no solamente debe estudiarse la validez y eficacia de cada una de las trasmisiones, sino

de padrón, deberá consignarse en el instrumento respectivo la referencia al número de padrón anterior».

también que estas se refieran al objeto concreto y específico que una de las partes desea transferir y la otra adquirir, y que deberá coincidir.

Desde 1988 (sucesión de AO) y hasta 1994 (la sucesión de AG fue en 1992), era permitido actuar con solares o fracciones en mayor área sin obtener para ellos un número de padrón independiente: regían las leyes 10.723 y 10.866. Por tanto, la inclusión de los padrones 0000 y 1111 parte en mayor área en la relación de bienes en la sucesión de AO es correcta, al igual que en la sucesión de AG el padrón 0000.

A partir de 1994, con la sanción de la ley 16.462 (art. 85) y el decreto 148/994, ya no es posible actuar con solares o fracciones en mayor área sin padrón independiente, razón por la cual en las sucesiones de AOG (1996) y de GOG (2021), reparcelamiento mediante, no se mencionó ni se incluyó parte del padrón 1111 en mayor área.

## III. Contenido del certificado de resultancias de autos en materia sucesoria

Sabido es que una vez tramitado y culminado el proceso sucesorio, debe expedirse el certificado de resultancias de autos, el que contiene un resumen del trámite judicial y los bienes de trasmisión sucesoria con aptitud registral para su presentación ante el Registro respectivo. A él se refiere el artículo 415.1, numeral 2.º del Código General del Proceso.[67]

¿Qué sucede si no se incluyó un bien en la relación de bienes del causante y este no se refleja en dicho certificado (haya sido inscripto o no)? Debe ampliarse dicha relación de bienes e incluir el bien, y luego expedir un nuevo certificado de resultancias de autos para su posterior inscripción registral. Pero esto no quiere decir que si el bien no se incluye en la relación de bienes del causante, la trasmisión de los derechos no se verifique. La trasmisión se produce por el modo de adquirir sucesión por causa de muerte (C. Civil, art. 705), independientemente del proceso sucesorio. En consecuencia, del juego del artículo 415 del Código General del Proceso y de los artículos 54[68]

67 Código General del Proceso, artículo 415: «*Intervención del Ministerio Público.* **415.1.** Transcurridos veinte días luego de la última publicación de los edictos, los interesados justificarán la publicación, y si no se hubiere expuesto antes, indicarán por escrito: 1) Nombre de las personas llamadas a heredar, con los testimonios de las partidas del Estado Civil que correspondan. 2) La relación de todos los bienes del causante que los interesados quieran formular, la cual se hará constar en el certificado de resultancias de autos. En todo caso, será obligatorio incluir, al menos, los bienes cuyos actos de transferencia se inscriban en los Registros públicos, los que, en tal caso, procederán a inscribir dicho certificado. 3) Si así lo hubieran acordado, el proyecto de partición de la herencia. De dicha exposición se dará vista al Ministerio Público».

68 Ley 16.871, artículo 54: «(*Efectos de la publicidad*). Los actos, negocios jurídicos y decisiones de las autoridades competentes que se registren conforme a la presente ley serán oponibles respecto de terceros a partir de la presentación al Registro, excepto lo dispuesto en el artículo siguiente. [=] Se exceptúan de la disposición anterior los actos declarativos retroactivos cuyos efectos frente a terceros estén determinados por la legislación vigente.

y 57[69] de la ley 16.871 (Ley de Registros), debe concluirse que cuando se va a disponer, enajenación mediante, de un bien inmueble habido por modo sucesorio, es necesario contar con la tramitación de la sucesión, obtener el certificado de resultancias de autos e inscribirlo, para, de esa manera, como último titular registral inscripto, poder cumplir con el tracto sucesivo y acceder al sistema registral.[70]

## IV. Resumen

— A AO se le adjudicó el padrón 0000, que inicialmente poseía una superficie de 370,2645 metros. Haya sido este bien de naturaleza propia o ganancial del adquirente, se arribará a una misma conclusión.
— Posteriormente, AO, casado con AG, adquirió parte del padrón 1111 (8,2500 metros; bien ganancial).
— Acaecido el fallecimiento de AO y AG —en 1988 y 1992, respectivamente—, cada causante trasmitió a sus herederos, por modo sucesión, lo que tenía en su patrimonio, aunque en la sucesión de su hija AOG no se haya incluido la mitad ganancial del padrón 1111.
— Posteriormente, fallecen las sucesoras de ambos causantes, AOG en 1996 y GOG en 2021, y trasmiten a sus sucesores lo que ambas tenían en sus patrimonios. Se incluye en la sucesión de la primera el padrón 0000, con la superficie total de 378,5445 metros, y en la sucesión de la segunda, el mismo padrón, pero con su superficie original.
— En 2023 se confecciona un nuevo plano del padrón 0000, con una superficie total de 378,1400 metros (los 370,2545 metros del padrón original más los 8,2500 metros de parte del padrón 1111).

---

[=] Entre las partes y sus sucesores a título universal, la tradición de los derechos producirá sus efectos desde que quede consumada en forma real o ficta. [=] La inscripción se hará por orden de presentación de los actos y contratos registrables, y sus efectos retrotraerán a la fecha y hora del asiento de presentación, sin perjuicio de la retroprioridad establecida para las operaciones protegidas por la reserva de prioridad. Habiendo caducado el plazo de la misma, o si se presentara el acto sin obtener previamente la reserva, los efectos de la registración frente a terceros se contarán desde la inscripción. [=] La inscripción determinará además, en los casos en que así esté dispuesto, el nacimiento del respectivo derecho real, de acuerdo con lo que establece la legislación vigente».

69 Ley 16.871, artículo 57: «(*Tracto sucesivo*). No se inscribirá acto alguno que implique matriculación en el que aparezca como titular del derecho que se transfiere, modifica o afecta una persona distinta de la que figure en la inscripción precedente, salvo que el disponente se encontrare legitimado, o estuviere facultado para disponer de cosa ajena, o así lo mande el juez competente. [=] A partir de dicha inscripción, de los asientos en cada ficha especial deberá resultar el perfecto encadenamiento del titular inscrito y demás derechos registrados, así como la correlación entre las inscripciones y sus modificaciones, cancelaciones o extinciones. [=] En caso contrario, el Registrador podrá denegar o inscribir provisoriamente hasta que se subsane la omisión. El Registro denegará la inscripción en el caso de que el bien carezca de padrón».

70 En la revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay (2014: 328) se ha expresado: «[…] la doctrina ha reconocido a la declaratoria de herederos al menos un valor presuncional de veracidad».

## V. Conclusión

— El título de propiedad del padrón 0000, con su actual configuración y deslinde, no es observable.
— No es necesario ampliar y rectificar las sucesiones de AG, AOG y GOG incluyendo la parte del padrón 1111, pues en el primer caso (AG, año 1992), trasmitió lo que tenía en su patrimonio, y dicha transmisión operó por modo sucesión, independientemente de su inclusión o no en la relación de bienes; en el segundo y tercer caso (AOG, año 1996; GOG, año 2021), el padrón 1111, como consecuencia del reparcelamiento, ya formaba parte del padrón 0000 y no poseía más existencia material independiente.
— Las diferencias padecidas en las relaciones de bienes de los certificados de resultancias de autos pueden aclararse agregando en cada expediente sucesorio un certificado notarial acreditando la situación de los inmuebles.

Escs. José Pedro Illia y Ana Realini
Informantes

### Bibliografía referida

Asociación de Escribanos del Uruguay (2014). Comisión de Derecho Civil (informante: Juan Pablo Villar). «Derecho de trasmisión. Sucesiones. Principio de tracto sucesivo. Certificado de resultancias de autos». En *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, tomo 100, n.º 1-12 (ene.-dic.), pp. 312-333.

La Comisión de Derecho Civil aprueba el informe que antecede, con el voto conforme de los Escs. Marcela Aldana, Karen Bonner, Analía Cánepa, Javier Carneiro, Daniella Cianciarulo, M.ª Laura Conde, Marcela de los Santos, Stefanía Della Mea, Gustavo Echavarría, Priscila Ferreira, Agustina Ferreira, Nicolás García Rodríguez, José Illia, Ana Irabedra, M.ª del Rosario Marchese, M.ª Valentina Martínez, Francisco Mastropierro, Ana Lía Méndez, Roque Molla, Javier Parga, M.ª Alejandra Portillo, M.ª del Pilar Ramírez, Ana Realini, Patricia Rivas, Diego Séré, Adriana Silva, M.ª Beatriz Vázquez y Juan Pablo Villar.

Escs. Roque Molla y Juan Pablo Villar
Coordinadores

*Informe aprobado por la Comisión Directiva Nacional de la AEU el 12.12.2023, expediente 2849/2023.*

PAGA POR ENTREGA DE BIENES. ACREEDOR

Informe: Civil

Consulta

## I. Hechos

**1.** Resulta del documento privado suscrito el 20.7.2015 que la sociedad de responsabilidad limitada ZZ S. R. L. se obligó a construir en el inmueble padrón 0000 de Montevideo, bajo el régimen de propiedad horizontal de la ley 10.751, un edificio compuesto de cinco unidades, de acuerdo con planos y memorias que se suscribieron simultáneamente. El precio total de la obra lo constituyó la suma de USD 700.000; los titulares del inmueble donde se construiría el edificio se obligaron a abonar por paga por entrega de bienes dos unidades integrantes del edificio a favor de la acreedora ZZ S. R. L. o de quien esta designe.

**2.** Por acuerdo transaccional de fecha 1.12.2017, los socios de ZZ S. R. L., los señores XX e YY, resolvieron desvincularse de su relación comercial. En virtud de esa circunstancia, resulta del numeral 3.3.4 de dicho acuerdo que respecto de la construcción efectuada en el padrón 0000, de propiedad de los cónyuges AA y BB, la sociedad constructora ZZ S. R. L. «cedía» a favor de XX o de quien este designe, sin contraprestación alguna, el derecho a que se le adjudiquen las unidades del edificio 002 y 101; los propietarios del inmueble quedaban con las unidades 001, 003 y 102.

**3.** Una vez obtenida la habilitación final en régimen de propiedad horizontal del edificio, XX designó a su esposa, MM, como la persona a favor de quien debería otorgarse la paga por entrega de bienes de las referidas unidades como forma de cancelar la deuda de USD 700.000 por la construcción del edificio.

## II. Consulta

Ante el requerimiento de otorgamiento de la paga por entrega de bienes a los efectos de extinguir la deuda generada con ZZ S. R. L., de conformidad con las disposiciones de los artículos 1490 y siguientes del Código Civil, la profesional asesora de los propietarios del inmueble donde se efectuó la construcción manifestó su negativa a dicho otorgamiento, pues consideró que, en función de lo dispuesto por el artículo 1657 del Código Civil, dicho negocio podía ser considerado comprendido en la prohibición de «donación entre cónyuges», dada la existencia de una cesión a título gratuito de XX en favor de su esposa.

## Informe de la Comisión de Derecho Civil

Peirano Facio, luego de explicitar lo dispuesto por el artículo 1453 del Código Civil —el pago al acreedor o a la persona que lo represente (inc. 1.º) y la situación del acreedor que ratifica la paga o saca provecho de ella (inc. 2.º)—, respecto del acreedor que saca provecho del pago, expresa (1974: 46 y ss.):

> El segundo caso en el cual el pago hecho a persona que no es el acreedor o su representante se reputa válido se da cuando el acreedor saca provecho del pago (art. 1453, inc. 2.º): el acreedor no ratifica o confirma acá el cobro realizado por un tercero, sino que saca provecho del mismo. ¿Cuál es el fundamento de esta excepción? El fundamento obviamente radica en la equidad. ¿Qué se entiende por «sacar provecho del pago»? […] Basta que, de cualquier modo, la cosa entre en el patrimonio del acreedor para que se entienda que el pago es válido.

En el caso, obviamente, no se trata de que las unidades ingresarán en su patrimonio, sino que la atribución patrimonial se verificará en el patrimonio de la persona que, en función de los documentos suscritos, fue designada a esos efectos. El ingreso de dichas unidades al patrimonio de MM posibilitará que, simultáneamente, se verifique la cancelación de la deuda que por la suma de USD 700.000 se debía a la sociedad constructora, lo que permite visualizar el provecho de dicho pago. Al respecto, expresa el distinguido civilista argentino Ernesto Wayar (1990: 312 y ss.):

> Lo primero que cabe actualizar es el origen de la designación del tercero. ¿Debe provenir, necesariamente, de un acuerdo entre acreedor y deudor? Varias razones invitan a señalar que no:
>
> 1. La ley no exige que haya un acuerdo […].
> 2. Las legislaciones modernas, cuando se refieren a esta hipótesis, hablan de «la persona indicada por el acreedor» —v. gr., el artículo 1188 del código italiano, de 1942; el artículo 1224 del código peruano, de 1984; el artículo 770, inciso *a* del código portugués, de 1966—, lo que demuestra que para el derecho actual, la indicación del tercero debe provenir del acreedor.
> 3. El deudor estará protegido siempre que se le reconozca validez al pago que efectúe, sea que haya estado destinado al propio acreedor o a un tercero. Por tanto, cuando el acreedor le notifique que debe pagarle a un tercero, ese pago tendrá fuerza cancelatoria por propia decisión del acreedor […].
>
> Por fin, debe quedar claro que el tercero designado cobra para sí, es decir, en provecho propio, y no por cuenta del acreedor. Esta particularidad también resulta de la propia ley; si el tercero cobrara para el acreedor, actuaría como su representante […], por lo cual no tendría sentido que el código lo reiterara en otro inciso del mismo texto.

> Recogiendo las notas anteriores, se puede sostener que el «tercero indicado» […] es la persona ajena a la obligación a la cual el acreedor ha designado para recibir el pago y aprovecharlo para sí. Una vez que la designación ha sido notificada al deudor, se torna irrevocable, y este no puede pagarle a otro que no sea el designado […].
>
> Ejerce un derecho propio, que le ha sido dado por el acreedor […]. Se trata de un derecho abstracto; es decir, su ejercicio se independiza de las vicisitudes —o no está condicionado por ellas— que pueda sufrir la relación subyacente entre el acreedor y el tercero […].
>
> Cuando se dice que es un derecho abstracto se quiere significar que la relación del acreedor con el tercero no influye sobre la calidad de habilitado que este reviste ni impide el ejercicio de su derecho como beneficiario del pago. Así, v. gr., Cayo es acreedor de Ticio y decide designar a Mevio para que reciba el pago; la designación puede obedecer al hecho de que Cayo es, a su vez, deudor de Mevio, o bien al simple deseo de Cayo de beneficiar a Mevio, o, en fin, a cualquier otra causa. Por ser abstracto el derecho de Mevio, se independiza de esa causa, cuyas vicisitudes no podrán serle opuestas.
>
> El pago al tercero designado supone la concurrencia de dos requisitos: 1) que la designación haya sido aceptada por este, y 2) que ella haya sido notificada al deudor en forma fehaciente. Cumplidos estos dos requisitos, el derecho del tercero queda perfeccionado y consolidado.
>
> En suma: el tercero designado tiene el derecho propio y abstracto de convertirse en beneficiario del pago.

Carnelli marca como elementos identificadores de la *estipulación* o *contrato por persona a designar* los siguientes (1975: 182 y ss.):

a) una relación jurídica ya perfeccionada entre dos sujetos;
b) un derecho conferido a uno o ambos contratantes de excluirse de la titularidad de la misma mediante la designación de un tercero;
c) el ingreso del elegido en aquella relación desde su aceptación;

El autor nos señala que son presupuestos de la figura estudiada los siguientes (1975: 189):

1) Que el contrato entre promitente y estipulante contenga la atribución a uno o ambos contratantes de la facultad de elegir al tercero, mediante pacto expreso […].
2) La *electio omici* debe ser *rebus integris*, es decir, debe ser la pura y simple indicación del tercero elegido.
3) Respecto de la formalidad de la elección, desde que se trata de una declaración de voluntad recepticia, para producir sus efectos es necesario el conocimiento del promitente […], de modo que recién con el conocimiento del prometiente de la elección del tercero por el estipulante se resolvería el primer negocio.
4) La aceptación del elegido debe, en cuanto volición conformadora de un segundo contrato, ajustarse a la forma requerida por la ley para el negocio a que va a dar lugar, de modo que si se tratara de una compraventa de inmueble, debe exteriorizarse la voluntad de aceptar en escritura pública […].

El resultado final que persigue esta categoría jurídica es la trasmisión indirecta de un bien, la sustitución del titular de un derecho por otro de su confianza, elegido por él, sin que haya transferencia directa de derechos de él al elegido.

Por lo expuesto, se concluye que:

— El acuerdo por el cual se posibilitó que MM haya sido designada por XX como beneficiaria del pago por entrega de bienes que deben efectuarle los propietarios del inmueble donde se desarrolló la construcción —AA y BB— provoca automáticamente la cancelación de la deuda de USD 700.000 generada por la construcción del edificio.
— Resulta irrelevante —y ajena al ámbito de aplicación del artículo 1657 del Código Civil— la designación de MM por XX para resultar adjudicataria.
— La designación referida, por tener el carácter de abstracta, impide la suspicacia de considerarla un negocio simulado por la sola relación existente entre XX y MM.

Esc. Carlos Groisman
Informante

## Bibliografía referida

CARNELLI, Santiago (1975). «Contrato por persona a designar». En *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, tomo V. Montevideo: Martín Bianchi Altuna.

PEIRANO FACIO, Jorge (1974). *Curso de obligaciones*, tomo VI. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.

WAYAR, Ernesto C. (1990). *Derecho civil. Obligaciones*, tomo I. Buenos Aires: Depalma.

La Comisión de Derecho Civil, integrada por los Escs. Marcela Aldana, Juan Pablo Alonso, Fiorella Bernazquín, Américo Bianchi, Daniella Cianciarulo, Marcela de los Santos, Gustavo Echavarría, Agustina Ferreira, Nicolás García Rodríguez, Carlos Groisman, M.ª del Rosario Marchese, Roque Molla, Adriana Olmedo, Alejandra Portillo, M.ª del Pilar Ramírez, Ana Realini, Patricia Rivas y Diego Séré, aprueba el informe que antecede.

## Nota del Esc. Juan Pablo Villar

El Esc. Juan Pablo Villar considera que la deudora puede proceder a efectuar la paga por entrega de bienes a favor de la persona elegida a pesar de que sea cónyuge del estipulante, pero por diferentes argumentos a los expresados en el informe realizado por el Esc. Carlos Groisman. Estos argumentos son:

- Nos encontramos ante un acuerdo por persona a designar, en el que se distinguen tres sujetos: 1) *prometiente* (sujeto pasivo de la relación obligatoria), 2) *estipulante* (sujeto activo provisorio de la relación obligatoria que puede convertirse en sujeto activo definitivo o elegir que se cumpla a favor de otra persona) y 3) *elegido* (sujeto activo final de la relación obligatoria).
- El prometiente cumple su obligación al realizar la prestación debida a favor de la persona que el estipulante elija, con independencia de las relaciones internas entre estipulante y elegido.
- Las causas por las que el estipulante selecciona al elegido pueden ser muy variadas. A vía de ejemplo: generar un crédito que luego cobrará; generar un crédito y compensar una deuda previa; existir una relación interna de representación indirecta; efectuar una liberalidad indirecta, etcétera.
- La causa por la cual se efectúa la elección puede, eventualmente, ser lícita o ilícita, lo que repercute en las relaciones internas entre estipulante y elegido. Aunque la causa de la elección no se exprese, se presume que existe y que es lícita mientras el deudor no pruebe lo contrario (C. Civil, art. 1290). Esta presunción rige, a mi entender, aunque el elegido sea el cónyuge del estipulante.
- El elegido, una vez que acepta, se encuentra en posesión del crédito. El prometiente tiene derecho a presumir que la causa de la elección existió y es lícita —en el caso, que no se trata de una liberalidad indirecta—, y, por lo tanto, tiene buena fe, salvo que se demuestre judicialmente lo contrario.
- El prometiente paga de buena fe al elegido en su calidad de poseedor del crédito. Dicho pago es válido aunque el poseedor sufra después evicción (C. Civil, art. 1455); es decir, que el prometiente queda liberado de su obligación al pagar al elegido con independencia de las vicisitudes que puedan ocurrir por las relaciones internas entre estipulante y elegido.
- Una vez que el prometiente realiza la paga por entrega de bienes al elegido, este adquiere la propiedad del bien y puede enajenarlo.
- Las relaciones internas entre estipulante y elegido tampoco afectan a los terceros de buena fe a título oneroso que adquieran el bien del elegido, pues, de pretenderse que el pago no debía hacerse al elegido por existir una causa ilícita en la elección, el pago indebido no faculta

para perseguir a dicho tercero (C. Civil, art. 1318), quien mantendrá la propiedad del bien.

Esc. Juan Pablo Villar
Informante

Las Escs. M.ª Inés Casatroja, Valentina Martínez Jaime y M.ª Beatriz Vázquez adhieren a la nota del Esc. Juan Pablo Villar.

Escs. Roque Molla y Juan Pablo Villar
Coordinadores

*Informe aprobado por la Comisión Directiva Nacional de la AEU el 12.12.2023, expediente 2857/2023.*

## CONVENIO PARTICIONARIO. PARTICIÓN. RESPONSABILIDAD DEL PROFESIONAL. BIEN INMUEBLE. SOCIEDAD COMERCIAL. ACCIONES

Resumen

*Bienes que integran el activo a repartir en una partición; responsabilidad del escribano que certifica las firmas en el contenido del documento. Se consulta sobre si la representante de la sociedad anónima podría, en otro acto jurídico celebrado el mismo día de la partición, transferirle los inmuebles propiedad de la sociedad anónima al heredero para cumplir con el acuerdo particional.*

Informes: Civil, Comercial y Notarial

Consulta

### I. Hechos

**18.6.2012.** Fallece LFM, casado con ZEA, bajo las disposiciones del testamento solemne abierto otorgado el 10.12.2004 por el que instituyó única y universal heredera en la parte de libre disposición, y sin perjuicio de las

asignaciones forzosas, a su cónyuge, ZEA. Se formula relación de bienes, en la que se incluyen los siguientes, de naturaleza ganancial: padrón 1001 de la ciudad de Rocha; padrones rurales 1002, 1003, 1004 (nueve décimas partes) y 1005 del paraje India Muerta; padrones rurales 1006 y 1007 del paraje La Yeguada; padrones 1008, 1009, 1010, 1011, 1012, 1013, 1014, 1015, 1016 y 1017 del balneario La Aguada; derechos hereditarios en la sucesión de AMR; derechos posesorios o de cualquier otra naturaleza respecto al padrón 1018 de La Aguada, y la totalidad del paquete accionario de la sociedad anónima «T».

Por autos n.º …/2015, dictado el 16.9.2015, y n.º …/2015, dictado el 21.9.2015, se declararon únicos y universales herederos del causante (LFM) a sus hijos FLFA y GFA —esta última, bajo beneficio de inventario—, y a sus nietos MFRF y JPRF, por derecho de representación de su madre prefallecida, ZEFA, sin perjuicio de los derechos de la cónyuge supérstite (ZEA) por sus gananciales, por el derecho real de habitación sobre los padrones 1008 y 1009 de La Aguada y de su institución testamentaria como única y universal heredera en la parte de libre disposición. Se expidió el certificado de resultancias de autos el 8.10.2015 y se inscribió en el Registro de la Propiedad, sección Inmobiliaria de Rocha.

**15.2.2016.** FLFA, GFA, MFRF, JPRF y ZEA otorgan, por documento privado cuyas firmas certificó el Esc. ARL, un convenio preparticionario parcial, incluyendo en el activo que se proyectaba repartir inmuebles que no integraban el acervo sucesorio.[71] Acordaron que en la partición a otorgarse se adjudicaría:

— A ZEA, los padrones 1008, 1009, 1010, 1015, *1019* y 1013 de La Aguada y los derechos sobre el padrón 1018; el padrón 1001 de la ciudad de Rocha, y la totalidad del paquete accionario de T S. A.
— A FLFA, los padrones *1020* y *1021* de La Aguada.
— A GFA, el padrón 1012 de La Aguada.
— A MFRF y JPRF, los padrones 1014, 1011, 1026, *1022* y 1017 de La Aguada.[72]

Asimismo, en el referido convenio se establece que respecto de los inmuebles rurales 1006 y 1007 acuerdan adjudicar una superficie de 130,3346 hectáreas a GFA, otra de 130,3346 hectáreas a MFRF y JPRF, y otra de 782,0077 hectáreas a ZEA y FLFA, en forma conjunta; se suscribe en el mismo acto un croquis indicativo de las zonas en las que se concretaría la adjudicación.

Acuerdan mantener la indivisión en los padrones rurales 1002, 1003, 1004 y 1005, por encontrarse ofertados en venta, y declaran que nada más tienen que reclamarse por ningún concepto derivado del acervo sucesorio

71 *Nota del editor*. Los números de padrón de los inmuebles convenidos a repartir que no integraban el acervo sucesorio son señalados a continuación por el consultante en cursivas.
72 Los padrones 1019, 1020 y 1021 de La Aguada eran propiedad de T S. A. El padrón 1022 de La Aguada integraba el acervo de la sucesión de AMR.

que integran, con la única excepción de lo que resulte del producido de la explotación realizada por T S. A. desde la fecha de fallecimiento de LFM hasta el 29.2.2016; y por el mismo período, en lo que refiere a la explotación agropecuaria desarrollada por la sucesión de LFM.

Dicho convenio fue homologado el 24.2.2016.

**Agosto 2016.** Se presenta proyecto de partición elaborado por la Esc. MCRT. Se establece en la cláusula de antecedentes:

> […] **III.** La presente se otorga en cumplimiento del convenio particionario suscrito entre los otorgantes el día 15 de febrero de 2016, que fuera homologado judicialmente por decreto …/2016, de fecha 24 de febrero de 2016. **IV.** En cumplimiento de dicho convenio, los otorgantes, con los bienes que integran el acervo sucesorio, formaron lotes que fueron sorteados entre ellos para realizar las adjudicaciones en la forma que se hará. **V.** En la formación de los lotes, los otorgantes agruparon los bienes, considerando que los valores de cada lote representaban lo que a cada heredero correspondía, pero con total prescindencia de si sobre esos bienes tenían derechos posesorios, hereditarios o si pertenecían a LFM o a «T Sociedad Anónima» (cuyo paquete accionario integra el acervo sucesorio); por lo cual, y a los efectos de respetar cabalmente el sorteo de bienes realizado, al copartiente que le hayan correspondido bienes propiedad de «T Sociedad Anónima» se le adjudicará el porcentaje accionario que los represente, y en otros casos, los derechos hereditarios o posesorios que sobre esos bienes correspondan.

En el cuerpo general de bienes se incluyen todos los bienes que integraban el activo sucesorio, excepto los padrones rurales 1002, 1003, 1004 (nueve décimas partes) y 1005 del paraje India Muerta.

Se formulan las siguientes hijuelas:

— Hijuela de ZEA: padrón 1001 de Rocha; padrones 1008, 1009, 1010, 1013 y 1015 de La Aguada; 83,114 % del padrón rural 1007 (de 132,9770 hectáreas) y del padrón rural 1023 (*antes, 1006 en mayor área*; de 640,8641 hectáreas); derechos posesorios o de cualquier otra clase sobre el padrón 1018 de La Aguada, y el 21,971 % del paquete accionario de T S. A.

— Hijuela de FLFA: 16,886 % del padrón rural 1007 (de 132,9770 hectáreas) y del padrón rural 1023 (*antes, 1006 en mayor área*; de 640,8641 hectáreas), y el 78,029 % del paquete accionario de T S. A.

— Hijuela de GFA: padrón 1012 de La Aguada y padrón rural 1024 (*antes, 1006 en mayor área*; de 130,3346 hectáreas).

— Hijuela de JPRF y MFRF: padrones 1011, 1014, 1016 y 1017 de La Aguada; padrón rural 1025 (*antes, 1006 en mayor área*; de 130,3346 hectáreas), y derechos hereditarios en la sucesión de AMR (en cuyo activo está incluido el padrón 1022 de La Aguada).

**8.9.2016.** Se presenta GFA a los efectos de manifestarse sobre la intimación que le fuera conferida por auto dictado el 1.9.2016 —suponemos que se intimó el cumplimiento del acuerdo preparticionario— y de intimar a ZEA y a FLFA, en base a lo siguiente:

— A pesar de que nadie presentó reparos al cumplimiento del acuerdo particionario, se han propuesto, por parte de ZEA y FLFA, modificaciones respecto a lo acordado.
— Las partes se encuentran en posesión de los bienes que les fueron asignados.
— La partición definitiva no se ha firmado porque ZEA y FLFA plantean una modificación a lo acordado. Estos plantearon «repartir el capital accionario entre quienes reciben los inmuebles que integran el patrimonio social; así, en la partición en el lote que corresponde a la compareciente (ZEA) no figura el padrón 1019, y en cambio recibe un porcentaje del capital accionario de la sociedad; otro tanto sucede con la adjudicación a FLFA, que en su hijuela no recibe los padrones 1020 y 1021, recibiendo en cambio un porcentaje del capital social equivalente al valor de estos inmuebles».
— Intiman el otorgamiento de la partición, pero en la formación de las hijuelas de ZEA y FLFA no se respeta lo acordado en el convenio.

