Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay

Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay

104
TOMO
ENE | DIC
2018

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
(C.P. 11.200) 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 2016 – 2019

Presidenta	Ana María Ramírez Eula
Secretaria	Adriana Bellenda Peri
Tesorera	Anita Mergel Thoma
Vocales	Juan Pablo Croce Urbina
	Carina Curci Ferrando
	Diego Fuentes Brito
	Mariela Martínez Carrere
	Jacqueline Perdomo Larrosa
	Carlos Scirgalea Poppa

Directores de la Revista

María Mercedes Azar Gómez
Néstor U. Careaga Alfonso
Sara Castro Esteves
Cristina Cervini Labat
Mauro Fonticiella Molinolo
Beatriz Freire Muniz
Doris Susana Gargaglioni

Tribunal de Ética

Presidenta	Graciela Bonomi Méndez
Vicepresidente	Eduardo Pérez del Castillo
Secretaria	Clara Miller Kaganas
Integrantes	Vicente Ubbriaco Gualtieri
	Alicia Llavata García
	César Menoni Sarti
	Rubén Urrutia Guimaraes
	Tacuhi Hayaquián Daián
	Carmen Saltó Domínguez
	Adriana Maresca Trolio
(designada por CDN)	Adriana Bellenda Peri

Comisión Fiscal Nacional

Presidenta	Gianella Aloise Pons
Integrantes	Marcelino González Pérez
	Selva Cardeillac Lira

Comisión Electoral

Integrantes	Ángel Cardozo Ballek
	María de los Ángeles Remedios
	Gustavo Orlando Fernández
	Rocío de Lourdes Birriel Lemes
	Ernesto Spinelli Montesdeoca

Comisiones técnicas

Instituto de Investigación
y Técnica Notarial

Derecho agrario
Derecho civil
Derecho comercial
Derecho cooperativo
Derecho de la integración y Mercosur
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
Cultura
Deportes y actividades recreativas
Revista
Vivienda, medio ambiente

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 Agrupación Universitaria del Uruguay desde 1941 y 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, Comunicaciones, Informática, Secretaría y Tesorería).

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.

Tabla de contenido

Deontología

La confianza depositada en el notario por los ciudadanos, las empresas y el Estado: sus razones sociales, jurídicas y económicas *por Alejandra Acosta, Adriana Bellenda, Gabriela Bouvier, Susana Chao, Verónica Ferreira, Victoria Gago, Sandra Gallo, Rosa Gaudio, Susaí Ginzo, Susana Jourdán, Andrés Mendive, Carolina Rodríguez, Silvana Rodríguez, Esther Rozaner, Sandra Rüsch, Laura Sala, M.ª de Lourdes Sánchez, M.ª Inés Sapriza, Gabriela Silva, Adriana Sosa y Marynés van Cranembrouck* | 15

Doctrina

La tensión entre la propiedad y el uso y goce en las cooperativas de vivienda: la partición, por *Enrique Malel* | 61

El derecho humano a participar con base igualitaria en la vida civil y la imparcialidad activa notarial como herramienta idónea para que pueda efectivizarse, por *Juan Pablo Villar* | 71

La razonabilidad en la interpretación del derecho y las inhibiciones notariales en el marco de la ley de inclusión financiera por *Juan Pablo Villar* | 87

¿Las sociedades comerciales pueden realizar donaciones?, por *Daniella Cianciarulo* | 117

La renuncia del director de sociedad anónima, por *Carolina Díaz Baccino* | 127

Sobre la argumentación jurídica notarial, por *Juan Pablo Villar* | 137

Estudio de las leyes 18930, 19288 y 19484 por *Daniella Cianciarulo, Adriana Amado e Inés Cobas* | 169

Consultas técnicas

Embargo genérico. Derechos del promitente comprador. Promesa de compraventa. Publicidad registral | 229

Partición. Embargo. Fraude. Inoponibilidad | 236

Embargo. Embargo específico. Publicidad registral. Remate judicial. Compraventa | 241

Promesa de compraventa. Abuso de la persona jurídica. Simulación. Simulación absoluta. Buena fe. Nulidad | 250

Compraventa. Tradición | 270

Carta de pago. Compraventa. Condición resolutoria | 276

Cesión de derechos de mejor postor. Consentimiento. Cónyuge. Remate judicial. Naturaleza jurídica. Bien propio. Bien ganancial | 280

Compraventa judicial. Error. Comparecencia. Cesación de condominio | 284

Compraventa. Nulidad. Derecho de preferencia | 292

Propiedad horizontal. Gastos comunes. Reglamento de copropiedad. Local comercial | 298

Declaratoria de herederos. Derecho de trasmisión | 301

Domicilio conyugal. Bien ganancial. Bien propio. Poder. Sociedad conyugal. Disolución de sociedad anónima | 305

Fideicomiso de administración. Nulidad | 312

Cesión de derechos posesorios. Compraventa. Pacto de reserva de dominio. Certificado de resultancias de autos. Publicidad registral. Principio de tracto sucesivo | 315

Embargo genérico. Tercería de dominio. Proceso de ejecución | 323

Sociedad anónima. Compraventa. Contrato consigo mismo. Representación. Administrador de sociedad comercial. Cónyuge. Asamblea de accionistas. Domicilio social | 327

Error. Compraventa. Declaratoria. Negocio de fijación. Autonomía de la voluntad | 331

Sociedad colectiva. Sociedad comercial. Disolución de sociedad comercial. Liquidación de sociedad comercial. Promesa de compraventa. Publicidad registral | 335

Embargo genérico. Sociedad conyugal. Disolución de la sociedad conyugal. Publicidad registral. Bien propio. Naturaleza jurídica | 337

Capacidad jurídica. Capacidad de obrar. Anciano. Cesión de gananciales | 343

Poder otorgado en el extranjero. Representación. Menor. Cesión de cuota social | 351

Compraventa de cosa ajena. Tradición. Ratificación. Partición | 357

Liquidación de sociedad comercial. Disolución de sociedad comercial. Publicidad registral | 364

Testamentos. Legados. Sustitución de heredero. Albacea. Derecho de acrecer | 380

Permuta. Sociedad comercial. Acciones. Validez de los contratos. Eficacia. Prescripción adquisitiva | 387

Remate. Cooperativas de vivienda. Derecho de uso y goce | 395

Mandato *post mortem*. Sustitución de mandato. Legitimación. Herencia yacente | 396

Fe pública. Escritura pública. Lectura, otorgamiento y suscripción. Nulidad. Documento notarial. Escribanos. Ética notarial | 407

Promesa de compraventa. Mensura. Error | 413

Promesa de compraventa. Compraventa judicial. Publicidad registral. Representación judicial. Cesión de promesa de compraventa | 418

Servidumbres | 423

Sociedad anónima. Disolución de sociedad comercial. Liquidación de sociedad comercial. Acciones al portador. Compraventa. Validez de los contratos. Bien inmueble rural | 428

Compraventa judicial. Compraventa entre cónyuges. Embargo. Interpretación de la ley | 432

Mandato *post mortem*. Validez de los contratos. Eficacia. Buena fe. Compraventa | 442

Paga por entrega de bienes. Seguros. Contrato de seguro. Automotores. Tradición | 448

Embargo. Partición. Cónyuge. Disolución de la sociedad conyugal | 454

Domicilio conyugal. DIP. Bien propio. Subrogación en la sociedad conyugal | 460

Promesa de compraventa. Multa. Cláusula penal. Nulidad | 465

Paga por entrega de bienes. Cesión de derechos hereditarios. Cesión de derechos. Derechos del promitente comprador. Inclusión financiera. Acuerdos reparatorios. Delitos penales | 469

Compraventa judicial. Contribución inmobiliaria. Deuda tributaria. Justo título. Buena fe | 475

Donación. Validez de los contratos. Reducción de donaciones | 479

Establecimiento comercial. Sociedad de hecho. Cónyuge. Empresa unipersonal | 484

Propiedad horizontal. Reglamento de copropiedad. Bienes comunes. Derecho de sobreelevar. Asamblea de copropietarios | 487

Régimen matrimonial. Separación de bienes. Domicilio conyugal. Subrogación en la sociedad conyugal. DIP. Bien propio | 497

Deontología

La confianza depositada en el notario por los ciudadanos, las empresas y el Estado: sus razones sociales, jurídicas y económicas[1]

por Alejandra Acosta, Adriana Bellenda, Gabriela Bouvier,[2] Susana Chao, Verónica Ferreira, Victoria Gago, Sandra Gallo, Rosa Gaudio, Susaí Ginzo, Susana Jourdán, Andrés Mendive, Carolina Rodríguez, Silvana Rodríguez, Esther Rozaner, Sandra Rüsch, Laura Sala, M.ª de Lourdes Sánchez, M.ª Inés Sapriza, Gabriela Silva, Adriana Sosa y Marynés Van Cranembrouck

Resumen

Para preparar este trabajo se conformó un equipo que, luego de estudio, reuniones, planteos e intercambios colectivos, elaboró diecinueve trabajos preparatorios que finalmente se cristalizaron en esta ponencia nacional.

La singularidad que presenta esta ponencia, como la realidad del escribano uruguayo —casi única en el mundo y contraria a la mayoría de los notariados de la UINL—, sustenta el concepto de notario como figura de confianza. En la República Oriental del Uruguay, el notario, *denominado* escribano público, *ejerce una función controlada y reglamentada por la Suprema Corte de Justicia, órgano máximo del Poder Judicial que inviste al escribano por acto de admisión y lo habilita a ejercer*

1 Ponencia presentada por la delegación uruguaya al 28.º Congreso Internacional del Notariado, 19 a 22 de octubre de 2016, París, sobre el tema «El notario como tercero de confianza».

2 Coordinadora nacional.

la profesión en forma libre e independiente dentro de todo el territorio nacional, previo juramento de «desempeñar bien y fielmente el cargo, respetar y cumplir la Constitución y las leyes, y jamás desmerecer la confianza debida al carácter de la profesión».
Apartándonos en cierta medida de nuestra raíz hispánica y de la mayoría de los notariados que conforman la UINL, en Uruguay la matrícula es abierta (no es numerus clausus*), y el ejercicio es libre en todo el territorio nacional (no existe la circunscripción territorial). Todos los escribanos públicos están habilitados en igualdad de condiciones a instalar un estudio y ejercer su profesión en cualquier parte del país. Los clientes tienen libertad absoluta para escoger al escribano de su confianza y, también, para cambiarlo si así lo desean. Por ello, en un país pequeño como el nuestro, la referencia personal del profesional cobra mucha importancia. El escribano de cabecera ocupa un papel protagónico como asesor familiar; conoce perfectamente los antecedentes del cliente, la familia o la empresa, y es un verdadero consejero de confianza.*

1. ¿De dónde surge la necesidad de la intervención de un tercero en los negocios privados?

Las primeras civilizaciones comenzaron a organizarse política, comercial, social y familiarmente. Por ello fue necesario garantizar las relaciones, para dar certeza a los hechos que las originaban y, así, frenar el devenir de la oralidad. Surge entonces la escritura, para plasmar hechos y voluntades, y con ella, los funcionarios encargados de la redacción, cuyo nombre también acompasó la evolución: *escriba*, *notarii*, *tabularii*, *tabelión*, *escribano*, *notario*…

En la Antigüedad, en civilizaciones que fueron fuente de la legislación latina, como la hebrea, la egipcia y la romana, se llamó *escriba* y *tabelión* a los antepasados del notario. Los escribas eran los idóneos para conocer leyes —jurídicas, religiosas—; se especializaban en la escritura y la redacción de documentos, asesoraban a los ciudadanos, elaboraban documentos para otorgar convenciones —matrimonios, ventas— e interpretaban textos legales con pureza y fidelidad. *Sirve al rey, al Estado y al pueblo*.

El tabelión fue el verdadero notario del derecho romano; redactaba los acuerdos entre partes y daba autenticidad al suscribir su firma y estampar el sello —o *signo*— en presencia de testigos. Para mayor garantía, transcribía lo acordado *ad acta* y lo conservaba en depósito, en su registro.

La Baja Edad Media fue una época en la que reinó una convulsión social propicia para perfeccionar la función notarial como ciencia y como arte, y para contener y evitar situaciones conflictivas, así como velar por una óptima actividad comercial que luego se traduciría en la *contratación* y el *tráfico jurídico*. El notario cumplía una función autenticante y legitimadora, confeccionaba documentos públicos y aparecía investido con el poder de dar fe. Tenía un doble origen: público y privado. La base de su función en la organización social y política de los pueblos estaba en la jerarquía honorífica y la eficacia práctica de su ministerio.

Más hacia la Edad Moderna aumenta el desarrollo del notariado, más en los países de origen latino que en los sajones, y la función notarial adquiere la forma actual, con la aparición de los documentos públicos que daban fe de lo dicho con carácter de auténticos. En 1803 aparece la primera ley orgánica notarial: la Ley Francesa del Año XI, de la República, de 16 de marzo.

Con esta breve reseña histórica se percibe que el notario surge como una institución creada por la sociedad, producto de las relaciones humanas para asegurar y proteger la buena fe de las transacciones y los actos, en pos de mantener la paz social. La formación jurídica del notario no era un requisito esencial para que pudiera cumplir su función; muchas veces bastaba su señorío moral para ganarse la consideración y el respeto de quienes depositaban en él su confianza.

Las necesidades de una sociedad jurídicamente organizada, cualquiera sea la época que se explore, siempre son las mismas; la historia del notariado está ligada a la alta moralidad como requisito indispensable para el ejercicio de la profesión. La reserva, la prudencia, la lealtad y la probidad siempre han convertido la actividad del notario en un oficio de dignidad y consideración superiores en el consenso público. Esta actividad funciona con autonomía y media entre las partes, ofreciendo la interacción personal y directa para dar soluciones y seguridad jurídica.

Así, el notario se ha ido transformando en un actor indispensable en pos de un sistema jurídico justo y humano, para eliminar dudas y alcanzar certezas; el pueblo confía en él, como en el religioso y el maestro, por su probidad e integridad moral, y en respuesta a los principios que practica. Cabe recordar lo dicho por el Prof. Esc. Hugo Pérez Montero:

> La confianza se ha vuelto un valor esencial en el ejercicio del notariado latino, por la complejidad y vastedad de su función […]. Ella es la base de la permanencia de la fe pública y ha sido reconocida por la ley en numerosas ocasiones.

El pueblo romano, ante la necesitad de instrumentar las relaciones jurídicas, dio lugar a la figura del tabelión, quien sembró la semilla de lo que hoy es la fe pública del documento notarial. Pero el notario es más que un depositario de la fe pública: es el depositario de la confianza pública, esa confianza que ha sido y es clave en el rol del notario y en las relaciones públicas.

La palabra *confianza* está definida como «esperanza firme que se tiene de alguien o algo».[3] Esto implica creer e involucra la probidad como condición sustancial de compromiso que reúne todas las virtudes del notario.

3 Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, 22.ª ed., Madrid: Espasa, 2001.

Los miembros de toda sociedad, en el afán de mantener la paz, buscan la certeza y la prevención de los conflictos para responder a la necesidad humana de vivir en armonía. Es aquí donde aparece el notario, quien a través de la historia ha estado ligado a la vida íntima de las personas, la fundación de las ciudades, los hechos institucionales de los pueblos y la protección de la familia como un funcionario público que colabora en el cumplimiento de las leyes, como un profesional con alto nivel de competencia, como un sinónimo de seguridad y de confianza. Ese notario es el llamado *tercero de confianza*.

Pero el notario es más que un profesional del derecho. Esto expresaba Julia Siri, con mucha claridad: «Ser escribano es bastante más que ejercer una profesión universitaria: es un estilo de vida orientado ontológica y jurídicamente a inspirar confianza e irradiar seguridad».[4]

En cada intervención, el escribano velará por la protección de los otorgantes, aportando consejo, prudencia y sagacidad a quienes han depositado en él su confianza. En esto último reside la eficacia social del notariado, pues a pesar de los cambios históricos y regionales en el ejercicio profesional, la confianza sigue alimentando el motor que da vida a la función notarial.

Chappuis y Lambert han expresado:[5]

> El mercado necesita que reine la confianza entre sus actores […]. El notario es un tercero de confianza […] con su doble papel de funcionario público y profesional liberal […]. El notariado es una profesión con tradición y futuro. Y, sobre todo, es un actor de primera fila a nivel nacional, continental e incluso mundial, habida cuenta de que forma una de las redes de juristas más importantes del planeta, y además es depositario de la autoridad pública que le confieren los Estados.

La globalización de la sociedad, internet y las tecnologías de la información y la comunicación han dado lugar a una cantidad de posibilidades casi ilimitada de intercambio de conocimientos, negocios y bienestar social. Pero nada es perfecto, y estos son ámbitos desconocidos en muchos aspectos; no son seguros para el ciudadano y tienen interlocutores cuya fiabilidad no está demostrada o que carecen de la imparcialidad necesaria para constituirse terceros de confianza.

El notario debe desempeñarse con capacidad de respuesta ante los desafíos de una realidad en permanente cambio y con nuevas tecnologías. Las necesidades de una sociedad jurídica organizada son siempre las mismas, cualquiera sea el tiempo en el que se examinen. Pero los medios utilizados por el notario para responder a esas necesidades han variado según la época, desde el grabado rupestre, la piedra y el buril hasta el papel y el soporte digital. Sin embargo, más allá del tiempo y de los avances tecnoló-

4 Airaldi, Alicia, «El perfil del notario», VI Seminario de Reflexión de los Países Americanos, República Dominicana, 1994.

5 Chappuis, Jacques, y Lambert, Alain, *Vademécum*, UINL, 2010.

gicos, el notario ha sido el eje del sistema en sí, y su eficiencia ha quedado demostrada: cinco mil años después, en la época de las computadoras y los satélites, se siguen utilizando sus oficios.

En esta época contemporánea, los notarios debemos reestructurar nuestra profesión mediante la incorporación de propuestas y tecnología para adaptarla y armonizarla con la inminente e inevitable revolución electrónica; pero por sobre todas las cosas, importa el compromiso con la sociedad y que se aporten soluciones de vanguardia para arraigar la confianza pública, y preservar así ese valioso y único patrimonio colectivo que ha distinguido a los notarios desde siempre.

El notario es y será siempre sinónimo de seguridad y confianza, el tercero de confianza por excelencia.

1.1. Razones sociales

El notario desempeña un rol nivelador ante cualquier situación de desequilibrio o desigualdad entre las partes, asesora con imparcialidad, informa qué alcance tiene el documento, busca equilibrar intereses, derechos y obligaciones, y evita que una parte pueda aprovecharse de otra más débil o menos experta. Así, su actuación evitará los errores por ignorancia, la desproporción de las obligaciones y que se resienta la buena fe que debe primar en los contratantes. Tiene una participación proactiva, genera empatía, escucha a las partes, recaba información, pregunta, aclara dudas y recoge las voluntades en forma neutral, respetuosa, adecuada al negocio y verídica. Los usuarios de los servicios notariales demandan información y seguridad jurídica, y confían en el consejo leal y en el resultado con contratos equilibrados.

Los notarios somos los profesionales que aportamos conocimiento para solucionar los conflictos de intereses entre las partes, dar forma legal a los acuerdos de voluntades y prevenir disputas futuras a largo plazo. Dedicamos el tiempo necesario para escuchar a nuestros clientes y asesorarlos con consejos legales que protejan sus derechos y garantías.

Lo dicho es fundamental, pues en el acelerado quehacer diario, los notarios debemos tener capacidad de respuesta y brindar atención personalizada con servicios eficientes. Esto demanda una continua actualización académica, así como diligencia para conocer todos los detalles de una operativa jurídica y tributaria en constante cambio.

1.2. Razones jurídicas

Los particulares tienen razones jurídicas para requerir los servicios del notario, y estas son motivadas por el desconocimiento de las leyes. Cualquier persona que desee llevar adelante un negocio precisa información para conocer sus derechos y el alcance de los compromisos, y recibir asesoramiento desinteresado con sabiduría técnica y experiencia. El fundamento está en

lo complejas que son la contratación actual y las relaciones familiares, y en la necesidad de armonizar el sistema jurídico con nuevas figuras negociales y leyes; en especial, las tributarias, que fracturan el sistema jurídico civil y generan un conjunto inarmónico de disposiciones. También en la influencia que tienen los avances tecnológicos, el comercio electrónico, con su prevalencia de efectos y fines económicos, y las figuras contractuales derivadas del derecho anglosajón extrapoladas al latino-germánico (contrato de adhesión, fideicomiso, *leasing*, tiempo compartido).

El sistema jurídico uruguayo se asienta en las evidencias documentales, el instrumento que recoge un contrato o un acta, además de las certificaciones. La función notarial tiene una finalidad cautelar que es antilitigiosa, pues evita o reduce los casos de litigio. En palabras de Joaquín Costa: «A notaría abierta, juzgado cerrado». Y también es colaboradora con la justicia, pues de la actividad notarial surge el documento público con fuerza probatoria que recoge los hechos que el notario ve y oye. La función pública es esencial, ya que otorga fuerza legal a los documentos emitidos por los notarios.

La realidad mundial muestra que los datos existen tanto en formato físico (papel) como «virtual» (electrónico, electromagnético); la seguridad de la información que habita en la «nube» sigue siendo un desafío. Los adelantos tecnológicos nos colocan frente a aspectos novedosos; posibilitan la mejora de los servicios notariales, pero no alteran nuestros principios esenciales: solo nos desafían a encarar el futuro con una nueva actitud diligente de aprendizaje, con mente abierta, ágil y creativa.

1.3. Razones económicas

Muchos Estados requieren que se controlen los orígenes de los fondos para tener certeza sobre los medios de pago y las trasmisiones patrimoniales. El notario es quien presta ese servicio público, controla el origen de esos fondos y registra la trazabilidad de las operaciones. Existen otras operaciones en las que obra como colaborador activo que informa de operaciones sospechosas, como lo hacen también los bancos privados a través de la superintendencia del Banco Central del Uruguay.

Además, existe un interés público en que las transacciones sean transparentes y los servicios notariales se presten de forma tal que se favorezca el normal desarrollo de la economía, se cumplan las políticas financieras y crediticias, y se proteja la rápida circulación de bienes y servicios.

El Estado uruguayo, al igual que otros, precisa que el notario sea previsor, que su labor sea un preventivo para evitar juicios y pleitos. Esta tarea de anticipación de riesgos y soluciones es profiláctica, y se espera que esta previsión del notario deje bien reguladas las obligaciones de las partes, de forma tal que en caso de eventuales incumplimientos, y ante contratos que deban someterse al imperio judicial, se facilite la labor de los jueces y se asegure su cumplimiento. Así, los terceros obtienen una posición jurídica

segura que subsistirá para quienes los sucedan. Esa posición segura es la que les permitirá exigir que sus derechos sean respetados, que el contratante cumpla con las obligaciones contraídas y que se mantenga —o incremente— el valor patrimonial de sus bienes. Su valor es indiscutible.

Sin lugar a duda, somos la figura que reúne todas las características para intervenir en el encauzamiento y la trazabilidad de los negocios privados, donde confluyen dos o más ideas con distintas propuestas, y estamos capacitados para transformar un negocio privado en el negocio jurídico adecuado a la voluntad de las partes intervinientes. Nuestra función hará que ese negocio trascienda en la vida jurídica con determinadas garantías que solo los notarios somos capaces de dar, para dotarlo de la trazabilidad necesaria a fin de que despliegue sus efectos, ya sea entre las partes que lo originaron o en futuras relaciones privadas; sin importar su soporte —papel o informático—, cobrará eficacia en operaciones económicas futuras.

Como dice Manuel López Pardiñas:[6]

> Para que una declaración de voluntad tenga eficacia plena es preciso que un notario garantice la capacidad de esa persona, su libre consentimiento y el cabal conocimiento de los efectos que esa voluntad pueda tener.
>
> Los medios electrónicos pueden constituir un importante apoyo, pero no pueden suplir el asesoramiento y el control de la legalidad de la intervención notarial. No es suficiente la apuesta por un medio electrónico para garantizar la plenitud de efectos jurídicos; no es admisible la equivalencia entre documento electrónico y documento público, ni siquiera la concepción de aquel como tercer género a caballo entre el documento privado y el público.

Los avances tecnológicos deben estar al servicio de esta la función notarial y ser una herramienta que facilite los desafíos.

Como agentes de derecho y de la función pública que ejercemos, ponemos en funcionamiento mecanismos de estudio, evaluación, decisión, acción y ejecución en el momento de elaborar documentos públicos o privados al servicio de las operaciones económicas que puedan gestarse entre personas privadas, empresas o entre estas y el Estado, lo que nos distingue de cualquier otro tercero interviniente en un negocio privado.

Desde el punto de vista económico, la intervención del notario cobra especial relevancia desde la gestación y hasta el perfeccionamiento del negocio entre particulares, pues somos quienes estudiamos la documentación relevante, redactamos el documento de acuerdo a la normativa que lo comprende, realizamos la inscripción registral correspondiente y proporcionamos a los particulares el marco jurídico necesario para que puedan concretar sus voluntades con seguridad y confianza; además, agregamos

6 López Pardiñas, Manuel, «La protección jurídica de los derechos de los ciudadanos en la sociedad de la información», *Escritura Pública,* n.º 73 (2012), sección Escaparate, p. 8.

lo necesario para que el documento trascienda de forma segura, con las garantías para que en el futuro despliegue mecanismos que obliguen el cumplimiento de las obligaciones que el negocio haya inicialmente generado. Por lo tanto, en lugar de creer que los servicios profesionales del notario son costosos y muchas veces innecesarios, estos deben considerarse dentro de los presupuestos como una inversión a futuro, tanto por parte de particulares como de pequeñas, medianas y grandes empresas, lo que se traducirá en efectividad y seguridad para procedimientos y negocios.

La necesidad de un tercero de confianza en el mundo del comercio electrónico y los negocios privados, en general, surge por la importancia de que exista una figura ajena a las partes que documente sus declaraciones de voluntad, de fecha y hora ciertas, por lo que esta debe ser elegida de común acuerdo entre los intervinientes.

Es necesario que utilicemos las nuevas tecnologías para dar un servicio más ágil y eficiente. Los clientes exigen *celeridad* en los procedimientos, sin perder de vista la *seguridad*; estas son características de la sociedad actual y son conductas que se trasladan a la vida económica.

Para una adecuada trazabilidad del documento debería incluirse, necesariamente, la *firma electrónica avanzada notarial*, que asegura el registro del evento y su inalterabilidad, y brinda mayor seguridad.

Cuando un particular, profesional o entidad toma contacto con un documento o acto en el que intervino un notario, sabe que estará ante uno dotado de determinadas características exclusivas que generaran confianza. Sobre esta consigna es necesario basarnos para los nuevos desafíos a enfrentar y la defensa de la profesión, que no puede ni debe ser sustituida por medio o entidad electrónica alguna, sino que estos deberán sumarse a las herramientas que incentivan su avance y afianzan su eficiencia y seguridad.

2. ¿Qué motiva que el tercero interviniente sea uno de confianza?

Está ampliamente demostrada la importancia de la intervención de un tercero en la negociación entre particulares; es el punto de referencia y de equilibrio para lograr contratos sinalagmáticos que promuevan la cooperación y la unión, y generen beneficios recíprocos más allá del negocio en sí. Ese tercero se ha convertido en uno de los canales utilizados por el Estado para conducir la pretendida paz social y es quien, además, une los eslabones necesarios para construir la cadena social desde la familia, con la celebración del matrimonio, hasta los negocios bursátiles internacionales.

Que ese tercero interviniente cumpla el rol llamado a desempeñar requiere promover su propósito más allá del interés personal y satisfacer las necesidades primarias de una *visión* y una *misión* basadas en principios o pilares universales, referencias claras e inequívocas que lo conduzcan a

una acción valiosa de forma originaria y permanente. Estos principios son los que estarán subyacentes en los actos útiles del hombre para ampliar el espectro de beneficiados y cumplir con el fin último de servir a la sociedad en su conjunto; son los portadores de lo que dará vida a las reglas que otorguen seguridad y certeza, y que contengan al ser humano dentro de un sistema organizado y equilibrado.

La *independencia* es una característica fundamental, base de la imparcialidad que aleja aquellos intereses subjetivos, materiales, que manipulan cualquier decisión o conclusión. Cuando se logra, no existe subordinación de especie alguna y se alcanza la interdependencia, la que supone ampliar el espectro de acción a través del estudio multidisciplinario y la cooperación entre profesionales.

La *integridad* es un valor muy preciado, asociado a la rectitud y la bondad del tercero interviniente que no se deja doblegar frente a situaciones confusas o poco confiables. Se puede apreciar a través de ella la fidelidad a los principios, a los valores y a los compromisos asumidos, y será correcta conforme a la cultura en la que se desarrolle la actividad.

La *honestidad* destaca por ser un valor del ser humano que se requiere para toda actividad digna y valerosa; deviene de la justicia y exige una actitud sincera y coherente. En el notariado latino, este principio es uno de los pilares fundamentales para el correcto desarrollo de la actividad y supone que los notarios seamos razonablemente justos y nos conduzcamos siempre con probidad, con rectitud de ánimo, integridad y honradez. Un ejemplo claro consiste en cumplir con las obligaciones fiscales de las cuales somos depositarios.

La *transparencia* es una actitud que refiere a dejarse ver sin velos ni secretos. Desarrollar este carácter requiere seguridad en la acción y moverse por principios que nos acerquen a la verdad y a la justicia de forma clara y precisa, con límites tan sutiles como la reserva y el secreto profesional. Tal actitud se refleja en los documentos mediante la actuación notarial cuando, por ejemplo, se establecen contratos en los que se logra asentar la real voluntad de las partes.

Para el buen cumplimiento de estos valores y para la consecución de los negocios es importante destacar la *discreción* y *confidencialidad*, aspectos necesarios en muchos contratos.

Son importantes la metodología, los procedimientos y las técnicas aplicados, junto con los valores éticos, para generar garantías en los negocios celebrados.

Por lo expuesto, el notario es un agente que aúna con su desempeño tres acciones que requieren equilibrio: el desarrollo de la función pública en el ámbito privado, la independencia en el ejercicio profesional y el papel de jurista equidistante entre las partes contratantes.

3. ¿Por qué se opta por el notario como tercero de confianza y no por otra persona?

Los notarios de tipo latino nos nutrimos de dos aspectos fundamentales: el *dogmático*, formado por los principios rectores que aportan independencia y autonomía, y el *estructural*, un conjunto sistemático de normas. Constituida esta raíz firme, se garantiza la certeza que se otorga a través de los actos.

Para la actividad que desarrolla el notario como tercero interviniente en los negocios se requiere la aplicación concreta de esos principios, así como de los valores éticos que constituyen sus características peculiares, valores impregnados de normas que rigen la conducta que hace sostenible dicha actividad. El notario se destaca por su trascendencia y es una figura necesaria para el ejercicio legítimo y coherente de la tarea de tercero interviniente.

La función notarial contiene un auténtico valor añadido: a través de ella, en el negocio, el notario reduce incertidumbres, favorece el desarrollo económico y otorga beneficios a las partes.

Para que el notario, además de cumplir esa función, sea el prestador de los servicios de confianza, es fundamental que se caracterice por la imparcialidad, la fe pública, la eficacia y la responsabilidad, principios que estarán presentes en todas las transacciones, incluidas las electrónicas.

El ejercicio de la función obliga a la más estricta imparcialidad. Nuestra función es pública, y estamos moralmente obligados a vincularnos con todas las partes por igual. El orden legal ha mantenido este principio como uno de los más importantes, ya que se entronca con el de independencia en el ejercicio de la función.

El notario posee el poder legal para dar fe y así asegurar el carácter real, verdadero, de los hechos. La correcta relación entre los hechos y el relato documental hace que los documentos adquieran el carácter de auténticos. Dar fe pública es una necesidad ineludible para las comunidades sociales; no es posible sustentar la verdad en un testimonio humano.

Los notarios, además, estamos sometidos a un severo régimen de responsabilidades civiles, penales, tributarias y disciplinarias. La responsabilidad *civil* refiere al interés de los particulares y tiende a reparar, mediante una sanción pecuniaria, el daño que les haya causado nuestro mal desempeño de funciones; la *penal*, por el eventual accionar delictivo del notario; la *tributaria*, también con sanciones, por las obligaciones que impone el Estado, y la *disciplinaria*, para proteger el orden interno de la profesión y evitar desviaciones del correcto ejercicio de la profesión.

El notariado, dijimos, debe ejercerse con rectitud, probidad, fidelidad y respeto al orden jurídico. En el ordenamiento jurídico uruguayo, la Suprema Corte de Justicia es el órgano supremo del Poder Judicial que inviste al notario para el ejercicio de su profesión y, a su vez, ejerce la potestad disciplinaria.

3.1. La responsabilidad civil del notario como tercero de confianza

En Uruguay, al igual que en derecho comparado, se acepta el postulado de que el notario responde civilmente por los daños causados en el ejercicio de sus funciones. En la concepción tradicional de la responsabilidad, emanada de los códigos decimonónicos, se distingue entre la responsabilidad *de carácter contractual* y la *aquiliana*. La primera es aquella en la que se incurre al incumplir una obligación, sea contractual o legal; la segunda, cuando se viola un deber genérico que no pueda calificarse como obligación.

A este esquema se adicionan estipulaciones legales que indican que debe responderse, además, ante quien consuma el servicio o sufra algún daño, esto es, por la relación de consumo que genera la prestación del servicio notarial; esto es independiente de la contratación entre quien sufre el daño y el notario.

Como se aprecia, el notario responde civilmente de un modo que abarca la conjunción de las normas referidas en el Código Civil y las que regulan las relaciones de consumo. Cabe preguntarse entonces qué aporta analizar la responsabilidad civil del notario si se lo considera un tercero de confianza.

Un tercero puede valerse de la información que le proporcione un notario aun sin que exista un vínculo contractual entre ellos; tal es el caso de quien decide invertir u otorgar un préstamo basándose en la información de un certificado notarial. Con la perspectiva del Código Civil, quien sufra un daño en tal hipótesis deberá probar que la conducta del notario fue ilícita y negligente para con él, a pesar de la carencia del vínculo contractual. Esto nos enfrenta a grandes inconvenientes.

La Ley de Relaciones de Consumo (17250) permite dar un paso más: responsabiliza al proveedor ante quien consume un servicio, aun sin haberlo contratado. Ello nos permite salvar los obstáculos indicados, pero también aquí encontramos una limitación, según veremos.

Un juez uruguayo está facultado para condenar a un notario a que indemnice el daño que sufrió un tercero por considerar el instrumento emitido por aquel, siempre y cuando se cumplan ciertas condiciones; una de ellas es la ilicitud de la conducta que causó el daño.

En primer lugar, existe la posibilidad de considerar la acción de los notarios como simple incumplimiento contractual; esta es la solución más directa al problema de la ilicitud. En efecto, siempre que haya incumplido alguna de las obligaciones asumidas en el contrato, o dicho incumplimiento pueda tener conexión con el daño sufrido por el tercero, habrá responsabilidad ante ese tercero. Sin embargo, al no ser los terceros parte de dicho contrato, no se puede extender los efectos hacia estos; es decir, no se puede reputar como ilícito extracontractualmente el incumplimiento de una obligación.

Como segunda variante encontramos el caso del incumplimiento contractual en el marco de la regulación de las relaciones de consumo. En este caso sí se permite extender los efectos a los consumidores o a quienes sufran daños en una relación de consumo, aun cuando no hayan contratado con ese proveedor. De ese modo, siempre que se pueda verificar un incumplimiento, habrá ilicitud frente a los terceros damnificados. Esto brinda respuesta al problema de la ilicitud para la hipótesis de que el dañado revista la calidad de consumidor; sin embargo, excluye los casos en los cuales el inversor no es consumidor ni sufre un daño en una relación de consumo.

Una tercera posibilidad es considerar a los notarios como profesionales y, por este motivo, postular una responsabilidad autónoma. En este caso, no obstante, la responsabilidad profesional queda subsumida en la contractual, con las limitantes referidas.

La última vertiente dentro del marco de la protección del consumidor es la responsabilidad por la prestación de un servicio defectuoso del notario al tercero.

También es posible analizar el servicio notarial desde la perspectiva de una eventual vulneración del deber de actuar de buena fe ante terceros, pero esto solo puede tener consecuencias extracontractuales.

En los últimos veinte años, el exceso de información y su complejidad han determinado que los individuos se topen con dificultades para acceder a ella. Esto se verifica con toda claridad en materia jurídica y notarial, ámbitos a los cuales se limita la presente investigación.

En tal escenario aparece la figura de los *terceros de confianza*. En una primera instancia, aceptamos esta definición: «entidades que suministran información de forma especializada, con ocasión de o en relación con transacciones o decisiones de la naturaleza prevista, en el marco del desarrollo de un negocio, a petición del cliente y a cambio de una retribución». [7]

Los terceros de confianza prestan servicios de asesoramiento, calificación, análisis, control, etcétera, para facilitar y hacer accesible al público la información disponible. Muchas veces, una persona decide efectuar una operación y, para ello, se basa en el pronunciamiento del tercero de confianza, aun cuando no lo ha contratado. Sin embargo, el informe puede ser inexacto o fraudulento, y es posible que su utilización afecte el éxito del negocio que luego se realice.

Entendemos que en nuestro país es útil poseer un sistema notarial. A esta premisa agregamos que dicho sector de la actividad será transparente y eficiente en la medida en que quienes recurren a los instrumentos suministrados por notarios cuenten con información adecuada y veraz.

7 Alba Fernández, Manuel, y Rodríguez de las Heras Ballell, Teresa, «Las agencias de *rating* como terceros de confianza: responsabilidad civil extracontractual y protección de la seguridad del tráfico», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, n.º 120 (oct.-dic. 2010), Centro de Documentación Bancaria y Bursátil, Madrid: Editorial Lex Nova, p. 9.

Actualmente, el volumen de información disponible excede las facultades de manipulación por parte de los particulares; por ello, resulta imprescindible la presencia de los terceros de confianza para brindan a los eventuales inversores una herramienta útil.

Si bien en Uruguay no existe una regulación específica de la responsabilidad de estos agentes, tampoco se vislumbra la necesidad de un subsistema de derecho de daños en la materia más allá de la introducción de algunas reformas específicas. Las reglas generales de la responsabilidad, consagradas fundamentalmente en nuestro Código Civil, resultan adecuadas.

Sin perjuicio de ello, sea cual fuere el sistema adoptado y sea que este responda conscientemente o no a un criterio de conveniencia, establecer un sistema claro de responsabilidad en la materia aporta mayor previsibilidad y seguridad al tráfico jurídico.

La claridad del régimen de responsabilidad se obtiene, en los hechos, no solo por un pronunciamiento legislativo. Una vía indirecta de llegar a ello es contar con un conjunto de antecedentes jurisprudenciales en la materia que, si bien no obliga a un futuro decisor, sí permite prever los acontecimientos a los partícipes del sector notarial.

En el presente trabajo hemos analizado la actuación de los notarios frente a terceros, a partir de la perspectiva que implica considerar a estos agentes como terceros de confianza. Entendemos que esta figura puede, asimismo, explicar situaciones de daños, aun fuera del servicio notarial.

4. ¿En qué radica la confianza depositada en el notario?

La confianza en el notario comprende, por un lado, nuestra proyección como profesionales jurídicos con el conocimiento y la aplicación de disposiciones legales vigentes; por otro, la veracidad en la cual basamos nuestra labor, unida al principio de imparcialidad, con la importancia que debemos dar a cada acto sin tener en cuenta su valor económico.

No alcanza con la suficiencia profesional, con la debida formación académica en derecho: esta debe ser siempre omnicomprensiva con la suficiencia moral y ética.

4.1. Por parte de los ciudadanos y de las empresas

Los *ciudadanos* depositan su confianza día tras día al solicitar nuestro asesoramiento al momento de realizar diversos negocios jurídicos, e incluso a la hora de tomar alguna decisión en el seno familiar que pueda afectarlos a ellos o a generaciones futuras.

También lo hacen las *empresas*, al pedir nuestro consejo sobre los negocios que van a realizar, a través de un análisis de su fiabilidad jurídica y económica.

La empresa es una persona que necesita del notario. Nos involucramos con ella jurídica y emocionalmente; debemos resolver con agilidad y certeza

el tema que le inquieta, y contará con nuestro trabajo para que cada vez le vaya mejor.

El notario debe asistir a sus clientes nacionales y extranjeros, lo que requiere una labor minuciosa de estudio y de armonización normativa. En este ágil proceso de globalización, dicha labor requerirá muchas veces la cooperación de colegas de otros países y, a su vez —en forma multidisciplinaria—, de otros profesionales, de trabajo en equipo, para encauzar el contenido de un determinado negocio comercial. También deberá crear y mantener vínculos directos con los asesores y representantes del lugar de origen de las empresas. Es así que un acto puede celebrarse en nuestro país, pero la labor del notario podrá ser determinante en otro rincón del mundo, lo que demanda en todo tiempo creatividad y dinamismo. Los conocimientos jurídicos se expanden y entrelazan, tejiendo una red cada vez más compleja. Los avances tecnológicos hacen que las relaciones entre las empresas y el notario, cada vez más fluidas y estrechas, sean un desafío constante y creciente.

4.2. Por parte del Estado

La confianza que deposita el Estado en nosotros se sustenta en el control de nuestra función que el propio Estado ejerce a través de los órganos correspondientes y en el régimen de responsabilidad que nos impone a través de la legislación al respecto.

La eficiencia en la prestación de los servicios requiere la verificación de distintos aspectos como pilares de la confianza: formación, moralidad, control y responsabilidad.

Cuando el notario cumple funciones específicas de auxilio a la administración pública, sea como registrador, actuario judicial, patrocinante en materia de jurisdicción voluntaria o asesor de organismos estatales, municipales o de cualquier otra índole, el Estado confía en la preparación profesional de aquel para cumplir cabalmente los cometidos que le encomienda.

No debemos omitir lo que el notario significa para el ejercicio pacífico del derecho y la solución de toda clase de conflictos, con el consecuente alivio para la administración de justicia, con su intervención atenta, imparcial y componedora al brindar servicios de mediación y arbitraje, para lo cual el Estado también le confía un papel de suma importancia.

Fue y es valor entendido desde que se organizó la profesión de escribano público en nuestro país, en los albores de su vida independiente, y hasta hoy día que el primer requisito para optar por la función es el de la capacitación. La ley preconstitucional de 18 de abril de 1827 exigió examen en oposición ante juez de primera instancia; el decreto-ley 1421, de 31 de diciembre de 1878, que constituye la Ley Orgánica Notarial, requirió al aspirante presentar certificado de suficiencia técnica expedido por la

Universidad y de prácticas con escribano público y escribano actuario, y la ley 2503, de 13 de julio de 1897, instauró como obligatorios los cursos universitarios de derecho civil, derecho comercial, derecho internacional privado y procedimientos judiciales, así como prácticas y exámenes generales teórico-prácticos.

La carrera de notariado ha sido impartida desde sus comienzos por la Universidad de la República, institución que si bien tiene garantizada su autonomía constitucionalmente, es de carácter público, y ha garantizado a la sociedad y al propio Estado la capacitación jurídica y la formación integral de los escribanos como profesionales del derecho. Desde 1984, y como consecuencia de la promulgación del decreto-ley 15661, la carrera también se imparte en instituciones universitarias privadas —previa autorización del Poder Ejecutivo como aval en la formación de profesionales— y se habilita el ejercicio de la función a sus egresados.

Pero la eficiencia en la prestación de las funciones notariales debe asentarse no solo en un currículum universitario comprensivo de todos los aspectos que aquellas abarcan, sino también en una formación sobre todo continua, que permita su actualización y adaptación a realidades jurídicas y materiales cambiantes y cada vez más complejas. En tal sentido, tanto las universidades como la Asociación de Escribanos del Uruguay (AEU) cumplen una función importantísima al dictar cursos de posgrado, talleres, seminarios y gran variedad de actividades académicas, entre las que destacamos la permanente y proficua participación del notariado uruguayo en instancias transnacionales como las jornadas notariales iberoamericanas y los congresos internacionales.

El acervo documental que producimos y administramos a lo largo de nuestra actividad profesional constituye no solo la titulación de derechos de los particulares, sino también la historia fidedigna de la sociedad en sus múltiples manifestaciones sociales, familiares, económicas y jurídicas.

Existe un interés público en que el notario ejerza la conservación, reproducción y comunicación de ese acervo documental. En este sentido, el Estado garantiza dicho interés mediante dos instrumentos que refuerzan la confianza, por vocación y por sentido de responsabilidad profesional: la *regulación legal* y el *control administrativo*.

La regulación legal está dada básicamente por la Ley Orgánica Notarial citada, con sus posteriores modificaciones y ampliaciones a través de normas de igual rango, emanadas del Poder Legislativo. El Reglamento Notarial (acordada 7533), en cambio, es dictado por la Suprema Corte de Justicia, pues es a este otro órgano del Estado, que forma parte del Poder Judicial, al que se le ha conferido la función reglamentaria de la profesión. Ese conjunto de normas disciplinan la actividad documental del notario en Uruguay y establecen de manera precisa los requisitos para la habilitación del protocolo, las formas de llevarlo y el registro de las protocolizaciones, con su conservación y archivo, así como las formas requeridas para extender y autorizar las escrituras, las actas, los certificados y demás

documentos, entre los que se han incorporado recientemente los de firma notarial electrónica.

Al mismo tiempo, el Estado se asegura el cumplimiento de dicha normativa mediante su control administrativo, que también ha confiado a la Suprema Corte de Justicia en función de superintendencia a través del ejercicio de las potestades de contralor y disciplinaria. Ese control se efectiviza, por una parte, en la rúbrica y visita del protocolo y el Registro de Protocolizaciones, y por otra, en la recepción de denuncias provenientes del fuero común, con facultades sancionatorias que van desde advertencias y observaciones hasta la suspensión de la rúbrica e incluso la desinvestidura permanente, de acuerdo al carácter y la gravedad de la falta cometida.

La seguridad jurídica que asegura la labor notarial se hace posible mediante la publicidad que brinda el sistema registral, que hace conocer y da certeza a la situación de los bienes objeto de contratación y sus titulares.

Es imprescindible que la gestión de ese cúmulo de información disponible sea prudente y responsable, ya que es dable imaginar la fuente de corrupción que puede constituir su uso con fines desviados, así como los riesgos de corporativismo y burocracia derivados de un eventual monopolio del Estado en su manejo. La garantía que la institución notarial ofrece al Estado en ese sentido es la moralidad colectiva e individual, patrimonio histórico de la profesión.

El Estado, a su vez, exige al notario tales valores como presupuestos para su habilitación y el ejercicio de su función. En efecto, la Ley Orgánica Notarial prevé la justificación de honradez y costumbres morales mediante la obtención del certificado de buena conducta y el informe del Registro de Antecedentes Penales, además del juramento de «jamás desmerecer la confianza debida al carácter de la profesión» al tomar su investidura. La obligación que se asume con tal juramento implica los deberes de reserva, imparcialidad, veracidad, lealtad e independencia tanto de la Administración como de los intereses corporativos y económicos, además del desinterés en los asuntos en que interviene.

Para el notariado nacional resultan superfluas las modernas legislaciones que en atención a la revolución informática protegen el derecho a la intimidad y a la privacidad de las personas, así como el derecho a la protección de los datos personales: son preceptos que en las materias propias de su actividad ya tiene internalizadas, en tanto el secreto profesional ha sido desde siempre su principio rector, plasmado tanto en normas legales como en el Código de Ética, que en forma colectiva y democrática nuestro notariado se ha autoimpuesto.

Ese principio rector del secreto profesional como derecho-deber de prudencia y reserva en el manejo de la información de los particulares, entendido en sentido amplio, también se aplica en la gestión de la información que recibe del Estado, al cual debe colaboración y lealtad en su calidad de depositario de una función pública conducente a la realización pacífica del derecho y a la justicia.

Generalmente, el notario se constituye en depositario de títulos, valores y dineros de las partes contratantes, cuyas situaciones se encuentran reguladas por el instituto del depósito y, en consecuencia, se resuelven en el ámbito civil. Pero en la mayor parte de la contratación que pasa ante él adquiere especial relevancia su condición de colaborador eficaz, eficiente y diligente —incluso honorario— en la compleja tarea de obtener los recursos financieros para el funcionamiento del Estado y el cumplimiento de sus fines sociales.

En lo que refiere estrictamente a la materia tributaria, en determinados casos el notario debe controlar la situación fiscal de las personas que intervienen en la contratación y de los bienes que son su objeto; en otros, debe efectuar la liquidación y la recaudación de impuestos que generan los actos que autoriza.

La responsabilidad del notario en esas circunstancias asume dos figuras diferentes. Cuando debe controlar situaciones tributarias, la ley lo hace responsable solidario de las deudas que existan, como por ejemplo, el impuesto de Contribución Inmobiliaria y los aportes de seguridad social de los enajenantes en actos dispositivos de bienes inmuebles. En cambio, respecto de los impuestos generados por el acto que autoriza, es nominado agente de retención; por ejemplo, en los impuestos de trasmisiones patrimoniales y de renta de las personas físicas que gravan la enajenación de inmuebles. Si bien ambas figuras tienen diferente naturaleza, tienen similares efectos en cuanto a la gravedad de las sanciones por las faltas en las que se pudiera incurrir.

En consecuencia, es posible afirmar que la confianza del Estado en el notario se apoya en la certeza de que los principios de legalidad, honestidad, lealtad y responsabilidad son la esencia de nuestra profesión, pero principalmente en el elemento que hemos reiterado a lo largo de la ponencia: el Estado, así como habilita el ejercicio de la función notarial, prevé también su marco legal y reglamentario, y la controla a través de los mecanismos de superintendencia administrativa referidos. Asimismo, nos asigna severa responsabilidad en los ámbitos patrimoniales civil, tributario y penal.

La confianza que el Estado deposita en el notario no solo radica en sólidos fundamentos éticos y morales de la profesión, sino que, subsidiariamente, el propio Estado, a través de sus instituciones legislativas, administrativas y judiciales, posee los instrumentos de habilitación, contralor y sancionatorios para asegurar a los terceros —y a él mismo— el correcto desempeño de la función notarial.

5. ¿Cuáles son los efectos de que el tercero interviniente sea un notario?

Las instituciones jurídicas no surgen de forma espontánea, sino por una necesidad social, necesidad que debe ser cubierta por normas de derecho. En cierto momento los hombres se atribuyeron bienes para aumentar la

producción y su riqueza, y es así que surgió la *propiedad*. En otro momento se advirtió que los miembros de la sociedad no podían abastecerse de todo por sí solos; surge así el *contrato* como herramienta destinada al intercambio de bienes y servicios.

5.1. ¿Qué necesidad se cubre con la figura del escribano?

Cuando los particulares se vinculan por contratos y procedimientos privados, el *tercero imparcial*, debidamente calificado, certifica la autenticidad y la legalidad a fin de evitar que en el futuro surjan conflictos entre las partes. Esto facilita la circulación de los bienes, el crédito y el desarrollo económico en general.

El incentivo de los usuarios para aprobar el control de legalidad está dado por la eficacia que el Estado atribuye al documento público; en ese sentido, la figura del notario favorece el acceso al título de propiedad y otorga seguridad jurídica. Esta seguridad que surge del documento público notarial prevalece en el notariado latino ante el sistema anglosajón de los documentos desregulados, que no garantizan la efectividad de los derechos.

En Estados Unidos, por ejemplo, nuestra función se sustituye por tribunales y poderosas compañías de seguros de títulos —o por combinación de ambos— para brindar seguridad jurídica. Apostar por el notariado de tipo latino es evitar que el tráfico jurídico se contamine de la incertidumbre originada por llevarlo a un mundo de compañías de seguros y compensación de riesgo en vía judicial.

Los notarios ejercemos una profesión privada que consiste en escuchar, interpretar, preparar, dirigir y aconsejar a las partes en sus actos y contratos. Somos los encargados de dirigir las relaciones pacíficas del derecho privado, redactar y autorizar los documentos en que estas van a plasmarse y dar testimonio de los hechos que en su presencia ocurran.

El asesoramiento es la escena en la cual el notario verifica si el negocio pretendido se adecua a la intención de las partes; es el momento en que se hace el juicio de capacidad que comprueba la existencia de legitimidad adecuada para el acto que se quiere realizar y se verifica el consentimiento de las partes. Al asesorar se tienen en cuenta ambas partes, de manera imparcial, y se aúnan sus voluntades, lo que facilita la convivencia pacífica. Ya Carnelutti advertía: «Si la profesión de escribano se reduce a la función documental, su figura aparece mutilada».

Nuestra función asesora abarca todos los aspectos relacionados con el negocio; se cuida, además, que se cumplan las leyes tributarias para que el Estado esté en condiciones de recaudar lo que le corresponda. Esta colaboración deriva de la naturaleza de la actividad notarial, por nuestra doble e inescindible condición de profesionales del derecho a cargo de una función pública y de terceros de confianza.

El documento público es un privilegio para quien lo posea, digno de la eficacia atribuida por el Estado; por eso, su autor está controlado de manera especial. El Estado sujeta al notario a un gran control público que garantiza, entre otros efectos, su independencia e imparcialidad. Esta doble calidad de funcionario público y profesional tiene beneficios para países en vías de desarrollo; su financiación tiene un costo controlado, y así, cuando la situación económica del interesado no le permite cubrir dicho costo, el Estado puede subvencionarlo para lograr un producto homogéneo que sirva al tráfico jurídico.

En Uruguay, la figura del notario es única para todo el territorio nacional, y este ejerce su profesión como parte de la función pública. Hoy, esta función está desdibujada, ya que su esencia no es la liquidación, ni la retención, ni el pago de los tributos: estas son tareas que corresponden al Fisco.

El Estado, al delegar estas tareas en los notarios, nos ha convertido en responsables solidarios ante los contribuyentes y, además, aligera la tarea estatal de contralor y compromete nuestra responsabilidad personal. El control que debemos hacer limita de forma importante los riesgos de evasión fiscal, ya que debemos recordar a las partes que deben cumplir con su obligación tributaria en los actos que generen tributación; somos quienes realizan los cálculos de impuestos y sus pagos correspondientes. Es nuestra aspiración que este tipo de tareas se haga con carácter excepcional y que la responsabilidad que se genere sea subsidiaria y no solidaria, como lo es hoy.

Ya que la base de la relación escribano-cliente es la confianza, la tarea fiscal puede variar el fin principal de nuestra función, convirtiéndola en protectora de los intereses fiscales del Estado en lugar de brindar seguridad jurídica a los particulares contratantes. Las tareas de colaboración que nos imponen no deberían afectar la finalidad de nuestra función, que es dotar de seguridad al tráfico jurídico entre particulares.

Más allá de lo dicho, cuando se nos pide un consejo, se percibe la confianza que deposita la sociedad en nosotros.

5.2. El notario está capacitado para la gestión del conflicto

El escribano tiene un perfil potencial para ser árbitro, mediador y negociador. La función notarial, armonizadora, neutral y confidencial, sumada a la capacitación en técnicas de eficacia probada en métodos de resolución de controversias, convierte al notario en un agente idóneo para la conducción de las partes a la resolución de sus diferencias.

A través de su Centro de Resolución de Conflictos, la AEU brinda un servicio de mediación, conciliación y arbitraje, y dicta cursos de capacitación a sus afiliados desde 1998. Esta tarea contribuye a descongestionar la labor de los tribunales y amplía nuestro campo de acción.

5.3. El notario descongestiona la vía judicial

Aprovechando también la facultad autenticante del notario en la realización de todos los pasos procesales necesarios, podemos realizar notificaciones e intimaciones en el ámbito judicial-notarial, lo que desahoga los juzgados de la carga de mero trámite; esto permite una mejor atención del proceso contencioso y concentrar el esfuerzo del magistrado en impartir justicia.

5.4. El escribano ha documentado el devenir histórico

Los protocolos notariales han servido de fuente para la historia, desde la búsqueda de grandes episodios hasta multitud de pequeños detalles que permiten descubrir aspectos inéditos de la vida cotidiana del pasado. El notario es el garante de la seguridad jurídica a través de la calidad de las escrituras y de su papel de «magistrado de lo amistoso».

Con base en la evolución de la sociedad, es garante de la transparencia de los mercados financieros, del medioambiente, de las relaciones de consumo.

En pleno siglo XXI, con la denominada *globalización*, se valora cada vez más la rapidez que la seguridad. El propio Estado, al exigirle cada vez más controles, está admitiendo que el escribano es más eficiente que su burocracia. Necesita cada vez más de la figura del escribano, dando transparencia al mercado financiero; por ejemplo, verificando que en las operaciones de crédito se dé cumplimiento a lo establecido por ley.

La profesión debe dar prueba de adaptación y voluntad para que la seguridad jurídica que brinda sea inatacable.

5.5. El escribano es un actor importante en la ejecución de políticas de urbanismo y medioambiente

El Estado uruguayo debe atender determinadas obligaciones en función de su economía, como son el medioambiente y la urbanización. La puesta en marcha de estas políticas y sus normas garantiza el desarrollo sostenible del país y el mantenimiento de la paz social.

La urbanización ordenada tiene como objetivo la protección del medioambiente; en esto colaboramos los notarios al realizar los controles correspondientes antes de concretar la escritura.

El medioambiente no solo alcanza a la tierra del medio rural, sino que también abarca la propiedad urbana; esto implica una planificación urbanística, un ordenamiento territorial y la prevención del medioambiente todo. Es la ley la que da contenido a la función social de la propiedad, particularmente la urbanística, al imponer restricciones administrativas, definidas estas por Lopes Meirelles como «toda imposición general, gra-

tuita, unilateral y de orden público condicionadora del ejercicio del derecho o de actividades particulares a las exigencias del bienestar social».[8]

Todo esto, a los efectos de asegurar la realización y manutención de obras y servicios públicos o de utilidad pública. Y para ello, la Administración utiliza el método de las expropiaciones con fines urbanísticos, a través de un procedimiento de derecho público preestablecido, ventajoso para el interés de la comunidad y que nadie puede impugnar o atacar por tratarse de una declaratoria pública de utilidad que, además, incluye una justa compensación.

El ordenamiento territorial es una actividad estatal que se ejerce a través de directrices, planes y actuaciones para organizar el uso del territorio, mejorar la calidad de vida de la población, lograr integración social y aprovechar los recursos naturales y culturales con el objetivo de conservar el medioambiente y la biodiversidad. En nuestro país, la Ley de Ordenamiento Territorial y Desarrollo Sostenible (18308) introduce un marco regulador con base en un sistema de planificación donde se describen los diversos instrumentos mediante los cuales tal planificación se llevará a cabo; en su texto establece deberes, derechos y prohibiciones para los propietarios de bienes inmuebles y para toda persona relacionada con ese tema, además de normas sobre expropiación, derecho de preferencia en la compra de inmuebles, derecho de superficie, prescripción adquisitiva de algunos inmuebles y ciertos derechos de preferencia, como el establecido en su artículo 66 a favor de los gobiernos departamentales en enajenaciones onerosas entre particulares en áreas específicas. Los notarios asesoramos al respecto para evitar sanciones a quienes actúan sin permiso o en contravención de esta norma.

5.6. El escribano y la prevención del lavado de activos

En otra materia, el notario no puede permanecer ajeno a la lucha contra el flagelo social de legitimar los activos provenientes de actos ilícitos. Nos convertimos en guardianes de la puerta de entrada de los circuitos de la legalidad. En Uruguay se siguen las normas internacionales para la regulación del lavado de activos; al derecho interno se incorporan varias de las cuarenta recomendaciones del Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI) sobre blanqueo de capitales, como nuevos sujetos obligados y delitos subyacentes. Y a propósito de nuevos sujetos obligados, entre ellos se nos incorpora a nosotros, los notarios, con la obligación de «denunciar y reportar [operaciones sospechosas] en compraventa de inmuebles y establecimientos comerciales».

8 Lopes Meirelles, Hely, *Direito de construir*, 3.ª ed., San Pablo: Revista dos Tribunais, 1979, p. 2.

En nuestro país, el organismo de control para los «sujetos obligados no financieros» —entre ellos, los notarios— es la Auditoría Interna de la Nación (AIN), que depende del Ministerio de Economía y Finanzas, y en particular, perteneciente a la AIN, la Unidad de Información y Análisis Financiero del Banco Central del Uruguay, creada en 2011 con el objetivo de reportar a ella las transacciones inusuales o sospechosas. Toda esta operativa está supervisada por el GAFISUD, organismo dependiente del GAFI a nivel regional.

En el protocolo de actuación de la debida diligencia elaborado entre la AEU y la AIN establecimos procedimientos preventivos para detectar operaciones sospechosas a partir de señales de alerta sugeridas por la normativa internacional; ante tal circunstancia, se la documenta en formularios como respaldo de responsabilidad. En escrituras cuyo monto de operación supere los USD 100.000 en efectivo o los 200.000 parte efectivo y parte en cheque, aplicamos este protocolo de actuación.

5.7. El escribano y la protección al consumidor

En este tema, el notario es garante de las relaciones contractuales, del equilibrio en el suministro de información sobre derechos y obligaciones. Nuestra ya referida ley 17250 de relaciones de consumo, que entró en vigencia el 11 de agosto de 2000, es considerada derecho supletorio del Código Civil; en su relación con el sistema especial implementado, debe entenderse tal como está dispuesto, es decir, no modificatorio de aquel por el ejercicio de la autonomía privada cuando mediante ello se afecten derechos del consumidor.

Entre otras disposiciones, la ley 17250 establece la protección contra la publicidad engañosa, los métodos coercitivos o desleales en el suministro de productos y servicios, y las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión. El consumidor es protegido en el sentido de que la carga de informar corresponde preceptivamente al proveedor; constituye su obligación legal y un derecho del consumidor.

Con esta norma se legisla por primera vez sobre las cláusulas abusivas; esto se hace a través de la instauración de un control judicial que permite anularlas, acontecimiento jurídico que, aunque revolucionario para nuestro país, queda reducido a las relaciones de consumo.

La ley, a través de su decreto reglamentario 244/000, permite al cliente exigir, previo perfeccionamiento del contrato, un presupuesto de los gastos y honorarios que producirá el trabajo efectuado por el escribano, así como los montos estimativos de cada operación ante los organismos donde el escribano solicitará información.

En conclusión, sobre este punto 5 en desarrollo, decimos:

— El asesoramiento y el consejo son la base del notario como tercero de confianza. El notario es un servidor público; escucha, interpreta,

prepara, dirige y aconseja a las partes en sus actos y contratos, lo cual es prueba de la confianza depositada por la sociedad en él y demostración de la responsabilidad que este asume en el ejercicio de su profesión.

— El Estado nos otorga como terceros de confianza la fe pública. Somos garantes de la transparencia de los mercados financieros.
— En colaboración con el Estado, verificamos la conformidad de toda construcción con las normas urbanísticas y de medioambiente.
— Por nuestra doble condición de profesional de derecho a cargo de una función pública, autorizamos documentos válidos y eficaces.
— En el ejercicio de nuestra profesión, el Estado nos otorga función de contralor de las leyes, en todos los ámbitos, para lograr un fin común de paz social, a través de un título de propiedad válido y eficaz entre las partes y frente al Estado.
— En lo referente a la protección al consumidor, el escribano es garante en las relaciones contractuales; asegura el equilibrio en el suministro de información de derechos y obligaciones. En esta sociedad de consumo, la ley pretende equilibrar los derechos de los consumidores respecto de los proveedores.
— Es de interés público que las convenciones lícitas sean siempre eficaces no solo por el respeto que merecen la promesa y la palabra empeñadas, sino porque la seguridad jurídica mejora la condición material de la sociedad.

6. Razones por las cuales la figura del notario como tercero de confianza no pierde vigencia, sino que debe reinventarse de acuerdo a las necesidades sociales, económicas y jurídicas

6.1. Razones sociales

En sus clases, Pérez Montero decía que nuestra esperanza está en aumentar nuestra propia fuerza moral no solo en cuanto a honradez, sino también en cuanto a una mejor preparación profesional y a la utilización de los más modernos medios que la técnica ponga a nuestra disposición.

El mundo avanza, y la legislación acompaña en tal sentido; nosotros debemos adaptarnos para dar soluciones jurídicas seguras. Ante la nueva normativa tenemos un rol fundamental en el asesoramiento. Como creadores del derecho que interpretamos la voluntad de los requirentes, instrumentamos los contratos y protegemos los derechos de todos. La profesión notarial será más útil si estamos ante lo que la sociedad demanda para garantizar sus derechos. Hoy más que nunca debemos aplicar soluciones con equidad y buscar el equilibrio entre las voluntades de las partes. Pero

todo ello exige una actitud frente a la vida para la que no todos están preparados.

Los avances de la tecnología no marginan ni disminuyen el trabajo: solo nos enfrentan a nuevos desafíos. Se suple el soporte papel por el electrónico, y hay que conocer estas nuevas utilidades, como en su momento lo fue el firmar con un bolígrafo de tinta líquida. Internet facilita la labor con otros colegas y organismos nacionales e internacionales. Hoy es posible la circulación electrónica de los documentos, de un ordenamiento a otro, lo que aumenta la capacidad de trabajo y disminuye los tiempos de ejecución; la información se consigue al instante, en un soporte digital que permite economizar recursos y espacio, y preservar durante más tiempo y de mejor manera la información que se transmite, reiteramos, de forma instantánea desde y hacia cualquier lugar del mundo.

La Comisión de Informática y Seguridad Jurídica de la Unión Internacional del Notariado ha definido, de modo tajante, la importancia que estas cuestiones tienen para el futuro del notariado: «En la transición de las transacciones en forma escrita a las transacciones jurídicas electrónicas, las partes interesadas buscan un interlocutor de confianza».

Debemos vencer prejuicios y dogmatismos, y apostar a lo que la sociedad demanda para así lograr que nuestra profesión sea más brillante. Todo está en los principios generales del derecho que nos regulan siempre: la confianza, la buena fe, el principio de no dañar, del no enriquecimiento ilícito, del comportamiento leal; esto no cambia y se aplica en toda su extensión en la utilización de las nuevas tecnologías. Debemos reinventarnos una vez más ante estos cambios y conocer los instrumentos que brinda la tecnología, para así aplicarlos a la técnica notarial como medio para lograr el fin: la seguridad jurídica, la equidad y demás objetivos ya referidos aquí. No tenemos que fabricar el bolígrafo para firmar ni el papel para redactar; simplemente debemos distinguir cuáles son el bolígrafo y el papel adecuados, esto es, estar preparados en sentido amplio.

Son diversas las posturas frente a los avances tecnológicos y la necesidad de seguridad jurídica. Por un lado, están quienes consideran que la tecnología puede representar una amenaza para la profesión notarial y que hasta puede llegar a suplirla; por otro, quienes entienden que su incorporación es importante, y por ello la apoyan y fomentan.

La función notarial y los principios en los que se sustenta no admiten la posibilidad de ejercerla solo a través de recursos tecnológicos, prescindiendo de la intervención del notario. La formación jurídica es insustituible, un valor que la tecnología es incapaz de aportar. El notario aplica conocimientos y analiza los requisitos que hacen a la validez de los contratos —capacidad, consentimiento, objeto y causa lícitos—, entre otros aspectos que requieren la puesta en práctica de la formación jurídica adquirida. La función notarial se nutre de la tecnología, la que facilita y apoya el ejercicio profesional y, por ende, promueve su avance; pero la supresión de la

intervención notarial en la contratación y su suplantación por tecnología es inverosímil.

En Uruguay vivimos momentos de gran importancia referidos a la aplicación de los avances tecnológicos al ejercicio de la profesión. La ley 18600 ha establecido la admisibilidad, validez y eficacia jurídicas del documento electrónico y de la firma electrónica; esta norma prevé la *firma electrónica avanzada*, que es la aplicable al ejercicio de nuestra profesión. Se modificó también el Reglamento Notarial (la ya referida acordada 7533), que incorporó el uso de la firma electrónica avanzada notarial, y se estableció la reglamentación necesaria para el «uso de documentos electrónicos y firma electrónica avanzada en la función notarial» (ley 18600, art. 7.º).

Pero no solo se reglamentaron aspectos referentes a la firma digital: además, se incorporó la posibilidad de utilizar el *soporte notarial electrónico*, una adaptación al mundo actual, un ejemplo de coexistencia entre la función notarial y las nuevas tecnologías, de manera que los principios rectores de la actuación notarial y la seguridad jurídica que ella proporciona se mantienen vigentes y se adaptan a los tiempos que corren.

El soporte notarial electrónico es una herramienta técnica para el ejercicio de la función notarial que entró en vigencia el 1 de junio de 2015, a través de la acordada 7831 de la Suprema Corte de Justicia. Fue desarrollado y es gestionado por la Caja Notarial de Seguridad Social, encargada de emitir también el *papel notarial de actuación*, que, hasta la incorporación de esta nueva herramienta, constituía el único soporte para la actuación profesional. Papel notarial de actuación y soporte notarial electrónico son similares en el sentido de ser únicos e irrepetibles, pues son nominativos y cuentan con datos —serie y número— identificatorios. Son varias las actuaciones que pueden realizarse en el soporte notarial electrónico; la acordada 7831, que agrega una veintena de artículos a la 7533, prevé la posibilidad de expedir copias de escrituras, testimonios de protocolizaciones y testimonios por exhibición de forma electrónica, así como certificados notariales electrónicos. Estos instrumentos se suscriben utilizando la ya referida firma notarial electrónica.

Tal como sucede con la firma autógrafa, la firma electrónica es de «uso estrictamente personal». Por ello, hay que ser responsable y cuidar el dispositivo que la contiene y su clave, y no permitir su uso por parte de terceros, responsabilidad similar a la que se tiene por la custodia de los registros notariales.

La firma electrónica avanzada se basa en el sistema criptográfico asimétrico de clave pública de 2048 bits, bajo la égida de la estructura nacional de certificación electrónica. Se almacena en un dispositivo seguro y confiable, instalado en la computadora, y genera una contraseña al realizar una operativa. Es preciso contar con un sistema informático confiable, con una seguridad tecnológica a la altura de la seguridad jurídica de la actuación profesional.

Como señalamos, estos avances lejos están de suprimir la función notarial: hacen que esta se fortalezca y dé señales de vitalidad. Nuestra profesión no ha quedado suspendida en el tiempo, sino que avanza, se adapta y refirma su valor.

6.2. Razones jurídicas

En los países de tradición latino-germánica se cuenta con documentos públicos que «por razón de su calidad de elaboración y la intervención de un funcionario público (o profesional privado del derecho en ejercicio de función pública) se les dota de especiales efectos legitimadores, probatorios, ejecutivos y registrales que evitan conflictos y ayudan a su rápida solución judicial».[9]

En esta breve cita se condensan las razones sustanciales que movieron al legislador para dotar de tantos atributos al documento público; en especial, al instrumento público intervenido por notario. En su confección está presente un jurista en ejercicio de una función pública o un funcionario del Estado, según la legislación.

Con la sanción de la referida ley 18600 de documento electrónico y firma electrónica en 2009 se ha roto parte de ese paradigma:[10]

> El documento electrónico suscrito con firma electrónica avanzada tendrá idéntico valor probatorio que el documento público o el documento privado con firmas certificadas en soporte papel.

Estos certificados electrónicos reconocidos —firmas electrónicas avanzadas— son provistos a personas físicas o jurídicas por los prestadores de servicios de certificación, entidades comerciales privadas supervisadas por una unidad de certificación que opera en el ámbito estatal. La seguridad que brindan estos prestadores alcanza los elementos tecnológicos de la comunicación en cuatro aspectos: identidad del titular de las claves (firmante), integridad del mensaje, confidencialidad y no repudio.

Este «tercero de confianza», como también se denomina a estas entidades pertenecientes al ámbito privado, ofrece una herramienta —el certificado electrónico reconocido— que otorga al documento idéntica eficacia que la del documento público o privado con firmas certificadas.

En este tipo de documentos, la función autenticante del notario queda neutralizada por el poder que la ley ha otorgado a la firma electrónica avanzada de cualquier persona física o jurídica. Así, el crecimiento en el uso de esta herramienta en el ámbito local e internacional dispara interrogantes sobre el futuro de nuestra profesión.

9 Bolás Alfonso, Juan, «El notariado y las nuevas tecnologías», *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, tomo 90, n.º extraord. (dic. 2004), pp. 115-128.
10 Ley 18600, artículo 6.º, *in fine*.

Es posible reflexionar en dos sentidos sobre este fenómeno de alcance mundial: por una parte, analizar los aspectos esenciales que hacen que existan y sean válidos los contratos electrónicos en nuestros sistemas jurídicos; por otra, la necesaria participación del notario en el mundo de las transacciones electrónicas para garantizar la seguridad jurídica.

El contrato, cualquiera sea el instrumento utilizado para su materialización —papel o dispositivos electrónicos—, exige para su validez cuatro requisitos: capacidad, consentimiento y objeto y causa lícitos, además de las solemnidades requeridas por ley para ciertos contratos. La herramienta telemática no modifica las normas de la contratación.

El prestador de servicios de certificación observa, sin mayores exigencias, la capacidad del titular del certificado electrónico en el momento de la solicitud, pero no durante su vigencia. Desconoce el uso que se hará de la firma y el contenido de los documentos suscritos con ella. Nada puede asegurar que en el momento de otorgarse un contrato electrónico se cumpla con los cuatro requisitos de validez. Incluso, el consentimiento manifestado con la firma podría ser inválido por error o dolo. «La existencia del consentimiento es una cosa; la suficiencia del consentimiento es otra».[11]

El proceso formativo de un contrato que luego se suscribe con firma electrónica avanzada, y por tanto posee valor de documento público, podría quedar librado a la intervención de cualquier persona. No se exige la presencia de un funcionario público o notario que controle la legalidad o califique e interprete la voluntad de las partes intervinientes y confeccione el documento adecuado para ellas.

En definitiva, se desvanece la seguridad jurídica preventiva, ínsita a la intervención notarial, y se pierde certeza, previsión y estabilidad.

En una ponencia presentada en el congreso realizado en Lima, se dijo:[12]

> [Se pierde:] *a*) orientación y asesoramiento imparcial sobre el encuadre jurídico más viable para el negocio jurídico que desean celebrar.
>
> El agente de la función notarial, en la etapa de conocimiento de las declaraciones de voluntad y en la posterior categorización del régimen al que quedarán sujetas las partes con los consiguientes efectos jurídicos, ejerce una tarea esencial de asesoramiento a los futuros otorgantes, en procura de que el consentimiento sea lo más informado posible, porque el consentimiento informado se preserva del error.

11 Núñez Lagos, Rafael, «Derecho notarial», memoria presentada en el 3.er Congreso Internacional de Notariado Latino, París, 1954.

12 Morales, María Laura; Baras, Cecilia Inés; Maríinez, Karina; Herrera, María Marta Luisa; Curuchelar, Graciela; Cosso, Fátima Liliana; Garbarino, Enrique H. J.; Craviotto, María Alicia; Piazza, Marta Rosa, y Palacios, María Cristina, «Conclusiones y ponencias», *Ponencias de la delegación argentina* (Congreso Internacional del Notariado, Lima, 9 al 12 de octubre de 2013), Lima: Consejo Federal del Notariado Argentino, p. 178.

En la misma ponencia se agregó:

> *b*) la mayor claridad en cuanto al contenido o cláusulas del contrato, evitando nulidades […].
>
> *c*) la vigilancia por parte del notario del cumplimiento de la ley y observancia de todas aquellas implicancias de índole administrativa y/o fiscal que conlleva el contrato [...].
>
> *d*) la garantía de la existencia de lo acontecido ante el notario —en virtud de la fe pública de la que es depositario por delegación del Estado [...].

Y no solamente en cuanto a la fiel reproducción de lo presenciado, sino también a la conservación de la integridad documental, la fiel custodia de los registros notariales.

Este último aspecto no es asimilable al principio de integridad del documento electrónico del sistema de seguridad de la información, el que reside en un algoritmo que realiza un resumen cifrado del documento, como una especie de huella digital encriptada mediante firma electrónica, y permite detectar cualquier alteración del texto. Este proceso no impide la alteración del documento: solo advierte su ocurrencia.

Algo muy distinto es lo que asegura el notario con relación a la integridad documental, por lo dicho y porque responde ante la justicia con la pérdida de su libertad por la alteración de un documento verdadero.

En definitiva, las ventajas que ofrece la herramienta de la firma electrónica avanzada presentan limitaciones y riesgos para la contratación electrónica.

Para que el uso de la tecnología en los contratos resulte un *ganar-ganar* que sume todas las ventajas de la seguridad jurídico-telemática —identidad, integridad, confidencialidad y no repudio— y de la jurídica contractual —consentimiento, capacidad, objeto y causa— es preciso generar conciencia general y académica sobre la necesidad de integrar este binomio.

El notario debe ser capaz de incorporar competencia propia a las nuevas formas de contratación con la defensa de sus principios; al fin y al cabo, nuestra razón de ser es brindar un servicio a la sociedad, dondequiera que se actúe. La formación profesional es activa y llamada a reinventarse para mejor. Es menester adquirir conocimientos nuevos para alcanzar un producto final más perfecto aún y aportar a esa causa lo más genuino del notariado. Las universidades deben proveer a los futuros notarios los conocimientos para entender el funcionamiento de las comunicaciones electrónicas, conocimientos que les permitan egresar como hábiles manejadores de esas tecnologías. La confianza se apoya en el conocimiento; de la ignorancia nacen el temor y la desconfianza. Entonces, ¿cómo dar fe pública notarial en el ámbito informático si se ignoran los principios de la seguridad informática (integridad, confidencialidad, disponibilidad, no rechazo, autenticidad)?

El desarrollo masivo y vertiginoso de las comunicaciones y las contrataciones electrónicas, en ausencia de un notario especializado, ha dado lugar a la existencia real —y en algunos países, también legal— de otro tipo de

tercero de confianza, uno que opera como depositario imparcial de las declaraciones de voluntad que integran los contratos electrónicos y elegido de común acuerdo entre las partes. Esta figura no es un profesional del derecho, no interviene en la confección del documento ni controla el contenido; solo lo conserva y consigna fecha y hora. Existe cierta analogía con la función de conservación de los documentos originales que realizamos los notarios por el principio de *matricidad*. La necesidad de conservar el tenor de las voluntades, el momento y el lugar del otorgamiento es esencial para poder demostrar en el futuro lo que ocurrió. En la contratación electrónica, esta prestación es realizada, en ausencia de servicios notariales, por terceros de confianza, una prueba más de la necesidad de adecuar la técnica notarial a los nuevos tiempos y sumar la seguridad jurídica a la tecnológica.

Esta época de cambios en la cual la comunicación humana se convierte a lenguaje binario y se procesa en dispositivos de todo tipo para alcanzar conexiones mundiales reclama una adecuación de la técnica notarial; pero no del saber notarial (*teoría*) ni del hacer (*práctica*), sino del saber hacer (*técnica*). Carlos Pelosi no pensaba en los medios operativos de la tecnología informática actual; no obstante, el concepto que expresó es válido y demanda nuestra adecuación: «La técnica notarial consiste en los medios operativos de que se vale el notario para la eficaz realización de las tareas profesionales y documentales inherentes a su función».[13]

6.3. Razones económicas

Los notarios ejercemos dentro de un sistema que brinda seguridad jurídica que es preventivo, disminuye costos, descongestiona la justicia y colabora con el Estado.

Seguridad jurídica implica certeza, y a esta se llega mediante el actuar del notario, diligente y responsablemente, con los principios de imparcialidad, neutralidad y confidencialidad, con las tareas de estudio, investigación y de asesoramiento, y la aplicación de las normas.

Actualmente, la organización de nuestro trabajo y los controles a los que está sometida nuestra actuación constituyen un sistema que brinda seguridad jurídica tanto para el presente como para el futuro. Esta seguridad previene conflictos que evitan posibles juicios, lo que significa en potencia una disminución de costos económicos por parte de los particulares y del Estado, así como de los costos sociales y humanos en lo referente a colaborar con la pacífica convivencia.

13 Pelosi, Carlos A., «Técnica de la redacción», *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, tomo 50, n.º 7-9 (jul.-set. 1964), pp. 237-251, en ‹http://documentos.aeu.org.uy/RA0/RAEU/050/050-7-237-251.pdf›.

Sin embargo, la sociedad tiene poco conocimiento de nuestra actuación y de sus efectos, especialmente en lo que refiere a seguridad jurídica y sus efectos económicos.

Tal vez por el principio de ética que nos rige no hemos publicitado nuestra función y nos hemos abstenido de mostrar la importancia de nuestra actividad. Debemos reinventarnos para permanecer vigentes dentro de una realidad de cambios permanentes y cada vez más vertiginosos, cambios tecnológicos, sociales, económicos y climáticos, con todos sus efectos, que impactan sobre todas las estructuras, más aún en las rígidas.

Si bien nuestro trabajo es estructurado —sigue y respeta las estructuras—, no es tan solo eso; va más allá, porque previene y garantiza la pacífica convivencia al otorgar seguridad jurídica preventiva y busca equilibrar la balanza en cuanto a las diferencias sociales, culturales y económicas de los contratantes. Nuestro trabajo implica mantener y garantizar certezas en un mundo en permanente cambio.

Para reinventarnos podríamos hacer conocer la esencia de nuestra profesión no solo como documentadores, controladores y recaudadores, sino también como asesores en los distintos ámbitos de la actividad patrimonial, familiar y de negocios.

a. Como asesores

Por el principio de rogación que nos rige, nuestra intervención debe ser solicitada, y nos corresponde oír a las partes con empatía para poder comprenderlas. Nuestra tarea como asesores implica trabajar para lograr el diseño más adecuado al negocio, buscar acuerdos, elaborar el documento y que las ideas queden documentadas y puedan cumplirse. Asesorar también implica guiar en el cumplimiento de toda la normativa aplicable y en los posibles riegos; también que los otorgantes conozcan las obligaciones que asumen.

De esta forma, el acuerdo logrado por las partes, debidamente documentado y registrado, será cumplido y respetado. Esto genera confianza en el profesional y se proyecta a todos los escribanos. Además, se evitan conflictos, con los costos económicos y sociales que estos ocasionan. Esta imagen del escribano confirma la confianza depositada en él.

b. Colaboradores en caso de conflicto

Ante conflictos, existen procedimientos como la mediación y el arbitraje que permiten solucionarlos, evitando así que lleguen a las sedes judiciales. Los notarios nos capacitamos en estas técnicas para colaborar en la pacífica convivencia y evitar las consecuencias que producen los conflictos sin resolver no solo a las personas y empresas involucradas, sino a toda la sociedad.

7. La confianza del cliente en su notario: la libertad de elección del cliente y el secreto profesional

7.1. Una relación de mutua confianza entre el notario y su cliente

La figura del notario, desde tiempos inmemorables, es símbolo de seguridad, tranquilidad y fe pública. Es sobre la base de estas tres premisas que se sustenta la confianza que el cliente deposita en el escribano cada vez que acude a su escritorio. En Uruguay, esta elección del escribano por las partes es totalmente libre y no puede ser impuesta, salvo los casos en que las leyes o los reglamentos dispongan que el acto sea autorizado por un escribano determinado.

Cuando hablamos de confianza, nos referimos al fuero íntimo de las personas, al vínculo donde lo personal juega un papel muy importante en ese consejo, en esa información que se ofrece —comenzando por nuestra función notarial de asesor—, la que debe basarse en dos pilares fundamentales: la imparcialidad y la responsabilidad con que se asume dicha función, propiciando la seguridad jurídica buscada por las partes en los negocios pretendidos. En realidad, el titular encargado de proveer esa seguridad jurídica no es otro más que el Estado, quien la delega en el agente que ejerce una función pública: el escribano. Y con el afán de brindar esta seguridad, base de todas las transacciones económicas, corresponde realizar un control riguroso de la legalidad del negocio que se proyecta, de los documentos que se presentan y de la situación jurídica de las partes intervinientes —capacidad, estado civil, etc.—, para lo que se requiere una actitud proactiva por parte del profesional. Ello implica preguntar, examinar los hechos hasta llegar al fondo del asunto; darse el tiempo suficiente y poner todos nuestros sentidos atentos a lo que se plantea, recoger toda la información posible en pos de poder interpretar y lograr dar forma jurídica a esas manifestaciones de voluntad.

En esta labor hermenéutica, el escribano debe analizar y juzgar si lo pretendido por el cliente es de conformidad con el ordenamiento jurídico, lo que salvaguarda los intereses de ambas partes intervinientes y previene la ilegalidad del negocio. Ahora bien, sin hesitación alguna, este proceso intelectivo en el que recibimos información —muchas veces confidencial— supone contar con un alto profesionalismo, y con ello, nuestro deber de guardar absoluta reserva. Ciertamente, el escribano, además, debe actuar con imparcialidad y equilibrio, por cuanto actúa como mediador armonizador de los distintos intereses en todo momento y con una actitud moral de rectitud.

7.2. La previsión de la confianza en la normativa notarial

En nuestro país, donde existe una Ley Orgánica Notarial y un Reglamento Notarial, corresponde a la Suprema Corte de Justicia, como señalamos, investir al notario por acto de admisión, habilitándolo para ejercer la profesión en forma libre e independiente en todo el territorio nacional.

Dentro del marco de nuestro ordenamiento nacional existen leyes, así como normativa de índole deontológico, que contemplan el ejercicio de la función notarial, la fe pública y, por ende, la confianza delegada por el Estado en el notario. Así, por ejemplo, el proemio del Código de Ética uruguayo dice: «La profesión de escribano constituye una verdadera vocación moral, con sentimiento de justicia, que lo convierten en protector de quienes acuden a su consejo y solicitan sus servicios profesionales». Los principios éticos contenidos en dicho código, precisamente delimitados, sostienen la dignidad y el prestigio de la profesión cual firmes pilares en los que debemos sustentar un edificio que construimos con la aspiración de que perdure en el tiempo sin grietas ni fisuras. Diligencia, veracidad y probidad son elementos esenciales en el quehacer notarial. Recordamos a Couture: «Si al Notariado se le quitara ese sutil elemento moral, íntima pero profundamente adscrito a su servicio, quedaría reducido a una función cualquiera. Pero como institución, habría perdido su sentido propio».

Por su parte, el Reglamento Notarial tiene un capítulo expreso referente a la elección del escribano por los requirentes, elección relacionada con la confianza. En el artículo 35, el citado reglamento expresa:

> Los requirentes son libres de hacer elección del escribano, salvo los casos en que las leyes o reglamentaciones disponen que el acto sea autorizado por uno determinado. En los actos jurídicos bilaterales, corresponde la elección a la parte a quien se constituye título de dominio o de acreedor, a quien se dan seguridades reales o personales, a la que asume la calidad de arrendador de bienes corporales o de servicios, o de arrendatario de obra, o va a resultar liberado de obligaciones en virtud del acto a autorizarse. Cuando se trate de operaciones en las cuales sean acreedoras instituciones financieras o bancarias, las partes podrán convenir que el autorizante sea designado por el deudor, sin perjuicio del derecho de dichas instituciones a hacerse asesorar por el escribano de su elección.

En el artículo siguiente complementa lo anterior y establece:

> Si por la naturaleza del acto la elección no pudiere efectuarse aplicando las reglas contenidas en el artículo anterior, ella se efectuará por la mayoría de partes interesadas siempre que representen la mayoría de intereses. Cuando las mayorías mencionadas no puedan lograrse, el escribano autorizante deberá ser elegido de conformidad por las partes interesadas, sin perjuicio de que los otorgantes se hagan asesorar por el escribano de su elección.

7.3. Necesidad creciente de una comunicación confidencial y completa entre el notario y su cliente

El desarrollo de la sociedad trae consigo el hecho de que la función notarial clásica de asesorar, documentar y autorizar deba encararse, necesariamente, como una función global acorde a los requerimientos de una sociedad más tecnificada, moderna y compleja. El notario debe estar a la altura de los cambios y prepararse moral y jurídicamente para asesorar en forma completa a sus clientes. Debemos estar preparados, hoy más que nunca, para una escucha activa, con análisis de los objetivos y soluciones acordes a los tiempos que corren. El vínculo cliente-notario debe avanzar y retroalimentarse, y esto es algo que se sustenta con una buena comunicación, completa, fraternal y con el fin de lograr que las personas se sientan a gusto y amparadas por la confidencialidad de sus manifestaciones ante su profesional de confianza, porque el notario fue y es el articulador de las expresiones más íntimas de las personas.

En Uruguay, en esta última década, se han promulgado leyes que causaron gran impacto social y propiciaron una mayor participación del notario, acercándolo aún más a las personas y a sus vínculos familiares. En ese sentido, en la órbita del Poder Legislativo se encuentra en trámite un proyecto de ley —defendido por la AEU— para celebrar matrimonios en sede notarial; conforme a lo previsto en el artículo 83 y siguientes de nuestro Código Civil, dicho proyecto parte de la premisa de que los escribanos públicos son idóneos para celebrar matrimonios en todo el territorio nacional. Además, se proyecta también la posibilidad de intervención notarial en los divorcios por mutuo disenso, cuando ambos cónyuges inician el trámite de forma voluntaria y no se requiere intervención de abogado, pues no hay litigio.

Otra de las leyes que involucró más a nuestra profesión es la Ley de Unión Concubinaria (18246), que reconoce derechos y deberes a concubinos de igual o diferente sexo. En este caso, el notario asesora en lo referente a las relaciones patrimoniales, así como a la creación y la disolución de la sociedad de bienes.

La Ley de Testamento Biológico Vital (18473) fue otro motivo de acercamiento íntimo con el cliente. El notario debe consignar en su protocolo —o en documento privado con certificación notarial de firma y debidamente protocolizado— la voluntad unilateral de un sujeto en pleno uso de sus facultades y con lucidez mental de disponer respecto de su persona ante la eventualidad de que le sobrevenga una enfermedad terminal.

Con la ya citada Ley de Relaciones de Consumo (17250), el notario asesora a su cliente sobre sus derechos básicos en ese ámbito —por ejemplo, el derecho a recibir la información suficiente, de manera clara y veraz— y a la forma de reclamarlos.

7.4. El derecho del cliente de poder escoger a su notario de confianza

Basándonos en el principio de autonomía de la voluntad, es fundamental para el notariado latino que todo individuo pueda escoger libremente el notario que desea, que sea este quien formalice el documento que debe otorgar y que lo asesore en cuanto a ventajas y desventajas —jurídicas, fiscales— para la protección de su patrimonio, en busca de una respuesta adecuada a su situación personal; un olvido o falta de atención en un negocio puede traer consecuencias graves para él o los otorgantes. La legislación, a su vez, posee diferentes institutos que protegen situaciones especiales —cónyuges supérstites, menores, incapaces— que el común de la gente desconoce.

El notario de su confianza es quien está en mejores condiciones para asesorar y aconsejar al cliente en función de las circunstancias personales y familiares de cada persona, explicando las vías posibles para lograr un otorgamiento consciente y voluntario.

La relación cliente-notario es de confianza *mutua*. La falta de conocimiento jurídico de las partes contratantes puede llevar, como se dijo, al quebrantamiento de la norma jurídica; el notario es quien debe conocer bien la voluntad de las partes para que su expresión se realice sin posibilidad de error. Es deber primordial suyo, como ya se mencionó, informar a las partes de todas las relaciones jurídicas que se establecerán en el documento. Si bien la mayoría de las veces las partes contratantes conocen las consecuencias del acto que celebran, su conocimiento es solo de su parte esencial; los efectos accesorios y secundarios del contrato suelen ignorarse, por lo que el notario debe informar al respecto.

El notario debe dar forma a la expresión de voluntad de las partes con la mayor fidelidad posible, según lo que estas quieran expresar, y que ello se ajuste a derecho; debe informar los alcances de la relación jurídica que se crea.

En otras palabras, la conducta del notario no puede limitarse a recibir la expresión de voluntad de los contratantes y llevarla al documento público, causa legítima de obligaciones: el profesional tiene el deber de informar. Y dicho asesoramiento debe darse aunque las parte no lo pidan. Muchas veces hay que insistir, a pesar de la resistencia de las partes a enterarse, para que en caso de fracaso o de consecuencias graves del negocio para una u otra parte —o para ambas— no pueda inculparse al notario por falta de información asesora.

Por eso, el hecho de que el notario sea de la confianza de su cliente hace que el negocio sea lo más cristalino posible en lo que tiene que ver con la voluntad de las partes contratantes.

Cabe recordar que, como se dijo, en Uruguay no existe el notariado de número ni las circunscripciones territoriales obligatorias; el contratante es libre de elegir el profesional que desee y así se asegura que cumpla la

función de forma independiente, sin ceder a influencias ni intervenciones ajenas. La elección del notario, por lo general, se realiza a través de una recomendación; alguna persona conocida ha tenido experiencia con él, lo conoce socialmente, vive cerca... Se estima que en nuestro país, la relación es de un notario cada cuatrocientos habitantes, cuando lo óptimo sería uno cada siete mil. Esto muestra la accesibilidad de los servicios notariales, lo que también desencadena la competencia entre colegas y, en consecuencia, situaciones laborales frustrantes. A pesar de estos inconvenientes, la imagen del notario sigue siendo favorable.

Debemos destacar las ventajas de nuestro sistema, sobre todo para el ciudadano común. El notario conoce los antecedentes de su cliente, su familia, su empresa; es un verdadero *consejero de confianza*. Si bien muchas veces la elección del notario corresponde a la contraparte, el cliente siempre tiene derecho a asesorarse y solicitar el consejo de un notario de su confianza.

Es importante que las personas sepan que tienen la potestad de elegir el notario en el cual confían; que no deben permitir, bajo ningún concepto, que los intimiden y les exijan la actuación de determinado profesional, contra su voluntad. Asimismo, tampoco deben permitir que su libertad pueda ser limitada por las cláusulas de un contrato o testamento ni por exigencias de la contraparte (bancos, agentes inmobiliarios).

Con la misma libertad que un individuo elige su notario de confianza, puede cambiarlo si así lo desea y por el motivo que sea. Lo mismo para el profesional: si entiende que el cliente no respeta sus consejos o lo contradice, puede renunciar a desempeñarse como tal para él.

Hay que tener en cuenta que si bien las relaciones jurídicas refieren a voluntades en igualdad de condiciones, esta igualdad muy pocas veces es tal, debido en particular a diferencias económicas, y el notario puede ser llamado a actuar por la parte más poderosa. El notario no debe nunca estar al servicio de una parte; nunca es llamado como asesor y defensor de una sola de las partes. Su tarea es diferente: su deber es ponerse al servicio de todas las partes que intervengan en el negocio. No es fácil para el cliente poderoso aceptar esta posición del notario, y se corre el riesgo de que aquel no vuelva a comunicarse. Por eso es fundamental que cada parte tenga su profesional, a los efectos de equilibrar el negocio de forma que no se torne injusto para ninguna de ellas.

Las empresas poderosas que cuentan con asesores suelen preferir al notario para que concrete la labor solo como certificador, pero estas son limitaciones inaceptables. En el mundo actual, donde las empresas nacionales y multinacionales cada vez son más fuertes, es necesario resaltar los valores humanos del notario interviniente: ética, lealtad, profesionalidad, asesoramiento imparcial, responsabilidad, secreto profesional, igualdad en el trato, honradez, seguridad jurídica y autonomía de la voluntad, por encima de cualquier poder económico.

La adecuación del contrato al esquema legal requerido, contrato entre partes cuya manifestación de voluntad es tan diversa y compleja como la vida misma del hombre, logra la protección de, particularmente, los actores más desvalidos de esta sociedad segmentada como consecuencia de la acumulación de capital.

Cabe destacar que se debe proteger jurídicamente los derechos del ciudadano también frente a las nuevas tecnologías. El asesoramiento y los controles de un profesional del derecho son insustituibles, y el consentimiento informado es fundamental para que una declaración de voluntad tenga eficacia plena. Es preciso que el notario garantice la capacidad de una persona, así como el libre consentimiento y cabal conocimiento de los efectos que esa voluntad pueda producir. Aquí, los medios electrónicos pueden ser de gran apoyo, pero no suplen el asesoramiento y el control de legalidad de la intervención notarial.

7.5. La delegación de funciones del notario en otro colega

La labor del notario consiste en desempeñar la función notarial, que tiene características distintivas. Esto es indiscutible y aparece como algo muy significativo; es su carácter rogado. Es decir, no hay función notarial de oficio; el notario solo actúa por requerimiento de alguien o por mandato de la autoridad pública.

Este tema nos hace pensar en la relación cliente-notario. Si esta se basa en la confianza y en el ejercicio de los principios de libre elección del notario y de autonomía de la voluntad, ¿cómo podemos pensar en delegar esa labor en una persona no elegida voluntaria y expresamente por el cliente?

Existen legislaciones que prevén la figura de los notarios asociados. Así podemos citar a España, donde se regula la figura de las *sociedades profesionales*. Este tipo de sociedades presenta, entre otras, determinadas características: existe en la fase interna una división de las actividades profesionales; la representación de la sociedad es ejercida por cuenta y en nombre de la razón social que detenta; hay responsabilidad societaria y personal de los profesionales intervinientes; existe un traslado de los derechos y las obligaciones que surgen de la relación profesional-cliente al ámbito de la sociedad; pueden constituirse sociedades multidisciplinarias, que, como cualquier tipo social, se inscribirán el registro público correspondiente.

En nuestro régimen está prevista la actuación de uno o más notarios en un mismo asunto, así como la coparticipación de honorarios, regulada por el artículo 23 del arancel.

Entendemos que en Uruguay sería conveniente regular y propiciar un sistema como el de España para aquellos casos que por su complejidad y urgencia ameriten un estudio técnico-profesional más complejo y de trabajo en equipo.

7.6. Límites a la libertad de elección del cliente

En este punto debe señalarse la importancia y la relevancia que adquieren la intervención y la participación del notario en los procesos verbales, las liquidaciones judiciales y los remates o ventas en subasta pública, donde puede apreciarse que la intervención notarial no solo está supeditada a la elección del cliente, sino que en muchos casos corresponde al Estado (Poder Judicial); entre otros, en el juicio expropiatorio para la concreción de obra pública, tramitado en vía judicial, a través de un procedimiento especial y con la finalidad de obtener la posesión urgente del inmueble objeto de expropiación (ley 3958, artículo 42), la que finaliza con la escrituración de ese inmueble a favor del Estado y el otorgamiento del acta de expropiación pertinente, realizada por un notario que reviste la calidad de funcionario público y hace ingresar el bien al dominio del Estado.

Existen otras situaciones en las cuales se solicita la intervención notarial por ley para el otorgamiento de la escritura de enajenación en un remate judicial o subasta pública. En estos casos, si bien el escribano autorizante de la escritura será el que designe el mejor postor —o quien lo suceda en sus derechos si no se otorga la escritura en el plazo fijado por la sede o no se es diligente en ello—, el tribunal competente revocará la designación y nombrará de oficio a otro escribano, conforme lo dispuesto en el artículo 387.7 del Código General del Proceso.

Sin perjuicio de lo enunciado, existen casos en los que la ley determina quién o cómo debe elegirse el notario (Reglamento Notarial, artículos 35 y 36 ya transcriptos).

7.7. Límites a la confianza

El notario debe abstenerse de atender todas solicitudes de su cliente, puesto que existe una obligación de negarse a prestar el servicio si su actuar contraría la ley; por ejemplo, en caso de posible blanqueamiento de capitales. Es necesario respetar la independencia y la imparcialidad del notario, quien debe redactar los actos sin atentar contra los intereses de ninguna de las partes.

El objetivo principal del notario es brindar seguridad jurídica a las transacciones, a los actos de voluntad de quienes se lo solicitan. La relación entre el cliente y el notario se sustenta en los pilares de la confianza y la seguridad, con rango constitucional.

La actuación del notario tiene como principio rector, entre otros, el de *legalidad*, lo que implica un análisis jurídico de la situación base de la intervención y, por ende, de la posición, la capacidad y la legitimación de los sujetos intervinientes. Esto conlleva también analizar la competencia del notario para actuar, ya que este se encuentra limitado para intervenir en determinados actos previstos especialmente o en forma excepcional cuando exista razón suficiente para excusarse de actuar.

El principio referido está estrechamente ligado al de *seguridad*, por el cual se ampara el interés legítimo y el derecho de quienes requieren la intervención del notario, quien procurará encontrar, para los casos que presenten dificultades, soluciones aptas que resuelvan los fines o provoquen los efectos perseguidos. De no ser posible esto, debe dejar de actuar por legítimo impedimento.

Sin perjuicio de lo relacionado, hay situaciones en las cuales el notario, en el ejercicio de su función recaudadora y fiscalizadora al servicio del Estado, comprueba situaciones que lo llevan a quebrantar el secreto profesional. En ese sentido, Uruguay, como muchos países, a partir de la ley 18494, de 2009, tiene, a través de la figura del notario, la obligación de ejercer la vigilancia de prevención del lavado de dinero y de la financiación del terrorismo. En el ejercicio de este control, el notario se convierte en inquisidor y auditor de los negocios y de las transacciones inmobiliarias que realicen sus clientes. Así, tiene una triple función: de *detección* de la posible operación de riesgo; de *análisis* de dicha operación para determinar si existe causa justificada y lícita que dé sentido a la operativa, y de *comunicación*, el reporte tanto de la operación como del proyecto que el cliente le pide que autorice.

7.8. Secreto profesional y la obligación de discreción del notario

El notario como conocedor de hechos y contratos que se otorgan ante él es el profesional capacitado para asesorar en áreas jurídicas. Es, sobre todo, *depositario de la confianza* de los terceros que comparten con él situaciones importantes de sus vidas e intimidades que exceden lo jurídico: temas familiares, temas patrimoniales, temas de afectos del corazón y temas que afectan la honra. Confían en el notario y saben de la reserva que este profesional debe cumplir. Ese vínculo que se establece trae implícito el secreto profesional que debe guardar el notario en el desempeño de su función.

Del notario se espera que actúe con prudencia, discreción y moderación, al decir de las antiguas constituciones imperiales de Bizancio que señalaban al «notario como hombre de singular prudencia, no hablador». La guarda del secreto profesional es inherente a la función notarial; es un principio ético que rige su actuar durante el ejercicio de la profesión e incluso posteriormente.

El notario actúa validado por el Estado y dentro de un plano muy visible. Se convierte en un servidor público no solo desde el lado de su deber con el soberano, sino también —y principalmente— con la comunidad, en razón de la conexión existente entre el rogante y el profesional, vínculo que se sustenta en la necesidad social de la verdad, en la existencia de un órgano para satisfacerla —el notariado— y en el recurso obligatorio que se le impone al individuo para dotar sus relaciones jurídicas de un marco de seguridad.

El pacto de confidencialidad está implícito con el cliente desde el momento en que requiere nuestros servicios, tanto sea en la fase primaria como en las posteriores de la función notarial. Nuestro derecho es una función plena: asesora, formativa y autenticante. Una consulta personal o incluso telefónica, donde se nos solicite información o asesoramiento, ya constituye función sin siquiera tener todos los detalles precisos del negocio proyectado.

El pacto de confidencialidad se encuentra regulado por normas supraposi-tivas que colocan al individuo por encima del marco legal, trasladándolo a la esfera de los valores subjetivos de los individuos. Se confía en el notario en virtud de su oficio; la violación del secreto profesional o la divulgación de lo conocido pueden ocasionar daños a los terceros, y por ese daño causado el notario deberá responder.

Es tarea del legislador elaborar parámetros que posibiliten objetivar conductas mediante mecanismos que pongan en marcha el principio de taxatividad, que involucre la precisión técnica en la descripción de las conductas punibles sin violentar los derechos fundamentales de los ciudadanos y sus garantías.

El actuar del notario está regido por el secreto profesional, decíamos, y encuentra su amparo no solo en las normas legales propias a su función, sino también en los principios fundamentales del individuo, reconocidos tanto en la Constitución de la República como en las declaraciones de Naciones Unidas y el Pacto de San José de Costa Rica. El tema no ha sido legislado hasta el momento por nuestro derecho positivo; no existe norma legal que lo contemple expresamente, aunque sí disposiciones que permiten su interpretación e integración para superar este vacío legal. La Constitución uruguaya, en su artículo 28, contempla el derecho de reserva al decir: «Los papeles de los particulares y su correspondencia epistolar, telegráfica o de cualquier otra especie son inviolables, y nunca podrá hacerse su registro, examen o interceptación sino conforme a las leyes que se establecieren por razones de interés general».

El secreto profesional implica una obligación de *no hacer*: no divulgar lo conocido (*discreción*), no exponer aquello confiado cuando se ha pedido expresamente sigilo (*secreto prometido* o *secreto confiado*).

El Código Penal regula el secreto profesional cuando establece, en su artículo 302: «El que sin justa causa revelare secretos que hubieran llegado a su conocimiento, en virtud de su profesión, empleo o comisión, será castigado, cuando el hecho causare perjuicio […]». La afirmación «sin justa causa» abre la puerta de los motivos por los cuales el notario se ve obligado a romper el secreto profesional, situaciones expresamente legisladas en las cuales será inevitable que otras personas tomen conocimiento de los hechos otorgados ante el notario; como ejemplos, una contratación instrumentada en escritura pública que deba ser inscripta en un registro público, documentación que el Poder Judicial intime al notario a presentar en juicio, el control de los registros notariales por parte de la Caja Notarial

de Seguridad Social, información que deba brindarse a la Dirección General Impositiva con fines fiscales y, por dar un ejemplo más, la cooperación con el Estado en la ley para la prevención del lavado de activos.

Es claro que la ley obliga al notario a vulnerar el secreto profesional en pos del bien general, pero a nuestro parecer, aplica una responsabilidad excesiva sobre el notario: lo obliga a realizar una función investigadora, de detective secreto, que lo compromete personal y profesionalmente.

Se espera del notario prudencia en su actuar, y al decir del Prof. Jorge Andregnette:[14] «Es prudente quien tiene la capacidad de discernir sobre la conveniencia o no de autorizar determinado instrumento y de proponer los medios idóneos, teniendo siempre en cuenta las circunstancias».

Pero el secreto profesional puede verse relativizado cuando hay necesidad de actuar con auxiliares como son los testigos, los firmantes a ruego, los intérpretes o los traductores. El notario solicitará con especial énfasis a los auxiliares actuantes que mantengan el sigilo, pero no dependerá en última instancia del notario el accionar de estas personas. Lo mismo ocurre con quienes trabajan con él: secretario, gestor, pasante, que toman conocimiento de los contratos autorizados por el profesional para registrarlos y presentarlos ante los organismos correspondientes para su control. En este caso, el notario también solicita y conmina a sus dependientes para que mantengan el sigilo de todo aquello que acontezca en la notaría, pero en este caso en particular, se considera que el notario es responsable por los hechos y dichos de sus dependientes, dado que es su deber elegir bien a sus colaboradores.

Más allá de la función notarial, existe una de carácter social que posiciona al notario como un profesional en quien se confían intimidades, temores, problemas familiares. Como profesional de confianza, el notario escucha con respeto y sin juzgar conductas, y con prudencia llega en algunos casos a dialogar sobre esos temas. No se trata de un asesoramiento profesional, sino de una tarea social que también es parte de su quehacer humano. Siempre busca dar paz y tranquilidad a quien lo consulta; es siempre el mediador. Como el sacerdote, el médico o el abogado, suele ser confidente de clientes o de terceros. Es parte de un principio de reserva absoluta que nos inviste.

El Código de Ética uruguayo establece:

> El escribano en ejercicio de su investidura está sujeto a los siguientes principios generales y normas concretas de deontología notarial: [...] 10) *Discreción*. Debe ser discreto en su quehacer profesional, revelando prudencia y moderación, y guardando estrictamente el secreto profesional.

14 Andregnette, Jorge, «La deontología notarial frente a los clientes, al colega y al Estado», XXII Congreso Internacional del Notariado Latino, Buenos Aires, 1998.

Por eso afirmamos que el secreto profesional es inherente a los deberes morales y éticos; es un principio rector de su ser que abarca su función y se extiende a su vida particular.

Consideramos que en nuestro país, los notarios valoran el secreto profesional como trascendente y de obligatorio cumplimiento. Podemos afirmar con legítimo orgullo que el notario demuestra siempre un celo especial y un estricto cumplimiento del secreto profesional, ejemplo de su intervención en, por ejemplo, materia testamentaria: es impensable que un notario divulgue o deje conocer el otorgamiento y el contenido de un testamento; solo dará información a los interesados cuando se le presente el testimonio de la partida de defunción del otorgante y se corrobore que los solicitantes tienen la legitimación que corresponde.

Todos los notarios deben ser cautos a la hora de informar y decidir con prudencia qué datos revelar y a quién.

Conclusiones

El notario ha surgido como una institución creada por la sociedad para asegurar y proteger la buena fe de las transacciones y los actos entre los hombres, producto de las relaciones entre ellos y en pos de mantener la paz social. Siempre ha estado ligado a la vida íntima de las personas y de su familia; ha acompañado los procesos de una sociedad jurídicamente organizada; fue testigo y registrador de hechos institucionales de los pueblos, como lo ha sido la fundación de las ciudades, y ha colaborado con el Estado en el cumplimiento de las leyes. Estas son algunas de las razones por las cuales se ha convertido en un tercero de confianza, profesional y competente por excelencia.

Con su consejo, prudencia, sagacidad, discreción y confidencialidad, el notario protege a los otorgantes que han depositado en él su confianza. Para garantizar los negocios o contratos que se celebren, armoniza los procedimientos y la técnica junto con la moral y los valores éticos. En ello reside la eficacia social del notariado que, a pesar de los cambios históricos, sigue siendo un agente confiable, aspecto esencial y motor que da vida a la función notarial.

Otra de las virtudes del notario es su rol de solucionador natural de conflictos entre partes, ya que da forma legal a las voluntades de las personas y busca prevenir disputas futuras. Para ello debe dedicar el tiempo necesario para escuchar con empatía a su cliente y, de esta forma, asesorar y brindar el mejor consejo legal que refleje su voluntad y proteja sus derechos y garantías. Es un agente que aporta eslabones a la cadena social, desde los más íntimos vínculos familiares hasta los más productivos negocios bursátiles. Para evitar que una parte pueda aprovecharse de otra más débil o menos experta, actúa como nivelador ante situaciones de desigualdad entre las partes, asesora con imparcialidad e informa qué alcance tiene el documento para así equilibrar derechos, intereses y obligaciones. Sin lugar

a dudas, es la figura que reúne las características idóneas para intervenir en el encauzamiento y la trazabilidad de los negocios privados.

Además de asesorar a las partes y recoger fielmente sus manifestaciones, debe buscar las soluciones que estime más justas y convenientes. Tal es así que si los otorgantes insisten en una posición, aunque sea lícita pero injusta para alguno de ellos, el notario puede denegar su intervención, lo que lo convierte así en juez de las relaciones jurídicas entre los particulares.

Uno de los mayores atributos de esta profesión es la facultad de crear normas entre particulares; hacemos «trajes a medida» para generar, siempre en un marco legal, soluciones específicas para cada situación. La fe pública es escucha, asesoramiento y, con el debido tiempo, creación de normativa contractual. El notario es un solucionador creativo que escucha, cataliza y crea con responsabilidad.

La responsabilidad es quizás el pilar más fuerte para la garantía notarial, ya que con su firma el notario responde ante la ley por la actuación que realiza. Por eso es necesario ser muy dedicado y detallista en la actuación; esta profesión no da margen para el ensayo. Quien elige ser notario debe concientizarse del beneficio y la carga que implica esa responsabilidad. La seguridad y la responsabilidad son atributos que se cristalizan en confianza.

Resulta difícil explicar los efectos de la labor notarial. La seguridad jurídica preventiva es algo abstracto, no es posible verla en una vidriera. Es como la salud: se valora cuando no se tiene. La intervención notarial debe considerarse una inversión presente y futura, ya que asegura la efectividad y la seguridad del negocio. El escribano ve lo que otros no ven.

Ante un mercado en permanente cambio, donde el modelo de sociedad se transforma, los notarios debemos responder con rapidez ante los desafíos de cada nueva realidad. A pesar de los cambios de paradigma y los avances tecnológicos, el notario ha sido y es figura importante del sistema social. Su eficiencia ha quedado demostrada: cinco mil años después, en una época con computadoras y satélites, continúan utilizándose sus oficios.

La globalización social, internet y las tecnologías de la información y de la comunicación han dado lugar a una cantidad casi ilimitada de posibilidades de intercambio de conocimiento y negocios para beneficio de la sociedad. No obstante, estos ámbitos son desconocidos en muchos aspectos; no son seguros para el ciudadano y tienen interlocutores cuya fiabilidad no está demostrada o carecen de la imparcialidad necesaria para constituirse terceros de confianza.

La tecnología se presenta de varias maneras ante nuestra profesión. Por un lado, impacta y reformula los procesos de trabajo para actualizar los modos en que esta se ejerce. El notario es un jurista cuya esencia en su función trasciende los soportes. En su momento ejerció su labor con el papiro y la pluma: hoy lo hace con el soporte notarial electrónico y la firma electrónica. Por otro lado, el mundo tecnológico también abre un abanico de oportunidades para el notariado como un vasto mercado inseguro. Por ello,

hoy más que nunca se necesita de la seguridad jurídica para enfrentar los desafíos que traen el consumo masivo, la interconexión mundial, la reforma de los Estados y, en definitiva, todas las implicancias de la llamada «aldea global». Esta es una realidad general que puede resultar abrumadora, pero que debe enfrentarse proactivamente para hacer sustentables y sostenibles los fundamentos de la profesión.

Para enfrentar estas nuevas realidades debemos cuestionar la formación profesional y promover una actualización continua. Tan importante como la formación académica es el desarrollo de otro tipo de habilidades, como la de comunicación, con un lenguaje llano, entendible, o el adaptar nuestros procesos para armonizarlos con la inminente e inevitable revolución electrónica. Pero por sobre todas las cosas, importa el compromiso con la sociedad, el aporte de soluciones de vanguardia para arraigar aún más la confianza pública y preservar así ese valioso y único patrimonio colectivo que nos ha distinguido desde siempre.

La esperanza reside en reforzar nuestra fuerza moral, propender a una mejor preparación profesional, tecnificar la profesión, aportar soluciones creativas a los cambios sociales y aceptar en forma positiva los desafíos que se presenten. Debemos ser leales con nosotros mismos, no quebrarnos en el camino y honrar la elección de ser notarios.

No debemos olvidar nunca que la relación entre el cliente y el notario se sustenta en pilares de confianza y seguridad. El notario, como profesional de confianza, conocedor de hechos y contratos que se otorgan ante él, es el profesional capacitado para asesorar en áreas jurídicas y, sobre todo, es el depositario de la confianza de los terceros que comparten con él momentos importantes de sus vidas e intimidades que exceden lo jurídico. Confían en él a sabiendas de la reserva que este profesional debe cumplir, y se espera de él que actúe con prudencia, discreción y moderación. Si actuamos con responsabilidad y brindamos seguridad a nuestros clientes, construiremos vínculos de confianza que se capitalizarán en relaciones de fidelidad.

No hay un precio para la confianza, pero primero debemos construirla.

Doctrina

La tensión entre la propiedad y el uso y goce en las cooperativas de vivienda: la partición[1] [2]

por Enrique Malel

Resumen

En las cooperativas de vivienda de uso y goce existen ámbitos de análisis que no están resueltos y que generan tensión entre los derechos de propiedad de las partes sociales y las preferencias en el uso y goce de la unidad. El caso de la partición es uno de estos ámbitos, pues los herederos de una cuota indivisa que no ejercen la ocupación —por no hallarse en las condiciones legales o por haber satisfecho la necesidad de habitación— tienen, efectivamente, derecho a salir de la indivisión y a recibir la participación económica competente.

Se intenta coordinar las disposiciones de las leyes cooperativas con el Código Civil en cuanto a las acciones de las que están dotados unos y otros, ya que todos son herederos del socio fallecido y deben recibir respuesta del orden jurídico aplicable.

Sumario

1. Presentación. 2. Situación de los herederos del socio. 3. Preferencia en la ocupación de la unidad. 4. Relaciones entre propietarios de partes sociales y usuarios. 5. Designación de socio titular. 6. El socio titular no es cesionario de partes sociales de los coherederos. 7. El remate de las partes sociales no es viable. 8. Derecho a salir de la indivisión. 9. Revo-

1 Este estudio toma por base la ponencia del autor «La partición de la herencia cuando la indivisión está integrada exclusivamente por partes sociales cooperarias», presentada en el III Seminario Nacional de Derecho Cooperativo, Montevideo, 8 jun. 2018, organizado por Cudecoop.

2 El art. 121 del decreto 183/018, de 15.6.2018, deroga *in totum* y de forma expresa el decreto 198/012, reglamentario de la ley 18407.

cación de la designación de representante ante la cooperativa. 10. Conclusión. 11. Bibliografía.

1. Presentación

Apenas se ingresa al estudio del derecho cooperativo —y en especial, al de las cooperativas de viviendas de usuarios— se percibe la necesidad de relacionarse con el derecho de dominio diseñado por el Código Civil, de tipo romano, individualista, egoísta, aquel en el que uno puede destruir la cosa si le conviene o le parece.

A criterio del autor, ya es tiempo de reformar ese concepto de propiedad por otro de naturaleza social y solidaria.

Dicho esto, mientras no se reforme la Carta magna, no se podrá aplicar sino el que considera a la propiedad individual como «sagrada» y otras expresiones semejantes.

Un espacio en el que una y otra concepción se encuentran, tímidamente, es el de las cooperativas de vivienda de usuarios, en las cuales la propiedad es colectiva y el uso y goce es asociativo, y se deben regir en primer lugar por el derecho cooperativo. En ausencia de regulación, deben hacerlo por las normas comunes en ocasión de sucesos propios del derecho civil, como la muerte de uno de los socios y, en especial, el fenómeno de la partición cuando en la herencia queda un solo bien (las partes sociales en indivisión entre varios coherederos), a la vez que debe regularse la situación de los integrantes del núcleo familiar y la preferencia en la continuidad del uso y goce en la unidad de vivienda.

2. Situación de los herederos del socio

A partir de la muerte del socio, la ley prescribe que los herederos, en su totalidad, habrán de decidir si continúan en la cooperativa o se retiran de ella, lo que en puridad se trata de una rescisión parcial del acto cooperativo asociativo; esto es, todos deben consentir si continúan en la cooperativa o no, y en este último caso, si deciden retirarse y percibir el reembolso del valor económico de las cuotas sociales, a las que todos tienen derecho, tal cual lo edicta el derecho sucesorio.

De acuerdo al artículo 75 del decreto 183/018,

> en caso que los herederos no hicieran uso de las opciones previstas en el artículo 141 de la ley [18407] en el plazo fijado, el Consejo Directivo quedará legitimado para iniciar las acciones judiciales tendientes a la recuperación de la vivienda para la cooperativa.

De este modo, dispone de un año para definir este punto, y cada uno de los miembros del consejo tiene un voto, el que podrá usar a favor de permanecer o de vetar la permanencia y decidir retirarse.

A partir del deceso del causante-socio, en cualquier caso, se tienen herederos en un mismo pie de igualdad y con mismo derecho a la cuota hereditaria, y cuando en el patrimonio relicto se incluyen partes sociales cooperarias, todos tienen derecho al valor de reembolso de estas en su traducción monetaria.

3. Preferencia en la ocupación de la unidad

En caso de fallecimiento, tienen preferencia por seguir en la ocupación de la vivienda aquellos que ya integraban el núcleo habitacional y quienes vengan a integrarlo autorizados por el consejo directivo si la capacidad locativa de la unidad así lo permite.

Es correcto que quienes ya convivían con el causante sigan en esa ocupación —y que quienes puedan integrarse lo hagan—, pero esto es cosa distinta del dominio y así debe advertirse para este análisis, pues habrán de permanecer si todos los herederos deciden continuar en la cooperativa, y no emerge de la legislación vigente ningún instituto que permita ejercer esa preferencia en la ocupación por sobre el derecho de propiedad.

La calidad de heredero es requisito necesario para permanecer en la vivienda.[3] También que el sucesor se encuentre en las condiciones previstas en el estatuto; básicamente, las situaciones de relevancia institucional, esto es, no tener intereses contrarios a la cooperativa, no tener solucionada su situación de vivienda, tener solvencia moral y poder afrontar obligaciones pecuniarias. Podría debatirse y obviarse la condición de pertenecer a determinado gremio, por ejemplo, pues este asume la propiedad *iure hereditatis*, y sería complejo prohibirle que pueda ejercer el derecho de permanecer en la vivienda, que le otorga su calidad de propietario, por faltarle esa calidad.

El decreto reglamentario de la ley general de cooperativas[4] señala que tendrán preferencia en el uso quienes constituían el núcleo familiar con el causante, así como quienes se agreguen si la capacidad locativa lo permite, y establece que «entre ellos» designarán al socio titular, en expresión

3 De faltar la calidad de heredero, la cooperativa debe exigir que se realice un negocio jurídico que habrá de importar la transferencia de partes sociales si media aceptación expresa del nuevo socio, pues las unidades de vivienda no pueden arrendarse o cederse a ningún título.

4 «La solicitud correspondiente se presentará ante el Consejo Directivo en la forma y condiciones establecidas en el estatuto. El núcleo familiar que convivía con el causante tendrá derecho preferente para seguir ocupando la vivienda, pudiendo el Consejo Directivo autorizar la incorporación de otros herederos, siempre que la capacidad locativa de la vivienda así lo permita. [=] En caso que los herederos no hicieran uso de las opciones previstas en el artículo 141 de la ley [18.407] en el plazo fijado, el Consejo Directivo quedará legitimado para iniciar las acciones judiciales tendientes a la recuperación de la vivienda para la cooperativa. [=] Estas reglas serán aplicables, asimismo, al caso del socio que fallece sin haberle sido adjudicada la vivienda».

que no se tiene el honor de aceptar en cuanto sobrepuja la legislación que viene a reglamentar.

4. Relaciones entre propietarios de partes sociales y usuarios

Desde que no van a concurrir todos los propietarios indivisos de partes sociales a ejercer los derechos políticos, el cúmulo de titulares debe designar a uno que actúe en representación de esa sucesión, que ejerza los derechos de participación democrática, lo que no implica disponer de los derechos económicos de la comunidad. Esta designación se halla prevista por el artículo 141 de la ley 18407, no modificada en esta parte por la ley 19181, y se apoya en el Código Civil; según el referido artículo, a cuyo tenor literal no parece haber discusión posible,

> los herederos [todos] podrán optar por continuar en el uso y goce de la vivienda, en cuyo caso subrogarán al causante en todos sus derechos y obligaciones, debiendo designar [todos] a uno de ellos como socio titular o por retirarse de la cooperativa, recibiendo el valor de sus partes sociales.

Es interesante que se utilice la expresión «subrogarán al causante en todos sus derechos y obligaciones», económicos y sociales, pues, precisamente, se trata de colocar a los herederos «en el lugar de» aquel en sus relaciones jurídicas con la cooperativa, decisión que adoptan *todos* los herederos. Pero como todos ellos no habrán de movilizar al mismo tiempo los recursos del estatuto —concurrir a la asamblea, votar y demás—, la ley decide que *todos* nombren a uno que asumirá la representación de la masa. De ese modo, el cien por ciento de los subrogantes deciden permanecer o retirarse de la cooperativa y percibir el valor de las partes sociales, porque la propiedad adquirida por el modo sucesión los autoriza a ejercitar sus poderes y facultades propios del dominio.

5. Designación de socio titular

Una vez despejada la hipótesis de permanecer en la cooperativa, con el voto de todos los herederos, deben designar de entre ellos un socio titular que actuará en representación de todos, lo que resulta normal en cuanto no todos van a asistir a la asamblea o integrar los órganos sociales.

En este aspecto, que es normal para actuar en el ámbito de la persona jurídica y que refiere a la «designación de un representante», nace la opción de la revocación, pues todo apoderamiento es revocable, y todos y cada uno de los coherederos tienen el derecho a vetar al similar que los representa ante los órganos sociales.

Ahora bien, el decreto reglamentario establece algunas pautas que se alejan del texto legislativo —aunque el propósito pueda ser moralmente

bueno— al establecer quiénes son los que hacen tal designación (decreto 183/018, art. 75):

> (Fallecimiento del socio). En caso de fallecimiento de un socio, sus derechos y obligaciones de contenido patrimonial pasarán a los herederos.
>
> Las personas que convivían con él constituyendo su núcleo familiar, así como los herederos que pasen a formar parte del mismo, propondrán, de común acuerdo, aquel de entre ellos que ha de asumir la calidad de socio titular en representación del resto, en un plazo no mayor al año de acaecido el fallecimiento referido.

De acuerdo al decreto reglamentario, que excede la legislación, los no integrantes del núcleo sufrirían *pasivamente* la imposibilidad de designar al socio titular «en representación del resto». El autor no comparte esta consecuencia emergente del decreto, ya que la modificación en tal sentido requiere ley, y no basta con la reglamentación, se reitera, por mejores propósitos que persiga.

A la muerte del causante, todos sus herederos quedan en situación de paridad, y si unos «prefieren en la ocupación», ello no puede determinar que sean únicamente estos quienes decidan «por el resto» de la masa quién será su representante, y que por vía oblicua, los restantes asistan al decisorio mirando desde la puerta, mientras los restantes permanecen en el interior, usando y gozando la vivienda cuyas partes sociales están en indivisión y, por ende, pertenecen a todos.

6. El socio titular no es cesionario de partes sociales de los coherederos

El socio designado «en representación» de la masa indivisa asume la calidad de representante que puede ser revocado si existe disconformidad con su actuación, ya sea por falta de rendición de cuentas o por incumplimiento de sus obligaciones, pues aquí también se engloba el ejercicio de un derecho sustancial: nadie está obligado a tener vigente un apoderamiento y puede dejarlo sin efecto en cualquier momento.