GFA solicita se intime a ZEA y FLFA a otorgar la partición conforme a las obligaciones contraídas en el convenio preparticionario parcial celebrado el 15.2.2016.

## II. Consulta

El juzgado libra oficio a la AEU a fin de que se sirva informar a la sede:

1. Cuál es la consecuencia de incluir en un acuerdo preparticionario sucesorio bienes que no integran el acervo; en concreto, si el acuerdo puede ejecutarse tal cual lo pactado.
2. Si existe responsabilidad por parte del profesional que haya redactado un documento de esas características.
3. En el caso de estudio, si la representante de la sociedad anónima —sucesora a quien se acordó adjudicar el 100 % de sus acciones— podría, en otro acto jurídico celebrado el mismo día de la partición, transferirle los inmuebles respectivos al heredero a quien se acordó adjudicarle dos inmuebles de la sociedad anónima, para cumplir con el acuerdo particionario.

Se deja constancia de que en el convenio preparticionario se incluyeron bienes sucesorios —en este caso, el 100 % del paquete accionario de T S. A.— y también bienes inmuebles no sucesorios, propiedad de la sociedad anónima (padrones urbanos 1019, 1020 y 1021 de La Paloma).

## Informe de la Comisión de Derecho Civil

### Consulta n.º 1

¿Cuál es la consecuencia de incluir en un acuerdo preparticionario sucesorio bienes que no integran el acervo? En concreto, si el acuerdo puede ejecutarse tal cual lo pactado.

### *a.* La partición

Es presupuesto de la partición la existencia de una pluralidad de personas que tienen un derecho cualitativamente —aunque no necesariamente cuantitativamente— igual sobre una universalidad de bienes en los que los distintos titulares coparticipan entre sí. Con la partición, «cada coheredero se reputará haber sucedido inmediata y exclusivamente al difunto en todas las cosas que le hubieren cabido y no haber tenido jamás parte alguna en las otras cosas de la sucesión» (C. Civil, art. 1151); esto es, el efecto declarativo de la partición.

Arezo (2008) entiende que la partición es el negocio jurídico o el proceso —o una coordinación de ambos— que tiene por finalidad hacer cesar, en todo o en parte, un estado de comunidad, sustituyendo la cuota alícuota de todos o algunos de los comuneros por un derecho exclusivo sobre una porción de los bienes objeto de la comunidad (o de su valor en dinero). En la misma línea de pensamiento, sostiene Molla (Arezo y Molla, 1988: 483): «La naturaleza declarativa de la partición significa que no transfiere derechos, que no constituye derechos: simplemente revela un derecho preexistente, le fija un asiento, materializando la cuota que tenía el coindivisario en bienes específicamente determinados». Continúa diciendo Arezo (2008: 73 y ss.):

> El efecto normal y general de la partición, lo que podemos decir que constituye su esencia funcional como negocio jurídico, es la sustitución de la anterior situación de los comuneros —o de parte de ellos, como en el caso de la partición parcial subjetiva— de comunidad o de derechos concurrentes sobre un mismo objeto —cosa, cosas o una universalidad— por un derecho exclusivo o solitario sobre parte de lo que constituye el caudal partible [parágrafo 90].
>
> […]
>
> El objeto de la partición es la cosa, cosas o la propia universalidad, según de qué clase de comunidad se trate, y tal como existe o existen en el momento en que se parten [parágrafo 243].
>
> […]
>
> Desde que la partición tiene por objeto poner fin a un estado de comunidad, comprende todos los bienes o cosas que integran dicha comunidad […]. Tampoco importa si entre los derechos indivisos —no quiere decir *indivisibles*— figuran derechos comprendidos en otra sucesión, como, por ejemplo, en la sucesión de un padre existen inmuebles indivisos entre el

> difunto y terceros. Es claro que, en tal caso, los inmuebles no pueden ser atribuidos a título exclusivo a uno de los herederos, pues ellos no pueden ser partidos sin intervención de los terceros que son copropietarios. Ello no obsta a que, aunque indivisos, dichos bienes entran en el objeto a partir, en las respectivas alícuotas. La parte no está determinada materialmente, sino solo cuantitativamente, y se proyecta, obviamente, sobre la cosa entera [parágrafo 244].
>
> […]
>
> La formación de los lotes […] no es todavía división jurídica: esta se tiene cuando con la división material se hace coincidir la transformación del derecho de copropiedad en derecho de propiedad exclusiva, el que adviene mediante el acto de adjudicación de los lotes. Preliminar a la formación de los lotes es la estimación de los bienes, base necesaria para la determinación concreta de los lotes [parágrafo 310].

### *b.* Requisitos legales de la partición extrajudicial

El artículo 1127 del Código Civil dispone: «Si todos los interesados tienen la libre administración de sus bienes y concurren por sí o por legítimo representante, podrán, de común acuerdo, partir la herencia extrajudicialmente, en el modo y forma en que convengan». Y el artículo 1128 prescribe: «Toda partición extrajudicial, para que produzca efectos, habrá de reducirse a escritura pública». O sea que, con prescindencia de la naturaleza jurídica de los bienes que forman el objeto de la partición, esta debe siempre otorgarse en escritura pública.

### *c.* Validez del convenio particionario en documento privado

La validez de los convenios particionarios celebrados en documento privado divide a la doctrina. La polémica se centra en torno a la validez o nulidad absoluta, sin matices.

Molla (Asociación de Escribanos del Uruguay, 1988) expresa que el convenio particionario es un negocio instrumental *preliminar principal*: es *preliminar* porque se otorga para preparar otro negocio (es fuente de una obligación de hacer: otorgar un negocio definitivo, manifestar la voluntad); es *principal* porque no accede a otro, sino que da origen a una relación jurídica obligatoria autónoma. Por naturaleza, es un acuerdo de voluntades que pretende llegar a un resultado: la partición extrajudicial, negocio jurídico que debe revestir la forma de escritura pública. Concluye Molla que, calificado el negocio convenio particionario como preliminar, no puede sino inferir su carácter de consensual, por aplicación de los principios generales: no hay solemnidad sin norma que lo establezca. Se remite a Groisman (1984: 75), cuando expresa:

> Las consecuencias prácticas a tener en cuenta para la instrumentación, y de acuerdo a lo expuesto, serían las siguientes:

*a*) Respetar en forma estricta el esquema obligacional del negocio definitivo y su principio de ejecución, siguiendo la forma solemne requerida por la ley, único hábitat de validez para la autonomía de la voluntad.
*b*) Vincular el otorgamiento del negocio definitivo solemne a través del contrato preliminar, simultáneamente con el principio de ejecución de sus obligaciones sustanciales.
*c*) Reglamentar el incumplimiento del contrato preliminar, tomando en consideración que, por la no posibilidad de ejecución en *natura* del mismo, debemos tener la precaución de establecer tanto una cláusula penal como daños y perjuicios acumulables a la misma, y respaldar la posibilidad de aplicación práctica de dichas estipulaciones con las garantías del caso.

### *d.* Aplicación al caso planteado y respuesta a la consulta

En el caso, nos encontramos con un convenio particionario otorgado en documento privado cuya validez no ha sido cuestionada; por el contrario, se intima el cumplimiento de las obligaciones contraídas mediante el otorgamiento de la escritura de partición.

Ahora bien, en el activo que se proyecta repartir se incluyen bienes que no forman parte del caudal relicto, lo que lo convierte en una obligación de imposible cumplimiento tal como fue formulada. Sin embargo, dichos bienes entraron en el objeto a partir en las respectivas alícuotas. La parte no está determinada materialmente, sino solo cuantitativamente, y se proyecta, obviamente, sobre la cosa entera.

Dice Molla: «Es valor entendido que la interpretación del negocio jurídico debe tener como principio rector la búsqueda de la voluntad real, de lo querido por las partes» (Asociación de Escribanos del Uruguay, 1994: 172). Los otorgantes del acuerdo conocían lo que a cada uno correspondía en el caudal relicto y manifestaron claramente su voluntad de lo que querían que se les adjudicara en pago de su cuota. Cometieron un error al proyectar adjudicarse bienes que no integraban el caudal relicto, pero una especie de error que no vicia el consentimiento. Debemos interpretar la voluntad negocial, que fue proyectar adjudicar parte de los bienes —los urbanos— y la cantidad de hectáreas en algunos de los padrones rurales, en pago de las cuotas que a cada uno correspondía.

Consideramos aplicable el artículo 1270, inciso 1.º del Código Civil: «La ignorancia de la ley o el error de derecho en ningún caso impedirán los efectos legales del contrato».

El proyecto de partición presentado explica la intención que tuvieron los otorgantes al celebrar el acuerdo. Expresa Villar (Asociación de Escribanos del Uruguay, 2015) que una correcta interpretación del negocio requiere tener en cuenta no solo el aspecto semántico (C. Civil, art. 1297: «Las palabras de los contratos deben entenderse en el sentido que les da

el uso general, aunque el obligado pretenda que las ha entendido de otro modo») y sintáctico (art. 1299: coordinación de las diferentes partes del escrito), sino también pragmático, esto es, qué significado tiene según las personas intervinientes; que desde la pragmática, un aspecto importante para interpretar el negocio es saber qué vínculo tenían los otorgantes con los inmuebles objeto del negocio.

En el caso, los otorgantes del convenio incluyeron los inmuebles de propiedad de la sociedad anónima como de propiedad del causante porque suya era la totalidad del paquete accionario de la sociedad propietaria de los inmuebles. Asimismo, incluyeron el inmueble que integraba el activo de la sucesión de AMR (padrón 1022) como de propiedad de su causante porque de este eran los derechos hereditarios en la sucesión de aquel.

Tal como se expresa en la cláusula de antecedentes del proyecto de partición presentado, «en la formación de los lotes, los otorgantes agruparon los bienes, considerando que los valores de cada lote representaban lo que a cada heredero correspondía, pero con total prescindencia de si sobre esos bienes tenían derechos posesorios o hereditarios, o si pertenecían a LFM o a T S. A., cuyo paquete accionario integra el acervo sucesorio; por lo cual, y a los efectos de respetar cabalmente el sorteo de bienes realizado, al copartiente que le hayan correspondido bienes propiedad de "T" Sociedad Anónima se le adjudicará el porcentaje accionario que los represente, y en otros casos, los derechos hereditarios o posesorios que sobre esos bienes correspondan».

No incide dicha circunstancia en el haber global, ni en el cálculo de las cuotas, ni en las adjudicaciones proyectadas; en todo caso, es un tema a resolver entre ZEA y FLFA. Y ellos, suponemos, así como JPRF y MFRF, aceptan el proyecto de partición tal como fue formulado. Respecto de GFA, que es quien intima el cumplimiento estricto del convenio particionario, las modificaciones en nada la afectan: en el proyecto de partición se le adjudica exactamente lo mismo que se acordó en el convenio particionario que todos, incluida ella, suscribieron.

Por lo tanto, respondemos que, en el caso:

— La inclusión en el convenio de bienes que no estaban en el acervo sucesorio no incide en el haber global ni en las cuotas que a cada uno corresponde, porque en el proyecto de partición, se sustituyen dichos bienes por el 100 % del capital accionario de T S. A. y por los derechos hereditarios en la sucesión de AMR.
— El convenio no se puede ejecutar tal como fue pactado, pero otorgando la partición como se plantea en el proyecto, se cumple igualmente con la intención de los otorgantes.
— En el convenio sentaron las bases para el otorgamiento de la partición respectiva y establecieron las cuotas de cada uno en la indivisión.
— Con el proyecto de partición presentado se logra el resultado buscado, sin menoscabo de lo que a cada coindivisario corresponde. Si los

únicos eventualmente afectados por la redistribución realizada no objetan, la partición puede otorgarse tal como ha sido formulada.

## Consulta n.º 2

¿Existe responsabilidad por parte del profesional que haya redactado un documento de esas características? Con relación a este tema, nos remitimos a lo que tenga para informar la Comisión de Derecho Notarial y Técnicas Notariales.

## Consulta n.º 3

¿Podría la representante de la sociedad anónima —sucesora a quien se acordó adjudicar el 100 % de sus acciones—, en otro acto jurídico celebrado el mismo día de la partición, transferirle los inmuebles respectivos al heredero a quien se acordó adjudicarle dos inmuebles de la sociedad, para cumplir con el acuerdo particionario?

Como dijimos, es un tema a resolver entre ZEA y FLFA. En el convenio, a ZEA se le proyecta adjudicar el 100 % del capital accionario y un inmueble, y a FLFA, dos inmuebles (los inmuebles son de propiedad de la sociedad anónima). En el proyecto de partición, al efectuar las estimaciones del bien a adjudicar —el capital accionario—, se efectúa una redistribución entre los adjudicatarios. Se estiman los tres inmuebles, y ese valor se proyecta sobre el valor del capital accionario; de esa forma, se adjudican porcentajes de dicho capital entre los dos únicos interesados.

Lógicamente, la sociedad nada debe transferirle al heredero. Estamos frente a una partición, acto esencialmente declarativo. Lo que se le adjudica al heredero y a la cónyuge supérstite es la totalidad del capital accionario de una sociedad en cuyo patrimonio existen tres inmuebles que en el convenio particionario se acordó adjudicar a ZEA y a FLFA. Con relación a las diversas formas de transferir los bienes desde el patrimonio de la sociedad al de los accionistas, nos remitimos a las consideraciones a efectuar por la Comisión de Derecho Comercial.

## Conclusiones

1. El convenio no puede ejecutarse tal como fue pactado: en el activo a repartir se incluyeron bienes que no eran propiedad del causante. De todos modos, otorgando la partición como se plantea en el proyecto —es decir, mediante la adjudicación del paquete accionario de la sociedad titular de los bienes, en lugar de los bienes de la sociedad— se cumple igualmente con la intención de los otorgantes.
2. Respecto a la forma de la redacción de los documentos, nos remitimos a lo que informe la Comisión de Derecho Notarial y Técnicas Notariales.

3. Respecto a las diversas formas de transferir los bienes desde el patrimonio de la sociedad al de los accionistas, nos remitimos a las consideraciones de la Comisión de Derecho Comercial.

M.ª Beatriz Vázquez de León
y Agustina Ferreira Vázquez
Informantes

## Bibliografía referida


Arezo Píriz, Enrique (2008). *Tratado de las particiones*, tomo I, 2.ª ed. Montevideo: Asociación de Escribanos del Uruguay.

Arezo Píriz, Enrique, y Molla Camacho, Roque (1988). «Partición con soulte. Negocios entre coindivisarios». En *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, tomo 74, n.º extr., pp. 479-490.

Asociación de Escribanos del Uruguay (1988). Comisión de Derecho Civil (informante: Roque Molla Camacho). «Partición. Negocio preliminar». En *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, tomo 74, n.º 7-12 (jul.-dic.), pp. 397-400.

— (1994). Comisión de Derecho Civil (informante: Roque Molla Camacho). «Interpretación de los contratos. Error. Consentimiento». En *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, tomo 80, n.º 1-6 (ene.-jun.), pp. 170-173.

— (2015). Comisión de Derecho Civil (informante: Juan Pablo Villar). «Error. Partición. Compraventa». En *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, tomo 101, n.º 1-12 (ene.-dic.), pp. 219-236.

Groisman Temerlín, Carlos (1984). «Vinculaciones entre negocio preliminar y forma de la declaración de la voluntad». En *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, tomo 70, n.º 1-3 (ene.-mar.), pp. 57-75.


La Comisión de Derecho Civil, integrada por los Escs. Marcela Aldana, Karen Bonner, Javier Carneiro, M.ª Inés Casatroja, Daniella Cianciarulo, Gustavo Echavarría, Priscila Ferreira, Agustina Ferreira, Nicolás García Rodríguez, Alicia González Bilche, José Pedro Illia, Ana Irabedra, M.ª del Rosario Marchese, M.ª Valentina Martínez, Francisco Mastropierro, Roque Molla, M.ª Noel Mosegui, Laura Parnás, Margarita Puertollano, Ana Realini, Patricia Rivas, Diego Séré, Adriana Silva, M.ª Beatriz Vázquez y Juan Pablo Villar, aprueba el informe que antecede.

Escs. Roque Molla
y Juan Pablo Villar
Coordinadores

## Informe de la Comisión de Derecho Comercial

Se consulta si la representante de la sociedad anónima —sucesora a quien se acordó adjudicarle el 100 % de sus acciones— podría, en otro acto jurídico celebrado el mismo día de la partición, transferirle los inmuebles respectivos al heredero a quien se acordó adjudicarle dos inmuebles de la sociedad para cumplir con el acuerdo particionario.

Organizaremos el presente informe con la siguiente estructura. Comenzaremos con una breve reseña sobre distintas formas en que el heredero a quien se le «adjudicaron» bienes de la sociedad podría llegar a obtener la propiedad de estos (se entiende que el heredero dejará de ser accionista, respetando las disposiciones de lo acordado). Se analizará la disolución de la sociedad, el rescate de acciones y la paga por terceros. Posteriormente, aplicaremos lo analizado al caso concreto, para finalizar con la conclusión a la que hemos arribado.

### I. Breve reseña sobre disolución de sociedad, rescate de acciones y paga por terceros en el Código Civil

**1.** Disolución de sociedades anónimas, conforme lo establecido por los artículos 159 a 183 de la ley 16.060. La *disolución* es el estado en el que entra la sociedad como consecuencia de la verificación de alguna de las causales previstas en el artículo 159 de la ley 16.060 (en adelante, Ley de Sociedades Comerciales o LSC), de 4 de setiembre de 1989, y otras leyes. Producida una de estas causales, comienza la etapa de la *liquidación*. La finalidad de la liquidación es cumplir las operaciones pendientes, realizar los activos, cancelar los pasivos y distribuir el remanente —si lo hubiera— entre los socios *a prorrata* de su participación. Se extingue así la personalidad jurídica de la sociedad, sin perjuicio de su eventual reactivación, en los casos en que esto es posible.

**2.** Rescate de acciones en las sociedades anónimas, conforme a lo establecido por el artículo 310 de la LSC. El *rescate de acciones* es la actividad que realiza la sociedad al abonar el valor de las acciones al accionista, retirándolas de circulación, con o sin reducción de capital. Para ello, la LSC prevé un procedimiento específico. Cabe preguntarnos si en nuestro caso es posible que se pague con bienes concretos; específicamente, con inmuebles. La LSC contiene disposiciones respecto al rescate de acciones, pero nada dice acerca de la forma de pagar el valor de estas. Entendemos que no existe impedimento alguno para que se pague al accionista con inmuebles de la sociedad. De todas maneras, para poder realizarlo es necesario que la sociedad lo decida en asamblea, se publique y se realice el balance respectivo (LSC, art. 294). Por lo tanto, podría realizarse una escritura de adjudicación de un bien en pago de acciones que se rescatan. Deberá analizarse si la Auditoria Interna de la Nación aceptó esa reso-

lución y si, cumplidos todos los extremos, no se lesionó el derecho de los acreedores ni el de los accionistas.

**3.** Paga por terceros, regulada por los artículos 1448 y siguientes del Código Civil. Acorde a lo establecido en los artículos mencionados, «la paga es el cumplimiento, por parte del deudor, de la dación o hecho que fue objeto de la obligación» (C. Civil, art. 1448); puede ser realizada por el deudor, así como por un tercero, ya sea interesado o no interesado, con la regulación establecida en los artículos 1450 y siguientes del Código Civil.

## II. Aplicación al caso concreto

Existen tres vías posibles para que T S. A. transfiera los inmuebles de su propiedad al heredero, dando cumplimiento al acuerdo particionario:

— La primera opción implica la disolución y liquidación de T S. A. Concluidas dichas etapas, los bienes serán adjudicados a los accionistas, *a prorrata* de su participación en la respectiva sociedad. Dado que los únicos accionistas de la sociedad —en virtud de lo dispuesto en la partición— son FLFA Y ZEA, es posible adjudicarle al primero los bienes que le corresponderían, siempre que el valor asignado a su participación sea acorde al valor asignado a dichos bienes en el balance respectivo.

— Otra opción sería reducir el capital, rescatando las acciones del heredero, y abonarle su participación con los inmuebles que posee la sociedad. Para ello debe cumplirse con lo dispuesto en el artículo 294 de la LSC.

— Por último, si ZEA no quiere dejar de ser accionista de T S. A., puede comprarle las acciones a FLFA, y que, en pago del precio, la sociedad enajene los inmuebles que le corresponderían según la partición proyectada. De esta manera, ZEA queda como propietaria del 100 % del paquete accionario (es un tema interno —de ella con la sociedad— el del pago que realizó esta última).

## III. Conclusiones

Acorde a lo expresado, la respuesta a la consulta planteada es que, siguiendo alguno de estos caminos, el representante de T S. A. puede transferir los inmuebles respectivos al heredero y cumplir con lo pactado en el acuerdo particionario, entregando al heredero los bienes que se acordó darle.

Escs. M.ª Eugenia Guichón
y Analía García
Informantes

Presentes los Escs. Virginia Oddone, Cesar Coll, Estela Baum, Fanny Rodríguez, Valentín Pérez, Analía García, M.ª Eugenia Guichón, Nicolás

García, Priscilla Ferreira, Graciela Torres y Daniella Cianciarulo, aprueban el informe que antecede.

Esc. Daniella Cianciarulo
Coordinadora

## Informe de la Comisión de Derecho Notarial y Técnicas Notariales

Esta comisión se expide a continuación en cuanto a la consulta n.º 2 (si existe responsabilidad por parte del profesional que haya redactado un documento de esas características).

La seguridad jurídica de las personas, garantizando la realización pacífica del derecho, es el objeto básico de la función notarial. Recuerda Siri (1977) que esta fue vista casi exclusivamente como una función autenticante: el notario era fedatario público, y su función, dar fe; más adelante, los notarialistas ahondaron en la complejidad de la función notarial: asesoramiento, impresión de forma de los negocios y actos jurídicos, y también la autenticidad. Por otro lado, Siri nos recuerda también que el orden jurídico carecería de eficacia si no existiera responsabilidad, que en el ámbito del derecho notarial asume caracteres especiales por las potestades legales del escribano en ejercicio de sus atribuciones. Nuevamente Siri, citando a Prunell, nos indica que la función notarial se sustenta en tres pilares: el tecnicismo jurídico sustancial, el tecnicismo jurídico formal y la virtud notarial.

El escribano tiene la obligación —como expresa el juramento de investidura— de desempeñar bien y fielmente su función, con la diligencia adecuada para que los negocios deseados por las partes lleguen a buen fin. Por tanto, debe ajustarse a la legalidad para asegurar la plena validez y eficacia del acto, y asesorar a las partes en forma imparcial, adoptando soluciones técnicas convenientes para prevenir litigios eventuales y perjuicios a las partes.

El término *responsabilidad* proviene del latín *respondēre* 'constituirse en garante', y al decir de Siri, en cita a Peirano Facio, hay responsabilidad cada vez que un sujeto está obligado a reparar el daño sufrido por otro. La responsabilidad jurídica notarial se canaliza por cuatro vías: *disciplinaria*, *civil*, *penal* y *tributaria*. Se agrega la responsabilidad *ética*, de acuerdo con normas deontológicas adoptadas por la Asociación de Escribanos del Uruguay.

En lo que respecta a la responsabilidad *disciplinaria*, el Reglamento Notarial (acordada 7.533, de 3 de noviembre de 2004; en adelante, RN) estipula los conceptos, la tipificación de faltas y la regulación de sanciones ya aplicadas durante la vigencia de las anteriores reglamentaciones

de la Ley Orgánica Notarial (decreto-ley 1.421, de 31 de diciembre de 1878). Las sanciones disciplinarias tienen relación con la gravedad de las faltas, los perjuicios causados, el desprestigio que se pudiere aparejar a la función notarial y el menoscabo a la confianza debida al carácter de la profesión (RN, art. 272). Su juzgamiento corresponde a la Suprema Corte de Justicia (RN, art. 277).

En cuanto a la responsabilidad *civil*, *penal* y *tributaria*, son aplicables las normas del fuero común; las sanciones en esas materias corresponden a los jueces que entienden en las respectivas materias (RN, art. 269).

La norma básica respecto a la responsabilidad civil está encartada en el artículo 75 de la Ley Orgánica Notarial, que dispone: «Los escribanos responderán en todos los casos a las partes de los daños que les hubiese resultado del mal desempeño de sus funciones, sin perjuicio de las penas a que puedan haberse hecho acreedores».

Según LARRAUD (1966), tal norma es una aplicación particular de los principios generales en materia de responsabilidad civil a la profesión del escribano, en lo que se refiere a la relación de este con sus clientes y cocontratantes que prestaron su consentimiento a la designación del profesional. Por tanto, es aplicable el régimen de la responsabilidad contractual, aun cuando parte de sus obligaciones no nacen del contrato, sino que tienen fuente en la naturaleza de la función pública notarial. En lo referente a perjuicios causados a terceros, corresponderá aplicar las normas de responsabilidad extracontractual. La falta del cuidado y la diligencia dictados por una prudencia normal genera la culpa del escribano, que «debe apreciarse como toda otra conducta, por los principios generales del derecho común, mediante la comparación de su conducta con la de un tipo abstracto, que sería lo de un escribano normal, de diligencia corriente, avisado».

En otra posición doctrinaria, el régimen aplicable a la responsabilidad civil del escribano es el de la extracontractual, ante la ausencia de contrato con las partes. Cuando el notario es requerido, no puede negar su actuación —salvo legítimo impedimento—, de acuerdo con el artículo 60 de la Ley Orgánica Notarial; la relación nace por imperio legal, no del consentimiento de las partes.

Un nuevo aporte surge del estudio de CIANCIARULO (2001) de la ley 17.250 (Ley de Relaciones de Consumo, de 11 de agosto de 2000). La autora sostiene que el artículo 35 de dicha norma, al establecer que la responsabilidad de los profesionales será *objetiva* o *subjetiva*, según la naturaleza de la prestación asumida, vincula el tema de la responsabilidad notarial con la distinción entre *obligaciones de medio* (el sujeto se obliga a actuar con la diligencia de un buen padre de familia para su cumplimiento, sin comprometerse a un resultado) y *obligaciones de resultado* (el deudor se obliga a un resultado determinado): las obligaciones *de medio* responden a una responsabilidad subjetiva, es necesario que exista culpa del sujeto pasivo para que este responda; las obligaciones *de resultado* generan responsabilidad objetiva, ya que el nexo causal entre el incumplimiento y el daño causado solo

desaparece ante una causa extraña no imputable que deberá probarse. Como se dijo, la responsabilidad del escribano será *objetiva* o *subjetiva*, según la obligación que deba cumplir sea de medios o de resultado: en el primer caso, el deudor deberá exonerarse de responsabilidad, probando la existencia de causa extraña no imputable; en el segundo, el acreedor deberá probar que existió negligencia o culpa.

La función notarial tiene cometido documentador y de asesoramiento. La función *documentadora* implica dar forma jurídica a la voluntad de las partes: el escribano interpreta la finalidad perseguida por quienes desean concretar un acto o negocio jurídico y redacta el documento respectivo, reglamentando así las obligaciones de los otorgantes. Respecto al caso de la consulta, diremos que la voluntad de las partes se plasmó en un acuerdo particionario en el que los sucesores condóminos determinaron la forma de proceder a partir los bienes. Surge de la documentación presentada la complejidad de los asuntos a dilucidar (tengamos presente que el documento prevé, por ejemplo, que se iban a requerir fraccionamientos y establece la toma de posesión de los bienes y la obligación de dar consentimiento en caso de eventuales negocios posteriores). Del documento no surge que el escribano certificante de firmas haya sido el autor.

Pero, en este sentido, aun cuando el certificante no haya redactado el instrumento, más que la certificación en sí, es relevante el *asesoramiento*. Como manifestamos, el notario no es mero legitimador de firmas, sino que, en su función, está ínsita la tarea de informar y explicar a las partes, con claridad, las consecuencias jurídicas de los negocios que otorgan e incluir documentalmente la reglamentación adecuada o conveniente para las situaciones fácticas, con el fin de evitar eventuales conflictos (al menos, dejar prevista la forma de resolverlos). Pinto Langoni (2023) dice que el profesional escribano es un asesor integral que incide de forma transversal en los negocios en que participa; debe tener en cuenta las complejidades de la negociación y las implicancias para los otorgantes, a los que corresponde asesorar sobre las consecuencias de los negocios. Específicamente en la situación particular, donde el convenio preparticionario contiene disposiciones acerca de bienes que no integran la indivisión hereditaria, interpretamos que los otorgantes tuvieron presente el contenido patrimonial de los bienes y derechos, más allá de si estos integran directamente el acervo sucesorio o en forma indirecta (tal como los inmuebles de T S. A.).