Asimismo, debe quedar claro que el socio que asume como representante de todos no deviene en único titular de las partes sociales, pues no hay cesión de partes sociales (salvo que así se pacte expresamente). Aquí nuevamente colisionan el derecho de propiedad y el derecho de los usuarios, que, como se dijo, no están habilitados para designar al representante de todos, pues por sí carecen de plena legitimación y, además, por cuanto el representante no adquirió el dominio de las partes sociales conforme a las formas previstas en el derecho civil.

Si el socio titular y representante quiere comprar, permutar o recibir las partes sociales por donación, pues debe obtener el título y el modo de adquisición, y recién en ese momento será el único dueño de las partes sociales. Mientras tanto, no opera como tal, y en las decisiones que lleve

a los órganos sociales debe consultar o al menos conformar la voluntad de todos los herederos, pues aquel no se transforma por esa designación en único titular del dominio.

Por ende, el decreto reglamentario, cuando refiere a que el valor de las compensaciones económicas del que se retira lo debe pagar el «nuevo socio»,[5] no puede referirse al socio representante, ya que este no es el único deudor: habrá de serlo cuando adquiera las partes sociales. Mientras tanto, será representante, pero no dueño.

Ergo, debe existir *acuerdo* de los involucrados en los derechos de dominio sobre las partes sociales que le adjudican la disyuntiva de subrogarse al causante y permanecer o retirarse de la cooperativa, siendo imposible la partición judicial, que finalizará necesariamente en un remate, si es que las referidas —como suele ocurrir— son el único bien integrante del acervo.

7. El remate de las partes sociales no es viable

De no acordarse entre todos los coherederos, no puede pedirse la partición cuando la indivisión está integrada exclusivamente por partes sociales, pues el procedimiento se resume en el remate de los bienes cuando no admiten cómoda división, y no es admisible el acto de remate en este caso, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 78 de la ley de sociedades comerciales.

Desde antaño, la doctrina sostiene que las partes sociales de una cooperativa no pueden rematarse[6] en mérito a la calidad que reviste este tipo de asociación de personas, esto es, al interés por las cualidades personales del socio, aspecto que fue recogido por sólida jurisprudencia.[7]

En la Ley Cooperativa no está regulado el punto, por lo cual debe recurrirse a las disposiciones de la ley de sociedades comerciales —específicamente, el art. 78—, en las cuales la solución está expresamente contemplada.

El Dr. Carlos López Rodríguez señala:[8]

> Las sociedades constituyen personas jurídicas con un patrimonio propio e independiente de los respectivos patrimonios de sus socios. Por esta razón,

5 Decreto 183/018, art. 75, penúltimo inciso: «[…] Los herederos que no integraren el núcleo familiar que prosigue en uso y goce de la vivienda, recibirán las compensaciones correspondientes a su cuota parte en el acervo sucesorio, las que serán de cuenta del *nuevo socio* y no de la cooperativa […]». El destacado es nuestro.

6 *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, n.º 4 (1996), p. 635; *Revista Judicatura*, n.º 34, pp. 125 y ss.; *Revista de Derecho Comercial y de la Empresa*, nº 47-48 (1988), p. 88; González Chiappara, Miguel, en *Revista de Derecho Comercial y de la Empresa*, n.º 57-58 (ene.-jun. 1992), p. 51, entre otros destacados trabajos doctrinarios.

7 A vía de ejemplo, Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 3.er Turno, sent. n.º 8, de 18.2.1998, confirma sentencia del Juzgado Letrado de Primera Instancia de Canelones n.º 1285/1996, Dr. Larrosa.

8 López Rodríguez, Carlos E., *Embargo de las participaciones sociales*, en ‹http://www.derechocomercial.edu.uy/SociedadSociosResponsabilidad01.htm›. Destacados nuestros.

los acreedores de un socio no pueden actuar contra los bienes sociales. En este terreno opera, en todo su vigor, la separación de las personalidades del socio y de la sociedad, y el principio de «conservación del negocio societario», que tiende a preservar la vigencia del contrato social generador de un nuevo centro de imputación diferenciada.

Las participaciones sociales, en cambio, constituyen bienes que, en tanto integran el patrimonio del socio deudor, están sujetas a las acciones de los acreedores. El artículo 78 de la ley 16060 (LSC) autoriza el embargo de las participaciones sociales. No obstante, cabe advertir que la posibilidad de embargar y, luego, de ejecutar las participaciones sociales no es irrestricta. Las particularidades del régimen societario han impulsado al legislador a restringir el derecho de los acreedores a realizar forzadamente las participaciones sociales que integran el patrimonio de su deudor. Las limitaciones al principio de que el patrimonio del deudor es la prenda común de sus acreedores aparecen, especialmente, a la hora de efectivizar el embargo. *La ejecutabilidad de una participación social depende del tipo social de que se trate*.

El remate de una participación le otorgaría al mejor postor el status del socio deudor. La sustitución de un socio por otro contraría la esencia de las sociedades de tipo personal. En dichos tipos sociales, el elemento personal es tan importante que se exige el consentimiento unánime de los socios para la transmisión de la participación. Si se permitiera el remate de las partes de interés, se introduciría un sujeto extraño sin el consentimiento de los socios restantes.

Esto explica que la LSC no admita que el acreedor embargante de una parte de interés solicite el remate de la propia participación embargada. El inciso 1.º del artículo 78 de la LSC pretende excluir la posibilidad de que el acreedor pueda solicitar la ejecución de una parte de interés, como conjunto de derechos y obligaciones que pertenecen a la esfera jurídica de su deudor.

Entonces, a diferencia de lo que ocurre con las sociedades anónimas o en las sociedades de responsabilidad limitada, en las cuales puede procederse al remate de partes sociales o de acciones, en el caso de la sociedad colectiva —y por ende, en la cooperativa, que es la más semejante en el género— podrá embargarse la parte social, pero no puede procederse al remate,[9] pues la ley contempla en particular la base subjetiva de la institución y la importancia que se le adjudica a las condiciones personales de cada integrante.

La cooperativa es una empresa democráticamente organizada y que tiene por cometido satisfacer necesidades de sus miembros. En ella interesan las condiciones personales del socio, y este no puede tener satisfecha su necesidad de vivienda con anterioridad, de modo que si el sujeto ya es

9 Rippe, Siegbert, «De la inejecutabilidad de las partes sociales de las cooperativas y de las oportunidades procesales para su tratamiento por el tribunal», *Revista Uruguaya de Derecho Procesal,* 1 (1998), p. 72.

propietario, no tendrá derecho a ingresar a la cooperativa; por ello, se le negará el ingreso si tiene intereses contrarios al cooperativismo, carece de antecedentes morales habilitantes o no tiene un trabajo rentado que le permita cancelar las partes sociales a que se obligue, todo lo que preceptivamente debe examinar el consejo directivo antes de admitir a un postulante como socio. Sobre el punto, en nota de jurisprudencia, se expresó el autor y sostuvo que no es admisible el remate de partes sociales,[10] por lo que no podría pedirse la partición judicial, en cuanto el destino natural de dicho proceso será el remate de los bienes para repartirse su producido.

8. El derecho a salir de la indivisión

En consecuencia, si en la masa indivisa solo existieran partes sociales de una cooperativa de usuarios, como es bastante usual, no se reembolsaría el valor económico a los herederos no usuarios y tampoco podría rematarse la citada participación social; entonces, la indivisión continuaría sin solución a la vista y se generaría un desequilibrio económico-jurídico.

El artículo 1115 del Código Civil, que rige para todas las indivisiones[11] y donde no media excepción para el derecho cooperativo, establece que los coindivisarios podrán pedir siempre la partición, cualquiera sea la prohibición que pudiese haber dispuesto el causante en el testamento o el pacto en contrario al que se hubiese llegado, situación esta que bien podría incluir el acuerdo de continuidad en la cooperativa.

En su mérito no existe norma jurídica que pueda impedir que el coheredero reclame su cuota si en un tiempo prudencial no le es reembolsada, pues dicho pacto tiene la virtud de legitimar la continuidad en la cooperativa, hasta que los herederos —cualquiera de ellos— decidan otra cosa, como lo podría haber hecho el causante. Pero ese consentimiento no fue dado sin límite temporal ni para actuar en contra de sus intereses, por lo que hallándose «subrogado» en los derechos del causante, puede, cualquiera de los sucesores, en cualquier momento, decidir retirarse de la cooperativa: nadie está obligado a seguir en indivisión por toda la vida y sin límite temporal a la vista, porque ese es el sentido de la disposición antes citada.

Por tanto, el heredero que no es ocupante del bien y decidió continuar en la cooperativa puede, como podría haberlo hecho el causante, en cualquier momento —conforme al principio de puertas abiertas que rige las cooperativas—, cambiar su opción y retirarse de ella, ya que la designación que debió hacer de acuerdo a la ley refería a socio representante; no cedió

10 Nota de jurisprudencia del autor: «Es contrario a derecho el remate de las partes sociales de una cooperativa», *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, tomo 97, n.º 7-12 (jul.-dic. 2011), p. 377.

11 Art. 1115 del Código Civil: «La partición de la herencia podrá siempre pedirse, cualquiera sea la prohibición del testador o el pacto que haya en contrario».

sus partes sociales y, por tanto, no salió de la indivisión, a lo que tiene derecho.

9. Revocación de la designación de representante ante la cooperativa

La designación del socio titular/representante —entre todos los herederos— no puede ser dada sin la consiguiente facultad de revocar, ya que nadie puede obligarse sino para obra determinada o por plazo cierto (por analogía, arts. 1836[12] y 1782[13] CC). Si no se ha fijado un plazo a los ocupantes para el pago de las partes sociales y para desinteresar a los restantes dueños, se impone analizar las acciones de que estos se encuentran dotados para el ejercicio de sus derechos.

La calidad de representante, en general, es revocable, y no existe en el caso una excepción, ni siquiera cuando en el propio negocio de apoderamiento se hubiese expresado lo contrario, y en cualquier caso, puede llevarse a efecto la revocación del negocio unilateral legitimante.

En el caso de haberse designado un heredero que asuma la calidad de socio en nombre de todos, el que obviamente debe producirse por el consentimiento de la unanimidad de los titulares de cuotas indivisas emergentes de la sucesión del causante, estos gozan, cada uno, de la misma posibilidad de revocación,[14] desde que el designado, amparado en la imposibilidad de partir la herencia mediante remate, como se expresó, no abonaría la compensación a los coherederos *sin consecuencias jurídicas a la vista*.

Una vez revocada la designación por cualquiera de los poderdantes, que legitimaba al coheredero en la representación de los coindivisarios ante los órganos sociales, quedaría configurada la situación previa, esto es, que todos los herederos asumen, nuevamente, la opción consagrada por la ley: continuar en la cooperativa o retirarse de ella. De no hacerse la nueva designación en el plazo de un año a partir de la revocación, la cooperativa iniciaría el desalojo contra los habitantes de la finca a fin de recuperar la vivienda y proceder a la devolución del valor de las partes sociales a todos los herederos.

12 Art. 1836 del Código Civil: «Nadie puede obligar sus servicios personales, sino temporalmente o para obra determinada».

13 Art. 1782 del Código Civil, inc. 1.º: «El arrendamiento no puede contraerse por más tiempo que el de quince años. El que se hiciere por mayor tiempo quedará concluido a los quince años».

14 Art. 2092 del Código Civil: «Cuando el mandato fue constituido por dos o más mandantes para un negocio común, cada uno de ellos, sin dependencia de los otros, puede revocarlo por su parte».

10. Conclusión

De acuerdo a los desarrollos anteriores, a juicio del que escribe, se extraen las siguientes conclusiones:

a. Los herederos subrogan al causante en la decisión de continuar o retirarse de la cooperativa.
b. Deben adoptar esta resolución por unanimidad, dado que cualquiera tiene derecho de veto.
c. Para actuar en los órganos de la cooperativa, deben designar un socio representante.
d. Este representante no adquiere la calidad de único dueño de las partes sociales, salvo que así se pacte expresamente y exista título y modo de adquirir.
e. Es diferente la titularidad de las partes sociales a la cuestión de quiénes prefieren en la continuación en el uso y goce de la vivienda.
f. El Código Civil habilita a solicitar la partición cualquiera sea la prohibición dispuesta por el testador o el pacto en contrario, ya que la indivisión es un estado del que las partes tienen derecho a salir.
g. Si es el único bien en el patrimonio indiviso, no puede procederse al remate judicial de partes sociales entre particulares.
h. El socio que no es ocupante de la vivienda puede revocar la designación de representante por su parte, sin dependencia de los otros herederos.
i. El sucesor que no es resarcido en tiempo prudencial tiene facultad para decidir el retiro de la cooperativa, pues, como subrogante del causante, puede poner en juego el principio de puertas abiertas.
j. Al decidir retirarse de la cooperativa, coloca a la indivisión en la situación previa a la decisión, y se dispone de un año para lograr un nuevo acuerdo. En caso de no lograrse este y no ser resarcido aquel, la cooperativa puede iniciar las acciones legales para recuperar la vivienda y devolver el valor de las partes sociales.

11. Bibliografía

López Rodríguez, Carlos E., *Embargo de las participaciones sociales*, en ‹http://www.derechocomercial.edu.uy/SociedadSociosResponsabilidad01.htm›.

Revista de Derecho Comercial y de la Empresa, nº 47-48 (1988).

Revista de Derecho Comercial y de la Empresa, n.º 57-58 (ene.-jun. 1992).

Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay, tomo 97, n.º 7-12 (jul.-dic. 2011).

Revista Judicatura, n.º 34.

Revista Uruguaya de Derecho Procesal, n.º 4 (1996).

Rippe, Siegbert, «De la inejecutabilidad de las partes sociales de las cooperativas y de las oportunidades procesales para su tratamiento por el tribunal», *Revista Uruguaya de Derecho Procesal,* 1 (1998), pp. 69-74.

Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 3.er Turno, sent. n.º 8, de 18.2.1998.

El derecho humano a participar con base igualitaria en la vida civil y la imparcialidad activa notarial como herramienta idónea para que pueda efectivizarse

por Juan Pablo Villar

Resumen

En este trabajo se parte de una filosofía que consiste en que el escribano es un colaborador en la producción del derecho justo para el caso concreto, y para que este se produzca, es presupuesto que las partes se encuentren en condiciones de igualdad para negociar.

Ello se vincula de manera directa con el derecho humano a participar con base igualitaria con los demás en la vida civil, el cual se analiza a través de los principios de igualdad y de igualación.

La aplicación de estos principios requiere considerar aquellas diferencias que existen entre las personas y que justifiquen un diverso tratamiento. En ese sentido, se trata la situación de vulnerabilidad de personas capaces como fuente que justifica un diverso tratamiento.

Los principios mencionados repercuten en la actividad asesora del escribano, y se encuentra en la imparcialidad activa notarial una herramienta idónea para efectivizar el derecho humano a la participación con base igualitaria en la negociación civil.

Sumario

1. La colaboración del escribano en la producción del derecho justo para el caso concreto. 2. El derecho humano a participar con base igualitaria en la vida civil; el principio de igualdad y el principio de igualación. 3. Distinción entre incapacidad de obrar y vulnerabilidad de personas capaces. 4. Distinción

entre el juicio notarial de capacidad y la valoración notarial de la vulnerabilidad de las personas. 5. La imparcialidad activa del notario ante personas vulnerables como concretización del principio de igualdad y de igualación. 6. Conclusiones. 7. Bibliografía.

1. La colaboración del escribano en la producción del derecho justo para el caso concreto

El *derecho*, en una de sus acepciones, puede conceptualizarse como un conjunto de valores y fines que la sociedad pretende promover y lograr a través de la creación y aplicación de un sistema normativo con características propias.

Un valor esencial para el derecho es la libertad de las personas dentro de los límites del interés general (Constitución, art. 7.º), y para que pueda desarrollarse, el ordenamiento reconoce el principio de autonomía privada, que consiste en la potestad de los sujetos de regular sus propios intereses.

La principal herramienta que tienen las personas para ejercer esa potestad es el negocio jurídico. A través de él, los sujetos crean normas[15] que ingresan al sistema normativo y que regularán sus conductas; por eso, literalmente, podemos afirmar que las personan intervienen en la producción del derecho.

El requerimiento de la intervención notarial para la autorización de una escritura pública que registre un negocio jurídico pone en marcha un conjunto de actos que el profesional debe realizar.

El escribano comienza por recepcionar la voluntad de las partes, la interpreta, brinda información sobre el derecho vigente a aplicar, asesora, aconseja, valora la legalidad del acto, configura el negocio jurídico, lo traduce documentalmente, realiza actos de dación de fe de determinados hechos, autoriza la escritura, expide copias, etcétera.

La voluntad del otorgante, cuando llega a la escribanía, muchas veces es *incompleta*, porque solo comprende los aspectos esenciales; *imprevisora*, porque no toma en consideración situaciones que pueden suceder, o *errónea*,

15 Cafaro, Eugenio B., y Carnelli, Santiago, *Eficacia contractual*, Montevideo: FCU, 2.ª ed., 2003, p. 13: «Conformar el contrato supone generar una norma». Caffera, Gerardo, *Una teoría del contrato. Las condiciones de racionalidad de la negociación normativa privada*, Montevideo: FCU, 1.ª ed., 2008, p. 33: «El contrato (o cualquier otro negocio normativo) no es en sí mismo una norma, sino que es la causa de ingreso al sistema de una norma jurídica».

por ignorancia de situaciones de hecho o de derecho.[16] Por eso, la recepción de la voluntad de las partes es el primer paso. Pero luego, el escribano debe guiarla, porque este no toma declaraciones como un receptor en una audiencia judicial, o como un taquígrafo en una sesión del Parlamento o en una conferencia, sino que debe alumbrar la voluntad del otorgante.[17]

El notario, fundamentado en sus conocimientos jurídicos y apego a la ética notarial, guía la voluntad de los otorgantes mediante la información, el asesoramiento y el consejo hacia la creación de la norma jurídica adecuada. Se aprecia en ello la función creadora de derecho del notario, que, como ha escrito Molla,[18] es de lo más trascendente en su calidad de magistrado de la jurisdicción voluntaria.

¿Y cómo debe ser esa norma a la cual se dirige el escribano cuando guía y alumbra la voluntad de los otorgantes? Para responder a esta pregunta es oportuno recordar que Vallet de Goytisolo[19] enseña que una de las claves de la función notarial se halla en saber captar el sentido del derecho, que, según sostiene, es el sentido de lo justo; en ese aspecto, el notario busca la solución más justa para el caso concreto al aconsejar a los otorgantes que la adopten.

La idea de «solución justa» nos conecta con el valor *prudencia*. Cosola[20] ha explicado que desde Roma se enseña que los prudentes eran hombres de derecho que tenían aptitud para investigar cuál era la solución justa para cada caso concreto; sostiene que la prudencia notarial se aplica en el ejercicio de los deberes éticos notariales de información, asesoramiento y consejo, así como en la argumentación notarial del derecho a partir del adecuado ejercicio de la imparcialidad e independencia, todo en relación directa con el principio de *legalidad*.

La búsqueda de la solución justa se corona con la configuración del negocio jurídico que, según Vallet de Goytisolo,[21] «hace de los notarios unos artífices del derecho vivo en la práctica del arte de lo justo». En términos

16 Conf. Vallet de Goytisolo, Juan B., «La determinación del derecho», *Manuales de Metodología Jurídica*, III, Fundación Cultural del Notariado, 2004, p. 241.

17 Vallet de Goytisolo, Juan B., o. cit., p. 241: «La actividad del notario es, como muchas veces se ha dicho, una "mayéutica" tendente a alumbrar la verdadera voluntad de las partes; incluso aquella "triste" voluntad de las partes de que hablaba Satta, pero solo lo que es su verdadera voluntad».

18 Molla, Roque, «La interpretación y aplicación del derecho como manifestación de la función notarial creadora del derecho», *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, tomo 87, n.º 7-12 (jul.-dic. 2001), p. 235.

19 Vallet de Goytisolo, Juan B., o. cit., pp. 257 y 259.

20 Cosola, Sebastián J., *La prudencia notarial: vigencia del pensamiento de Juan Berchmans Vallet de Goytisolo*, Pando, San Miguel: Gaceta Notarial, 2014, pp. 109 y ss.

21 Vallet de Goytisolo, Juan B., o. cit., p. 244.

más concretos, Cosola[22] ha expresado que se trata de crear el derecho justo en el instrumento notarial.

Admitido ello, vale preguntarse: ¿qué es lo justo? Determinar en qué consiste la justicia material es uno de los temas más polémicos que ha tratado la filosofía, y no existe consenso al respecto. Sin embargo, se suele aceptar una noción de justicia formal brindada por Aristóteles —según suele invocarse— al expresar que lo justo es tratar igual lo que es igual, y lo diferente, en proporción a su diferencia; esto nos conecta con el principio de *proporcionalidad*, que según Larenz,[23] es un principio del derecho justo que deriva inmediatamente de la idea de justicia y que se concreta en la búsqueda de la moderación, la medida justa, el equilibrio y la prohibición de excesividad. Este equilibrio también se aprecia en el pensamiento de Rawls[24] cuando sostiene que las instituciones son justas si las reglas producen un equilibrio significativo entre las pretensiones concurrentes para el bien de la vida social.

Adhiero a la filosofía notarial referida y considero que el destino que debe procurar abordar el escribano cuando guía la voluntad de los otorgantes es la configuración de un negocio jurídico que produzca el derecho justo para el caso concreto dentro del marco de la legalidad.

El escribano debe actuar con prudencia, esto es, analizar cuál puede ser la solución proporcional a los fines buscados y equilibrada para el caso concreto, desde su perspectiva imparcial e independiente, para luego, fundamentado en una adecuada argumentación ético-jurídica,[25] brindar un consejo con la finalidad de lograr guiar la voluntad de las personas hacia la configuración de un negocio jurídico que produzca, dentro del marco de la legalidad, según sus conocimientos y experiencia, el derecho justo para esa situación.

La creación del derecho justo presupone que las partes se encuentren en iguales condiciones para negociar, lo cual nos conduce hacia el análisis del derecho humano a participar con base igualitaria en la vida civil, del principio de igualdad y del de igualación, así como sus repercusiones en la función notarial.

22 Cosola, Sebastián J., disertación en Seminario de Deontología Notarial, 14 jun. 2016, Colegio de Escribanos de la Provincia de Córdoba, en ‹https://www.youtube.com/watch?v=NsKtJueVZko›.

23 Larenz, Karl, *Derecho justo. Fundamentos de ética jurídica*, Madrid: Civitas, 1985, p. 145.

24 Citado por Larenz, Karl, o. cit., p. 48.

25 La visión del escribano es ética, porque debe valorar qué es lo justo, y jurídica, porque su valoración debe efectuarse dentro del marco de la legalidad.

2. El derecho humano a participar con base igualitaria en la vida civil; el principio de igualdad y el principio de igualación

La Declaración de Principios para la Igualdad de 2008 expresa:

> El derecho a la igualdad es el derecho de todos los seres humanos a ser iguales en su dignidad, a ser tratados con respeto y consideración, y a participar con base igualitaria con los demás en cualquier área de la vida civil, cultural, política, económica y social. Todos los seres humanos son iguales ante la ley y tienen derecho a una misma protección y garantía ante la ley.

De las diversas expresiones del derecho a la igualdad me centraré en el derecho a participar con base igualitaria con los demás en la vida civil, y para su análisis me referiré al principio de *igualdad* y al de *igualación*.

Guastini[26] sostiene que la *igualdad* en los derechos puede ser concebida como una norma —el principio de igualdad— o como el contenido de un derecho subjetivo. El principio de igualdad prohíbe la discriminación en la distribución de derechos y las obligaciones. La igualdad como contenido de un derecho subjetivo es el derecho al igual tratamiento.

Pero este autor aclara que el principio de igualdad no pretende que todas las personas tengan iguales derechos, porque es diferente la situación de una acreedor a la de un deudor, la de una víctima a la de un victimario, etcétera. No sería sensato, a vía de ejemplo, que un acreedor tuviera el mismo tratamiento que un deudor; el principio mencionado pretende que tengan iguales derechos todos los que integran una categoría como la de los acreedores, sin distinguir raza, sexo, etcétera.

Señala Guastini que al legislador no le está prohibido discriminar —o sea, distinguir—, sino que le está prohibido discriminar según ciertos criterios de distinción, como sexo, raza, idioma, religión, opiniones políticas.

En similar sentido, Falcón y Tella[27] sostiene que el principio de igualdad, en relación con la equidad, no prohíbe la diferenciación: prohíbe la diferenciación no justificada. Y que la exigencia de una pura generalidad y universalidad de la ley no sería igualdad, sino identidad.

Cabe agregar que, además, ese es el criterio que se tomó en la Declaración de Principios para la Igualdad referida, al establecerse:

> La igualdad de trato, desde el punto de vista de la igualdad, no equivale a trato idéntico. Para reconocer la igualdad plena y efectiva, es necesario tratar a las personas de manera diferente según sus circunstancias, para

26 Guastini, Riccardo, *Otras distinciones*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014, pp. 501 y ss.

27 Falcón y Tella, María José, *Equidad, derecho y justicia*, Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, p. 270.

> reconocer su igualdad personal y para mejorar sus habilidades para participar en la sociedad como iguales.

Coincido con lo expuesto y entiendo que el derecho a la igualdad significa que todas aquellas personas que se encuentran en una misma situación deben tener un igual tratamiento, y no que todas las personas sean tratadas de manera igual. El principio de igualdad prohíbe realizar distinciones injustificadas, pero no realizar distinciones. Más aún, agrego que la aplicación del principio de igualdad no solo no prohíbe realizar distinciones: cuando existen diferencias entre las personas que justifiquen un diverso tratamiento, exige realizar distinciones.

Puede observarse que la aplicación del principio de igualdad mediante la consideración de las diferencias entre las personas coincide con la concepción aristotélica de justicia formal mencionada: tratar lo igual de manera igual y lo diferente en proporción a su diferencia.

La propia Constitución de la República, en su artículo 8.º, reconoce que en los hechos las personas no son iguales, al disponer que «todas las personas son iguales ante la ley, no reconociéndose otra distinción entre ellas sino la de sus talentos o las virtudes».

El reconocimiento de que existen diferencias entre las personas que pueden justificar un diverso tratamiento nos conduce hacia otro principio y su consecuente derecho: el de *igualación*.

Al respecto, Guastini[28] explica que si el principio de igualdad impone al legislador el deber de prescindir de algunas diferencias —sexo, raza…—, el principio de igualación recomienda tener en cuenta las diferencias que existen entre las personas, en razón de la pertenencia de estas a diversos grupos sociales —o étnicos, o lingüísticos…—, con el fin de eliminar las consecuencias desfavorables que de ellas se siguen. El principio de igualación requiere, en suma, que se tomen en consideración las desventajas que pesan sobre diversos grupos sociales.

Señala el autor que el medio para igualar —socialmente— con medios jurídicos a aquellos socialmente desfavorecidos es el de atribuirles ventajas jurídicas, es decir, distribuir los derechos de modo desigual. En otras palabras, dice, un instrumento jurídico para eliminar las diferencias extrajurídicas es, paradójicamente, la adopción de regulaciones jurídicas diferenciadas.

Comparto dicha opinión y entiendo que en los hechos pueden existir diferencias entre las personas que justifiquen un diverso tratamiento, y que para concretarlo es necesario aplicar medidas jurídicas desiguales, amparadas en el principio de igualación que, desde mi punto de vista, complementa al principio de igualdad.

28 Guastini, Riccardo, o. cit., pp. 516 y ss.

¿Qué tipo de tratamiento puede realizarse? Falcón y Tella[29] distingue tres tipos de tratamiento que considero interesante mencionar: *igualitario*, *proporcional* y *equitativo*.

Señala la autora que el tratamiento igualitario es un ideal deseable cuando todo el mundo está situado en una posición de igualdad; este consiste en tratar igual a los iguales.

Pero si las personas somos diferentes en necesidades, habilidades y talentos, un tratamiento igual sería en general inadecuado, y se debería realizar un tratamiento adecuado a los individuos diferentes. Este tratamiento adecuado pasaría por ser un tratamiento *proporcional*, a la medida de las desigualdades. Se trataría de tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales, en proporción a su desigualdad.

En tercer lugar, refiere al tratamiento *equitativo*, que va más allá del tratamiento proporcional y consiste en tratar desigualmente a alguien para remediar una situación inicial de desventaja, hasta el punto de llegar no solo a igualar lo desigual, sino a dar prevalencia al polo inicialmente desfavorecido.

En mi opinión, desde la óptica notarial, el derecho humano a participar con base igualitaria en la vida civil requiere que el escribano analice la situación en la cual se encuentran los otorgantes, y en caso de existir desigualdades, concrete los principios de igualdad e igualación a través de un asesoramiento adecuado, que contenga tratamientos diferenciales para que las partes puedan negociar en condiciones de igualdad.

En ese sentido, es importante que el escribano valore la situación de vulnerabilidad en la que se pueda encontrar un otorgante y cómo ella debe repercutir en su asesoramiento. A esos efectos, a continuación distinguiré los conceptos de *incapacidad* y *vulnerabilidad*, así como su valoración notarial, para luego introducirnos en la especie de asesoramiento adecuado para respetar el derecho humano a la participación con base igualitaria en la vida civil.

3. Distinción entre incapacidad de obrar y vulnerabilidad de personas capaces

Los hechos que tienen relevancia jurídica se clasifican en *voluntarios* —actos jurídicos— e *involuntarios,* según intervenga o no la voluntad de la persona; y la *voluntad*,[30] en su sentido natural (art. 18 CC), significa la facultad de decidir y ordenar la propia conducta.

29 Falcón y Tella, María José, o. cit., pp. 268 y ss.

30 Vé. Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*.

Cosola[31] entiende a la voluntad como una suma de institutos que la conforman, denominados *discernimiento*, *intención* y *libertad*. En el mismo sentido, Ordoqui Castilla[32] señala que los hechos voluntariosos o actos son los realizados con discernimiento, intención y libertad, y explica que el *discernimiento* es la aptitud para apreciar las consecuencias de sus acciones —saber lo que se quiere—; la *intención* es el querer humano consciente, que está dirigido a un determinado fin, y la *libertad* es el poder actuar sin presiones, limitaciones ni condiciones de especia alguna.

En base a ello, el sentido técnico de la palabra *voluntad* en la ciencia del derecho, de acuerdo al sentido que le dan los que la profesan (art. 19 CC), podría definirse como la decisión de un sujeto de realizar un acto fundamentado en el ejercicio de su discernimiento, libertad e intención.

Aguirre González[33] explica que la voluntad, mientras queda en puro fenómeno psíquico y no se traduce en actos, está privada de trascendencia social y jurídica. Tiene relevancia jurídica cuando se exterioriza, esto es, se manifiesta al exterior a través de alguna forma de expresión con la finalidad de ser cognoscible y apreciable por los demás.[34]

Una manifestación de voluntad idónea para producir un negocio válido requiere que provenga de una persona capaz. Al respecto, la doctrina suele diferenciar la capacidad *jurídica*, que es la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones,[35] de la capacidad *de obrar*, que se define como la aptitud de una persona para crear por sí misma relaciones jurídicas a través de actos válidos.[36]

La capacidad de obrar es un requisito de validez del negocio jurídico, y según el grado de incapacidad del sujeto —absoluta o relativa—, así será la especie de nulidad que generará el negocio que este otorgue (absoluta o relativa; arts. 1560 y 1568 CC).[37]

Caffera[38] ha señalado que para que un sujeto tenga capacidad de obrar, necesita de competencia *evaluativa* y *lingüística*. La competencia *evaluativa* de los contenidos de la comunicación requiere de madurez —obtenida al alcanzar cierta edad, sin consideraciones subjetivas— y de ausencia de desajustes fuertes entre la forma de ser del sujeto y el promedio para

31 Cosola, Sebastián J., *Los deberes éticos notariales*, Buenos Aires: Ad-Hoc, 1.ª ed., 2008, p. 277.

32 Ordoqui Castilla, Gustavo, *Tratado de derecho de los contratos*, tomo III, Montevideo: AMF-Editores Uruguay-Ediciones del Foro, 1.ª ed., 2015, p. 15.

33 Aguirre González, Adolfo, «Consideraciones sobre las formas solemnes en los contratos», *Revista del Centro de Estudiantes de Derecho*, tomo XVIII, 1953, p. 531.

34 Conf. Ordoqui Castilla, Gustavo, o. cit., tomo IV, p. 1.

35 Conf. Cafaro, Eugenio B., y Carnelli, Santiago, o. cit., p. 16.

36 Gamarra, Jorge, *Tratado de derecho civil uruguayo,* tomo X, Montevideo: FCU, 5.ª ed., 2001, p. 64.

37 Conf. Gamarra, Jorge, o. cit., pp. 209-210.

38 Caffera, Gerardo, o. cit., p. 140.

su comunidad (como ejemplo de desajuste, la demencia). La competencia *lingüística* requiere de idoneidad comunicativa para poder manifestar su voluntad a través de códigos entendibles en la comunidad en la que se inserta.

Un sujeto es incapaz de obrar cuando carece de competencia evaluativa, ya sea por falta de madurez determinada por su edad o por presentar alteraciones mentales que le impiden ejercer el libre uso de la razón, o cuando carece de competencia lingüística, como ocurre con el sordomudo, que no puede darse a entender por escrito ni mediante lenguaje de señas (art. 1279 CC).

Con relación a las alteraciones mentales, la incapacidad de obrar se produce cuando estas impiden al sujeto gobernarse a sí mismo y administrar sus negocios.[39]

Romero Coloma[40] se refiere a las anomalías o trastornos del psiquismo. Se detiene en el modelo cognitivo y distingue entre alteraciones de la conciencia, de la orientación, de la atención, de la memoria, del pensamiento, de la percepción, alteraciones derivadas de la afectividad —conjunto de emociones— y estado de ánimo, alteraciones de la voluntad y de la inteligencia.

Resulta claro que una persona puede padecer alguna o varias de estas alteraciones mentales sin que le impidan gobernarse a sí mismo y administrar sus negocios. Por lo tanto, la persona será capaz, aunque no se encuentre en la plenitud de sus facultades. Al respecto, doctrina y jurisprudencia han reconocido que la incapacidad requiere que el sujeto esté privado del libre uso de la razón, y no es suficiente con el natural deterioro cognitivo producido por la edad, aunque la persona no se halle en plenitud, siempre que pueda comprender el acto que otorga.[41]

También puede suceder que la persona capaz padezca alguna alteración emocional o simplemente una limitación sociocultural o económica que le impida contratar en condiciones de igualdad con la contraparte; en todos esos casos, la persona capaz se encuentra en una situación *vulnerable*.

Barranco Avilés[42] ha escrito que la tendencia es considerar que conforman grupos vulnerables aquellas personas sobre las cuales recaen dos circunstancias: 1) que exista una situación de inferioridad que puede derivarse de una condición sociocultural o una física; 2) que los sujetos en esa situación sean incapaces por sí mismos de satisfacer una serie de

39 Gamarra, Jorge, o. cit., p. 53.

40 Romero Coloma, Aurelia M., *El testamento de la persona anciana y su problemática jurídica*, Madrid: Dilex, 2015, pp. 25 y ss.

41 Carozzi Failde, Ema, *Manual de derecho sucesorio*, tomo I, Montevideo: FCU, 2.ª ed., 2010, p. 95; Tribunal de Apelaciones de Familia 1.º, sent. n.º 73/2015, Díaz (r), Bendahan, Marialdo, *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, tomo XLVI, p. 323.

42 Barranco Avilés, María del Carmen, *Vulnerabilidad y protección de los derechos humanos*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2014, p. 20.

necesidades básicas o de actuar en las relaciones sociales en condiciones de igualdad.

En los casos mencionados, nos encontramos ante personas capaces pero vulnerables, ya que se encuentran en una situación de inferioridad psíquica, emocional, sociocultural o económica que les impide negociar en condiciones de igualdad con la contraparte.

4. Distinción entre el juicio notarial de capacidad y la valoración notarial de la vulnerabilidad de las personas

Así como se distingue la capacidad de la vulnerabilidad de una persona, también debe diferenciarse entre el juicio notarial de capacidad y la valoración notarial de la vulnerabilidad.

Dentro de las tareas que desempeña el escribano con anterioridad a la autorización de una escritura pública, se encuentra el control de la legalidad de un acto. Vallet de Goytisolo[43] se refiere al juicio de legalidad y sostiene que el escribano debe analizar, entre otras cosas, la posibilidad y licitud de llegar a la situación final buscada, partiendo de los presupuestos de la situación jurídica inicial examinada. En este aspecto, el notario debe examinar y valorar si existe voluntad suficiente, seria, consciente y decidida.

La valoración de la voluntad de las partes nos introduce en la determinación del juicio notarial de capacidad. Debemos comenzar por reconocer que este juicio existe, aunque la ley uruguaya no exija su constatación expresa. Para reconocerlo es suficiente con imaginar una situación en la cual se presenta en la escribanía una persona en silla de ruedas y con la mirada perdida, acompañada por otra que le dice al escribano que la primera desea otorgar un testamento a su favor. Intentamos entablar un diálogo con la supuesta testadora, pero la persona no interactúa o divaga. En esas condiciones, el escribano debería negar su intervención, y la razón es que el juicio de capacidad que realizó tuvo como resultado que es notorio que la persona carece de capacidad de obrar por falta de competencia evaluativa.

Reconocida la existencia del juicio, la cuestión es determinar en qué consiste. Al respecto, expresa Romero Coloma:[44]

> Es, en principio, absolutamente atípico que un profesional, como lo es el notario, emita un juicio sobre el estado mental del causante o testador, ya que el fedatario no tiene por qué ser una persona especialista en la mente humana ni en los trastornos psíquicos, más o menos graves, que la persona pueda sufrir […]. El fedatario no es un experto en psiquiatría ni en psicología,

43 Vallet de Goytisolo, Juan B., o. cit., pp. 231 y ss.

44 Romero Coloma, Aurelia María, *Capacidad, incapacidad e incapacitación*, Colección Scientia Iuridica, Madrid: Reus, 2013, pp. 143, 144 y 225.

> y, en consecuencia, no tiene por qué saber distinguir cuando está ante una persona con trastornos mentales que le impidan u obstaculicen, desde el punto de vista jurídico, la realización del testamento, y cuando se encuentra ante una persona que, aun teniendo algún tipo de trastorno o alteración mental o psíquica, no la inhabilita para hacer testamento.

Y luego agrega:

> Su tarea se limita a observar, con el contraste de su propio juicio, que es el de un lego en la materia, si hay o no síntomas que le hagan pensar en una alteración de la normalidad que se presume.

Comparto dicha opinión y agrego que es una ingenuidad pensar que un escribano puede acreditar que una persona es capaz. Si en muchas ocasiones a los propios médicos psiquiatras no les es suficiente dialogar con la persona para constatar su capacidad, razón por la cual solicitan la realización de estudios específicos, es obvio que esa situación no puede ser constatada por un escribano, que es un sujeto no calificado para eso.

El escribano parte de dos principios reconocidos jurisprudencialmente: *a*) la regla es la capacidad, y la excepción, la incapacidad; y *b*) la capacidad se presume.[45] El juicio notarial de capacidad es una evaluación no técnica que realiza el escribano y consiste en verificar que el sujeto que pretende otorgar un acto no presente signos notorios de incapacidad perceptibles por una persona que no es especialista que derroten los principios mencionados. Su función no es constatar que la persona es capaz, porque es incompetente para eso: su función es verificar que no existan signos notorios de incapacidad que hagan caer las presunciones mencionadas.[46]

Una vez realizado el juicio notarial de capacidad y no se hayan detectado signos notorios de incapacidad, el escribano considerará a los sujetos capaces para actuar. Es aquí donde aflora una nueva valoración: la vulnerabilidad o no de los otorgantes.

Al respecto entiendo que es recomendable que el escribano evalúe si el sujeto que considera capaz presenta signos notorios de vulnerabilidad, sea por razón de edad, de situación intelectual, sociocultural o económica, que lo coloquen en una posición de desigualdad en la negociación.

Mientras que un contrato otorgado por un sujeto incapaz es nulo, el otorgado por una persona capaz pero vulnerable es válido, pero en principio, es injusto, en el sentido de que los otorgantes, al momento de celebrar el

45 Estos principios son reconocidos por la jurisprudencia. A vía de ejemplo, vé. Tribunal de Apelaciones de Familia 1.º, sent. 2/2013, Bendahan (r), Baccelli, Díaz, *Anuario Uruguayo Crítico de Derecho de Familia y Sucesiones*, tomo II, p. 361.

46 En determinadas situaciones puede ser aconsejable que un médico psiquiatra expida un certificado sobre la capacidad de la persona, pero este es ajeno al juicio notarial de capacidad. Su función es preconstituir prueba para, ante un eventual juicio, poder recurrir a lo que en la teoría de la argumentación jurídica se conoce como *argumento de autoridad*, esto es, un argumento basado en el prestigio o especialidad de quien hace una afirmación.

acto, no se encontraban en una situación de igualdad a la hora de tomar decisiones.

La finalidad de la valoración de la vulnerabilidad de la persona es poder captar si los otorgantes se encuentran en condiciones de ejercer el derecho humano a participar con una base igualitaria en la negociación. Si el escribano detecta una situación de vulnerabilidad, tiene una misión muy difícil pero de gran importancia para la sociedad: lograr ubicar a las partes en condiciones de igualdad para defender sus intereses, sin convertirse en un defensor de la parte débil. La herramienta idónea para lograrlo es el asesoramiento basado en una imparcialidad activa que concrete el principio de la igualación como complemento del principio de igualdad, lo cual se analiza a continuación.

5. La imparcialidad activa del notario ante personas vulnerables como concretización del principio de igualdad y de igualación

Se observó que la Declaración de Principios para la Igualdad de 2008 referida expresa que todos los seres humanos tienen derecho a «participar con base igualitaria con los demás en cualquier área de la vida civil». A su vez, de acuerdo al principio de igualdad, las personas tienen derecho a igual tratamiento, salvo que existan diferencias entre ellas que justifiquen uno diverso.

Entre las obligaciones que asume el escribano en el ejercicio de su función notarial se encuentra la de asesorar a las partes, y en su cumplimiento, debe procurar concretar el derecho humano a que las personas participen con base igualitaria con los demás en la vida civil. En virtud del principio de igualdad, el asesoramiento notarial debe ser el mismo para todos, salvo que existan diferencias entre las personas que, como se dijo, justifiquen un diverso tratamiento.

Al respecto considero que un diverso tratamiento en el asesoramiento está justificado cuando una de las partes es una persona capaz pero vulnerable, y por lo tanto, ubicada en una posición de inferioridad con relación a la contraparte a la hora de negociar.

El escribano, en su función de colaborador en la producción del derecho justo, debe intentar evitar esa injusticia y lograr que se respete el derecho humano a la participación igualitaria en la vida civil, a través de un asesoramiento basado en lo que se ha denominado *imparcialidad activa* que concrete el principio de igualación.

Al respecto, Rodríguez Adrados[47] sostiene que la imparcialidad del notario es activa y se inserta en actuaciones positivas propias, y no en la

47 Rodríguez Adrados, Antonio, *La imparcialidad del notario, atributo inescindible de su función*, 27 may. 2008, en ‹www.elnotario.es›.

pasiva recepción y narración de actuaciones ajenas. Señala que es una imparcialidad equilibradora y compensadora de la desigualdad de los otorgantes que no se limita a proporcionar mayores informaciones legales a quien tiene menos conocimientos jurídicos, sino que debe darle más asesoramiento y consejo; porque si tratara de manera igual a personas que son desiguales, cometería parcialidad en la otra dirección, y aclara que no hay en ella discriminación positiva, porque el notario no pretende que prevalezcan los intereses de una parte sobre la otra, sino que se unan en un armónico equilibrio. Agrega además que la imparcialidad del notario incluye también una labor de asistencia para procurar que una parte inexperta o poco hábil no resulte perjudicada.

A su vez, González Enríquez[48] explica que el deber de imparcialidad le obliga al notario a procurar que las determinaciones de voluntad sean adoptadas por todos los interesados en iguales condiciones de libertad, deliberación y conocimiento de las circunstancias y consecuencias. Debe fomentar una igualdad sustancial y volcar sus esfuerzos de asesoramiento a la defensa de su libertad de decisión.

Coincido con lo expuesto y entiendo que la imparcialidad del escribano ante la vulnerabilidad debe ser activa y equilibradora, lo cual constituye una herramienta fundamental para que se respete el derecho humano a la participación con base igualitaria en la vida civil. Esa imparcialidad activa y equilibradora consiste en intensificar el asesoramiento y el consejo a la parte vulnerable para que pueda quedar ubicada en una situación de igualdad de condiciones, y así tomar decisiones, pero no para favorecerla en desmedro de la contraparte; lo que sería una forma de parcialidad incompatible con la función notarial.

Al tratar el principio de igualdad y el de igualación, vimos que Falcón y Tella distingue entre el tratamiento *igualitario* (a todos por igual), el tratamiento *proporcional* (igual a los iguales y desigual a los desiguales, en proporción a su desigualdad) y el tratamiento *equitativo* (trato desigual a quien se encuentra en desventaja hasta ubicarlo en situación más favorable que los demás).

Si se sigue dicha clasificación, considero que cuando las personas se encuentran en situación de igualdad, el tratamiento que debe brindar el escribano a las partes en su asesoramiento es el igualitario, pero cuando se encuentran en condiciones desiguales, el tratamiento debe ser el proporcional, para que puedan participar en la vida civil con una base igualitaria.

Entiendo que no es adecuado realizar un asesoramiento igualitario a quienes se encuentran en condiciones de participación desiguales, como sucede con las personas vulnerables, porque no se respeta el derecho humano a la igualdad de participación. Tampoco es adecuado desde el aspecto notarial dar prevalencia al desfavorecido —discriminación positiva—, por-

48 Cit. por Vallet de Goytisolo, Juan B., o. cit., p. 238.

que sería una forma de parcialidad a la inversa. El tratamiento notarial adecuado, cuando una de las partes es vulnerable, es el proporcional.

Es posible imaginar diversas situaciones en las cuales la imparcialidad activa notarial es viable para ubicar a las partes en igualdad de condiciones de participación en la negociación. A vía de ejemplos: cuando hay una desigualdad cultural notoria entre las partes; cuando contrata un anciano con capacidad de obrar, pero con algún deterioro cognitivo propio de la edad; cuando hay una vulnerabilidad por inexperiencia, como sucede cuando un hábil hombre de negocios propone comprar un inmueble a un bajo precio y en cómodas cuotas a un inexperto joven que acaba de heredar de su padre un inmueble y cree de manera errónea que con esa suma de dinero va a poder vivir con comodidad el resto de su vida; cuando una persona atraviesa una situación emocional delicada que la hace influenciable. En todas estas situaciones, entiendo que el escribano debe procurar que se respete el derecho humano a la participación igualitaria en la vida civil a través de una mayor intensidad en el asesoramiento y consejo a la parte débil, no para defender sus intereses, sino para que la persona vulnerable pueda defenderlos en condiciones de igualdad con la contraparte. El diverso tratamiento se justifica en aplicación del principio de igualdad y de su complemento: el de igualación.

Risso Ferrand,[49] al analizar casos que involucren al principio de igualdad, ha señalado que la constitucionalidad de las diferenciaciones requieren de tres elementos: 1) un juicio de razonabilidad de la causa de distinción; 2) que exista una finalidad legítima, y 3) un juicio de racionalidad en la relación medio-fin. Considero que cuando en la negociación interviene una persona capaz pero vulnerable, el asesoramiento diferenciado y proporcional que realice el escribano cumple con los requisitos constitucionales referidos porque se presentan los tres elementos mencionados: 1) la causa de distinción es razonable, ya que una persona se encuentra en situación de inferioridad para defender sus intereses con relación a otra; 2) la finalidad es legítima, pues se trata de ubicar a ambas partes en situación de igualdad para participar en la vida civil, lo cual es un derecho humano, y 3) la relación medio-fin es adecuada, ya que el escribano, a través de la imparcialidad activa, procura que las personas participen en la negociación con base igualitaria para defender sus intereses, sin convertirse en un defensor de los intereses de la parte débil.

De esta manera se evita la injusticia de que lo desigual sea tratado de manera igual. En ese sentido, el notario Santiago Raúl Deimundo[50] ha expresado: «Impedir la injusticia es quizás una de las funciones más

49 Risso Ferrand, Martín, *Guía para la resolución de casos de derecho constitucional y derechos humanos*, Montevideo: FCU, 1.ª ed., 2017, pp. 42-47.

50 Cit. por Cosola, Sebastián J., *Los deberes éticos notariales* cit., p. 478.

nobles del notario, y para ello cuenta, entre otros recursos, con la debida información, con el legal asesoramiento y con el humano consejo».

Para finalizar, creo oportuno traer a colación una máxima kantiana: «Las personas deben ser utilizadas como un fin en sí mismo y no solo como un medio para el beneficio de otro». En esa línea de pensamiento considero que el escribano, en su función de colaborador en la producción del derecho justo para el caso concreto, debe intentar evitar que una persona utilice a otra para beneficiarse a costa de su vulnerabilidad, y la herramienta fundamental para ello es la imparcialidad activa en el asesoramiento, a través de un tratamiento proporcional fundamentado en el principio de igualación, que complementa al principio de igualdad y permite hacer efectivo el derecho humano a participar con base igualitaria en la vida civil.

6. Conclusiones

1. El escribano es un colaborador en la producción del derecho justo para el caso concreto, y este presupone que las partes se encuentren en iguales condiciones para negociar.

2. El derecho humano a participar con base igualitaria con los demás en la vida civil requiere la aplicación de los principios de *igualdad* e *igualación*. El primero exige que cuando existen diferencias entre las personas que justifiquen un diverso tratamiento, se realicen distinciones, y el segundo, que se utilicen técnicas de tratamiento desigual para equipar las condiciones de negociación.

3. Una fuente de distinción que justifica un diverso tratamiento es la situación de *vulnerabilidad* de personas capaces, ya sea por padecer una alteración mental que las aleja de su plenitud —aunque insuficiente para considerarlo incapaz total o parcial— o por encontrarse en una situación de inferioridad sociocultural, económica o emocional.

4. Así como el escribano realiza un juicio notarial de capacidad de los otorgantes, también debe valorar su vulnerabilidad, a los efectos de brindar un asesoramiento adecuado fundado en el principio de igualación, que complementa al de igualdad.

5. La función notarial, a través de la imparcialidad activa en el asesoramiento y consejo, brinda a la sociedad una herramienta idónea para que las personas puedan hacer efectivo el derecho humano a participar con base igualitaria en la vida civil.

7. Bibliografía

Aguirre González, Adolfo, «Consideraciones sobre las formas solemnes en los contratos», en *Revista del Centro de Estudiantes de Derecho*, tomo XVIII, 1953.

Barranco Avilés, María del Carmen, *Vulnerabilidad y protección de los derechos humanos*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2014.

Cafaro, Eugenio B., y Carnelli, Santiago, *Eficacia contractual*, Montevideo: FCU, 2.ª ed., 2003.

Caffera, Gerardo, *Una teoría del contrato. Las condiciones de racionalidad de la negociación normativa privada*, Montevideo: FCU, 1.ª ed., 2008.

Carozzi Failde, Ema, *Manual de derecho sucesorio*, tomo I, Montevideo: FCU, 2.ª ed., 2010.

Cosola, Sebastián J., *Los deberes éticos notariales*, Buenos Aires: Ad-Hoc, 1.ª ed., 2008.

—, *La prudencia notarial: vigencia del pensamiento de Juan Berchmans Vallet de Goytisolo*, Pando, San Miguel: Gaceta Notarial, 2014.

—, disertación en Seminario de Deontología Notarial, 14 jun. 2016, Colegio de Escribanos de la Provincia de Córdoba, en ‹https://www.youtube.com/watch?v=NsKtJueVZko›.

Falcón y Tella, María José, *Equidad, derecho y justicia*, Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces.

Gamarra, Jorge, *Tratado de derecho civil uruguayo*, tomo X, Montevideo: FCU, 5.ª ed., 2001.

Guastini, Riccardo, *Otras distinciones*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014.

Larenz, Karl, *Derecho justo. Fundamentos de ética jurídica*, Madrid: Civitas, 1985.

Molla, Roque, «La interpretación y aplicación del derecho como manifestación de la función notarial creadora del derecho», *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, tomo 87, n.º 7-12 (jul.-dic. 2001).

Ordoqui Castilla, Gustavo, *Tratado de derecho de los contratos*, tomos III y IV, Montevideo: AMF-Editores Uruguay-Ediciones del Foro, 1.ª ed., 2015.

Risso Ferrand, Martín, *Guía para la resolución de casos de derecho constitucional y derechos humanos*, Montevideo: FCU, 1.ª ed., 2017.

Rodríguez Adrados, Antonio, *La imparcialidad del notario, atributo inescindible de su función*, 2008, en ‹www.el notario.es›.

Romero Coloma, Aurelia María, *Capacidad, incapacidad e incapacitación*, Colección Scientia Iuridica, Madrid: Reus, 2013.

—, *El testamento de la persona anciana y su problemática jurídica*, Madrid: Dilex, 2015.

Tribunal de Apelaciones de Familia 1.º, sent. 2/2013, Bendahan (r), Baccelli, Díaz, *Anuario Uruguayo Crítico de Derecho de Familia y Sucesiones*, tomo II.

—, sent. 73/2015, Díaz (r), Bendahan, Marialdo, *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, tomo XLVI.

Vallet de Goytisolo, Juan B., «La determinación del derecho», *Manuales de metodología jurídica*, III, Fundación Cultural del Notariado, 2004.

La razonabilidad en la interpretación del derecho y las inhibiciones notariales en el marco de la ley de inclusión financiera[51]

por Juan Pablo Villar

Resumen

Se analiza si el escribano que recibió una suma de dinero al suscribirse un contrato preliminar con la finalidad de entregarla al momento de la celebración de la compraventa se encuentra inhibido o no para autorizar la escritura pública de compraventa, en caso de que endose y entregue una letra de cambio a su nombre o realice una transferencia bancaria por el monto equivalente a la suma de dinero recibida.

Sumario

1. Introducción; planteamiento de una situación que ha generado controversia. 2. La razonabilidad

51 El presente trabajo fue elaborado con anterioridad a la aprobación de la ley 19732, la que en su artículo 19 establece: «Declárase como interpretación auténtica que, desde el 1.º de abril de 2018, la utilización de cualquiera de los medios de pago admitidos para el pago de las operaciones a que refieren los artículos 35, 36, 40 y 41 de la ley n.° 19.210, de 29 de abril de 2014, modificativas y concordantes, a nombre del escribano interviniente en la operación, o que tengan origen en una cuenta o instrumento de dinero electrónico del mismo, no constituye una inhibición al ejercicio de la profesión, siempre que se utilice a los solos efectos de liberar el monto recibido en concepto de seña o arras. [=] Tampoco constituyen una inhibición al ejercicio de la profesión las retenciones que el escribano realice en calidad de depositario de una suma convenida por las partes para la cancelación de obligaciones tributarias, gravámenes, interdicciones o cualquier otra deuda o gasto que afecte la operación a celebrarse».

como principio rector de la interpretación. 3. Desde la función notarial y sus limitaciones hasta la valoración y finalidad que fundamenta la inhibición. 4. Análisis de la situación con relación al decreto-ley 1421. 5. Análisis de la situación respecto al Reglamento Notarial. 6. Una consideración ajena a las inhibiciones pero vinculada a la temática. 7. Conclusiones. 8. Bibliografía.

1. Introducción; planteamiento de una situación que ha generado controversia

Es una práctica negocial generalizada en Uruguay, desde hace ya muchos años, que en forma previa al otorgamiento de la compraventa de un bien inmueble, las partes otorguen un negocio preliminar por el cual se obligan a celebrar el referido contrato definitivo en un plazo suficiente para que se efectúe el estudio de títulos, se regularicen aspectos que correspondan, etcétera.

También es un uso negocial consolidado que en ese contrato preliminar, la parte que proyecta adquirir el bien entregue una suma de dinero al escribano que autorizará la escritura de compraventa, y que ambas partes lo autoricen para que: *a*) al momento de otorgarse la compraventa, se la entregue al comprador para que integre con ella parte del precio, o se la entregue de manera directa a la parte vendedora con ese fin; *b*) en caso de incumplimiento de quien proyecta adquirir, se la entregue a la contraparte o, eventualmente, la consigne en la sede judicial competente; *c*) en caso de que el negocio se rescinda voluntariamente, se le devuelva a quien proyectaba adquirir.

La razón de esa entrega de dinero es, por una parte, que el futuro comprador demuestre que tiene cierta capacidad económica para afrontar la obligación que asume,[52] y, por otra, que la parte que proyecta vender obtenga mayores posibilidades de cobrar la pena que se pacta en el contrato preliminar para el caso de incumplimiento del futuro adquirente.

En dicha situación, el escribano asume obligaciones con ambas partes, fruto de un contrato que la doctrina ha calificado de diversas maneras: *depósito irregular*, *prenda irregular* o *fianza limitada*.

No se analizará la naturaleza de ese contrato entre el escribano y las partes por entender que no modifica el desarrollo ni la conclusión de este trabajo; basta con decir que en cualquier caso, el escribano recibe una suma de dinero y asume la obligación de entregar una suma equivalente

52 Vé. Molla, Roque, «Depósito de suma de dinero con función de garantía», *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, tomo 79, n.º 7-12 (jul.-dic. 1993), p. 246.

al momento de celebrarse la compraventa a la parte compradora, para que esta lo entregue a la parte vendedora, o directamente a la parte vendedora, la cual integrará parte del precio de la compraventa.

Las características del escribano como sujeto confiable e imparcial son las que han llevado a convertir esta práctica en un uso negocial, la cual, muy lejos de favorecer al notario, lo coloca en una situación obligacional a título gratuito que es aceptada por este con el mero ánimo de colaborar con las partes en la etapa previa al negocio definitivo.

El decreto 351/017, que reglamenta los artículos 40 y 41 de la ley 19210, al referirse a los medios de pago admitidos reconoce esta práctica y dispone en su artículo 3.º *bis*:

> Cuando intervenga un escribano público en las operaciones referidas y asuma la calidad de depositario de una seña o arras […] también se admitirá la utilización de letras de cambio cruzadas a nombre de dicho profesional por hasta el monto que se haya entregado, siempre que se hubiera abonado con alguno de los medios de pago previstos en el inciso anterior o en el artículo 3.º del presente decreto […].

En virtud de dicho artículo, muchos escribanos han constatado en la escritura pública de compraventa que autorizan que, con relación a una parte del precio, el notario endosa una letra de cambio a su nombre por el monto que con ese fin recibió con anterioridad de la parte compradora y se la entrega al comprador, para que la endose y entregue al vendedor, o directamente se la entrega a la parte vendedora.

También ha ocurrido que el escribano, en ese mismo contexto, ha realizado una transferencia bancaria por el equivalente al monto recibido desde su cuenta personal a la cuenta de la parte vendedora, fundamentado en que de acuerdo al artículo 3.º del decreto referido, para realizar los pagos pueden utilizarse medios de pago que involucren, tanto en el origen como en el destino de los fondos, a sujetos distintos a los que realizan la operación.

Se ha cuestionado en el ámbito notarial la posibilidad de proceder de la manera indicada alegándose que el escribano se hallaría inhibido de autorizar escrituras relacionadas con ellos, y al endosar y entregar una letra de cambio a su nombre o realizar una transferencia bancaria, ingresaría dentro de la inhibición.

El presente trabajo se dedica al análisis de si ese proceder genera o no la inhibición del escribano para autorizar la escritura pública de compraventa. Para ello se estudiará, en primera instancia, el decreto-ley 1421, y luego, el Reglamento Notarial, a través de una interpretación fundada en el principio de la razonabilidad y en la valoración y finalidad que subyace al régimen de las inhibiciones.

2. La razonabilidad como principio rector de la interpretación

Vallet de Goytisolo[53] ha escrito que según la moderna hermenéutica, en sus pasos sucesivos, dados por Heidegger, Gadamer y Ricouer, la interpretación es considerada como comprensión de un texto que, a su vez, es expresión de una realidad en la cual es necesario penetrar, y que la interpretación exige una mediación entre los signos —textos, palabras, señales, símbolos—, apreciados en el contexto real y cultural en el que vivían quienes los emitieron, y el contexto real y cultural vivido por aquellos a quienes van dirigidos en el momento de explicar su significado.

En expresiones de Gadamer,[54] «la adecuación de las palabras» solo puede juzgarse «desde el conocimiento de las cosas», y por eso, la comprensión de un texto requiere de la «comprensión de las cosas de las que habla el texto».

En el mismo sentido, Grau[55] señala que la interpretación y aplicación del derecho incluye textos y hechos, llevándose a cabo una mediación entre el carácter general del texto normativo y su aplicación particular; y Ross,[56] que el contexto ofrece una base para conclusiones acerca de lo que el autor de una disposición pudo razonablemente haber querido decir, y que al interpretar leyes, «razonable» significa lo que es en la práctica razonable.

Por ese camino, Viola y Zaccaria[57] señalan que el derecho es en esencia un «hacer valer», y en el momento de la aplicación, la razón práctica del intérprete asume un carácter inventivo, porque su intervención sucede con posterioridad a la producción de los textos normativos y debe medirse con problemas nuevos y diversos; pero sobre todo, porque debe contextualizar las normas con todos los aspectos relevantes que caracterizan a la situación específica. Sostienen esos autores que al intérprete se le atribuye la responsabilidad y la función de cambiar la «razonabilidad abstracta» de la norma por las «razonabilidad concreta» de la decisión, al cuidar la conexión razonable entre la norma[58] y las exigencias contingentes del caso a valorar.

Se puede apreciar en cualquiera de las citas mencionadas un común denominador: la comprensión del alcance de una norma requiere de la vinculación de la disposición normativa con la realidad de los sujetos a

53 Vallet de Goytisolo, Juan B., «De la determinación del derecho», *Manuales de metodología jurídica*, III, Madrid: Fundación Cultural del Notariado, 2004, pp. 43 y 46.

54 Cit. por Vallet de Goytisolo, Juan B., o. cit., p. 105.

55 Grau, Eros, *Interpretación y aplicación del derecho*, Madrid: Dykinson, 2007, p. 20.

56 Ross, Alf, *Sobre el derecho y la justicia*, Buenos Aires: Eudeba, 1963, p. 141.

57 Viola, Francesco, y Zaccaria, Giuseppe, *Derecho e interpretación. Elementos de teoría hermenéutica del derecho*, Madrid: Dykinson, 2007, p. 203.

58 Considero que la conexión se produce entre la disposición normativa y las circunstancias del caso: la norma es la disposición ya interpretada.

quienes se aplica, es decir, con el contexto fáctico al cual se pretende aplicar la norma. Esa conexión se produce en el momento de aplicación del derecho, que es posterior al momento de producción del texto normativo; por ello, asume un rol fundamental la razonabilidad, entendida como un instrumento que apela a la prudencia del intérprete para que determine la correcta solución a la luz de las circunstancias del caso;[59] esta prudencia nos comunica con el valor *justicia*, porque como ha explicado Cosola,[60] desde Roma se enseña que los *prudentes* eran hombres de derecho que tenían aptitud para investigar cuál era la solución justa para cada caso concreto.