Entendemos que, en el marco fáctico de negociaciones complejas y difíciles, una vez arribada una solución que las partes consideraron equitativas, y en vista a la urgencia de proceder a administrar cada uno lo que se le adjudicaría —se establece fecha de toma de posesión—, la situación ameritaba plasmar documentalmente el acuerdo logrado, en consideración al patrimonio del causante (incluidos los inmuebles propiedad de T S. A.). El documento refleja el acuerdo de fondo alcanzado por las partes en determinado momento, como base preliminar para la división de los bienes. Reafirmamos que contiene referencias expresas que señalan que se tuvo

en cuenta el contenido patrimonial de la sucesión, y que las partes conocían que determinados inmuebles eran de titularidad de T S. A. Así, en una siguiente etapa, al decir de la Comisión de Derecho Civil, el proyecto de partición presentado salva las objeciones mediante la adjudicación del paquete accionario de la sociedad titular de los bienes en lugar de estos, cumpliendo así en forma mediata con la intención de los otorgantes.

## Conclusiones

Respecto al convenio particionario, en la etapa de asesoramiento que debió llevar el escribano al instrumentar el documento cuyas firmas se certificaron —o asesorar a los otorgantes al momento de su suscripción—, se tuvo en cuenta la compleja solución jurídica y se lograron las bases fundamentales para marcar el camino al fin de la indivisión. En tales circunstancias, es atendible y entendible que se postergara para una segunda etapa la instrumentación jurídica mediante un análisis más detenido de la problemática suscitada (la existencia de bienes dentro del patrimonio de la sociedad anónima cuyas acciones integran el acervo sucesorio). En consecuencia, esta comisión entiende que la actuación del escribano del caso no generó perjuicios a las partes.

Esc. Carlos del Campo García
Redactor

## Bibliografía referida

Cianciarulo, Daniella (2001). «Responsabilidad del escribano y la Ley de Relaciones de Consumo». En *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, tomo 87, n.º 7-12 (jul.-dic.), pp. 183-193.

Larraud, Rufino (1966). *Curso de derecho notarial*. Buenos Aires: Depalma.

Pinto Langoni, Ángel (2023). *Estudios sobre la responsabilidad profesional del escribano*. Montevideo: Carlos Álvarez.

Siri García, Julia (1977). *Ensayo sobre la responsabilidad notarial*. Montevideo: Universidad de la República, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales.

*Informes aprobados por la Comisión Directiva Nacional de la AEU el 12.10.2023, expediente 2871/2023.*

# CESIÓN DE DERECHOS HEREDITARIOS. PARTICIÓN. ASAMBLEA DE ACCIONISTAS. NATURALEZA JURÍDICA. SOCIEDAD DE HECHO. NEGOCIO DE FIJACIÓN

Informes: Comercial y Civil

## Consulta

### I. Hechos

**15.10.1986.** Por escritura que autorizó el Esc. PR, AT vende a JBD (casado con MRVM) y a LBD (casado con BESS), entre otros, el inmueble ubicado en la … sección judicial del departamento de Canelones, padrón 1111, de 64 hectáreas y 93 metros (primera copia inscripta en el Registro el 22.10.1986).

**25.6.1997.** Fallece LBD, con igual estado civil. Se tramita su sucesión; se incluye en la relación de bienes la mitad indivisa del inmueble y se declaran únicos y universales herederos del causante a sus hijos, SBBS, LHBS y LIBS, sin perjuicio de los derechos de la cónyuge supérstite, BESS, por sus gananciales (certificado de resultancias de autos inscripto en el Registro el 16.12.1998).

**9.1.2013.** Por escritura que autorizó la Esc. LD, MBS y ABS venden a JBD (casado con MRVM), LHBS (casado con VP y separado de bienes por capitulaciones matrimoniales), LIBS (soltera), SBBS (casada con ML y separada de bienes por capitulaciones matrimoniales) y BESS (viuda de LBD) —todos actuando en nombre y representación de la sociedad de hecho «JBD, LHBS y otros»— el inmueble ubicado en la … sección judicial del departamento de Canelones, padrón 2222, de un área de 4 hectáreas, 4.272 metros y 86 decímetros. Se controla la sociedad de hecho, originalmente integrada por los hermanos JBD y LBD, y después del fallecimiento de LBD, por sus hijos y cónyuge supérstite, y por JBD (primera copia inscripta en el Registro el 14.2.2013).

**3.6.2016.** Fallece BESS, viuda de LBD. Se tramita su sucesión; se incluye en la relación de bienes una *cuarta parte indivisa* del padrón 1111 y una quinta parte indivisa del 2222, y se declaran únicos y universales herederos de la causante a sus hijos, SBBS, LHBS y LIBS (certificado de resultancias de autos inscripto en el Registro el 17.11.2016).

**14.11.2017.** Fallece JBD, casado con MRVM. Se tramita su sucesión; se incluye en la relación de bienes un 25 % indiviso del padrón 1111 y un 10 % indiviso del 2222, y se declaran únicos y universales herederos del causante a sus hijos, JRBV y LBV, sin perjuicio de los derechos de la cónyuge supérstite, MRVM, por sus gananciales (no se proporciona la constancia de la inscripción en el Registro, pero de documentos posteriores

surge que el certificado de resultancias de autos fue inscripto en el Registro el 28.10.2019).

**13.9.2019.** Por escritura que autorizó el Esc. FSB, SBBS, LHBS y LIBS cedieron a XX S. A. (representada por su presidente, JRBV) todos los derechos hereditarios que les correspondían en las sucesiones de sus padres, LBD y BESS. Se excluyen algunos bienes, *pero no los padrones 1111 y 2222*. Queda un saldo de precio (primera copia inscripta el 24.9.2019).

**23.12.2019.** Por escritura que autorizó la Esc. BSC, JRBV y LBV cedieron a YY S. A. (representada por su presidente, LBV) todos los derechos hereditarios que a los primeros correspondía en la sucesión de su padre, JBD. Se excluyen algunos bienes; *entre ellos*, *los padrones 1111 y 2222 referidos*. El precio queda integrado (primera copia inscripta en el Registro el 3.1.2020).

**23.12.2019.** Por escritura que autorizó la misma Esc. BSC, JRBV y LBV cedieron a XX S. A. (representada por su presidente, JRBV) todos los derechos hereditarios que a los primeros correspondía en la sucesión de su padre, JBD. Se excluyen algunos bienes, *pero no los padrones 1111 y 2222*. Queda un saldo de precio (primera copia inscripta en el Registro el 3.1.2020).

**23.4.2020.** Por escritura que autorizó el Esc. AOF, JRBV, LBV y YY S. A. (representada por su presidente, LBV) rectifican el objeto de la cesión otorgada el 23.12.2019, inscripta en el Registro en forma retroactiva a la fecha de su otorgamiento, y *aclaran que lo que se cedió fue el 50 % de los derechos hereditarios en la sucesión de JBD*, sin perjuicio de los bienes excluidos (primera copia inscripta en el Registro el 27.5.2020).

**23.4.2020.** Por escritura que autorizó el Esc. AOF, JRBV, LBV y XX S. A. (representada por su presidente, JRBV) rectifican el objeto de la cesión otorgada el 23.12.2019, inscripta en el Registro en forma retroactiva a la fecha de su otorgamiento, y *aclaran que lo que se cedió fue el 50 % de los derechos hereditarios en la sucesión de JBD*, sin perjuicio de los bienes excluidos (no consta la fecha de la inscripción en el Registro).

**25.6.2020.** Por escritura que autorizó el Esc. FSB, JRBV, LBV, MRVM, YY S. A. (representada por su presidente, LBV) y XX S. A. (representada por su presidente, JRBV) otorgan la partición de los bienes quedados al fallecimiento de JBD. Se adjudica a XX S. A., entre otros bienes, el *50 % de los padrones 1111 y 2222* (no consta la inscripción registral).

**29.9.2020.** Por escritura que autorizó el Esc. RDB, JRBV, LBV, MRVM, YY S. A. y XX S. A, renunciaron a la acción rescisoria por causa de lesión prevista en el artículo 1161 y siguientes del Código Civil.

**17.9.2021.** Por escritura que autorizó el Esc. RDB, SBBS, LHBS y LIBS prometieron vender a XX S. A. todas las cuotas partes indivisas que a los primeros correspondían en el padrón 2222. El documento es observado en el Registro (recordemos que en la compraventa de este inmueble, se estableció que quien adquiría era la sociedad de hecho). La observación se subsana presentando un certificado en el que se establece que «JBD, LHBS y otros»

es un condominio de origen contractual, regido por las normas del Código Civil, por lo que la compra del inmueble debe considerarse realizada por las personas físicas integrantes del condominio, en la cuota parte que a cada uno correspondía; y que, en consideración a la integración de dicha sociedad de hecho, SBBS, LHBS, LIBS y BESS adquirieron el 50 % del inmueble (12,50 % cada uno), y JBD (casado), el restante 50 % (primera copia inscripta en el Registro el 27.9.2021).

**11.2.2022.** Por escritura que autorizó el Esc. RDB, SBBS, LHBS, LIBS y XX S. A. otorgan una declaratoria por la que aclaran que el porcentaje del inmueble prometido en venta en la escritura anterior es el 37,50 % (no consta la inscripción).

## II. Consulta

La consultante observa la documentación por las siguientes razones:

1. Considerando que se vendieron dos veces, simultáneamente, todos los derechos hereditarios en la misma sucesión, la segunda cesión no es válida, por más que luego hayan otorgado declaratoria diciendo que, en realidad, se quiso vender solo la mitad. Una declaratoria solo aclara lo que no haya quedado claro; este no es el caso, ya que la intención de las sociedades fue adquirir «la totalidad de los derechos hereditarios sobre los padrones». El precio no varió.
2. En las declaratorias no se controló el acta de asamblea de accionistas que autoriza la venta del 50 % de los derechos hereditarios a las sociedades (ley de sociedades comerciales, art. 84), por lo que existe, además, nulidad absoluta. Sí se controló el acta en las cesiones originales, en las que se vendía la totalidad; por lo que tampoco le surge del espíritu que la intención de las sociedades haya sido adquirir solo el 50 % de los derechos.
3. Con la partición se pretendió entregar a cada sociedad el 50 % de los bienes referidos; no es el porcentaje que «adquirieron con las declaratorias». Además, los padrones son de origen ganancial —en la mayoría de los padrones, el 25 % corresponde a la cónyuge supérstite que no compareció a las cesiones de derechos hereditarios—, por lo que las sociedades nunca podrían haber adquirido el 50 % en la partición. Asimismo, tampoco puede adjudicárseles a las sociedades el otro 25 %, ya que, a su vez, por la declaratoria que hicieron, venden solo el 50 % de los derechos hereditarios que les correspondían en la sucesión a JRBV y LBV sobre los inmuebles. Por ello, a su entender, cae también la partición.
4. Por otra parte, suponiendo que adquiera la mitad de los derechos hereditarios —lo que a su entender es nulo—, al decir que en realidad vende la mitad, está vendiendo la mitad de todo lo que les corresponde por derecho a los cedentes, por lo que quedó en su patrimonio la mi-

tad restante. Por eso, en la partición quedaron mal las proporciones, ya que los cedentes son dueños de la mitad de los derechos que les corresponderían. Por otro lado, algunos padrones son gananciales; corresponde a la cónyuge supérstite MRVM el 25 %. Por esto, también habría nulidad, ya que se le entregó a cada sociedad cesionaria el 50 % de los bienes en la partición sin tener legitimación, ya que adquirieron —por las cesiones de derechos hereditarios— mucho menos de lo que se les adjudicó en la partición, sin haber ninguna cláusula que las partes propietarias habiliten a que así se haga. Tampoco hubo pago a las demás partes en la partición por parte de las sociedades que adquirieron más de lo que les correspondía recibir; también habría nulidad en este sentido. Todo esto demuestra que lo que se quiso adquirir no es la mitad, sino la totalidad de los derechos hereditarios.

5. Respecto del padrón 2222, al adquirir una sociedad de hecho, sería inexistente (la venta no existió); es como si la promesa de compraventa y la declaratoria que se otorgaron después no existieran tampoco. Además, en la declaratoria comparecen solo las personas físicas que integraban la sociedad de hecho, y dos de ellas se encontraban fallecidas. Comparece además XX S. A., que nada tenía que ver en la compraventa original, a decir que en realidad lo compraron las personas físicas y no la sociedad de hecho, y se establecen porcentajes en que adquiere cada uno; pero ¿cómo saber los porcentajes si en la escritura original no se habla de ellos? En la partición, entonces, quedaría una lesión, ya que este padrón se adjudicó a XX S. A.

## Informe de la Comisión de Derecho Comercial

Dada la amplitud de la consulta realizada y que contiene aspectos que competen a varias de las comisiones técnicas de la AEU, nos centraremos en el análisis de los aspectos estrictamente comerciales, que, a nuestro entender, comprenden los siguientes:

1. Si es necesario una nueva autorización de la asamblea de accionistas de XX S. A. y YY S. A. para las declaratorias otorgadas el 23.4.2020 ante el Esc. AOF.
2. Cuál es la naturaleza jurídica de la sociedad de hecho «JBD, LHBS y otros» y su aptitud para ser titular de bienes, derechos y obligaciones.

### I. Necesidad de una nueva autorización de la asamblea de accionistas de XX S. A. y YY S. A. (ley 16.060, arts. 84 y 388)

Conforme surge de la documentación presentada, el 23.12.2019, en Montevideo, ante la Esc. BSC, se otorgaron dos cesiones de derechos hereditarios

en las que comparecieron las mismas personas físicas: JRBV y LBV. En ambas cesiones, los cedentes son las personas físicas mencionadas, JRBV y LBV; las cesionarias son, en una, XX S. A. (representada por JRBV), y en la otra cesión, YY S. A. (representada por LBV). Estos datos no son menores para la interpretación de la voluntad e intención de las partes. En las dos cesiones se consignó que se cedía la totalidad de los derechos hereditarios que les correspondía a los cedentes en la sucesión de su padre, JBD.

Posteriormente, el 23.4.2020, en Montevideo, se otorgaron dos declaratorias ante el Esc. AOF, en las que comparecieron todos los otorgantes de las cesiones de derechos hereditarios referidas rectificando el error que, a su entender, se había producido: no se pretendió realizar una doble venta sucesiva (C. Civil, art. 1680), sino ceder el 50 % de los derechos hereditarios a cada sociedad.

Se consulta si para el otorgamiento de dichas declaratorias era necesario que se obtuviera una nueva autorización de los accionistas de ambas sociedades, de conformidad con lo previsto en los artículos 84 y 388 de la ley 16.060 (ley de sociedades comerciales, de 4 de setiembre de 1989; en adelante, LSC).

Cedente y representante de las sociedades son la misma persona física; de ahí la necesidad del artículo 84. Además, conforme surge de los dichos de la consultante, JRBV es el único accionista de XX S. A., y LBV, la única accionista de YY S. A., y lo eran al momento de celebrarse la asamblea de accionistas de fecha 23.12.2019 en cada una de las sociedades cesionarias. No puede caber duda de que la voluntad de los cedentes no era ceder la totalidad de los derechos a una sola de las sociedades, sino distribuir esos derechos entre ambas sociedades; es decir, la voluntad de las sociedades era adquirir, entre ambas, la totalidad de los derechos hereditarios.

De esta manera, las autorizaciones que las asambleas de accionistas de ambas sociedades confirieron el 23.12.2019 no comprendían la totalidad de los derechos en la sucesión de JBD: ambos cedentes sabían que ese mismo día iban a realizarse dos cesiones a dos sociedades diferentes de las que ellos eran únicos integrantes de sus directorios; como tales, debieron incluso presidir las asambleas (LSC, art. 353).

Por su parte, adviértase que en el control que la Esc. BSC realiza del acta de asamblea de accionistas en cada una de las cesiones de derechos hereditarios no menciona porcentaje, sino que se consigna: «Tuve a la vista el acta de asamblea general extraordinaria de accionistas de la sociedad, celebrada en Montevideo, el 23 de diciembre de 2019, por la cual se resolvió por unanimidad la adquisición de los derechos hereditarios relacionados y se autorizó a JBD a contratar con la sociedad, en cumplimiento del artículo 84 de la ley 16.060» (la única variación en la otra cesión es que se autoriza a LBV); es correcta la constancia desde el punto de vista técnico y dicho control se ajusta a la cesión del 50 % de los derechos hereditarios, que se rectifica por declaratoria posterior.

Por último, no debe perderse de vista que, conforme surge del artículo 1301 del Código Civil, «los hechos de los contrayentes, posteriores al contrato, que tengan relación con lo que se discute servirán para explicar la intención de las partes al tiempo de celebrar el contrato». En el caso de la consulta, los cedentes celebraron una cesión de derechos hereditarios a favor de YY S. A. y, acto seguido, celebraron otra cesión, a favor de XX S. A. No hay duda de que el otorgamiento de la segunda cesión, por las mismas personas físicas como cedentes, es un hecho posterior que confirma que en la primera cesión no se tuvo voluntad de ceder la totalidad de los derechos hereditarios. Los hechos posteriores de los otorgantes ratifican que la intención de cedentes y cesionarios era transferir los derechos hereditarios en la sucesión del causante a dos sociedades y no a una exclusivamente.

## II. Naturaleza jurídica de la sociedad de hecho «JBD, LHBS y otros» y aptitud de la sociedad de hecho para ser titular de bienes, derechos y obligaciones

A fin de determinar si la sociedad de hecho «JBD, LHBS y otros» es una sociedad civil o comercial, corresponde analizar la naturaleza —civil o comercial— de su objeto; en particular, el giro con el que se encuentra registrada ante los organismos fiscales (Banco de Previsión Social y Dirección General Impositiva). Y nos remitimos al giro en este caso porque, tratándose de una sociedad de hecho, no tiene acto constitutivo por escrito del que pueda surgir el objeto de la sociedad, de manera que la actividad a la que se dedica necesariamente surgirá del giro registrado ante dichos organismos.

Para el caso de que esta sociedad tenga por objeto la propiedad o tenencia de inmuebles o se dedique a la explotación agropecuaria —citamos estos ejemplos por el tenor de la consulta—, la sociedad de hecho será de naturaleza civil, puesto que, conforme al artículo 516, numerales 1.º y 3.º del Código de Comercio, queda fuera de la órbita comercial todo lo relativo a bienes inmuebles —excepto la actividad de corretaje, prevista en el artículo 7.º del Código de Comercio— y actividad agropecuaria.

Para que la sociedad de hecho tenga naturaleza comercial se requiere que su giro comprenda alguno de los actos de comercio regulados en el recién referido artículo 7.º del Código de Comercio. Si así lo fuese, la sociedad de hecho comercial tendría personería jurídica (LSC, art. 42, inc. final) y se regularía por los artículos 36 a 43 de la citada norma; si se tratara de una sociedad de hecho civil, se regularía por las normas del Código Civil sobre sociedades civiles y no tendría personería jurídica, salvo las sociedades civiles con objeto agrario, reguladas por el artículo 21 de la ley 17.777,[73] y

73 Ley 17.777, de regulación de las sociedades, asociaciones y sociedades civiles con objeto agrario, de 21 de mayo de 2004, artículo 21: «(*Sociedades civiles con objeto agrario*). Las sociedades civiles con contrato escrito que tengan exclusivamente objeto agrario tendrán personería jurídica desde el momento de su constitución. [=] La personería tendrá

las sociedades civiles de propiedad horizontal,[74] que sí tienen personería jurídica. Pero en el caso de la consulta, aunque fuera una sociedad con objeto exclusivo agrario, no ingresaría en la categoría del artículo 21 porque se exige «contrato por escrito», y la sociedad de hecho presenta, como nota distintiva, la ausencia de documento constitutivo por escrito.

Sin perjuicio de la naturaleza civil o comercial de la sociedad, debe señalarse que, en ambos casos, la sociedad de hecho puede adquirir bienes o derechos.

En el caso de la sociedad de hecho comercial, su personería jurídica está prevista expresamente por el legislador en el artículo 42, inciso final de la LSC, como ya mencionamos. En el caso de sociedades de hecho de naturaleza civil, nos encontramos con que el legislador, salvo en las sociedades con objeto agrario, no se pronunció sobre si las sociedades civiles tienen o no personería jurídica, dando lugar a diferentes posiciones doctrinarias. Actualmente, la doctrina mayoritaria (MOLLA, 1983; GUERRA, 2007; ASOCIACIÓN DE ESCRIBANOS DEL URUGUAY, 1985), a la que adherimos, sostiene que no tienen personería jurídica (BERDAGUER, 2007).

La ausencia de personería jurídica no impide que la sociedad de hecho civil tenga autonomía patrimonial, al decir de MOLLA y CAFARO (ASOCIACIÓN DE ESCRIBANOS DEL URUGUAY, 1985: 196), y que, por lo tanto, pueda ser titular de bienes, derechos y obligaciones, conformando un patrimonio diferente del de sus socios. En tal sentido, también se han pronunciado las comisiones de Derecho Civil y Derecho Agrario de la AEU (ASOCIACIÓN DE ESCRIBANOS DEL URUGUAY, 2019: 446 a 448 y 457). No ingresaremos en el análisis de la sociedad de hecho de naturaleza civil porque es un tema que excede esta comisión, pero no podíamos dejar de mencionar su aptitud para ser titular de relaciones jurídicas.

vigencia también para las sociedades referidas constituidas antes de la vigencia de la presente ley, pero sin efecto retroactivo y en ningún momento afectará los derechos de los terceros constituidos con anterioridad a dicha vigencia. Los socios tendrán responsabilidad ilimitada y responderán en partes iguales, cualquiera fuera su participación en el contrato y no será subsidiaria a la de la sociedad».

74 Decreto-ley 14.804, de regulación del funcionamiento de las sociedades civiles de propiedad horizontal, de 14 de julio de 1978, artículo 1.º: «(*Personería jurídica*). Las sociedades constituidas de acuerdo a lo previsto en el Código Civil que se convinieren con el objeto de construir un edificio bajo el régimen de propiedad horizontal (ley 10.751, de 25 de junio de 1946, y sus modificativas) y que cumplieren, además, con lo establecido en la presente ley gozarán de personería jurídica desde la inscripción del referido contrato en el Registro de Inhibiciones».

## III. Conclusiones

1. No debieron obtenerse nuevas autorizaciones (LSC, arts. 84 y 388) de la asamblea de accionistas de XX S. A. y de YY S. A. para las declaratorias otorgadas el 23.4.2020, ante el Esc. AOF.
2. En nuestro ordenamiento jurídico, la sociedad de hecho, sea de naturaleza civil o comercial, puede ser titular de bienes, derechos y obligaciones. En el caso de sociedades de hecho civiles, el hecho de que tengan o no personería jurídica —según los casos— no modifica la conclusión anterior.

Esc. Virginia Oddone
Informante

### Bibliografía referida


Asociación de Escribanos del Uruguay (1985). Comisión de Derecho Civil (informantes: Roque Molla y Eugenio Cafaro). Consulta técnica. En *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, tomo 71, n.º 1-6 (ene.-jun.), pp. 192-201.

— (2019). Comisiones de Derecho Agrario (informante: Tabaré Rodríguez de Almeida) y de Derecho Civil (informante: Roque Molla). «Sociedad civil. Sociedad agraria. Persona jurídica. Sucesiones. Socio». En *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, tomo 105, n.º 1-12 (ene.-dic.), pp. 443-457.

Berdaguer, Jaime (2007). *La sociedad civil, ¿es sujeto de derecho? El condominio, la copropiedad horizontal, la comunidad en mano común, ¿son sujetos de derecho?* Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.

Guerra, Enrique (2007). *Asociaciones y sociedades agrarias*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.

Molla, Roque (1983). «Sociedades de hecho y regulares». En *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, tomo 69, n.º 10-12 (oct.-dic.), pp. 611-628.


Los Escs. Estela Baum, Fanny Rodríguez, Valentín Pérez, Analía García, M.ª Eugenia Guichón, Nicolás García, Priscilla Ferreira, Graciela Torres, Daniella Cianciarulo y Virginia Oddone aprueban el informe que antecede.

Esc. Daniella Cianciarulo
Coordinadora

# Informe de la Comisión de Derecho Civil

## I. Negocio de fijación

El artículo 1294 del Código Civil consigna: «Las partes pueden por mutuo consentimiento extinguir las obligaciones creadas por los contratos y retirar los derechos reales que se hubieren transferido; y pueden también por mutuo consentimiento revocar los contratos por las causas que la ley autoriza». Este artículo constituye el fundamento legal del denominado *negocio de fijación* o *de acertamiento*. Entiéndese por tal el negocio declarativo que, tomando como base una situación jurídica preexistente, la precisa en su contenido y efectos (no la crea ni extingue). Sus efectos son retroactivos entre partes, para el futuro, con relación a terceros.

El negocio de fijación acierta la relación, la determina en su contenido y límites, eliminando así la disidencia entre la voluntad real y la declarada. La fijación puede darse simplemente fijando la situación tal cual existía y aun modificándola para adecuarla a la realidad.

Desde otra perspectiva de análisis, Cariota Ferrara (1956: 243 y ss., cit. por Asociación de Escribanos del Uruguay, 2018) expresa que el negocio de fijación está admitido y es válido como negocio declarativo con tal de que haya coincidencia entre la relación tal como se ha fijado y la relación tal como era; la causa justificadora se halla en la eliminación de la incerteza. Por tanto, en ejercicio de la autonomía privada o de la voluntad, es posible que las partes no modifiquen el contrato, sino que fijen el verdadero contenido, por imprecisiones, ambigüedades o errores que hayan ocurrido al declarar.

Puede ocurrir que el proceso de formación de la voluntad en un negocio jurídico se encuentre viciado por el error. En cuanto a los efectos que produce el error, la doctrina ha distinguido entre el *error vicio* y el *error obstáculo*: en el primero, la voluntad del contenido se forma correctamente, pero, por error, la voluntad de la declaración se encuentra viciada; en el segundo, el error se encuentra en la identidad del objeto sobre el que recae el negocio.

Gamarra (1979: 27), fundando su postura en el artículo 1271, numerales 1.º y 2.º del Código Civil, entiende que el error en la identidad del objeto produce como efecto la *nulidad absoluta*, porque no existe realmente un acuerdo de voluntades. Miranda (1973: 137), en cambio, en posición que compartimos, entiende que tanto el error obstáculo, que recae sobre la identidad específica del objeto, como el error vicio están sancionados por la *nulidad relativa* (C. Civil, arts. 1270, 1271, 1560 y 1568); y es relativa porque el vicio solo interesa en esos casos a los particulares, sin que esté en juego el orden legal o el orden público.

Dice Molla que el negocio de fijación es un tipo de negocio jurídico «de segundo grado», porque supone la existencia de una relación jurídica previa. Expresa el autor (1996: 56):

> Hablamos de la naturaleza declarativa para el negocio de fijación. Dijimos que tiene el presupuesto de eliminar la incertidumbre. Sí, es posible esto. Es posible que determinadas situaciones, relaciones jurídicas, una vez convenidas, no establezcan el fiel reflejo de la voluntad; esto es, que haya una divergencia o una discordancia entre la voluntad y la declaración. Las partes quisieron algo, declararon otra situación y, advertidos de ello, pretenden «asertar».

Pero los terceros solo tienen a la vista lo único que pueden tener: la apariencia de determinada situación. Por lo que, dice el autor, es preciso respetar el efecto que produjo la apariencia y, por ello, es necesario tener en cuenta la «infección» que pueda tener el derecho que ahora se ha pretendido volver a su situación verdadera. O sea, es negocio declarativo, pero no tiene el efecto retroactivo real que tiene la partición, que provoca el cese, la desaparición de la indivisión, como si nunca hubiera existido.

La retroactividad real solo podemos aplicarla con norma expresa. Para la doctrina tradicional, el negocio declarativo necesariamente va con el efecto retroactivo. La doctrina italiana, en cambio, disoció los dos conceptos: es posible un negocio declarativo que no tenga efecto retroactivo. Agrega Molla (1996: 58):

> De todas formas, si este negocio es declarativo porque no está constituyendo, sino declarando algo —lo está acertando, no está introduciendo ningún elemento nuevo—, en función del respeto al principio de apariencia y a la situación de la responsabilidad que compete a las partes por esa actividad primera que provocó la posibilidad del negocio —es decir, la incertidumbre—, se tiene que arriar —en buen romance— con el resultado o con las consecuencias que derivan de haber brindado, de haber hecho salir a la luz una determinada situación que no era la querida. Por esto, entonces, para nosotros es declarativo y no dispositivo; pero en la medida de darse hechos que agreden a la situación que está apareciendo como aparentemente verdadera, va a haber que respetarlas.

En definitiva, entre las partes se elimina la incerteza, con efecto retroactivo. Respecto de los terceros que hayan adquirido derechos con anterioridad, el negocio de fijación le es inoponible.

## II. La sociedad de hecho

La sociedad de hecho con objeto comercial es persona jurídica, por lo que si se considerara que, en el caso, se trató de una sociedad que tuviera dicho objeto, nos remitimos al informe de la Comisión de Derecho Comercial. Partiendo del supuesto de que, en el caso, no había un objeto comercial, este capítulo se centrará en desarrollar el concepto de *sociedad de hecho* y

determinar los elementos que deben presentarse para poder concluir que existe una sociedad civil.

El Banco de Previsión Social informa, en su página web, que la inscripción de sociedades de hecho es una inscripción realizada en forma asociativa entre dos o más personas físicas o jurídicas no necesariamente documentada por escrito; que requiere, a tales efectos, únicamente la presentación de los formularios 0351 y 0352, de personas físicas o jurídicas vinculadas, acompañados de certificado notarial en el que consten los datos de los integrantes.

Expresa Molla (1983) que el ordenamiento jurídico somete a juicio de valor las relaciones —entendiendo por tales toda vinculación entre al menos dos sujetos— y califica de «jurídicas» aquellas que, en función del examen realizado, deben recibir tutela legal. Continúa diciendo el autor (1983: 611-612):

> El concepto *sociedad* lleva ínsito el de *manifestación de voluntad*, que tipifica los negocios jurídicos. Por lo tanto, constituye una antinomia emplear la expresión «sociedad de hecho», ya que el primer vocablo solamente puede vincularse a conductas ajustadas a derecho. En definitiva, o el consentimiento existió y, en consecuencia, unido a los demás elementos reclamados por la ley, nació el negocio, o faltó dicho consentimiento y la situación escapa al tipo *sociedad*.

Nuestro Código Civil habla de «sociedad de hecho» en los artículos 1881 y 1882, que regulan aspectos de una sociedad de hecho que no nació a la vida jurídica. Esto es, si existe consentimiento, no estamos ante una sociedad de hecho, sino ante un contrato de sociedad consensual, que se regulará conforme al Código Civil o la LSC, según sea su objeto.

Para que exista sociedad civil debemos demostrar que hay un acuerdo de voluntades, un consentimiento, y que se efectuaron aportes con miras a repartirse beneficios (C. Civil, arts. 1876 y 1877).

Si el giro de la sociedad de hecho comprende alguno de los actos de comercio regulados en el Código de Comercio, tiene personería jurídica (LSC, art. 42, inc. final). Si la sociedad de hecho tiene por objeto la propiedad o tenencia de inmuebles o se dedica a la explotación agropecuaria, es de naturaleza civil y no tiene personería jurídica, salvo las sociedades civiles con objeto agrario a que refiere el artículo 21 de la ley 17.777, que requieren contrato escrito, y las sociedades civiles de propiedad horizontal reguladas en el artículo 1.º del decreto-ley 14.804, que requieren contrato inscripto en el Registro.

Expresa Anido (1991: 25):

> En materia de sociedad, estamos ante un patrimonio autónomo. Sin embargo, ello no quiere decir que se trata de una persona jurídica. Tampoco estamos diciendo que sea un condominio organizado. Es verdad que la sociedad de hecho —la sociedad civil, en este caso— no es persona jurídica, pero tampoco es un condominio.

> […]
> Cuando hablamos de *condominio*, nos referimos a derechos reales, a la cotitularidad del derecho de propiedad. Ella es tal que, de acuerdo con el artículo 489, forma un vínculo tal con su titular que no puede romperse sin hecho suyo. Y, sin embargo, en este caso, la persona no puede enajenar, arrendar ni partir el bien en cualquier momento, ya que debe atenerse necesariamente a lo que resulta del contrato de sociedad que lo vincula.

Refiriéndose a los criterios con los que debemos manejarnos para distinguir la *comunidad* de la *sociedad*, ya sea civil o comercial, dice Anido que al respecto hay varios: «El primero de ellos es el de la *finalidad* […]. Cuando constituyo la sociedad, la finalidad es obtener lucro; hago aportes con el objetivo de obtener beneficios. […] No se cae en la comunidad con la finalidad de obtener beneficios» (1991: 25). Otro criterio se relaciona con los *atributos* (Anido, 1991: 26):

> Si los atributos son limitados, es claro que estamos ante una sociedad. […] En cambio, si el interés individual es superior, si cada comunero puede disponer de su cuota, puede usar y gozar de ese bien o enajenarlo, es claro que no estamos ante una sociedad, sino ante una comunidad.
> También se ha manejado el criterio de si tenemos un derecho *real* o un derecho *personal* [comunidad en el primer caso, sociedad en el segundo].

Otro elemento es la *causa impulsiva* (Anido, 1991: 26):

> Si la causa impulsiva es obtener una mayor ganancia o un mayor lucro, estaremos ante una sociedad; si la causa impulsiva no es una mayor productividad, estaremos ante una comunidad.
> […]
> Otro criterio es acudir a la *affectio societatis*. Si hay una intención en los coindivisarios de obligarse o de ligarse como socios, tendríamos sociedad; si la intención no existe, tendríamos comunidad.

El autor continúa refiriéndose a otros criterios para distinguir *sociedad* de *comunidad*. En el caso de la sociedad, la base del vínculo es un acuerdo de voluntades, lo que no es necesario en el caso de la comunidad. La comunidad es transitoria, porque va camino a la partición, sobre la que no puede haber pacto en contra. En la sociedad, como se está vinculado por un contrato, no puede hacerse uso de la acción divisoria, salvo cláusulas expresas; en la comunidad, en cambio, en cualquier momento puede hacerse uso de tal acción.

Anido se pregunta, no estando seguro acerca de si se encuentra ante una simple indivisión o ante una sociedad, cuál sería el criterio rector. Y se responde, siguiendo al español Brioso Escobar (1980), que en caso de duda, debe primar el criterio de que me encuentro ante una simple comunidad; me tienen que probar que estoy ante una sociedad, ya que la regla es que exista la indivisión poscomunitaria o la comunidad. Para que haya sociedad, debe probarse que se dan los requisitos esenciales a ese tipo de contrato.

Si se trata de un condominio, cabe referirnos al desarrollo del tema realizado por Berdaguer (2007). Señala este autor que los principales caracteres de los derechos que tiene cada condómino son:

— cada uno tiene derecho al uso y goce personal de la cosa común;
— cada uno necesita el consentimiento de los demás para realizar un acto de administración sobre la cosa;
— cada condómino puede disponer libremente de su derecho de cuota;
— el estado de condominio es esencialmente resoluble y está sujeto a que cualquiera de los condóminos pueda solicitar la partición.

Si bien cada condómino individual solo tiene un «derecho de cuota» —solo el «grupo» tiene sobre la totalidad del bien los poderes absolutos del verdadero propietario—, el autor se aparta de la argumentación de Carnelutti, quien entiende que, constatado que el grupo es sujeto de un derecho en antítesis de los sujetos singulares, el grupo es persona; y porque no es una persona física, entonces debe ser una persona jurídica. Expresa Berdaguer (2007) que en los casos en que el legislador se pronuncia expresamente respecto de la calidad de sujeto de derecho de cierto grupo, en lugar de quedarse con la idea simple de que, según la teoría general —acorde con el pensamiento de Carnelutti—, con ello sería suficiente, la ley le adiciona el elemento «capacidad jurídica» y su corolario, el patrimonio; y que la consecuencia de adicionarle dichas notas al concepto de *sujeto* provoca que, en el plano del derecho positivo, el condominio no pueda ser calificado como sujeto de derecho.

## III. La partición

Es presupuesto de la partición un estado de indivisión, cualquiera sea su origen. Necesariamente, la partición debe ser otorgada por los comuneros.

La partición supone tres clases de elementos: *a*) el *subjetivo*, constituido por una pluralidad de personas que tienen un derecho cualitativa, no cuantitativamente igual, sobre el segundo elemento; *b*) el *objetivo*, o sea, uno, varios o incluso una universalidad de bienes sobre los que los distintos titulares coparticipan entre sí, y *c*) el *jurídico*, el título que genera la relación de cada copartícipe con las cosas y con los demás comuneros, y que debe ser de igual calidad (aunque, como se dijera, puede ser de un monto cuantitativo bien diverso). La conjunción de estos tres elementos determina la existencia de un estado de *comunión* o de *comunidad jurídica*.

El vicio más característico de la partición es la *lesión*; en nuestro derecho, esta no es vicio en general (art. 1277), sino que se reserva para aquella. En materia de partición rige el principio de igualdad: se excluye todo ánimo de ventaja o de lucro. Todas las particiones, excepto las hechas por el difunto, pueden ser rescindidas por causa de lesión en más de la cuarta parte, atendiendo al valor de las cosas cuando fueron adjudicadas (C. Civil, art. 1161); pero nada obsta a que los otorgantes renuncien a dicha acción.

Expresa Arezo (2005: 48 y ss.) que la renuncia a la acción rescisoria no puede incluirse en la misma partición, ya que, si el copartícipe ignora el vicio, no puede renunciar a algo que desconoce. Distinta es la opinión de Villar (2019), para quien la renuncia a tal acción sí puede incluirse en la misma partición.

## IV. El caso planteado

**1.** En primer lugar, nos referiremos a los *negocios de fijación* otorgados el 23.4.2020 ante el Esc. AOF, que las partes llamaron «declaratoria». Las dos cesiones de derechos hereditarios celebradas el mismo día y ante la misma escribana fueron otorgadas por las mismas personas físicas como cedentes.

Nos dice el artículo 1301 del Código Civil: «Los hechos de los contrayentes, posteriores al contrato, que tengan relación con lo que se discute servirán para explicar la intención de las partes al tiempo de celebrar el contrato». La segunda cesión de derechos hereditarios, otorgada por las mismas personas que la primera, referida a una única sucesión, la de JBD —siendo las dos cesionarias sociedades cuyos representantes son los propios cedentes—, nos confirma que no se pretendió ceder dos veces los mismos derechos, sino que, en la primera, se pretendió ceder una parte y, en la segunda, otra.

Tal vez el error en la voluntad declarada se debió a que en cada cesión se excluyeron diferentes bienes y, por lo tanto, se interpretó que bastaba con decir, en una, que cedían los derechos excluyendo tales bienes y, en la otra que los cedían excluyendo otros. Por eso, el 23.4.2020, en sendas «declaratorias», los otorgantes de las cesiones de derechos hereditarios precisan la relación jurídica preexistente en su contenido y efectos, eliminando la incertidumbre: porque existía una discordancia entre la voluntad real y la declarada (con efecto retroactivo entre ellas a la fecha del otorgamiento de dichos actos).

No está en juego el orden público, y quedan a salvo los derechos de los terceros, ya que, respecto de ellos, el negocio de fijación surte efectos para el futuro.

Por lo expuesto, no se comparte la opinión de la consultante de que no es válida la segunda cesión.

**2.** Respecto de la llamada «sociedad de hecho», entendemos que, conforme a la documentación aportada, no existen elementos que nos permitan concluir que en el caso existía una sociedad. Y en la duda, nos inclinamos por entender que quienes adquirieron fueron las personas físicas en comunidad. Así lo entendieron los herederos de BESS al incluir en la relación de bienes de la sucesión una quinta parte indivisa del padrón 2222; así también, los herederos de JBD al incluir en la relación de bienes un 10 % de dicho inmueble. Y así fue que el Esc. RDB extendió un certificado notarial a los efectos de subsanar la observación del documento otorgado el 17.9.2021.

Por ello, no se comparte la opinión de la consultante de que la venta del padrón 2222 no existió, y tampoco la promesa de compraventa y la declaratoria posterior. En la declaratoria otorgada el 11.2.2022, ante el Esc. RDB, las partes no se refieren a la compraventa original, sino que aclaran que el porcentaje del inmueble prometido en venta es el 37,50 %, lo que es correcto. Porque entendemos que, en el caso, se trataba de un condominio, y en base al control efectuado por el escribano en la compraventa del inmueble celebrada el 9.1.2013, que la intención fue que JBD adquiriera el 50 %, y los herederos de LBD y la cónyuge supérstite, el otro 50 %. Cuando los herederos de BESS ceden a XX S. A. todos los derechos hereditarios que les correspondían en dicha sucesión, sin excluir el padrón 2222, en el activo estaba incluido el 12,5 % que a dicha causante correspondía en el inmueble.

Nuevamente, nos encontramos con un negocio de fijación. En este, las partes clarifican el objeto de la promesa y establecen que es el 37,50 % del bien.

**3.** Respecto de la partición otorgada el 25.6.2020, en la que se parten los bienes quedados al fallecimiento de JBD, es preciso aclarar que sus herederos ya no tenían cuota en los inmuebles padrones 2222 y 1111, puesto que cuando le cedieron los derechos hereditarios a XX S. A., no excluyeron estos inmuebles. Pero como quien resultó ser adjudicataria del 50 % de los referidos bienes es justamente esa sociedad, que ya era propietaria de dicho porcentaje, nada hay que cuestionar. En todo caso, la partición, acto esencialmente declarativo, en nada afecta el título que ya tenía la sociedad. Y si incluir dicho porcentaje en el activo a repartir incidió en la formación de los lotes, tampoco tenemos nada que cuestionar, ya que los otorgantes, en el pleno ejercicio de sus derechos, renunciaron en acto posterior a la acción rescisoria por causa de lesión. Por ello, tampoco compartimos los cuestionamientos que la consultante hace a la partición.

## V. Conclusión

De acuerdo con la documentación presentada, y como resultado de la tarea interpretativa realizada, se concluye que el título de los padrones referidos no merece observaciones.

Escs. M.ª Beatriz Vázquez de León
y Agustina Ferreira Vázquez
Informantes

## Bibliografía referida


Anido Bonilla, Raúl (1991). «La sociedad de hecho entre cónyuges separados de bienes». En *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, tomo 77, n.º 1-6 (ene.-jun.), pp. 23-34.

Arezo Píriz, Enrique (2005). «Partición en fraude de los acreedores». En *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, tomo 91, n.º 1-12 (ene.-dic.), pp. 43-65.

Asociación de Escribanos del Uruguay (2018). Comisión de Derecho Civil (informante: M.ª Adriana Silva Fierro). «Error. Compraventa. Declaratoria. Negocio de fijación. Autonomía de la voluntad». En *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, tomo 104, n.º 1-12 (ene.-dic.), pp. 331-334.

Berdaguer, Jaime (2007). *La sociedad civil, ¿es sujeto de derecho? El condominio, la copropiedad horizontal, la comunidad en mano común, ¿son sujetos de derecho?* Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.

Brioso Escobar, Enrique (1980). «Cuestiones sobre la comunidad de derecho romano y la facultad de pedir la división». En *Revista de Derecho Notarial*, vol. cvi, n.º 1-3 (ene.-mar.), pp. 21-30.

Cariota Ferrara, Luigi (1956). *El negocio jurídico*. Madrid: Aguilar.

Gamarra, Jorge (1979). *Tratado de derecho civil uruguayo*, tomo xiii, 3.ª ed. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.

Miranda, Fernando (1973). *Derecho práctico y teórico. Algunas consultas*. Montevideo: Asociación de Escribanos del Uruguay.

Molla Camacho, Roque (1983). «Sociedades de hecho y regulares». En *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, tomo 69, n.º 10-12 (oct.-dic.), pp. 611-628.

— (1996). «Negocio de fijación». En *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, tomo 82, n.º 1-12 (ene.-dic.), pp. 49-60.

Villar, Juan Pablo (2019). «Validez de la renuncia genérica a la acción rescisoria de la partición por causa de lesión incluso en el mismo acto particionario». En *Anuario de Derecho Civil Uruguay*, tomo l, pp. 745-757.


La Comisión de Derecho Civil, integrada por los Escs. Américo Bianchi, Karen Bonner, Sabrina Buono, Javier Carneiro, M.ª Inés Casatroja, Daniella Cianciarulo, Marcela de los Santos, Agustina Ferreira, Nicolás García Rodríguez, Carlos Groisman, Adriana Inciarte, Ana Irabedra, Mónica Jover, M.ª del Rosario Marchese, M.ª Valentina Martínez, Francisco Mastropierro, Roque Molla, Margarita Puertollano, M.ª del Pilar Ramírez, Ana Realini, Patricia Rivas, Diego Séré, Adriana Silva, M.ª Beatriz Vázquez y Juan Pablo Villar, aprueba las conclusiones a las que se arriba en el informe que antecede. El Esc. Juan Pablo Villar deja constancia de

que aprueba el informe, sin perjuicio de que, a su entender, la renuncia a la acción rescisoria por lesión es válida aunque se otorgue en la misma escritura de partición.

Escs. Roque Molla
y Juan Pablo Villar
Coordinadores

*Informes aprobados por la Comisión Directiva Nacional de la AEU el 12.12.2023, expediente 2880/2023.*

## PARTICIÓN. PARTICIÓN PARCIAL. DISOLUCIÓN DE LA SOCIEDAD CONYUGAL. INDIVISIÓN POSCOMUNITARIA

Resumen

*El otorgamiento de particiones parciales no crea un nuevo estado de indivisión.*

Informe: Civil

### Consulta

### I. Exposición de los hechos

**1.** Por escritura de compraventa autorizada el 11.7.1995, SMRC y NGSAS, casados entre sí en únicas nupcias bajo el régimen legal de bienes, adquieren el bien inmueble padrón 0000.

**2.** Por sentencia dictada el 28.8.1997 por el Juzgado Letrado de Familia de … Turno, se decretó la disolución de la sociedad conyugal existente entre los cónyuges SMRC y NGSAS.

**3.** En 2007, los cónyuges procedieron a partir los bienes quedados en indivisión por la disolución de la sociedad conyugal. Por escritura autorizada el 30.3.2007, SMRC y NGSAS, cónyuges entre sí en únicas nupcias y separados judicialmente de bienes, otorgan *partición*, en virtud de la indivisión poscomunitaria existente hasta ese momento.

— El cuerpo general de bienes incluyó: *a*) *Activo*: totalidad (100 %) del padrón 0000 (valor estimado por los copartientes: USD 40.000); tota-

lidad (100 %) del paquete accionario de una sociedad anónima (valor estimado por los copartientes: USD 6.000), y la suma de USD 6.000. *b*) *Pasivo*: no hay.

— Correspondió a cada uno de los copartientes la suma de USD 26.000.

— *Hijuela de SMRC*. Se le adjudicó y dio en pago al cónyuge SMRC: la mitad indivisa (50 %) del padrón 0000 y la totalidad (100 %) del paquete accionario de la sociedad. La suma total de lo adjudicado ascendió a USD 26.000.

— *Hijuela de NGSAS*. Se le adjudicó y dio en pago a la cónyuge NGSAS: la mitad indivisa (50 %) del padrón 0000 y la suma de USD 6.000. La suma total de lo adjudicado ascendió a USD 26.000.

— Dicha partición se inscribió de forma definitiva.

**4.** Por sentencia dictada el 9.10.2018 por el Juzgado Letrado de Familia de … Turno, se decretó la disolución del vínculo matrimonial existente entre SMRC y NGSAS.

**5.** Por escritura de *partición* autorizada el 31.7.2019, los ahora excónyuges SMRC y NGSAS otorgan una segunda partición, fundados en esta oportunidad, nuevamente, en la indivisión generada por la disolución de la sociedad conyugal (recordar que la sociedad conyugal se disolvió en 1997 y que ya había operado partición en 2007).

— El cuerpo general de bienes incluyó: *a*) *Activo*: mitad indivisa (50 %) del padrón 0000 (valor estimado por los copartientes: USD 130.000); bonos del tesoro descriptos en la referida escritura (valor estimado por los copartientes: USD 123.000), y el 50 % de inversión en póliza individualizada en dicha escritura (valor estimado por los copartientes: USD 7.000). *b*) *Pasivo*: no hay.

— Correspondió a cada uno de los copartientes la suma de USD 130.000.

— *Hijuela de SMRC*. Se le adjudicó y dio en pago a SMRC: la totalidad (100 %) de los bonos del tesoro relacionados en la escritura y el 50 % de la póliza (100 % de lo incluido). La suma total de lo adjudicado ascendió a USD 130.000.

— *Hijuela de NGSAS*. Se le adjudicó y dio en pago a NGSAS: la mitad indivisa (50 %) del padrón 0000. La suma total de lo adjudicado ascendió a USD 130.000.

— Dicha partición fue inscripta de forma definitiva.

**6.** En la actualidad se proyecta enajenar por título compraventa y modo tradición el inmueble de referencia. A la consultante, la escribana designada por la parte compradora, la presente titulación le merece las observaciones que se dirán.

## II. Opinión de la consultante

La consultante entiende que, en el caso concreto, disuelta la sociedad conyugal en 1997 y celebrada la partición de 2007, se produjo el cese de la indivisión poscomunitaria. Cada uno de los entonces cónyuges poseía

la mitad indivisa (50 %) del bien inmueble padrón 0000, y cada una de esas mitades era de naturaleza propia de SMRC y NGSAS.

Al otorgarse la segunda partición (2019), se incluye en el cuerpo general de bienes la mitad indivisa (50 %) del padrón de referencia, ya propio de SMRC. Si bien es cierto que a esa fecha existía indivisión entre SMRC y NGSAS respecto del inmueble objeto de esta consulta, la consultante considera que no tenía por origen la indivisión poscomunitaria: no era producto de la disolución de la sociedad conyugal, sino de la partición ya otorgada. No correspondía, pues, otorgar una segunda partición (2019), fundándose nuevamente en la indivisión producto de la disolución de la sociedad conyugal, e incluir en su activo el 50 % del padrón de referencia.

## III. Se consulta

¿Quién o quiénes son en la actualidad los propietarios del padrón de referencia y en qué proporciones? ¿Cómo corresponde proceder hoy para subsanar la titulación, de forma tal que NGSAS sea considerada, de manera inequívoca, la propietaria del inmueble (100 %) padrón 0000, a efectos de enajenarlo?

### Informe de la Comisión de Derecho Civil

La *partición* puede definirse como un negocio jurídico por el que se pone fin a un estado de indivisión, ya fuere este sucesorio, poscomunitario o de otro origen. Arezo (2010) describe la partición como un negocio jurídico, un proceso o una coordinación de ambos que tiene por finalidad hacer cesar, en todo o en parte, un estado de comunidad, sustituyendo la cuota alícuota de todos o algunos de los comuneros por un derecho exclusivo sobre una porción de los bienes objeto de la comunidad o de su valor en dinero. Dentro de las distintas clases de partición tenemos la *extrajudicial*, celebrada cuando existe acuerdo unánime de todos los interesados, y la *judicial*, cuando no existe tal acuerdo (C. Civil, art. 1132).

Toda partición puede, asimismo, calificarse como *parcial* o *total*. La partición *total* es aquella que sucede cuando son objeto de la partición todos los bienes que integraban la comunidad, con la participación siempre necesaria de todos los sujetos titulares de sus respectivas cuotas. Al decir de Arezo, el efecto normal y general de la partición es la sustitución de la anterior situación de los comuneros —o de parte de ellos— de comunidad o derechos concurrentes sobre un mismo objeto por un derecho exclusivo o solitario sobre parte de lo que constituye el caudal partible. La partición *parcial*, en cambio, puede ser *subjetiva* u *objetiva*, según tenga por objeto partir parte de la masa y conservar los mismos comuneros con respecto al resto

(partición parcial *objetiva*), o la salida de uno o más comuneros del estado de comunidad (partición parcial *subjetiva*).

Se han suscitado dudas acerca de si la partición parcial genera o no una nueva comunidad o indivisión entre los comuneros que permanecen. La *doctrina universal* es pacífica en entender que la indivisión puede cesar en forma total o parcial, pero el efecto declarativo de las particiones se retrotrae necesariamente al momento en que se ingresó por todos al estado de comunidad, y así, *los coindivisarios que permanecen continúan en la misma indivisión originaria*. También puede suceder que salgan de la comunidad alguno de los comuneros (partición parcial subjetiva); por ejemplo, los comuneros podrían optar por adjudicarse bienes por estirpe y atribuir a cada estirpe —integrada por dos o más comuneros— algunos de los bienes, y aun en este caso, si bien la comunidad es ahora más reducida respecto a esos bienes, *continúa la misma indivisión* con los integrantes de la estirpe, excluyendo a los demás copartientes.

Informes previos de esta comisión (Asociación de Escribanos del Uruguay, 1992; 2002) coinciden en lo antedicho en cuanto a que se mantiene el referido estado de indivisión.

La posibilidad de partir —ya en forma total, ya en forma parcial— es consecuencia directa de la aplicación del principio de autonomía privada, establecido en el artículo 1127 del Código Civil: «Si todos los interesados tienen la libre administración de sus bienes y concurren por sí o por legítimo representante, podrán de común acuerdo partir la herencia extrajudicialmente, *en el modo y forma en que convengan*» (el resaltado nos pertenece).

## Análisis del caso

En este caso, la partición de indivisión poscomunitaria se ve confundida con la partición de condominio contractual, en virtud de haber adquirido ambos copartientes por partes iguales el bien inmueble en 1995 y, además, estar casados entre sí.

Entendemos que el acto otorgado en 2007 efectivamente existió, y que los excónyuges celebraron estrictamente una partición que puede calificarse de tipo parcial objetiva. Los comuneros se mantuvieron en la misma indivisión originaria confundida de tipo poscomunitaria y contractual: la partición de 2007 no creó un nuevo estado de indivisión, sino que conservó la comunidad en la misma proporción o cuota parte que a cada cónyuge comunero le correspondía. Esta forma de partir es consecuencia directa de la aplicación del principio de autonomía privada referido (C. Civil, art. 1127).

Nos permitimos discrepar con la opinión de la consultante en cuanto a que *no* correspondía otorgar una segunda partición en 2019, fundándose nuevamente en la indivisión producto de la disolución de la sociedad conyugal. Por el contrario, y en congruencia con lo antes expuesto, la partición de 2007 no creó un nuevo estado de indivisión, sino que se mantuvo en proporciones inalteradas: NGSAS conservó el 50 % indiviso en la propiedad

del bien, y SMRC, el restante 50 %. Como resultado de la partición parcial objetiva celebrada en 2007, NGSAS continuó en su calidad de titular de la mitad indivisa del inmueble.

Al mantenerse vigente la comunidad originaria, es correcto hacer referencia a la disolución de la sociedad conyugal como fuente de comunidad en la partición de 2019.

La partición otorgada en 2019 incluyó en la masa de bienes a repartir, entre otros, la mitad indivisa del inmueble padrón 0000. A nuestro entender, si el objetivo propuesto era poner fin a la comunidad, debió incluirse la totalidad —el cien por ciento— del referido bien, ya que la comunidad originaria estaba plenamente vigente al momento de celebrar el nuevo negocio particionario.

De conformidad con lo expresado, entendemos que la situación existente podría subsanarse siguiendo alguna de las opciones que mencionamos a continuación:

*a*) Realizar una nueva partición en la que se incluya el cien por ciento del bien objeto de la consulta, y que este sea adjudicado en su totalidad a NGSAS. Con relación a SMRC, debería adjudicársele otro u otros bienes de igual valor, o compensar la diferencia en dinero.
*b*) Realizar una rectificación a las particiones ya celebradas por la que se adjudique a NGSAS la totalidad del bien, siempre respetando la equivalencia objetiva de los bienes a adjudicar.
*c*) En la futura enajenación, comparecer ambos, SMRC y NGSAS, a vender el inmueble.

## Conclusiones

Los propietarios del bien objeto de consulta son SMRC y NGSAS; por las particiones otorgadas, no se creó un nuevo estado de indivisión, sino que ambos mantuvieron la comunidad en iguales proporciones, es decir, son titulares del cincuenta por ciento indiviso cada uno en el referido bien. La situación existente podría subsanarse siguiendo alguna de las opciones recién mencionadas.

Escs. Ana Lía Méndez
y Francisco Mastropierro
Informantes

## Bibliografía referida

Arezo Píriz, Enrique (2010). *Tratado de las particiones*, tomo I, 3.ª ed. Montevideo: Asociación de Escribanos del Uruguay.

Asociación de Escribanos del Uruguay (1992). Comisión de Derecho Civil (informante: Raúl Anido). «Partición transaccional». En *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, tomo 78, n.º 1-6 (ene.-jun.), pp. 123-124.

— (2002). Comisión de Derecho Civil (informante: Mildred Secondo). «Partición con soulte». En *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, tomo 88, n.º 7-12 (jul.-dic.), pp. 366-368.

La Comisión de Derecho Civil, integrada por los Escs. Fiorella Bernazquín, Américo Bianchi, Natali Bustelo, M.ª Inés Casatroja, Daniella Cianciarulo, Marcela de los Santos, Agustina Ferreira, Nicolás García Rodríguez, Alicia González Bilche, Carlos Groisman, José Pedro Illia, Adriana Inciarte, Mónica Jover, M.ª del Rosario Marchese, Francisco Mastropierro, Ana Lía Méndez, Roque Molla, Adriana Olmedo, Javier Parga, M.ª del Pilar Ramírez, Ana Realini, Patricia Rivas, Diego Séré, Adriana Silva, Gonzalo Trobo, M.ª Beatriz Vázquez, Carolina Vercellino y Juan Pablo Villar, aprueba el informe que antecede.