Esa conexión que realiza el intérprete entre la disposición normativa y la realidad puede generar dudas con relación al verdadero alcance de la norma; su determinación debe efectuarse en consideración a la valoración y la finalidad que fundamentan a la disposición normativa, y no de manera arbitraria.

Al respecto, en doctrina nacional, Molla[61] ha sostenido que el derecho es un sistema abierto orientado a valores brindados por el ordenamiento —no de creación libre—, y en el método de interpretación, tiene particular importancia la consideración de los valores imperantes, que permiten, sin desconocer la ley, adaptarla a las nuevas exigencias sociales así como los criterios teleológicos subjetivo y objetivo (finalidad del legislador y de la ley). Y Anido,[62] siguiendo a Canaris, que «el sistema necesariamente ha de ser un ordenamiento axiológico o teleológico» cuya unidad requiere del apoyo en «las valoraciones que subyacen a las normas».

De modo que para comprender el alcance de una norma no basta con interpretar el texto normativo: además es necesario penetrar y comprender la realidad a la cual se aplica y vincularla con el texto en una recíproca alimentación orientada por la valoración y finalidad contenida en la disposición normativa. La *razonabilidad* es una guía que debe dirigir al intérprete en esa actividad de conexión entre el texto y los hechos, para arribar a un resultado interpretativo «razonable», consistente en atribuir a la norma un significado acorde a la valoración y finalidad que fundamenta la disposición y, al mismo tiempo, adecuado a la realidad de los sujetos a quienes se proyecta aplicar.

59 Conf. Bazán, José Luis, y Madrid, Raúl, «Racionalidad y razonabilidad en el derecho», *Revista Chilena de Derecho*, vol. 18, n.º 2, p. 180.

60 Cosola, Sebastián J., *La prudencia notarial: vigencia del pensamiento de Juan Berchmans Vallet de Goytisolo*, Pando, San Miguel: Gaceta Notarial, 2014, pp. 109 y ss.

61 Molla, Roque, «La interpretación y aplicación del derecho como manifestación de la función notarial creadora de derecho», *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, tomo 87, n.º 7-12 (jul.-dic. 2001), pp. 220 y 229-231.

62 Anido Bonilla, Raúl, «De la partición transaccional», *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, tomo 85, n.º 1-6 (ene.-jun. 1999), pp. 41-42.

La razonabilidad, en el sentido que se ha expuesto, es un principio rector de la hermenéutica jurídica y se utilizará como un faro que nos guiará a lo largo de toda la actividad interpretativa que se desarrolle en este trabajo.

3. Desde la función notarial y sus limitaciones hasta la valoración y finalidad que fundamenta la inhibición

El análisis del caso planteado requiere que recordemos en qué consiste la función notarial y cuál es el fundamento de las inhibiciones.

En el primer congreso de la Unión Internacional del Notariado Latino se expresó:

> El notario latino es el profesional de derecho encargado de la función pública que consiste en recibir, interpretar y dar forma legal a la voluntad de las partes, redactando los instrumentos adecuados a ese fin y confiriéndoles autenticidad, conservar los originales de estos y expedir copias que den fe de su contenido.

La doctrina señala cuatro limitaciones legales a la función notarial: las *incapacidades*, las *incompatibilidades*, la *falta de competencia* y las *inhibiciones*.

Bardallo[63] define cada una de estas limitaciones de la siguiente manera:

— Las *incapacidades*, como aquellos «impedimentos legales relativos al individuo, considerado en sí mismo, que obstan al ejercicio de la función notarial». Son ejemplos de incapacidades la falta de edad requerida o la no videncia (decreto-ley 1421, art. 21).

— Las *incompatibilidades* «son impedimentos legales que prohíben el ejercicio simultáneo, por una misma persona, de determinados cargos, funciones o actividades». Son ejemplos de incompatibilidades ser miembro del ejército o juez (decreto-ley 1421, art. 24).

— La *competencia* atiende al territorio donde debe actuar el escribano y a la materia sobre la cual puede actuar, y «es la extensión o ámbito de eficacia de la función notarial, la cantidad de poder asignada». Con relación al territorio, el ámbito de eficacia de la función notarial es el territorio de la República Oriental del Uruguay, y respecto a la materia, los hechos y actos jurídicos voluntarios.

— Por último, la *inhibición* es «la prohibición legal subjetiva de ejercer en ciertos casos concretos la función notarial» y «tiende a impedir el ejercicio de la función notarial por un agente, cuando en el acto o negocio intervienen personas con las que tiene ciertos vínculos».

63 Bardallo, Julio, «El agente de la función notarial y sus limitaciones legales», *Derecho Notarial*, ficha n.º 12, pp. 18 y ss.

Larraud[64] clasifica a las situaciones de inhibición en dos grupos: *a*) por existencia de vínculos familiares, y *b*) por coexistencia de funciones públicas. Un ejemplo del primer grupo se encuentra en el artículo 65, numeral 1.º del decreto-ley 1421, y uno del segundo, en el artículo 122 de la Constitución, que afecta a los escribanos investidos de cargos legislativos.

El fundamento de la inhibición consiste en proteger el principio de imparcialidad. En ese sentido, Larraud[65] ha expresado: «El régimen de inhibiciones tiende a garantir la imparcialidad del agente»; Bardallo,[66] que en los casos de inhibición se «violaría el principio de imparcialidad», y la Comisión de Derecho Notarial y Técnicas Notariales de la Asociación de Escribanos del Uruguay,[67] que «la finalidad de las inhibiciones es garantizar uno de los principios rectores de la actuación notarial, cual es la imparcialidad del agente».

De acuerdo al diccionario de la Real Academia Española, el significado de *imparcialidad* es: «De imparcial. 1. *f.* Falta de designio anticipado o de prevención a favor o en contra de alguien o algo, que permite juzgar o proceder con rectitud».

La función notarial comprende la actividad de «recibir, interpretar y dar forma legal a la voluntad de las partes» a través de información, asesoramiento y consejo imparcial, esto es, con *neutralidad*, sin pretender favorecer a una de las partes en desmedro de la otra.[68] Cuando en el negocio intervienen determinadas personas, la imparcialidad de esa actividad podría verse afectada, por lo que la normativa inhibe al escribano de intervenir. Así, la valoración que fundamenta la normativa sobre inhibición se encuentra en preservar la imparcialidad del escribano, y la finalidad es evitar que el notario actúe en situaciones que puedan generar el ánimo de ejercer su función a favor de una parte y en desmedro de la otra. Esa valoración y finalidad es la que debe considerarse para conectar las disposiciones normativas sobre inhibición con la realidad actual, y de esta manera arribar a un resultado interpretativo *razonable*.

64 Larraud, Rufino, *Curso de derecho notarial*, Buenos Aires: Depalma, 1966, p. 622.

65 Larraud, Rufino, *Curso de derecho notarial* cit., p. 621.

66 Bardallo, Julio, o. cit., p. 26.

67 Del Campo García, Carlos, Asociación de Escribanos del Uruguay, Comisión de Derecho Notarial y Técnicas Notariales, «Inhibiciones del escribano», *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, tomo 99, n.º 1-12 (ene.-dic. 2013), p. 233.

68 *Neutralidad* no es lo mismo que *indiferencia a la desigualdad*: la imparcialidad debe ser activa en el sentido de que el escribano, a través del asesoramiento, debe procurar que se concrete el derecho humano a participar con base igualitaria en la vida civil. Vé. «El derecho humano a participar con base igualitaria en la vida civil y la imparcialidad activa notarial como herramienta idónea para que pueda efectivizarse», trabajo publicado en este mismo número.

4. Análisis de la situación con relación al decreto-ley 1421

4.1. La ausencia de norma expresa y el concepto de *laguna* como un conflicto entre el argumento *a contrario* y el analógico

Los artículos 24, inciso 2.º y 65, numeral 1.º del decreto-ley 1421 prohíben a los escribanos autorizar escritura alguna en la que intervengan miembros de su familia o sus parientes consanguíneos dentro del cuarto grado o los afines dentro del segundo, pero nada disponen para el caso en que el propio escribano otorgue un acto. La ausencia de norma legal expresa nos ubica en el ámbito de las *lagunas*, en el sentido que paso a desarrollar.

Bobbio[69] ha explicado que por *plenitud* se entiende la propiedad por la cual un ordenamiento jurídico tiene una norma para regular cada caso, y dado que a la ausencia de norma se denomina generalmente *laguna*, *plenitud* debe entenderse como 'ausencia de lagunas'.

Entre las teorías que defienden la plenitud del ordenamiento jurídico, Bobbio[70] señala a la de la *norma general exclusiva*, según la cual una norma que regula un comportamiento al mismo tiempo excluye a los otros comportamientos; así, lo no regulado por una norma particular se encuentra regulado por la norma general exclusiva, y todo caso posible encuentra en el ordenamiento su regulación.

En términos más simples, de acuerdo a esta teoría, si la ley prohíbe algo, lo no prohibido está permitido; si la ley exige algo, lo no exigido no es exigible, y si la ley permite algo, lo no permitido está prohibido y, por lo tanto, todo caso está regulado y no hay lagunas.

Bobbio[71] critica esta teoría porque no dice que en un ordenamiento jurídico, además de un conjunto de normas particulares inclusivas y una norma general exclusiva, generalmente existe lo que denomina *norma general inclusiva*, aquella que establece que en caso de laguna, el juez debe recurrir a casos similares o materias análogas. Si frente a una laguna se aplica la norma general exclusiva, el caso no regulado se resuelve de modo opuesto al regulado; en cambio, si se aplica la norma general inclusiva, se resuelve de la misma manera que el regulado.

Agrega Bobbio que el ordenamiento, en general, no nos dice las condiciones para considerar dos casos como similares; la decisión sobre la semejanza de los casos corresponde al intérprete, y por consiguiente, a él corresponde también la decisión de aplicar la norma general exclusiva o la inclusiva. En el primer caso opera el argumento *a contrario*, y en el segundo, el argumento *a simili*; por lo tanto, en caso de lagunas, hay por

69 Bobbio, Norberto, *Teoría general del derecho*, Bogotá: Temis, 3.ª ed., 2007, p. 213.
70 Bobbio, Norberto, o. cit., pp. 225 y ss.
71 Bobbio, Norberto, o. cit., p. 228.

lo menos dos soluciones posibles, y la laguna consiste, precisamente, en la ausencia de una regla que permita tomar una solución antes que la otra.

De este modo, Bobbio[72] precisa el concepto de *laguna* al sostener que se presenta «no ya por la ausencia de una norma expresa para reglamentar determinado caso, sino por la ausencia de un criterio para elegir cuál de las dos reglas generales, la exclusiva o la inclusiva, debe ser aplicada».

Adhiero al criterio expresado por Bobbio y considero que las lagunas surgen cuando luego de haber realizado la actividad interpretativa se concluye que el caso no ha sido previsto por una norma de manera expresa, y consisten en la necesidad de resolver el conflicto entre la norma general exclusiva, que conduce a la aplicación del argumento *a contrario*, y la norma general inclusiva, que promueve la aplicación del argumento *a simili* o analógico.

En el caso sometido a estudio existe una laguna en los términos expresados porque la ley no previó la situación de manera expresa —no existe una norma particular expresa—; resta por resolver si rige la norma general exclusiva, que se deduce a través del argumento *a contrario*, o la norma general inclusiva, que se detecta a través del argumento *a simili* comprensivo de la analogía en sentido estricto, así como de otras técnicas que también conducen a aplicar al caso no regulado el mismo criterio establecido por la ley para otro caso, como es el argumento *a fortiori*.

Enseña Atienza[73] que el argumento *a fortiori* y el analógico tienen en común el que ambos permiten concluir la igualdad de tratamiento de dos casos, y en ambos razonamientos entran en juego conceptos comparativos; pero en el argumento por analogía, dos individuos u objetos poseen una cualidad en el mismo —o parecido— grado, mientras que en el argumento *a fortiori*, uno de ellos la posee en mayor grado que el otro.

4.2. En la situación analizada prevalece una especie de argumento analógico: el argumento *a fortiori*

Ante la laguna legal expresada, debemos resolver si rige el argumento *a contrario*, que diría que el escribano no está inhibido para actuar por sí porque lo que no está prohibido está permitido, o el analógico, que diría que el notario se encuentra inhibido de celebrar actos por existir las mismas o mayores razones que en el caso de los parientes.

Puede resultar tentador alegar el argumento *a contrario* en la situación planteada y sostener que no hay inhibición porque la ley no lo dispuso de manera expresa. Sin embargo, considero que esa no es la argumentación

72 Bobbio, Norberto, o. cit., p. 229.

73 Atienza, Manuel, *Curso de argumentación jurídica*, Madrid: Trotta, 1.ª ed., 2013, p. 233.

correcta, porque como señala Bardallo,[74] dicha inhibición «está en la naturaleza misma de las cosas».

Comparto lo expresado por Bardallo: la propia naturaleza de la función notarial genera la inhibición de que el escribano intervenga en asuntos propios. Entiendo que en el caso se aplica una especie de argumento analógico, que es el argumento *a fortiori*: si el escribano se encuentra inhibido de actuar cuando interviene alguno de sus parientes por la naturaleza imparcial de la función notarial, con más razón se encuentra inhibido de actuar si él es el sujeto interesado en el negocio. A vía de ejemplo, el escribano no podría autorizar una escritura en la cual él sea vendedor o comprador.

La valoración que fundamenta la inhibición es preservar la imparcialidad natural de la función notarial, la cual decaería si autorizase escrituras que recayeran sobre asuntos propios. Pero al mismo tiempo, si la inhibición existe por la naturaleza imparcial de la función notarial, esa naturaleza marca el límite del alcance de la inhibición. El escribano está inhibido por la ley para realizar actos que sean contrarios a la naturaleza de su función y vulneren el principio de imparcialidad, pero no para realizar actos que no afecten esa imparcialidad.

Es por ello que cobra relevancia el hecho de que todo argumento integrativo debe realizarse «consideradas las circunstancias del caso» (art. 16 CC), lo que se analiza a continuación.

4.3. La integración debe efectuarse de acuerdo a las «circunstancias del caso»

Dispone el artículo 16 del Código Civil:

> Cuando ocurra un negocio civil que no pueda resolverse por las palabras ni por el espíritu de la ley de la materia, se acudirá a los fundamentos de las leyes análogas; y si todavía subsistiere la duda, se ocurrirá a los principios generales de derecho y a las doctrinas más recibidas, consideradas las circunstancias del caso.

Puede observarse que el Código Civil reconoce «la norma general inclusiva» a que nos hiciera referencia Bobbio y aclara que los métodos integrativos que menciona deberán efectuarse «consideradas las circunstancias del caso».

Expresa Ordoqui Castilla:[75]

> Cuando la norma se refiere a las circunstancias del caso, se remite a la ponderación de la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas

74 Bardallo, Julio, o. cit., p. 26.

75 Ordoqui Castilla, Gustavo, *Tratado de derecho de los contratos,* tomo IV, Montevideo: AMF-Editores Uruguay-Ediciones del Foro, 1.ª ed., 2016, p. 12.

> (criterio sociológico). No basta con saber por qué y para qué se dictó la norma en concreto, sino también si las nuevas circunstancias reinantes consienten o no que permanezca invariado su sentido original […]. Su interpretación no se puede realizar ajeno a la influencia del contexto social en el que será aplicado.

Las «circunstancias del caso» al cual nos remite el artículo 16 del Código Civil nos conectan con el argumento de la «naturaleza de las cosas», el cual apela a que la interpretación debe ser adecuada a las circunstancias actuales[76] y favorece la llamada *interpretación evolutiva*, útil para remediar el envejecimiento de los textos normativos.[77]

Por ese camino transita Recaséns Siches[78] al sostener que el sentido de las frases «se actualiza no solo en el contexto de la frase, sino también y sobre todo en el contexto de la situación real a la que la frase se refiere». También Vallet de Goytisolo,[79] al expresar que la esencia de la función jurídica interpretativa consiste en «poner las normas en relación con la vida, para que su concreción, en el caso enjuiciado, resulte justa», y consecuencia de ello es prestar «atención a la realidad del tiempo en que las normas han de ser aplicadas».

A su vez, lo expuesto se vincula de manera perfecta con la necesaria razonabilidad en la interpretación del derecho que guía este trabajo y, en especial, con la necesidad de penetrar en la realidad vivida por aquellos a quienes va dirigida la norma al tiempo en que se pretende aplicar para poder comprenderla.

Desde esa perspectiva es evidente que la realidad notarial en el siglo XIX, cuando se aprobó el decreto-ley 1421, y la realidad vivida por los escribanos en el siglo XXI son muy distintas, y ello repercute en la comprensión y el alcance de la normativa aplicable, más aún si se la pretende aplicar a través de un método integrativo como lo es el argumento *a fortiori*.

La dinámica de las últimas décadas ha generado un uso negocial que se encuentra consolidado en la realidad vivida por los escribanos de este siglo y consiste en que antes del otorgamiento de una compraventa de un inmueble, se otorga un contrato preliminar en el cual la parte que proyecta adquirir entrega al escribano requerido para intervenir una suma de dinero que este se obliga a entregar al momento de otorgarse la compraventa. La razón de este proceder ya fue explicada al inicio de este trabajo, y si bien esa actuación del escribano no forma parte de la función notarial —por eso no es obligatoria—, sí es una actividad vinculada a esa función, porque

76 Guastini, Riccardo, *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*, Buenos Aires: Gedisa, 1.ª ed., 1999, p. 218.

77 Guastini, Riccardo, *Interpretar y argumentar*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1.ª ed., 2014 (1.ª reimpr., 2017), p. 373.

78 Cit. por Atienza, Manuel, o. cit., p. 267.

79 Vallet de Goytisolo, Juan B., o. cit., p. 119.

ese uso negocial nació y se consolidó por las características del escribano como agente imparcial y confiable. La necesaria «comprensión de las cosas de las que habla el texto» en el momento de explicar su significado para determinar el alcance de la norma requiere reconocer que ese proceder es una realidad vinculada a la función notarial y no contraria a ella.

Así, la integración razonable del derecho de acuerdo a las «circunstancias del caso» indicadas por la realidad vivida por los escribanos requiere realizar distinciones. Una cosa es que el escribano deba abstenerse de intervenir en asuntos propios, como puede ser una escritura en la cual él compra o vende, y otra muy distinta es que deba abstenerse de entregar una suma de dinero que recibió con ese fin en un contrato preliminar según los usos negociales que rigen en la actualidad.

La diferencia es abismal: en el primer caso, el negocio celebrado trata de un asunto propio del escribano, no vinculado a su función notarial, y con claridad se puede apreciar que afecta su imparcialidad; en cambio en el segundo, el negocio principal celebrado no es un asunto propio del escribano, y su intervención se produce por un uso negocial vinculado a su función notarial que no afecta su imparcialidad.

No se logra apreciar de qué manera ese uso negocial puede generar el ánimo de realizar un «asesoramiento» tendiente a favorecer a una parte en desmedro de la otra que ponga en riesgo la imparcialidad notarial. La prueba más clara de lo señalado es la realidad: la inmensa mayoría de las compraventas de inmuebles que se han otorgado en Uruguay en las últimas décadas son precedidas por el otorgamiento de un contrato preliminar con la realización de esa práctica sin que jamás ello haya significado una afectación a la imparcialidad del escribano. A tal punto es así que una norma de origen público como lo es el artículo 3.º *bis* del decreto 351/017 reconoce esa práctica al referirse a las letras de cambio a nombre del escribano en ese contexto. El hecho de que ese proceder se consigne en la escritura no lo convierte en un acto contrario a la naturaleza de la función notarial.

En definitiva, la integración debe realizarse de acuerdo a las «circunstancias del caso», y estas demuestran que la situación sometida a estudio, en la realidad del siglo XXI, es un uso negocial vinculado a la función notarial que no afecta su imparcialidad y, por lo tanto, no está comprendida en el fundamento de la inhibición. Dicha situación justifica la no inclusión del caso analizado dentro de los supuestos de hecho alcanzados por la norma legal que se integra, y el método técnico adecuado para llegar a ese resultado se desarrolla a continuación.

4.4. La norma que se integra debe contener el fundamento que se traslada por argumento *a fortiori* y adecuarse a las «circunstancias del caso» que regula

El método de integración analógico requiere comparar un caso regulado con otro que no lo está y realizar un juicio de valoración que consiste en

determinar si el fundamento que la ley consideró relevante para regular el caso previsto de una determinada manera también se presenta en el no previsto. Si la razón por la cual la ley reguló un caso de una determinada manera también se encuentra en el caso no regulado, procede la analogía (salvo que esta esté prohibida).

Coviello[80] ha enseñado que lo que se aplica a través de la analogía al caso no previsto es el principio jurídico fundamental de la norma que regula el caso previsto, y que abarca tanto el caso contemplado por la ley como el no contemplado, pero no se aplica la misma norma.

Se comparte esa afirmación porque el caso regulado y el no regulado coinciden en los aspectos fundamentales, pero difieren en otros no esenciales, y la norma que se aplicará al caso no regulado por integración debe ajustarse a esa situación, además de considerar las diferencias que contiene. Por lo tanto, a través de la analogía se aplica al caso no regulado el mismo principio que fundamenta el caso regulado, pero no la misma norma.[81]

Considero que lo mismo ocurre en materia de argumento *a fortiori*; esto es, se traslada el principio o criterio que fundamenta la norma que regula un determinado caso al no regulado, pero la norma que se aplica por integración al caso no regulado es distinta, porque debe adaptarse a sus diferencias.

Un mecanismo de ajuste de la norma que se integra al fundamento que se traslada se efectúa a través de lo que Larenz denomina *reducción teleológica*, y Guastini, *construcción de una excepción implícita*.

Larenz[82] diferencia las lagunas *abiertas*, que se producen cuando falta en la ley una orden positiva que regule el caso que el fin de la regulación hace esperar, de las lagunas *ocultas*, cuando hay una ley pero falta una limitación a la regla que el fin de la regulación hace esperar. Para colmar las lagunas ocultas, Larenz[83] apela a la reducción teleológica y expresa que «la integración de la laguna tiene lugar mediante la añadidura de una limitación que está exigiendo el sentido».[84] Explica este autor que se habla de *reducción teleológica* porque la regla contenida en la ley fue formulada de una manera demasiado amplia, y a través de este método se reconduce

80 Coviello, Nicola, *Doctrina general del derecho civil,* Ciudad de México: Uteha, 1949, pp. 92-97.

81 Caffera, Gerardo, «La prenda irregular», *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, tomo XIX, 1988, p. 36. Esta situación también ha sido mencionada por este autor al expresar: «La solución a la situación no regulada no será sino la adaptación de la solución dada para la situación expresamente regulada, adaptación que se da solo sobre la base de las diferencias existentes entre situación regulada y situación no-regulada, pues la idea que justifica la solución expresa es lo que debe trasladarse incambiado (pues es el "fundamento" que menta la ley)».

82 Larenz, Karl, *Metodología de la ciencia del derecho*, Barcelona: Ariel, 1966, pp. 298 y ss.

83 Larenz, Karl, o. cit., pp. 266-267.

84 Larenz, Karl, o. cit., p. 308.

dicha regla al campo de aplicación que le corresponde conforme al fin de la ley o a la conexión de sentido de la ley.

Guastini[85] trabaja una idea similar en la estructura del argumento de disociación mediante lo que denomina *construcción de una excepción implícita*, cuyo razonamiento sería el siguiente:

a) Aparentemente, el legislador ha dictado una regulación para todo el conjunto de supuestos de hecho *F*.
b) Sin embargo, dentro de la clase *F* deben distinguirse dos subclases, *F1* y *F2*, «sustancialmente distintas».
c) Era intención del legislador, a la luz de la *ratio legis*, referirse no a toda la clase *F*, sino solo a una de las subclases en ella comprendidas (por ejemplo, la subclase *F1*).
d) Se sigue de esto que la norma, bien entendida, incluye —presupone— una excepción de manera que no alcanza a la subclase *F2*.

La reducción teleológica mencionada por Larenz y la construcción de una excepción implícita a que refiere Guastini conducen a un mismo resultado: no incluir en el ámbito de aplicación de la norma a determinadas situaciones porque no están alcanzadas por su fundamento.

Estos mecanismos son aplicables en materia de integración a los efectos de que la norma que se integra se adapte a la situación no regulada, y es lo que sucede con la situación analizada.

El escribano se encuentra inhibido de otorgar actos no vinculados a su función en la escritura que autoriza porque, a través de la integración, se traslada el fundamento de los artículos 24, inciso 2.º y 65, numeral 1.º del decreto-ley 1421; pero al mismo tiempo, ese fundamento, que consiste en evitar que el notario actúe en situaciones que puedan generar el ánimo de favorecer a una parte en desmedro de la otra, configura los límites de la inhibición y reduce el alcance de la norma.

Si la actuación del escribano afecta su imparcialidad, será alcanzada por la norma que se integra. A vía de ejemplo, si el escribano que autoriza la escritura al mismo tiempo es parte compradora o parte vendedora, se ve afectada su imparcialidad, y la norma que se integra lo inhibe de actuar. En cambio, si la actuación del escribano no afecta su imparcialidad, como según se explicó sucede en el caso analizado, la norma que se integra no lo inhibe para actuar.

De esta manera, a través de la función moderadora de la razonabilidad que debe guiar al intérprete por así imponerlo la ley al exigir que se consideren «las circunstancias del caso», hemos mediado entre la abstracción de las disposiciones normativas y lo específico de la situación analizada, y arribado a un resultado interpretativo adecuado a la valoración y la finalidad que fundamentan la norma que se integra.

85 Guastini, Riccardo, *Interpretar y argumentar* cit., p. 279.

4.5. Síntesis del análisis de la situación con relación al decreto-ley 1421

El decreto-ley 1421 no prevé a texto expreso la inhibición del escribano de otorgar actos en la escritura que autoriza, pero ella surge por integración a través del argumento *a fortiori* al comparar esa situación con la prevista en los artículos 24 y 65 referidos.

Esa integración debe realizarse de acuerdo a las «circunstancias del caso», lo cual nos conecta con el argumento de la naturaleza de las cosas, y este, con la realidad vivida por los escribanos. La razonabilidad del derecho requiere de la mediación entre los textos y la realidad a la cual se aplican en busca de interpretaciones adecuadas a la valoración y la finalidad de las disposiciones normativas; en ese sentido, debe considerarse que la situación analizada es un uso negocial consolidado desde hace muchos años que no ha afectado la imparcialidad de la profesión notarial.

A través del argumento *a fortiori* se aplica al caso no regulado el mismo fundamento que justifica los artículos 24, inciso 2.º y 65, numeral 1.º del decreto-ley 1421, pero no la misma norma, porque la norma que se integra debe adaptarse a las diferencias del caso no regulado. El fundamento moldea la norma que se integra al reducir su campo de aplicación solo a aquellas situaciones alcanzadas por él.

El fundamento que justifica la inhibición del escribano en los artículos mencionados es la afectación de su imparcialidad, la cual, en la realidad que vive el notariado del siglo XXI, no se presenta en los casos de endoso y entrega de una letra de cambio por el escribano o la transferencia bancaria dentro del contexto mencionado; por lo tanto, esos actos no se encuentran incluidos en el ámbito de aplicación de la norma que se integra.

A través de la argumentación jurídica desarrollada se arriba a un resultado interpretativo razonable y adecuado a la valoración y la finalidad que fundamenta el régimen de inhibiciones.

5. Análisis de la situación respecto al reglamento notarial

5.1. El artículo 25 del Reglamento Notarial y una consideración previa a su análisis

El artículo 25 del Reglamento Notarial establece una serie de inhibiciones entre las que incluye la siguiente:

> *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 […].

A diferencia de lo que ocurre con el decreto-ley 1421, el Reglamento Notarial sí prevé a texto expreso que el escribano no podrá intervenir en actos relacionados con él.

A continuación realizaremos la actividad interpretativa correspondiente a los efectos de atribuirle significado a dicha norma, pero antes, una consideración.

La doctrina ha manifestado diversas posiciones sobre la consecuencia de que se autorice una escritura por un escribano inhibido para actuar: nulidad absoluta,[86] nulidad relativa[87] o validez pero responsabilidad del escribano.[88] No profundizaré en la temática porque entiendo que no estamos ante un caso de inhibición, pero quisiera aclarar que la determinación de la validez o nulidad de un contrato es de competencia legal, no reglamentaria;[89] por lo tanto, esa discusión puede plantearse cuando se vulnera el decreto-ley 1421, no el Reglamento Notarial.

Ya se descartó que desde el punto de vista legal exista una inhibición del escribano para endosar y entregar una letra de cambio o realizar una transferencia bancaria en los contextos analizados; por ello, de manera contundente quiero afirmar que no existe en el caso analizado sanción de nulidad porque no hay ley que así lo establezca.

Lo que se analizará a continuación es si la actuación del escribano en los términos mencionados vulnera o no el Reglamento Notarial, con la precisión de que si se entendiera que lo vulnera, la sanción podría llegar a ser disciplinaria, pero de ninguna manera produciría la nulidad de cualquier acto que surja de la escritura.

5.2. De las técnicas interpretativas y la posibilidad de que conduzcan a resultados opuestos

Las técnicas o métodos de interpretación, señala Gascón Abellán,[90] son «directivas que expresan formas de llevar a cabo la actividad interpretativa» y se han identificado mediante el estudio en abstracto de esa actividad, esto es, de lo que se hace cuando se interpreta, y en especial, de las diferentes formas de argumentar que utilizan la doctrina y la jurisprudencia.

86 Larraud, Rufino, «Inhibiciones: intervención de parientes. Nulidad formal. Incompetencia del agente», *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, tomo 51, n.º 1-2 (ene.-feb. 1965), pp. 56-57.

87 Bardallo, Julio, o. cit., p. 28. Asociación de Escribanos del Uruguay, Comisión Directiva, *Escribanos*, exp. 16473/96, Julia Siri García [recurso en línea].

88 Asociación de Escribanos del Uruguay, Comisión de Derecho Notarial, *Escribanos*, exp. cit., María Inés Sapriza [recurso en línea].

89 Conf. Caffera, Gerardo, *Obligaciones*, Montevideo: FCU, 1.ª ed., 2018, p. 328.

90 Gascón Abellán, Marina, y García Figueroa, Alfonso J., *La argumentación en el derecho. Algunas cuestiones fundamentales*, Lima: Palestra Editores, 2016, p. 186.

Para sostener un resultado interpretativo, el intérprete debe argumentar, esto es, dar las razones por las cuales considera que ese resultado es correcto. Estas técnicas describen el modo de proceder en la actividad interpretativa para justificar mediante razones —argumentos— un resultado interpretativo.

Guastini[91] se refiere al resultado de las interpretaciones y explica que existen dos tipos fundamentales: 1) la interpretación que suele llamarse *literal* o *declarativa*, y 2) la interpretación que denomina *correctora*.

Para el autor,[92] por interpretación *literal* o *declarativa* puede entenderse aquella que atribuye a una disposición su significado «literal», es decir, el más inmediato, el que es sugerido por el uso común de las palabras y las conexiones sintácticas.

La interpretación *correctora* se opone a la interpretación literal y es aquella que atribuye al texto normativo un significado distinto al que surge de la interpretación meramente literal, basada en el significado común de las palabras.[93] Ese significado distinto puede ser más estricto o más amplio que el literal. En caso de que la actividad interpretativa tenga como resultado que el significado que se le atribuye a la norma sea más amplio que el que surge del análisis literal, se tratará de una interpretación *correctora extensiva*; en cambio, si tiene como resultado que el significado que se le atribuye a la norma es más restringido que el que surge del análisis literal, se tratará de una interpretación *correctora restrictiva*.

Existen técnicas interpretativas que conducen hacia un resultado interpretativo literal y otras hacia uno corrector, ya sea extensivo o restringido, lo cual genera que diversas técnicas puedan conducir a resultados opuestos; en esos casos es importante determinar cuál de ellos prevalece. Eso es lo que sucede entre el argumento de la *no distinción* y el argumento de *disociación*, que analizamos a continuación.

5.3. De la oposición entre el argumento de la no distinción y el de disociación

Un típico caso de oposición de técnicas interpretativas se produce entre el argumento de la *no distinción* y el argumento de la *disociación*: el primero conduce al resultado de una interpretación literal, y el segundo, al de una interpretación correctora restrictiva. Veamos en qué consiste cada uno y, luego, cómo se resuelve el conflicto entre estos argumentos.

El argumento de la *no distinción*, también conocido como argumento *a generali sensu*, se basa en la afirmación de que «donde la ley no distinguió,

91 Guastini, Riccardo, *Distinguiendo*… cit., p. 211.
92 Guastini, Riccardo, *Distinguiendo*… cit., p. 212.
93 Guastini, Riccardo, *Distinguiendo*… cit., p. 216. Gascón Abellán, Marina, y García Figueroa, Alfonso J., o. cit., p. 189.

no debe distinguir el intérprete». De acuerdo a este argumento, cuando se interpreta una disposición normativa, no deben realizarse distinciones que la ley no haya realizado, lo cual conduce a que el significado que se le atribuye a la disposición sea el más inmediato que surge de la semántica y la sintaxis de las palabras utilizadas, y por lo tanto, a un resultado: la interpretación literal.

El argumento de *disociación*, enseña Guastini,[94] consiste en alegar que dos supuestos de hecho son sustancialmente distintos, y uno de ellos está excluido del ámbito de aplicación de la ley. Explica el mencionado autor que, dada una norma cualquiera, hay supuestos de hecho a los cuales esta resulta sin duda aplicable, supuestos de hecho a los cuales sin duda dicha norma no puede ser aplicada y, por último, supuestos de hecho «dudosos» o «difíciles», que se encuentran en una zona de penumbra, es decir, supuestos de hecho para los cuales la aplicabilidad de la norma es incierta o controvertida. El argumento de la disociación puede ser usado para demostrar que un supuesto de hecho de dudosa calificación no se encuentra incluido dentro del campo de aplicación de la norma en cuestión.

El resultado de la actividad interpretativa consiste en que el significado que se le atribuye a la norma es más restringido que el que puede aparentar basado solo en el tenor literal, por lo que es necesario disociar aquellos casos que no están incluidos en el ámbito de aplicación de la ley.

El fundamento del argumento de disociación se encuentra en el valor *justicia*, que, como vimos, nos vincula a la *razonabilidad* a través de la prudencia como búsqueda interpretativa de la solución justa para el caso concreto. Aristóteles, según suele decirse, brindaba una definición de *justicia formal* al afirmar que lo justo no es tratar a todas las cosas igual, sino tratar lo que es igual de manera igual, y lo diferente, en proporción a su diferencia. En el costado de la justicia formal de tratar igual lo que es igual se fundamenta el argumento analógico, mientas que en el costado de tratar lo distinto de manera diferente[95] se fundamenta el argumento de disociación.

Como se puede apreciar, mientras el argumento de disociación introduce una distinción de la cual resulta la no inclusión en la norma de determinados supuestos, el argumento de la no distinción no permite

94 Guastini, Riccardo, *Interpretar y argumentar* cit., p. 277.

95 Anido Bonilla, Raúl, «De la partición transaccional» cit., p. 47. El autor, al referirse a la reducción teleológica, expresa: «Así como la justificación de la analogía radica en el precepto de justicia de tratar igual los casos iguales según el punto de vista valorativo decisivo, la de la reducción teleológica radica en el precepto de justicia de tratar lo desigual desigualmente, es decir, llevar a cabo las diferenciaciones requeridas por la valoración. Estas puede exigirlas, o bien el sentido y fin de la misma norma restringible, o bien el fin, siempre que sea preeminente, de otra norma, que en otro caso no habría de alcanzarse, o bien, "la naturaleza de la cosa" o un principio inmanente a la ley que tiene preeminencia para un cierto grupo de casos».

diferenciaciones y coloca todo en la misma bolsa, y por lo tanto, conducen a resultados opuestos. De ahí la relevancia de que cada ordenamiento jurídico establezca un criterio de prevalencia entre ambos. A continuación se analizará cuál ese criterio de prevalencia entre estos argumentos según el Código Civil uruguayo.

5.4. Las reglas de interpretación del Código Civil permiten la utilización del argumento de la no distinción y también el de disociación

El Código Civil uruguayo establece normas sobre interpretación de las leyes en su título preliminar. Para interpretar el derecho, primero hay que interpretar las disposiciones legales sobre interpretación de la ley y, luego, aplicar esos criterios.[96]

El artículo 17 dispone:

> Cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal, a pretexto de consultar su espíritu.
>
> Pero bien se puede, para interpretar una expresión oscura de la ley, recurrir a su intención o espíritu, claramente manifestados en ella misma o en la historia fidedigna de su sanción.

El sentido de la ley es el significado de la disposición normativa, y para identificarlo debe realizarse un procedimiento que comienza con el análisis del tenor literal del texto. Este es un método para comprender el sentido de la ley, pero no el único.

Ya desde el propio método literal es imperativo ubicar al texto dentro de la regulación, porque el artículo 20 del Código Civil dispone: «El contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía». Si el contexto de la ley ilustra el sentido de cada una de sus partes, entonces, para conocer el significado literal de una parte, debe ubicarse el texto en su contexto.

Por eso, para determinar si el sentido de la ley es claro, no basta con realizar una interpretación literal del texto aislado: es necesario, además, ubicar el texto en el contexto de la ley (art. 20 CC), esto es, el contexto *normativo* y *fáctico*.

El texto debe vincularse con el contexto normativo porque forma parte de una regulación que procura ser consistente y coherente, y debe relacionarse con el contexto fáctico —esto es, con los hechos a los cuales se va a aplicar— porque el derecho existe para regular situaciones de vida,

96 Conf. Rodríguez Russo, Jorge, *La interpretación del contrato*, Montevideo: FCU, 1.ª ed., 2006, p. 100.

y la conexión con esa realidad es lo que va a brindar «razonabilidad» al resultado interpretativo.

La falta de claridad consiste en la vaguedad o ambigüedad del texto y puede aparecer porque el tenor literal del texto no es claro; porque el texto considerado de manera aislada es claro, pero al ubicarlo dentro de la regulación no lo es, o porque al conectarlo con la realidad a la cual se lo pretende aplicar se detecta su oscuridad.

Si luego de realizar esa actividad se tiene como resultado que el significado de la ley es claro, allí culmina el proceso interpretativo, y es válida la utilización del argumento de la no distinción. En cambio, si luego de desarrollada esa etapa se tiene como resultado que el significado de la ley no es claro, se puede recurrir a la intención o espíritu de la ley, claramente manifestados en ella misma o en la historia fidedigna de su sanción (art. 17, inc. 2.º CC).

Si la ley habilita a recurrir a la intención o espíritu de la ley cuando hay una expresión oscura es porque autoriza al intérprete a que si detecta que el espíritu de la ley demuestra que el significado de la norma tiene un alcance menor o mayor que el significado del tenor literal, realice la interpretación correctora; de lo contrario, solo permitiría la interpretación literal. Por eso, cuando la ley habilita a consultar su espíritu y este demuestra que la intención era más restrictiva que el tenor literal del texto, es posible realizar una interpretación correctora restrictiva a través del argumento de disociación.

Como corolario de lo expuesto considero que la técnica interpretativa del argumento de disociación puede utilizarse en el derecho uruguayo al menos en estos casos:

1) cuando el sentido de un artículo no es claro en sí mismo (art. 17 CC), y al consultar su espíritu, resulta que el significado de la disposición normativa tiene un alcance menor que el que podría surgir de una de las interpretaciones literales posibles, y el caso que se analiza queda fuera del significado de la norma;
2) cuando el sentido de un artículo parece claro considerado de manera aislada, pero no lo es si se ubica la norma en su contexto normativo (arts. 17 y 20 CC), y al consultar su espíritu, resulta que el significado de la disposición normativa tiene un alcance menor que el que podría surgir de una de las interpretaciones literales posibles, y el caso que se analiza queda fuera del significado de la norma;
3) cuando el sentido de un artículo parece claro considerado de manera aislada, pero no lo es si se ubica la norma en su contexto fáctico (arts. 17 y 20 CC), y al consultar su espíritu, resulta que el significado de la disposición normativa tiene un alcance menor que el que podría surgir de una de las interpretaciones literales posibles, y el caso que se analiza queda fuera del significado de la norma.

5.5. ¿Cómo se resuelve el conflicto entre el argumento de la no distinción y el de disociación en el derecho uruguayo?

Para resolver el conflicto entre el argumento de la no distinción y el de disociación es suficiente con aplicar las reglas de interpretación dispuestas por el Código Civil señaladas con anterioridad, de la siguiente manera:

1. Si el sentido —significado— de la ley es claro respecto a que el caso analizado está regulado por la norma luego de haber analizado el texto en su sentido literal y ubicado en su contexto normativo y fáctico, no debe consultarse su espíritu, y por lo tanto, el intérprete no debe distinguir donde la ley no distinguió. En este caso prevalece el argumento de no distinción.
2. Si el sentido de la ley no es claro respecto a si el caso analizado está o no regulado por la norma luego de haber analizado el texto en su sentido literal, y ubicado en su contexto normativo y fáctico, debe consultarse la intención o espíritu de la ley, y si luego de ello se concluye que la intención era alcanzar al caso que se analiza, prevalece el argumento de no distinción.
3. En cambio, si el sentido de la ley no es claro luego de haber analizado el texto en su sentido literal y ubicado en su contexto normativo y fáctico, y al consultar su intención o espíritu resulta que el significado de la norma no alcanza al caso analizado, entonces debe realizarse una interpretación correctora restrictiva, y prevalece el argumento de la disociación.

5.6. Dos interpretaciones posibles del artículo 25 del Reglamento Notarial basadas en el argumento de la no distinción y en el de disociación

Vimos que el artículo 25, literal *c* del Reglamento Notarial inhibe a los escribanos de «autorizar escrituras públicas, actas, certificados o traslados relacionados con ellos» y establece como excepción «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».

Una primera interpretación, basada en el análisis aislado del texto, conduciría a sostener que el supuesto de hecho analizado en este trabajo —esto es, la situación en que el escribano endosa y entrega la letra de cambio a la parte vendedora o realiza una transferencia bancaria en virtud de la seña recibida— caería dentro del ámbito de aplicación de esta norma, porque el notario autorizaría una escritura relacionada con él, y esa situación no fue prevista como excepción. El argumento a utilizar sería el de la no distinción, y se podría decir: «donde la norma no distingue, no debe distinguir el intérprete».

Una segunda interpretación diría que las reglas del Código Civil sobre interpretación exigen ubicar a la norma en su contexto, y al hacerlo, el caso se vuelve dudoso, y corresponde consultar su espíritu.

Si ubicamos al texto del artículo 25, literal *c* del Reglamento Notarial dentro del contexto normativo, podemos apreciar que el decreto-ley 1421 no dispuso a texto expreso la inhibición notarial por acto relacionado con el escribano, y de acuerdo a lo ya desarrollado, esa inhibición surge por argumento *a fortiori*, pero solo para aquellos casos en que el acto que realice afecte la imparcialidad del escribano. A su vez, el contexto fáctico —esto es, la realidad del escribano del siglo XXI— demuestra que los casos sometidos a análisis forman parte un uso negocial que no afecta la imparcialidad del escribano por las razones ya expuestas.

El contexto normativo y el fáctico señalados generan la duda sobre cuál es el verdadero alcance del artículo 25 del Reglamento Notarial y nos habilita a consultar su espíritu. Al hacerlo, apreciamos que es el mismo que el de las inhibiciones en general: evitar que se afecte el principio de imparcialidad. El escribano puede realizar actos que afecten la imparcialidad y actos que no la afecten, y solo los primeros están incluidos en el espíritu de la norma.

Ante la duda, el espíritu señala cuál es el verdadero alcance de una norma, y en este caso es menor que el que parece tener de su tenor literal. A través del argumento de disociación se distinguen los casos no incluidos en el ámbito de aplicación de la norma, que serían aquellos en los cuales no se afecta la imparcialidad del escribano.

Las excepciones que el artículo señala corroboran este criterio. Larenz[97] ha enseñado que las disposiciones excepcionales pueden ser aptas para la analogía siempre que la proposición jurídica excepcional frente al principio general se base en un principio más estricto. Sostiene que es decisivo para ello la razón por la cual el legislador ha exceptuado esos casos: si la intención fue excepcionar «solo» ese caso, no regirá la analogía; pero si falta tal carácter, hay vía libre para ella, todo lo cual habrá de averiguarse mediante la interpretación.

En similar sentido, Coviello,[98] luego de referir a que las normas excepcionales en sentido amplio no pueden extenderse por analogía, sostiene que esta sí es posible cuando se trata de normas excepcionales relativamente, es decir, normas que si bien derogan normas generales, a su vez, respecto a una materia particular son generales, y por eso son llamadas *normas especiales*.

Es de destacar que el artículo señala dos excepciones: «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

97 Larenz, Karl, o. cit., p. 273.
98 Coviello, Nicola, o. cit., pp. 92-97.

otorgante». Ambas tienen una característica común: en ninguno de esos actos se afecta la imparcialidad del escribano, lo cual armoniza a la perfección con el fundamento de la inhibición y la interpretación basada en el argumento de disociación referida. Esa armonización consiste en que la inhibición alcanza a los actos relacionados con los escribanos que afecten su imparcialidad, y las excepciones refieren a actos relacionados con los escribanos que no afectan su imparcialidad.

Frente al principio mayor, que consiste en que el escribano se encuentra inhibido de intervenir en actos relacionados con ellos que afecten su imparcialidad, estas excepciones concretan un principio menor, que consiste en que el escribano no se encuentra inhibido de actuar cuando el acto relacionado con ellos no afecta su imparcialidad; y son excepciones abiertas a la analogía, porque donde existe la misma razón, debe existir la misma norma, y en ese sentido, es de destacar la similitud entre la primera excepción consagrada en el artículo 25, literal *c* del Reglamento Notarial y el caso analizado: en la primera excepción se trata de actos referidos a la custodia de documentos que las partes confían al escribano, como pueden ser su entrega o su devolución; en el caso analizado, de un acto vinculado a la «custodia» de una suma de dinero que las partes confiaron al escribano, y consiste en su devolución de acuerdo a lo pactado.

Es cierto que la obligación de devolver del escribano es distinta cuando el objeto es un documento que cuando es una suma de dinero, por la fungibilidad de este último. Pero el hecho de que lo confiado al escribano sea un documento o una suma de dinero, en materia de inhibiciones, no es una diferencia esencial que justifique un diverso tratamiento, porque lo relevante de la excepción se encuentra en que ambas partes confían en la imparcialidad del escribano, y por eso le entregan un objeto con el fin de que lo devuelva en un momento posterior.

Si en una escritura pública se deja constancia de que el escribano entrega la documentación que se le había confiado, se registra el cumplimiento de su obligación de devolver, y lo mismo ocurre si se deja constancia de que el escribano entrega una suma que se le había confiado en el contrato preliminar. De la misma manera en que no hay inhibición en el primer caso por tratarse de un acto vinculado al negocio pero que no afecta la imparcialidad del escribano, en el caso sometido a estudio tampoco la hay por la misma razón.

En definitiva, de acuerdo a esta interpretación, la inhibición establecida en el artículo 25, literal *c* del Reglamento Notarial alcanza solo a los actos que afecten la imparcialidad del escribano. Las excepciones mencionadas concretan un principio menor, que consiste en que la inhibición no se presenta en caso de actos relacionados con el escribano que no afectan su imparcialidad, y son abiertas a la analogía. Un caso excepcional análogo por concretar el mismo principio menor es el sometido a estudio; por lo tanto, no rige la inhibición.

A mi entender, de las dos interpretaciones referidas, la única que respeta el procedimiento señalado por el Código Civil es la segunda, pero si alguna duda quedare, es disipada por el argumento de la *interpretación conforme*, que se desarrolla a continuación.

5.7. La interpretación conforme como técnica de interpretación sistemática que impone la elección del argumento de disociación

Larenz[99] sostiene que el sentido de la norma jurídica particular solo se infiere, las más de las veces, cuando se la considera parte de una regulación a la que pertenece. En el mismo sentido, Grau[100] ha enseñado que el derecho no se interpreta por partes, sino en su totalidad, y que la norma no se interpreta de manera aislada, sino considerada en relación con la posición que ocupa en el conjunto del ordenamiento jurídico.

La ubicación de la norma dentro de la regulación nos conduce a la interpretación sistemática, cuya realización es un deber del intérprete, porque así lo impone el artículo 20 del Código Civil ya relacionado.

La locución *interpretación sistemática*, enseña Guastini,[101] se utiliza para aludir a un conjunto de argumentos cuyo rasgo común consiste en hacer referencia al contexto dentro del cual se ubica la disposición a interpretar y al carácter sistemático del ordenamiento jurídico, es decir, a su coherencia, consistencia lógica y completitud.

A través de este tipo de interpretación se intenta evitar antinomias o incoherencias entre las normas, es decir, se excluye una atribución de significado que sea contraria a la coherencia o consistencia del sistema.[102] Dentro de los argumentos de interpretación sistemática se encuentra el llamado de la *interpretación conforme*, una técnica que intenta evitar que otra de grado inferior entre en conflicto con una disposición normativa de grado superior, o que colisione con un principio relevante para ese caso.

En la interpretación conforme se parte de que una disposición normativa admite dos interpretaciones plausibles: una que es conforme a una disposición normativa de grado superior o a un determinado principio relevante, y otra que no lo es. Según esta técnica interpretativa, debe preferirse la primera, porque así lo exigen la coherencia lógica y la cohesión axiológica del sistema jurídico.[103] [104]

99 Cit. por Anido Bonilla, Raúl, «De la eficacia del documento notarial», *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, tomo 89, n.º 1-12 (ene.-dic. 2003), p. 183.
100 Grau, Eros, o. cit., pp. 110-111.
101 Guastini, Riccardo, *Interpretar y argumentar* cit., pp. 289 y ss.
102 Guastini, Riccardo, *Interpretar y argumentar* cit., p. 293.
103 Guastini, Riccardo, *Interpretar y argumentar* cit., pp. 294 y ss.
104 Gascón Abellán, Marina, y García Figueroa, Alfonso J., o. cit., pp. 278-282.

Una manifestación legal de esta técnica interpretativa resulta del artículo 1300 del Código Civil, que concreta el principio de conservación de los contratos, y su utilización general se justifica por el principio de jerarquía de las normas.

Como se puede apreciar, de las dos interpretaciones referidas del artículo 25, literal *c* del Reglamento Notarial, solo una de ellas es conforme a la disposición normativa superior, que es la norma integrada con jerarquía legal a través de la comparación con los artículos 24, inciso 2.º y 65, numeral 1.º del decreto-ley 1421 expuesta con anterioridad.

La interpretación literal del artículo 25 del Reglamento Notarial no es conforme a la referida norma integrada porque esta inhibe solo los actos que afectan la imparcialidad del escribano. En cambio, de la interpretación literal mencionada resultaría una inhibición más amplia. A su vez, la interpretación literal referida no es conforme al principio de razonabilidad que debe regir toda interpretación porque no se ajusta a la realidad que viven los sujetos a quienes se pretende aplicar.

Por el contrario, la interpretación basada en el fundamento del artículo 25, literal *c* del Reglamento Notarial y el argumento de disociación sí es conforme a la norma integrada con jerarquía legal referida porque ambas coinciden en que solo hay inhibición para realizar actos que afecten la imparcialidad del escribano, pero no para los demás. A su vez, el resultado interpretativo es conforme al principio de razonabilidad referido por ajustarse a la realidad notarial actual.

Por lo tanto, de acuerdo al argumento de interpretación conforme, debe preferirse esta última interpretación porque así lo exigen, como se dijo, la coherencia lógica y la cohesión axiológica del sistema jurídico.

5.8. La diferencia entre *argumentar* y *decidir*, y las precauciones en el ejercicio de la profesión notarial

Argumentar es brindar razones para llegar a una conclusión, y como ha expresado Atienza,[105] tiene sentido argumentar cuando hay un problema que debemos resolver, lo cual ocurre en la situación analizada.

El escribano, al ejercer la función notarial, debe procurar tomar decisiones fundamentadas en argumentos jurídicos, pero también saber que *argumentar* y *decidir* son cosas distintas.

Se puede tomar decisiones sin argumentar,[106] lo cual a nivel jurídico no debería aceptarse, porque toda decisión debe estar motivada por razones. Y también se puede argumentar sin tener que tomar una decisión, que es lo que sucede con el análisis que puede realizar un escribano respecto al artículo 25 del Reglamento Notarial. Los escribanos podemos argumentar

105 Atienza, Manuel, o. cit., p. 643.
106 Atienza, Manuel, o. cit., p. 547.

sobre cuál es la interpretación correcta de la disposición normativa y si corresponde o no una sanción disciplinaria por actuar del modo analizado, pero no vamos a decidir esa situación.

La potestad para decidir si corresponde o no sanción disciplinaria por actuar de la manera referida la tiene la Suprema Corte de Justicia (art. 256 Reglamento Notarial) en su carácter de órgano de contralor de la actuación notarial, quien podrá coincidir o no con la argumentación aquí establecida.

Es por ello que a pesar de mi convicción con relación a que el resultado interpretativo expuesto es el correcto, sugiero a los escribanos que mientras no exista una posición oficial de la Suprema Corte de Justicia sobre el tema, utilicen otras alternativas de actuación.

6. Una consideración ajena a las inhibiciones pero vinculada a la temática

Luego de haber concluido que el escribano no se encuentra inhibido de actuar de la manera indicada, refutándose así cualquier planteamiento de nulidad o sanción disciplinaria por dicha causa, corresponde hacer mención de un aspecto que es totalmente ajeno a las inhibiciones notariales, pero que refiere a la normativa sobre inclusión financiera.

Los artículos 40 y 41 de la ley 19210 incluyen entre los medios de pago en dinero admitidos las letras de cambios cruzadas emitidas por una institución de intermediación financiera a nombre del adquirente, pero no mencionan la letra de cambio cruzada a nombre del escribano. Frente a dicha situación podría cuestionarse que el Poder Ejecutivo, al dictar el artículo 3.º *bis* del decreto reglamentario 351/017 y admitir la letra de cambio cruzada a nombre del escribano, no se ajustó a la ley, generándose una antinomia que debe resolverse a través del criterio jerárquico. Por tal razón, se sugiere que se efectúe una modificación legislativa que incluya de manera expresa esta posibilidad.

Dicho cuestionamiento no se plantea en caso de que el escribano recurra a una transferencia bancaria, porque con relación a estas, la ley no estableció limitaciones a la titularidad de las cuentas de origen y destino.

7. Conclusiones

1. La razonabilidad es un principio rector de toda la actividad hermenéutica jurídica y consiste en atribuir a la norma un significado que sea adecuado a la realidad de los sujetos a quienes se aplica, y, al mismo tiempo, acorde a la valoración y la finalidad que fundamenta la disposición. Dicho principio guía el desarrollo de la argumentación realizada en este trabajo.

2. El decreto-ley 1421, en sus artículos 24, inciso 2.º y 65, numeral 1.º, inhibe al escribano de intervenir cuando actúan determinados miembros de su familia; el valor que lo fundamenta se encuentra en preservar su

imparcialidad, y su finalidad, en evitar que el notario actúe en situaciones que puedan generar el ánimo de favorecer a una parte en desmedro de la otra.

3. El decreto-ley 1421 no dispone a texto expreso la inhibición del escribano por acto propio; sin embargo, dicha norma surge por integración, fundamentada en la naturaleza de la función notarial a través del argumento *a fortiori*, al comparar esa situación con la prevista en los artículos 24, inciso 2.º y 65, numeral 1.º del decreto-ley 1421.

4. La integración se realiza en función de las «circunstancias del caso», y estas se vinculan con el argumento de la naturaleza de las cosas, que exige considerar las circunstancias actuales, y con el principio de razonabilidad referido.

5. A través del argumento *a fortiori* se traslada el fundamento que rige el caso regulado, pero la norma que se integra es distinta, porque debe considerar las diferencias del caso no regulado. El fundamento consiste en no afectar la imparcialidad del escribano y delimita la configuración de la norma que se integra al reducir su campo de aplicación a aquellos casos en que dicha imparcialidad se encuentre afectada.

6. La norma legal aplicable por integración no alcanza a la situación analizada porque en ella no se encuentra el fundamento de la inhibición; prueba de ello es que se trata de una realidad que ha operado durante décadas sin que haya afectado la imparcialidad del escribano.

7. Descartada la inhibición legal, se desecha la posibilidad de que la actuación del escribano en los términos referidos afecte la validez del acto, ya que no hay nulidad sin ley que lo establezca.

8. El artículo 25 del Reglamento Notarial sí prevé de manera expresa la inhibición por actos relacionados con el escribano, e interesa su análisis a los efectos de una posible sanción disciplinaria.

9. Una interpretación basada en el argumento de la no distinción conduce a sostener que el caso analizado se encuentra alcanzado por la norma; en cambio, una interpretación contextual basada en el argumento de disociación concluye que el caso analizado no se encuentra afectado por la inhibición.

10. A entender del autor de este trabajo, la interpretación correcta, de acuerdo a las reglas de interpretación establecidas en el Código Civil, es la segunda, y la situación analizada no es alcanzada por la inhibición establecida en el artículo 25 del Reglamento Notarial. Si alguna duda quedare, el argumento de la interpretación conforme pone fin a la discusión.

11. La situación analizada no se encuentra comprendida en la inhibición establecida en el decreto-ley 1421 ni en el Reglamento Notarial; por lo tanto, a entender del autor de este trabajo, no corresponde sanción alguna por tal motivo. Sin embargo, vale decir que una cosa es argumentar y otra es decidir, y la decisión sobre si corresponde o no una sanción disciplinaria será de la Suprema Corte de Justicia, quien podrá coincidir o no con la argumentación aquí establecida. Por lo tanto, mientras no exista una po-

sición oficial de dicho organismo, se sugiere a los escribanos utilizar otras alternativas de actuación.

12. Un tema ajeno a las inhibiciones notariales y relativo a la normativa sobre inclusión financiera consiste en que podría cuestionarse que el artículo 3.º *bis* del decreto reglamentario 351/017, al admitir la letra de cambio cruzada a nombre del escribano, no se ajustó a lo dispuesto por los artículos 40 y 41 de la ley 19210. Por tal razón se sugiere que se efectúe una modificación legislativa que incluya de manera expresa esta posibilidad. Dicho cuestionamiento no se plantea en caso de que el escribano recurra a una transferencia bancaria, porque con relación a estas, la ley no estableció limitaciones a la titularidad de las cuentas de origen y destino.

8. Bibliografía

Anido Bonilla, Raúl, «De la partición transaccional», *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, tomo 85, n.º 1-6 (ene.-jun. 1999), pp. 23-66.

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

Asociación de Escribanos del Uruguay, Comisión Directiva/Comisión de Derecho Notarial, *Escribanos*, exp. 16473/1996 [recurso en línea].

Atienza, Manuel, *Curso de argumentación jurídica*, Madrid: Trotta, 1.ª ed., 2013.

Bardallo, Julio, «El agente de la función notarial y sus limitaciones legales», *Derecho Notarial*, ficha n.º 12.

Bazán, José Luis, y Madrid, Raúl, «Racionalidad y razonabilidad en el derecho», *Revista Chilena de Derecho*, vol. 18, n.º 2.

Bobbio, Norberto, *Teoría general del derecho*, Bogotá: Temis, 3.ª ed., 2007.

Caffera, Gerardo, «La prenda irregular», *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, tomo XIX, 1988.

—, *Obligaciones*, Montevideo: FCU, 1.ª ed., 2018.

Del Campo García, Carlos, Asociación de Escribanos del Uruguay, Comisión de Derecho Notarial y Técnicas Notariales, «Inhibiciones del escribano», *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, tomo 99, n.º 1-12 (ene.-dic. 2013), pp. 221-233.

Cosola, Sebastián J., *La prudencia notarial: vigencia del pensamiento de Juan Berchmans Vallet de Goytisolo*, Pando, San Miguel: Gaceta Notarial, 2014.

Coviello, Nicola, *Doctrina general del derecho civil*, Ciudad de México: Uteha, 1949.

Gascón Abellán, Marina, y García Figueroa, Alfonso J., *La argumentación en el derecho. Algunas cuestiones fundamentales*, Lima: Palestra Editores, 2016.

Grau, Eros, *Interpretación y aplicación del derecho*, Madrid: Dykinson, 2007.

Guastini, Riccardo, *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*, Buenos Aires: Gedisa, 1.ª ed., 1999.

—, *Interpretar y argumentar*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1.ª ed., 2014 (1.ª reimpr., 2017).

Larenz, Karl, *Metodología de la ciencia del derecho*, Barcelona: Ariel, 1966.
Larraud, Rufino, *Curso de derecho notarial*, Buenos Aires: Depalma, 1966.
—, «Inhibiciones: intervención de parientes. Nulidad formal. Incompetencia del agente», *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, tomo 51, n.º 1-2 (ene.-feb. 1965).
Molla, Roque, «Depósito de suma de dinero con función de garantía», *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, tomo 79, n.º 7-12 (jul.-dic. 1993).
—, «La interpretación y aplicación del derecho como manifestación de la función notarial creadora de derecho», *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, tomo 87, n.º 7-12 (jul. dic. 2001), pp. 211-235.
Ordoqui Castilla, Gustavo, *Tratado de derecho de los contratos*, tomo IV, Montevideo: AMF-Editores Uruguay-Ediciones del Foro, 1.ª ed., 2016.
Rodríguez Russo, Jorge, *La interpretación del contrato*, Montevideo: FCU, 1.ª ed., 2006.
Ross, Alf, *Sobre el derecho y la justicia*, Buenos Aires: Eudeba, 1963.
Vallet de Goytisolo, Juan B., «De la determinación del derecho», *Manuales de metodología jurídica*, III, Madrid: Fundación Cultural del Notariado, 2004.
Viola, Francesco, y Zaccaria, Giuseppe, *Derecho e interpretación. Elementos de teoría hermenéutica del derecho*, Madrid: Dykinson, 2007.

¿Las sociedades comerciales pueden realizar donaciones?

por Daniella Cianciarulo

Resumen

La sociedad tiene un determinado objeto social, con limitaciones en algunos tipos sociales.
Se analiza si es posible que una sociedad pueda realizar donaciones, y en caso afirmativo, dentro de qué marco.
Existen diferencias si la sociedad realiza una donación en beneficio de una comunidad o con el interés de beneficiar a alguien, pero con un fin ulterior que redunda en beneficio para la sociedad y sus socios. En ese caso, la donación no viola el interés social y es perfectamente posible.
La donación de algunos o todos sus bienes a socios o terceros es absolutamente nula por contraria al interés social.

Sumario

1. Introducción. 2. Aspectos societarios generales. 3. Vinculación de los aspectos societarios al tema propuesto. 4. Conclusión. 5. Bibliografía.

1. Introducción

Los socios de una sociedad comercial deciden realizar una actividad poniendo bienes en común que trasmiten al ente societario, el que será el vehículo elegido para lograr ese objetivo.

La sociedad comercial es sujeto de derecho desde el acuerdo de voluntades. Como tal, tiene amplias facultades, con mayor o menos limitación según la ley y la interpretación de la doctrina.