El Esc. Juan Pablo Villar comparte el informe y lo aprueba, sin perjuicio de entender que a través de la primera partición, con relación al inmueble objeto de marras, se pasó de un régimen de indivisión posganancial a uno de copropiedad singular.

Escs. Roque Molla y Juan Pablo Villar
Coordinadores

*Informe aprobado por la Comisión Directiva Nacional de la AEU el 12.12.2023, expediente 2893/2023.*

# PROMESA DE COMPRAVENTA. BANCO HIPOTECARIO DEL URUGUAY. PROPIEDAD HORIZONTAL. REMATE JUDICIAL

Resumen

*Adjudicación judicial al Banco Hipotecario del Uruguay y posterior enajenación.*

Informe: Civil

## Consulta

### I. Hechos

**1979.** *Promesa de compraventa.* La sociedad XX S. A. prometió vender a los cónyuges AZN y OBI la propiedad y posesión de las unidades de propiedad horizontal 111 y 222, en documento suscrito el 1.10.1979. La promesa fue inscripta en el Registro General de Inhibiciones el 15.8.1984.

**1981.** *Ingreso a propiedad horizontal e hipoteca.* El inmueble ingresa a propiedad horizontal por el procedimiento previsto en el capítulo III del decreto-ley 14.261. XX S. A. hipoteca a favor del Banco Hipotecario del Uruguay (BHU), entre otras, las unidades de propiedad horizontal 111 y 222, según escritura pública autorizada el 24.2.1981 e inscripta en el Registro de Hipotecas el 26.2.1981.

**1984.** *Compraventa en cumplimiento de promesa.* En cumplimiento del compromiso de compraventa relacionado, XX S. A. enajenó a los cónyuges AZN y OBI la propiedad y posesión de las unidades de propiedad horizontal 111 y 222, según escritura pública autorizada el 17.9.1984 e inscripta en el Registro de Traslaciones de Dominio el 25.9.1984.

**1989.** *Sucesión.* AZN falleció intestado el 7.10.1991. Se tramitó la sucesión judicialmente. Se incluyó en la relación de bienes las unidades 111 y 222. Fueron declarados únicos y universales herederos sus cuatro hijos, AA, BB, CC y DD, sin perjuicio de los derechos de la cónyuge sobreviviente, OBI, por sus gananciales. El certificado de resultancias de autos se inscribió en el Registro el 14.11.1990.

**1991.** *Adjudicación al BHU.* Ante el incumplimiento de XX S. A., el BHU dispuso la ejecución extrajudicial de diversas unidades, entre las que se encontraban las ya referidas 111 y 222. El remate resultó frustrado en dos oportunidades por no haber ofertas. Como consecuencia, el BHU solicitó al juez competente que se le adjudiquen las unidades referidas por una determinada suma. En cumplimiento de lo expuesto, el señor juez, en representación de XX S. A. y de sus sucesores a cualquier título, adjudicó al BHU en pago de la deuda referida las unidades 111 y 222, otorgando la

tradición correspondiente, en escritura pública autorizada el 26.9.1991 e inscripta en el Registro el 7.10.1991.

**2013.** *Compraventa*. El BHU enajenó por título compraventa y modo tradición a favor de AA, BB, CC, DD y OBI la propiedad y posesión de las unidades de propiedad horizontal 111 y 222, según escritura pública autorizada el 13.12.2013 e inscripta en el Registro el 2.1.2014.

## II. Consulta

La consultante plantea que las unidades de propiedad horizontal 111 y 222 adjudicadas al BHU en 1991 ya habían sido enajenadas por XX S. A. a los cónyuges AZN y OBI en 1984. Se consulta si la titulación es buena.

## Informe de la Comisión de Derecho Civil

### I. Sobre la prioridad entre la hipoteca de 1981 y la promesa de 1979 inscripta en 1984

El artículo 15 de la ley 8.733 dispone que «la promesa de enajenación de inmuebles a plazos, desde la inscripción en el Registro, confiere al adquirente derecho real respecto de cualquier enajenación o gravamen posterior […]». A su vez, el artículo 18 dispone que «las promesas no inscriptas, que consten en instrumento público o privado, solo producirán acción personal y se regirán por los principios de derecho común (artículo 1664, última parte del inciso 1.º del Código Civil)».

De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 51 de la ley 8.733, en la redacción dada por el artículo 154 de la ley 13.420, la 8.733 regirá en lo pertinente si las partes lo acuerdan de modo expreso, a pesar de que el precio pactado no se hubiere de pagar en cuotas y aun cuando el compromiso omitiere alguno de los requisitos del artículo 4.º. Por otra parte, según el artículo 521 de la ley 13.892, las promesas de enajenación de inmuebles a plazos cuyo término de ejecución sea menor de un año y los compromisos simples de compraventa inscriptos conforme a los artículos 6.º, 51 y concordantes de la ley 8.733 quedan sujetos a todas las normas de dicha ley.

La hipoteca es un derecho real con función de garantía que tiende a asegurar la satisfacción de un crédito. El bien hipotecado queda gravado a favor del acreedor hipotecario, quien, en caso de incumplimiento del deudor, podrá proceder a su ejecución a efectos de cobrar su crédito. El derecho real que genera la hipoteca nace con su inscripción en el Registro correspondiente (C. Civil, art. 2323).

Una de las características de los derechos reales es la denominada *preferencia*, que consiste en que los derechos reales se prefieren unos a otros en función del tiempo en que fueron constituidos, es decir, se rigen por

el principio «primero en el tiempo, primero en derecho». Tanto el derecho real de hipoteca (C. Civil, art. 2323) como el denominado derecho real[75] que genera la inscripción de una promesa de compraventa (ley 8.733, art. 15) se adquieren a partir del momento de su inscripción en el Registro correspondiente. En el caso planteado, la hipoteca fue inscripta en 1981, mientras que la promesa de compraventa fue inscripta en 1984; por lo tanto, el derecho real de hipoteca prevalece sobre el que genera la promesa. Esto significa que los derechos que la hipoteca le concede al BHU prevalecen sobre los derechos que la inscripción de la promesa les concede a los promitentes compradores.

## II. La enajenación de bienes hipotecados y la reipersecutoriedad

Según el artículo 2328, inciso 1.º del Código Civil, «el dueño de los bienes hipotecados podrá siempre enajenarlos, haya o no pacto en contrario». A su vez, el artículo 2340, inciso 1.º establece: «La hipoteca da derecho al acreedor de perseguir la finca hipotecada, sea quien fuese que la posea y a cualquier título que la haya adquirido». De los mencionados artículos resulta que el dueño de un bien hipotecado puede enajenarlo de manera válida y eficaz, sin perjuicio de la «reipersecutoriedad» que genera el derecho real de hipoteca, esto es, la posibilidad de perseguir el bien ya sea que se encuentre en el patrimonio del deudor o en el patrimonio de los sucesores del deudor a cualquier título.

La compraventa y tradición de un bien hipotecado produce la trasmisión del derecho, pero se transfiere con el gravamen que lo afecta. Esa enajenación, una vez inscripta en el Registro correspondiente, es oponible al acreedor hipotecario, salvo que este hubiera embargado e inscripto con anterioridad. Al ejecutar la hipoteca, corresponde que el inmueble se transfiera desde el patrimonio de quien sea propietario del bien al momento de la escritura judicial.

En el caso planteado, XX S. A. enajenó por título compraventa y modo tradición a los cónyuges AZN y OBI la propiedad y posesión de las unidades de propiedad horizontal 111 y 222, según escritura pública autorizada en 1984, cuando las unidades ya se encontraban hipotecadas a favor del BHU y sin que los compradores pudieran ampararse en la promesa que habían celebrado, por haberse inscripto esta con posterioridad a la hipoteca. Por lo tanto, la transferencia se produjo con el gravamen hipotecario.

75 Utilizo la expresión «derecho real» para mantener la terminología de la ley 8.733, sin perjuicio de que es discutible si nos encontramos frente a un verdadero derecho real o ante un derecho personal oponible a terceros.

## III. Sobre la adjudicación judicial al BHU

La carta orgánica del BHU concede a dicha institución diversas prerrogativas respecto a los acreedores comunes. Entre ellas, de acuerdo con su artículo 82, luego de que resulten frustrados dos intentos de remate, los jueces ordenarán, a solicitud del BHU, sin más constancia que la de haber fracasado los remates verificados, le sea adjudicada al banco la propiedad, sin audiencia del deudor ni más trámites que la presentación de la escritura de hipoteca.

En el caso concreto, luego de que el remate resultara frustrado en dos oportunidades, el BHU solicitó al juez competente que se le adjudiquen las unidades referidas y así se efectuó. En virtud de que, luego de la hipoteca, la sociedad XX había enajenado las unidades 111 y 222 a AZN y OBI, que el primero de ambos había fallecido y que lo sucedieron sus hijos —AA, BB, CC y DD—, en ese momento, los inmuebles pertenecían a estas personas, y el juez debía transferirlas desde sus patrimonios. En la escritura de adjudicación judicial a favor del BHU, el juez manifestó actuar por la sociedad XX y sus sucesores a cualquier título; por tanto, incluyó a AA, BB, CC, DD y OBI en su calidad de sucesores de la sociedad XX, y se produjo así la transferencia dominial desde el patrimonio de estos al del BHU.

## IV. Sobre la enajenación del BHU a los sucesores de AZN y a OBI en 2013

Según escritura pública autorizada el 13.12.2013 e inscripta en el Registro el 2.1.2014, el BHU enajenó por título compraventa y modo tradición a favor de AA, BB, CC, DD y OBI la propiedad y posesión de las unidades de propiedad horizontal 111 y 222 referidas. Se trató de una venta de cosa propia: el BHU había adquirido la propiedad de los inmuebles en 1991; no se trata de una compraventa de cosa ajena. A través de la compraventa y tradición de 2013, el BHU transfirió los referidos inmuebles a favor de AA, BB, CC, DD y OBI.

## V. Respuesta a la consulta planteada

De acuerdo con los argumentos expresados, se concluye que: 1) el BHU adquirió la propiedad de los inmuebles en la adjudicación judicial otorgada en 1991; 2) la compraventa de 2013 es de cosa propia, no de cosa ajena, y 3) la situación consultada no merece observaciones.

Esc. Juan Pablo Villar
Informante

La Comisión de Derecho Civil, integrada por los Escs. Fiorella Bernazquín, Américo Bianchi, Natali Bustelo, M.ª Inés Casatroja, Daniella Cianciarulo,

Marcela de los Santos, Agustina Ferreira, Nicolás García Rodríguez, Alicia González Bilche, Carlos Groisman, José Pedro Illia, Adriana Inciarte, Mónica Jover, M.ª del Rosario Marchese, Francisco Mastropierro, Ana Lía Méndez, Roque Molla, Adriana Olmedo, Javier Parga, M.ª del Pilar Ramírez, Ana Realini, Patricia Rivas, Diego Séré, Adriana Silva, Gonzalo Trobo, M.ª Beatriz Vázquez, Carolina Vercellino y Juan Pablo Villar, aprueba el informe que antecede.

*Nota del Esc. Carlos Groisman*. El caso planteado podría también tener su causa en el reconocimiento del BHU de la situación de los expromitentes compradores, fundamentado en lo dispuesto por el artículo 37 del decreto-ley 14.261. Adhieren a la nota del Esc. Carlos Groisman los Escs. Daniella Cianciarulo, Alejandra del Portillo, Patricia Rivas, José Pedro Illia, Javier Parga y Roque Molla.

Escs. Roque Molla
y Juan Pablo Villar
Coordinadores

*Informe aprobado por la Comisión Directiva Nacional de la AEU el 12.12.2023, expediente 2894/2023.*

## CESACIÓN DE CONDOMINIO. PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA. MANDATO VERBAL

Resumen

*Cesación de condominio; adjudicación de un bien a un tercero; falta de conformidad del cónyuge no administrador; mandato verbal; prescripción adquisitiva.*

Informe: Civil

### Consulta

### I. Hechos

**1997.** *Compraventa*. NB, divorciada de sus únicas nupcias con PM, enajenó por título compraventa y modo tradición los siguientes padrones a las siguientes personas, según escritura pública autorizada el 10.4.1997 y cuya primera copia se inscribió en el Registro el 29.4.1997:

— A la asociación AUA, 4 hectáreas con 3.246,86 metros cuadrados, equivalentes a novecientas veintiuna milésimas (921/1.000) que forman parte indivisa del padrón 1.
— A los señores OR (casado en únicas nupcias con SAF), OHBA (casado únicas nupcias con MIH), AMM (casada en únicas nupcias con RDFS), RPA (casado en únicas nupcias con MCA), JOBF (casado en únicas nupcias con GML), NPD (casado en únicas nupcias con RR), HP (casado en únicas nupcias con CRD), EDB (divorciado de sus únicas nupcias con GBL), DAB (casado en únicas nupcias con EOMV), ARC (soltero), RMA (casado en únicas nupcias con ACdS), CG (casada en únicas nupcias con JMPA), CRSC (divorciado de sus únicas nupcias con BT), HB (casado en únicas nupcias con BC), RACL (casado en segundas nupcias con VO), MRGA (casada en únicas nupcias con JWP), JAPA (casado en únicas nupcias y separado de bienes por capitulaciones matrimoniales con AEM), AJNM (casada en únicas nupcias con NRSM), CMOV (casado en únicas nupcias con BNCA), CJdSA (casado en únicas nupcias con LGM), AJBM (casado en únicas nupcias con ALSL), JEAN (soltero), WBK (casado en únicas nupcias con MOP) y CEOC (casado en únicas nupcias con MYSP), en común proindiviso y por partes iguales, los siguientes bienes inmuebles: *a*) una fracción de 3.709 metros cuadrados indivisos, equivalentes a setenta y nueve milésimas (79/1.000) del «lote A» (padrón 1); *b*) la fracción baldía señalada en el plano como «lote B» (actual padrón 2), que tiene una superficie de 8.015,34 metros cuadrados.

Descripción de los padrones:

— Padrón 1 (antes en mayor área), que según plano de setiembre de 1994 inscripto en la oficina departamental de Catastro el 7.11.1994, se señala como «lote A» y tiene una superficie de 4 hectáreas con 6.984,49 metros cuadrados.
— Padrón 2 (antes en mayor área), que según plano de setiembre de 1994 inscripto en la oficina departamental de Catastro el 7.11.1994, se señala como «lote B» y tiene una superficie de 8.015,34 metros cuadrados.

La referida compraventa se otorgó en cumplimiento de compromiso de compraventa otorgado el 31.3.1995, con firmas certificadas, protocolizado e inscripto en el Registro el 24.4.1995. Surge de dicha promesa un aspecto a considerar en la dilucidación de este tema. En dicho documento, los promitentes compradores otorgaron un compromiso particionario —cláusulas vigésima y vigesimoprimera— basado en un plano proyecto de fraccionamiento que se adjunta a dicha promesa. En dicho plano proyecto, en «Notas», se indica que «la fracción "A" será destinada a áreas verdes», aspecto que no quedó plasmado en el plano definitivo. A su vez, de dicho compromiso particionario no surge la adjudicación de la fracción «A».

**1998.** *Compraventa.* Por escritura autorizada el 17.2.1998 (aditiva) y cuya primera copia fue inscripta en el Registro el 4.3.1998, los cónyuges

en únicas nupcias OR y SAF enajenaron a los señores CDS, CO y CEO (casados en únicas nupcias con LM, BCA y MS, respectivamente), quienes adquirieron en común proindiviso y por partes iguales, una veinticuatroava parte (1/24) indivisa que les correspondía en los inmuebles relacionados.

**1998.** *Compraventa.* Por escritura autorizada el 24.3.1998 (aditiva) y cuya primera copia fue inscripta en el Registro el 13.4.1998, los cónyuges en únicas nupcias HBA y BCM enajenaron a los señores CDS, CMO y CEO (casados en únicas nupcias con LM, BCA y MS respectivamente), quienes adquirieron en común proindiviso y por partes iguales, una veinticuatroava parte (1/24) indivisa que les correspondía en los inmuebles relacionados.

**1998.** *Compraventa.* Por escritura autorizada el 4.5.1998 y cuya primera copia fue inscripta en el Registro el 26.5.1998, ARC (soltero) enajenó a CMO (casado en únicas nupcias con BCA) una veinticuatroava parte (1/24) indivisa que le correspondía en los inmuebles relacionados.

**1999.** *Compraventa.* Por escritura autorizada el 9.2.1999 (aditiva) y cuya primera copia fue inscripta en el Registro el 26.5.1998, EDB (divorciado de sus únicas nupcias con GB) enajenó a los señores CDS, CMO y CEO (casados en únicas nupcias con LM, BCA y MS respectivamente), quienes adquirieron en común proindiviso y por partes iguales, una veinticuatroava parte (1/24) indivisa que le correspondía en los inmuebles relacionados.

**1999.** *Plano de mensura y fraccionamiento.* De los padrones descriptos anteriormente se realizó nuevo plano de mensura y fraccionamiento el 29.10.1999, el que se inscribió en la Dirección Nacional de Catastro el 18.1.2001. De dicho plano resulta que el padrón 2 se fraccionó en 19 solares, identificados como fracciones «A» y del 1 al 18. La fracción «A» es el actual padrón 3, *objeto de la presente consulta.*

Por su parte, el padrón 1 se fraccionó en siete solares identificados como fracciones 19 a 25. Este punto, además de surgir del plano relacionado y de la cédula catastral informada, también surge expresamente de la escritura de cesación de condominio de 2001, en la cláusula primera, al final.

**2001.** *Cesación de condominio.* Por escritura autorizada el 14.5.2001 y cuya primera copia fue inscripta en el Registro el 28.6.2001, la AUA y los señores OHBA (casado únicas nupcias con MIH), AMM (casada en únicas nupcias con RDFS), RPA (casado en únicas nupcias con MCA), JOBF (casado en únicas nupcias con GML), NPD (casado en únicas nupcias con RR), HP (casado en únicas nupcias con CRD), DAB (casado en únicas nupcias con EOMV), RMA (casado en únicas nupcias con ACdS), CG (casada en únicas nupcias con JMPA), CRSC (casado en segundas nupcias con PTP), RACL (casado en segundas nupcias con VO), MRGA (casada en únicas nupcias con JWP), JAPA (casado en únicas nupcias y separado de bienes por capitulaciones matrimoniales con AEM), AJNM (casada en únicas nupcias con NRSM), CMOV (casado en únicas nupcias con BNCA), CJdSA (casado en únicas nupcias con LGM), AJBM (casado en únicas nupcias con ALSL), JEAN (soltero), WBK (casado en únicas nupcias con MOP) y CEOC (casado en únicas nupcias con MYSP) procedieron a la partición de

los bienes que componían la indivisión que existía entre ellos, efectuándose la adjudicación de las parcelas que surgieron del plano de mensura y fraccionamiento inscripto en la oficina delegada de Catastro el 18.1.2001. A la AUA se le adjudicaron los padrones 3 y 4.

**2020.** *Compraventa.* Por escritura autorizada el 11.2.2020 y cuya primera copia fue inscripta en el Registro el 5.3.2020, la AUA enajenó por título compraventa y modo tradición a APDSS (soltera) el padrón 3.

**2020.** *Compraventa.* Por escritura autorizada el 23.4.2020 y cuya primera copia fue inscripta en el Registro el 10.6.2020, APDSS enajenó por título compraventa y modo tradición a JRRP (casado en únicas nupcias con SPDS) el padrón 3.

## II. Observaciones

Con relación a la documentación detallada en los hechos, se observa que:

— En la cesación de condominio de fecha 14.5.2001 se adjudica a uno de los copartientes un bien inmueble respecto del cual el adjudicatario nunca fue condómino.

— En la compraventa de fecha 10.4.1997, los compradores comparecen representados por mandatario verbal.

— En las compraventas de los años 1998 y 1999, los vendedores expresan enajenar una cuota parte en los bienes que es mayor al porcentaje que les corresponde en la propiedad de estos.

## III. Opinión del consultante

### 1. Cesación de condominio

Surge de la revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay (2013: 249 y ss.) una consulta de similares características a la que aquí se analiza. Allí se consulta si es posible adjudicar en una partición de carácter declarativo un bien a un copartiente que nunca fue condominio respecto de él. La respuesta a la que llega la Comisión de Derecho Civil es que no es posible; es decir, para que se le adjudique un bien a una persona en una partición es necesario que sea comunero sobre él. Sin perjuicio de ello, tal como surge de la consulta referida, el negocio con respecto a ese bien puede categorizarse como *enajenación* si se desprende que esa ha sido la intención de las partes.

Analizado el presente caso, y a la luz de dicha referencia, puede desprenderse del negocio que la voluntad de las partes fue la de enajenar el inmueble objeto de la presente consulta, por lo que dicho negocio debe ser categorizado como una enajenación con respecto a dicho bien. Incluso, de acuerdo con la cláusula tercera de la escritura de cesación de condominio de 2001, los otorgantes ya están en posesión de los bienes que respectivamente se han adjudicado y declaran que se confirman recíprocamente en

la posesión que ya han tomado de ellos. En tal sentido, la AUA ya estaba en posesión del padrón 3 a dicha fecha, y los demás otorgantes confirman a dicha entidad en tal posesión.

La cuestión que se plantea en tal hipótesis es la de que los cónyuges de los otorgantes no comparecieron a la escritura a consentir dicha enajenación, lo cual sería necesario: en el caso de inmuebles gananciales, según el artículo 1971 del Código Civil, estos no podrán ser enajenados ni afectados por derechos reales sin la conformidad expresa de ambos cónyuges. En cuanto al efecto que tiene respecto de la escritura la omisión del consentimiento del cónyuge no administrador y la posibilidad de obtener su consentimiento con posterioridad al otorgamiento de la escritura, el punto ha sido analizado por la Comisión de Derecho Civil en consulta publicada en la revista de la AEU. Allí se concluye (VILLAR, 2015: 147):

> El título y el modo otorgados sin la conformidad del cónyuge no administrador son negocios completos y válidos, pero no logran el efecto enajenación o gravamen, al menos con relación al cónyuge omitido. La titulación se subsana mediante la conformidad posterior, sin las limitaciones que implicaría sostener que el negocio es incompleto.

El problema en el caso concreto en estudio es que, debido al número de otorgantes, se hace imposible la obtención de la conformidad de todos los cónyuges; algunos, incluso, han fallecido.

## 2. Mandato verbal utilizado en la compraventa de 1997

La referencia que realiza el colega en cuanto a la utilización de un mandato verbal por parte de los compradores personas físicas en la compraventa de 1997 no es de recibo como observación. El tema ha sido resuelto normativamente, así como por la Comisión de Derecho Civil en consultas ya evacuadas. Tal como señala VILLAR (ASOCIACIÓN DE ESCRIBANOS DEL URUGUAY, 2015*a*: 190), la cuestión del mandato verbal se planteaba en los siguientes términos:

> Al no estar regulados expresamente por la ley, en virtud del principio de libertad de formas, durante décadas se otorgaron muchos negocios jurídicos solemnes utilizando poderes verbales. La doctrina discutía la validez de un poder verbal para otorgar un negocio jurídico solemne, y así la posición que se tomara repercutía en la eficacia o ineficacia del negocio de gestión.

A su vez, en dicha consulta, VILLAR refiere al planteamiento de la cuestión realizado por MOLLA y ALBÍN (2009: 41, cit. por ASOCIACIÓN DE ESCRIBANOS DEL URUGUAY, 2015*a*: 190-191):

> Algunos autores, por diferentes fundamentos, han sostenido que el poder debe revestir la misma forma que el negocio de gestión; v. gr., para otorgar compraventa de inmuebles, el poder debe ser conferido en escritura pública (MIRANDA, Fernando; GAMARRA, Jorge). Para los citados civilistas, se asiste a un caso de forma reglada impuesta por la solemnidad del negocio de gestión.

> Para Molla, en cambio, aunque la forma de emisión de la declaración de voluntad es libre, la autenticidad, seriedad e inmutabilidad de las relaciones jurídicas relativas a bienes inmuebles, luego de concluido el negocio final, imponen la prueba solemne del negocio de apoderamiento, cuya ausencia lo torna inútil. En un segundo desarrollo de su tesis, a partir de la vigencia de la ley 16.603, de 19 de octubre de 1994, que actualizó el Código Civil, con las normas contenidas en el Código General del Proceso, dicha prueba solemne podría ser cumplida asimismo por un poder otorgado en documento privado con firmas certificadas y fecha cierta respecto de terceros.
>
> Otros autores, por el contrario, consideran que no hay solemnidad alguna establecida por la ley para el negocio de apoderamiento. No hay forma sin materia (Hegel); no es posible el trasvasamiento intercontractual de la forma requerida para un tipo negocial a otro distinto; la escritura pública está impuesta para la compraventa de inmuebles, pero no para el otorgamiento del poder para tal fin. En consecuencia, la forma es libre, ya sea tanto para la adquisición como para la enajenación (Caumont, Arturo; Mariño, Andrés; Gnazzo, Teresa).

Sin embargo, el punto ha quedado de alguna forma zanjado luego de la sanción de la ley 18.362, de 6 de octubre de 2008, la que en su artículo 291 reguló el tema. Dicha regulación, de alguna forma, podemos decir, tiene su fundamento en la discusión doctrinaria antes referida y vino a resolverla. En su último inciso, el artículo 291 establece: «Los actos celebrados con anterioridad a la entrada en vigencia de este artículo son eficaces aunque el poder utilizado, incluyendo los verbales, no se hubiere otorgado con la solemnidad requerida. Se exceptúan aquellos casos en los cuales haya recaído sentencia firme». El caso en estudio entra dentro del ámbito de aplicación de la norma, ya que la compraventa de 1997 es un acto celebrado con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley 18.362, y en ella se utilizó un poder verbal sin la solemnidad establecida por dicha norma (esto es, que los poderes, para otorgar negocios jurídicos solemnes o registrables, deben otorgarse por escrito en documento público o privado protocolizado por escribano público).

Por otra parte, a la escritura de cesación de condominio de 2001 comparecieron los compradores, personas físicas, en forma personal, lo que podría tomarse como una ratificación de la compraventa de 1997, subsanando de esta forma una eventual observación en este sentido.

### 3. Objeto de las enajenaciones de 1998 y 1999

Sin perjuicio de compartir que habría un error al indicar que los enajenantes en las escrituras de compraventa de 1998 y 1999 vendían 1/24 ava parte indivisa de los padrones 1 y 2, debe tenerse presente la voluntad de las partes e interpretarla de acuerdo con el contexto del negocio. En tal sentido, si analizamos dichos negocios en el contexto de que hubo un compromiso de compraventa en 1995 que incluía una cláusula de compromiso particionario y luego una compraventa en 1997 en cumplimiento de dicho

compromiso, es dable entender que los enajenantes en las compraventas de 1998 y 1999 tuvieron la intención de salirse de todo ese complejo negocial al cual, a dicho momento, le faltaba la cesación de condominio en cumplimiento del compromiso particionario; es decir, los enajenantes tuvieron la intención de desprenderse de todo derecho que les correspondía en dichos padrones, por lo que es en tal sentido que deberían interpretarse las compraventas de 1998 y 1999.

Por otro lado, la referencia a la cuota parte que se hizo en dichas compraventas —esto es, una veinticuatro (1/24) ava parte— es mayor a lo que les correspondía a los enajenantes, con lo que estarían vendiendo más de lo que efectivamente tenían derecho. Además, quienes adquirieron en dichas compraventas, a su vez, eran condóminos también, y posteriormente comparecieron a la cesación de condominio de 2001, adjudicándoseles lo que les correspondía tanto a ellos originalmente como a los enajenantes de las compraventas de 1998 y 1999: no habría reclamo alguno de su parte en este sentido.

Ello tiene respaldo en la opinión de la Comisión de Derecho Civil, en consultas en las que se hace referencia a situaciones parecidas a la del presente caso y en las que hay errores en los porcentajes mencionados en las escrituras. En este sentido, en consulta informada por Villar publicada en la revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay (2015*b*: 236), el autor concluye:

> Los porcentajes consignados no coinciden con los que les correspondían a los vendedores, pero ello no afecta la titulación porque de ambos negocios surge que la voluntad contractual es enajenar la totalidad de sus derechos, de modo que el error en la consignación no impide el efecto real de la totalidad.

## 4. Prescripción

Al haber transcurrido más de veinte años desde el otorgamiento de la escritura de cesación de condominio observada, el consultante entiende que la titulación no es observable, en virtud de la aplicación al caso del instituto de la prescripción adquisitiva: no existe, por tanto, tercero capaz de acreditar mejor derecho que el actual propietario del bien.

En este sentido ha sido opinión de la Comisión de Derecho Civil que el instituto de la usucapión actúa en forma automática, sin necesidad de realizar trámite judicial que declare la propiedad (Asociación de Escribanos del Uruguay, 2017). Tal como señala Molla (Asociación de Escribanos del Uruguay, 1992: 398), el fundamento de dicho instituto

> se estructura en base a dos funciones. La primera, como dijimos, en cuanto medio de prueba de la propiedad, elimina la famosa prueba diabólica, esto es, la justificación de la trasmisión de la propiedad por cada enajenante hasta la salida fiscal […].

> La segunda función de la usucapión como modo de adquirir el dominio es la que se activa constantemente. Decimos esto sin temor a equivocarnos, por cuanto el estudio de los llamados *títulos de propiedad*, más allá de que lo sean en realidad, es la verificación de las trasmisiones entre particulares por treinta años de derechos formalmente señalados como de propiedad y posesión, pero de los cuales el que interesa es la posesión, que con auxilio de la usucapión en el caso de no ser realizada por el propietario la enajenación de la propiedad, igualmente convertiría en tal el derecho del actual poseedor.

En el caso en estudio, tenemos acreditada la posesión mediante escritura pública desde 2001; mediante la escritura de cesación de condominio, se confirmó a la AUA en la posesión, lo que fue reconocido por el resto de los condóminos.

Como se señala en consulta ya referida (Asociación de Escribanos del Uruguay, 1992), todo se reduce a una cuestión de prueba de la posesión, y la escritura pública es el elemento más idóneo para acreditar tal aspecto. En este sentido, en la misma consulta se transcribe la opinión de Bardallo (1949: 587, cit. por Asociación de Escribanos del Uruguay, 1992: 400-401):

> La mejor prueba de la posesión es la que resulta precisamente de las escrituras públicas y demás instrumentos que forman los títulos de propiedad, por su seguridad, seriedad y precisión, y no habrá magistrado que no la prefiera a la siempre peligrosa prueba testimonial.

En cuanto a los años, corresponde tener presente la modificación del Código Civil realizada por la ley de urgente consideración 19.889, de 9 de julio de 2020 (en adelante, luc), que redujo el plazo de treinta años previsto por el artículo 1211 a veinte. Tal como ha quedado redactado el artículo 1211 del Código Civil luego de la luc, la usucapión opera a los veinte años, sin necesidad de parte del poseedor de presentar título y sin que pueda oponérsele mala fe, salvo la excepción prevista en el artículo 633.

Por otra parte, también es dable señalar que ya ha transcurrido el plazo previsto por la disposición transitoria establecida por el artículo 467 de la luc. De conformidad con dicha norma:

> Las prescripciones empezadas a la fecha en que esta ley sea obligatoria se determinarán conforme a las disposiciones de esta.
>
> Sin embargo, las prescripciones en curso que, por efecto de las reducciones de plazo establecidas por esta ley se hubieren consumado o se consumaren antes del plazo de dos años a partir de la fecha indicada en el inciso anterior se consumarán recién al finalizar dicho lapso.

La norma establece que las prescripciones ya empezadas se regirán por la nueva ley, aspecto aplicable al caso en análisis. Por ende, el plazo de treinta años previsto por el artículo 1211 se redujo a veinte, en virtud de la modificación mencionada.

Este plazo de dos años previsto por la disposición transitoria de la luc ya ha transcurrido. Incluso la AUA enajenó el inmueble por escritura de 11.2.2020, esto es, antes de la sanción de la luc y del transcurso del pla-

zo referido. A su vez, el inmueble se volvió a enajenar, por escritura de 23.4.2020, por lo que el actual propietario fue quien transitó por los dos años antes referidos.

## 5. Conclusiones

En mérito a lo referido anteriormente, el consultante entiende que el título no es observable, en virtud de las siguientes consideraciones. La escritura de cesación de condominio a la que comparecieron todos los compradores de 1997 y la AUA puede interpretarse como una enajenación, en cuanto fue intención de las partes transferirle el dominio del padrón 3 a esta entidad. En tal sentido, más allá de que la cesación de condominio es un negocio declarativo y no es título hábil para transferir el dominio, en el caso concreto en estudio, puede tomarse como que las partes otorgaron su consentimiento para realizar un negocio de enajenación con respecto al padrón de referencia.

En dicha escritura se confirmó a la AUA en la posesión que ya tenía del padrón 3 —consentida por todos los copartientes—, situación que se mantuvo por casi veinte años, hasta que vendió el inmueble en marzo de 2020 y transfirió así la posesión. Por tal motivo, a la fecha de hoy tenemos más de veinte años de posesión ininterrumpida con ánimo de dueño y demás requisitos exigidos por el artículo 1211 del Código Civil para que opere la usucapión; no existe tercero con mejor derecho que el actual propietario.

En cuanto al mandato verbal en la compraventa de 1997, el tema ha sido resuelto normativamente. No es de recibo el comentario realizado por el colega en cuanto a una posible observación en este sentido. El artículo 291 de la ley 18.362 resolvió expresamente las situaciones como el caso en estudio, en las que se utilizó un mandato verbal para negocios solemnes: dichos negocios son eficaces. Además, en este caso concreto, el punto se ve acentuado por el hecho de que posteriormente a la compraventa de 1997, en la que se utilizó el mandato verbal, los compradores comparecieron a la escritura de cesación de condominio en forma personal, ratificando de alguna forma la actuación del mandatario.

Por último, con respecto a los porcentajes referidos en las cláusulas de objeto de las escrituras de compraventa de 1998 y 1999, debe entenderse que dichos negocios referían a la cuota parte que le correspondía a cada uno de los enajenantes, sin perjuicio de que por error se hizo referencia a una cuota parte incorrecta. De ello, del hecho de que, en definitiva, se estaría enajenando más de lo que efectivamente le correspondía a cada enajenante y de que los adquirentes eran, a su vez, condominios desde antes, además de que comparecieron y consintieron el reparto que se hizo en la cesación de condominio de 2001, el título no sería observable.

En virtud de todo lo referido, se entiende, en definitiva, que el título ha quedado saneado y no sería observable.

## Informe de la Comisión de Derecho Civil

Compartimos la opinión y el desarrollo del caso realizado por el consultante. En base a ello, informamos lo siguiente.

**1.** Respecto a la escritura de cesación de condominio de 14.5.2001, inscrita en el Registro correspondiente y por la cual se adjudica un bien inmueble a un copartiente no condómino, entendemos que dicha adjudicación no es correcta por carecer de causa: la cesación de condominio es un negocio declarativo. Sin embargo, al ser los propietarios del bien quienes lo «adjudican» a un tercero, interpretamos que su voluntad fue desprenderse del bien y enajenarlo a ese tercero, a quien, además, confirman en la misma escritura en la posesión que ya tiene tomada del bien que adquiere. Al interpretarse dicho negocio como una enajenación, deviene un vicio: la falta de conformidad de los cónyuges de los enajenantes (C. Civil, art. 1971).

La prueba de la posesión se desprende de la propia documentación, ya que en la citada escritura (cláusula tercera) se declara que los copartientes ya se encuentran en posesión de los bienes adjudicados y se confirman recíprocamente en la posesión que ya tienen tomada de ellos.

En virtud de la reforma del Código Civil de acuerdo con la LUC, por la cual se abrevian los plazos para oponer la excepción de la prescripción adquisitiva en materia de inmuebles, el artículo 466 de dicha ley, que sustituye el artículo 1211 del Código Civil, expresa: «La propiedad de los bienes inmuebles y los demás derechos reales se prescribe también por la posesión de veinte años, *sin necesidad de parte del poseedor de presentar título* y sin que pueda oponérsele la mala fe, salvo la excepción establecida en el artículo 633» (el destacado nos pertenece). Así, el plazo para prescribir pasó de treinta a veinte años. En el caso, operó la prescripción adquisitiva, al haber transcurrido más de veinte años del otorgamiento de la escritura relacionada, de la que surge que el adjudicatario se encuentra en posesión del bien, y en virtud de dicha prescripción se saneó el vicio de la titulación respecto a la falta de conformidad de los cónyuges, legalmente requerida para dicha enajenación.

**2.** En lo que respecta a la observación por actuación mediante mandato verbal, como bien manifiesta el consultante, y así lo ha expresado esta comisión en diferentes consultas, el tema fue solucionado por ley. El artículo 291 *in fine* de la ley 18.362 expresa: «[…] Los actos celebrados con anterioridad a la entrada en vigencia de este artículo son eficaces aunque el poder utilizado, incluyendo los verbales, no se hubiere otorgado con la solemnidad requerida. Se exceptúan aquellos casos en los cuales haya recaído sentencia firme». La citada ley entró en vigencia el 1.º de enero de 2009, por lo que, aplicada al caso concreto, la actuación mediante mandato verbal en la escritura de 1997 es válida y eficaz (no surge de la consulta que hubiera recaído sentencia al respecto).

**3.** En las compraventas de 1998 y 1999, los vendedores expresan que enajenan la «1/24 ava parte indivisa de los inmuebles relacionados en la cláusula anterior». En esa «cláusula anterior» está correctamente designada la parte que les corresponde, pues allí se expresa el porcentaje de la propiedad de la que son titulares: «una fracción de […] metros, equivalente a setenta y nueve milésimas partes […] del inmueble». En virtud de ello, no compartimos que exista un error al cuantificarse la parte de los bienes que se enajenaron en dichas escrituras, por más que la redacción dada no fue la más adecuada.

## Conclusiones

La titulación del padrón 3, hoy, no es observable. Ha operado el instituto de prescripción adquisitiva, previsto por el artículo 466 de la LUC, modificativo del artículo 1211 del Código Civil, por la que se sanearon los eventuales vicios que podrían afectar el título.

Escs. M.ª del Pilar Ramírez
y Karen Bonner
Informantes

## Bibliografía referida


Asociación de Escribanos del Uruguay (1992). Comisión de Derecho Civil (informante: Roque Molla). «Posesión. Prescripción adquisitiva. Cesión de derechos posesorios». En *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, tomo 78, n.º 7-12 (jul.-dic.), pp. 396-403.

— (2013). Comisión de Derecho Civil (informante: M.ª Beatriz Vázquez). «Transacción». En *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, tomo 99, n.º 1-12 (ene.-dic.), pp. 249-263.

— (2015*a*). Comisión de Derecho Civil (informante: Juan Pablo Villar). «Compraventa. Validez de los contratos. Eficacia. Mandato verbal». En *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, tomo 101, n.º 1-12 (ene.-dic.), pp. 185-194.

— (2015*b*). Comisión de Derecho Civil (informante: Juan Pablo Villar). «Error. Partición. Compraventa». En *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, tomo 101, n.º 1-12 (ene.-dic.), pp. 219-236.

— (2017). Comisión de Derecho Civil (informante: Alicia González Bilche). «Compraventa. Cesión de derechos hereditarios. Posesión. Prescripción adquisitiva». En *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, tomo 103, n.º 1-12 (ene.-dic.), pp. 397-401.

Bardallo, Julio R. (1949). «La usucapión y la titulación de los bienes inmuebles». En *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, tomo 35, n.º 10-11 (oct.-nov.), pp. 574-595.

Molla, Roque, y Albín, Federico (2009). «Ley 18.362 de Rendición de Cuentas 2007: análisis de los artículos 290 y 291». En *La Pluma*, año 12, n.º 31 (may.), pp. 40-43.

Villar, Juan Pablo (2015). «La conformidad posterior del cónyuge omitido como acto idóneo para subsanar una titulación». En *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, tomo 101, n.º 1-12 (ene.-dic.), pp. 121-148.

**Otra bibliografía consultada**

Asociación de Escribanos del Uruguay (2021). Comisiones de Derecho Registral (infórmate: M.ª Cristina Anzuela) y de Derecho Civil (informante: Juan Pablo Villar). «Certificado de resultancias de autos. Extravío de documentos. Publicidad registral. Estudio de títulos. Partición. Escritura pública». En *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, tomo 107, n.º 1-12 (ene.-dic.), pp. 404-413.

Molla, Roque, y Villar, Juan Pablo (2020). «Modificaciones que efectúa la ley 19.889 al Código Civil en materia de prescripción y sus repercusiones en la actividad notarial». En *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, tomo 106, n.º 1-12 (ene.-dic.), pp. 195-224.

Villar, Juan Pablo (2020). *Introducción a la argumentación jurídica notarial*. Montevideo: Asociación de Escribanos del Uruguay.

La Comisión de Derecho Civil, integrada por los Escs. Américo Bianchi, Karen Bonner, Sabrina Buono, Javier Carneiro, M.ª Inés Casatroja, Daniella Cianciarulo, Marcela de los Santos, Agustina Ferreira, Nicolás García Rodríguez, Carlos Groisman, Adriana Inciarte, Ana Irabedra, Mónica Jover, M.ª del Rosario Marchese, M.ª Valentina Martínez, Francisco Mastropierro, Roque Molla, Margarita Puertollano, M.ª del Pilar Ramírez, Ana Realini, Patricia Rivas, Diego Séré, Adriana Silva, M.ª Beatriz Vázquez y Juan Pablo Villar, aprueba el informe que antecede.

Escs. Roque Molla y Juan Pablo Villar
Coordinadores

*Informe aprobado por la Comisión Directiva Nacional de la AEU el 12.12.2023, expediente 2895/2023.*

# LIQUIDACIÓN DE SOCIEDAD COMERCIAL. PERSONA JURÍDICA. REIVINDICACIÓN. BIEN INMUEBLE

Informe: Comercial

## Consulta

Por oficio …/2023, de 9.8.2023, expedido por el Juzgado de Paz de la … Sección de Maldonado, se solicita a la Asociación de Escribanos del Uruguay:

> El Juzgado de Paz de la … Sección de Maldonado, en autos caratulados «XX S. A. c/AA y otra. Acción reivindicatoria y daños y perjuicios» (IUE …/2018), libra a usted el presente a efectos de solicitarle, en base a los documentos presentados por la parte actora XX S. A., cuya copia se adjunta, para que *se pronuncie* sobre su veracidad y regularidad, incluso los referidos a la existencia de la sociedad en liquidación y los relativos a su eventual derecho de propiedad sobre el inmueble padrón 0000 de la localidad catastral Punta Negra, y dada la situación jurídica de *en liquidación*, si la actora tiene facultades para entablar la presente reivindicatoria.

## Informe de la Comisión de Derecho Comercial

De la consulta formulada se desprenden tres aspectos: el primero refiere a la veracidad y regularidad de los documentos presentados por la parte actora; el segundo corresponde a la existencia de la sociedad en liquidación, y el tercero, al eventual derecho de propiedad del inmueble padrón 0000 de la localidad catastral Punta Negra.

### I. Veracidad y regularidad de los documentos presentados por la parte actora

Respecto a este punto no nos podemos expedir, en cuanto no corresponde a esta entidad hacer un peritaje sobre la validez de tales documentos.

### II. Existencia de la sociedad en liquidación

Respecto a este punto, la sociedad mantiene su personería jurídica hasta que efectivamente se haya realizado su liquidación completa, es decir, hasta que se haya desprendido del último bien o haya cumplido con la última obligación que le corresponde. El argumento para sostener esto es que,

en la época que regía el Código de Comercio, una vez liquidado el pasivo de la sociedad, los bienes, de pleno derecho, pasaban al patrimonio de los socios; la forma de salir de esa indivisión era mediante partición. En la actualidad, vigente la ley 16.060 (Ley de Sociedades Comerciales [LSC], de 4 de setiembre de 1989), la sociedad debe cancelar el pasivo y «trasmitir» el activo a sus socios o accionistas. Por lo ello, si no se entendiera lo dicho, si la sociedad continuara teniendo en su patrimonio activo o pasivo, este no tendría titular. Así, entendemos que la personalidad jurídica existe hasta que se extinguen totalmente el activo y el pasivo.

De otra parte, en el artículo 169 de la LSC se establece: «A la denominación social se agregará la mención "en liquidación". Su omisión en cualquier acto hará solidariamente responsables a los administradores o liquidadores por los daños y perjuicios que de ella se deriven frente a socios y terceros».

La LSC también dispone (art. 181) que se inscriba en el Registro Nacional de Comercio el acuerdo de disolución de la sociedad o la declaración judicial de disolución y la declaración final del liquidador. Estas inscripciones previstas por la ley en los Registros correspondientes se hacen a los efectos de publicidad a terceros.

RODRIGUEZ OLIVERA (1998) ha manifestado que «la liquidación es un estado», y cuando se acuerda la disolución, lo que sucede es la interrupción de la actividad comercial de la sociedad; sus administradores y representantes quedan solo facultados a cumplir con los objetivos de la liquidación patrimonial de la sociedad. Sin perjuicio de coincidir parcialmente con lo manifestado por la autora, la Comisión de Derecho Comercial de la AEU ha sostenido que la sociedad disuelta y en liquidación puede realizar otros actos que no sean tendientes a la liquidación; la única consecuencia en ese actuar es la responsabilidad, tal cual lo establece la ley, sin perjuicio de que en la mayoría de los casos puede reactivarse.

En este sentido, el artículo 164 de la LSC dispone:

> (*Administradores: facultades, deberes y responsabilidad*). Los administradores de la sociedad, con posterioridad al vencimiento del plazo de duración o al acuerdo de disolución o a la declaración judicial de haberse comprobado alguna de las causales, solo podrán atender los asuntos urgentes y deberán adoptar las medidas necesarias para iniciar la liquidación. Cualquier operación ajena a esos fines los hará responsables ilimitada y solidariamente respecto a los terceros y a los socios, sin perjuicio de la responsabilidad de estos (artículo 39).

## 1. Personalidad jurídica de la sociedad en liquidación

La liquidación es un especial estado en que se encuentra la sociedad y durante el cual conserva su personería jurídica, pero, como ya lo hemos mencionado, con limitaciones en su capacidad de actuar.

El artículo 168 de la LSC dispone: «La sociedad disuelta conservará su personería jurídica a los efectos de su liquidación y se regirá por las normas correspondientes a su tipo en cuanto sean compatibles». En consecuencia, la sociedad conserva su patrimonio, el que está afectado a contratos que la sociedad aún tenga pendientes, así como al pago de deudas sociales; esto, sin perjuicio de las responsabilidades de los socios, administradores, representantes o liquidadores.

La sociedad y las relaciones jurídicas societarias no se extinguen por la disolución de la sociedad. La doctrina mayoritaria entiende que la personalidad jurídica continuará hasta que se haya extinguido el pasivo social y se hayan repartido los bienes sociales.

### 2. Finalización de la liquidación

De acuerdo con lo previsto en el artículo 181 de la LSC, «terminadas las operaciones descritas en el artículo anterior, los liquidadores formularán una declaración en la que constarán las transferencias efectuadas, así como la extinción del activo y pasivo sociales, y solicitarán al Registro Público de Comercio la inscripción de ese documento».

### 3. Legitimación del liquidador

De acuerdo con lo previsto en artículo 175, inciso 1.º de la LSC, el liquidador realizará todos los actos que sean necesarios para asegurar la integridad del patrimonio social. Y según el inciso 2.º, no pueden iniciarse nuevos negocios, salvo que sean necesarios para la mejor realización de la liquidación.

El liquidador puede enajenar bienes del activo sin necesidad de consultar a los socios, puesto que se trata de operaciones normales dentro de proceso de liquidación.

### 4. Función de representación

Una vez resuelta la liquidación de la sociedad, es el liquidador quien tiene a su cargo la representación social, de acuerdo con lo establecido en el artículo 175 de la LSC.

## III. El eventual derecho de propiedad del inmueble padrón 0000 de la localidad catastral Punta Negra

Sin que implique una manifestación al caso en concreto, y de acuerdo con lo establecido anteriormente, una sociedad en liquidación, sin ningún tipo de restricción, puede ser propietaria de un bien de cualquier naturaleza, y tendrá tal calidad hasta que efectivamente se desprenda de ese derecho, por cualquiera de los títulos y modos reconocidos legalmente en nuestra normativa.

## IV. Conclusión

La sociedad disuelta, a través de su liquidador, puede hacer todos los actos, negocios y contratos para su regular liquidación, y es persona jurídica, reconocida como tal hasta que efectivamente se haya realizado la liquidación completa de la sociedad, es decir, se haya cancelado su pasivo y se haya adjudicado su activo remanente.

Esc. Fernando Salazar
Informante

### Bibliografía referida

Rodríguez Olivera, Nuri (1998). *Disolución de sociedades*. Versión del curso. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.

La Comisión de Derecho Comercial, integrada por los Escs. Patricia Meléndez, Nicolás García Rodríguez, Adriana Olmedo, Adriana Amado, Virginia Oddone, Graciela Torres, Estela Baum, Fanny Rodríguez, Javier Parga, César Coll, Daniella Cianciarulo y Fernando Salazar, aprueba el informe que antecede.

Escs. Adriana Amado
y Daniella Cianciarulo
Coordinadoras

*Informe aprobado por la Comisión Directiva Nacional de la AEU el 12.12.2023, expediente 2918/2023.*

# PROMESA DE COMPRAVENTA. ESCRITURA JUDICIAL. DERECHO DE PROMITENTE COMPRADOR. REPRESENTACIÓN JUDICIAL

Resumen

*Sobre la eficacia de la escritura judicial cuando el juez no representa al último propietario y titular registral del bien.*

Informes: Civil y Procesal

## Consulta

### I. Relación de hechos

**1946.** Banco XX del Uruguay vendió el terreno, con otros, a favor de AMV, casado con FZ, según escritura autorizada el 20.11.1946 y debidamente inscripta.

**1947.** Los cónyuges AMV y FZ lo prometieron vender a favor de HNMC, casado con MZT, según documento privado de 20.2.1947 inscripto originalmente el 4.7.1947 y reinscripto (ley 16.323) el 10.9.1997.

**1947.** Los cónyuges AMV y FZ lo vendieron, entre otros, a favor de AG, casado con CI, según escritura autorizada el 30.7.1947 y debidamente inscripta.

**1950.** Los cónyuges AG y CI lo vendieron, entre otros, a favor de LASB, soltero, según escritura autorizada el 10.5.1950 y debidamente inscripta.

**1954.** HNMC, casado con MZT, falleció en Montevideo el 20.10.1954. Se tramitó su sucesión y se declaró herederos a JCMT, LAMT, GMT y CM, sin perjuicio de los derechos de la cónyuge supérstite, MZT. Se incluyó el derecho de promitente comprador sobre el padrón que nos ocupa.

**1957.** MZT, viuda de HNMC, falleció en Montevideo el 20.12.1957. Se tramitó su sucesión y se declaró herederos a JCMT, LAMT, GMT y CM.

**1996.** LAMT cedió a favor de JCMT, casado con VAAN, los derechos hereditarios que le correspondían en las sucesiones de HNMC y MZT, según escritura autorizada el 6.4.1996 y debidamente inscripta.

**1997.** GMT cedió a favor de JCMT, casado con VAAN, los derechos hereditarios que le correspondían en las sucesiones de HNMC y MZT, según escritura autorizada el 29.4.1997 y debidamente inscripta.

**2000.** JCMT, casado con VAAN, falleció intestado en 24.11.2000. Su sucesión se tramitó, y se declaró herederos a sus nietos, JCFMA y MJMA, en representación de su hijo prefallecido, JCNMA, sin perjuicio de los derechos de la cónyuge supérstite, VAAN, por sus gananciales.

**2019.** AG y CI, representados por la señora jueza de Paz de … Turno, lo vendieron a favor de JCFMA y MJMA, según escritura de compraventa judicial autorizada el 7.2.2019 y debidamente inscripta.

## II. Consulta

Se consulta sobre la validez de la escritura otorgada el 7.2.2019, cuando el juez no representó al último propietario y titular registral: representó de oficio a AG y CI, en calidad de vendedores, cuanto en realidad ellos ya no eran los propietarios del inmueble. El único propietario —y, por ende, quien debía enajenar el inmueble— era LASB.

## III. Opinión del consultante

Entiende el consultante que:

- La compraventa judicial es válida pero ineficaz respecto del verdadero propietario, ya que quien vendió, representado por el juez, no era en ese momento el dueño.
- Según el artículo 1681 del Código Civil, si la venta de cosa ajena es ratificada luego por el propietario, confiere al comprador los derechos de tal desde la fecha de la venta. De esta manera, no sería necesaria —para solucionar la titulación— un reotorgamiento de la escritura de compraventa judicial: bastaría con que el juez otorgue, en representación de LASB —actual propietario del bien, de acuerdo con la escritura de compraventa de 10.5.1950—, una declaratoria ratificatoria de la escritura judicial de 2019.
- Los actuales promitentes compradores deberán comparecer en el expediente, explicando que hubo un error en el otorgamiento de la compraventa judicial, y que se debería otorgar una declaratoria en la que el juez, representando de oficio a LASB, ratifique la compraventa de 7.2.2019, sin necesidad de otorgar un distracto o un reotorgamiento actual de dicha compraventa.

### Informe de la Comisión de Derecho Civil

El artículo 17 de la ley 8.733, a texto expreso, consagra la cesión legal del contrato: «En la enajenación o traslación a terceros del bien prometido en enajenación, se entenderá implícitamente comprendida la transferencia de los derechos y obligaciones establecidos en la promesa». Con esta disposición, en caso de venta, se produce la cesión legal del contrato, y por imperio de la ley, *el adquirente queda colocado en la calidad de promitente enajenante y debe respetar los derechos del promitente comprador*.

Esta comisión entiende que el juez no es técnicamente un representante, ya que actúa en virtud de un poder propio de origen público, con prescindencia de la voluntad del ejecutado.

En el proceso judicial deben tenerse presentes los cambios que hubo en la titularidad del inmueble y debe analizarse la legitimación dispositiva

del enajenante mediante el estudio de títulos y la información registral que se tiene a la vista; incluso, respecto a los actos posteriores al compromiso de compraventa original.

En escritura judicial, el bien debe pasar del patrimonio de su actual titular registral —comprador del año 1950, que no es el primer promitente vendedor— al patrimonio del promitente comprador.

Esta comisión no se expide sobre los aspectos procesales por ser competencia de la Comisión de Técnica Notarial Procesal.

## Conclusión

A entender de esta comisión, el juez actúa en ejercicio de un poder público y no es técnicamente un representante. La denominada *compraventa judicial*, en realidad, es un especial acto de transferencia dominial, regulado legislativamente (ley 8.733, art. 31). En estricto rigor, el juez actuó en ejercicio de las facultades inherentes a su cargo y no en representación de la parte titular del bien, transfiriendo la propiedad del bien (el acto se inscribió en el Registro de la Propiedad respectiva). No obstante, en la escritura se menciona actuar en representación de quien no era el último titular registral, por lo que entendemos que, desde el punto de vista instrumental, correspondería rectificar dicha circunstancia. Dicha rectificación puede efectuarla el juez, mediante una declaratoria, pues su actuación fue realizada en base a un poder público.

Lo expuesto, sobre la base de que se hayan cumplido las etapas procesales correspondientes respecto a los últimos titulares registrales del bien —promitentes vendedores por cesión legal—, situación que es analizada por la Comisión de Técnica Notarial Procesal.

Esc. Rossana Ivanier Gottesman
Informante

La Comisión de Derecho Civil, integrada por los Escs. M.ª Valentina Almirón, Américo Bianchi, Karen Bonner, M.ª Laura Calcaterra, Javier Carneiro, M.ª Inés Casatroja, Daniella Cianciarulo, Gustavo Echavarría, Priscila Ferreira, Agustina Ferreira, Nicolás García Rodríguez, Alicia González Bilche, José Illia, Rossana Ivanier, Mónica Jover, M.ª de Lourdes Mainé, M.ª del Rosario Marchese, M.ª Valentina Martínez Jaime, Roque Molla, Javier Parga, Laura Parnás, M.ª Verónica Peláez, Paola Pólito, M.ª Alejandra Portillo, Margarita Puertollano, Ana Realini, Patricia Rivas, Diego Séré, Adriana Silva, Mariella Spagnolo, Verónica Ubillos, M.ª Beatriz Vázquez, M.ª Carolina Vercellino y Juan Pablo Villar, aprueba el informe que antecede.

Escs. Roque Molla y Juan Pablo Villar
Coordinadores

## Informe de la Comisión de Técnica Notarial Procesal

La informante coincide con el consultante en cuanto a la conclusión de que en la escritura judicial otorgada en 2019, el juez no representó debidamente a los últimos titulares del inmueble prometido en venta.

Conforme a lo dispuesto en la ley 8.733 (art. 31), en caso de resistencia, fallecimiento, ausencia, impedimento, concurso, quiebra o incapacidad de la parte del enajenante, previa citación o citación con emplazamiento en forma, otorgará, en representación del enajenante, la escritura de traslación de dominio. El enajenante será el tradente; el juez, su representante legal (C. Civil, art. 770). Es en base a estas circunstancias que se otorgó la compraventa judicial en cumplimiento de promesa, en la que se comete error en cuanto a la parte representada por el juez.