El objetivo de este trabajo es analizar y argumentar el alcance de esas limitaciones en lo que refiere a la posibilidad de que una sociedad pueda donar.

2. Aspectos societarios generales

A efectos de presentar el tema se comenzará con el planteamiento de algunos aspectos societarios que servirán para su desarrollo.

De acuerdo al artículo 1.º de la ley 16060, de sociedades comerciales —en adelante, *LSC*—, habrá sociedad comercial cuando dos o más personas físicas o jurídicas se obliguen a realizar aportes para aplicarlos al ejercicio de una actividad comercial organizada, con el fin de participar en las ganancias y soportar las pérdidas. De este concepto surge la exigencia de la pluralidad en el momento de constitución de la sociedad, la que puede estar formada por personas físicas o jurídicas.

En caso de ser personas físicas, se deberá atender a las normas específicas sobre capacidad existentes en la LSC (arts. 44, 45 y 46). Si se trata de personas jurídicas, existen disposiciones que regulan la participación de sociedades en ellas, estableciendo límites con importantes consecuencias si estos se sobrepasan (arts. 47 y ss.).

También surge del artículo 1.º de la LSC que la obligación principal del socio es la de realizar aportes; tan es así que no adquiere dicha calidad si no los realiza.

Los aportes que realizan los socios forman el capital social y permiten que la sociedad desarrolle el objeto social. Como integran el capital social, formarán también parte del patrimonio social. La sociedad irá incrementando dicho patrimonio con activos adquiridos durante la vida societaria y con aportes realizados en instancias de aumento de capital.

Esos activos son propiedad de la sociedad, persona jurídica distinta de los socios o accionistas que la integran; aquellos serán adjudicados a estos una vez que se produzca la disolución y liquidación de la sociedad, de acuerdo al procedimiento previsto en la LSC, con, en caso de ser posible, preferencia a que se les adjudiquen los mismos bienes que aportaron.

El capital es la garantía de los acreedores, más aún en aquellas sociedades en las que los socios tienen responsabilidad limitada (no ingresaremos en esta instancia en la discusión acerca de si esa función de garantía del capital sigue vigente o ha perdido peso). Por este motivo, la ley presta especial atención a que las aportaciones de los socios sean efectivas y avaluadas de acuerdo a criterios reales y certeros.

La sociedad puede ser analizada como sujeto de derecho, pero también como contrato. Sin perjuicio de que en el artículo 1.º, en el cual se da un concepto de sociedad, esta no se define como contrato, sí surgen indicios de ello. En ese sentido, el propio artículo 1.º menciona que el socio se obliga —contrato fuente de obligaciones—, y varias normas directamente mencionan la palabra *contrato*.

Analizada la sociedad como un contrato, es necesario, como en todo contrato, estudiar los requisitos de validez que debe contener, esto es, capacidad, consentimiento, objeto y causa.

Respecto a la capacidad, la LSC contiene normas que refieren a la capacidad necesaria para constituir una sociedad, esto es, la capacidad legal para ejercer el comercio. Asimismo, plantea diversas situaciones, como cuando un menor integra la sociedad, ya sea con socios extraños o con sus padres, tutores o curadores.

En cuanto al consentimiento, rigen las normas generales del Código Civil.

El objeto como requisito de validez —o sea, el contenido de la prestación o la norma que surge del contrato, según la posición que se sostenga— es la obligación de realizar aportes.

La causa del contrato social es la de que los socios se distribuyan las ganancias. Ellos se reúnen para cumplir el objeto social a través de la sociedad, obtener y dividirse las ganancias; esa es su ventaja o provecho.

Y por último, es necesario a los efectos buscados referir al interés social, del cual la doctrina se ha dedicado *in extenso*.

Miller plantea que es diferente el alcance que se da a ese concepto según se considere la naturaleza jurídica de la sociedad como un contrato (teoría contractualista), en cuyo caso el interés social será proteger y procurar el bienestar de socios y accionistas, o como una institución (teoría institucionalista), y por lo tanto, el interés social será considerado como el interés de la sociedad, la cual tiene uno propio y diferenciado del de sus integrantes.[107]

Si bien según este autor nuestro derecho no consagra expresamente ninguna norma que refiera al interés social, es innegable que el interés social se vincula con la correcta gestión de los administradores de la sociedad, buscando crear valor para la sociedad, lo que redunda en definitiva en creación de valor también para los accionistas a través de maximizar el valor de sus acciones.[108]

3. Vinculación de los aspectos societarios al tema propuesto

Desarrollados los conceptos previos, estamos en condiciones de analizar el tema propuesto, esto es, si las sociedades comerciales pueden realizar donaciones.

3.1. Contrato de donación

En primer lugar, recordamos que el contrato de donación, previsto en el Código Civil, es definido en su artículo 1613 así: «La donación entre vivos

107 Miller, Alejandro, «Gestión de la sociedad anónima, interés social y responsabilidad social empresarial», *Revista de Derecho Comercial*, 5.ª época, año 1, n.º 2 (abr.-jun. 2016), p. 9.

108 Miller, Alejandro, o. cit., p. 14.

es un contrato por el cual el donante, ejerciendo un acto de liberalidad, se desprende desde luego e irrevocablemente del objeto donado en favor del donatario que lo acepta».

Lo típico de este contrato es la *liberalidad*, es decir, que no existe una ventaja económica para el donante. Puede existir otro tipo de ventaja o provecho, el que transitará por el terreno personal, pero como contrato gratuito solo tiene utilidad para una de las partes, mientras la otra sufre el gravamen (art. 1249 CC).

3.2. Objeto social; actuación de representantes

Los representantes de la sociedad deben cumplir el objeto social. El artículo 79, inciso 3.º de la LSC establece que estos no obligarán a la sociedad por los actos que sean notoriamente extraños. Al respecto existen diversas posiciones doctrinarias.

Por un lado, Rodríguez y López Rodríguez[109] sostienen que algunos autores relacionan el objeto social con la capacidad de la sociedad, esto es, los representantes no pueden actuar fuera del objeto social porque la sociedad no tiene capacidad. Según su opinión, la sociedad tiene plena personería jurídica, pero limitada al objeto social. La limitación en el campo de la actuación en el artículo 79, inciso 3.º no supone una limitación en la capacidad, sino que esa disposición contiene un régimen de imputabilidad: los representantes deben cumplir determinados requisitos y actuar dentro del objeto para que el acto sea imputado a la sociedad.

De otra parte, Germán[110] entiende que los representantes no pueden actuar fuera del objeto porque carecen de poder normativo negocial.

Wonsiak[111] sostiene que no es un problema ni de capacidad ni de poder normativo. Cuando se trata de un acto notoriamente extraño al objeto social, la sociedad, en tanto persona jurídica, tiene capacidad, o sea, aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones; por ello, puede realizar el acto, pero necesita de la decisión del órgano de asamblea para que se forme la voluntad y el acto quede imputado a la esfera obligacional de la persona jurídica sociedad.

En lo que coinciden estas teorías, y no podría ser de otra manera porque así lo refiere el artículo 79, inciso 3.º de la LSC, es en que el objeto limita la actuación de los representantes. La diferencia se encuentra en las consecuencias si se actúa fuera del objeto social.

109 Rodríguez, Nuri E., y López Rodríguez, Carlos E., *Administración y representación de sociedades*, apartado III («Objeto y principio de especialidad»), en ‹www.derechocomercial.edu.uy›, consultado el 20.5.2018.

110 Rodríguez, Nuri E., y López Rodríguez, Carlos E., o. cit.

111 Rodríguez, Nuri E., y López Rodríguez, Carlos E., o. cit.

Es necesario también plantear si el hecho de que la sociedad realice enajenaciones —compraventas, permutas, donaciones— es un tema relacionado con el objeto social. Planteado de otra forma: si una sociedad decide adquirir un bien inmueble, ¿es necesario que en el objeto social diga «adquirir inmuebles»?; ¿es un tema relacionado con el objeto?; ¿o la sociedad puede hacerlo como ente con derechos y obligaciones?

En nuestra opinión, la sociedad, a través de su representante, puede adquirir o incluso enajenar inmuebles de la sociedad sin que este punto se encuentre dentro del objeto, porque no es directamente un tema de objeto. Por cierto, con límites, pues si la sociedad se constituye con un objeto determinado y luego comienza a dedicarse a adquirir inmuebles, indirectamente está cambiando su actividad.

En esta instancia nos estamos refiriendo a si es necesario que en el objeto social esté previsto que el representante pueda adquirir o enajenar un inmueble para poder hacerlo. Incluso se discute si es necesaria la autorización de los socios o de los directores para realizar un acto de adquisición o de enajenación, tema muy interesante, pero que no es el aspecto planteado en este trabajo.

3.3. ¿Una sociedad puede donar?

En nuestra opinión, la problemática de si una sociedad puede donar excede la discusión del alcance del objeto social y es mucho más profunda. Lo excede porque ninguna sociedad debería tener como objeto *donar*, si es que se considera necesario que la actividad de enajenar esté referida dentro del objeto en el contrato social. Pero aun cuando se entienda que sí esté referida, ningún contrato social mencionará el verbo *donar*, porque esa actividad iría contra la causa de la sociedad, que, como se dijo antes, es «repartir ganancias entre los socios».

Por ello pretendemos analizar el tema desde otro ángulo.

Es menester estudiarlo según la circunstancia en que se pretenda donar:

a. Por un lado, existe la posibilidad —relativamente frecuente— de que una sociedad realice donaciones; por ejemplo, haciendo sorteos de objetos valiosos a los clientes de la empresa, o haciendo donaciones a fundaciones o asociaciones sin fines de lucro (instituciones de ayuda a enfermos oncológicos o discapacitados). También, en ocasiones, se donan bienes o dinero a empleados que se retiran de la empresa luego de prestar servicios durante muchos años, u obsequios a fin de año a todo el personal. En definitiva, en todos estos casos, la sociedad está donando.

b. Por otro lado, se puede plantear la posibilidad de que una sociedad done algunos o todos sus bienes a sus socios como forma de liquidar el activo o por cualquier otro motivo, es decir que, en definitiva, ese bien no integrará más su patrimonio.

En una primera visión podría decirse que no hay diferencia entre una situación y otra porque en las dos la sociedad está donando, pero en realidad, existen diferencias y muy importantes.

En la primera situación, la sociedad puede realizar donaciones a instituciones benéficas o con miras de premiar a los clientes porque, como dice Olivera García, el tema está relacionado con lo que se conoce como *responsabilidad sociedad empresarial*; esto es, la sociedad, como ente integrante de una comunidad, puede y debe colaborar con el bienestar de esta. Además, en muchos de estos casos, la sociedad seguramente se vea alcanzada por beneficios fiscales, sumado esto al prestigio que socialmente adquiere el ente societario.

Miller estudia el tema de la responsabilidad social empresarial y señala que esta conlleva a que la sociedad practique acciones políticas y hechos destinados a la comunidad, y se plantea si tales erogaciones suponen el desvío del interés social que debe presidir la gestión de la administración.[112] Manifiesta este autor que esa responsabilidad social empresarial replantea lo que debe entenderse como buena gestión de los administradores en los negocios sociales que pueden dirigir los intereses económicos a los accionistas y otros intereses.

Por su parte, Cabanellas de las Cuevas sostiene que, salvo que el contrato social diga lo contrario, los órganos sociales no pueden asumir fines ajenos al beneficio económico de la sociedad y sus socios, pero que esto no implica el poder realizar actos gratuitos que respondan a algún motivo vinculado a la conveniencia económica de la sociedad y de los socios.[113]

El interés común de los socios no excluye acciones externas de responsabilidad social empresarial en tanto estas responden a expectativas de mediano y largo plazo de rentabilidad. Y esto no es filantropía, porque no se deja de lado el interés social.[114] Miller pone como ejemplo que si una sociedad anónima dona o financia un museo, un laboratorio universitario o un hospital (relegando a los accionistas), no está desviándose del interés social, sino que esa acción de responsabilidad social empresarial será estratégica para, con tal medida, lograr —o procurar lograr— el beneficio para la comunidad y también para la empresa, la que será mejor considerada en aquella.[115]

Halperin y Butty han manifestado que el tema de si la sociedad puede donar debe resolverse considerando la finalidad de la sociedad y el derecho inderogable de los socios a las utilidades que la mayoría no puede afectar. Pero no cabe incluir aquí las de uso —por ejemplo, contribuciones o colectas de beneficencia—, porque benefician el buen nombre o el crédito del ente,

112 Miller, Alejandro, o. cit., pp. 16 y ss.
113 Cabanellas de las Cuevas, Guillermo, cit. por Miller, Alejandro, o. cit., p. 37.
114 Miller, Alejandro, o. cit., p. 57.
115 Miller, Alejandro, o. cit., p. 58.

o contribuyen a la propaganda de sus productos; tampoco las pensiones de sus empleados, porque atañen al contrato de trabajo celebrado o actúan como un incentivo para la mejor dedicación y eficiencia.[116]

Por todo ello, a priori, puede concluirse, en acuerdo con estos autores, que este tipo de donaciones están permitidas a la sociedad, y si nos preguntamos dónde está la causa de la donación —es decir, la mera liberalidad—, en realidad no existe, como en cualquier donación, sino que se encuentra en el beneficio ulterior que recibirá la sociedad; por eso, no contraría el interés social. Es decir, se admite la liberalidad de las sociedades siempre que no afecte la causa por la que se formó el contrato; si así fuera, la donación no sería posible, como explicaremos a continuación en los restantes casos que se pretenden analizar.

Diametralmente opuesto es el caso en que una sociedad pretenda donar sus bienes, total o parcialmente, a terceros o a sus propios socios. Es muy diferente, porque si la sociedad pretende donar sus bienes a socios o terceros, está desintegrando su patrimonio y afectando no solo a sus integrantes, sino a sus acreedores, y por supuesto, violando el interés social.

En nuestra opinión, este tipo de donaciones no son posibles por los siguientes motivos:

a. Para quienes entienden que el objeto de la sociedad no solo limita la actuación de los representantes, sino que además determina la capacidad de la sociedad, debería encontrarse la posibilidad de donar en el propio objeto.

Entendemos esto inviable, dado que sería una actividad que violaría la propia causa del contrato social, que, como se dijo, es la participación de los socios en las ganancias, por lo que no sería correcto establecer como rubro dentro de la actividad la donación.

Además, la sociedad se constituye para realizar una actividad comercial, no para hacer liberalidades; aun cuando fuera una sociedad con actividad civil que adopte una forma societaria regulada por la LSC o que decida regularse por dicha ley (art. 4.º, comercialidad formal), pues en estos casos, la causa del contrato también es repartirse las ganancias, no hacer liberalidades.

b. Para la posición que sostiene que aunque una actividad no esté en el objeto, los socios pueden autorizarla o ratificar el acto ya realizado, tampoco sería posible, porque los socios no pueden autorizar un acto disponiendo de bienes que no les pertenecen, sino que son de la sociedad, activo que permite desarrollar el objeto social y es garantía de los acreedores, quienes no serían consultados al efecto pero sí afectados.

c. El artículo 79, inciso 1.º de la LSC establece que los representantes pueden enajenar, gravar y arrendar los bienes sociales. En nuestra opinión,

116 Halperin, Isaac, y Butty, Enrique M., *Curso de derecho comercial*, vol. 1, Buenos Aires: Depalma, 4.ª ed., 2000, pp. 288-289.

pueden hacerlo aun sin ninguna autorización, ni siquiera de los propios integrantes del directorio, porque la ley lo permite.

Si procedieran a realizar una donación de todos los bienes, estarían dejando a la sociedad sin patrimonio, y por ende, a los acreedores sin garantía. Al no poder desarrollarse la actividad social, no existirá reparto de utilidades a los socios ni se agregará valor a la sociedad, por lo que irían totalmente en contra del interés social y contra la causa de la sociedad. Por ello, dichos actos serían absolutamente nulos.

d. Si se pretendiera liquidar la sociedad, existe en la LSC un procedimiento debidamente regulado: preparación y aceptación del balance, satisfacción o garantía a los acreedores, y, por último —si existe remanente—, trasmitir los bienes a sus socios. Si en lugar de realizar todo este procedimiento directamente se donaran los bienes a los socios, se estarían vulnerando todos los derechos protegidos en las normas referidas. Existiría responsabilidad de los administradores, pero además, por todos los argumentos dados, el acto sería nulo.

e. Al momento de trasmitir los bienes, luego de la liquidación, podría plantearse la posibilidad de donar bienes en lugar de adjudicarlos, como debería ser el procedimiento correcto; porque en definitiva, en una donación se *trasmite*, que es el término que menciona la LSC (art. 180).

La interrogante es: ¿cuál es la liberalidad de dicha donación?, ¿cuál es la causa? Una trasmisión por adjudicación se realiza porque existe el derecho del socio a que se le retribuya su participación; no hay gratuidad. El socio, oportunamente, aportó, y ahora, al finalizar la vida societaria, si existe remanente luego del pago a los acreedores, tiene derecho a que se le pague lo que corresponde. No hay precisamente una contraprestación actual, pero sí una equivalencia, porque en su momento se aportó, y ahora, al finalizar la actividad social, si todavía queda activo, los socios tienen derecho a que este se les adjudique de acuerdo a su participación. No amerita de ningún modo que la sociedad realice una pretendida liberalidad.

Por ende no hay causa alguna para esa donación, ni siquiera al finalizar la vida del ente societario.

f. Si se analizan los requisitos de validez que exige el Código Civil para los contratos con respecto a la donación, existe consentimiento si el socio acepta (capacidad de ambas partes). ¿Y con relación al objeto y a la causa? El objeto sería ilícito, porque el acto se realiza en contra del interés social; también la causa, porque la sociedad se constituyó para que los socios participen de las ganancias devengadas. Y en consecuencia, por ser objeto y causa ilícitos, el acto sería nulo.

g. Incluso el artículo 1635 del Código Civil dice que el donante no puede donar todos sus bienes, aunque los limite a los presentes. O sea, el donante —la sociedad, en el caso— no puede quedarse sin bienes por donarle todo su patrimonio a los socios, aun en etapa de liquidación, para la que, reiteramos, existe un procedimiento previsto.

Planteamos incluso la acción rescisoria a que refiere el artículo 1633: ¿cuándo se extingue? Más aún: ¿existe acción rescisoria?, ¿quién puede plantearla?

Las normas sobre donación están absolutamente dirigidas a las personas físicas. Aunque el Código Civil, en su artículo 21, refiera a personas jurídicas, no significa que todos los contratos sean realizables por ellas.

h. Todo lo expuesto, en lo pertinente, se aplica también si los bienes societarios son donados a terceros, con la única excepción de que lo fueran para cumplir, como se explicó, con la finalidad que toda persona física o jurídica tiene para con la comunidad que integra.

4. Conclusión

Las donaciones realizadas por una sociedad en beneficio de una comunidad o con el interés de beneficiar a alguien, pero con un fin ulterior de beneficiar a la sociedad y sus socios, no violan el interés social y son perfectamente posibles.

La donación de algunos o todos sus bienes a socios o terceros es absolutamente nula por contraria al interés social y a la causa del contrato social, y para la doctrina del *ultra vires*, porque la sociedad no tiene capacidad para hacerlo, salvo que surja del objeto social que la sociedad pueda donar, lo cual iría contra la esencia de la sociedad.

Aunque se pretenda seguir una posición más amplia, los socios no tienen facultad de autorizar un acto en el que dispongan de bienes que son de la persona jurídica sociedad.

5. Bibliografía

Halperin, Isaac, y Butty, Enrique M., *Curso de derecho comercial*, vol. 1, Buenos Aires: Depalma, 4.ª ed., 2000.

Miller, Alejandro, «Gestión de la sociedad anónima, interés social y responsabilidad social empresarial», *Revista de Derecho Comercial*, 5.ª época, año 1, n.º 2 (abr.-jun. 2016).

Rodríguez, Nuri E., y López Rodríguez, Carlos E., *Administración y representación de sociedades*, apartado III («Objeto y principio de especialidad»), en ‹www.derechocomercial.edu.uy›, consultado el 20.5.2018.

La renuncia del director de sociedad anónima

por Carolina Díaz Baccino

Resumen

La renuncia de un director de sociedad anónima será presentada al directorio, el que deberá aceptarla si no afecta su funcionamiento regular. Si no es aceptada, el renunciante continuará en funciones hasta tanto la próxima asamblea se pronuncie. Tratándose de un administrador, se aplicará lo dispuesto en el artículo 205.

Sumario

1. Introducción. 2. Consideración de la renuncia por el directorio. 3. Consideración de la renuncia por la asamblea de accionistas. 4. Nuestra interpretación. 5. Bibliografía.

1. Introducción

En este trabajo se pretende analizar el artículo 384 de la ley 16060, de sociedades comerciales —en adelante, *LSC*—, y los problemas generados por la renuncia no aceptada de un director de sociedad anónima, y se propone una solución al tema.

De acuerdo a la norma citada, la renuncia del o de los directores dependerá de que esta sea aceptada por el directorio, lo que ocurrirá siempre y cuando se considere por los restantes miembros que no afecta el funcionamiento regular del órgano. En los demás casos, el director deberá continuar en el cargo con todas las obligaciones y responsabilidades inherentes a él hasta que la asamblea de accionistas se pronuncie al respecto.

El problema que plantea la solución legal es que no se le asegura al director que podrá hacer efectiva su renuncia en un plazo razonable. La resolución de los órganos sociales competentes para aceptar la renuncia podría demorar o, incluso, no producirse nunca:

> Los directores renunciantes se encuentran entonces, generalmente sin haberlo previsto, con que la efectividad de su renuncia queda supeditada a la voluntad de los demás directores o de la asamblea de accionistas, cuyos integrantes pueden tener interés, ya sea de buena o mala fe, en que los renunciantes continúen ocupando sus cargos, o aunque no tengan ese interés, no concurrir a las sesiones a las que sean convocados para considerar las referidas renuncias, por simple desidia.[117]

2. Consideración de la renuncia por el directorio

El directorio debe aceptar la renuncia del director renunciante con la única excepción de que esta afecte el funcionamiento regular del órgano; por ejemplo, en los casos de renuncia intempestiva.

Los directores que no acepten la renuncia de otro miembro, motivados por un interés ajeno al social, comprometen su responsabilidad por no actuar conforme al deber impuesto por la ley al directorio y a sus miembros, como lo es en este caso el aceptar la renuncia de un miembro.

Cuando el directorio no acepta la renuncia, el director renunciante debe permanecer en el cargo hasta que la próxima asamblea de accionistas se pronuncie.

En doctrina se han planteado diferentes opiniones respecto a si la aceptación de la renuncia debe ser expresa o si, en caso de no pronunciarse el directorio, puede considerarse la renuncia tácitamente aceptada. Quienes defienden esta última posición entienden que de esta forma se evita la prolongación de la incertidumbre sobre la integración del directorio; por otro lado, el mantenimiento sin plazo en el cargo es lesivo a los derechos del renunciante, además de abusivo.

Respecto a este punto entendemos que la interpretación propuesta, si bien es una solución práctica interesante, no se compadece con el texto legal ni con la voluntad del legislador.

Consideramos que en caso de la no aceptación de la renuncia en forma expresa por el directorio, es la asamblea de accionistas la que debe pronunciarse al respecto.

3. Consideración de la renuncia por la asamblea de accionistas

Respecto a la presentación de la renuncia ante la asamblea de accionistas, se plantean diversas hipótesis: que la asamblea no sea convocada por el directorio; que sea convocada, pero que no se reúna; que se reúna, pero no

117 Xavier de Mello, Eugenio, «El problema de la renuncia no aceptada de los directores de las sociedades anónimas», *Estudios Jurídicos*, año 2007, n.º 3, p. 233.

se pronuncie sobre la renuncia del director, o que se pronuncie no aceptando la renuncia.[118]

Prestigiosa doctrina —entre otros, la Esc. María Wonsiak, la Dra. Adriana Bacchi y el Dr. Alejandro Miller— considera que la solución para el caso en que la asamblea no se reúna o no pueda adoptar una resolución es la intervención judicial prevista en el artículo 184 de la LSC. Bacchi sostuvo: «Esta medida, que en general se considera extrema, debiendo apreciarse su procedencia con criterio restrictivo, es un instrumento a través del cual se puede encontrar la salida para el auténtico "callejón" en el que se encuentra "atrapado" el director».[119]

Esta solución plantea en los hechos algunos obstáculos difíciles de superar desde el punto de vista jurídico. En consecuencia, entendemos que no es la mejor salida para que el director renunciante quede desvinculado del cargo.

En este sentido, compartimos las críticas formuladas por Xavier de Mello:

> […] cabe formular los siguientes comentarios: *a*) no es de recibo cuando el director no es socio, dado que solo los socios pueden pedir la intervención judicial (art. 185); *b*) la medida puede tener un alto costo para el director renunciante (retribución del interventor); *c*) a la intervención judicial se le fija siempre un plazo, no quedando claro qué ocurrirá cuando haya vencido este si todavía no se le ha aceptado la renuncia ni designados al nuevo o nuevos directores; *d*) es discutible que en el caso se den los supuestos de la intervención judicial autosatisfactiva, ya que la renuncia no afecta por sí misma la operatividad del directorio, el cual continuará estando integrado por el renunciante hasta que su dimisión sea efectiva, y respecto de la asamblea, porque esta podría haber seguido reuniéndose regularmente para tratar todos los temas menos la renuncia. Con lo que resultaría excesivo plantear que dicho órgano no actúa o no le es posible adoptar resoluciones válidas.[120]

4. Nuestra interpretación

Consideramos que el artículo 384 de la LSC exige que para que el director renunciante pueda cesar en su cargo es necesario que la renuncia sea aceptada por el directorio o, en caso de no serlo, que la asamblea de accionistas se pronuncie expresamente sobre la renuncia.

118 Xavier de Mello, Eugenio, o. cit., p. 233.

119 Bacchi Argibay, Adriana, «Renuncia del director de sociedad anónima: ¿un callejón sin salida?», *Dinamismo y desafíos del derecho comercial: sociedades, contratos, concursos*, Montevideo: Udelar, Facultad de Derecho, Instituto de Derecho Comercial-FCU, 2013, p. 40.

120 Xavier de Mello, Eugenio, o. cit., p. 235.

Coincidimos con la interpretación amplia del artículo 384 que realiza Xavier de Mello:

> Ahora bien, conforme al tenor literal de la ley, si la Asamblea se pronuncia aunque no sea aceptando la renuncia, esta última surtirá todos sus efectos, quedando el director inmediatamente separado del cargo. En efecto, la ley solo exige que la Asamblea se pronuncie, pero no dice que tiene que ser en un determinado sentido.[121]

Lo que no compartimos de esta interpretación amplia es que la asamblea, debidamente convocada, no se constituyera —por ejemplo, por no asistir los accionistas—, o se celebrara, pero no se pronunciara expresamente sobre el tema; podría entenderse que ha existido un pronunciamiento tácito, ya que lo que se pretende es que los accionistas estén en condiciones de adoptar las medidas necesarias para asegurar el funcionamiento regular del directorio, y no que efectivamente lo hagan.

Entiendo que se trata de una interpretación ilegal, que excede el contenido de la LSC. Cuando el artículo 384 exige que «la próxima asamblea se pronuncie», parece claro que requiere un pronunciamiento expreso.

Si los órganos competentes para aceptar la renuncia no se reúnen, o sí lo hacen, pero no se pronuncian expresamente sobre ella, el director renunciante debe continuar en su cargo, sin tener certeza del momento en que podrá efectivizarse su renuncia y, en consecuencia, desvincularse él de la sociedad, permanecerá en el cargo con todas las cargas y obligaciones impuestas por la ley, garantizando con su propio patrimonio el correcto desempeño del cargo y sufriendo perjuicios tales como la imposibilidad de acceder a una jubilación, dado que ante el Banco de Previsión Social registra actividad.

Considero, de acuerdo a lo expuesto, que la norma en análisis es inconstitucional, y que la solución que proponemos, teniendo en cuenta el régimen legal vigente, es lograr la inaplicabilidad de la norma para el caso concreto, por medio de la declaración de inconstitucionalidad por parte de la Suprema Corte de Justicia.

El artículo 384 de la LSC es una norma que vulnera derechos de los directores renunciantes, a los cuales no se les acepta su renuncia: por imperio de la ley, deben permanecer en el cargo.

Se desconocen derechos protegidos por la Constitución, como ser el de libertad, de igualdad, de seguridad jurídica y de acceso a la seguridad social, sin que exista una razón de interés general que justifique la limitación de tales derechos fundamentales.

La imposibilidad de acceder a una jubilación, de conformidad a lo previsto por el artículo 67 de la Constitución, por continuar con el cargo de director es un perjuicio cierto y directo provocado por la norma cuestionada.

121 Xavier de Mello, Eugenio, o. cit., p. 241.

Ya no se trata de un daño futuro derivado de la incerteza de sufrir perjuicios por continuar como director de una sociedad anónima: la norma viola el principio constitucional de libertad, en el sentido de que nadie puede ser obligado a prestar sus servicios a perpetuidad. Esto es más evidente en los casos en que se encuentra vencido el plazo por el cual el director fue designado.

Señala Xavier de Mello:

> De nada servirá que se prevea el mecanismo de la renuncia si se imponen a la efectividad de esta tantas trabas y condicionamientos que en la práctica la vuelvan ineficaz para que el renunciante pueda lograr su liberación.
>
> Como es sabido, nadie puede quedar ligado contra su voluntad a una relación jurídica generada en el marco de la autonomía de la libertad que le impone obligaciones de cumplimiento continuado o periódico, respecto de la cual no se haya previsto un plazo de finalización […].
>
> La regla de que nadie puede obligarse a prestar sus servicios a perpetuidad constituye una aplicación del principio de libertad consagrado por la Constitución de la República.[122]

A nuestro entender, la norma también vulnera el principio de igualdad previsto en el artículo 8.º de la Constitución, al establecer por ley una desigualdad ilegítima respecto a los directores de sociedades anónimas.

La norma les impone permanecer en sus cargos mientras la renuncia no sea aceptada, exigencia que no existe para los trabajadores administradores de otras sociedades ni para los integrantes de otros grupos u organizaciones.

> Al analizar la regularidad constitucional de una norma presuntamente violatoria del derecho de igualdad, «es necesario, en primer lugar, que todos los miembros de la clase sean alcanzados igualmente por la ley que para la clase se dicte […]. Pero, además, es necesario que cuando la ley define un grupo de personas para hacerla objeto de una legislación especial, la constitución de ese grupo sea razonable y no arbitraria […]. Naturalmente, la razonabilidad de la formación de los grupos o clases no puede ser juzgada independientemente del objeto mismo perseguido por la ley» (cfr. Jiménez de Aréchaga, Justino, *La Constitución nacional*, tomo I, Cámara de Senadores, pp. 367 y 368).[123]

> Como expresa Martín Risso Ferrand, el principio aludido «no impide una legislación para grupos o categorías de personas especiales, sino que esta diferenciación puede ser admitida siempre que cumpla con algunos

122 Xavier de Mello, Eugenio, o. cit., p. 239.

123 Suprema Corte de Justicia, sentencia n.º 1537/2018, de 20.8.2018. Publicada en la Base de Jurisprudencia Nacional Pública.

requisitos específicos» (Risso Ferrand, Martín, *Derecho constitucional*, FCU, pp. 504 y ss.).[124]

> Este autor distingue dentro de lo que se denomina «el juicio de razonabilidad», como parámetro valorativo de las causas de distinción en clases o grupos efectuada por el legislador, otros niveles. Así, expresa que existen hipótesis en las cuales no surge de la Constitución, en forma explícita o implícita, la causa de ciertas distinciones. En estos casos, la razonabilidad de una determinada disposición legal se establece tomando en cuenta si ella plasma arbitrariedad o capricho, y si resulta contraria a lo dispuesto por la Constitución. Al juicio de razonabilidad, en el sentido expresado en primer término, se adiciona, con carácter esencial para el análisis de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de una disposición, a la luz del principio de igualdad, el reclamo de que exista una finalidad consagrada por la norma que en concreto se analice.
>
> Ello se enmarca, enseña Martín Risso Ferrand, en un concepto que se suele denominar *racionalidad*, que es habitual que se presente en forma indiferenciada, formando parte del referido juicio de razonabilidad. El concepto de racionalidad, así estructurado, ya sea que se lo considere autónomo o comprendido en el de *razonabilidad*, implica, asimismo, que exista una relación positiva entre los medios utilizados y los fines perseguidos en la norma cuya constitucionalidad se analiza (o. cit., pp. 500-506).[125]

Los artículos 7.º y 72 de la Constitución son garantes de los derechos fundamentales de los individuos. Y trasladando tales conceptos al caso analizado, no surge la relación positiva aludida entre los medios utilizados (establecer un límite a la renuncia de los directores) y los fines perseguidos (asegurar el regular funcionamiento de la sociedad a través de su órgano de administración).

La norma atacada colide con el artículo 72 de la Constitución. El alcance de esta dependerá de cada época, de las ideas dominantes de la comunicad. Los jueces y los legisladores están llamados a determinar, para cada momento histórico, cuáles son los derechos, deberes y garantías que habrán de reconocer al individuo por ser inherentes a la personalidad humana o propios de un sistema republicano de gobierno. Esta es una fórmula esencialmente flexible, en la medida en que permite, sin alterar el texto constitucional, que se vayan desarrollando los derechos, deberes y garantías tutelados por el ordenamiento jurídico en un Estado democrático con organización republicana.

Es cierto que estos derechos pueden ser limitados por razones de interés general, de acuerdo a lo establecido en el artículo 7.º de la Constitución.

124 Suprema Corte de Justicia, sentencia n.º 123/2018, de 22.2.2018. Publicada en la Base de Jurisprudencia Nacional Pública.

125 Suprema Corte de Justicia, sentencia n.º 108/2018, de 19.2.2018. Publicada en la Base de Jurisprudencia Nacional Pública.

Nos preguntamos entonces cuál es el interés protegido por la norma que justifique la limitación de tales derechos del director renunciante.

Según Bacchi, «la LSC ha privilegiado el interés en que la sociedad siga actuando con un órgano de gobierno que funcione en forma regular, relegando la posición del director que quiere renunciar».[126] Más adelante analiza:

> Debe tenerse en cuenta que el director que ya ha manifestado querer desvincularse y ha recorrido los mecanismos internos a su alcance no es el director que una sociedad requiere, ya que el desempeño del cargo implica un fuerte compromiso con la gestión […].
>
> Por otra parte, la falta de aceptación generará sin dudas un conflicto de interés y desavenencias entre el director renunciante y el resto de los directores o la asamblea misma, todo lo cual perjudicará el funcionamiento de la sociedad. Esta situación, lejos de contribuir al regular funcionamiento de los órganos y la protección del interés social, expondrá a la sociedad a un funcionamiento absolutamente trastocado, con peligro de lesión de los legítimos intereses de la misma. En alguno de los casos planteados se agrega que ni siquiera se advierte un interés legítimo en mantener al director en su cargo, pues son los propios accionistas los que perdieron el interés en la suerte de la sociedad anónima. En tales supuestos, cabe preguntarse qué interés social y qué regular funcionamiento del órgano se estaría protegiendo con el mantenimiento del director. Generalmente, se adicionará la morosidad o imposibilidad de pago no solo de la retribución, sino de impuestos y otros tributos, lo que compromete aún más la situación personal del director, lesionando derechos fundamentales de este. En estas situaciones no hay una actividad social que pueda verse perjudicada, no existe un interés social a proteger, y la realidad nos indica que solo queda el director único o con otros directores en igual posición o por completo indiferentes, pues nada tienen que perder.[127]

Ante esta situación, consideramos que la norma no persigue la protección de un interés general o interés legítimo de igual rango que merezca tutela.

En consecuencia, entendemos que la limitación de los derechos de los directores renunciantes es inconstitucional. En este sentido, ya la Suprema Corte de Justicia, entendió que

> es inconstitucional una norma cuando no se explicitó los motivos de necesidad o de razonabilidad que supuestamente la justificaron (*La Justicia Uruguaya*, c. 16904). Esta falta de fundamentación conduce a determinar, además de la irracionalidad de la norma en cuestión, su inadecuación a la Constitución. Porque es inconstitucional aquella norma cuya razón de

126 Bacchi Argibay, Adriana, o. cit., p. 31.
127 Bacchi Argibay, Adriana, o. cit., p. 39.

> interés general (art. 7.º de la Norma fundamental) no se puede comprender ni explicar.[128]

Por lo expuesto, la norma en cuestión no supera el contralor de regularidad, debido a que viola el artículo 7.º de la Carta fundamental en cuanto impone al director una limitación que no tutela ningún interés general, sin existir una causa que lo justifique, ni una finalidad legítima, ni un juicio de razonabilidad en la diferenciación.

¿Qué ocurre en el caso planteado del director cuya renuncia no es aceptada y, en consecuencia, no puede acceder a la seguridad social? Entendemos que si el motivo del rechazo de la jubilación es registrar actividad —por no poder renunciar, de acuerdo a lo analizado—, debe plantearse por parte del interesado la inconstitucionalidad de la norma ante la Suprema Corte de Justicia; en la medida en que se ve perjudicado por una norma inconstitucional, tiene legitimación, ya que es titular de un interés directo, personal y legítimo vulnerado por la norma.

La norma no puede haber sido definitivamente aplicada; si fuera así, la declaración de inconstitucionalidad no surtiría los efectos pretendidos.

En cuanto a la presunción de constitucionalidad de la ley,

> en igual línea de pensamiento, el Dr. Carlos E. Guariglia analiza el principio de supremacía constitucional desde una vertiente que hace especial énfasis en la interpretación «de» y «desde» la Constitución, que se encuentra en oposición con la citada presunción. Sostiene que […] las reglas de hermenéutica contenidas en la legislación infravalente operan como criterios auxiliares y concretizantes, nunca contradictorios y sí, en cambio, complementarios o armonizantes de lo dispuesto por los arts. 7.º, 8.º, 10, 72 y 332, de los cuales dimanan los derechos, deberes y garantías, los principios, valores y fines que conforman la esencia de nuestro ordenamiento jurídico constitucional. Ello condice con la aludida supremacía de la Constitución […]. Agregando seguidamente: «Encontramos con uno de los puntos más débiles de la presunción en examen su relacionamiento con la dogmática de los derechos humanos; en ese terreno nos parece evidente su inaplicabilidad, y aun aquellos que no participen de estas conclusiones deben reconocer que la naturaleza de los derechos del hombre, la aplicación del principio de protección (art. 7.º de la Carta), como la ausencia de discrecionalidad de la labor legislativa en dicha materia, que se encuentra frecuentemente limitada, tornan problemática la mentada presunción» (Guariglia, C., *Presunción de constitucionalidad de las leyes*, La Ley Uruguay, 2009, pp. 220-223).
>
> Concluye el Sr. ministro, citando al Dr. Risso Ferrand, cuando expresa: «La hermenéutica constitucional uruguaya ha sido en general parcial y debe ser completada con una multiplicidad de elementos: *a*) el derecho internacional de los derechos humanos, el bloque de los derechos humanos y

128 Suprema Corte de Justicia, sentencia n.º 642/2017, de 30.8.2017. Publicada en la Base de Jurisprudencia Nacional Pública.

el control de convencionalidad; *b*) diversos criterios, distinciones y postulados interpretativos no utilizados en nuestra doctrina y jurisprudencia; *c*) con las resultancias de la aceptación de una Constitución invisible; *d*) reparando en las distintas categorías de disposiciones constitucionales y advirtiendo sus consecuencias, y *e*) con el reconocimiento de la necesidad de una actuación tópica con argumentos mucho más variados que los que se manejaban en el pasado» (o. cit., p. 279).

En el marco referido, el Sr. Ministro señala que, en el estadio actual de interpretación del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho constitucional, es inapropiado hacer referencias a que las leyes se presumen constitucionales. Esta afirmación lleva a una contradicción insalvable con la aplicación del bloque de constitucionalidad y contra los conceptos actuales de interpretación: interpretar la norma de rango superior a partir de la norma de rango inferior, en invocación de una supuesta presunción de constitucionalidad de la ley, de creación pretoriana pretérita y que no tiene fundamento en el texto de la Carta. Es la concreción de la perimida concepción de la autosuficiencia de la ley y de su supremacía práctica sobre las normas de rango superior.

El intérprete de la Constitución debe realizar un análisis desde los principios, valores y normas constitucionales, aplicando el bloque de constitucionalidad buscando su armonización a partir de los principios *pro homine* y de especialidad.[129]

Por su parte, el señor exministro de la Suprema Corte de Justicia Dr. Ricardo Pérez Manrique, en cuanto a la presunción de constitucionalidad de las leyes, expresaba:

> La Suprema Corte de Justicia, al pronunciarse en procedimientos de declaración de inconstitucionalidad de las leyes, ha hecho caudal de ciertos argumentos entre los cuales se encuentra la presunción de constitucionalidad que solo cede en casos de inconstitucionalidad manifiesta. Al respecto, el Sr. ministro comparte que «estas consideraciones no surgen de la Constitución que establece los poderes representativos mayoritarios y quienes deben ejercer los controles contramayoritarios en un plano de igualdad, de lo que surge que tanto derecho tiene el Legislativo de legislar, como el Judicial de declarar la inconstitucionalidad de las leyes que se someten a su consideración: en ambos casos, dentro de los límites constitucionales» (Martín Risso Ferrand, «Hacia una nueva interpretación constitucional. La realidad en Uruguay», en *Estudios Constitucionales*, año 12, n.º 1 [2014], Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, p. 275).[130]

129 Suprema Corte de Justicia, sentencia n.º 443/2017, de 8.5.2017. Publicada en la Base de Jurisprudencia Nacional Pública.

130 Suprema Corte de Justicia, sentencia n.º 522/2016, de 7.11.2016. Publicada en la Base de Jurisprudencia Nacional Pública.

5. Bibliografía

Bacchi Argibay, Adriana, «Renuncia del director de sociedad anónima: ¿un callejón sin salida?», *Dinamismo y desafíos del derecho comercial: sociedades, contratos, concursos*, Montevideo: Udelar, Facultad de Derecho, Instituto de Derecho Comercial-FCU, 2013.

Suprema Corte de Justicia, sentencia n.º 522/2016, de 7.11.2016. Publicada en la Base de Jurisprudencia Nacional Pública (BJN).

—, sentencia n.º 443/2017, de 8.5.2017. Publicada en la BJN.

—, sentencia n.º 642/2017, de 30.8.2017. Publicada en la BJN.

—, sentencia n.º 108/2018, de 19.2.2018. Publicada en la BJN.

—, sentencia n.º 123/2018, de 22.2.2018. Publicada en la BJN.

—, sentencia n.º 1537/2018, de 20.8.2018. Publicada en la BJN.

Xavier de Mello, Eugenio, «El problema de la renuncia no aceptada de los directores de las sociedades anónimas», *Estudios Jurídicos*, año 2007, n.º 3.

Sobre la argumentación jurídica notarial

por Juan Pablo Villar

Resumen

En este trabajo, el autor pretende introducir al lector en la argumentación jurídica focalizada desde la óptica notarial. El desarrollo del texto se dirige hacia el control de legalidad notarial y en especial al análisis del esquema lógico del razonamiento paradigmático para efectuar esa función. Se distinguen los elementos de dicho razonamiento y se enfatiza en la necesidad de que estos puedan ser justificados mediante la exposición de razones. Por último, se destaca que el conjunto de razonamientos utilizados en la órbita jurídica contienen un margen de aleatoriedad, y su aplicación al estudio de títulos conduce a sostener que la responsabilidad que dicha tarea puede generar es subjetiva y no objetiva.

Sumario

1. Introducción. 2. La posición del escribano frente al derecho. 3. La argumentación jurídica notarial, la toma de decisiones y el punto de vista interno del derecho. 4. El control de legalidad y la calificación notarial. 5. El razonamiento silogístico como esquema formal paradigmático del control de legalidad bajo el método lógico-argumentativo. 6. La justificación del razonamiento silogístico empleado. 7. La justificación de la premisa fáctica. 8. La justificación de la premisa normativa. 9. La justificación de la inferencia. 10. La obligación de realizar el estudio de títulos, el margen de aleatoriedad y la responsabilidad notarial. 11. Metodología y fases para realizar el control de legalidad. 12. Conclusiones. 13. Bibliografía.

1. Introducción

En este trabajo se destacan la obligación que tiene todo profesional del derecho de tomar decisiones argumentadas y que la «argumentación jurídica notarial» tiene características propias, porque la posición del escribano frente al derecho es distinta a la de otros operadores jurídicos.

Una de las funciones del notario, previas a la autorización de una escritura, es el «control de legalidad». Desde el aspecto argumentativo se analiza el esquema formal del razonamiento utilizado para efectuar ese control. En ese campo, se enfatiza en la necesidad de justificar los elementos que componen el razonamiento y se destaca el aporte que realiza el notariado de tipo latino en la justificación de la premisa fáctica.

Al profundizar sobre los elementos que componen el razonamiento jurídico referido, se podrá visualizar que las conclusiones a las cuales arriba el notario —así como cualquier otro operador jurídico que controle la legalidad de los actos—, en diversas situaciones, se basan en un grado de probabilidad razonable. Esa probabilidad genera un margen de aleatoriedad que considero clave a la hora de señalar qué naturaleza tiene la obligación notarial de realizar el estudio de títulos y qué tipo de responsabilidad tiene el escribano frente a problemas que surjan de la titulación.

Por último, se destaca que en el proceso de control de legalidad se requiere de un conjunto de razonamientos, y que para su efectiva realización es recomendable la utilización de una metodología adecuada.

2. La posición del escribano frente al derecho

El *derecho*, en sentido objetivo, puede conceptualizarse como un conjunto de valores y fines que la sociedad pretende promover y lograr a través de la creación y aplicación de un sistema de normas cuya principal característica distintiva consiste en que si las reglas no son cumplidas, se permite el uso de la coerción por parte del Estado contra el incumplidor.[131]

En ese sentido, las normas que integran el ordenamiento jurídico, al menos en su mayoría, son esquemas de conducta que pretenden imponerse de manera coactiva a los individuos para que actúen de una manera y no de otra, y tienen una finalidad axiológica que consiste en jerarquizar determinados valores.[132]

131 Caffera, Gerardo, *Obligaciones*, Montevideo: FCU, 1.ª ed., 2018, p. 11: «En resumen: *derecho* es un conjunto de reglas de conducta que, si no son cumplidas, al menos en algunos casos, autorizan el uso de la coerción por parte de la colectividad (vía del Estado) contra el incumplidor».

132 Conforme Martínez Roldán, Luis, y Fernández Suárez, Jesús A., *Curso de teoría del derecho*, Barcelona: Planeta, 1.ª ed., 2012, p. 195.

Atienza[133] ha expresado que si bien la idea fundamental del derecho es que se trata de una práctica que intenta lograr ciertos valores y fines, estos no son los mismos desde cada una de las posiciones, y es necesario que haya posiciones distintas para que pueda funcionar de manera satisfactoria en su conjunto.

Comparto este pensamiento y entiendo que la posición del escribano, la del registrador, la del juez y la del abogado frente al derecho son distintas por la diversa naturaleza de sus funciones, así como por las desiguales circunstancias en las cuales intervienen. Esa diferencia posicional provoca que la jerarquía de valores que fundamenta su actuación sea disímil y repercute en el proceso de ponderación de principios y valores que cada operador efectúa para tomar una decisión.

En lo que refiere al escribano, su posición frente al derecho y su jerarquía de valores pueden visualizarse al identificar los pilares de la función notarial, que a través del tiempo se han ido forjando hasta llegar a lo que hoy conocemos como *notario de tipo latino*.

En una primera etapa, la función notarial era redactora; se trataba del denominado *notario amanuense*, al que solo se le exigía saber leer y escribir,[134] para lograr la corrección gramatical y precisión lógica necesaria en la elaboración de las escrituras. De ahí surge un primer pilar de la función notarial, que es la *ciencia redactora*, y que tiene la finalidad de brindar herramientas al escribano para lograr la mayor claridad y precisión posibles en su tarea de constatar hechos y actos jurídicos en documentos escritos.

Con posterioridad al arte de la redacción se le añaden los conocimientos jurídicos para que el notario pueda controlar la legalidad de los actos, asesorar a los requirentes de su servicio y configurar el negocio jurídico adecuado para el caso concreto.[135] Aquí aparece un segundo pilar: la *ciencia jurídica*.

A su vez, la sociedad demandaba la necesidad de dotar de certeza y autenticidad a los hechos y actos jurídicos que ocurrían; la solución que perduró fue la atribución por parte del Estado a determinadas personas de la potestad de realizar actos de dación de fe pública, esto es, la posibilidad de aseverar que un hecho ocurrió, con la consecuencia de que tendrá fuerza de verdad jurídica impuesta por ley para todos mientras no se demuestre lo contrario en un juicio específico. Entre los sujetos a los cuales se le atribuyó la potestad de realizar actos de dación de fe pública

133 Atienza, Manuel, «Elementos formales, materiales y pragmáticos de la argumentación jurídica», conferencia, minuto 1:30:47, en ‹www.youtube.com/watch?v=yul-C14tthU›.

134 Vé. Cosola, Sebastián J., *Los deberes éticos notariales*, Buenos Aires: Ad-Hoc, 1.ª ed., 2008, p. 69.

135 Vé. Vallet de Goytisolo, Juan B., «De la determinación del derecho», *Manuales de metodología jurídica*, III, Madrid: Fundación Cultural del Notario, 2004, p. 233.

se encontraba el escribano, y así aparece el tercero pilar del notariado: la *fe pública*.[136]

A lo expuesto debe agregarse otro elemento que es fundamental: la *ética*. En ese sentido, Cosola[137] ha señalado que la doctrina no se pone de acuerdo sobre cuál es el origen del notariado latino, pero a través de los tiempos siempre existió una relación íntima entre el notario y la ética entendida como conducta moral, y se detectó como denominador común en las instituciones notariales de los diversos Estados el que se funda en una persona de confianza.

La ética persiste en la actualidad como un pilar esencial del notariado de tipo latino y requiere que el escribano justifique la confianza que la sociedad ha depositado en él, confianza en que se trata de una persona honrada y honesta; en que actuará con imparcialidad e independencia; en que si realiza un acto de dación de fe pública es porque el hecho realmente ocurrió; en su idoneidad para redactar los documentos con claridad; en su calidad de profesional del derecho para controlar la legalidad de los actos, asesorar y configurar negocios jurídicos adecuados a la voluntad de las partes y a la ley, etcétera.

A través de las características señaladas, el notario se posiciona frente al derecho como un jurista imparcial que procura la realización pacífica del derecho, con una perspectiva preventiva del litigio y con precauciones para que si este se produce, el proceso que tenga por objeto la realización coactiva de los derechos involucrados sea eficaz; y también, por su génesis ético-jurídica, se posiciona como un jurista que procura, a través de su asesoramiento, colaborar para que las personas puedan concretar el derecho humano a participar en la vida civil con una base de información igualitaria. De ello se desprende que entre los valores que fundamentan esa actividad tiene un grado jerárquico destacado brindar seguridad jurídica y colaborar en la producción del derecho justo para el caso concreto.

Es muy importante para la sociedad que exista un operador jurídico que se posicione frente al derecho en ese lugar; desde allí, la argumentación jurídica tiene un rol relevante, porque como ha escrito Cosola,[138] «cuanto más clara sea la argumentación notarial del derecho, mucho mayor será la seguridad jurídica preventiva […]. A mayor argumentación notarial del derecho, menor posibilidad de litigio. Cuanto menor sea el litigio, mayor será la paz».

136 Vé. Vallet de Goytisolo, Juan B., *Metodología de la ciencia expositiva y explicativa del derecho*, tomo II («Elaboración sistemática»), vol. 2, pp. 1811-1812.
137 Cosola, Sebastián J., *Los deberes éticos notariales* cit., pp. 57-58.
138 Cosola, Sebastián J., *La prudencia notarial: vigencia del pensamiento de Juan Berchmans Vallet de Goytisolo*, Pando, San Miguel: Gaceta Notarial, 2014, p. 113.

3. La argumentación jurídica notarial, la toma de decisiones y el punto de vista interno del derecho

Argumentar significa dar razones que justifiquen un determinado enunciado,[139] esto es, una determinada idea que se ha expresado; y tiene sentido argumentar cuando hay un problema que debemos resolver.[140] El escribano con frecuencia debe intentar resolver problemas que los requirentes le plantean o que surgen de los antecedentes dominiales, y para ello tiene que tomar decisiones.

La neurociencia ha demostrado que en la toma de decisiones influyen la razón y la emoción. El escribano, como ser humano, no puede evitar la influencia de las emociones en sus decisiones, pero como profesional del derecho debe procurar minimizar su impacto; en ese sentido, cuanto mayor sea la argumentación jurídica, mayor será la influencia de la razón y menor la de las emociones en la toma de decisiones.

Argumentar y tomar una decisión son cosas distintas.[141] Se puede tomar decisiones sin argumentar, solo por emociones, como el miedo, o por costumbre, como cuando se dice «siempre he actuado así». También se puede argumentar sin tener que tomar una decisión; por ejemplo, cuando se plantea una hipótesis jurídica y las personas argumentan a favor o en contra de una posición sin tener que decidir.

Si bien *argumentar* y *decidir* son conceptos distinguibles, el escribano, al ejercer la profesión, debe unificarlos y tomar decisiones argumentadas. De la misma manera que el juez cuando dicta una sentencia debe motivarla, es decir, justificar las razones que lo conducen a decidir el caso de esa manera, el escribano, cuando toma una decisión, tiene que estar en condiciones de motivarla,[142] de argumentarla. A vía de ejemplo, si el escribano realiza una observación, debe justificarla mediante la exposición de las razones que lo conducen a esa conclusión.

Al tener que tomar decisiones argumentadas, el escribano se ubica dentro de lo que Hart denomina *punto de vista interno del derecho*. Hart[143]

139 Gascón Abellán, Marina, y García Figueroa, Alfonso J., *La argumentación en el derecho. Algunas cuestiones fundamentales*, Lima: Palestra Editoriales, 3.ª ed., 2016, p. 49.

140 Atienza, Manuel, *Curso de argumentación jurídica*, Madrid: Trotta, 1.ª ed., 2013 (4.ª reimpr., 2016), p. 643: «Lo que da sentido a hablar de argumentación es el planteamiento de un problema que requiere una solución, a favor de la cual deben aportarse razones».

141 Sobre la diferencia entre *argumentar* y *decidir*, vé. Atienza, Manuel, *Curso de argumentación jurídica* cit., pp. 108, 547 y 608.

142 Digo «estar en condiciones de motivarla» porque el escribano, cuando toma decisiones, no redacta los argumentos que utilizó, pero ante una situación de conflicto, debe estar preparado para justificar su decisión.

143 Cit. por Viola, Francisco, y Zaccaria, Giuseppe, *Derecho e interpretación: elementos de teoría hermenéutica del derecho*, Madrid: Dykinson, 2007, p. 51. Caffera, Gerardo, o. cit., p. 7.

distingue dos perspectivas del derecho: la *externa* y la *interna*. El punto de vista *externo* es el del teórico que observa un determinado derecho y lo describe; el *interno* del derecho, el de los que usan las normas como criterios de valoración del comportamiento propio y el de otros, y no se limitan a registrar y predecir el comportamiento conforme a las normas. Desde este punto de vista, el derecho es un componente del proceso de deliberación que conduce a tomar decisiones y actuar en consecuencia.

Hay una diferencia importante entre ambos puntos de vista. En el punto de vista externo, el análisis del derecho se realiza sin tener que tomar una decisión; por lo tanto, el proceso que realiza el sujeto culmina con una opinión sobre cuál es la interpretación correcta de una norma, cuál es la tendencia jurisprudencial ante una determinada situación, cuál es la configuración jurídica adecuada de un negocio. En el punto de vista interno, en cambio, el análisis del derecho que realiza la persona forma parte de su proceso de deliberación para tomar una decisión que incluye su opinión, pero también la consideración de la viabilidad que tenga un acto fundado en esa opinión cuando se inserte en el ámbito jurídico.

Por ejemplo, supongamos que el Registro tiene un criterio de calificación registral consolidado con el que el escribano no está de acuerdo. Cuando el escribano va a tomar una decisión sobre cuál es la configuración jurídica del negocio que le va a aconsejar a las partes, desde el punto de vista externo, podría decir: «Yo creo que la configuración jurídica adecuada es *tal*, aunque sea contraria a la postura registral»; pero desde el punto de vista interno, el escribano debe considerar la postura registral, porque la documentación está destinada a insertarse en ese ámbito, y para satisfacer el interés de los requirentes es necesario que el acto se ajuste a la ley y, además, que pueda acceder al sistema registral. Lo mismo ocurre cuando hay tendencias jurisprudenciales contundentes en contra de su pensamiento o existen usos notariales que desaconsejan actuar de una determinada manera.

Esto no significa que el escribano deba actuar solo en base a los criterios de calificación registral, a las tendencias jurisprudenciales o a los usos notariales: significa que el escribano, para cumplir su función de lograr la realización pacífica del derecho, debe considerar si su opinión es compatible con los criterios consolidados en esos ámbitos, y si pronostica un eventual conflicto, es prudente buscar alternativas que lo eviten, y así lograr una mayor fluidez en la circulación de la documentación. Se trata de tener una actitud preventiva del litigio, sin perjuicio de que si el conflicto ya está instalado o es inevitable, y se produce un enfrentamiento de criterios, deba defender su postura y justificarla mediante la argumentación jurídica notarial.

4. El control de legalidad y la calificación notarial

El requerimiento de la intervención notarial para la autorización de una escritura pública que registre un negocio jurídico pone en marcha un conjunto de actos que el profesional debe realizar.

Se pueden diferenciar una etapa anterior, una concomitante y otra posterior al negocio jurídico. En la etapa anterior al negocio, el escribano comienza por recepcionar la voluntad de las partes, interpretarla y valorar la legalidad del negocio proyectado, lo cual incluye controlar la legalidad de los antecedentes dominiales, brindar información sobre el derecho vigente a aplicar, asesorar, aconsejar con imparcialidad activa e independencia, configurar el negocio jurídico y traducirlo documentalmente a través de la redacción. En la etapa concomitante, se procede a la lectura, otorgamiento del acto y suscripción de la escritura, y el notario realiza actos de dación de fe que consigna en ella. En la etapa posterior, el escribano expide copias, cumple cometidos fiscales, inscribe las copias que correspondan, conserva la documentación y la reproduce, en su caso.

Vallet de Goytisolo[144] ha enseñado que el notario, para realizar su asesoramiento, debe extender su perspectiva desde la situación inicial hasta la situación final que se pretende alcanzar. Comparto esa aseveración y entiendo que en esa visión es clave el control de legalidad que realiza el notario al verificar si los actos otorgados que surgen de la titulación y el que se proyecta otorgar se adecuan o no a las exigencias normativas predeterminadas.

En lo que refiere al control de legalidad, Garbarino[145] ha señalado que la confrontación de la conducta desplegada con las normas aplicables es una nota característica del notario y del registrador, lo cual comparto, y agrego que también lo es del juez. La actividad notarial, registral y judicial están regidas por el principio de legalidad; por lo tanto, las decisiones que tomen el notario, el registrador y el juez deben estar fundadas en una norma preexistente, y así garantizar la certeza del derecho y la previsibilidad de las decisiones.

Esa confrontación la realiza el juez para juzgar en lo que se podría denominar *calificación judicial*; el registrador, para evaluar el ingreso de actos documentados al sistema registral, en la *calificación registral*, y el escribano, para calificar la titulación y el negocio que se proyecta otorgar, en la denominada *calificación notarial*. La calificación que realiza cada uno de estos operadores jurídicos presenta rasgos comunes, pero también diferencias originadas en la distinta posición que ocupan frente al derecho.

144 Vallet de Goytisolo, Juan B., «De la determinación del derecho» cit., p. 236.

145 Garbarino, Álvaro, «La calificación notarial registral como instrumento de seguridad jurídica», *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, tomo 90, n.º 1-6 (ene.-jun. 2004), p. 23.

El control de la legalidad que el escribano realiza al analizar la titulación —comprensiva de los antecedentes dominiales, certificados registrales, etc.— y el negocio que se proyecta otorgar se efectúa mediante razonamientos jurídicos cuyo tipo formal paradigmático veremos a continuación.

5. El razonamiento silogístico como esquema formal paradigmático del control de legalidad bajo el método lógico-argumentativo

El escribano realiza el control de legalidad a través de razonamientos que lo conducen a concluir si el acto realizado —o el que se proyecta realizar— es conforme o no a las exigencias normativas, esto es, ordena y relaciona ideas con la finalidad de concluir si los actos realizados —o a realizarse— cumplen o no con los requisitos normativos de validez y eficacia.

Los razonamientos tienen una determinada estructura, y de ello se ocupa la lógica formal. La estructura del tipo de razonamiento paradigmático que realizan el juez, el registrador y el escribano para controlar la legalidad de los actos es la del *silogismo subjuntivo*.

Explica Atienza[146] que el silogismo subjuntivo tiene esta forma: si se dan las circunstancias *X*, entonces debe ser la consecuencia *S*; en este caso, se dan las circunstancias *X* —o sea, el caso se subsume dentro del supuesto de hecho de la norma—; por lo tanto, debe ser la consecuencia jurídica *S*.[147]

El razonamiento contiene una *premisa mayor*, una *premisa menor* y una *inferencia* que justifica el paso de las premisas a la *conclusión*. La premisa mayor es la disposición normativa que rige en el caso concreto; la premisa menor son los hechos ocurridos y probados, y la inferencia es el pasaje de las premisas a la conclusión a la cual el escribano arriba, esto es, si los hechos se adecuaron o no a las exigencias normativas.

Un ejemplo:

— Premisa normativa: si se va a enajenar un inmueble ganancial y se obtiene la conformidad de ambos cónyuges, entonces la enajenación será eficaz (art. 1971 CC), sin perjuicio de otros requisitos que deban cumplirse (si *p*, entonces *q*).

146 Atienza, Manuel, *Curso de argumentación jurídica* cit., p. 179.

147 Atienza, Manuel, *Curso de argumentación jurídica* cit., p. 171, refiere a que el análisis formal del argumento podría hacerse así: «La primera premisa es una proposición condicional que consta a su vez de dos proposiciones: un antecedente y un consecuente (si *p*, entonces *q*); la segunda premisa es la afirmación del antecedente del condicional (*p*); y la conclusión, la afirmación del consecuente del mismo condicional (*q*). La validez de la inferencia viene dada por una regla de inferencia formal llamada *modus ponens* y que justifica el paso de las premisas a la conclusión; se formula precisamente así: a partir de un enunciado condicional y de la afirmación de su antecedente se puede derivar la afirmación del consecuente».

— Premisa fáctica: en el caso concreto, de la escritura pública surge que la enajenación de un inmueble ganancial se realizó con la conformidad de ambos cónyuges (surge *p*).
— Inferencia y conclusión: los hechos se ajustaron a la exigencia normativa referida; por lo tanto, la enajenación es eficaz, sin perjuicio de otros requisitos que deban cumplirse (entonces *q*).