En la compraventa judicial realizada en 2019 se enajenó representando, erróneamente, a quien no era el propietario; dicha circunstancia comprende lo que sería una *compraventa de cosa ajena*. Se coincide en esto con el consultante, pues el juez representó a quien no era el último titular registral.

En este aspecto nos remitimos al análisis realizado por Sosa Valerio (Asociación de Escribanos del Uruguay, 2013: 290 y 291). En cuanto a la actuación del juez en las escrituras judiciales, las atribuciones legales del magistrado son concordantes con la solución privatista consagrada en el Código Civil. El juez, en representación otorgada por ley —*legitimación representativa*—, actúa en las mismas condiciones y limitaciones por las que se transfiere el dominio. Expresa el citado escribano que si para transferir la propiedad es necesaria la yuxtaposición de título y modo, si la tradición no fue hecha por el dueño o por su legítimo representante, no se transfiere el dominio; por lo tanto —y del mismo modo en las compraventas judiciales, otorgadas en cumplimiento del artículo 31 de la ley 8.733—, el juez representa al enajenante, y este será el que resulte del estudio de títulos del inmueble y de la información registral.

Así, es posible rectificar el error: que el juez represente, conforme lo establece el artículo 770 del Código Civil, al último titular registral (en el caso, LASB). La propia ley 8.733, en el artículo 17 —ya transcripto en el informe de la Comisión de Derecho Civil—, establece la cesión legal del contrato.

### Conclusión

Tramitando un proceso o solicitando la rectificación de la escritura judicial otorgada en 2019, el juez, representando al último titular del bien prometido en venta y a sus sucesores a cualquier título, podrá rectificar el otorgamiento de la escritura de compraventa judicial, con noticia de los actuales tradentes omitidos. A efectos de evitar vicios procesales, es de mejor proceder, antes de otorgar la escritura rectificatoria, citar o empla-

zar en debida forma a los últimos titulares registrales (en el caso, LASB, comprador del bien en 1950).

Esc. Claudia Fernández Echeverry
Informante

**Bibliografía referida**

Asociación de Escribanos del Uruguay (2013). Comisión de Técnica Notarial Procesal (informante: Martín Sosa Valerio). «Representación. Juez. Promesa de compraventa. Publicidad registral. Compraventa judicial. Escritura judicial». En *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, tomo 99, n.º 1-12 (ene.-dic.), pp. 290-294.

Reunida la Comisión de Técnica Notarial Procesal, los Esc. Martín Sosa Valerio, Cristina Lamela y Claudia Fernández Echeverry aprueban el informe que antecede.

Esc. Claudia Fernández Echeverry
Coordinadora

*Informes aprobados por la Comisión Directiva Nacional de la AEU el 19.12.2023, expediente 2821/2023.*

# PARTICIÓN. INDIVISIÓN POSCOMUNITARIA. EMBARGO GENÉRICO. PUBLICIDAD REGISTRAL

Resumen

*Partición de indivisión poscomunitaria por causa de divorcio no inscripto y anterior a la entrada en vigencia de la ley 16.871; partición inscripta con posterioridad a la inscripción del embargo genérico a un copartiente: prevalece el efecto declarativo retroactivo de la partición (aún no inscripta o inscripta tardíamente) sobre el embargo, por imperio de los artículos 1151 del Código Civil y 54 (inc. 2.º) y 56 (inc. 2.º) de la ley 16.871.*

Informe: Civil

## Consulta

### I. Relación de hechos

**1995.** *Compraventa.* JRIO, casado en primeras nupcias con RQC bajo el régimen legal de bienes, adquiere por compraventa y tradición el padrón 1111 urbano. La compraventa se inscribe en el mismo año.

**1997.** *Divorcio*. Por sentencia ejecutoriada de divorcio de fecha 21.3.1997, se decreta la disolución del vínculo matrimonial entre JRIO y RQC. En consecuencia, se disuelve la sociedad conyugal. No se inscribe en el Registro Nacional de Actos Personales, ya que no estaba vigente entonces la ley 16.871 (Ley de Registros, de 28 de setiembre de 1997, a regir desde el 1.º de mayo de 1998).

**1998.** *Partición*. Los excónyuges JRIO y RQC otorgan partición el 3.4.1998. Se adjudica al primero el referido inmueble y vehículos automotores, y a la segunda —futura embargada genéricamente—, otro inmueble y bienes muebles. Dicha partición se inscribe en forma tardía el 6.4.2017.

**2002.** *Embargo genérico.* La Dirección General Impositiva inscribe un embargo genérico que pesa sobre RQC, con reinscripciones a la fecha.

Se pretende hipotecar el inmueble adjudicado al excónyuge JRIO (no embargado) para solicitar un préstamo en una institución bancaria de plaza. Surge la duda de si el embargo genérico que pesa sobre la excónyuge RQC es oponible o no a Impositiva, en virtud del artículo 1985 del Código Civil, según el cual, mientras no se inscriba la disolución de la sociedad conyugal, esta no surtiría efectos frente a terceros. Se aclara, además, que el banco solicita se libre oficio en el expediente de divorcio al Registro Nacional de Actos Personales, a efectos de su inscripción. La partición fue inscripta con posterioridad al embargo.

## II. Consulta

Se consulta si el inmueble adjudicado al excónyuge JRIO está o no afectado por el embargo de la excónyuge copartiente RQC. La consultante adjunta dos consultas publicadas en la revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay (2006; 2016); en ellas se menciona la posición de que la publicidad de la sentencia de separación judicial de bienes y efecto a terceros es a partir de la inscripción en el Registro. Se mencionan como normas aplicables al caso el artículo 54 de la Ley de Registros y los artículos 1985, 1151, 2006 y 2008 del Código Civil.

## III. Opinión de la consultante

La consultante sostiene que el embargo genérico que pesa sobre la excónyuge copartiente RQC no afecta al inmueble adjudicado a JRIO, por el efecto declarativo retroactivo de la partición, pese a su inscripción con posterioridad al embargo. No es una deuda de naturaleza ganancial, sino propia de la excónyuge copartiente embargada.

## Informe de la Comisión de Derecho Civil

El tema central de consulta radica en que el efecto declarativo retroactivo de la partición tiene prioridad sobre el embargo genérico que afecta a un copartiente, aun cuando la partición fue inscripta con posterioridad al embargo. La partición objeto de consulta es por disolución de sociedad conyugal —por vía de consecuencia— a causa de *divorcio*. En tal sentido, por imperio y reenvío del artículo 2013 del Código Civil, le son aplicables las normas de la partición hereditaria, entre las que es primordial el artículo 1151 del Código Civil. Si, de acuerdo con la normativa legal (C. Civil, art. 1151), el embargo al adjudicatario es irrelevante, con mayor razón lo es al copartiente no embargado, como sucede en el caso de marras.

En forma secundaria, el otro aspecto que surge de la consulta es si es necesaria la inscripción de una sentencia de divorcio —disolutora de la sociedad conyugal— anterior a la vigencia de la actual Ley Registral. Entendemos que no es necesaria; que, incluso, es improcedente.

Se profundizará a continuación.

### I. El embargo es irrelevante o inocuo frente al efecto declarativo retroactivo de la partición aún no inscripta (C. Civil, art. 1151)

Esta comisión, desde larga data y con carácter monolítico, viene sosteniendo que el embargo —genérico o específico— es irrelevante, estéril o inocuo respecto a la partición, por el efecto declarativo retroactivo de esta

(C. Civil, art. 1151). No puede ser aplicable el artículo 380.6 del Código General del Proceso a la partición, por no ser esta un acto de disposición, enajenación o gravamen; es decir, el efecto declarativo retroactivo de la partición prevalece sobre la eficacia de los embargos.

El conflicto del embargo y el efecto declarativo retroactivo de la partición se resuelve con la aplicación de la norma sustancial (C. Civil, art. 1151) y la normativa adjetiva procesal (C. General del Proceso, art. 380.6) y registral (Ley de Registros, arts. 54, inc. 2.º y 56, inc. 2.º). El artículo 1151 del Código Civil es la norma madre del efecto declarativo retroactivo de la partición: «Hecha la partición, cada coheredero se reputará haber sucedido inmediata y exclusivamente al difunto en todas las cosas que le hubieran cabido y no haber tenido jamás parte alguna en las otras cosas de la sucesión (artículo 2330)».

La partición tiene por objeto el cese de la indivisión y la sustitución de las cuotas partes o cuota alícuota de los coindivisarios por bienes concretos objeto de las adjudicaciones. Como negocio declarativo retroactivo, conforme el artículo 1151, es neutro: no es título de adquirir y no transfiere ni modifica derechos patrimoniales preexistentes. Por ello, no es necesario ni exigible la carga de su inscripción, que en tanto se hiciera, es solo publicidad «noticia», a efectos informativos. Así lo ha sostenido siempre esta comisión. En tal sentido, los artículos 1151 del Código Civil y 54 (inc. 2.º) y 56 (inc. 2.º) de la Ley de Registros son claves para dilucidar la situación jurídica que nos convoca. Destaca Molla (2010: 165):

> La ley 16.871 de Registros públicos, en su artículo 54, parágrafo 2, ratifica sin dejar lugar a ninguna duda la vigencia del efecto retroactivo de la partición dispuesto por la ley de fondo y, consecuentemente, la calidad de publicidad noticia de su inscripción en el Registro correspondiente. La norma reza: «Se exceptúan de la disposición anterior los actos declarativos retroactivos cuyos efectos frente a terceros estén determinados por la legislación vigente».

Y agrega más adelante (2010: ibídem):

> Por lo tanto, los embargos que afecten el patrimonio de los copartientes no adjudicatarios son irrelevantes respecto de las demás adjudicaciones. No corresponde solicitar ni exigir información registral por los copartientes, sino solamente por el adjudicatario y con respecto a los bienes que integran su hijuela.

Molla ha sostenido que «no existe carga de inscribir el negocio partición» (Asociación de Escribanos del Uruguay, 1990; Molla, 1991). En misma línea argumental, Arezo señala que «la cuestión de la incidencia de la legislación registral respecto a la oponibilidad de las particiones frente a terceros recibió en la última ley registral […] una respuesta categórica, coincidente con la posición doctrinaria mayoritaria sostenida hasta [entonces]» (2010: 260). Agrega el autor (2010: 261 y 262) que, por su naturaleza, es

> una simple inscripción noticia […]. Toda la cuestión queda, pues, supeditada a la naturaleza que se le atribuya a la inscripción registral de la partición. Por nuestra parte y la de la unanimidad de la Comisión de Derecho Civil y de la Comisión Directiva de la Asociación de Escribanos del Uruguay, así como muy abundante doctrina y alguna jurisprudencia en la materia, la inscripción de la partición está referida no a la parte inicial del mencionado artículo 54, inciso 1.º, sino a la excepción prevista al final de dicho inciso y que se consigna, en extenso, en el inciso 2.º: «Se exceptúan de la disposición anterior [esto es, el efecto declarativo de la inscripción] los actos declarativos retroactivos cuyos efectos frente a terceros están determinados por la legislación vigente». Y ¿cuál es la legislación vigente? El artículo 1151 del Código Civil.

Destaca Arezo (2010: 262 y 263) que la ley dice

> «hecha la partición» y no «inscripta la partición», por lo que el efecto de oponibilidad de la partición frente a los terceros resulta de su simple otorgamiento, ya que su inscripción es a los meros efectos informativos. Por otra parte, el mismo artículo 56, relativo a la inscripción noticia, en su inciso 2.º, alude a las cesaciones de condominio de origen contractual […], que no son más que particiones, por lo que se puede entender a estas, en general, implícitamente referidas en dicho texto legal […]. Demostrado, entonces, que los supuestos de inscripción noticia contenidos en el artículo 56 de la ley citada no son taxativos, cae en su base la argumentación que da preferencia a la inscripción del embargo con respecto a la fecha en que se retrotrae la partición (apertura legal de la sucesión o adquisición del bien en la indivisión poscomunitaria). No creemos, por lo tanto, que la inscripción de la partición sea algo más que una simple inscripción con efectos informativos (art. 56, inc. 1.º ley cit.).

## II. El divorcio anterior a la ley 16.871 no es acto inscribible (su inscripción no es exigible); no es de aplicación al caso de marras el artículo 1985 del Código Civil

Como surge del relacionado de hechos, la sentencia de divorcio, que por vía de consecuencia disolvió la sociedad conyugal, es anterior a la entrada en vigencia de la Ley Registral; por ende, no es acto inscribible ni exigible su inscripción.

Y no es de aplicación en el caso a consulta el instituto de la separación judicial de bienes previsto en el artículo 1985 del Código Civil. Por el contrario, es de aplicación la disolución de la sociedad conyugal, por vía de consecuencia y efecto del divorcio (C. Civil, arts. 1998, num. 1.º y 186).

No es de recibo la exigencia de inscripción de la sentencia de divorcio a efectos de dar publicidad a la disolución de sociedad conyugal, por ser el caso a estudio situación anterior a la entrada en vigencia de la ley 16.871 (1.º de mayo de 1998). Al divorcio, del año 1997, como acto ya consumado, por el principio de *irretroactividad de la ley* (C. Civil, art. 7.º), le rige la

norma vigente al momento de su consumación: ley 10.793 (anterior Ley de Registros), de 25 de setiembre de 1946; en ese momento, no era acto inscribible en el entonces Registro General de Inhibiciones, por lo que mal puede exigirse ahora su inscripción.

Vaz Ferreira, refiriéndose a los efectos de la disolución por divorcio y momento que se producen, señala: «La disolución de la sociedad conyugal se produce, en el caso de divorcio, al pasar la sentencia en autoridad de cosa juzgada (arts. 170, 181 y 189)» (1997: 641). Agrega que «en el momento de quedar ejecutoriada la sentencia de divorcio, entendemos que la disolución de la sociedad se produce con todos sus efectos tanto entre los cónyuges como respecto de terceros» (1997: 642). Y concluye (1997: ibídem):

> En materia de divorcio no se distinguen efectos entre las partes y efectos contra terceros, distinción que, como veremos, debe hacerse en materia de separación de bienes. La sentencia de divorcio no es, propiamente hablando, una sentencia de disolución de la sociedad conyugal (aunque accesoriamente tenga ese efecto) y, por lo tanto, no rige respecto de ella la necesidad (impuesta por los arts. 16 y 17 de la ley 10.783, y 1985 del C. Civil) de inscribirla en el Registro correspondiente para que surta efecto contra terceros.

Carozzi, en similar sentido, aludiendo al régimen anterior a la ley 16.871 (como es el caso a estudio), destaca (2015: 327):

> La sentencia ejecutoriada de divorcio se inscribía tan solo en el Registro de Estado Civil, como anotación marginal en la partida del matrimonio disuelto.
>
> Tanto el nuevo estado civil del excónyuge como las consecuencias económicas que derivaban de dicho estado civil (disolución de la sociedad conyugal) eran oponibles a terceros desde el momento en que la sentencia de divorcio quedaba ejecutoriada.

## III. Conclusiones

— Esta comisión, con carácter monolítico, viene sosteniendo que el embargo —genérico o específico— es irrelevante, estéril o inocuo respecto a la partición por el efecto declarativo retroactivo de esta (C. Civil, art. 1151).
— La partición, como negocio declarativo retroactivo, es neutro: no es título de adquirir y no transfiere ni modifica derechos patrimoniales preexistentes. Por ello, no es necesario ni exigible la carga de su inscripción, que en tanto se hiciera, sería solo publicidad «noticia».
— No es aplicable el artículo 380.6 del Código General del Proceso a la partición, por no ser un acto de disposición, enajenación o gravamen. El efecto declarativo retroactivo de la partición prevalece sobre la eficacia del embargo genérico.
— La partición de marras, otorgada antes del embargo genérico pero inscripta con posterioridad a este, igualmente vuelve a ese embargo irrelevante frente al efecto declarativo retroactivo de aquella.

— El embargo al adjudicatario es totalmente irrelevante respecto del copartiente no embargado y su hijuela.
— Para el caso de marras, no es de aplicación el régimen de la separación judicial de bienes previsto en el artículo 1985 del Código Civil.
— El divorcio (1997), causal de disolución de la sociedad conyugal, anterior a la entrada en vigencia de la ley 16.871, no era acto inscribible en el entonces Registro General de Inhibiciones (ley 10.793): no puede ser exigible ahora su inscripción por parte del banco, lo que supondría desconocer el principio de *irretroactividad de la ley* (C. Civil, art. 7.º).
— La partición de marras no merece observaciones. Sin perjuicio de ello, han existido otras interpretaciones vinculadas al embargo y la partición en materia jurisprudencial. A entender de esta comisión, la expuesta es la interpretación correcta.

Esc. Javier Parga Zanelli
Informante

## Bibliografía referida


Arezo, Enrique (2010). *Tratado de las particiones*, tomo II, 3.ª ed. Montevideo: Asociación de Escribanos del Uruguay.

Asociación de Escribanos del Uruguay (1990). Comisión de Derecho Civil (informante: Roque Molla). «Partición». En *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, tomo 76, n.º 7-12 (jul.-dic.), pp. 298-300.

— (2006). Comisión de Derecho Civil (informantes: M.ª Beatriz Vázquez y Enrique Arezo Píriz). «Separación de bienes. Disolución de la sociedad conyugal. Inoponibilidad. Publicidad registral. Emplazamiento. Cosa juzgada». En *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, tomo 92, n.º 7-12 (jul.-dic.), pp. 301-308.

— (2016). Comisión de Derecho Civil (informante: Juan Pablo Villar). «Separación de bienes. Disolución de la sociedad conyugal. Publicidad registral. Partición. Inoponibilidad». En *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, tomo 102, n.º 1-12 (ene.-dic.), pp. 389-396.

Carozzi, Ema (2015). *Manual de la sociedad conyugal*, 7.ª ed. act. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.

Molla, Roque (1991). «No existe carga de inscribir el negocio partición». En *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, tomo XXI. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, pp. 604-606.

— (2010). «El embargo y la partición: un fallo de acuerdo al ordenamiento jurídico uruguayo». En *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, tomo 96, n.º 1-12 (ene.-dic.), pp. 161-166.

Vaz Ferreira, Eduardo (1997). *Tratado de la sociedad conyugal*, 4.ª ed. act. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.

La Comisión de Derecho Civil, integrada por los Escs. M.ª Laura Calcaterra, Javier Carneiro, M.ª Inés Casatroja, Daniella Cianciarulo, Marcela de los Santos, Gustavo Echavarría, Nicolás García Rodríguez, Carlos Groisman, José Pedro Illia, Inés Lueiro, M.ª Valentina Martínez, Francisco Mastropierro, Roque Molla, Adriana Olmedo, Javier Parga, M.ª del Pilar Ramírez, Ana Realini, Patricia Rivas, Adriana Silva, Gonzalo Trobo, M.ª Beatriz Vázquez y Juan Pablo Villar, aprueba el informe que antecede.

Escs. Roque Molla y Juan Pablo Villar
Coordinadores

*Informe aprobado por la Comisión Directiva Nacional de la AEU el 19.12.2023, expediente 2890/2023.*

## COOPERATIVAS DE VIVIENDA. EMBARGO. EMBARGO GENÉRICO. DERECHO DE USO Y GOCE

Resumen

*Para satisfacción de un crédito, se pretende ejecutar una de sus unidades de propiedad horizontal de una cooperativa de vivienda de propietarios. Mientras no se le adjudique al socio deudor la propiedad de la unidad de propiedad horizontal, lo que este tiene es un derecho personalísimo de uso y goce sobre la vivienda (ley 18.407, artículo 136), inherente a su calidad de titular de una participación social en la cooperativa; el inmueble es propiedad de la cooperativa. Las partes sociales, en tanto títulos representativos de participación social, pueden ser prendadas o embargadas, pero el acreedor no puede adjudicárselas en pago ni reclamar su venta privada ni judicial. Es improcedente el embargo genérico de las partes sociales del deudor, pues este debe comprender sus bienes registrales (Código General del Proceso, artículo 380.2), y la cesión de partes sociales no es registrable.*

Informe: Cooperativo

### Consulta

Con relación al expediente caratulado «JARG c/NP y GL. Proceso de ejecución», IUE …/2019, tramitado ante el Juzgado Letrado de Primera Instancia de Tacuarembó de … Turno, el señor juez, por auto número …/2023, de fecha 20.10.2023, ordena se remitan las actuaciones a consulta de la AEU. Surge del referido expediente lo siguiente:

**1.** Se inicia un proceso ejecutivo con un vale incumplido por la suma de USD 20.000. Por decreto …/2019, de fecha 14.6.2019, *se traba embargo genérico* a los deudores NP y GL.

**2.** Con posterioridad, a efectos de satisfacer el crédito, la parte actora *solicita el embargo específico sobre el bien inmueble padrón* 0000/013, sin acreditar quién es su propietario. Previo a hacer lugar a la solicitud de traba de embargo específico, la Sra. jueza, por auto número …/2019, de 13.12.2019, solicita se acredite la titularidad del bien inmueble citado. La parte actora, en cumplimiento de lo ordenado, agrega un certificado notarial en el que se consigna claramente que la unidad 013 (padrón 0000/013) es de propiedad de la Cooperativa de Vivienda XX, más un certificado emitido por el Registro de la Propiedad Inmobiliaria.

**3.** Con fecha 22.2.2021 se dicta la sentencia interlocutoria número …/2021, que resuelve la traba del embargo específico sobre el bien inmueble relacionado. Del expediente surge que se libró oficio, pero no consta que fue debidamente inscripto en el Registro correspondiente.

**4.** Cabe destacar que del certificado emitido por el Registro de la Propiedad Inmobiliaria surge que:

*a.* La titularidad de dicho bien inmueble corresponde a la Cooperativa de Vivienda XX, padrón 0000 (padrón común). Compraventa inscripta el 21.8.2009, autorizada por el Esc. CDM el 21.8.2009. Parte adquirente: Cooperativa de Vivienda XX. Parte enajenante: Ministerio de Vivienda y Ordenamiento Territorial (MVOT).

*b.* Dicho bien se encuentra hipotecado por escritura otorgada el 21.8.2009 de préstamo hipotecario, inscripta el 21.8.2009. Acreedor hipotecario: MVOT. Deudor hipotecario: Cooperativa de Vivienda XX.

*c.* Y se encuentra bajo el régimen de propiedad horizontal. Se otorgó escritura pública de reglamento de copropiedad el 9.11.2022, inscripta el 12.11.2012 y autorizada por la Esc. AGSR. Otorgante: Cooperativa de Vivienda XX.

## Informe de la Comisión de Derecho Cooperativo

Estudiado el expediente, se deduce que se trata de una cooperativa de vivienda de propietarios de entrega inmediata por el sistema de ayuda mutua denominada «Cooperativa de Vivienda XX». Para satisfacción de un crédito, se pretende ejecutar una de sus unidades de propiedad horizontal.

Cuando estamos frente a una cooperativa de propietarios, lo primero que entendemos es que sus socios, cuando adquieren la calidad de tales, tienen derecho a que la cooperativa, en cumplimiento de su objeto, les adjudique la propiedad sobre las viviendas. No es un concepto equivocado. Lo que

se debe tener claro es que la adjudicación en propiedad a los socios de las unidades de propiedad horizontal no se hace en el momento de la entrega de la ocupación de la vivienda. A pesar de que la cooperativa es de *entrega inmediata de la propiedad*, es imposible cumplir con ello debido a que las habilitaciones necesarias tienen una larga demora; son años los transcurridos entre el momento de la ocupación de la vivienda y su adjudicación en propiedad. Es por ello que la ley 18.407 (Ley de Cooperativas, de 24 de octubre de 2008), en su artículo 146, establece que mientras las cooperativas de propietarios no adjudiquen las unidades habitacionales en propiedad a sus socios, se deberán regir por las disposiciones de las cooperativas de usuarios. Por lo tanto, mientras no se les adjudique la propiedad, *lo que el socio tiene es un derecho de uso y goce sobre una vivienda*; *la cooperativa mantiene la propiedad de todas las unidades*. La gran mayoría de las cooperativas de propietarios aún se encuentran en ese híbrido: son *de propietarios*, pero funcionando como *de usuarios*.

De estas actuaciones se deduce gran confusión con respecto a los derechos que se discuten por parte de la actora al momento de pretender hacer efectivo el cobro de su crédito y, a veces, de la oficina actuaria. Entendemos que:

**1.** Con respecto al *embargo genérico* trabado, no tenemos nada que observar.

**2.** En cuanto al *embargo específico sobre la unidad de propiedad horizontal*, esta es propiedad de la cooperativa. La socia, hoy demandada, tiene sobre el bien mueble un derecho de uso y goce, derecho personalísimo (ley 18.407, art. 136), inherente a su calidad de socia por ser titular de una participación social dentro de la cooperativa. El bien inmueble es propiedad de la cooperativa, tal como lo acreditó la parte actora mediante certificado notarial y certificado registral. Por lo tanto, no es procedente el embargo específico sobre la unidad de propiedad horizontal padrón 0000/013, por no ser dicha unidad propiedad de la demandada.

**3.** Con referencia al *embargo de partes sociales* que la actora solicita, debemos acotar que las partes sociales, en tanto títulos representativos de la participación social, pueden ser gravadas —prendadas o embargadas—, pero el acreedor no podrá adjudicárselas en pago *ni reclamar su venta privada ni judicial* (carácter *intuitu personae*). El Código General del Proceso, en su artículo 380.2, establece que el embargo genérico comprende los bienes registrales del deudor. La cesión de partes sociales no se inscribe en ningún Registro (no es registrable). La única expectativa de satisfacción del crédito con respecto al valor de las partes sociales —su titular es la deudora— por parte del acreedor es que cuando la deudora egrese de la cooperativa —es decir, al momento del reembolso de las partes sociales— podrá reclamar, orden judicial mediante, que los fondos a ser entregados a la demandada le sean retenidos y sean volcados a la satisfacción de su crédito.

**4.** Existe confusión por parte de la actora en cuanto al concepto que tiene de las partes sociales, del derecho de propiedad, del derecho de uso y goce, etcétera. También cuando, al momento de solicitar el embargo específico, solicita «se trabe embargo de las partes sociales *y los derechos específicos de la participación*» (destacado nuestro). Parecería que entiende que ser titular de las partes sociales implica, de hecho, tener un derecho de propiedad sobre la vivienda. Los derechos que surgen de la titularidad de las partes sociales no son derechos de propiedad, aunque se trate de una cooperativa de vivienda de propietarios. Para que ese derecho de propiedad se haga efectivo, la cooperativa tiene que adjudicarle al socio la propiedad de la unidad de propiedad horizontal *mediante escritura pública de adjudicación*, la que se inscribe en el Registro de la Propiedad respectivo. Por tanto, mal solicitada está la ejecución de la unidad de la que la demandada solo ostenta un derecho de uso y goce. Cabe destacar que en el supuesto caso de que la Sra. jueza hubiese hecho lugar al petitorio y hubiese decretado el embargo y posterior ejecución, la parte actora no hubiese podido satisfacer su crédito, debido a que esa unidad de propiedad horizontal —y todas las demás unidades de la cooperativa— se encuentra gravada con primera hipoteca a favor del MVOT, tal como surge de la información registral agregada en autos por la misma parte actora. Es decir, si se hubiese efectivizado el remate —mal decretado—, quien tiene mejor derecho para percibir lo producido es el citado ministerio, por ser el primer acreedor hipotecario.

**5.** También se padece error cuando la parte actora, a efectos de solicitar la ejecución del bien inmueble referido, solicita a la sede intime a la cooperativa que adjunte los títulos de propiedad. Cabe recordar que estando gravado el inmueble con hipoteca a favor del MVOT, los títulos se encuentran, como garantía hipotecaria, en el archivo del Banco Hipotecario del Uruguay.

**6.** Es importante tener en cuenta que el estatuto que se adjunta no se adecua a la legislación vigente, y que de encontrarse en trámite la reforma de estos, no es a los efectos de un cambio de régimen a propiedad horizontal, como se consigna por error en el certificado que luce en el expediente. La cooperativa se encuentra en régimen de propiedad horizontal desde que se otorgó el reglamento de copropiedad, en 2012. No se comprende cómo se pretendería ejecutar la unidad 013 —de ser posible esa ejecución— si no se tuvo en cuenta que se encontraba en régimen de propiedad horizontal.

**7.** Por último, la cooperativa debió otorgar a la demandada —futura propietaria de la unidad— el documento de uso y goce correspondiente a su calidad de socia, en cumplimiento *preliminar* de su objeto, según lo dispuesto en el artículo 146 de la ley 18.407.

Esc. Carmen Taborda
Informante

La Comisión de Derecho Cooperativo aprueba el informe que antecede con el voto conforme de los Escs. Silvia Hernández, Analía Rodríguez Alvira, Alicia Moretto, Alba Martínez Mayol, Annaly Grande, Graciela Fernández Parada, Carmen Taborda, Tatiana Pérez Figuerón, Wanda Baldassari, Lorena Borghi, Sergio Reyes Lavega, Adriana Perotti y Silvana Avondet.