Llegados a este punto, es preciso realizar una aclaración. Si bien el razonamiento típico de control de legalidad tiene la estructura de un silogismo, sostener que se trata de una mera operación lógico-deductiva o de simple subsunción que conduce a un resultado objetivo y absoluto es una idea ajena a la realidad que no puede compartirse.

La razón consiste en que, como veremos, el operador jurídico, al elaborar el razonamiento, con frecuencia se encuentra con problemas en la determinación de las premisas o en las inferencias. A vía de ejemplo, una disposición puede admitir más de una interpretación y generar así un problema en la determinación de la premisa normativa; o una inferencia, conducir a un resultado probable y no necesario.

Dicha complejidad provoca que, para justificar la determinación de los hechos ocurridos —premisa fáctica—, del significado de la norma aplicable —premisa normativa— o de la propia inferencia, pueda ser necesario acudir a ponderaciones y razonamientos que no son silogísticos, sin perjuicio de que una vez determinado cada uno de estos eslabones, la estructura general del razonamiento paradigmático utilizado para controlar la legalidad de los actos sí sea silogística.

Es por eso que el método utilizado para controlar la legalidad de los actos, más que lógico-deductivo, es lógico-argumentativo,[148] y como consecuencia, el escribano y demás operadores jurídicos deben estar en condiciones de justificar, mediante argumentos, la estructura del razonamiento utilizado para llegar a una conclusión, lo cual se desarrolla en el próximo ítem.

6. La justificación del razonamiento silogístico empleado

A través de la argumentación jurídica notarial, el escribano debe poder justificar:

1) por qué considera que determinados hechos ocurrieron y forman la premisa fáctica;
2) por qué considera que una disposición normativa es aplicable a esa situación y forma la premisa normativa;
3) por qué considera que los hechos que surgen de la premisa fáctica se adecuaron o no a las exigencias que surgen de la premisa normativa, es decir, por qué la inferencia es válida.

148 Sobre método lógico-deductivo y lógico-argumentativo, vé. Martínez Roldán, Luis, y Fernández Suárez, Jesús A., o. cit., p. 210.

La doctrina suele denominar *justificación externa* al conjunto de argumentos que fundamentan la validez de la premisa normativa y la veracidad de la premisa fáctica, es decir, por qué es aplicable una disposición normativa y por qué considera probado que un hecho ocurrió; y *justificación interna* al conjunto de argumentos que fundamentan la inferencia, es decir, que explican que el paso de las premisas a la conclusión tiene validez lógica.

A continuación se hará una breve referencia a la justificación de la premisa fáctica, de la normativa y de la inferencia.

7. La justificación de la premisa fáctica

Para justificar la premisa fáctica se requiere fijar los hechos, valorar la prueba, interpretar los hechos y calificar el acto, lo cual se comentará en el presente ítem.

a. La fijación de los hechos y la valoración de la prueba

Gascón Abellán[149] explica que decir que un enunciado *es verdadero* significa que los hechos que describe han existido o existen en un mundo independiente, y decir que un enunciado fáctico *está probado* significa que su verdad ha sido comprobada.

La fijación argumentativa de los hechos requiere de razones que apoyen su verdad, es decir, razones que justifiquen que la premisa fáctica que ha utilizado el escribano en su razonamiento ha sido comprobada de manera categórica o con un grado de probabilidad suficiente.

La prueba es una actividad que tiene por finalidad lograr convencer a algún sujeto respecto a la existencia o inexistencia, verdad o falsedad de determinados hechos. En materia procesal-judicial, el destinatario de la prueba es el juez, y en materia extrajudicial, los operadores jurídicos intervinientes y los sujetos interesados.

Los medios de prueba son los elementos hábiles para convencer a un sujeto acerca de la verdad de una afirmación; a vía de ejemplo, documentos, dictámenes periciales. Así como el juez debe valorar la prueba que se presenta en un juicio, también el escribano debe hacerlo cuando se solicita su intervención. La valoración de la prueba es una actividad intelectual que consiste en apreciar los elementos probatorios para llegar a la convicción de la existencia o inexistencia de un hecho.

Según el artículo 140 del Código General del Proceso, las pruebas se apreciarán de acuerdo a las normas de la sana crítica, «salvo texto legal que expresamente disponga una regla de apreciación diversa». El derecho uruguayo sigue como principio el modelo de valoración de la *prueba racio-*

149 Gascón Abellán, Marina, y García Figueroa, Alfonso J., o. cit., p. 352.

nal o sistema de la *sana crítica*, pero la ley puede disponer otra regla de apreciación, como lo es la prueba *legal* o *tasada*.

Señala Gascón Abellán[150] 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.

En materia documental, en el derecho positivo uruguayo existen textos legales que disponen cuándo y en qué medida deben darse determinados hechos por probados, y al respecto podemos distinguir estas situaciones:

1. El instrumento público hace plena fe en cuanto al hecho de haberse otorgado y su fecha (art. 1575 CC), y es un título auténtico (art. 1574 CC)[151] mientras no se demuestre lo contrario mediante tacha de falsedad. La autenticidad del instrumento público es autónoma,[152] porque la certeza de su autor proviene de sí mismo, así como la de quienes otorgaron el acto que contiene el documento.
2. El documento privado cuyas firmas estén certificadas por notario o autoridad competente (arts. 1583 CC y 170.1 CGP) 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 (arts. 1583, inc. 2.º CC y 170.2 CGP).

El documento privado simple puede ser impugnado mediante tacha de falsedad, como los otros dos referidos, pero a diferencia de estos, no *se presume* auténtico, sino que *se tiene por* auténtico, salvo que se desconozca su firma o autoría. Esto significa que basta con ese desconocimiento —sin necesidad de demostrar su falsedad en un juicio específico— para que el documento se deje de tener por auténtico; por lo tanto, su valor probatorio a nivel extrajudicial es muy frágil, al no brindar certeza de que el acto que registra fue otorgado por determinada persona ni su fecha. Ello pro-

150 Gascón Abellán, Marina, y García Figueroa, Alfonso J., o. cit., p. 362.

151 Según el art. 170.1 del Código General del Proceso, se presume auténtico.

152 Anido, Raúl, «De la eficacia del documento notarial», *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, tomo 89, n.º 1-12 (ene.-dic. 2003), p. 58. Comenta el autor 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».

voca que ese tipo de documentos carezca de un grado de probabilidad[153] suficiente para garantizar la seguridad en la comercialización de bienes.

Por las razones expuestas, y a vía de ejemplo, ante un antecedente dominial compraventa con saldo de precio, al momento de fijar los hechos ocurridos y valorar la prueba, desde la óptica de la seguridad jurídica, es muy distinto obtener una carta de pago, documentada en escritura pública o en un documento privado con firmas certificadas por notario y protocolizado, que en un documento privado simple, por la mayor eficacia probatoria de los dos primeros con relación al último.

b. La fiabilidad del instrumento notarial de tipo latino para fijar la premisa fáctica

En general, una de las dificultades que plantean las cuestiones de prueba es la fiabilidad de los medios de prueba utilizados (testigos, documentos, indicios).[154] En ese sentido, un gran valor del instrumento notarial de tipo latino es su fiabilidad, que se solventa en fundamentos originados en los pilares de la función notarial mencionados.

Un primer fundamento de la fiabilidad del instrumento notarial se encuentra en los actos de dación de fe pública contenidos en él. Desde el punto de vista epistemológico, los actos de dación de fe pública que contiene el instrumento notarial —y los documentos públicos en general— no demuestran de manera necesaria la verdad de un hecho: lo demuestran solo en un grado de probabilidad, ya que puede haber falsificación. Sin embargo, desde el punto de vista jurídico, el hecho constatado es considerado como cierto por mandato legal mientras no se demuestre lo contrario en un juicio específico de falsedad.

El contenido del acto de dación de fe pública notarial es considerado por la ley como verdad jurídica mientras no se demuestre lo contrario en un juicio específico de falsedad. Esta característica genera en la sociedad una legítima confianza en la verdad de los hechos narrados.

Se aprecia en ello una función muy importante del instrumento notarial en la argumentación jurídica de cualquier operador jurídico: el instrumento notarial permite que los hechos narrados por el escribano puedan ser considerados como ciertos jurídicamente —aunque empíricamente sean solo probables— al momento de fijar la premisa fáctica, y así dotar de seguridad jurídica al razonamiento silogístico que realiza el juez al juzgar, el registrador al calificar y escribano al estudiar los títulos.

153 Gascón Abellán, Marina, y García Figueroa, Alfonso J., o. cit., p. 363: «El objetivo de los modelos de valoración ha de ser proveer esquemas racionales para determinar el grado de probabilidad de las hipótesis».

154 Conforme Atienza, Manuel, *Curso de argumentación jurídica* cit., p. 433.

A diferencia de ello, cuando la premisa fáctica se fija a través de un documento privado simple, de presunciones simples o de indicios, dicha premisa es empírica y jurídicamente probable. No hay certeza jurídica ni empírica: solo probabilidad.

Un segundo fundamento de la fiabilidad del instrumento notarial en el sistema del notariado latino surge por la calidad de jurista con un preeminente valor ético de su autor, quien cumple una función asesora y formativa previa al otorgamiento del acto, además de la concomitante función autenticante. Esta característica permite que el notario pueda configurar el negocio jurídico adecuado a la voluntad de las partes y, al mismo tiempo, ajustado a la ley, y registrarlo en una escritura pública, lo cual genera una legítima confianza en la sociedad de la legalidad del acto celebrado y no solo en la veracidad de lo narrado. Este valor agregado del notariado latino no se presenta en el sistema anglosajón, en el cual el notario no es un jurista y, por lo tanto, su función solo puede ser autenticante, pero no asesora ni formativa.

Un tercer fundamento consiste en que el notario de tipo latino es una persona preparada, además de para configurar el negocio jurídico, para traducirlo al documento a través de una redacción adecuada, pues la ciencia redactora es un pilar de su función. El notario narra los hechos ocurridos en su presencia con claridad, y su actuación no elimina pero sí disminuye de forma sensible la posibilidad de que los textos presenten ambigüedades e impresiones propias del lenguaje natural y el jurídico que dificulten la interpretación de los hechos. Esta característica tampoco se presenta en el notario anglosajón por carecer de la preparación necesaria para realizar esa función.

En definitiva, el notario de tipo latino, a través del instrumento notarial que expide, constituye una prueba documental fiable, con las características necesarias para permitir que en el futuro, cualquier otro operador jurídico que se conecte con la documentación pueda fijar la premisa fáctica de su razonamiento con certeza jurídica, acompañado de una presunción de legalidad del acto y con menores probabilidades de que el texto presente ambigüedades o imprecisiones que dificulten la interpretación de los hechos. Ese es un aporte trascendental del notariado de tipo latino a cualquier operador jurídico que controle la legalidad de un acto y, por lo tanto, a la argumentación jurídica en general.

c. La interpretación de los hechos

Según Bobbio,[155] *interpretar* es comprender el significado de un signo determinado, comprender la cosa que el signo indica. El lenguaje humano

155 Cit. por Rodríguez Russo, Jorge, *La interpretación del contrato*, Montevideo: FCU, 1.ª ed., 2006, p. 55.

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 se realiza un estudio de títulos, en su mayoría, son negocios jurídicos. En materia negocial, la actividad interpretativa es el proceso por el cual se busca comprender cuál es el contenido del negocio, y en la especie negocial-contractual, cuál es el contenido de lo pactado.[156]

La interpretación contractual debe realizarse de acuerdo a las reglas que establezca cada derecho positivo y no de manera arbitraria. En el Código Civil uruguayo, dichas reglas surgen de los artículos 1297 a 1307; obligan a las partes, al juez y también a los terceros,[157] y establecen el método a seguir al desarrollarse la actividad interpretativa.

Al tratarse de un método legal, las reglas son establecidas por disposiciones jurídicas, y como tales, también requieren de interpretación, lo cual puede conducir a que en un derecho positivo dado existan diferentes posiciones sobre cuál es el método interpretativo que dispone la ley. No se ingresará al análisis de las distintas posiciones doctrinarias respecto al método interpretativo que establece el Código Civil uruguayo por exceder el objeto de este trabajo.

La doctrina, en los últimos años, ha destacado[158] que la ciencia lingüística y la semiótica brindan herramientas útiles para la interpretación. En ese sentido se destaca que el lenguaje natural y, en particular, el jurídico contienen problemas de vaguedad —*imprecisión*— y ambigüedad —*polisemia*—, así como que su inherente textura abierta puede conducir a diversas interpretaciones, y la semiótica es de utilidad para identificar y resolver problemas del lenguaje utilizado.

La *semiótica* es el estudio de los signos y se divide en tres ramas: la *semántica*, la *sintáctica* y la *pragmática*. La *semántica* estudia la relación entre el signo y lo que este designa; la *sintáctica*, la conexión entre signos, como ocurre con las reglas de formación de las frases de un lenguaje, y la *pragmática*, el significado según quiénes son sus emisores y receptores.

156 Caffera, Gerardo, o. cit., p. 426: «La *interpretación* es el mecanismo por el cual se determina cuál es el contenido de lo pactado». Ordoqui Castilla, Gustavo, *Tratado de derecho de los contratos*, tomo VI, Montevideo: AMF-Editores Uruguay-Ediciones del Foro, 1.ª ed., 2016, p. 25: «La *interpretación* es el proceso tendiente a acceder al significado jurídicamente relevante de un acuerdo contractual».

157 Conforme Ordoqui Castilla, Gustavo, *Tratado de derecho de los contratos* cit., p. 49.

158 A vía de ejemplo, Caffera, Gerardo, y Mariño López, Andrés, «Elementos básicos de semiótica jurídica: aplicación práctica a algunas cuestiones de derecho civil», *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, tomo 81, n.º 1-6 (ene.-jun. 1995), pp. 117-129. Caumont, Arturo, «Interpretación de los contratos: de la semiosis del signo a la semiosis del discurso», *Revista Crítica de Derecho Privado*, n.º 1 (jul. 2004), pp. 59-69.

El lenguaje utilizado puede presentar problemas de interpretación: una palabra puede tener más de una acepción (*problemas semánticos*), el orden de las palabras puede significar dos ideas diferentes (*problemas de sintaxis*) o las expresiones pueden tener distintos significados según quiénes sean el emisor y el receptor de la manifestación (*problemas de pragmática*). En ese sentido, la semiótica jurídica es una herramienta importante para comprender mejor el objeto de la interpretación y así llegar a un resultado interpretativo que vincule los hechos, el texto y las circunstancias en que las declaraciones fueron realizadas de una manera global y coherente.

En definitiva, el escribano debe interpretar los hechos que surgen de los documentos que analiza para fijar la premisa fáctica de su razonamiento; esa actividad debe realizarla mediante las reglas de interpretación que establece el derecho positivo, y considerar que la ciencia lingüística y la semiótica brindan herramientas útiles para una mejor comprensión de la situación.

d. La calificación del acto

Una vez interpretados los hechos, se los califica, y esta calificación consiste en ubicar al acto o negocio dentro de una categoría predeterminada por la ley o elaborada por la doctrina para poder aplicar la normativa correspondiente.[159] Por ejemplo, se fijan los hechos y se interpreta que se trata de una compraventa, una donación, una paga por entrega de bienes o una partición, para luego proceder a fijar la premisa normativa y confrontar los hechos con las normas aplicables al caso concreto.

e. Problemas en la determinación de la premisa fáctica

MacCormick[160] señala que en las premisas fácticas pueden plantearse *problemas de prueba* cuando existen dudas sobre si un determinado hecho ha tenido lugar, y *problemas de calificación* en los que se cuestiona si un determinado hecho cae o no dentro de un determinado concepto contenido en el supuesto de hecho o en la consecuencia jurídica de una norma. Los problemas mencionados por MacCormick también se plantean a nivel notarial.

Respecto a los problemas de prueba, el hecho de que el estudio de títulos se realice con base en antecedentes dominiales en los cuales intervino un escribano, sea porque el negocio fue otorgado en escritura pública

159 Rodríguez Russo, Jorge, o. cit., p. 70: «La denominada *calificación del contrato* consiste en ubicar a los contratos en categorías generales definidas por la ley, como también dentro de las elaboradas por la doctrina».

160 Cit. por Atienza, Manuel, *Curso de argumentación jurídica* cit., p. 432, y por Gascón Abellán, Marina, y García Figueroa, Alfonso J., o. cit., pp. 168 y ss.

o documento privado con firmas certificadas, brinda una base firme al razonamiento jurídico de quien analiza una titulación por las razones ya expuestas. Sin embargo, debe reconocerse que también integran el estudio de títulos razonamientos en los cuales la determinación de la premisa fáctica se fundamenta en grados de probabilidad razonables y no en certezas, como ocurre con la determinación del primer domicilio matrimonial de una persona o con el control de actas en documentos privados simples, como veremos al tratar sobre las inferencias.

También pueden plantearse problemas de calificación. A vía de ejemplo: ¿puede considerarse que una promesa simple de compraventa cae dentro del concepto de *causa anterior al matrimonio* a que refiere el artículo 1961 del Código Civil?; ¿puede interpretarse que quien otorga poder para vender sin mencionar la tradición —situación de hecho— confirió poder expreso para enajenar —concepto— de acuerdo al artículo 2056 del Código Civil? En estas situaciones, la determinación de la premisa fáctica es dudosa, ya sea porque se fundamenta en una probabilidad o porque es discutible si el hecho califica o no como el supuesto de hecho previsto por la norma; en esas situaciones, se observa una manifestación de aleatoriedad en las conclusiones a las que arriba el escribano.

8. La justificación de la premisa normativa

a. Sobre las técnicas interpretativas

Para justificar la premisa normativa se requiere interpretar el derecho. Las técnicas o métodos de interpretación, señala Gascón Abellán,[161] son «directivas que expresan formas de llevar a cabo la actividad interpretativa». La doctrina ha identificado, mediante el estudio en abstracto de lo que se hace cuando se interpreta, diferentes técnicas interpretativas, y su orden de prelación dependerá de cada derecho positivo.

Guastini[162] explica que mediante la actividad mencionada se puede llegar como resultado a una interpretación *literal*, también llamada *declarativa*, o a una interpretación *correctora*. La interpretación literal o declarativa es aquella que atribuye a una disposición su significado literal, es decir, el más inmediato, el que es sugerido por el uso común de las palabras y las conexiones sintácticas. La interpretación correctora se opone a la interpretación literal y es aquella que atribuye al texto normativo un significado distinto al que surge de la interpretación meramente literal, basada en el significado común de las palabras.

161 Gascón Abellán, Marina, y García Figueroa, Alfonso J., o. cit., p. 186.
162 Guastini, Riccardo, *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*, Buenos Aires: Gedisa, 1.ª ed., 1999, pp. 211-212.

Ese significado «distinto» puede ser más estricto o más amplio que el literal. En caso de que la actividad interpretativa tenga como resultado que el significado que se le atribuye a la norma es más amplio que el que surge del análisis literal, se tratará de una interpretación *correctora extensiva*. En cambio, si tiene como resultado que el significado que se le atribuye a la norma es más restringido que el que surge del análisis literal, se tratará de una interpretación *correctora restrictiva*.

Se pueden distinguir técnicas que conducen a un resultado literal y técnicas que conducen a un resultado corrector. Entre las técnicas que conducen a un resultado literal o declarativo se encuentran el argumento de *lenguaje común*, el argumento de la *no diferenciación* y el argumento *a contrario*. Entre las técnicas que conducen a un resultado corrector se encuentra el argumento *de disociación* (corrector restrictivo) y los argumentos *por analogía* y *a fortiori* (corrector extensivo). También existen técnicas que pueden conducir tanto a un resultado literal como corrector; a vía de ejemplo, los argumentos de interpretación sistemática en todas sus variedades, el argumento psicológico, el teleológico, el de reducción a lo absurdo, el de la naturaleza de las cosas o el de autoridad.

Algunos de los argumentos mencionados conducen a resultados opuestos; por ejemplo, el de la no distinción se opone al de disociación, y el argumento *a contrario* se opone al analógico. La prevalencia entre ellos dependerá de lo que dispongan las reglas de interpretación de cada derecho positivo.

No se ingresará en el análisis de cada una de las técnicas interpretativas ni de las reglas de interpretación de las leyes establecidas por el Código Civil uruguayo por exceder el objetivo de este trabajo.

Por último, la actividad interpretativa se rige por reglas y también por principios, y uno de gran importancia desde la óptica argumentativa es el de la *razonabilidad*, entendido como la exigencia de una adecuada conexión de la disposición normativa a la realidad a la cual se aplica. En ese sentido, Vallet de Goytisolo[163] ha escrito que según la moderna hermenéutica, en sus pasos sucesivos, dados por Heidegger, Gadamer y Ricouer, la interpretación es considerada como comprensión de un texto que, a su vez, es expresión de una realidad en la cual es necesario penetrar, y que la interpretación exige una mediación entre los signos apreciados en el contexto real y cultural en la que vivían quienes la emitieron y el contexto real y cultural vivido por aquellos a quienes van dirigidos en el momento de explicar su significado.

Esa conexión entre la disposición normativa y la realidad se produce en el momento de aplicación del derecho, que es posterior al momento de producción del texto normativo y, por ello, asume un rol fundamental en esa vinculación el principio de razonabilidad, entendido como un mandato

163 Vallet de Goytisolo, Juan B., «De la determinación del derecho» cit., pp. 43-46.

que apela a la prudencia del intérprete para que determine el correcto sentido de la ley a la luz de las circunstancias del caso concreto.[164]

b. La doble dirección de la argumentación jurídica notarial en la determinación de la premisa normativa

En lo que se refiere a la determinación de la premisa normativa, la argumentación jurídica notarial se dirige en dos direcciones.

Una dirección es hacia el *pasado* y ocurre cuando el notario estudia antecedentes dominiales. Una vez fijados los hechos, valorada la prueba, interpretados los hechos y calificado el acto, debe interpretar la normativa que regula el acto otorgado. Para identificar las normas aplicables deberá realizar la actividad hermenéutica, a través de las reglas de interpretación que establece cada derecho positivo. En esta dirección, la argumentación jurídica notarial en la interpretación del derecho opera como un instrumento de contralor de la legalidad de los actos ya otorgados.

Otra dirección es hacia el *futuro* y ocurre cuando el notario analiza el negocio que las partes proyectan otorgar e interpreta la normativa aplicable al negocio proyectado. En este caso, el escribano interpreta el derecho para cumplir su función de información, asesoramiento y consejo previo al acto, y así guiar la voluntad de las partes hacia un negocio que se adecue a las exigencias normativas, y como consecuencia, elaborar un documento notarial que contenga un acto ajustado a la ley. Es por tal razón que, como expresa Cosola,[165] «la creación del documento deviene secundariamente, como consecuencia de la argumentación notarial del derecho».

En esta dirección considero que se puede visualizar otro gran aporte del notariado de tipo latino a la sociedad toda, porque la argumentación jurídica notarial en la interpretación del derecho no se limita a un trabajo intelectual para determinar la premisa normativa y controlar de manera preventiva la legalidad de un acto futuro: además, es una actividad necesaria para conducir a las partes a que otorguen un negocio que se adecue a la ley.

Es por eso que comparto las expresiones de Armella[166] cuando señala que «el notario es el primer intérprete de la ley», porque su aplicación en el ámbito del acuerdo de partes es anterior a cualquier eventual conflicto en el cual intervendrán abogados y jueces. Efectivamente lo es, y considero que la interpretación que realiza el notario tiene una doble función:

164 Conf. Bazán, José Luis, y Madrid, Raúl, «Racionalidad y razonabilidad en el derecho», *Revista Chilena de Derecho*, vol. 18, n.º 2, p. 180.

165 Cosola, Sebastián J., *Fundamentos del derecho notarial: la concreción del método*, Buenos Aires: Ad-Hoc, 2013, p. 244.

166 Armella, Cristina N., cit. por Cosola, Sebastián J., *Fundamentos del derecho notarial*… cit., p. 241.

controlar preventivamente la legalidad del acto y guiar la voluntad de las partes hacia ella.

c. Problemas en la determinación de la premisa normativa

MacCormick[167] señala que en las premisas normativas pueden plantearse *problemas de interpretación*, en los cuales se discrepa sobre cómo debe entenderse una norma, o *problemas de relevancia*, cuando la duda recae sobre cuál es la norma aplicable. Este tipo de problemas también se plantean a nivel notarial.

Las premisas normativas pueden plantear problemas de interpretación porque los textos son vagos o ambiguos, o porque existen diferentes opiniones doctrinarias y jurisprudenciales respecto a su significado. A vía de ejemplo: ¿qué significa «bien registrable» en el artículo 380 del Código General del Proceso?, ¿la porción conyugal genera un derecho personal contra los herederos o uno real sobre los bienes hereditarios? Para que el escribano pueda determinar la premisa normativa primero debe tomar una decisión sobre cuál es el significado de esas disposiciones que son fuente de problemas de interpretación.

También se presentan problemas de relevancia, que en muchos casos son causados porque el argumento *a contrario* y el argumento analógico conducen a resultados opuestos, y la aplicación de uno u otro depende en buena medida de una determinación subjetiva que consiste en si la semejanza entre el caso regulado y el que no lo está es suficiente para justificar la aplicación analógica.

A vía de ejemplo, problemas de relevancia ocurren cuando el escribano se cuestiona qué norma rige a la llamada *doble representación*, en la cual una misma persona actúa en representación de dos partes con intereses contrapuestos. ¿Dicha situación requiere la aprobación expresa de los mandantes de acuerdo al artículo 2070 del Código Civil o debe entenderse que está permitido, porque no hay norma expresa que lo prohíba? También en materia particionaria puede cuestionarse: ¿es rescindible una partición por fraude aunque la ley no lo haya previsto de manera expresa? O en materia dispositiva: ¿es eficaz la enajenación realizada por un heredero aparente al tercero de buena fe con criterio general o solo en el caso previsto de los hijos extramatrimoniales?

Estos son solo algunos ejemplos de casos en que por problemas de interpretación o relevancia pueden presentarse dudas con relación a cuál es la norma aplicable y, por lo tanto, cómo se determina la premisa normativa. Si a lo expuesto agregamos que la interpretación notarial no es vinculante y puede ser negada por otro notario, por el registrador o por el juez, es claro

167 Cit. por Atienza, Manuel, *Curso de argumentación jurídica* cit., p. 432, y por Gascón Abellán, Marina, y García Figueroa, Alfonso J., o. cit., pp. 168 y ss.

que el resultado del estudio de títulos que realiza un escribano comprende un margen de aleatoriedad.

9. La justificación de la inferencia

Para justificar la inferencia debe demostrarse su validez lógica, esto es, que el paso de las premisas a la conclusión es necesario o, al menos, probable. En los casos en que el razonamiento utilizado es deductivo con premisas jurídicamente ciertas, si la inferencia es válida, entonces la conclusión será verdadera; en cambio, en los casos en que el razonamiento utilizado es deductivo con premisas probables o el razonamiento es inductivo, si la inferencia es válida, la conclusión podrá ser verdadera o no, porque se fundamenta en una probabilidad, y para que sea aceptable desde el punto de vista notarial debe al menos tener un grado de probabilidad razonable de que es verdadera. Esto nos conduce al análisis de los razonamientos *deductivos* e *inductivos*, lo cual sigue a continuación.

a. Inferencias deductivas e inductivas

Dentro de los razonamientos silogísticos se distinguen los *deductivos* y los *inductivos*, y el escribano realiza ambos tipos de razonamientos. Los razonamientos son deductivos o inductivos según la inferencia sea *necesaria* (deductivo) o *probable* (inductivo). En el deductivo, el paso de las premisas a la conclusión es necesario, de manera que si las premisas son verdaderas, la conclusión también lo es. En cambio, en el inductivo, el paso de las premisas a la conclusión es probable pero no necesario, por lo cual si las premisas son verdaderas, es probable —aunque no necesario— que la conclusión también lo sea.[168]

Un ejemplo de razonamiento deductivo notarial es el siguiente:

— Premisa normativa: si la compraventa de inmueble se otorga en escritura pública, entonces se cumple con el requisito de solemnidad (art. 1664 CC), que es un requisito de validez (art. 1560 CC) (si *p*, entonces *q*).
— Premisa fáctica: surge de la documentación que la compraventa del inmueble se otorgó en escritura pública (surge *p*).
— Conclusión (inferencia deductiva): se cumplió con el requisito de solemnidad, que es un requisito de validez (entonces *q*).
— Calificación notarial: la situación se ajusta a la ley.

Un ejemplo de razonamiento inductivo notarial es el siguiente.

El estudio de títulos de inmuebles en Uruguay se realiza como regla por treinta años porque es el tiempo en que opera la prescripción prolongada. Cuando un escribano estudia títulos por ese plazo, desconoce si el primer

168 Vé. al respecto Atienza, Manuel, *Curso de argumentación jurídica* cit., p. 177.

vendedor —supongamos, quien vendió en 1988, hace treinta años— era o no propietario del bien; pero el estudio de títulos tiene que tener un límite de tiempo, y el fundamento que justifica ese límite consiste en que si el primer vendedor no era propietario, de todos modos el actual titular se podría amparar en la prescripción.

La posibilidad de ampararse en la prescripción es producto de un razonamiento inductivo, porque algunos elementos necesarios para prescribir, como la prueba del hecho material de la posesión, pueden no surgir de la titulación (por ejemplo, un terreno que siempre fue baldío). Sin embargo, es altamente probable que si existen títulos por más de treinta años, aunque el primer vendedor no fuera propietario, el actual titular pueda ampararse en la prescripción. La conclusión se fundamenta en probabilidades razonables, pero no es una consecuencia necesaria de las premisas.

El razonamiento sería el siguiente:

— Premisa normativa: la propiedad de los inmuebles se adquiere por prescripción mediante la posesión durante treinta años, con las cualidades que establece la ley (art. 1211 CC).
— Premisa fáctica: surgen de la documentación primeras copias de escrituras públicas de compraventa-tradición de la propiedad y posesión de un inmueble terreno baldío durante treinta años.
— Conclusión (inferencia inductiva): desconozco si el primer vendedor era propietario del bien, pero ante la eventualidad de que no lo fuera, si surgen trasmisiones posesorias en documentos públicos durante más de treinta años, es probable, con un grado de razonabilidad suficiente, que haya operado la prescripción.

El esquema lógico sería «si *p*, entonces es probable *q*»; esto es, si surgen trasmisiones posesorias durante más de treinta años en escrituras públicas (*p*), entonces es probable que haya operado la prescripción (*q*).

El razonamiento es inductivo porque aunque las premisas sean jurídicamente ciertas, la conclusión no es necesaria, al no surgir de la documentación algunos elementos para prescribir, como el acto material de posesión. La conclusión es probable, y en esas circunstancias, existe un grado de probabilidad razonable de que la prescripción ha operado, lo que sumado a la necesidad de fijar un límite al tiempo de estudio de títulos justifica la utilización del razonamiento inductivo.

La presencia de razonamientos inductivos en la argumentación jurídica notarial es otro ejemplo de que la actividad de estudiar títulos contiene un grado de aleatoriedad, la cual también se presenta cuando el escribano realiza razonamientos deductivos sobre premisas probables, como veremos a continuación.

b. La inferencia deductiva con premisas probables

Vimos que el tipo del razonamiento silogístico puede ser deductivo o inductivo, y que para obtener una conclusión se deben determinar la pre-

misa normativa y la fáctica. La fijación de esas premisas también puede resultar de un razonamiento deductivo o inductivo, y en este último caso, la premisa que se fije será probable.

Al respecto, Gascón Abellán[169] señala la importancia de distinguir las cuestiones *lógicas* de las *epistemológicas*, la validez de la verdad y que la validez de un argumento deductivo no garantiza la verdad de la conclusión, pues la conclusión es verdadera «a condición de que» las premisas sean verdaderas.

Esto ocurre porque la lógica estudia las inferencias desde un punto de vista formal y garantiza que el paso de las premisas a la conclusión es formalmente válido, pero se abstrae de los elementos materiales y pragmáticos.[170]

Mientras que en el razonamiento inductivo con premisas ciertas la aleatoriedad se produce porque la conclusión es probable y no necesaria, en el razonamiento deductivo con premisas probables la aleatoriedad ocurre porque la conclusión solo es necesaria si las premisas son ciertas, pero no existe seguridad de que lo sean, y por lo tanto, no hay certidumbre de que la conclusión sea verdadera. Esto significa que aun dentro del razonamiento deductivo, puede existir un margen de aleatoriedad.

Se puede distinguir la probabilidad de la premisa fáctica de la probabilidad de la normativa.

i. Probabilidad de la premisa fáctica

Vimos que la compraventa de un inmueble debe otorgarse en escritura pública como requisito de solemnidad (art. 1664 CC, premisa normativa) y que el escribano controla que así se haya otorgado (premisa fáctica), a través de la primera copia de la escritura, y llega a la conclusión de que se cumplió con el requisito.

El razonamiento es deductivo porque si las premisas son ciertas, también lo es la conclusión. Desde el punto de vista empírico, la premisa fáctica es probable porque la primera copia pudo haberse falsificado, y la escritura matriz no existir. En cambio, desde el punto de vista jurídico, esa premisa probable es asimilada a una premisa cierta porque la ley impone la creencia en los actos de dación de fe pública mientras no se demuestre en vía judicial lo contrario.

Por lo tanto, este sería un caso de razonamiento deductivo *con premisa jurídicamente cierta*. Como se puede apreciar, la intervención notarial es de gran importancia para dotar de autenticidad la documentación y así brindar certeza jurídica de que la premisa fáctica que integra el razonamiento ha ocurrido.

169 Gascón Abellán, Marina, y García Figueroa, Alfonso J., o. cit., p. 357.
170 Vé. Atienza, Manuel, *Curso de argumentación jurídica* cit., pp. 172-173.

Sin embargo, en algunas situaciones, la práctica jurídica funciona *con premisas empírica y jurídicamente probables*. A vía de ejemplo, de acuerdo al artículo 388 de la ley 16060, cuando contrata un director de una sociedad anónima con ella —fuera de la actividad normal y en las mismas condiciones que los terceros—, se requiere la autorización de la asamblea de accionistas (premisa normativa) como requisito de validez. De acuerdo a los usos notariales, la autorización se demuestra con la presentación del libro de asamblea de accionistas, del cual surge el acta correspondiente, documento privado simple (premisa fáctica). El escribano realiza una inferencia y concluye que se cumplió con el requisito del artículo 388 de la ley 16060.

El razonamiento utilizado por el escribano en ese caso es deductivo, porque si las premisas con ciertas, la conclusión también lo es; pero la premisa fáctica es probable, sin que se asimile a una cierta, porque si bien la autorización resulta de una prueba directa como es el documento privado, su eficacia probatoria es frágil al carecer de autenticidad demostrada. Peso a ello, en el tráfico jurídico se considera que existe un grado de probabilidad suficiente de que la autorización ocurrió (demostrada la premisa fáctica del razonamiento).

Incluso en algunos casos ni siquiera existe prueba documental de elementos determinantes para fijar las premisas, pero se las considera probadas solo por probabilidades.

Veamos este ejemplo. Resulta de los antecedentes dominiales que en 2000, una persona *A*, uruguaya y casada con *B*, heredó un inmueble. De acuerdo a la ley uruguaya, cada cónyuge tiene la libre disposición de sus bienes propios (art. 1970 CC), y lo heredado es propio (art. 1964 CC). Resulta también que con posterioridad, *A* enajenó el inmueble sin la conformidad conyugal, y luego, el inmueble continuó transfiriéndose en varias oportunidades hasta el día de hoy.

Si un escribano uruguayo en la actualidad, dieciocho años después, va a estudiar esa documentación, su razonamiento, de acuerdo a la diligencia normal, sería el siguiente:

— Premisa normativa: si el inmueble es propio, entonces no se requiere la conformidad conyugal para enajenar (art. 1970 CC) (si *p*, entonces *q*).
— Premisa fáctica: se trata de un bien propio porque fue heredado (surge *p*).
— Inferencia deductiva y conclusión: no se requería la conformidad conyugal para enajenar, y la situación es correcta (entonces *q*).

El razonamiento mencionado es deductivo porque si las premisas son verdaderas, la conclusión también lo es, y desde el punto de vista lógico, es un razonamiento válido. El problema es epistemológico, no lógico, y consiste en que no sabemos si las premisas son verdaderas; por lo tanto, no sabemos si la conclusión lo es. La razón se encuentra en que de acuerdo a las normas nacionales de derecho internacional privado y los tratados

que ha suscrito Uruguay, la determinación de si el bien es propio o no —y si se requiere conformidad conyugal o no— corresponde a la ley del primer domicilio matrimonial. Hay países que tienen un régimen en el cual la enajenación de inmuebles propios también requiere de la conformidad conyugal.

La mayoría —en un porcentaje que desconocemos— de los uruguayos que contrajeron matrimonio tuvieron como primer domicilio matrimonial Uruguay, y si agregamos que el escribano que intervino en el antecedente dominial no realizó ninguna mención en especial, es probable que Uruguay haya sido el primer domicilio matrimonial de la persona que heredó el bien. Pero para tener certeza de que la conclusión es verdadera, debería probarse cuál fue el primer domicilio matrimonial de *A* y *B*. El inconveniente se encuentra en que en términos prácticos, la prueba del primer domicilio matrimonial es muy difícil de obtener, y exigir que se demuestre cuál fue el primer domicilio matrimonial de cada persona que resulte de los antecedentes dominiales obstruiría la fluidez en la circulación de los bienes.

En esa situación se aprecia con claridad que hay un margen de error en el razonamiento. Sin embargo, la práctica notarial lo ha considerado como tolerable; por eso, en ese tipo de casos, un escribano que emplee la diligencia normal va a concluir que el primer domicilio matrimonial fue Uruguay, que rige el artículo 1970 del Código Civil, que el bien es propio y que la titulación es correcta, pero no hay certeza de que la conclusión sea correcta porque las premisas son solo probables.

Mi intención no es fomentar el uso de exigir prueba sobre el primer domicilio matrimonial de cada sujeto que surge de los antecedentes dominiales: mi intención es demostrar que el estudio de títulos es una actividad que contiene un margen de aleatoriedad, porque si bien comprende razonamientos deductivos con premisas fácticas jurídicamente ciertas, cuando están respaldadas por actos de dación de fe pública también contienen razonamientos deductivos con premisas probables y razonamientos inductivos.

El argumento notarial fundado en un grado de probabilidad razonable es similar al argumento judicial basado en la valoración de la prueba de acuerdo a las reglas de la sana crítica. El juez tiene que tomar decisiones, y al valorar la prueba, con frecuencia ocurre que no puede tener certeza de que un hecho ocurrió; pero la ley dispone que debe decidir fundamentado en las reglas de la sana crítica (art. 140 CGP), esto es, aquello que de acuerdo a la lógica y experiencia suele ocurrir. De la misma manera, el escribano no puede tener certeza absoluta de todas las situaciones, y, en ocasiones, debe decidir fundamentado en un grado de probabilidad razonable.

ii. Probabilidad de la premisa normativa

La determinación de la premisa normativa también puede presentar dificultades. En algunos casos es fácil fijar cuál es la norma aplicable, como es

la situación ya analizada de la solemnidad de la compraventa de inmueble (art. 1664 CC); pero en otros es difícil, en especial cuando existen diversas opiniones doctrinarias.

Guastini[171] distingue entre la interpretación *cognitiva*, que consiste en identificar en un texto normativo los distintos significados posibles sin escoger ninguno, y la interpretación *decisoria*, que consiste en escoger un significado determinado y descartar los restantes.

Dicha distinción es útil para explicar el problema que enfrenta el escribano ante los casos difíciles porque tiene que decidir cuál es el significado correcto para fijar la premisa normativa en que fundamentará su razonamiento; en ese sentido, realiza una interpretación decisoria, pero dicha interpretación no es vinculante, y otro escribano con posterioridad, un registrador o un juez pueden sostener la posición contraria, que los conducirá a distinta conclusión. En ello también puede observarse otra manifestación de aleatoriedad en el razonamiento jurídico.

c. La debida diligencia como límite al tipo de razonamiento utilizable

La utilización de razonamientos deductivos o inductivos no es arbitraria del notario. El escribano tiene la obligación de comportarse de acuerdo a como lo haría un «estándar de buen escribano»;[172] por lo tanto, la diligencia debida determinará cuándo es necesario un razonamiento que conduzca a una conclusión indubitable y cuándo será suficiente con una conclusión probable. En esta última situación, el grado de probabilidad suficiente será el razonable para el caso concreto, esto es, aquello que según las reglas de la lógica y la experiencia suele ocurrir (sana crítica).

10. La obligación de realizar el estudio de títulos, el margen de aleatoriedad y la responsabilidad notarial

Se ha discutido a nivel doctrinario si la obligación de realizar el estudio de títulos es una obligación *de medios*[173] o *de resultado*.[174] A mi entender, el

171 Guastini, Riccardo, *Interpretar y argumentar*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2017, p. 45.

172 Art. 75 de la Ley Orgánica Notarial: «Los escribanos responderán en todos los casos a las partes de los daños que les hubiesen resultado del mal desempeño de sus funciones, sin perjuicio de las penas a que pudieran haberse hecho acreedores».

173 A vía de ejemplo puede leerse Prunell, J. Antonio, *Responsabilidad civil del escribano*, 1947, p. 199; Siri García, Julia, «Responsabilidad civil del notario. El llamado *seguro de mala praxis*: sus diferencias con el seguro de títulos», *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, tomo 90, n.º extraord. (2004), pp. 72-73.

174 Al respecto puede leerse Ordoqui Castilla, Gustavo, «Daños causados por el escribano público», *Derecho de daños: daños profesionales. Daños causados por el Estado*, Montevideo: La Ley Uruguay, 2014, p. 389.

planteamiento correcto del tema es cuestionarse si la obligación de realizar una calificación notarial —o dictamen— sobre la bondad de la titulación, fundamentado en el estudio de títulos, es una obligación de medios o de resultado.

Si la obligación de realizar una calificación notarial sobre la bondad de la titulación fundamentado en el estudio de títulos es una obligación de medios, podríamos definirla como aquella que consiste en actuar con la diligencia debida en el estudio de la documentación, con la finalidad de dictaminar si la titulación se adecua a las exigencias normativas para proceder a otorgar el negocio proyectado. Si el escribano dictamina que la titulación es buena y luego resulta que no lo es, solo habrá incumplimiento si no realizó el estudio de títulos con la debida diligencia, y su responsabilidad será subjetiva, esto es, el escribano solo será responsable si no se comportó con la diligencia debida.

En cambio, si se trata de una obligación de resultado, podríamos definirla como aquella que consiste en dictaminar de manera correcta si la titulación se adecua a las exigencias normativas para proceder a otorgar el negocio proyectado. Si el escribano dictamina que la titulación es buena y luego resulta que no lo es, habrá incumplimiento, porque no dictaminó de forma correcta, y su responsabilidad será objetiva, esto es, será responsable, salvo que haya existido una causa extraña no imputable.

En términos generales, el criterio de distinción entre las obligaciones de medios y de resultado que predomina en doctrina es el de la aleatoriedad,[175] entendida como probabilidad mayor o menor de alcanzar el resultado.[176] Si la posibilidad de alcanzar un resultado presenta una aleatoriedad significativa, la obligación es de medios; en cambio, cuando no la hay, es de resultado.

Luego de haber analizado la estructura del tipo paradigmático de razonamiento que utilizan el escribano y demás operadores jurídicos para controlar la legalidad de los actos, la respuesta a la cuestión planteada fluye con claridad, porque el lector habrá podido visualizar que al momento de justificar las premisas y la inferencia que lo componen existe un margen de aleatoriedad significativo.

Los problemas de interpretación, relevancia, prueba y calificación señalados en la determinación de las premisas; la necesidad de utilizar inferencias deductivas con premisas ciertas, pero también inferencias deductivas con premisas probables, así como inferencias inductivas, sumado a que el resultado interpretativo al que arriba el escribano no es vinculante,

175 Vé. al respecto Gamarra, Jorge, *Tratado de derecho civil uruguayo*, tomo XX, Montevideo: FCU, 2.ª ed., 2003, pp. 69 y ss.

176 Conf. Gamarra, Jorge, *Responsabilidad contractual*, II («El juicio de responsabilidad»), Montevideo: FCU, 1.ª ed., 1997, p. 398.

provocan que exista un margen de aleatoriedad suficiente para considerar que la obligación de realizar una calificación notarial —o dictamen— sobre la bondad de la titulación, fundamentado en el estudio de títulos, es una obligación de medios y no de resultado, y por lo tanto, la responsabilidad es subjetiva y no objetiva.

Esta respuesta es coherente con la afirmación ya efectuada de que el razonamiento utilizado por el escribano —y por los demás operadores jurídicos— al controlar la legalidad de los actos es una operación lógico-argumentativa que requiere de la justificación de los elementos que la componen, y no una mera operación lógico-deductiva de subsunción que conduzca a un resultado objetivo y absoluto.

De esta manera, a través de la precomprensión de los esquemas de razonamiento utilizables por los operadores jurídicos para controlar la legalidad de los actos, se logra comprender con claridad qué tipo de obligación asume el escribano y cuál es su responsabilidad frente a los problemas en la titulación que no haya detectado al realizar la calificación notarial.

11. Metodología y fases para realizar el control de legalidad

La calificación notarial eficiente requiere de una metodología que guíe al escribano en la actividad que realiza mediante un orden en los controles que debe efectivizar. Explica Molla[177] que «*método* —del griego *methodos*, que significa 'camino, hacia algo'— es un procedimiento ordenado dirigido a la obtención de un resultado». Por *metodología* para el estudio de títulos y el análisis del negocio que se proyecta otorgar me refiero a la realización de un procedimiento ordenado de razonamientos que tiene por finalidad efectuar un control de legalidad completo y obtener como resultado una calificación notarial con un grado de probabilidad razonable de corrección.

Rodríguez Russo[178] explica que el análisis de un contrato requiere, en primer lugar, la fijación de los hechos acontecidos; luego, la interpretación de esos hechos; posteriormente se pasa a la calificación del contrato, que consiste en ubicar a los contratos tanto en categorías definidas por la ley como dentro de las elaboradas por la doctrina, y luego, a la subsunción, que implica aplicar al negocio ya interpretado y calificado las normas legales propias del negocio.[179]

177 Molla, Roque, «La interpretación y aplicación del derecho como manifestación de la función notarial creadora de derecho», *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, tomo 87, n.º 7-12 (jul.-dic. 2001), p. 212.

178 Rodríguez Russo, Jorge, o. cit., capítulo II.

179 Rodríguez Russo, Jorge, o. cit., p. 71: «Pero para poder calificar, primero hay que interpretar, pues mal se puede determinar el tipo de negocio, su régimen jurídico y su valoración en términos de validez o invalidez sin antes indagar qué fue lo que quisieron las partes».

Recién en la etapa de subsunción el escribano se encuentra en condiciones de controlar que los hechos se hayan adecuado a las exigencias normativas de validez y eficacia.

Una metodología muy eficiente para controlar la eficacia contractual es la que en Uruguay proponen Cafaro y Carnelli,[180] y consiste en el control del cumplimiento de los requisitos de existencia, validez y eficacia de los contratos en etapas sucesivas. Al seguirse ese procedimiento se controlará la capacidad jurídica de las partes, el poder normativo negocial, la capacidad de obrar, el consentimiento, la solemnidad, el objeto, la causa, el poder de disposición, la naturaleza —propio o ganancial— de los bienes, el poder de representación y demás.

En la misma línea planteada, considero que para analizar cada negocio que surge de los antecedentes dominiales corresponde transitar por este procedimiento:

1. *Fijación de los hechos* ocurridos y *valoración de la eficacia* probatoria de los documentos presentados.

2. *Interpretación de los hechos*. Para comprender el significado de los negocios que surgen de la titulación debe realizarse la actividad interpretativa, de acuerdo a las normas legales sobre interpretación (arts. 1297 y ss. CC).

3. *Calificación del negocio*. Se trata de ubicar el negocio dentro de las categorías predeterminadas por la ley o las elaboradas por la doctrina, en caso de tratarse de un negocio atípico.

A través de estas tres etapas se fija la premisa fáctica del razonamiento silogístico.

4. *Interpretación de la normativa aplicable* al tipo de negocio que se otorgó de acuerdo a la calificación que realizamos. Por ejemplo, si se concluye que se trata de una compraventa de inmueble, se debe interpretar la normativa sobre compraventa de inmuebles. La interpretación se realiza de acuerdo a las reglas de interpretación de las leyes (arts. 17 y ss. CC). En esta etapa se fija la premisa normativa del razonamiento silogístico.

5. *Subsunción y calificación notarial*. Se trata de aplicar al negocio ya interpretado y calificado las normas de la categoría negocial de que se trate y realizar la calificación notarial, es decir, confrontar los hechos ocurridos a las exigencias normativas y emitir un juicio sobre si los hechos cumplieron con los requisitos de existencia, validez y eficacia normativos. Para emitir ese juicio, o *calificación notarial*, se sigue un orden de control, y aquí es cuando se debe aplicar la metodología; a vía de ejemplo, la que proponen Cafaro y Carnelli. En esta etapa se realiza la inferencia del razonamiento silogístico.

180 Cafaro, Eugenio B., y Carnelli, Santiago, *Eficacia contractual*, Montevideo: FCU, 1996.

Cada control de los requisitos de existencia, validez y eficacia de los negocios requiere de razonamientos; es por ello que el estudio de títulos contiene una pluralidad de razonamientos que en su totalidad conducen a la calificación notarial sobre la bondad o no de la titulación.[181]

El mismo procedimiento debe seguirse con relación al negocio proyectado: fijar los hechos a través de la recepción de la voluntad de las partes, interpretar la voluntad negocial, configurar el negocio adecuado para lograr esa finalidad, calificarlo y aplicar al negocio proyectado la normativa correspondiente, mediante una metodología de control, para conocer si se adecua a las exigencias normativas.

12. Conclusiones

1. La argumentación jurídica utilizada por los diversos operadores tiene una base común, pero la posición que cada uno ocupa frente al derecho genera características que permiten realizar distinciones. La función notarial se sustenta en la ciencia redactora y jurídica, en la fe pública y en la ética, pilares que posicionan al escribano frente al derecho como un jurista imparcial que procura la realización pacífica del derecho con eje en el valor seguridad jurídica. Estas características permiten identificar a la argumentación jurídica notarial y distinguirla de otras especies.

2. El escribano debe tomar decisiones jurídicas, y por lo tanto, analiza el derecho desde el punto de vista interno. Las decisiones que el escribano toma deben ser argumentadas.

3. La actividad notarial está regida por el principio de legalidad; por lo tanto, las decisiones que el notario toma deben estar fundadas en una norma preexistente. El control de legalidad consiste en verificar si determinados actos se adecuan o no a las exigencias normativas predeterminadas; esa confrontación la realiza el escribano al calificar la titulación (comprensiva de antecedentes dominiales, certificados registrales, etc.) y el negocio que se proyecta otorgar (*calificación notarial*).

4. El tipo de razonamiento paradigmático que realiza el escribano para controlar la legalidad de los actos al estudiar títulos y analizar el negocio proyectado es el *silogismo subjuntivo*. La premisa mayor es la disposición normativa que rige en el caso concreto; la premisa menor son los hechos ocurridos y probados, y la inferencia es el pasaje de las premisas a la conclusión a la cual el escribano arriba, esto es, si los hechos se adecuaron o no a las exigencias normativas. Se trata de un método lógico-argumentativo porque las conclusiones no son absolutas y requieren justificación.

181 Por supuesto que el análisis de los antecedentes dominiales debe complementarse con la información registral y los demás certificados que corresponda solicitar según el caso concreto (BPS, CUD, OSE).

5. El escribano debe estar en condiciones de poder justificar mediante razones la premisa fáctica, la premisa normativa y la inferencia que conduce a la conclusión.

6. La determinación de las premisas puede contener problemas de interpretación, relevancia, prueba y calificación. Con relación a las inferencias, si bien se realizan inferencias deductivas con premisas ciertas, cuestiones prácticas conducen a la necesidad de utilizar también inferencias deductivas con premisas probables, así como inferencias inductivas. A su vez, el resultado interpretativo al que arriba el escribano no es vinculante, todo lo cual provoca que exista un margen de aleatoriedad suficiente para sostener que la obligación de realizar una calificación notarial —o dictamen— sobre la bondad de la titulación, fundamentado en el estudio de títulos, es una obligación de medios y no de resultado, y por lo tanto, la responsabilidad es subjetiva y no objetiva.

7. El control de legalidad de la titulación y del negocio que se proyecta otorgar exige una gran cantidad de razonamientos para cuya eficiente realización es recomendable la utilización de una metodología.

8. Se destacan dos grandes aportes del notariado de tipo latino a la sociedad, vinculados a la argumentación jurídica notarial:

a) en la determinación de la premisa fáctica, cumple una función muy importante el instrumento notarial, al permitir que determinados hechos puedan ser considerados como ciertos jurídicamente aunque desde el aspecto empírico sean solo probables;

b) con relación al negocio que proyectan otorgar las partes, la interpretación del derecho para determinar la premisa normativa se realiza con una doble función que solo brinda el notariado, y consiste en controlar de manera preventiva la legalidad del acto proyectado y guiar la voluntad de las partes hacia esa legalidad.

13. Bibliografía

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

Atienza, Manuel, «Elementos formales, materiales y pragmáticos de la argumentación jurídica», conferencia, minuto 1:30:47, en ‹www.youtube.com/watch?v=yul-C14tthU›.

—, *Curso de argumentación jurídica*, Madrid: Trotta, 1.ª ed., 2013 (4.ª reimpr., 2016).

Bazán, José Luis, y Madrid, Raúl, «Racionalidad y razonabilidad en el derecho», *Revista Chilena de Derecho*, vol. 18, n.º 2.

Cafaro, Eugenio B., y Carnelli, Santiago, *Eficacia contractual*, Montevideo: FCU, 1996.

Caffera, Gerardo, *Obligaciones*, Montevideo: FCU, 1.ª ed., 2018.

Caffera, Gerardo, y Mariño López, Andrés, «Elementos básicos de semiótica jurídica: aplicación práctica a algunas cuestiones de derecho civil», *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, tomo 81, n.º 1-6 (ene.-jun. 1995).

Caumont, Arturo, «Interpretación de los contratos: de la semiosis del signo a la semiosis del discurso», *Revista Crítica de Derecho Privado*, n.º 1 (jul. 2004).

Cosola, Sebastián J., *Los deberes éticos notariales*, Buenos Aires: Ad-Hoc, 1.ª ed., 2008.

—, *Fundamentos del derecho notarial: la concreción del método*, Buenos Aires: Ad-Hoc, 2013.

—, *La prudencia notarial: vigencia del pensamiento de Juan Berchmans Vallet de Goytisolo*, Pando, San Miguel: Gaceta Notarial, 2014.

Gamarra, Jorge, *Responsabilidad contractual*, II («El juicio de responsabilidad»), Montevideo: FCU, 1.ª ed., 1997.

—, *Tratado de derecho civil uruguayo*, tomo XX, Montevideo: FCU, 2.ª ed., 2003.

Garbarino, Álvaro, «La calificación notarial registral como instrumento de seguridad jurídica», *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, tomo 90, n.º 1-6 (ene.-jun. 2004).

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

Guastini, Riccardo, *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*, Buenos Aires: Gedisa, 1.ª ed., 1999.

—, *Interpretar y argumentar*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2017.

Martínez Roldán, Luis, y Fernández Suárez, Jesús A., *Curso de teoría del derecho*, Barcelona: Planeta, 1.ª ed., 2012.

Molla, Roque, «La interpretación y aplicación del derecho como manifestación de la función notarial creadora de derecho», *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, tomo 87, n.º 7-12 (jul.-dic. 2001).

Ordoqui Castilla, Gustavo, «Daños causados por el escribano público», *Derecho de daños: daños profesionales. Daños causados por el Estado*, Montevideo: La Ley Uruguay, 2014.

—, *Tratado de derecho de los contratos*, tomo VI, Montevideo: AMF-Editores Uruguay-Ediciones del Foro, 1.ª ed., 2016.

Prunell, J. Antonio, *Responsabilidad civil del escribano*, 1947.

Rodríguez Russo, Jorge, *La interpretación del contrato*, Montevideo: FCU, 1.ª ed., 2006.

Siri García, Julia, «Responsabilidad civil del notario. El llamado *seguro de mala praxis*: sus diferencias con el seguro de títulos», *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, tomo 90, n.º extraord. (2004).

Vallet de Goytisolo, Juan B., «De la determinación del derecho», *Manuales de metodología jurídica*, III, Madrid: Fundación Cultural del Notario, 2004.

—, *Metodología de la ciencia expositiva y explicativa del derecho*, tomo II («Elaboración sistemática»), vol. 2.

Viola, Francisco, y Zaccaria, Giuseppe, *Derecho e interpretación: elementos de teoría hermenéutica del derecho*, Madrid: Dykinson, 2007.

Estudio de las leyes 18930, 19288 y 19484

por Adriana Amado, Daniella Cianciarulo e Inés Cobas

Introducción

Las exigencias de organismos internacionales en materia de transparencia fiscal internacional, y en particular con el intercambio de información tributaria,[182] han provocado que las autoridades uruguayas tomen determinadas decisiones relativas a entidades comerciales uruguayas y extranjeras.

En este sentido, se crea un registro en 2012, en la órbita del Banco Central del Uruguay, para asegurar el carácter reservado de la información registrada; consiste, en una primera instancia, en que las entidades que emitan participaciones patrimoniales al portador deben comunicar a este organismo quiénes son sus titulares, en determinado plazo y sometidas en caso contrario a importantes sanciones, tanto para los titulares como para la entidad. Este tema fue recogido en la ley 18930, de 17.7.2012.

Con posterioridad, la ley 19288 establece normas para la depuración de sociedades inactivas y para la identificación de titulares de participaciones patrimoniales al portador, con importantes consecuencias para aquellas entidades y titulares que no cumplieron con lo dispuesto en la ley 18930.

Por último, la ley 19484 introduce la misma obligación para los titulares de participaciones patrimoniales nominativas y escriturales, adicionando otras obligaciones, como la de identificar y comunicar el beneficiario final, con un gran espectro en lo que a entidades alcanzadas se refiere.

Se analizará cada una de las tres normas referidas.

182 Exposición de motivos.

Primera parte: ley 18930

por Daniella Cianciarulo

Sumario

1. Obligación de informar: sujetos alcanzados. 2. Contenido de la información; procedimiento. 3. Modificaciones en la participación y en los datos informados. 4. Organismos involucrados; cometidos. 5. Régimen sancionatorio. 6. Plazos. 7. Obligación de guardar secreto; levantamiento. 8. Modificación de acciones al portador en nominativas o escriturales. 9. Exclusión del Registro. 10. Control registral.

1. Obligación de informar: sujetos alcanzados

La ley 18930 introduce la obligación de informar al Banco Central del Uruguay (BCU) los titulares de participaciones patrimoniales al portador de entidades residentes en el país y extranjeras, en determinados casos.

1.1. Entidades residentes

Las entidades residentes obligadas son todas aquellas que emitan participaciones patrimoniales al portador, sin ninguna distinción; también las que emitan los instrumentos referidos en los artículos 302 y 420 a 433 de la ley 16060, de sociedades comerciales —en adelante, *LSC,*— e instrumentos de naturaleza equivalente[183] (cupones, bonos o partes beneficiarias). De acuerdo al artículo 1.º, inciso final de la ley 18930, se consideran *residentes* las entidades comprendidas en el artículo 13 del título 4 del Texto Ordenado 1996.[184]

183 Artículo 1.º de la ley 18930.

184 «*Residentes. Personas jurídicas y otras entidades*. Se considerarán residentes en territorio nacional las personas jurídicas y demás entidades que se hayan constituido de acuerdo a las leyes nacionales. Las personas jurídicas del exterior y demás entidades no constituidas de acuerdo con las leyes nacionales, que establezcan su domicilio en el país, se considerarán residentes en territorio nacional desde la culminación de los trámites formales que dispongan las normas legales y reglamentarias vigentes. Asimismo se considerará que las personas jurídicas y demás entidades constituidas de acuerdo con las leyes nacionales han dejado de ser residentes en territorio nacional, cuando carezcan de cualquier clase de

También serán aplicables a los fiduciarios de los fideicomisos y a las entidades administradoras de los fondos de inversión las disposiciones correspondientes a las entidades emisoras. Sus beneficiarios y cuotapartistas estarán alcanzados por todas las disposiciones que la referida ley aplica a los titulares.

1.2. Entidades no residentes

Por su parte, el artículo 2.º de la ley que nos ocupa menciona como obligados a informar a las entidades no residentes, siempre que cumplan con algunas de las siguientes condiciones: *a*) que actúen en territorio nacional a través de un establecimiento permanente, de acuerdo con la definición establecida en el artículo 10 del título 4 del Texto Ordenado de 1996,[185] o *b*) que radiquen en territorio nacional su sede de dirección efectiva para el desarrollo de actividades empresariales en el país o en el exterior. Se entenderá que una entidad tiene su sede de dirección *efectiva en territorio nacional* cuando en él radique la dirección y el control del conjunto de sus actividades. Asimismo, a efectos de la definición de *actividades empresariales*, será de aplicación la definición establecida en el numeral 1, literal *b* del artículo 3.º del título 4 referido.[186]

domicilio en el país y hayan culminado la totalidad de los trámites legales y reglamentarios correspondientes a la transferencia del domicilio al extranjero».

185 «*Establecimientos permanentes de entidades de no residentes*. Cuando un no residente realice toda o parte de su actividad por medio de un lugar fijo de negocios en la República, se entenderá que existe establecimiento permanente de este no residente. La expresión *establecimiento permanente* comprende, entre otros, los siguientes casos: A) Las sedes de dirección. B) Las sucursales. C) Las oficinas. D) Las fábricas. E) Los talleres. F) Las minas, los pozos de petróleo o de gas, las canteras o cualquier otro lugar de extracción de recursos naturales. La expresión *establecimiento permanente* comprende asimismo: I) Las obras o proyectos de construcción o instalación, o las actividades de supervisión vinculadas, cuya duración exceda tres meses. II) La prestación de servicios, incluidos los de consultoría, por un no residente mediante empleados u otro personal contratado por la empresa para tal fin, siempre que tales actividades se realicen (en relación con el mismo proyecto u otro relacionado) durante un período o períodos que en total excedan de seis meses dentro de un período cualquiera de doce meses […]».

186 «B) En tanto no se encuentren incluidas en el literal anterior, las derivadas de: 1. Actividades lucrativas industriales, comerciales y de servicios, realizadas por empresas. Se considera *empresa* toda unidad productiva que combina capital y trabajo para producir un resultado económico, intermediando para ello en la circulación de bienes o en la prestación de servicios. En relación a este apartado, se entenderá que no existe actividad empresarial cuando: i) El capital no esté activamente dirigido a la obtención de la renta sino a facilitar la actividad personal del titular de los bienes. ii) En el caso de la prestación de servicios, la actividad personal se desarrolle utilizando exclusivamente bienes de activo fijo aportados por el prestatario. Asimismo, se entenderá que no existe intermediación en la prestación de servicios cuando el sujeto que genera la renta con su actividad personal es asistido por personal dependiente […]».

En el caso de las entidades no residentes, su obligación radica no solo en comunicar la titularidad de sus participaciones si estas fueran al portador, sino en todos los casos. Esto es, si una entidad no residente cumple alguna de las condiciones mencionadas como *a* y *b*, debe informar al BCU quiénes son los titulares de las participaciones de capital, ya sean al portador, nominativas o escriturales, quedando comprendidas todas las entidades (esto es, en el caso de las sociedades, no solo las sociedades anónimas o en comanditas por acciones, sino también las sociedades personales). Esta diferencia surge de la redacción de los artículos 1.º y 2.º de la ley 18930, ya que el artículo 1.º menciona a «titulares de participaciones patrimoniales al portador», pero en el artículo 2.º, en cambio, dice «titulares de participaciones patrimoniales».

Los propietarios de cuotas de participación de fondos de inversión del exterior cuyos administradores sean residentes en territorio nacional, en todos los casos, quedarán obligados.

Los fidecomisos del exterior cuyos administradores sean residentes en territorio nacional deben cumplir con la misma obligación de informar que surge del artículo 1.º de la ley.

De acuerdo al artículo 2.º del decreto 247/012, en caso de que fueran personas distintas de su titular, se incluirán además en la declaración jurada los datos que requiere dicho decreto, según sean personas físicas o jurídicas, correspondientes a mandatarios o quienes ejerzan poderes de representación, en tanto tengan facultades de administración y disposición de las participaciones patrimoniales con iguales facultades que su titular, así como de los tenedores, depositarios, custodios de las referidas participaciones, usufructuarios o titulares de derechos reales menores que pudiesen haberse constituido sobre tales valores.

1.3. Entidades en liquidación

Las entidades en liquidación y los titulares de participaciones patrimoniales al portador en ellas están obligados por las disposiciones de la ley 18930 hasta la cancelación de su personería jurídica.[187] La cancelación de la personería jurídica es un tema discutido en doctrina, dado que la inscripción registral de la liquidación de la sociedad no implica, para gran parte de la doctrina, la pérdida de la personalidad jurídica, sino que mientras la sociedad tenga activo o pasivo, sigue vigente.

El decreto 247/012 establece que no existe la obligación de informar si se cumple con lo siguiente: *a*) la entidad presentó clausura por cese de actividades ante la Dirección General Impositiva (DGI); *b*) declaró la extinción de la totalidad del pasivo social y la adjudicación de la totalidad de los activos a los accionistas por concepto de reembolso de capital; *c*) se

187 Artículo 3.º del decreto 247/012.

produjo la anulación o destrucción de la totalidad de los títulos representativos de participaciones patrimoniales al portador, y *d*) se identificó al liquidador o administrador.

A su vez, la entidad deberá relevar a la DGI del secreto tributario (art. 47 Código Tributario), al único efecto de comunicar al registro a cargo del BCU el cumplimiento de las condiciones referidas, quien continuará identificando a la entidad correspondiente hasta la cancelación de la personería jurídica.

1.4. Entidades excluidas de la obligación de informar

El artículo 15 de la ley 18930 excluye de la obligación de presentar la información al BCU a las entidades cuyas acciones, cuotas sociales y demás títulos de participación patrimonial coticen a través de las bolsas de valores nacionales, de bolsas internacionales de reconocido prestigio o de otros procedimientos de oferta pública, siempre que dichos títulos estén a disposición inmediata para su venta o adquisición en los referidos mercados, de acuerdo a los criterios y dentro de los límites que establezca la reglamentación.

Si dichas entidades han emitido títulos que no cumplan con las condiciones referidas anteriormente, deberán cumplir con la ley.

2. Contenido de la información; procedimiento

Los titulares de las participaciones deben brindar sus datos a la entidad a través de una declaración jurada, designada como formulario *A*. En esta declaración establecerán sus datos personales, la totalidad del valor nominal de las acciones y demás títulos al portador de que sean titulares. En el caso de que exista un desmembramiento del dominio, la información deberá comprender tanto al nudo propietario como al usufructuario.

La titularidad que se informe es de quien lo fue desde el 1.8.2012.

En el caso de personas jurídicas, además de los datos de la entidad, deben agregarse datos del representante.

Luego de recibida la declaración jurada del titular, la entidad tiene a su vez que realizar una declaración jurada firmada por el representante, la que será enviada al registro creado al efecto a cargo del BCU. Esta declaración, señalada como formulario *B*, recoge la información de todos los titulares que presentaron la declaración a través del formulario *A*.

Los datos que requieren los formularios *A* y *B* han sido determinados por el decreto 247/012, que reglamenta la ley 18930.

El formulario debe ser certificado por escribano público, quien certificará la firma del representante, la personería jurídica de la entidad y su representación. Luego, el escribano debe remitir a la Superintendencia de Servicios Financieros del BCU el formulario y la certificación notarial correspondiente, a través de firma electrónica avanzada, la que previamente

deberá ser registrada ante el BCU. Luego de enviada la información, se expedirá automáticamente el certificado que acredita la recepción de la declaración por dicho organismo (decreto 247/012, art. 11).

2.1. Comunicaciones parciales

De acuerdo al artículo 10 del decreto 247/012, la entidad emisora que no hubiese recibido de los titulares las declaraciones juradas (formulario *A*) correspondientes a la totalidad del capital integrado o su equivalente —o del patrimonio, según corresponda— estará igualmente obligada a presentar la declaración jurada (formulario *B*), incluyendo la información relativa a todos los titularse que hubiesen remitido su declaración.

No se permitió la presentación de declaraciones sin información relativa a identificación de titulares de participaciones patrimoniales.

Se advierte que a partir de la ley 19288 (art. 16), la que será analizada más adelante, ya no es posible hacer comunicaciones parciales, sino que solo se admite la información del 100 % de la titularidad de las participaciones emitidas por las entidades obligadas.

2.2. Comunicación realizada por el titular

Una vez realizada la comunicación al BCU, la entidad deberá entregar al titular de la participación patrimonial un certificado en el que conste la incorporación de sus datos al registro llevado por ese organismo, dentro del plazo de treinta días contados a partir de que la entidad emisora presente la declaración.

Si vencido ese plazo el titular no hubiera recibido el certificado comprobante, este podrá efectuar su declaración directamente ante la Superintendencia de Servicios Financieros, previa acreditación por esta de que no ha sido ya recibida de la misma entidad. En este último caso, el titular podrá solicitar la expedición del recaudo correspondiente (decreto 247/012, art. 12).

El titular de la participación puede realizar la comunicación por su cuenta si la entidad no cumple; por ejemplo, cuando se produce una modificación y la entidad es omisa, puede hacerlo el interesado.

3. Modificaciones en la participación y en los datos informados

El artículo 7.º de la ley 18930 establece que toda vez que en virtud de la modificación del contrato social o instrumento equivalente se altere el porcentaje de participación que los accionistas, socios o partícipes tengan en el capital integrado o su equivalente —o en el patrimonio, según corresponda— de las entidades obligadas, estas deberán cumplir con la obligación de comunicación mediante declaración jurada al BCU. Es decir

que si se producen modificaciones en el porcentaje, se debe nuevamente presentar el formulario *A* por parte del titular y el formulario *B* por parte del accionista.

Siempre que se realice una nueva declaración jurada por parte de la entidad, esta debe contener todos los datos ya proporcionados de todos los titulares que se informó, aunque la modificación corresponda a uno solo de ellos.

Si no se modifica el porcentaje y solo varía el valor nominal que posee titular, no se debe realizar una nueva comunicación (decreto 247/012, art. 5.º). Esto puede suceder, por ejemplo, cuando en una sociedad anónima aumenta el capital integrado en forma nominal, lo que provoca que se emitan acciones liberadas que serán repartidas entre los accionistas en proporción a su participación. Cada accionista tendrá más acciones, pero mantendrá el porcentaje. En ese caso, como se dijo, no se debe comunicar tal modificación.

También debe comunicarse cualquier otra modificación de los datos contenidos en la declaración, con la excepción mencionada anteriormente, a partir de la fecha de su configuración. En este caso queda comprendido, por ejemplo, el titular que cambia su domicilio o su estado civil (decreto 247/012, art. 5.º).

Todo cambio de titularidad en las participaciones patrimoniales al portador deberá ser comunicado a la entidad emisora por el nuevo titular, en el plazo que se dirá, y a su vez, la entidad realizará una nueva comunicación que recoja los datos que ya contenía y los brindados por el nuevo titular adquirente.

3.1. Solidaridad del adquirente

Los adquirentes de los títulos de participación patrimonial al portador deberán requerir al enajenante prueba fehaciente de que se ha cumplido con la obligación de registrar sus datos identificatorios en el BCU. Si el enajenante no ha cumplido con ese requisito, el adquirente será solidariamente responsable de las sanciones que correspondan al enajenante.

Es decir que el adquirente deberá solicitar al enajenante que demuestre que ha cumplido con su obligación de completar la declaración jurada —formulario *A*— a la entidad y de que esta haya comunicado, a su vez, al BCU, y el adquirente será responsable por el incumplimiento del titular en su obligación de presentar la declaración a la entidad y las multas que este haya generado.

Si la que incumplió es la entidad, las multas la afectarán solo a ella y no al adquirente de las acciones.

4. Organismos involucrados; cometidos

La ley 18930 prevé la participación del BCU, que tendrá a su cargo el registro donde se envían las declaraciones juradas, de la DGI y de la Auditoría Interna de la Nación (AIN).

4.1. Banco Central del Uruguay

Se crea en el ámbito del BCU un registro que tendrá por finalidad la custodia y la administración de la información prevista en la mencionada ley (art. 3.º). Dicho registro estará a cargo de la Superintendencia de Servicios Financieros (decreto 247/012, art. 11).

Serán sus cometidos:

a) la recepción y archivo de las declaraciones juradas, asegurando su integridad y reserva;
b) la emisión de los certificados que acrediten la situación registral de las entidades emisoras y de los sujetos obligados;
c) la remisión de información a los organismos que tienen acceso a ella, dentro de los límites establecidos por la ley, y
d) la confección de estadísticas sobre el número y naturaleza de las entidades a que refieren los artículos 1.º y 2.º de la ley.

4.2. Auditoría Interna de la Nación

La AIN tendrá los siguientes cometidos (ley 18930, art. 4.º):

a. El control del cumplimiento de las obligaciones previstas en los artículos 1.º, 2.º, 6.º y 7.º, que refieren a la comunicación por parte de los titulares y de la entidad, así como de las modificaciones posteriores.
b. La comunicación de los incumplimientos a los organismos competentes.
c. La imposición de sanciones y su recaudación, en caso de que tengan carácter pecuniario. Para graduar las sanciones podrá solicitar a la DGI información relativa a la rama de actividad y a la dimensión económica de la entidad.
d. Recibir las denuncias que se realicen con relación al incumplimiento de las obligaciones referidas. La DGI, la Dirección Nacional de Aduanas (DNA) y el Banco de Previsión Social (BPS) deberán comunicar los incumplimientos detectado en el ejercicio de sus funciones.

A los efectos del cumplimiento de lo dispuesto precedentemente, podrá la AIN recabar del BCU y de los sujetos obligados por la ley multicitada la información pertinente.

El artículo 15 del decreto 247/012 agrega que la AIN podrá solicitar información a las entidades emisoras, titulares, mandatarios, representantes

y custodios, solicitando incluso las declaraciones juradas presentadas por los titulares y toda documentación que permita verificar la exactitud de las declaraciones.

Los incumplimientos que se detecten serán comunicados a la DGI y al BCU.

4.3. Dirección General Impositiva

La DGI tiene la potestad de solicitar información al BCU con relación a las comunicaciones realizadas, una vez que se haya iniciado formalmente una actuación inspectiva a sujetos pasivos determinados o para el cumplimiento de solicitudes expresas y fundadas por parte de la autoridad competente de un Estado extranjero, exclusivamente en el marco de convenios internacionales ratificados por la República en materia de intercambio de información o para evitar la doble imposición que se encuentren vigentes (ley 18930, art. 5.º, lit. A).

Asimismo, esta entidad puede suspender el certificado único a que refiere al artículo 80 del título 1 del Texto Ordenado 1996 si no se presentan las declaraciones juradas por parte de las entidades emisoras, dado que este hecho hace presumir la falta de actividad de la empresa.

5. Régimen sancionatorio

Los artículos 8.º y 9.º de la ley 18930 regulan el régimen sancionatorio; en el primer caso, aplicable a los titulares de las participaciones al portador, y en el segundo, a las entidades y sus representantes.

5.1. Sanciones al titular

El titular de participación al portador que incumpla con la obligación de comunicar a la entidad emisora en el plazo legal la información necesaria tendrá las siguientes sanciones.

Imposibilidad de ejercer cualquier derecho que le correspondiere en su condición de titular o beneficiario de las participaciones patrimoniales respecto a la entidad emisora o a terceros, con la única excepción de la presentación de la referida declaración jurada. En este sentido, las entidades obligadas de acuerdo al artículo 1.º de la referida ley —entidades residentes— estarán impedidas de pagar dividendos o utilidades, rescates, recesos o el resultado de la liquidación de la sociedad, así como cualquier partida de similar naturaleza.

En el caso de las entidades referidas en el artículo 2.º —entidades no residentes comprendidas—, estarán impedidas de remitir utilidades.

Estas inhibiciones se producen automáticamente por el solo incumplimiento y se mantendrán vigentes hasta su regularización.

Es importante advertir que en el caso referido, los titulares no podrán ejercer ningún tipo de derecho, o sea, no podrán concurrir a asambleas, votar, solicitar información, etcétera. Esto no solo comprende la suspensión de los derechos económicos, sino también de los derechos políticos.

A su vez, se generará una multa que será de hasta cien veces el valor máximo de la multa por contravención establecida en el artículo 95 del Código Tributario. En el caso de las entidades no residentes comprendidas en la ley, serán solidariamente responsables respecto a las sanciones aplicables a sus propietarios.

5.2. Sanciones a la entidad y sus representantes

En el caso de las entidades emisoras, las sanciones serán las siguientes:

a. El incumplimiento de la obligación de presentación y conservación de la declaración jurada en los términos previstos en la ley (arts. 6.º y 7.º) será castigado con una multa cuyo monto será de hasta cien veces el valor máximo de la muta por contravención establecida en el artículo 95 del Código Tributario.

b. El pago de dividendos o utilidades, rescates, recesos o el resultado de la liquidación de la sociedad, así como cualquier partida de similar naturaleza realizada a los titulares o beneficiarios en la violación de lo dispuesto anteriormente, será castigado con una multa cuyo máximo será el equivalente al monto distribuido indebidamente. Igual sanción se aplicará en los casos de remisión de utilidades realizadas por las entidades no residentes.

A su vez, como se mencionó, la DGI podrá suspender el certificado único a que refiere el artículo 80 del título 1 del Texto Ordenado 1996.

Los representantes legales o voluntarios estarán sometidos al régimen sancionatorio dispuesto en el artículo 9.º de la ley 18930 por su actuación personal en el incumplimiento de la entidad. Por ello, es importante para el representante tomar recaudo de su actuación para que luego no se le impute una responsabilidad que no le corresponde.

5.3. Graduación de sanciones

El artículo 17 del decreto 247/012 refiere a la graduación de las sanciones establecidas en los artículos 8.º y 9.º de la ley 18930. En este sentido, la graduación dependerá de la dimensión económica de la entidad, tomando en consideración el activo y los ingresos que consten en los estados contables correspondientes al cierre del último ejercicio económico.

En lo que refiere a la dimensión económica, se entiende *entidad de pequeña y mediana dimensión* aquella cuyos activos no superen las UI 7:500.000 o cuyos ingresos no superen las UI 24:000.000.

Las entidades que superen esas cifras serán consideradas *de gran dimensión económica*.

En el caso de las sanciones de los titulares, estas se graduarán en función de la dimensión económica de la entidad, del plazo del incumplimiento y de la participación relativa, y considerando el valor de la multa máxima por contravención establecida por el artículo 95 del Código Tributario, de acuerdo al cuadro a que refiere el artículo 17 citado.

6. Plazos

El plazo para el cumplimiento de la información exigida por la ley 18930, que en un inicio era de sesenta días a contar de la entrada en vigencia de la ley, fue prorrogado en diversas oportunidades y finalmente venció el 31.5.2013.[188]

En el caso de que la entidad no hubiera realizado la comunicación en plazo, se estará a las sanciones antes referidas. Asimismo, si el titular no presenta su declaración jurada en plazo, será merecedor de las sanciones mencionadas.

La ley 19288, que será analizada posteriormente, estableció un plazo hasta el 29.1.2014 para que las entidades que no hubieran cumplido con la comunicación lo hicieran, so pena de disolverse de pleno derecho y sin posibilidad de reactivarse.

6.1. Plazo para la presentación del formulario *A* a cargo del titular

Los titulares de participaciones patrimoniales al portador emitidas por entidades que se constituyan o devenguen obligadas tienen un plazo de quince días a partir de la fecha de la efectiva formalización de la entidad o de los supuestos por los cuales devenguen obligadas. Se trata de días hábiles, ya que fueron dispuestos por decreto, de acuerdo a lo que establece el artículo 113 del artículo 500.

Es decir que si se trata de una nueva entidad, cuando se haya cumplido todo el procedimiento de su constitución, por ejemplo, en el caso de sociedades anónimas, una vez publicado su estatuto, el titular tiene el plazo referido para cumplir con la formalización de su declaración jurada (formulario *A*).

Asimismo, si se trata de cualquier modificación, con excepción del valor nominal que no varíe el porcentaje de participación, también el titular tiene el plazo de quince días desde que se configuró la modificación.

Si cambia la titularidad en las participaciones patrimoniales, esto deberá también ser comunicado a la entidad en el plazo de quince días de verificada la transferencia.

188 Dispuesto por resolución del Poder Ejecutivo del 27.5.2013.

6.2. Plazo para la presentación del formulario *B* a cargo de la entidad

Las entidades residentes tienen un plazo de treinta días, a partir del vencimiento del plazo de quince días antes referido, para remitir la declaración jurada al BCU.

Si se trata de modificación de datos o cambio de titularidad, los treinta días se contarán a partir del siguiente a la recepción de la comunicación de cambio de titularidad o cualquiera de los datos contenidos en la declaratoria para actualizar la información obrante en el registro a cargo del BCU.

En caso de que se altere el porcentaje de participación como consecuencia de la modificación del contrato social o instrumento equivalente, el plazo referido anteriormente se computará desde la fecha del acto correspondiente o de la resolución del órgano societario competente que determine la modificación en las participaciones de los titulares.

Si se produce un aumento real de capital que modifica el porcentaje de participación, el plazo comienza a transcurrir una vez que se haya agotado el plazo para el ejercicio del derecho de preferencia y de acrecer, a no ser que se haya cedido tal derecho; en este último caso, el plazo transcurrirá desde la fecha de la cesión.

Si se ejerce el derecho de receso, el plazo se computará desde que una nueva asamblea decida mantener la modificación respectiva; es decir que en todos los casos, el plazo comienza a transcurrir una vez que quede firme la decisión.

La ley 19288 introdujo un cambio drástico en el artículo 16, numeral C: dispone que en los casos de transferencia de la titularidad de participaciones patrimoniales al portador, o toda vez que se configuren modificaciones y no se cumpla con la obligación de información en el término de noventa días corridos, una vez vencidos los plazos mencionados de quince y treinta días se perderá de pleno derecho la calidad de titular respecto de las participaciones patrimoniales correspondientes, con las consecuencias que prevé esa ley y que serán desarrolladas oportunamente. Esto sucede ante un incumplimiento del titular, no de la entidad (si esta incumple, no se pierde la calidad de accionista).

7. Obligación de guardar secreto; levantamiento

La información brindada al BCU en cumplimiento de estas disposiciones no es de carácter público. El acceso a dicha información está restringida a:

a) la DGI, siempre que la información se solicite una vez que se haya iniciado formalmente una actuación inspectiva vinculada a los sujetos pasivos determinados o para el cumplimiento de solicitudes expresas y fundadas de Estados extranjeros, exclusivamente en el marco de convenios internacionales ratificados por la República en materia

de intercambio de información o para evitar la doble imposición que se encuentren vigentes;

b) la Unidad de Información y Análisis Financiero del BCU y la Secretaría Nacional de Antilavado de Activos, en el desarrollo de tareas relacionadas del Consejo de Seguridad de la Organización de las Naciones Unidas tendientes a impedir la proliferación de armas de destrucción masiva, en el cumplimiento estricto de tales funciones;

c) por resolución fundada de la justicia penal o de la justicia competente si estuviera en juego una obligación alimentaria;

d) la Junta de Transparencia y Ética Pública, siempre que tal información se solicite una vez que se haya iniciado formalmente una actuación vinculada al ámbito de su competencia.

La reserva solo podrá ser levantada con autorización expresa y por escrito de los sujetos cuyos datos están consignados en el registro. Los funcionarios que violaren la obligación de reserva referida incurrirán en delito y serán pasibles de ser castigados con tres meses de prisión a tres años de penitenciaría.

8. Modificación de acciones al portador en nominativas o escriturales

La modificación del tipo de acciones al portador a nominativas se regula por el procedimiento de modificación de estatuto previsto en la LSC; esto debe resolverse en asamblea extraordinaria y deben cumplirse las mismas etapas que para la constitución de una sociedad anónima, esto es, aprobación de la modificación por la AIN, inscripción en el Registro de Personas Jurídicas, sección Registro Nacional de Comercio, y publicación.

Dado que la ley 18930 prevé este nueva obligación de comunicar al BCU los titulares de las participaciones al portador, se regula un procedimiento acelerado de modificación de acciones al portador en nominativas o escriturales, el cual prescinde de la aprobación de la AIN.

El artículo 17 de la ley 18930 dispone este régimen especial; establece que para que este procedimiento sea posible, deben cumplirse dos condiciones: que la modificación del contrato social tenga por objeto exclusivo la sustitución de la totalidad del capital representado por acciones al portador por capital representado por acciones nominativas o escriturales, por el mismo valor nominal, y que la entidad declare que no existen sanciones pendientes de pago por aplicación del artículo 9.º de la presente ley.

Una vez aprobada la resolución de modificación por la asamblea extraordinaria, esta debe inscribirse en el Registro de Personas Jurídicas, sección Registro Nacional de Comercio, sin control ni conformidad administrativa, y luego publicarse. Posteriormente, se comunica a la AIN. La no comunicación genera multas.

Este procedimiento especial continúa vigente al día de hoy. Si la única modificación es la referida, no se puede seguir con el procedimiento tra-

dicional previsto en la LSC, es decir, con conformidad administrativa. El procedimiento habitual solo corresponde cuando se realiza otro tipo de modificaciones o si la modificación del tipo accionario está acompañado de otra modificación.

El artículo 17 también modifica el artículo 364 de la LSC,[189] y establece que cuando la resolución que disponga la reforma de estatutos sociales se adopte por una mayoría que supere el 75 % del capital con derecho a voto, no otorgará en ningún caso derecho de receso.

9. Exclusión del Registro

Si una entidad modifica las acciones al portador en nominativas o escriturales y cumple con la obligación prevista en la ley 18930 de comunicar la titularidad, puede, luego de culminado el proceso de modificación, solicitar la exclusión del registro a cargo del BCU (arts. 18 de la ley 18930 y 21 del decreto 247/012).

El plazo que venció el 31.5.2013 para dar cumplimiento a la ley 18930 implica que si la sociedad modificó sus acciones a nominativas o escriturales, debió haber culminado el procedimiento antes del referido vencimiento, esto es, que se hayan realizado las publicaciones legales.

Si una sociedad comenzó el trámite de modificación antes de esa fecha pero lo culminó con posterioridad, generó la multa prevista en el artículo 9.º de la ley y, además, debe comunicar la titularidad de las acciones desde el 1.8.2012 hasta la publicación de la modificación, momento en que quedó configurada.

10. Control registral

Las entidades obligadas por la multicitada ley no pueden inscribir actos y negocios jurídicos en los registros dependientes de la Dirección General de Registros (DGR) sin la exhibición del certificado que acredite la recepción de la declaración por la Superintendencia de Servicios Financieros del BCU y la incorporación de la declaración al registro a su cargo. Asimismo, se requiere la declaración del representante de la institución emisora que no ha recibido comunicación de los titulares de participaciones patrimoniales de modificaciones posteriores a la fecha de dicho certificado.

189 Art. 364 original: «(Modificaciones de las condiciones para la trasmisión de acciones). Cuando la modificación consista en transformar acciones al portador en nominativas o en restringir o condicionar la trasmisibilidad de las acciones nominativas, los titulares de las mismas que no haya votado en favor de la resolución no quedarán sometidos a ella durante el plazo de seis meses, a contar del aviso que se publicará en el Diario Oficial; asimismo podrán receder en los términos del artículo anterior».

En síntesis, a los efectos de la inscripción de un acto o negocio jurídico en los registros públicos, se presentan dos situaciones:

1. Si se trata de una inscripción en el Registro de Personas Jurídicas, sección Registro Nacional de Comercio de modificaciones de acciones al portador en nominativas o escriturales, de acuerdo al procedimiento previsto en el artículo 17 de la ley 18930, el escribano debe controlar que tiene a la vista el certificado emitido por el BCU del que surge que se dio cumplimiento a la ley 18930, y la entidad debe declarar que no existen sanciones pendientes de pago, por aplicación del artículo 9.º de la referida ley. También debe declarar el representante que no se han realizado modificaciones posteriores a la comunicación.
2. Si se trata de cualquier otra inscripción en los registros públicos relativos a entidades que tienen su capital representado por acciones al portador, el escribano debe también controlar el certificado que comprueba la comunicación, y el representante, declarar que no se le comunicaron modificaciones, pero no corresponde la declaración de que no existen sanciones pendientes.

Segunda parte: ley 19288

por Adriana Amado

Sumario

1. Introducción. 2. Ámbito de aplicación. 3. Sujetos alcanzados. 4. Obligación de informar; plazo. 5. Consecuencias de la comunicación vencido el plazo de la ley 18930 y antes del 29.1.2015. 6. Consecuencias de la no comunicación vencido el plazo del 29.1.2015. 7. Liquidación. 8. Liquidación de la sociedad disuelta en el marco de la ley 19288. 9. Sanciones para el caso de incumplimiento de liquidación antes del 29.5.2015. 10. Excepciones al pago de la multa. 11. Cancelación de la inscripción registral. 12. Consecuencias para los titulares de participaciones patrimoniales al portador que no comunicaron. 13. Disposiciones vigentes. 14. Contralores registrales. 15. Sociedades disueltas en el marco de la ley y aun no liquidadas.

1. Introducción

La ley 19288 —en adelante, simplemente *la ley*— establece normas para la depuración de sociedades inactivas y para la identificación de titulares de participaciones patrimoniales al portador. Fue sancionada el 16.9.2014, promulgada el 26 del mismo mes y publicada en el *Diario Oficial* el 17 de octubre siguiente; entró en vigencia el 1.11.2014 (art. 21).

Al igual que con su predecesora, la ley 18930, busca atender los requerimientos formulados por el foro global sobre transparencia e intercambio de información en materia tributaria, comercial y registral para la prevención del lavado de activos y el financiamiento del terrorismo.

Fue reglamentada por los decretos 346/014 y 347/017, de 27.11.2014.

2. Ámbito de aplicación

Aplica a sociedades anónimas con acciones al portador, sociedades en comandita por acciones, fideicomisos y fondos de inversión no regulados por el BCU que emitan participaciones patrimoniales al portador, sociedades y asociaciones agrarias reguladas por la ley 17777 y cualquier otra

entidad que emita participaciones patrimoniales al portador[190] que no cumpla, en un plazo de noventa días (29.1.2015) corridos y contados desde su entrada en vigencia, con la obligación de informar sobre los titulares que representen al menos el 50 % del capital integrado, su equivalente o su patrimonio.[191]

3. Sujetos alcanzados

Si bien la ley refiere a sociedades anónimas y en comandita por acciones (art 1.º ley 18930: entidades residentes),[192] el decreto reglamentario aumenta el elenco de sujetos alcanzados a otras entidades residentes emisoras de participaciones patrimoniales al portador o cuotas partes al portador, como asociaciones agrarias reguladas por la ley 17777, fideicomisos y fondos de inversión, en tanto no se encuentren regulados por el BCU, fiduciarios y entidades administradoras de estos, y cualquier otra entidad que encuadre dentro del presupuesto objetivo de la norma: su calidad de residente en territorio nacional.

Residentes, de acuerdo a la ley, son las entidades comprendidas en el artículo 13 del título 4 del Texto Ordenado 1996.[193]

Quedan incluidas también, de acuerdo al decreto, aquellas entidades residentes emisoras total o parcialmente de participaciones patrimoniales o cuotas partes al portador que se hayan disuelto por otras causales, extinguido en virtud de otras leyes o por aplicación del régimen general establecido en la LSC. Ejemplo de ello son las sociedades disueltas en el marco de la ley 18092, sancionada el 7.1.2007, cuyos artículos fueron sustituidos por el artículo 349 de la ley 18172.

Dicha ley declaró de interés general que los titulares del derecho de propiedad sobre inmuebles rurales o explotaciones agropecuarias estén en manos de personas físicas o jurídicas cuyo capital, a su vez, esté en manos de personas físicas, salvo las excepciones establecidas.

190 Artículos 1.º de la ley 19288 y 1.º del decreto 346/014.

191 Artículo 1.º de la ley 19288.

192 Artículo 1.º: «(Obligación de informar). Los titulares de participaciones patrimoniales al portador emitidas por toda entidad residente en el país, deberán proporcionar la siguiente información a la entidad emisora, con destino al Banco Central del Uruguay […]».

193 «*Residentes. Personas jurídicas y otras entidades*. Se considerarán residentes en territorio nacional las personas jurídicas y demás entidades que se hayan constituido de acuerdo a las leyes nacionales. Las personas jurídicas del exterior y demás entidades no constituidas de acuerdo con las leyes nacionales, que establezcan su domicilio en el país, se considerarán residentes en territorio nacional desde la culminación de los trámites formales que dispongan las normas legales y reglamentarias vigentes. Asimismo se considerará que las personas jurídicas y demás entidades constituidas de acuerdo con las leyes nacionales han dejado de ser residentes en territorio nacional, cuando carezcan de cualquier clase de domicilio en el país y hayan culminado la totalidad de los trámites legales y reglamentarios correspondientes a la transferencia del domicilio al extranjero».

Las sociedades que no cumplían con dicho extremo disponían de un plazo de dos años a contar de su promulgación para adecuar su capital. La no adecuación dentro del plazo establecido —vencido el 30.6.2012, luego de varias prórrogas— aparejaba su disolución de pleno derecho; también aquellas sociedades que conforme al régimen general quedaron disueltas por alguna de las causales establecidas en el artículo 159 de la LSC.

La consecuencia de esta doble disolución en muy importante desde el punto de vista práctico, dado que en el marco de la ley 18092, o en el régimen general de la LSC, esa sociedad disuelta tenía la posibilidad de reactivarse, salvo los casos establecidos en los incisos 7.º y 10 del artículo 159 de la última citada. Ahora,[194] al quedar alcanzadas por esta ley, perdieron dicha posibilidad, además de ser pasibles de una multa cuyo monto será equivalente al 50 % de los activos propiedad de la sociedad al 29.5.2015.[195]

4. Obligación de informar; plazo

Las entidades señaladas en el punto anterior tenían un plazo de noventa días *corridos* contados a partir de la entrada en vigencia de la ley para cumplir con la obligación de informar sobre los titulares de participaciones que al menos representaran el 50 % del capital integrado, o su equivalente, o del patrimonio, según lo dispuesto por los artículos 6.º y 7.º de la ley 18930 (dicho plazo venció el 29.1.2015);[196] a los efectos de la determinación del porcentaje del 50 % se consideraban la suma de las participaciones patrimoniales emitidas al portador que hayan cumplido con la obligación de informar más las participaciones nominativas y escriturales respecto del capital integrado, o su equivalente, o del patrimonio.[197]

Dicha comunicación debía efectuarse con fecha de vigencia 1.8.2012 y hasta la fecha de su presentación.

5. Consecuencias de la comunicación vencido el plazo de la ley 18930 y antes del 29.1.2015

La no comunicación dentro del plazo establecido por la ley 18930 y antes del 29.1.2015 genera sanciones tanto para el titular incumplidor como

194 Artículo 166: «(Reactivación de la sociedad disuelta). Aun disuelta la sociedad y fuera de los casos de los numerales 7.º y 10 del artículo 159, los socios podrán resolver la continuación de aquella por resolución de la mayoría requerida para modificar el contrato aplicándose lo dispuesto por el artículo 10. La sociedad conservará su personería. Los socios que hayan votado negativamente o los ausentes podrán receder».

195 Artículos 3.º de la ley 19288 y 27 del decreto 346/014.

196 Artículos 1.º de la ley 19288 y 2.º del decreto 346/014.

197 El artículo 3.º del decreto agrega patrimonio.

para la entidad y sus representantes legales y voluntarios. Dicho régimen sancionatorio está establecido en los artículos 8.º y 9.º de la ley 18930.

Al respecto, el artículo 8.º de la ley 18930 establece que el titular de la participación patrimonial al portador que incumplió con su obligación de presentar en el plazo establecido a la entidad emisora la declaración jurada prevista en el artículo 6.º de la citada ley será sancionado con: *a*) la imposibilidad de ejercer cualquier derecho político o económico que le correspondiere en su condición de titular o beneficiario de las participaciones patrimoniales, respecto a la entidad emisora o a terceros, con la única excepción de la presentación de la referida declaración jurada, y *b*) pagar una multa de hasta cien veces el valor máximo de la multa por contravención establecida en el artículo 95 del Código Tributario.[198]

En consecuencia, las entidades obligadas de acuerdo al artículo 1.º de la ley 18930 están impedidas de pagar dividendos, utilidades, recesos, rescates o el monto resultante de la liquidación, así como cualquier otra partida, a los titulares de dichas participaciones, y estos tampoco podrán ejercer ningún derecho político, como asistir a cualquier tipo de asamblea convocada y, como consecuencia, ejercer su derecho al voto, entre otros derechos, salvo la presentación de la declaración jurada, además de ser pasibles de la multa establecida.

Las entidades, por su parte, y de acuerdo al artículo 9.º de la ley 18930, en caso de pagar —a pesar de la prohibición— dividendos, rescates o recesos, o el resultado de la liquidación de la sociedad, así como cualquier otra partida de naturaleza similar, a los titular o beneficiarios, serán sancionadas con una multa cuyo máximo será equivalente al monto distribuido en forma indebida. Dicho régimen sancionatorio se aplica también a los representantes legales y voluntarios.

6. Consecuencias de la no comunicación vencido el plazo del 29.1.2015

La no comunicación antes del 29.1.2015 establecida por la ley 19288 apareja consecuencias para la entidad y para los titulares de dichas participaciones.

6.1. Consecuencias para la sociedad

La no comunicación en el plazo —29.1.2015— y en los porcentajes mínimos establecidos —50 % del capital integrado o su equivalente (art. 1.º)— conlleva a la disolución de pleno derecho de las entidades incumplidoras, sin posibilidad de reactivarse, ya que la ley establece en forma expresa que no son de aplicación los artículos 165 y 166 de la LSC.

198 Artículo 8.º de la ley 18930.

Cabe precisar que si el capital integrado de la sociedad está representado en acciones mixtas —o sea, nominativas o escriturales y al portador— y la serie de acciones nominativas o escriturales representan el 50 % del capital integrado o su equivalente, la sociedad no se disuelve.

Además, quedan rescindidos o revocados por imperio de la ley todos los mandatos y poderes que la sociedad hubiera otorgado hasta dicho momento.[199] La DGI es la encargada de comunicar a la DGR dichas revocaciones o recisiones; el efecto de dicha inscripción es el establecido en el artículo 54 de la ley 16871.[200]

Esto no significa que la sociedad disuelta de pleno derecho por imperio de la ley, y que, en consecuencia, ha ingresado en la etapa de liquidación, no pueda otorgar nuevos poderes o mandatos: la norma aplica a los otorgados hasta dicho momento, sin perjuicio de la eventual responsabilidad que tiene el administrador o liquidador, según el caso y dentro del marco de su actuación.

6.2. Disolución y liquidación de sociedades; generalidades

Si bien no es objeto del presente análisis, parece oportuno realizar algunas puntualizaciones respecto a la disolución y liquidación de sociedades en general, para luego analizar el procedimiento establecido en la ley 19288.

La LSC, en el capítulo I, regula, bajo el título «Disposiciones generales», sección XII, la rescisión parcial, la disolución y la liquidación de sociedades. Si bien dichos institutos se encuentran regulados en una misma sección, en tanto involucran el cese del vínculo contractual entre los socios que nació con la celebración del contrato, tienen consecuencias diferentes.

Mientras que con la rescisión parcial se extingue la calidad de socio respecto de uno o más socios, con la consecuente disminución del número de socios y del capital social, la disolución puede implicar, culminada la liquidación del patrimonio social, la extinción de las relaciones jurídicas que unen a todos los socios que la integran.

A los efectos de analizar los institutos de disolución y liquidación de sociedades comerciales, es necesario hacer una breve referencia a la sociedad como sujeto de derecho.

199 Artículos 2.º de la ley 19288 y 5.º del decreto 346/014.

200 Artículo 54 de la ley 16871: «(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. 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 […]».

6.3. Sociedad como sujeto de derecho

La LSC califica a las sociedades comerciales, por un lado, como sujeto de derecho, y por otro, como contrato. Al respecto, y con relación al primer punto, en su artículo segundo establece: «(Sujeto de derecho). La sociedad comercial será sujeto de derecho desde la celebración del contrato social y con el alcance fijado en esta ley». De acuerdo con la citada norma, la sociedad comercial es sujeto de derecho a partir del acuerdo de voluntades o acuerdo contractual, y por lo tanto, tiene personalidad jurídica con total amplitud, lo que le permite funcionar en el mundo jurídico como sujeto de derecho, adquiriendo derechos y contrayendo obligaciones.

Con relación al segundo punto, si bien no hay una norma específica que lo establezca, se desprende de diversas disposiciones que se refieren a la sociedad como contrato. Incluso el artículo 5.º establece: «(Principio general) Regirán para las sociedades comerciales las normas y los principios generales en materia de contratos en cuanto no se modifiquen por esta ley».

Por lo tanto, con el acuerdo de voluntades, y siempre que desarrolle una actividad comercial, surge un nuevo sujeto de derecho con personería jurídica, que se regirá por lo dispuesto en la LSC, y en lo no previsto, por las normas y principios generales en materia de contratos.

6.4. Disolución

Una sociedad ingresa en la etapa de disolución cuando se da alguna de las causales previstas en la LSC, las estipuladas en el contrato o las que establecen otras leyes.

Entre las causas de disolución se deben distinguir dos tipos: *a*) las que operan de pleno derecho, en cuyo caso la disolución se produce en forma inmediata, sin necesidad de acuerdo de socios ni declaración alguna, y *b*) las que exigen el reconocimiento de su existencia por parte de los socios o el juez. En el último supuesto, si nadie invoca esta causal, al no operar *ipso iure*, puede haberse configurado una causal de disolución pero esta no producirse nunca. Además, la ley no establece plazos para declarar la disolución.

La diferencia entre ambas está en los efectos: mientras que en las primeras se producen *ex tunc*, desde el momento en que se produjo la causa, en las otras se producen *ex nunc*, a partir de su constatación.

Declarada la disolución de la sociedad u operada de pleno derecho, la sociedad entra en etapa de liquidación, la cual finaliza con la extinción del activo y el pasivo, o sea, de su patrimonio, y como consecuencia, de la personería jurídica de la sociedad.

No toda disolución va seguida de liquidación. La ley contempla casos en que hay disolución de la sociedad sin que se produzca la liquidación, como en el caso de la fusión, ya sea mediante la creación de una nueva sociedad, por incorporación a otra ya existente o en caso de escisión.

Producida una causal de disolución, la sociedad mantiene su personería jurídica a los efectos de su liquidación y se regirá por las normas correspondientes a su tipo, en tanto sean compatibles (art. 168 LSC).

6.4.1. Efectos de la disolución

Producida la disolución, nacen sus efectos, los que deben analizarse con relación a los socios y a los terceros, y en cuanto a la actividad que la sociedad puede realizar.

Con respecto a los efectos, con relación a los socios y a los terceros, el artículo 163 de la LSC señala que el acuerdo de disolución o la resolución judicial entre los socios producirá efectos a partir de dicho momento, y frente a terceros, desde la inscripción del acuerdo o resolución judicial en el Registro de Personas Jurídicas, sección Registro Nacional de Comercio, con dos excepciones: 1) que la causal sea por expiración del plazo, en cuyo caso los efectos se producirán aun respecto de terceros por su solo vencimiento, y 2) en el caso del artículo 43 de la LSC, en sede de sociedades irregulares y de hecho, que requiere, además de la inscripción, su publicación.

En cuanto a la actividad que la sociedad puede realizar, la ley establece que los administradores solo podrán atender los asuntos urgentes y deberán adoptar las medidas necesarias para liquidación (art. 164). En consecuencia, la sociedad debe en principio cesar en su actividad normal, por lo cual no podrá desarrollar el objeto para la cual fue constituida. Decimos «en principio» porque el artículo 164 determina la consecuencia del no cumplimiento, al establecer que «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» (art. 39 LSC).

En consecuencia, si bien el efecto es que habiendo la sociedad ingresado en una causal de disolución, debe liquidarse, nada impide que continúe desarrollando su objeto social, sin perjuicio de la responsabilidad establecida en la ley, pero lo actuado será totalmente válido y eficaz, y los actos o negocios jurídicos que celebren no son nulos.

7. Liquidación

Producida una causal de disolución, la sociedad ingresa en la etapa de liquidación, la cual se va a regir por lo establecido en el contrato social, y en ausencia de previsión contractual, por lo dispuesto en la subsección III de la sección XIII del capítulo I de la LSC.

Es importante remarcar que la sociedad, como ya se expresó, mantiene su personería jurídica a los efectos de su liquidación.

La liquidación es un proceso tendiente a la extinción de la personería jurídica. Es un «proceso» porque los efectos no pueden cesar en forma inmediata: se requiere que la sociedad concluya las operaciones que tiene pendientes, que pague, que cobre, y luego, si queda un remanente, lo adjudicará a los socios en proporción a su participación en el capital social.

El procedimiento se encuentra establecido en los artículos 169 y siguientes de la LSC.

De todo el procedimiento cabe destacar que cuando se designen liquidadores (art. 175 LSC), estos no podrán iniciar nuevos negocios, salvo aquellos necesarios para la mejor realización de la liquidación. En consecuencia, no tendrían facultades para realizar otros actos que no sean los tendientes a concluir las operaciones sociales; pero no se establece en forma expresa cuál es la consecuencia de su accionar en contrario. El artículo 172 de la LSC, cuando refiere a derechos, obligaciones y responsabilidades, remite a los de los administradores en todo aquello que no estuviera previsto en ese capítulo; por lo tanto, podemos concluir que si inician o realizan negocios que no se vinculen con la mejor realización de la liquidación, hay responsabilidad por lo actuado, pero no se afecta la validez de lo realizado.

Culminado el procedimiento de liquidación, el cual termina cuando no hay más activo o pasivo en el patrimonio de la sociedad, se extingue su personalidad jurídica.

Es importante precisar que la extinción de la personalidad jurídica es independiente de su clausura ante los organismos fiscales —BPS y DGI—, e incluso de su inscripción en DGR, porque si en el patrimonio de la sociedad hay activos o pasivos, la personalidad jurídica no se extinguió, pese a su inscripción, y el o los liquidadores —o los administradores, en caso de que no se hubieran designados liquidadores— están facultados y obligados a finalizar la liquidación.

8. Liquidación de la sociedad disuelta en el marco de la ley 19288

En el marco de esta ley 19288 que estamos analizando, la disolución opera de pleno derecho, por lo cual vencido el plazo que le dio la ley para comunicar, quedó disuelta e ingresó en la etapa de liquidación.

El proceso de liquidación en el marco de esta ley sufre algunas modificaciones con relación al proceso general establecido en la LSC, ya que busca facilitarla, dado el escaso tiempo con que se contaba. Lo que no cambia es que la sociedad disuelta, en el marco de esta ley, es persona jurídica hasta su liquidación.

A los efectos de llevar adelante la liquidación, la ley le otorga a las sociedades anónimas y en comandita por acciones —tanto a las disueltas por esta ley como a las disueltas por otras leyes o por el régimen general— un plazo de ciento veinte días *corridos* a partir del vencimiento del plazo previsto en el artículo 1.º (29.1.2015) para liquidarse (dicho plazo venció el 30.6.2015).[201]

201 Artículos 3.º de la ley 19288 y 9.º del decreto 346/014.

El procedimiento está establecido en el artículo 3.º de la ley y en los artículos 10, 11 y 12 del decreto 346/014. A tales efectos, debe celebrarse una asamblea extraordinaria de accionistas o socios para nombrar liquidadores y aprobarse el inventario y el balance inicial para la liquidación, lo que puede celebrarse en una única convocatoria; en caso de no lograrse el quórum para sesionar de acuerdo al régimen general en la materia —60 % en primera convocatoria y 40 % en segunda, salvo que el estatuto establezca un quórum mayor en el primer caso o mayor o menor en el segundo—, el balance e inventario se tendrán por aprobados, y la liquidación estará a cargo de los administradores.

La asamblea deberá ser convocada de acuerdo al régimen de la LSC con las siguientes excepciones:

a. Los accionistas que representen por lo menos el 20 % del capital integrado podrán convocarla directamente. Esta solución es otra modificación al régimen general (art. 344 LSC), ya que los accionistas no pueden convocar a asamblea (accionistas que representen como mínimo el 20 % del capital integrado pueden solicitar al directorio que convoque, en caso de que este no lo haga).

b. La convocatoria podrá publicarse por única vez en el *Diario Oficial*, con una anticipación mínima de diez días, mientras que en el régimen general se exigen como mínimo tres publicaciones en el *Diario Oficial* y en otro diario (art. 345 LSC).

c. Permite la autoconvocatoria, al establecer que siempre que comparezcan la totalidad de los socios o accionistas que representen la totalidad del capital integrado o su equivalente, la asamblea podrá celebrarse sin necesidad de convocatoria, a diferencia del régimen general, que solo puede prescindirse de la publicación de la convocatoria.

La asamblea por la cual se aprueba el balance final de liquidación se rige por el régimen general.

En caso de que no asista ningún accionista o socio, o no se lograse la concurrencia de aquellos que representen al menos el 40 % de las participaciones con derecho a voto, o la mayoría necesaria, el balance e inventario inicial se tendrán por aprobados, lo que deberá quedar reflejado en el acta.

La liquidación en ese supuesto estará a cargo del o los administradores, y en tanto actúen con la diligencia de un buen hombre de negocios —obligación mayor a la de un buen padre de familia—, quedarán eximidos de responsabilidad frente a la sociedad y los accionistas (no se dice nada de la responsabilidad frente a terceros, por lo que se presume que la mantienen).

Debe darse cumplimiento a lo dispuesto por la ley 17904: realizar la inscripción en DGR del administrador si va a continuar con la liquidación

—o del liquidador, si fue designado—;[202] de lo contrario, será inoponible el acto o contrato de que se trate.

Extinguida la totalidad del pasivo y adjudicados los activos remanentes a los accionistas o socios, o consignados judicialmente los bienes no reclamados conforme lo dispuesto en el inciso 3.º del artículo 180 de la LSC, o en caso de no existir ni uno ni otro, los administradores —o liquidadores, según el caso— deberán presentar clausura por cese de actividades ante la DGI.

Entendemos que si bien la ley habla de adjudicaciones de los activos remanentes, nada impide que no existan tales, porque la sociedad resolvió enajenarlos y no adjudicarlos.[203]

El decreto establece que se considera extinguida la totalidad del pasivo social y adjudicada la totalidad de los activos remanentes en la fecha en que se aprueben el balance final y el proyecto de distribución (art. 179 LSC).[204]

En el supuesto de no asistir accionistas o socios, según corresponda, y el inventario y el balance determinen la inexistencia de activo y pasivo, el balance final y el proyecto de distribución suscrito por el o los administradores se considerarán aprobados sin más trámite.

Si las adjudicaciones se realizan dentro del plazo establecido, estaban exoneradas de todo tributo que grave a la entidad, actos u otorgantes, así como del pago del Impuesto a la Constitución de Sociedad Anónima (ICOSA) a partir del cierre del ejercicio posterior a la fecha de dicha disolución. De acuerdo a la circular 3/2015 de la DGR, solo están comprendidas en la exoneración las adjudicaciones realizadas a favor de los titulares de las

202 Artículo 170, inciso final de la ley 16060, agregado por el artículo 14 de la ley 17904: «El nombramiento de liquidadores así como su cese o revocación deberá inscribirse en el Registro Nacional de Comercio».

203 Artículo 180, inciso 3.º de la ley 16060: «Los liquidadores podrán consignar judicialmente los bienes no reclamados en el plazo de noventa días desde la aprobación del proyecto».

204 Artículo 12 del decreto 346/014. Artículo 179 de la ley 16060: «(Aceptación del balance y proyecto de distribución). El balance final y el proyecto de distribución, suscritos por los liquidadores, serán comunicados a los socios y se considerarán aprobados si no fueran impugnados en el término de treinta días a contar de la fecha de su recibo. En las sociedades en que funcionen asambleas, el balance y el proyecto de distribución serán sometidos a la aprobación de la asamblea extraordinaria que se convoque al efecto. Los socios o accionistas disidentes o ausentes que representen un 10 % (diez por ciento), por lo menos, del capital integrado, podrán impugnar el balance y el proyecto aludidos, en el término de quince días computado desde la aprobación por la asamblea. Los liquidadores tendrán un plazo de treinta días para aceptar o rechazar las impugnaciones que se hayan formulado. Vencido dicho plazo, el o los socios o accionistas impugnantes podrán promover la acción judicial correspondiente, en el término de los sesenta días siguientes. Se acumularán todas las impugnaciones en un juicio único. Todo ello sin perjuicio de lo que los socios acuerden por unanimidad».

participaciones patrimoniales al portador, otorgadas e inscriptas en el período comprendido entre el 30.1.2015 y el 29.5.2015 inclusive.

Una vez finalizada la liquidación, los administradores —o liquidadores, según el caso— deberán presentar clausura por cese de actividades ante la DGI y el BPS, y las acciones y los títulos representativos de las acciones, en su caso, se considerarán cancelados de pleno derecho; esta es otra modificación importante respecto al régimen general, que requiere la cancelación de estos.

9. Sanciones para el caso de incumplimiento de liquidación antes del 29.5.2015

El no cumplimiento dentro de los plazos previstos —29.5.2015— se sanciona con una multa cuyo monto será equivalente al 50 % de los activos propiedad de la sociedad a dicha fecha, valuados conforme las normas contables aplicadas en el país y sin poder ser dichos valores inferiores a los del mercado.[205] Este plazo fue extendido por el decreto 168/015, el cual estableció que las clausuras presentadas por cese de actividades ante DGI y BPS dentro del plazo de treinta días dispuesto por la norma se considerarán efectuadas dentro del plazo (29.5.2015).[206]

Si no se determina el valor contable, o si este resultare inferior al valor del mercado a la fecha en que se aplica la sanción, se estará al valor de peritos designados a tales efectos, o sea, al valor de tasación.

Se crea una presunción, salvo prueba en contrario, de que se dio cumplimiento a la liquidación efectiva a través de la presentación de la clausura por cese de actividades ante BPS y DGI. Este régimen sancionatorio también aplica para las entidades que queden comprendidas en el supuesto objetivo de la ley, los fideicomisos y los fondos de inversión.

Quien fija la multa es la AIN, con misma naturaleza de crédito con privilegio general, además de tener acción ejecutiva para su cobro cuando resulte de resoluciones firmes. Al tener la multa naturaleza de crédito con privilegio general, en caso de concurso del deudor de esta, se establece una prioridad en el cobro con cargo al activo del deudor (ley 18387, art. 110).

La propia ley aclara que son resoluciones firmes las consentidas expresa o tácitamente por la sociedad y las definitivas (Constitución, arts. 309 y 319). Los testimonios de dichas resoluciones constituirán títulos ejecutivos.

No se les aplica ni a las sociedades ni a sus accionistas las sanciones dispuestas por los artículos 8.º y 9.º de la ley 18930.

El decreto 10/015 redujo las multas a la mitad si se abonaban antes del 30.4.2015.

205 Artículo 27 de la ley 19288.
206 Este plazo venció el 13.7.2015.

10. Excepciones al pago de la multa

Quedan exceptuadas del pago de las sanciones establecidas por los artículos 8.º y 9.º de la ley 18930:

1) las sociedades disueltas dentro del plazo legal por la causal establecida en el artículo 1.º de la ley 19288, así como los titulares de sus participaciones sociales,[207] y
2) las entidades comprendidas en el artículo 1.º del decreto 346/014 que al 29.1.2015 —fecha establecida en el art. 1.º de la ley 19288— hayan presentado clausura por cese de actividades ante BPS y DGI, así como sus titulares, siempre que hayan resuelto su disolución antes del 31.5.2013 y realizado su liquidación antes del 1.11.2014.

11. Cancelación de la inscripción registral

La DGI comunicará a la DGR todas las sociedades disueltas, de acuerdo al artículo 1.º de la ley, como sociedades en liquidación haciendo referencia expresa a esta.

Igual procedimiento se aplica a las sociedades anónimas y en comandita por acciones cuyo capital accionario estuviera representado total o parcialmente por acciones al portador que a la entrada en vigencia de la ley 19288 (1.11.2014) hayan presentado clausura por cese de actividades ante la DGI y BPS, y hubieran acreditado la inexistencia de pasivos o activos en su patrimonio, o consignado judicialmente los bienes no reclamados, y aquellas que habiendo sido disueltas no hubiesen presentado clausura por cese de actividades si lo hacían hasta el 29.1.2015. En este caso, dicha disolución no está sometida al control de la AIN.

12. Consecuencias para los titulares de participaciones patrimoniales al portador que no comunicaron

Los titulares que no cumplieran con la obligación de presentar la declaración jurada a la entidad en los términos del artículo 6.º de la ley 18930, en el plazo de noventa días *corridos* desde la vigencia de la ley, o no tuvieran la constancia de inscripción directa ante el BCU antes del plazo estipulado en el artículo 1.º de la ley, perdieron de pleno la calidad de titulares respecto del capital integrado,[208] o sea, el derecho que tenían a su porcentaje en el capital integrado —en caso de sociedades anónimas o en comandita por acciones respecto al capital comanditado— o en el patrimonio —en caso de otras entidades—, siempre que estas no resulten disueltas por el

207 Artículos 5.º de la ley 19288 y 29 del decreto 346/014.
208 Artículo 12 de la ley 19288.

artículo 1.º por no llegar al 50 % del capital integrado.[209] Esta solución es lógica, porque si quedaron disueltas, la sociedad debe proceder a su liquidación sin posibilidad de reactivarse.

Para la liquidación y pago de la participación social no informada, se establece el procedimiento del artículo 154[210] y del artículo 155,[211] incisos 1.º y 3.º de la LSC. El titular de dicha participación tiene también derecho a recibir los dividendos, utilidades o cualquier otra retribución vinculada a su participación patrimonial que se le hubiere suspendido por aplicación del literal *a* del artículo 8.º de la ley 18930.[212]

La entidad, previo al pago, deberá retener y volcar a la AIN el importe de la multa (art. 8.º, lit. *b* ley 18930)[213] hasta el valor concurrente con el monto a liquidar por no haber comunicado en plazo. En caso de no retener y pagar dicho monto, la entidad, fiduciario o sociedad administradora de fondos de inversión es solidariamente responsable de su pago.

El titular que perdió su calidad de tal debe, en forma previa al cobro de su participación, cumplir con la comunicación al BCU (ley 18930, art. 6.º),

209 Artículos 12 y 14 de la ley 19288 y 21 del decreto 346/014.

210 Artículo 154 de la ley 16060: «(Liquidación y pago de la participación). Salvo pacto en contrario, el valor de la participación del socio saliente se fijará conforme al patrimonio social, a la fecha del hecho o del acuerdo que haya provocado la rescisión parcial o de la demanda de exclusión».

211 Artículo 155 de la ley 16060: «(Situaciones especiales). La sociedad podrá ser judicialmente autorizada a retener total o parcialmente el pago de la participación social cuando existan negocios pendientes que puedan hacer variar de manera fundamental su valor. En este caso, la liquidación total o parcial de la cuota se realizará una vez finalizados aquellos negocios. En los casos de exclusión por culpa del socio, la sociedad podrá negarle participación en las utilidades en atención a la naturaleza o gravedad del incumplimiento con autorización judicial. Cuando el socio haya aportado el usufructo, uso o goce de bienes, su restitución se efectuará en el plazo que judicialmente se fije, de acuerdo a las circunstancias del caso y estableciéndose las compensaciones que correspondan».

212 Artículo 8.º, literal *a* de la ley 18930: «(Régimen sancionatorio aplicable a los titulares). El titular que incumpla con las obligaciones de presentar en plazo a la entidad emisora la declaración jurada prevista en el artículo 6.º de la presente ley, estará sujeto a las siguientes sanciones: A) Imposibilidad de ejercer cualquier derecho que le correspondiere en su condición de titular o beneficiario de las participaciones patrimoniales, respecto a la entidad emisora o a terceros, con la única excepción de la presentación de la referida declaración jurada. En virtud de lo dispuesto en este literal, las entidades comprendidas en el artículo 1.º de la presente ley, estarán impedidas de pagar dividendos o utilidades, rescates, recesos o el resultado de la liquidación de la sociedad, así como cualquier partida de similar naturaleza. Las entidades comprendidas en el artículo 2.º de la presente ley estarán impedidas de remitir utilidades. [=] Las inhibiciones establecidas en este literal se producirán automáticamente por el solo incumplimiento y se mantendrán vigentes hasta su regularización».

213 Artículo 8.º, literal *b* de la ley 18930: «Una multa cuyo monto será de hasta cien veces el valor máximo de la multa por contravención establecida en el artículo 95 del Código Tributario. Las entidades no residentes a que refiere el artículo 2.º de la presente ley, serán solidariamente responsables respecto a las sanciones aplicables a sus propietarios».

o en su defecto, contar con la constancia de inscripción directa.[214] Si la entidad paga sin el cumplimiento de este requisito, será sancionada con una multa equivalente al 50 % de lo que se abonó en forma indebida.

Como consecuencia de la pérdida de la calidad de accionista, las entidades deberán proceder a reducir el capital integrado o su equivalente, o el patrimonio, según corresponda.

A los efectos de proceder a dicha reducción de capital, la AIN elaboró el instructivo n.º 14.[215]

Cuando se trate de sociedades anónimas, dicha reducción de capital integrado debe ser comunicada a la AIN.[216] Quedaban exceptuadas de cumplir con lo dispuesto precedentemente cuando las titularidades de las participaciones patrimoniales al portador que no fueron informadas fueran objeto de una contienda judicial a la fecha prevista en el artículo 1.º de la ley, hasta que no recaiga una sentencia firme. Una vez que hubiera resolución firme, debe darse cumplimiento a la ley.[217]

El decreto amplía lo establecido en el artículo 12 de la ley, ya que no solo refiere a los accionistas, sino que establece también que la sociedad no se disolverá si al 29.1.2015 las titularidades de las participaciones patrimoniales al portador son directa o indirectamente objeto de contienda judicial.

13. Disposiciones vigentes

A partir del 30.1.2015 solo se admitirán declaraciones juradas al BCU que contengan información relativa al 100 % de las participaciones patrimoniales emitidas por las entidades (art. 6.º ley 18930); por lo tanto, no se aceptan más declaraciones parciales.

Se presume que son titulares los fundadores o antecesores, nominativos o escriturales, que modificaron sus acciones al portador de las entidades que se constituyan o devengan obligadas de acuerdo a la ley 18930. También se aplica al caso de transformación de una sociedad comercial en sociedad anónima.

En caso de enajenación de la titularidad de participaciones patrimoniales al portador, o cuando se produzca alguna de las modificaciones en la participación previstas en el artículo 7.º de la ley 18930[218] y no se cumpla

214 Artículo 24 del decreto 346/014.

215 Comunicación de reducción de capital integrado, en ‹www.ain.gub.uy›.

216 Artículo 22 del decreto 346/014.

217 Artículos 14 de la ley 19288 y 8.º del decreto 346/014.

218 Artículo 7.º de la ley 18930: «(Modificaciones en la participación). Toda vez que, en virtud de la modificación del contrato social o instrumento equivalente, o del aumento de capital integrado, se altere el porcentaje de participación que los accionistas, socios o partícipes tengan en el capital integrado o su equivalente, o en el patrimonio según corresponda, de las entidades a que refieren los artículos 1.º y 2.º de la presente ley, dichas entidades

con la obligación de informar conforme a los artículos citados de la ley 18930 (quince días para el titular y treinta para la entidad), lo cual a su vez fue modificado por la ley 19484 (estableció un único plazo de treinta días), en el plazo de noventa días *corridos* contados desde el vencimiento del plazo previsto para su comunicación, se *perderá de pleno derecho* la calidad de titular respecto de las participaciones patrimoniales y será de aplicación lo dispuesto en los artículos 13 y 14 de la ley.

Se modifica el artículo 181 de la LSC,[219] con lo cual se busca facilitar la cancelación registral de las sociedades cuyo proceso de liquidación haya concluido a partir del 1.11.2014 y las que se liquiden después del 29.5.2015, salvo las sociedades disueltas por aplicación de la ley 19288.

La disolución y liquidación se va a regir por el procedimiento general establecido en la LSC. En el caso de disolución anticipada de sociedades anónimas, se requiere previo pasaje por la AIN, conforme el artículo 409 de la LSC; esto no está del todo claro, porque de lo expuesto en el artículo surge que se puede hacer la comunicación al Registro sin dicho pasaje previo.

Terminada la liquidación, los liquidadores presentarán una declaración jurada clausurando actividades ante BPS y DGI en la que declararán la extinción de la totalidad del pasivo social y la adjudicación de la totalidad de los activos remanentes a los accionistas o la consignación de los bienes no reclamados.[220]

Se toma como fecha, a los efectos de que se cumplió con el procedimiento establecido, la de aprobación del balance final y del proyecto de distribución (art. 179 LSC). Si la liquidación se produjo judicialmente, se toma la fecha en que la sentencia quede firme.

En tanto dicha comunicación no implica pronunciamiento administrativo de los órganos intervinientes, los contribuyentes podrán solicitar el certificado especial a que refiere el inciso 4.º, literal *a* del artículo 80, título 1 del Texto Ordenado de 1996.

Cabe precisar que la extinción del activo remanente puede ser a través de otros negocios jurídicos, no solo por adjudicación.

Junto con la declaración, y cuando se trate de sociedades anónimas o en comandita por acciones, se deberá acreditar la anulación o destrucción de las acciones o de los títulos representativos del capital integrado. Cumplidos dichos extremos, DGI comunicará a DGR, la que de oficio cancelará la inscripción registral de la sociedad.

deberán cumplir las obligaciones de comunicación mediante declaración jurada al Banco Central del Uruguay a que refiere el artículo anterior».