Escs. Graciela Fernández Parada
y Annaly Grande
Coordinadoras

*Informe aprobado por la Comisión Directiva Nacional de la AEU el 19.12.2023, expediente 2916/2023.*

## PROMESA DE COMPRAVENTA. CÓNYUGE NO ADMINISTRADOR. CONSENTIMIENTO. SOCIEDAD CONYUGAL

Resumen

*La conformidad expresa del cónyuge no administrador a través de la firma de la promesa de compraventa.*

Informes: Civil y Notarial

### Consulta

**2010.** *Compraventa.* MTS, casada con AF, adquirió por título compraventa y modo tradición el inmueble padrón 0000. Según manifiesta la consultante, el bien fue adquirido con naturaleza ganancial.

**2016.** *Promesa de compraventa.* MTS, casada con AF, prometió vender el inmueble 0000 a NB y MB el 20.12.2016, en documento privado cuyas firmas certificó la Esc. XX y cuyo primer testimonio fue inscripto en el Registro correspondiente. En el texto de la promesa no se menciona al cónyuge AF, pero AF firma el documento, y su firma es certificada por la Esc. XX, al igual que las de la parte promitente vendedora y la promitente compradora.

**2019.** La parte promitente compradora inicia el proceso tendiente a obtener la escrituración judicial. Según manifiesta la consultante, la actuaria observa la titulación porque en la promesa de compraventa falta el consentimiento del cónyuge no administrador.

Se consulta si la situación es observable por faltar la conformidad expresa del cónyuge no administrador.

# Informe de la Comisión de Derecho Civil

## I. Sobre la conformidad conyugal, la promesa de compraventa y la enajenación en cumplimiento de promesa

El artículo 1971, inciso 1.º del Código Civil dispone: «Los inmuebles de carácter ganancial adquiridos a nombre de uno de los cónyuges o de la comunidad no podrán ser enajenados ni afectados por derechos reales sin la conformidad expresa de ambos cónyuges».

La promesa de compraventa de un inmueble no es un acto de enajenación ni un acto que genere por sí solo una afectación con derecho real al inmueble; por tanto, no requiere la conformidad del cónyuge no administrador. Sin perjuicio de ello, si se pretende obtener el denominado *derecho real* a que refiere el artículo 15 de la ley 8.733 (Ley de Promesa de Enajenación de Inmuebles a Plazos, de 17 de junio de 1931) a través de la inscripción registral, será necesario a tales efectos obtener la conformidad expresa de ambos cónyuges (C. Civil, art. 1971).

La enajenación del inmueble en cumplimiento de la promesa sí requiere de la conformidad expresa de ambos cónyuges (C. Civil, art. 1971). Por tal razón, en caso de que se pretenda obtener la traslación de dominio por la vía judicial, deberá demostrarse que la promesa fue consentida por el cónyuge administrador con la conformidad expresa del cónyuge no administrador.

## II. Sobre la naturaleza de la conformidad conyugal

Con relación a la naturaleza de la conformidad conyugal, podemos distinguir entre autores que consideran que debe diferenciarse la situación del cónyuge administrador de la situación del que no lo es, por un lado, y autores que, por el otro, sostienen que ambos cónyuges se encuentran en igual situación.

### A. Posición que diferencia la situación del cónyuge administrador de la del que no lo es

Los autores que se mencionan a continuación coinciden en que corresponde tal distinción, sin perjuicio de que sus interpretaciones presentan diferencias entre sí.

Según Vaz Ferreira (1997: 506, 507 y 515), debe distinguirse el *título* y el *modo*. La ley exige la conformidad de ambos cónyuges solo para el modo. El título de, por ejemplo, una compraventa otorgada solo por el cónyuge administrador es válido. No es necesario que el otro cónyuge otorgue la compraventa; basta con que exprese su conformidad para la tradición. Esa conformidad puede otorgarla en cualquier forma —incluso verbal-

mente, más allá de las dificultades de su prueba— porque la tradición no está sujeta a ningún requisito *ad solemnitatem*.[76]

Rivero de Arhancet y Ramos (2009: 57) adhieren a la posición de Vaz Ferreira. También lo hace Carozzi (2011: 223 y 227), quien considera que la posición de dicho autor es la que mejor armoniza con los principios generales del régimen matrimonial legal.

Miranda (1973: 11) sostuvo que el poder para vender y enajenar radica en uno de los cónyuges, y que la limitación consiste en que el otro debe consentir la enajenación; este debe configurar y prestar su voluntad expresa, pero no ejercer el poder de enajenar, que no radica en él. Considera este autor que la situación tiene similitud con la de un juez que autoriza un acto pero no lo realiza: simplemente lo legitima.

Para Cafaro y Carnelli (1996: 125 y 127), la conformidad implica estar de acuerdo con un negocio a concluir —o ya concluido— y emana de alguien que es ajeno al negocio. Si bien el sujeto que expresa la conformidad tiene interés en el negocio, su voluntad no integra el consentimiento negocial: consiste en un negocio estructuralmente autónomo. Rubbo (2008: 107 y 109) sigue el pensamiento de Cafaro y Carnelli; opina que el cónyuge administrador vende y otorga la tradición, y que el cónyuge no administrador da su conformidad a todo el negocio dispositivo, pero no interviene en él. La omisión de la conformidad del cónyuge no administrador no provoca la nulidad del acto, sino la inoponibilidad de la enajenación frente al cónyuge no administrador, lo que surge como consecuencia lógica de haberse omitido un requisito legal de eficacia; pero, además, porque así lo dispone el artículo 1974 del Código Civil, que determina cuál es el interés legítimo protegido y la inoponibilidad de la enajenación frente al cónyuge perjudicado. En la misma línea de pensamiento expuesta, Bagdassarian y Rasines del Campo (2002: 47) sostienen que el cónyuge no administrador no es enajenante.

A nivel jurisprudencial se encuentran diversas sentencias que distinguen la situación del cónyuge administrador y la del que no lo es. Así, a vía de ejemplo, el Tribunal de Apelaciones de Familia de 2.º Turno (2012) expresó: «La conformidad del cónyuge no administrador exigida por el artículo 1971 del Código Civil no integra el consentimiento contractual; a lo sumo, lo que provoca dicha falta de conformidad es que dichos contratos le son inoponibles a los cónyuges». Por su parte, el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 1.er Turno (2004) expresó:

> Aun de haber sido necesario ese consentimiento, la consecuencia no sería la nulidad absoluta que se postula por los apelantes. En opinión de Vaz Ferreira, seguida por parte de la jurisprudencia, la falta de consentimiento solo hace inoponible la enajenación a la cónyuge, que es quien está legitimada para accionar contra los terceros adquirentes.[77]

76 Se aclara que la tradición no es solemne, salvo la especie denominada *constituto posesorio*, prevista en el artículo 767 del Código Civil.

77 En el mismo sentido, el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 1.er Turno (2014: 846).

### B. Posición que coloca en pie de igualdad a ambos cónyuges

En la posición que sostiene que los dos cónyuges se encuentran en pie de igualdad encontramos a Gamarra y a Arezo. Sin embargo, existen diferencias en sus interpretaciones.

Según Gamarra (2001: 205), para formar el consentimiento en el contrato se requiere el concurso de las voluntades de ambos cónyuges, quienes forman una parte plurisubjetiva: las voluntades se unifican sobre la base de un interés común. La ley coloca a ambos cónyuges en un plano de igualdad; sin el concurso de las dos voluntades, el negocio es nulo, ya que el consentimiento no se forma si falta cualquiera de ellas. El concurso de voluntades sería un «acto colectivo», que funciona como si existiese un solo interés: el del grupo.

Para Arezo, la transferencia dominial requiere de un título y un modo, por lo que el cónyuge no administrador debe otorgar ambos (1997: 312). Los dos cónyuges son vendedores, permutantes, donantes, etcétera, y los dos son tradentes (1997: 315). En cuanto al negocio otorgado sin la conformidad del cónyuge no administrador, sostiene este autor que el título oneroso —compraventa, permuta, etc.—, en principio, sería un acto válido, ya que la venta de cosa ajena es válida y se gobierna por el artículo 1681 del Código Civil; pero en aplicación del artículo 1974, sería inoponible al cónyuge omitido. Respecto a la tradición, la equipara a una de cosa ajena, que no traslada el dominio (1997: 321 y 322).

### C. Opinión de la Comisión de Derecho Civil

Para esta comisión, la posición que mejor se ajusta a la estructura y funcionamiento de la sociedad conyugal es la sostenida por Cafaro y Carnelli: el cónyuge administrador es quien debe otorgar el título y el modo; el no administrador da su conformidad a la enajenación o afectación, pero no es parte del título ni del modo.[78]

## III. Sobre la conformidad expresa del cónyuge no administrador en el caso concreto

A entender de esta comisión, en el caso concreto, existe prueba suficiente de que el cónyuge no administrador brindo su conformidad expresa a la promesa de compraventa. A dicha conclusión se arriba a través de dos vías argumentativas diferentes: una planteada por Villar y otra trazada por Groisman y Molla.

78 Vé. al respecto Villar (2015).

## A. Argumentación del Esc. Juan Pablo Villar

### *1. ¿Qué significa que la conformidad sea «expresa»?*

Con carácter general, la voluntad puede manifestarse de manera *expresa* o *tácita*. En principio, ambas especies tienen igual valor jurídico; sin embargo, para determinados actos, la ley exige que la voluntad se manifieste de manera expresa, en cuyo caso, la tácita no es suficiente (Gamarra, 2006: 255 y 256). Esto último sucede, a vía de ejemplo, con la conformidad conyugal (C. Civil, art. 1971).

Un sujeto puede manifestar su voluntad a través del lenguaje oral o escrito, mediante signos o por cualquier comportamiento positivo u omisivo que permita deducir la voluntad del autor. Pero ¿en qué casos la manifestación de voluntad es expresa? En primer lugar, la voluntad es expresa o tácita con prescindencia del medio empleado para la exteriorización. La manifestación de voluntad puede ser expresa aunque no se utilicen palabras. Así, Rivero Hernández ha escrito (2013: 415):

> *Expresa* es la manifestación por medio de palabras o signos, escritos o no, y otros comportamientos (por ejemplo, levantar la mano en una subasta) que, según la apreciación normal y acorde con el modo común de pensar y expresarse, revelan una voluntad inequívoca en un sentido determinado […] incompatible con la voluntad contraria.

Diversos autores de doctrina extranjera y nacional vinculan la voluntad expresa con la *directa*, y la tácita, con la *indirecta*. Veamos algunos ejemplos.

Larenz (1978: 488) ha escrito que se emplea la expresión «declaración de voluntad tácita» cuando se designa un acto que no expresa de modo inmediato una determinada voluntad de producir efectos jurídicos, pero sí de manera indirecta, porque ella se infiere de lo dicho o realizado.

Betti (1959: 109) sostiene que es *directa* y explícita la manifestación cuando se produce por medio de signos que en la práctica social o por convención de las partes sirven a la función de hacer conocer un determinado contenido a quienes interesa. En cambio, para este autor, la manifestación es *indirecta* cuando se produce por medio de una conducta que, tomada en sí, no tiene la función de hacer conocer a los interesados el contenido en cuestión, pero, por deducción necesaria y unívoca, permite colegirlo.

En doctrina nacional, Gamarra (2006: 258 y ss.) considera que existe voluntad *expresa* cuando la intención del declarante se deduce de manera directa de su comportamiento, mientras que es *tácita* cuando la intención se deduce de modo indirecto del comportamiento mediante un razonamiento lógico. Para Gamarra (2006: 260), la declaración es *directa* cuando, según la común experiencia, el comportamiento está destinado a dar a los terceros la exacta percepción de la voluntad. Señala dicho autor (2006: 261) que cuando la voluntad se exterioriza en forma tácita, existe, junto al sentido

que se desprende de manera inmediata de la manifestación, otro que se revela por deducción.

En el mismo sentido, Caffera (2008: 243) sostiene que la distinción entre declaración *expresa* y *tácita* es la que va entre declaración *directa* e *indirecta*. En la declaración expresa, esta tiene como referencia directa la existencia de una cierta voluntad o el contenido de una cierta regla; en cambio, en la declaración tácita hay dos pasos: la declaración expresa significa una regla 1 que, a su vez, implica una regla 2. Villar comparte la línea de pensamiento citada. La manifestación de voluntad es *expresa* cuando la voluntad surge directamente del comportamiento realizado, con prescindencia del medio empleado, mientras que es *tácita* cuando surge indirectamente —por deducción— de otro comportamiento. A vía de ejemplo, si una persona solicita una ampliación de plazo para pagar una deuda, existe una manifestación de voluntad *expresa* (directa) de solicitar la ampliación de plazo y otra *tácita* (indirecta) de reconocer la deuda: de la manifestación de voluntad expresa (directa) se infiere una tácita (indirecta).

Aplicado a la conformidad conyugal, esta es *expresa* cuando la voluntad del cónyuge no administrador surge de forma directa de su comportamiento, con prescindencia de cuál haya sido el medio elegido para exteriorizar dicha voluntad.

### *2. Sobre el significado de la firma*

De acuerdo con el diccionario, la palabra *firma* significa, entre otras acepciones, «rasgo o conjunto de rasgos, realizados siempre de la misma manera, que identifican a una persona y sustituyen su nombre y apellidos para aprobar o dar autenticidad a un documento». De este modo, la firma es una manera de identificar a una persona y tiene por función aprobar el documento firmado o, más precisamente, aprobar el acto que surge del documento firmado.

### *3. Aplicación de lo expuesto al caso concreto*

¿Cuál es el significado de que el cónyuge AF haya firmado el documento de promesa de compraventa? La función de la firma, de acuerdo con las reglas semánticas, es aprobar el acto que surge del documento firmado. AF, a través de su firma, exteriorizó su voluntad de aprobar el acto que surge del documento firmado, es decir, aprobó la promesa de compraventa otorgada.

¿Dicha manifestación de voluntad fue expresa o tácita? De acuerdo con lo expuesto, la manifestación de voluntad es expresa cuando surge directamente del comportamiento del sujeto (haya o no declaración). Del comportamiento de AF —esto es, del acto de firmar el documento sin mencionar palabra— surge de manera directa que ha aprobado la promesa de compraventa, pues esa es la función de la firma; por tanto, su aprobación califica como expresa.

### *4. Respuesta a la consulta formulada*

De la documentación presentada surge que el cónyuge administrador otorgó la promesa de compraventa, y el no administrador prestó su conformidad de manera expresa a través de su firma. A entender de Villar, la parte promitente compradora está legitimada para obtener la transmisión dominial del inmueble a través de la vía judicial.

## B. Argumentación de los Escs. Carlos Groisman y Roque Molla

Groisman y Molla consideran que en el caso sometido a consulta se prestó, por parte del cónyuge no administrador, la conformidad expresa requerida por el artículo 1971 del Código Civil, pero por fundamentos distintos a los expuestos por Villar. Los nombrados escribanos expresan al respecto.

**1.** Refiere Barbero (1967: 454 y ss.):

> **I.** Por «manifestación negocial» hay que entender cualquier comportamiento exterior de un sujeto apto para revelar su «intención». Dicho comportamiento consiste, por lo común, en la expresión oral o escrita de una proposición lógica: «nombro heredero universal a mi hijo, Antonio»; «vendo este objeto por cien liras»; «te doy en locación esta, mi casa».
>
> La palabra es el medio más indicado para revelar pensamiento y voluntad, pero no es el único. Otros comportamientos pueden sustituirla: un gesto de la cabeza; un alzamiento de hombros; un ademán de la mano; una actitud de hecho, como, por ejemplo, la ocupación de un objeto, el comienzo de una operación, el mismo callar pueden ser reveladores de la intención de un sujeto.
>
> **II.** Pero dentro de este ámbito tan vasto, el tecnicismo jurídico ha revelado la necesidad de varias distinciones, y en primer lugar, la de aquella entre la verdadera y propia «declaración» y el «comportamiento de hecho».
>
> *a*) La «declaración» se caracteriza no solo en su estructura por el hecho de consistirse en una *proposición lógica*, oral o escrita, sino también en su función, por ir dirigida (salvo los negocios unilaterales no recepticios) a *manifestar en relación a otros*, implicando así una colaboración psíquica ajena.
>
> *b*) El «comportamiento de hecho» no consiste tanto en la «manifestación de una intención» sino, directa y definitivamente, en su «actuación sobre el objeto».

**2.** La suscripción o firma de un documento, como enseña Larraud (1966: 228 y ss.),

> en su configuración real, es uno de los elementos externos del documento escrito: puede reproducirse su traducción fonética, pero su expresión plástica es inseparable del original. De otra parte, es evidente que la firma también tiene importancia en la consideración de los caracteres internos del instrumento, puesto que ella tiene el sentido de una asunción de paternidad de este o de asentimiento a su contenido, al menos.

En el caso, el cónyuge no administrador no fue parte en el contrato; por ello, no asumió su paternidad. Puede entenderse que asintió a su contenido, esto es, que prestó su conformidad, pero ¿en qué forma? La sola firma no es declaración; por lo menos, no es expresa, como requiere el artículo 1971. Esta declaración puede ser verbal, como expresa Vaz Ferreira (1997).

En ese orden de ideas, cobra especial relevancia la actuación notarial. Ello, porque la lectura del documento por la escribana y la ratificación en su contenido por todos los firmantes, incluyendo al cónyuge de la parte promitente vendedora, AF, constituye prueba suficiente de su declaración expresa, verbal, de prestar conformidad al negocio otorgado por su cónyuge en calidad de administradora del bien.

—o0o—

La Comisión de Derecho Civil aprueba el informe que antecede. Con relación a las dos argumentaciones incluidas en el informe, que conducen a la misma conclusión, la mayoría de los integrantes de la Comisión adhirió a la propuesta por Groisman y Molla.

— A favor de la argumentación de Groisman y Molla: Escs. Javier Parga, M.ª Beatriz Vázquez, Ana Realini, Daniella Cianciarulo, Carlos Groisman, Francisco Mastropierro, Roque Molla y Marcella de los Santos.
— A favor de la argumentación de Villar: Escs. Javier Carneiro, Adriana Olmedo, Nicolás García Rodríguez, Patricia Rivas, Valentina Martínez, Juan Pablo Villar y Gustavo Echavarría.
— En contra de ambas argumentaciones: Escs. Gonzalo Trobo y José Pedro Illia.

Escs. Roque Molla
y Juan Pablo Villar
Coordinadores

## Bibliografía referida

Arezo Píriz, Enrique (1997). *Tratado de las particiones*, tomo II, 1.ª ed. Montevideo: Asociación de Escribanos del Uruguay.

Bagdassarian, Dora, y Rasines del Campo, Mabel (2002). *Temas vinculados al régimen matrimonial de bienes*, 2.ª ed. Montevideo: Asociación de Escribanos del Uruguay.

Barbero, Doménico (1967). *Sistema del derecho privado*, tomo I. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América.

Betti, Emilio (1959). *Teoría general del negocio jurídico*, 2.ª ed. Madrid: Revista de Derecho Privado.

Cafaro, Eugenio, y Carnelli, Santiago (1996). *Eficacia contractual*, 1.ª ed. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.

Caffera, Gerardo (2008). *Obligaciones. Teoría de la obligación, el contrato y el cuasicontrato*, 1.ª ed. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.

Carozzi Failde, Ema (2011). *Manual de la sociedad conyugal*, 6.ª ed. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.

Gamarra, Jorge (2001). *Tratado de derecho civil uruguayo*, tomo X, 5.ª ed. act. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.

— (2006). *Tratado de derecho civil uruguayo*, tomo XI, 4.ª ed. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.

Larenz, Karl (1978). *Derecho civil*. Parte General. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado.

Larraud, Rufino (1966). *Curso de derecho notarial*. Buenos Aires: Depalma.

Miranda, Fernando (1973). *Derecho práctico y teórico. Algunas consultas*. Montevideo: Asociación de Escribanos del Uruguay.

Rivero de Arhancet, Mabel, y Ramos Cabanellas, Beatriz (2009). *El concurso y su incidencia en el derecho de familia personal, la sociedad conyugal, la unión concubinaria y las sucesiones*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.

Rivero Hernández, Francisco (2013). *Representación sin poder y ratificación*. Madrid: Thomson Reuters.

Rubbo, Horacio (2008). *Estudio de títulos*, 6.ª ed. Montevideo: Asociación de Escribanos del Uruguay.

Tribunal de Apelaciones de Familia de 2.º Turno (2012). Sentencia 211/2012-1, de 20.6.2012. Díaz Sierra (r.), Bendahan Silvera y Baccelli Rossari.

Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 1.er Turno (2004). Sentencia 52/2004, de 31.3.2004. Castro Rivera (r.), Vázquez Cruz, Bello. En *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, tomo XXXV. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.

— (2014). Sentencia 238/2014, de 8.10.2014. Díaz (r.), Baccelli, Bendahan. En *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, tomo XLV. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.

Vaz Ferreira, Eduardo (1997). *Tratado de la sociedad conyugal*, 4.ª ed. act. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.

Villar, Juan Pablo (2015). «La conformidad posterior del cónyuge omitido como acto idóneo para subsanar una titulación». En *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, tomo 101, n.º 1-12 (ene.-dic.), pp. 121-148.

# Informe de la Comisión de Derecho Notarial y Técnicas Notariales

## I. Resumen de los hechos y consulta

— **31.3.2010.** MTS, casada con AF (sin dato de nupcias), adquirió por compraventa y tradición el inmueble padrón 0000, de acuerdo con cláusula vigesimotercera de documento indicado a continuación.
— **20.12.2016.** MTS, casada en segundas nupcias con AF, prometió vender el inmueble padrón 0000 a NB y MB, según documento privado con firmas certificadas y protocolizado por la Esc. XX (promesa inscripta). El documento fue suscrito por los nombrados otorgantes y AF. La certificación dice: «Las firmas que lucen en el documento privado promesa de compraventa del inmueble padrón 0000 que precede son auténticas y fueron puestas en mi presencia por personas hábiles, quienes me acreditan su identidad exhibiendo su cédula de identidad: MTS, AF, MB y NB, cuyos demás datos personales surgen ampliamente del referido documento, el cual, previa lectura del mismo realicé, otorgaron y suscribieron en mi presencia».
— **1.6.2020.** La Esc. XX expidió un certificado notarial con el siguiente contenido: «**I.** La suscrita certificó y protocolizó la promesa de compraventa realizada respecto al inmueble […], que se llevó a cabo el día 20.12.2016, la cual se inscribió en el Registro de Inmuebles, Sección Promesas, con el número […], no habiendo observaciones de la misma. **II.** Por error involuntario, la suscrita no puso en la comparecencia al señor AF, cuando correspondía hacerlo, ya que era un bien de origen ganancial; sí este prestó en el momento su consentimiento y la suscrita certificó su firma. **III.** A los efectos de subsanar tal error, ya que el mismo prestó el consentimiento y se encontraba presente, manifiesto que el señor AF, oriental, mayor de edad, titular de la cédula de identidad número […], casado en segundas nupcias con MTS, con domicilio en la calle […] de la ciudad de Montevideo, compareció, se encontraba presente al momento de suscribirse la promesa de compraventa antes mencionada, dejándose constancia en la matriz de este hecho».

Se consulta si la situación es observable por faltar la conformidad expresa del cónyuge no administrador.

## II. Nuestro informe

En primer lugar, corresponde considerar la necesidad de conformidad del cónyuge no administrador en la enajenación de inmuebles, aspecto sobre el que ya se expidió la Comisión Derecho Civil. En su informe, expone

distintas interpretaciones doctrinarias y sentencias judiciales, y concluye que la posición más ajustada a la estructura y funcionamiento de la sociedad conyugal es la sostenida por Cafaro y Carnelli; para estos autores, el cónyuge administrador debe otorgar el título y el modo, mientras que el no administrador da su conformidad a la enajenación o afectación, sin ser parte.

En esa línea, la Comisión de Derecho Civil ingresa a la cuestión del significado de *conformidad expresa*. Dice que la voluntad puede manifestarse de manera *expresa* o *tácita*. En principio, ambas especies tienen igual valor jurídico; sin embargo, para determinados actos, la ley exige que la voluntad se manifieste de manera expresa (a vía de ejemplo, la conformidad conyugal; C. Civil, art. 1971).

Un sujeto puede manifestar su voluntad a través del lenguaje oral o escrito, mediante signos o por cualquier comportamiento positivo u omisivo que permita deducir su voluntad, la que será expresa o tácita, con prescindencia del medio empleado para la exteriorización. La manifestación de voluntad puede ser expresa y sin palabras. En cita a Rivero,[79] se dice que expresa es la manifestación por palabras o signos, escritos o no, y otros comportamientos —por ejemplo, levantar la mano en una subasta— que, según la apreciación normal y el modo común de pensar y expresarse, revelan una voluntad en un sentido determinado incompatible con una contraria.

En ese informe se concluye que la manifestación de voluntad es expresa cuando esta surge directamente del comportamiento realizado, con prescindencia del medio empleado, mientras que es tácita cuando surge indirectamente, por deducción de otro comportamiento. Lo dicho, en aplicación al caso de la consulta, lleva a concluir que la conformidad conyugal es expresa cuando la voluntad del cónyuge no administrador surge de forma directa de su comportamiento, con prescindencia del medio elegido para exteriorizar dicha voluntad.

A su vez, en el citado informe de la Comisión de Derecho Civil se dice que el diccionario define *firma* como «rasgo o conjunto de rasgos, realizados siempre de la misma manera, que identifican a una persona y sustituyen su nombre y apellidos para aprobar o dar autenticidad a un documento». De este modo, de acuerdo con las reglas semánticas, la firma es una manera de identificar a una persona y tiene por función aprobar el documento firmado (más precisamente, aprobar el acto que surge del documento firmado).

79 Vé. bibliografía referida en el informe de la Comisión de Derecho Civil.

## III. Consideraciones de la Comisión de Derecho Notarial

En reunión extraordinaria en línea, presentes los Escs. Susana Chao, Mirta Sosa, Natalia Machín, Mónica Dusio, Daniel Ladner y Carlos del Campo, se consideró:

— MTS, casada con AF, prometió enajenar en documento privado en el que su indicado cónyuge suscribió, y su firma fue certificada por la Esc. XX. El documento privado no refiere a obligaciones de AF respecto al negocio.

— Los contralores fiscales y por aportes relativos a construcciones fueron efectuados respecto a la cónyuge administradora, de acuerdo con los criterios de la Dirección General de Registros en cuanto a enajenación de bienes gananciales.

— En cuanto al asentimiento conyugal, si seguimos la línea de razonamiento indicada por el informe de la Comisión de Derecho Civil, el cónyuge debió dar conformidad al negocio, y de una interpretación razonable, es deducible que, al suscribir el documento, existió una manifestación de voluntad de lo previsto contractualmente.

— Pero, además, en el caso presente, tenemos un documento público: el certificado notarial. En este, ante el supuesto de que hubiera dudas de la manifestación y el otorgamiento del cónyuge, estas deben ser despejadas, en cuanto la escribana actuante certificó que: 1) las firmas son auténticas y fueron puestas en su presencia por los *cuatro otorgantes*; 2) estos le acreditaron su identidad por medio de documentos oficiales, y 3) luego de la lectura del documento por la certificante, *las cuatro personas otorgaron el acto* —esto es, consintieron— suscribiendo en su presencia. Esta certificación despliega fuerza sobre el contenido documental, aclarando y confirmando que el cónyuge no administrador así expresó su voluntad.

— Pese a lo anterior, debemos precisar que el documento notarial tiene debilidades técnicas en cuanto a su redacción. Entre otras, faltan datos personales de AF y se omite referencia expresa sobre el conocimiento o no de la profesional sobre los otorgantes (se deduce que los conoce, de acuerdo con la ley 17.854, de 10 de diciembre de 2004, modificativa de la Ley Orgánica Notarial en lo relativo a la identidad de los otorgantes).

— No obstante, la fuerza del certificado notarial de firmas dilucida el tema del asentimiento o conformidad conyugal, por cuanto es un hecho acreditado por documento público con eficacia *erga omnes*: al decir textual de la escribana actuante, el cónyuge AF, previa lectura del compromiso, otorgó y suscribió.

— Por otro lado, debemos tener presente que en el proceso de escrituración judicial corresponde que el cónyuge que suscribió la promesa

sea citado de excepciones, lo que habilitará la oportunidad de aclarar cuál fue su voluntad al suscribir el negocio (si persistieran dudas sobre el otorgamiento).

En síntesis, *nos encontramos frente a una voluntad manifestada que debe considerarse expresa*, en virtud de lo expresado en la certificación de firmas del documento privado.

Esc. Carlos del Campo
Redactor

*Informes aprobados por la Comisión Directiva Nacional de la AEU el 28.12.2023, expediente 2912/2023.*