219 Artículo 19 de la ley 19288 y decreto reglamentario 347/014.

220 Artículo 1.º del decreto 347/014.

14. Contralores registrales

No será de aplicación para la inscripción registral de los actos y negocios jurídicos que se presenten para su registración por las entidades en liquidación comprendidas en el artículo 1.º del decreto[221] que se hubieren realizado en el período comprendido entre el 29.1.2015 y el 29.5.2015 el contralor establecido por el artículo 14 del decreto 247/012, en la redacción dada por el artículo 2.º del decreto 24/013.[222] Por lo tanto, las sociedades que se presenten a inscribir actos o negocios jurídicos antes del 29.5.2015 no tenían obligación de acreditar que se había dado cumplimiento a la ley 18930.

Si el acto o negocio jurídico era posterior a dicha fecha, el representante debe acreditar que no hay obligaciones pendientes de pago por aplicación de los artículos 25 y 28 del decreto 346/014.

Estos contralores no serán de aplicación para la inscripción registral de las escrituraciones judiciales que se iniciaron antes del 29.5.2015 o de promesas de enajenación de inmuebles inscriptas con anterioridad a dicha fecha.

Tampoco serán exigidas para las escrituras otorgadas por el BCU en su calidad de liquidador como representante de instituciones financieras u otras instituciones que realice por mandato legal cuando sea en cumplimiento de promesas anteriores al 29.5.2015, agregadas al artículo 36 del decreto 346/014 por el decreto 256/015, y en el caso de donaciones hechas en el marco del Plan Juntos (decreto 344/015, de 19.11.2015).

15. Sociedades disueltas en el marco de la ley y aún no liquidadas

Las sociedades que se encuentren en dicha situación deben proceder a finalizar su trámite de liquidación mediante el procedimiento previsto en la ley, así como abonar las multas correspondientes.

221 Artículo 36 del decreto 346/014.

222 «(Contralor). Las entidades obligadas por la ley que se reglamenta no podrán inscribir actos y negocios jurídicos en los Registros dependientes de la Dirección General de Registros, del Ministerio de Educación y Cultura, sin la exhibición del certificado que acredite la recepción de la declaración por la Superintendencia de Servicios Financieros del Banco Central del Uruguay, y la incorporación de la declaración al registro a su cargo. Asimismo se requerirá la declaración del representante de la institución emisora que no ha recibido comunicación de los titulares de participaciones patrimoniales de modificaciones posteriores a la fecha de dicho certificado».

Tercera parte: ley 19484 (capítulo II)

por Inés Cobas

Sumario

1. Introducción. 2. Marco regulatorio. 3. Beneficiario final. 4. Obligaciones. 5. Entidades obligadas. 6. ¿Qué se debe informar? 7. Casos especiales. 8. Obligación adicional de informar titularidad. 9. ¿Cómo se debe informar? 10. Responsables del cumplimiento. 11. Plazos. 12. Excepciones a la obligación de informar. 13. Excepciones a la obligación de identificar. 14. Organismos que intervienen. 15. Carácter secreto de la información. 16. Consecuencias del incumplimiento. 17. Obligación adicional para obligados a reportar operaciones sospechosas. 18. Decreto 256/019, de 2.9.2019. 19. Vínculos de interés.

1. Introducción

La ley 19484, de 5.1.2017, de convergencia técnica con los estándares internacionales en materia de transparencia fiscal internacional y de prevención del lavado de activos y financiamiento del terrorismo, contiene cuatro capítulos: el primero, relativo al informe automático de saldos y rentas de origen financiero a la administración tributaria; el segundo, denominado «Identificación de beneficiario final y de los titulares de participaciones nominativas»; el tercero, que dicta normas aplicables a entidades residentes en países o jurisdicciones de baja o nula tributación, o que se beneficien de un régimen especial de baja o nula tributación, y el cuarto, sobre ajustes al régimen de precios de transferencia del Impuesto a la Renta de las Actividades Económicas (IRAE).

Centraremos este trabajo en el análisis del capítulo II de esta ley, de cuya exposición de motivos surge que

> es propósito del Poder Ejecutivo profundizar los avances normativos realizados en materia de convergencia técnica con los estándares internacionales en materia de prevención del lavado de activos y financiamiento del terrorismo, como de transparencia fiscal internacional. Recoge las recomendaciones realizadas por GAFI (recomendaciones 24 y 25, de febrero de 2012) así como por el Foro Global (términos de referencia 2016 adoptados en la reunión plenaria celebrada los días 26 y 27 de octubre de 2014, celebrada en la ciudad de Berlín, Alemania) […]. Tiene por objetivo lograr la

> disponibilidad de la información relativa a la identificación de los beneficiarios finales de las estructuras jurídicas, así como la identificación de los titulares de participaciones o títulos nominativos de las sociedades anónimas con acciones nominativas o escriturales, las sociedades en comandita por acciones, asociaciones agrarias o cualquier otra persona jurídica o entidad habilitada para emitir tales participaciones o títulos nominativos.

Con las previsiones de este capítulo se completa el marco legal necesario para regular tanto la obligación de informar la titularidad de las participaciones patrimoniales —ya prevista por la ley 18930 para los titulares de participaciones patrimoniales al portador emitidas por entidades residentes y para los titulares de participaciones patrimoniales emitidas por entidades no residentes—, al agregarse la obligación adicional de informar la titularidad de las participaciones patrimoniales nominativas o escriturales emitidas por entidades residentes, como la obligación de identificar e informar al beneficiario final de entidades residentes y no residentes. Es así que el registro creado por la ley 18930 se amplía e incorpora a los beneficiarios finales, así como a los titulares de participaciones patrimoniales nominativas o escriturales de entidades residentes.

Se dará al presente trabajo un enfoque práctico, propendiendo a favorecer el entendimiento y la aplicación de las normas consagradas sobre esta nueva temática de gran interés, que introduce un significativo cambio en pos de la transparencia de la información de las personas y estructuras jurídicas, en línea con los requerimientos internacionales en la materia.

2. Marco regulatorio

2.1. Leyes

Leyes 19484, de 5.1.2017 (capítulo II: identificación de beneficiario final y de los titulares de participaciones nominativas), y 19631, de 22.6.2018 (ajuste del cronograma de plazos para efectuar la comunicación establecida por el artículo 42 de la ley 19484).

2.2. Decretos

Decretos 166/017, de 26.6.2017 (reglamenta el capítulo II de la ley 19484), y decreto 282/017, de 9.10.2017 (declara como ingresadas en plazo las declaraciones juradas relativas a entidades obligadas por la ley 18930 presentadas hasta el 31.10.2017).

2.3. Resoluciones

Resolución de la AIN de 6.4.2018 (gradúa las sanciones previstas por el artículo 32 de la ley 19484).

2.4. Instructivos

Instructivo de la AIN n.º 8, de solicitud de pago de multas en el marco de lo dispuesto por los artículos 8.º y 9.º de la ley 18930 y 32 de la ley 19484.

3. Beneficiario final

3.1. Concepto

Se encuentra consagrado en los artículos 22 de la ley 19484 (en adelante, solo *la ley*) y 1.º del decreto 166/017 (en adelante, solo *el decreto*). En ellos se establece que es beneficiario final la persona física que directa o indirectamente posea al menos el 15 % del capital integrado —o su equivalente— o de los derechos de voto, o que por otros medios ejerza el control final sobre una entidad.

Se identifican como elementos esenciales de la definición de *beneficiario final* los siguientes:

— es siempre una persona física;
— en forma directa o indirecta, posee al menos el 15 % del capital integrado (o su equivalente);
— en forma directa o indirecta posee al menos el 15 % de los derechos de voto;
— por otros medios ejerce el control final sobre una entidad.

Nótese que el foco para la determinación del concepto de *beneficiario final* está dado por el *ejercicio del control*, ya sea por la valoración del porcentaje de capital integrado —o su equivalente—, por los derechos de voto que se ejercen o por otros medios en que el control pueda ser ejercido. Y es así que, por ejemplo, en el caso de la existencia de un usufructo o prenda de acciones, o de un convenio de sindicación de acciones, tendrá la entidad obligada que valorar cómo el control es ejercido en su caso.

3.2. Conceptos asociados

Los citados artículos, así como el artículo 2.º del decreto, precisan varios conceptos asociados al de beneficiario final, fundamentales a la hora de tener que analizar la *estructura de propiedad y control*, y definir el *gráfico de relaciones* de las entidades obligadas.

— *Entidad*: una persona jurídica, un fideicomiso, un fondo de inversión, cualquier otro patrimonio de afectación o cualquier otra estructura jurídica, con o sin personería jurídica.
— *Control final*: el ejercido a través de una *cadena de titularidad* o a través de cualquier otro medio de control.
— *Control final indirecto*: el ejercido en una cadena de titularidad por la interposición de una o varias personas, u otras estructuras jurídicas entre la entidad y la persona física beneficiario final o a través de cualquier otro medio de control.

4. Obligaciones

4.1. Obligación de identificación

La principal obligación que establece la ley es la de identificación del beneficiario final, prevista en el artículo 23 de la ley para el caso de las entidades residentes y en el artículo 24 para las no residentes.

Así, el artículo 23 dispone para el caso de las entidades residentes que a partir del 1.1.2017 deberán identificar inequívocamente a sus beneficiarios finales, *contando con documentación que lo acredite fehacientemente*. Y el artículo 24, igual obligación para las entidades no residentes que cumplan con determinadas condiciones.

Respecto a esta obligación, cabe precisar que lo que corresponde analizar a cada entidad obligada es qué persona física ejerce el control final de acuerdo a los parámetros antes definidos, dibujar la estructura de la sociedad, el gráfico de relaciones e identificar a quienes forman parte de la cadena, hasta llegar a cada una de las personas físicas, para luego evaluar si estas cumplen con la definición de *beneficiario final* dispuesta en el artículo 22 de la ley.[223]

4.2. Obligación de información

Una vez identificado el beneficiario final, salvo excepciones que veremos más adelante, debe la entidad cumplir con la obligación de informar —arts. 29 de la ley y 5.º del decreto—, de comunicar al BCU, quien tiene a su cargo el registro que fuera creado por el artículo 3.º de la ley 18930, quiénes son los beneficiarios finales de la entidad obligada, indicando especialmente:

— porcentaje de participación que cumple las condiciones establecidas por el citado artículo 22 de la ley;
— porcentaje de participación que no las cumple;
— porcentaje de participación respecto del cual se desconoce su beneficiario final.

Asimismo, debe incluirse información relativa a la cadena de titularidad en los casos en que el beneficiario final lo sea indirectamente o que por otros medios ejerza el control final.

223 Como se indica en el documento emitido por la Auditoría Interna de la Nación («Pautas para la identificación del beneficiario final»), y en el instructivo para la identificación del beneficiario final, disponible en su sitio web institucional: ‹http://ain.mef.gub.uy/innovaportal/file/22196/1/instructivodeidentificacionbeneficiariofinal.pdf›.

4.3. Obligación de conservar la documentación

La información respaldante debe conservarse —arts. 23 y 26 de la ley, y arts. 13 y 14 del decreto—,contemplando lo siguiente:

— *Condiciones*. Debe conservarse la documentación respaldante de la información requerida en las mismas condiciones que las establecidas para los libros sociales obligatorios de las sociedades comerciales, incluyendo la información relativa a la cadena de titularidad en los casos en que el beneficiario final lo sea indirectamente o por otros medios ejerza el control final. Se entiende que dicha previsión alude a las condiciones de inalterabilidad y perdurabilidad de los libros sociales, no a que deban llevarse efectivamente libros sociales con ese fin.

— *Plazo*. Se establece, por el decreto, un plazo mínimo de conservación de cinco años desde su obtención.

— *Información suficiente*. La información debe ser suficiente para permitir la reconstrucción de la identificación del beneficiario final y eventuales cadenas de titularidad.

— *Documentación*. Los procedimientos implementados por las sociedades para identificar a sus beneficiarios finales y conocer su estructura de propiedad y control, aplicados tanto a los efectos de la identificación inicial como respecto de las modificaciones posteriores, deben ser debidamente documentados, debiéndose contar, como dijimos y señala el artículo 23 de la ley, con *documentación que lo acredite fehacientemente*.

El artículo del decreto habilita a la AIN a establecer la forma y condiciones en que las entidades deberán acreditar el cumplimiento de esta obligación. Y en su mérito, dicho organismo, en setiembre de 2018, dio a conocer un documento donde se establecen las *pautas para la identificación del beneficiario final*, donde tratan los siguientes puntos:

— Conocimiento de la estructura de propiedad y control.

— Procedimiento: forma de la solicitud de información, contenido de la declaración, medio de envío a la entidad, análisis de la información y conservación de la documentación respaldante, y actualización de la información.

Nos remitimos a su lectura, disponible en la página web institucional.[224]

224 Consultar ‹https://www.mef.gub.uy/25349/11/areas/pautas-para-la-identificacion-de-beneficiarios-finales-por-parte-de-las-entidades-obligadas-por-la-ley-19484.html›.

4.4. Obligación de comunicar las modificaciones de los datos aportados

Cualquier cambio ocurrido con relación a la información aportada al BCU debe comunicarse —arts. 26 y 30 de la ley, y 11 y 12 del decreto—, salvo la variación del valor nominal que no altere el porcentaje de participación —información que será actualizada en la declaración jurada inmediata siguiente que presente esa entidad—, debiendo adoptar las entidades *medidas para mantener la información actualizada* en las condiciones establecidas por la normativa.

5. Entidades obligadas (arts. 22 y 23 de la ley, y 3, 4, y 10 del decreto)

5.1. Entidades residentes

Se consideran entidades residentes obligadas, sin perjuicio de las excepciones que se verán más adelante, las entidades comprendidas en lo previsto por el artículo 13 del título 4 y el artículo 6.º del título 7 del Texto Ordenado 1996.

De acuerdo a lo que surge de la enumeración del artículo 3.º del decreto, así como de lo previsto por el artículo 10 del mismo cuerpo normativo, son entidades residentes obligadas las siguientes: sociedades anónimas; sociedades en comandita por acciones; sociedades y asociaciones agrarias (ley 17777); fideicomisos y fondos de inversión; sociedades de responsabilidad limitada; sociedades de hecho; sociedades colectivas; sociedades en comandita simple; sociedades de capital e industria; grupos de interés económico; sociedades y asociaciones civiles; en general, toda otra entidad o estructura jurídica comprendida en lo dispuesto por el artículo 23 de la ley, y entidades en liquidación (excepto las entidades disueltas de pleno derecho por la ley 19288).[225]

5.2. Entidades no residentes

Se consideran entidades no residentes obligadas, sin perjuicio de las excepciones que se verán más adelante,[226] aquellas que cumplan alguna de las siguientes condiciones, sea cual sea su naturaleza jurídica:

225 Las entidades en liquidación, salvo las entidades disueltas de pleno derecho por la ley 19288, deben cumplir con las obligaciones establecidas por la ley hasta que hayan presentado clausura por cese de actividades ante la DGI; respecto del procedimiento de clausura aplicable el artículo 10 del decreto 166/017 ya dispone la posterior cancelación de la inscripción en el registro del BCU.

226 Artículo 7.º, literal *f* del decreto 166/017.

a) actúen en territorio nacional a través de establecimiento permanente (art. 10, tít. 4 Texto Ordenado 1996);
b) radiquen en territorio nacional su sede de dirección efectiva[227] para el desarrollo de sus actividades empresariales[228] en el país o en el exterior;
c) sean titulares de activos situados en territorio nacional por un valor superior a UI 2:500.000 (dos millones quinientas mil unidades indexadas), de acuerdo a las reglas de valuación de activos del IRAE.[229]

Nótese que la ley, en el literal *c* del artículo 24, agrega un nuevo grupo de entidades no residentes obligadas a los consagrados por la ley 18930.

Por su parte, el artículo 3.º, numeral II del decreto dispone que:

— quedan comprendidos los fideicomisos y fondos de inversión, o entidades extranjeras análogas, cuyos administradores o fiduciarios sean personas físicas o jurídicas residentes en territorio nacional;
— las entidades no residentes en todos los casos deben inscribirse ante la DGI.

6. ¿Qué se debe informar?

Las entidades obligadas deben informar al registro a que refiere el artículo 27 de la ley lo siguiente (arts. 29 y 30 de la ley y 7, 11 y 12 del decreto):

— los beneficiarios finales identificados;
— el porcentaje de participación de los que cumplen las condiciones establecidas por el artículo 22 de la ley, los que no las cumplen y aquellos de los que se desconoce tal situación;
— información relativa a la cadena de titularidad en los casos en que el beneficiario final lo sea indirectamente o por otros medios ejerza el control final;
— las modificaciones ocurridas con relación a la información registrada;[230]
— la titularidad a que refiere el artículo 25 de la ley, que más adelante en este trabajo se analizará;[231]
— ser entidades exceptuadas de identificar, conforme lo establece el inciso final del artículo 7.º del decreto (en el caso de los lits. *a*, *b* y *c* de dicho art.).

227 Cuando en el territorio nacional radiquen la dirección y el control del conjunto de sus actividades.
228 Es de aplicación la definición establecida en el numeral 1, literal *b* del artículo 3.º, título 4 del Texto Ordenado 1996.
229 Se cuantifica al 31 de diciembre del año anterior, tomándose la cotización de la unidad indexada a dicha fecha y, para quienes devinieren obligados, la cotización es al momento de la adquisición.
230 Salvo lo indicado en el numeral 4.4 precedente.
231 Vé. el punto 8 del presente.

7. Casos especiales[232]

De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 22 de la ley y el artículo 1.º del decreto, en algunos casos, las normas definen la identificación del beneficiario final de una manera especial, así:

— *Fideicomisos*. En el caso de los fideicomisos no supervisados por el BCU, debe identificarse la o las personas físicas que cumplan con las condiciones dispuestas por los incisos 1.º y 2.º del artículo 22 de la ley y el artículo 1.º del decreto, con relación al fideicomitente, el fiduciario y el beneficiario.

— *Fondos de inversión*. Para los fondos de inversión no supervisados por el BCU, debe identificarse la o las personas físicas que cumplan con las condiciones dispuestas por los incisos 1.º y 2.º del artículo 22 de la ley y el artículo 1.º del decreto, con relación a las entidades administradoras.

— *Fundaciones y asociaciones civiles*. En el caso de fundaciones y asociaciones civiles obligadas, se valorará la condición de beneficiario final con relación a los miembros del consejo de administración o de la comisión directiva, o del órgano de administración correspondiente.

8. Obligación adicional de informar titularidad

Además de las obligaciones consagradas por la ley y el decreto relativas al beneficiario final, se establece la obligación de informar la titularidad de las participaciones o títulos nominativos o escriturales emitidos por ciertas entidades residentes, las que deberán comunicar la titularidad y el porcentaje de las participaciones informadas, así como las modificaciones posteriores a su primera comunicación (arts. 25 y 29 de la ley y 6.º del decreto).

Quedan comprendidas en la obligación descripta las siguientes entidades: sociedades anónimas con acciones nominativas o escriturales; sociedades en comandita por acciones; sociedades y asociaciones agrarias (ley 17777); fideicomisos y fondos de inversión,[233] y cualquier otra persona jurídica o entidad habilitada para emitir participaciones o títulos nominativos o escriturales.

232 Casos prácticos de fideicomiso, fundaciones y asociaciones, entre otros tipos de entidades, disponibles en el sitio web institucional de la AIN: ‹https://www.mef.gub.uy/23676/11/areas/informacion--ley--n%C2%BA-19484.html›.

233 Conforme lo dispone el art. 6.º *in fine* del decreto 166/017, serán aplicables a los fideicomisos y a las administradoras de fondos de inversión las disposiciones correspondientes a las entidades emisoras, entendiéndose por titulares a sus beneficiarios o cuotapartistas.

9. ¿Cómo se debe informar? (arts. 27, 29 y 30 de la ley, y 5.º, 9.º y 16 del decreto)

9.1. Registro

La información relativa a los beneficiarios finales (art. 22 de la ley) y a las entidades emisoras de acciones o partes sociales nominativas (art. 25 del decreto) debe comunicarse al registro creado en el ámbito del BCU por el artículo 3.º de la ley 18930.

9.2. Forma

Dicha comunicación tiene carácter de *declaración jurada*.[234] Se realiza mediante un formulario puesto a disposición por el BCU que deben completar y suscribir quienes representan debidamente a la entidad,[235] con certificación notarial de sus firmas e indicación de la personería jurídica y la representación de los firmantes. La remisión de dicho formulario y la certificación notarial efectuada, la debe realizar el escribano actuante, a través de firma electrónica avanzada (ley 18600, art. 6.º), quien además debe completar y firmar un formulario electrónico requerido por el sistema.[236] Una vez realizadas esas acciones, se expide automáticamente el certificado por el BCU que acredita la recepción de la declaración y su incorporación al registro a su cargo.[237]

9.3. Contenido

El contenido de la declaración jurada sobre beneficiario final resulta consagrado por el artículo 5.º del decreto, el que *in fine* dispone que podrá el BCU exigir que se incorporen en la declaración datos adicionales a los que cita la norma.

El contenido de la declaración jurada adicional sobre titulares de acciones o participaciones patrimoniales nominativas o escriturales lo establece el artículo 9.º del decreto, el que también dispone la potestad del BCU de exigir datos adicionales a ser incluidos en dicha declaración.

Por su parte, el artículo 16 del decreto establece que será la AIN la que determinará los criterios técnicos según los cuales deberán formularse las

234 Exonerada del timbre profesional, de acuerdo a lo establecido por el art. 41 de la ley 19484.

235 Formulario *B*, unificado para las obligaciones consagradas por las leyes 18930 y 19484, persistiendo el formulario *A* únicamente para el caso de los titulares obligados a informar a la entidad por la ley 18930.

236 Archivo XML.

237 Certificado de recepción del BCU.

declaraciones juradas para su correcta registración, los que deberán darse a publicidad en forma coordinada por el BCU.[238]

10. Responsables del cumplimiento (art. 32 de la ley)

En primer lugar, corresponde precisar que en el caso de las obligaciones consagradas por el capítulo II de esta ley, y a diferencia de lo consagrado por la 18930,[239] tanto respecto de las obligaciones relativas al beneficiario final como de las relativas a la titularidad de las participaciones patrimoniales nominativas o escriturales, *el sujeto obligado es siempre la entidad.* En su mérito, las sanciones que veremos luego[240] son impuestas a las entidades omisas.

Están además sometidos al mismo régimen sancionatorio los representantes legales y voluntarios de las entidades obligadas por su actuación personal en el incumplimiento.

11. Plazos

Destacamos en primer lugar con respecto a los plazos aplicables que la obligación de identificar relacionada precedentemente rige a partir del 1.1.2017;[241] los plazos que a continuación de indican son aplicables a la obligación de comunicar al BCU (en los casos que corresponde).

11.1. Plazos aplicables a las entidades obligadas a la fecha de la entrada en vigencia de la ley (art. 42 de la ley y 7.º de la ley 19631)

— Entidades obligadas por la ley 18930: 31.10.2017.[242]
— Entidades emisoras de acciones nominativas: 30.6.2018.
— Sociedades de responsabilidad limitada y fideicomisos no obligados a informar por la ley 18930: 30.9.2018.
— Demás entidades obligadas a informar por la ley, con excepción de las obligadas por la ley 18930: 30.11.2018.

Esto, sin perjuicio de la disposición transitoria consagrada en el artículo 26 del decreto, que estableció el plazo del 30.6.2018 para las entidades obligadas por la ley 18930 (cuyo plazo vencía el 30.9.2017, luego prorrogado al 31.10.2017) que cumplieran con las siguientes condiciones:

238 Disponible en el sitio web institucional: ‹https://www.bcu.gub.uy/Acerca-de-BCU/Paginas/Formulario_Ley_18930.aspx›.
239 Que consagra obligaciones para el titular de las participaciones patrimoniales, y por la cual el titular debe informar a la entidad y el titular al BCU.
240 Vé. el punto 16 del presente.
241 Art. 23 de la ley 19484.
242 En función de lo dispuesto por el decreto 282/017.

— que tuvieran presencia real en nuestro país;
— que habiendo adoptado todas las medidas razonables para conocer su estructura de propiedad y control, no hubieran podido determinar la identidad de su o sus beneficiarios finales en razón de la existencia de residentes en terceras jurisdicciones, siempre que se cumpliera con ciertas exigencias.[243]

11.2. Plazos aplicables para el caso de modificaciones de los datos aportados (de beneficiario final y de titulares de participaciones nominativas o escriturales; arts. 25 y 30 de la ley y 11 y 12 del decreto)

— Modificación de datos de contenidos en la declaración jurada:[244] treinta días corridos desde su verificación.
— Para el caso en que los beneficiarios finales o los titulares de participaciones o títulos nominativos sean no residentes: noventa días corridos desde su verificación.
Estos plazos, en el caso de modificaciones de la información aportada producidas por efecto de una sucesión, se concibe,[245] se computan desde la declaratoria de herederos respectiva.
— Cuando se altere el porcentaje de participación como consecuencia de la modificación del contrato o instrumento equivalente, o de aumento de capital integrado: treinta días corridos desde la fecha del acto correspondiente o de la resolución del órgano societario competente que determine la modificación en las participaciones de los titulares o beneficiarios finales.
— Cuando se altere el porcentaje de participación como consecuencia de la modificación del contrato o instrumento equivalente, o de aumento de capital integrado, para el caso en que los beneficiarios finales o los titulares de participaciones o títulos nominativos sean no residentes: noventa días corridos desde la fecha del acto correspondiente o de la resolución del órgano societario competente que determine la

243 «*a*) comuniquen al registro la o las personas físicas que ejercen el control directo sobre la entidad obligada en el plazo establecido en el literal *a* del artículo 24 del presente decreto; *b*) exista la obligación efectiva de identificar al beneficiario final de cada entidad propietaria directa conforme a las normas del país de su residencia; *c*) se encuentren vigentes con dicho país instrumentos de asistencia administrativa mutua para intercambiar información relevante para la investigación de los delitos de lavado de activos y financiamiento del terrorismo, y de intercambio de información con fines tributarios. [=] En ningún caso se encontrarán amparadas en el presente artículo las entidades no financieras pasivas definidas en el artículo 8.º del decreto 77/017, de 27 de marzo de 2017. [=] Las entidades a que refiere el presente artículo deberán informar al registro que se encuentran en tal situación y cumplir con las obligaciones de conservación de registros y documentos establecida en el artículo 14 (conservación de registros)».
244 Salvo la variación del valor nominal que no altere el porcentaje de participación.
245 Criterio de la AIN.

modificación en las participaciones de los titulares o beneficiarios finales.

11.3. Plazos aplicables para las nuevas entidades (art. 25 del decreto)

Para el caso de las entidades que se constituyan o devinieren obligadas a partir de la vigencia de la ley, el plazo es de treinta días hábiles[246] desde la efectiva formalización de la entidad o de los supuestos por los cuales devinieren obligadas, de acuerdo a las disposiciones aplicables en cada caso.[247]

12. Excepciones a la obligación de informar (arts. 31 de la ley y 8.º del decreto)

No están obligadas a presentar la declaración jurada a que refiere el artículo 29 de la ley:

— Las sociedades personales o agrarias en las que la totalidad de las cuotas sociales pertenezcan a personas físicas, siempre que sean estas sus beneficiarios finales. El decreto dispone qué sociedades se consideran *personales* a los efectos de la ley: colectiva, en comandita simple, de capital e industria, de responsabilidad limitada y en comandita por acciones respecto del socio comanditado. Asimismo, dispone que se consideran sociedades agrarias las reguladas por la ley 17777.

— Las sociedades de hecho o civiles integradas exclusivamente por personas físicas, siempre que sean estas sus beneficiarios finales.

— Las cooperativas integradas exclusivamente por personas físicas, siempre que sean sus titulares efectivos.

Sin perjuicio de no estar obligadas a informar, estas entidades, además de cumplir con la obligación de identificación, deben conservar la documentación acreditante, la que podrá ser solicitada en cualquier momento por los organismos que tengan acceso al registro que lleva el BCU, como más adelante se dirá, así como la AIN, en el marco de sus cometidos de control.

246 En función de lo dispuesto por el art. 113 del decreto 500/991.

247 Sin perjuicio de lo establecido por el art. 24 (transitorio) para las entidades obligadas a la fecha de entrada en vigencia de la ley 19484.

13. Excepciones a la obligación de identificar (arts. 40 de la ley[248] y 7.º del decreto)

Quedan exceptuadas de la obligación de identificar al beneficiario final las siguientes entidades:

a) Las entidades cuyos títulos de participación patrimonial coticen a través de bolsas de valores nacionales, de bolsas internacionales de reconocido prestigio o de otros procedimientos de oferta pública, siempre que dichos títulos estén a disposición inmediata para su venta o adquisición en los referidos mercados.

Cuando dichas entidades hayan emitido títulos que no cumplan con las condiciones establecidas en el inciso anterior, deberán aplicarse las obligaciones a que refiere el presente decreto con relación a los mismos.

b) Las entidades cuyos títulos de participación patrimonial sean propiedad, directa o indirectamente, de sociedades que coticen a través de las bolsas de valores nacionales, de bolsas internacionales de reconocido prestigio o de otros procedimientos de oferta pública, siempre que dichos títulos estén a disposición inmediata para su venta o adquisición en los referidos mercados.

Cuando dichas entidades hayan emitido títulos que no cumplan con las condiciones establecidas en el inciso anterior, deberán aplicarse las obligaciones establecidas en el presente decreto con relación a los mismos.

c) Los fondos de inversión y fideicomisos constituidos en el exterior inscriptos y supervisados por el órgano de contralor en su país de residencia, cuyos beneficiarios sean sociedades que coticen en bolsas de valores de reconocido prestigio y, en su defecto, siempre que exista la obligación de identificar a su beneficiario final conforme a las normas de dicho país y se encuentren vigentes con los mismos instrumentos efectivos de asistencia administrativa mutua para intercambiar información relevante para la investigación de los delitos de lavado de activos y financiamiento del terrorismo, o de intercambio de información con fines tributarios que permitan su conocimiento.

d) Los condominios, las sociedades conyugales y las sociedades de bienes reguladas en la ley 18246, de 27 de diciembre de 2007.

e) Las entidades disueltas de pleno derecho conforme a lo establecido en la ley 19288, de 26 de setiembre de 2014.

f) Las entidades no residentes aludidas en el literal *c* del artículo 24 de la ley que se reglamenta, cuyos activos consistan únicamente en: i) participaciones patrimoniales en entidades residentes; ii) créditos por importaciones de bienes, anticipos de exportaciones, dividendos o utilidades a cobrar, servicios personales, materiales y financieros a cobrar, arrendamientos, comisiones y regalías a cobrar; iii) préstamos o colocaciones, incluyendo títulos, bonos u otros instrumentos de deuda de cualquier clase, y sus rendimientos a cobrar.

248 El artículo dispone *in fine* que el Poder Ejecutivo podrá exceptuar a otras entidades que en función de su naturaleza y composición de capital sean de *bajo riesgo* en materia de lavado de activos y evasión tributaria.

> *g*) Las asociaciones civiles que tuvieran ingresos de cualquier naturaleza al cierre del ejercicio anual por debajo de UI 4:000.000 (unidades indexadas cuatro millones) o activos por un valor inferior a UI 2:500.000 (unidades indexadas dos millones quinientos mil), valuados de acuerdo a las normas del Impuesto a las Rentas de las Actividades Económicas;
>
> *h*) Los fideicomisos y fondos de inversión supervisados por el Banco Central del Uruguay [...]

No obstante, las entidades referidas en los literales *a*, *b* y *c* deberán informar al registro del BCU que se encuentran en tal situación y cumplir con la obligación de conservación de registros y documentos referida con anterioridad.

14. Organismos que intervienen

14.1. Banco Central del Uruguay (arts. 27 de la ley y 15 del decreto)

Compete al BCU la custodia y la administración de la información correspondiente a los beneficiarios finales y a las entidades emisoras de acciones o partes sociales nominativas o escriturales que se comunique al registro creado en el ámbito del banco por el artículo 3.º de la ley 18930.

Asimismo se atribuye al BCU la obligación de confeccionar estadísticas sobre el número y la naturaleza de las entidades a que refieren los artículos 23, 24, 25, 29 y 30 de la ley.

14.2. Auditoría Interna de la Nación

Dispone el artículo 28 de la ley:

> (Cometidos de la Auditoría Interna de la Nación). La Auditoría Interna de la Nación tendrá los siguientes cometidos específicos: A) El control del cumplimiento de las obligaciones previstas en los artículos 23, 24, 25, 29, 30, 31 y 33 de la presente ley. B) La comunicación de los incumplimientos a los Organismos competentes. C) La imposición de sanciones y la recaudación de las mismas, en caso de que tengan carácter pecuniario. D) Recibir las denuncias que se realicen con relación al incumplimiento de las obligaciones referidas. La Dirección General Impositiva (DGI), la Dirección Nacional de Aduanas, el Banco de Previsión Social (BPS) y la Secretaría Nacional para la Lucha contra el Lavado de Activos y el Financiamiento del Terrorismo deberán comunicar los incumplimientos detectados en el ejercicio de sus funciones.
>
> A los efectos del cumplimiento de lo dispuesto precedentemente, podrá recabar del Banco Central del Uruguay y de las entidades obligadas por la presente ley, la información pertinente.
>
> Autorízase a la Dirección General de Registros, al BPS y a la DGI a brindar a la Auditoría Interna de la Nación la información necesaria para el cumplimiento de sus cometidos.

Por su parte el artículo 19 del decreto establece:

> (Cometidos de la Auditoría Interna de la Nación). Para el cumplimiento de los cometidos que le asigna la ley que se reglamenta, la Auditoría Interna de la Nación podrá efectuar todos los controles que considere necesarios con las más amplias facultades.
>
> A tales efectos, podrá: *a*) recabar del Banco Central del Uruguay, del Banco de Previsión Social, de la Dirección General de Registros y de la Dirección General Impositiva la información que considere pertinente; *b*) requerir a las entidades obligadas por la ley, información sobre las mismas, sus representantes y mandatarios, sobre sus titulares, representantes y mandatarios, y sobre sus beneficiarios finales; así como toda otra información que considere relevante para el cumplimiento de sus cometidos en el marco de la ley que se reglamenta.

14.3. Otros organismos

14.3.1. Dirección General Impositiva

Artículo 34 de la ley: corresponde a la DGI proceder a la suspensión de los certificados únicos a que refiere el artículo 80 del título 1 del Texto Ordenado de 1996, a partir de la comunicación de la AIN de los incumplimientos detectados.

Por su parte, el artículo 28, literal *d* de la ley habilita a la DGI a formular denuncias a la AIN por los incumplimientos que detecte el organismo en el ejercicio de sus funciones. El mismo artículo *in fine*, así como el artículo 19 literal *d* del decreto, autorizan a la DGI a brindar a la AIN la información necesaria para el cumplimiento de sus cometidos.

14.3.2. Dirección General de Registros

Arts. 30 de la ley y 17 del decreto: las entidades obligadas no podrán inscribir actos ni negocios jurídicos en los Registros dependientes de la DGR sin la acreditación de la recepción de la declaración por el BCU y su incorporación al Registro a su cargo. Asimismo se requerirá la declaración de la entidad de que no han existido modificaciones posteriores a la fecha de dicho certificado.

En caso de no estar comprendidas en las obligaciones de identificar o informar consagradas por las normas, deberá acreditarse dicho extremo por certificado notarial o declaración jurada de la entidad, según el acto inscribible requiera o no de intervención notarial.

Asimismo, el organismo resulta autorizado por el artículo 28 *in fine* de la ley, así como por lo preceptuado por el artículo 19, literal *a* del decreto, a brindar a la AIN la información necesaria para el cumplimiento de sus cometidos.

14.3.3. Banco de Previsión Social

Artículo 28, literal *d* de la ley: se faculta al organismo a formular denuncias a la AIN por los incumplimientos detectados en el ejercicio de sus funciones. En función de lo dispuesto por el mismo artículo *in fine*, así como el artículo 19, literal *a* del decreto, el BPS resulta autorizado a brindar a la AIN la información necesaria para el cumplimiento de sus cometidos.

14.3.4. Secretaría Nacional para la Lucha contra el Lavado de Activos y Financiamiento del Terrorismo (Senaclaft)

Artículo 28, literal *d* de la ley: la norma también faculta a este organismo a formular denuncias a la AIN por los incumplimientos detectados en el ejercicio de sus funciones.

14.3.5. Organismos estatales

Artículo 22 del decreto: estos deberán poner en conocimiento de la AIN tal situación, en el caso de identificar estructuras que pudieran configurar la infracción prevista por el artículo 35 de la ley, que más adelante se dirá.[249]

15. Carácter secreto de la información

Los artículos 39 de la ley y 23 del decreto consagran el carácter secreto de la información y disponen cuáles son los organismos que tienen acceso restringido y de qué forma puede levantarse la obligación de reserva por dichos organismos.

Resultan así tener acceso a la información registrada, en las condiciones establecidas por las normas citadas: la DGI; la Senaclaft y la Unidad de Información y Análisis Financiero del BCU; la justicia penal o la justicia competente si estuviera en juego una obligación alimentaria, y la Junta de Transparencia y Ética Pública.

En los casos no previstos, la reserva solo podrá ser levantada con autorización expresa y por escrito de los sujetos cuyos datos están registrados, sin perjuicio de la potestad de la AIN de recabar del BCU, el BPS, la DGR y la DGI la información que considere pertinente ya mencionada (art. 19, lit. *a* del decreto).

249 Vé. el punto 16.1.3 del presente.

16. Consecuencias del incumplimiento

16.1. Sanciones pecuniarias (arts. 32 y 36 de la ley, 20 y 21 del decreto y resolución de la AIN de 6.4.2018)

16.1.1. Características de las sanciones pecuniarias

— Son aplicables a las entidades, sin perjuicio de la responsabilidad de sus representantes legales y contractuales.
— Tienen carácter de título ejecutivo.
— El monto de la multa se gradúa en función del plazo del incumplimiento,[250] la dimensión económica de la entidad[251] y la participación relativa que en su patrimonio tengan el o los beneficiarios finales no identificados.
— Para su aplicación se procederá en la forma establecida por el decreto 500/991.
— La resolución deberá disponer simultáneamente la intimación de pago a sus responsables dentro del plazo de treinta días.
— La AIN será el organismo recaudador.
— El producido de lo recaudado se destinará a Rentas Generales.
— Se encuentra disponible en la página web de la AIN el instructivo n.º 8 para el pago de multas.[252]
— Se habilita por el organismo recaudador la firma de convenios de pago.[253]

16.1.2. Graduación de sanciones

El artículo 36 de la ley, como ya fue dicho, establece que el monto de la multa se graduará en función del plazo de incumplimiento, la dimensión económica de la entidad y la participación relativa que en su patrimonio tengan el o los beneficiarios finales no identificados.

El artículo 21 del decreto establece que la graduación se hará considerando el valor de la multa máxima por contravención (MMC) establecida por el

250 El período de incumplimiento se entiende es el que transcurre desde el vencimiento del plazo correspondiente hasta la fecha del efectivo cumplimiento de las obligaciones, o desde la verificación del incumplimiento, según corresponda.
251 La dimensión económica se definirá tomando en consideración el activo y los ingresos que consten en los estados contables correspondientes al cierre del último ejercicio económico. Se entendiende por entidad de pequeña y mediana dimensión económica aquellas cuyos activos no superen la suma de UI 7:500.000, o cuyos ingresos no superen la suma de UI 24:000.000. Las entidades que superen cualquiera de las citadas cifras serán consideradas de gran dimensión económica.
252 Vé. ‹https://www.mef.gub.uy/innovaportal/file/20435/28/instructivo-8-nuevo.pdf›.
253 Vé. ‹http://ain.mef.gub.uy/18789/11/areas/convenios-de-pago-de-multas-impuestas-por-la-auditoria-interna-de-la-nacion-ain.html›.

artículo 95 del Código Tributario;[254] asimismo, define tanto los parámetros de dimensión económica y período de incumplimiento como los mínimos y máximos aplicables en cada caso, a cuya lectura nos remitimos.

Por su parte, la resolución de la AIN[255] gradúa las sanciones a aplicar por el incumplimiento de las obligaciones relativas a identificar e informar beneficiario final, así como por el incumplimiento de las obligaciones relativas a identificar e informar titularidad de acciones o partes nominativas, de acuerdo a los parámetros previstos.

En función de lo expuesto, las sanciones se sitúan en los siguientes rangos:

— para el caso en que se incumpla con la obligación de identificar e informar beneficiario final, multa: multa de dos a cien veces la MMC;[256]
— para el caso en que se incumpla con la obligación de identificar e informar la titularidad de las participaciones nominativas o escriturales, multa: de 20 a 100 veces la MMC;[257]
— para el caso en que se incumpla con la obligación de conservar la documentación, multa: multa de hasta cien veces la MMC.[258]

16.1.3. Sanción especial: formas jurídicas inadecuadas (arts. 35 de la ley y 22 del decreto)

Se prevé que quien impida conocer al beneficiario final o induzca a error sobre la obligación de identificarlo, declarando o haciendo valer formas jurídicas inadecuadas, será castigado con una multa cuyo monto será hasta mil veces el valor máximo de la MMC.

Asimismo, el decreto establece la obligación para los organismos estatales que en el marco de sus actuaciones identifiquen estructuras que pudieran configurar la infracción de lo antedicho de poner tal circunstancia en conocimiento de la AIN.

16.2. Suspensión del certificado de vigencia anual de DGI (arts. 34 de la ley y 20 del decreto)

La falta de presentación de las declaraciones juradas consagradas por la ley —aplicable a la obligación de comunicar beneficiario final y titulares de participaciones nominativas o escriturales— configurará incumplimiento y determinará la suspensión del certificado a que refiere el artículo 80 del título 1 del Texto Ordenado 1996 (de vigencia anual de DGI).

254 Hoy y hasta el 31.12.2019, $ 8.260 (decreto 417/018, de 17.12.2018).
255 Vé. ‹http://ain.mef.gub.uy/innovaportal/file/22689/25/resolucion-graduacion-de-multas.pdf›.
256 Art. 21 del decreto 166/017.
257 Art. 21 del decreto 166/017.
258 Art. 32 de la ley 19484.

La AIN informará a la DGI los incumplimientos correspondientes a las declaraciones a que refiere la ley.

Para la aplicación de esta sanción se procederá conforme lo dispone el decreto 500/991.

16.3. Prohibición de distribución de utilidades (arts. 33 de la ley y 20 del decreto)

Reza el artículo 33 de la ley:

> Las entidades no podrán pagar utilidades ni dividendos, rescates, recesos o el resultado de la liquidación de la entidad, así como cualquier partida de similar naturaleza, realizada a los titulares o beneficiarios *respecto de los cuales no se haya cumplido con la obligación de identificar a los beneficiarios finales*,[259] por la cuotaparte correspondiente.
>
> Igual prohibición se aplicará en los casos de remisión de utilidades realizadas por las entidades no residentes a que refiere el artículo 24 de la presente ley.
>
> El incumplimiento de lo dispuesto en este artículo será castigado con *una multa cuyo máximo será equivalente al monto distribuido indebidamente*.[260]

Para la aplicación de esta sanción se procederá conforme lo dispone el decreto 500/991.

16.4. Publicación de nómina de entidades incumplidoras (art. 34 *in fine* de la ley)

Por tal previsión, se faculta al Poder Ejecutivo a publicar la nómina de entidades que hubieren incurrido en incumplimiento.

16.5. Control registral (arts. 30 de la ley y 17 del decreto)

Como fuera señalado precedentemente,[261] las citadas normas cometen a la DGR el contralor del cumplimiento de las obligaciones consagradas por la ley, en los términos dispuestos por el artículo 17 del decreto, en ocasión de la inscripción de todo acto o negocio jurídico presentado por las entidades obligadas a los registros públicos de su dependencia.

La DGR dictó varias circulares y resoluciones con relación a los controles registrales en aplicación de la ley, disponibles en el sitio web institucional:[262]

259 Destacado nuestro.
260 Destacado nuestro.
261 Vé. Punto 14.3.2 del presente.
262 Vé. ‹http://www.dgr.gub.uy/general/normas/leyes/varios_circulares.htm›.

— circular 17/2017: controles de la ley;
— circular 22/2017: ajuste de la resolución 59/2014, control del RUT en sociedades extranjeras;
— resolución 7/2019: criterio de calificación respecto al control de las leyes 18930 y 19484 en casos de compraventas forzadas y forzosas;
— resolución 12/2019: como criterio de calificación, que corresponde el control de lo establecido en las leyes 18930 y 19484 en caso de sociedades anónimas declaradas en concurso.

17. Obligación adicional para obligados a reportar operaciones sospechosas (art. 38 de la ley)

Cabe destacar la obligación consagrada por este artículo aplicable a los obligados por los artículos 1.º y 2.º de la ley 17835 —ley del fortalecimiento del sistema de prevención y control del lavado de activos y financiamiento del terrorismo—, quienes deberán requerir a sus clientes, cuando corresponda, como parte de sus procedimientos de debida diligencia, la información resultante del cumplimiento de las disposiciones de la ley.

18. Decreto 256/019, de 2.9.2019

Con el tiempo transcurrido desde la entrada en vigencia del decreto 166/017, y habiendo vencido los plazos para la comunicación de la información al BCU, fue considerado necesario por el Poder Ejecutivo realizar algunos ajustes a la reglamentación vigente, para una mejor aplicación. Se sintetizan a continuación las modificaciones introducidas.

a. Entidades residentes emisoras de acciones o participaciones patrimoniales nominativas o escriturales obligadas a informar sus titulares. Se ajusta lo dispuesto *in fine* por el artículo 6.º del decreto, estableciéndose que serán aplicables a los fiduciarios de los fideicomisos y a las administradoras de fondos de inversión las disposiciones correspondientes a las entidades emisoras, entendiéndose por titulares a sus beneficiarios o cuotapartistas.

b. Entidades exceptuadas de identificar:

— *Asociaciones civiles*. Se modifica el literal *h* del artículo 7.º del decreto, para el caso de las asociaciones civiles que tuvieran ingresos de cualquier naturaleza al cierre del ejercicio anual por debajo de UI 4:000.000 y activos por un valor inferior a UI 2:500.000, valuados de acuerdo a las normas del IRAE. La modificación consiste en sustituir la conjunción «o» dispuesta anteriormente por la «y» actual, lo que implica que para estar exceptuada de la obligación de identificar, tiene la entidad que no trascender ninguno de los dos umbrales dispuestos, es decir, ni activos ni ingresos por sobre los topes. Complementa esta modificación lo dispuesto por el artículo 9.º del decreto 256/019, que establece que las asociaciones civiles que no

cumplan con las condiciones establecidas por dicho literal con su nueva redacción —es decir, aquellas que no se encuentren exceptuadas de acuerdo a la nueva redacción del artículo— tendrán que cumplir con la obligación de informar al BCU antes del 28.2.2020.

— *Organismos públicos y organismos internacionales de los que el Estado forma parte*. Se agregan este tipo de entidades al listado de exceptuadas de la obligación de identificar beneficiario final, en el nuevo literal *j*.

c. Entidades exceptuadas de informar:

— *Asociaciones agrarias*. Se agregan al listado de entidades exceptuadas con la modificación introducida en el literal *a* del artículo 8.º del decreto las «asociaciones agrarias» en que la totalidad de las cuotas o partes sociales pertenezcan a personas físicas, siempre que sean estas sus beneficiarios finales.

— *IAMPP*. Se agrega un nuevo literal al artículo 8.º del decreto, el literal *d*, que incorpora como entidades exceptuadas de la obligación de informar a las instituciones de asistencia médica privada de profesionales sin fines de lucro del artículo 6.º del decreto-ley 15181, de 21.8.1981, en la redacción dada por el artículo 2.º de la ley 18440, de 21.12.2008, integradas exclusivamente por personas físicas, siempre que sean sus titulares efectivos.

d. Contenido de la declaración jurada adicional sobre titulares de acciones o participaciones patrimoniales nominativas. Se ajusta la redacción del literal *a* del artículo 9.º del decreto, modificando lo establecido para el caso de sucesiones indivisas sin declaración judicial de herederos: la declaración —para el BCU— podrá ser formulada «respecto» de cualquiera de los herederos presuntos (antes se establecía «por cualquiera de los herederos presuntos», lo cual es más ajustado, desde que la declaración no la hacen los herederos, sino la entidad).

e. Conservación de registros. Se modifica lo establecido por el artículo 14 del decreto con respecto al cómputo del plazo por el cual deben conservarse los registros: dispone que será por un plazo mínimo de cinco años contados a partir de la culminación de la relación de los titulares de las participaciones patrimoniales o del beneficiario final con la entidad, según corresponda (antes se establecía «contados a partir de su obtención»).

f. *Contralor*. Se agrega un nuevo inciso al artículo 17 del decreto, el que establece que no serán exigidos los requisitos dispuestos por el inciso 1.º de dicho artículo para la inscripción registral de:

> *a*) las escrituraciones judiciales correspondientes a procesos judiciales iniciados con anterioridad al 1 de enero de 2017; *b*) las escrituraciones de las promesas de enajenación de inmuebles inscriptas con anterioridad al 1 de enero de 2017; *c*) las enajenaciones de bienes realizadas en el marco de procesos concursales iniciados con anterioridad al 1 de enero de 2017; *d*) las escrituras otorgadas por el Banco Central del Uruguay o por la Corporación de Protección al Ahorro Bancario, en su calidad de liquidadores en repre-

sentación de instituciones financieras u otras entidades cuyas liquidaciones ejercen por disposición legal, en el marco de liquidaciones dispuestas con anterioridad al 1 de enero de 2017; *e*) las escrituras otorgadas por el Estado – Poder Ejecutivo, en su calidad de Liquidador en representación de las Sociedades Administradoras de Fondos Complementarios cuya liquidación ejerce por disposición legal, en el marco de liquidaciones dispuestas con anterioridad al 1 de enero de 2017.

g. *Excepción a la aplicación del régimen sancionatorio*. El artículo 8.º del decreto 256/019 dispone que el régimen sancionatorio previsto por el artículo 32 de la ley no será de aplicación en especiales supuestos. En primer lugar, debe tratarse de casos en que existan razones debidamente fundadas que imposibiliten de manera notoria y evidente el cumplimiento de la obligación de identificación prevista por la cita ley, y siempre que se verifiquen simultáneamente ciertas condiciones, a saber:

a) Se trate de entidades emisoras de acciones o partes sociales nominativas creadas con anterioridad a la promulgación de la ley 16060, de 4 de setiembre de 1989.

b) Se haya identificado a los titulares que representen al menos el 85 % (ochenta y cinco por ciento) del capital integrado.

c) La entidad haya convocado a sus accionistas mediante publicaciones por tres días en el Diario Oficial y en otro diario o periódico de la sede social, a efectos de que estos aporten la información requerida para dar cumplimiento a las obligaciones previstas por la citada ley, en un plazo de 10 (diez) días hábiles contados a partir del siguiente a la última publicación.

Además, las entidades comprendidas en esta situación deberán presentarse ante la AIN antes del 31.12.2019, acreditando dichos extremos, y esta deberá expedirse y comunicar su resolución al BCU, para que habilite la recepción de la información con que cuente la entidad, y a la Senaclaft, para su conocimiento, sin quedar liberados por ello los obligados del deber de comunicar cualquier cambio que ocurriera con relación a la información registrada (art. 30 de la ley [modificaciones]).

19. Vínculos de interés

Auditoría Interna de la Nación: ‹https://www.mef.gub.uy/16554/11/areas/fiscalizacion-de-beneficiarios-finales-y-titulares-de-entidades-emisoras-de-participaciones-patrimoniales.htm›.

Banco Central del Uruguay: ‹https://www.bcu.gub.uy/Acerca-de-BCU/Paginas/Formulario_Ley_18930.aspx›.

Dirección General de Registros: ‹http://www.dgr.gub.uy/general/normas/leyes/varios_circulares.htm›.

	Ley 18930	Ley 19288	Ley 19484
Obligados	Titular: comunica a la entidad. Entidad: comunica a BCU.	Entidades residentes obligadas por ley 18930.	Entidades (residentes y no residentes).
Obligaciones	Comunicación de titularidad de PPP residentes y titularidad PP en no residentes. Conservación. Obligación de informar modificaciones.	Comunicación de titularidad de al menos el 50 % de PPP de SA y SCA; y entidades residentes emisoras de PPP que se hayan disuelto por otras leyes o por el régimen general. Obligación de informar modificaciones.	Identificación. Información de titularidad de PPN y BF. Conservación de documentación respaldante. Obligación de informar modificaciones.
Formularios	Formularios *A* (rige para obligados por ley 18930) y *B*.		Formulario *B*.
Plazos	Plazo final sin multa: 31.5.2013 (31.12.2014 para no residentes emisoras de PPN). Nuevas sociedades, modificaciones y adquisiciones: quince días hábiles (form. *A*); treinta días hábiles desde finalización de los quince (form. *B*) (ver nota de plazos vigentes en plazos ley 19484).	Para comunicación a BCU, con multa ley 18930, sin disolución ni exclusión: 29.1.2015. Para liquidación, con exoneraciones tributarias: 13.7.2015, sin multas ley 18930. Vencidos los plazos de la ley 18930, más noventa días corridos para no perder la calidad de accionista (art. 16 *c*).	Obligación de identificar: rige desde 1.1.2017. Obligación de informar: nuevas entidades o entidades que devinieren obligadas, treinta días hábiles desde su efectiva formalización. Modificaciones, treinta días corridos desde su verificación y noventa días corridos para el caso en que los BF o los titulares de PPN sean no residentes; desde su verificación. Cambio de porcentaje de participación por modificación de →

	Ley 18930	Ley 19288	Ley 19484
			contrato o aumento de capital, treinta días corridos desde la fecha del acto que determinó el cambio verificación y noventa días corridos para el caso en que los BF o titulares de PPN sean no residentes; desde la fecha del acto que determinó el cambio. Nota: estos plazos son los que resultan hoy vigentes para las entidades obligadas por las leyes 18930 y 19484.
Consecuencias del incumplimiento	Para el titular: – Multa. – Pérdida de todos los derechos. Para la entidad: – Multa. – Suspensión del CVA.	Disolución de pleno derecho sin posibilidad de reactivarse. Revocación de poderes y mandatos. Multa del 50 % del activo. Pérdida de la calidad de socio, con inscripción en BCU y multa ley 18930. Art. 16 *c:* pérdida de la calidad de accionista para el caso de transferencia de titularidad de PPP o en el caso de cambios en la participación (por art. 7.º ley 18930).	Multas. Suspensión CVA. Imposibilidad de distribuir utilidades.

	Ley 18930	Ley 19288	Ley 19484
Excepciones	Art. 15 ley 18930		De la obligación de identificar: art. 7.º decreto 166/017. De la obligación de informar: art. 8.º decreto 166/017.
Contralor registral	Se debe acreditar comunicación a BCU, y además la entidad debe declarar la inexistencia de modificaciones posteriores; o se debe acreditar la exoneración. Art. 17. Representante declara que no existen sanciones. Si existen, deben pagarse.	Para la inscripción de actos y documentos, la entidad debe declarar que no existen sanciones pendientes de pago.	Se debe acreditar comunicación a BCU, y además la entidad debe declarar la inexistencia de modificaciones posteriores; o se debe acreditar la causal de exoneración.
Comunicaciones parciales	Fue posible hasta la entrada en vigencia de la ley 19288.	Se prohíben las comunicaciones parciales a futuro.	No están previstas, no son admisibles.
Contienda judicial		No se disuelve la sociedad ni se pierde la calidad de accionista cuando las PPP son objeto de contienda y hasta que no recaiga sentencia firme.	

PPP: participaciones patrimoniales al portador | CVA: certificado de vigencia anual de DGI | PPN: participaciones patrimoniales nominativas
PP: participaciones patrimoniales | SCA: sociedad en comandita por acciones | BF: beneficiario final

5.1. Vencimientos

1.8.2012	Vigencia ley 18930.
31.5.2013	Vencimiento del plazo para emisoras de PPP ley 18930.
31.12.2014	Vencimiento del plazo para entidades no residentes con participaciones nominativas ley 18930.
29.1.2015	Disolución de pleno derecho / exclusión de titulares por ley 19288.
13.7.2015	Vencimiento de plazo para liquidación por ley 19288.
9.1.2017	Vigencia ley 19484.
31.10.2017	Vencimiento de obligadas por ley 18930, para cumplir con ley 19484.
30.6.2018	Vencimiento de SA nominativas: titularidad y BF (ley 19484).
30.9.2018	Vencimiento SRL y fideicomisos (ley 19484).
30.11.2018	Vencimiento demás entidades obligadas (ley 19484).

Consultas técnicas

EMBARGO GENÉRICO. DERECHOS DEL PROMITENTE COMPRADOR. PROMESA DE COMPRAVENTA. PUBLICIDAD REGISTRAL

Resumen

Embargo genérico y promesa de compraventa de inmueble; derechos de promitente comprador; bienes registrables.

Informes: Civil, Registral y Procesal

Consulta

Relación de hechos

18.8.1986. El Banco Hipotecario del Uruguay (BHU) promete vender a RGBA y MRVC la unidad de propiedad horizontal padrón …/204.

11.5.2005. RGBA y MRVC ceden los derechos de promitente comprador de la promesa (no inscripta) a favor de RLRM y SRCA.

9.4.2008. RLRM y SRCA ceden los derechos a favor de AVAB y NCDP.

8.9.2010. Se otorga reglamento de copropiedad, de acuerdo a las disposiciones previstas en la ley 10751 y al amparo del capítulo I del decreto-ley 14261.

17.5.2012. La Agencia Nacional de Vivienda (ANV), en su carácter de fiduciaria del fideicomiso al cual el BHU transfirió el bien, otorga la compraventa definitiva a favor de los últimos cesionarios nombrados.

Hoy, julio de 2017, los citados AVAB y NCDP proyectan enajenar el bien a favor de JGM (cliente de la consultante); firman como contrato preliminar boleto de reserva el 2.6.2017.

De la información registral obtenida por la consultante (certificado del Registro Nacional de Actos Personales) surgen dos embargos genéricos trabados en 1999 y 2000 a los promitentes compradores originarios, RGBA y MRVC. Ambos embargos están vigentes al día de hoy; por tanto, en el momento de la primera cesión, los cedentes estaban embargados genéricamente.

Ante esta situación se plantea el problema de que los embargos mencionados afectan la bondad de los títulos, con base en la aplicación de las siguientes disposiciones:

a. La redacción del artículo 380 del Código General del Proceso al momento de la primera cesión, en cuanto al alcance del embargo genérico: «El embargo genérico de derechos comprenderá los bienes presentes y futuros del embargado de naturaleza inmueble, naves, aeronaves, automotores y la universalidad conocida como estable-

cimiento comercial». Realizo un razonamiento primario y entiendo que al no haberse inscripto la promesa de compraventa, no nace el derecho real que establece la ley 8733; en consecuencia, estos derechos de promitente comprador son de naturaleza mueble y, por tanto, no quedarían afectados por el embargo genérico.

b. Esa solución planteada en el literal anterior no es la correcta en virtud de la nueva redacción del mencionado artículo 380, dada por la ley 19090: «El embargo genérico comprenderá los bienes presentes y futuros registrables del embargado […]». Y el artículo 3.º de la mencionada ley, que hace referencia a que

> los embargos genéricos inscriptos antes de la entrada en vigencia de esta ley tendrán el alcance dispuesto por la nueva redacción dada al artículo 380, salvo en caso de los actos realizados con información registral anterior a la vigencia de esta ley.

Con respecto a esta última parte del artículo, y a efectos de ir descartando soluciones, debemos mencionar que la escribana interviniente en la compraventa definitiva de 2012 actuó sin certificados, bajo el correcto razonamiento, considerando la redacción del artículo 380 del Código General del Proceso anterior a la reforma de junio de 2013 (ley 19090).

Consulta

Se consulta si los embargos mencionados afectan la titulación del bien.

Opinión de la consultante

En atención a lo dispuesto en el artículo 3.º de la ley 19090, considero aplicable al presente caso el artículo 380 del Código General del Proceso, en su nueva redacción. Independientemente de que estemos frente a una norma que podría ser inconstitucional —afecta *derechos adquiridos* e impone cargas (obtención de certificados)—, de manera retroactiva, según manifiesta el procesalista Dr. Santiago Pereira Campos, la norma está y se encuentra vigente; por tanto, existe la posibilidad de que pueda ser aplicada en beneficio del acreedor. Esta situación genera inseguridad jurídica, motivo por el cual entiendo que no es conveniente aconsejar a mis clientes la compra del mencionado bien.

Ahora, continuando con el estudio del presente caso, quedaría evaluar si las promesas otorgadas en su momento por el BHU cumplen el requisito de *registrables* impuesto por el actual artículo 380 del Código General del Proceso, ya que en caso de no serlo, los derechos de promitente comprador no quedarían abarcados por el embargo genérico.

Ante este planteo debemos hacer dos distinciones:

a. Si la promesa tiene como objeto un bien incorporado al régimen de propiedad horizontal, sea por la ley 10751 o por el decreto-ley 14261,

llegamos a la conclusión de que es registrable, en virtud de lo dispuesto por el artículo 15 de la ley 10751, que establece:

> Serán inscriptos en los registros respectivos […] promesas de ventas a plazo, etc., que recaigan sobre propiedades comprendidas en esta ley. No obstante, las promesas de compraventa, sean o no a plazos, deberán inscribirse en el Registro General de Inhibiciones […]. Dicha inscripción surtirá los mismos efectos que los documentos registrados por mandato de la ley 8733, de 17 de junio de 1931.

b. Ahora, del reglamento de copropiedad otorgado en 2010 surge que el régimen de incorporación es el del decreto-ley 14261, capítulo I; por lo tanto, al momento de la promesa, podemos decir que el bien no estaba en propiedad horizontal, por faltar uno de los elementos que la misma ley exige (en este caso, el reglamento de copropiedad, que fue otorgado mucho tiempo después). Sobre la base de lo anterior, si nos regimos por el régimen de propiedad común en lo que tiene que ver con el requisito de inscripción, debemos tener en cuenta el artículo 51 de la ley 8733, que establece:

> Esta ley es obligatoria para las operaciones comprendidas en la definición del artículo 1.º, siempre que la prestación deba ser cumplida en plazo total no menor de un año. No obstante, 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.

Lo expuesto lleva a la conclusión de que la promesa en estudio estaría abarcada por el artículo 1.º de la ley 8733; por ello, sea propiedad común u horizontal, se cumple con el requisito de *registrable* impuesto por el artículo 380 del Código General del Proceso.

Con base en lo expuesto, considero que los embargos genéricos trabados a los promitentes compradores originarios afectan la titulación del bien, en aplicación del artículo 380 del Código General del Proceso (con la modificación dada por la ley 19090) y el artículo 3.º de la ley 19090, y por considerar que es un bien registrable en virtud de lo dispuesto por el artículo 15 de la ley 10751 (en su caso, el artículo 51 de la ley 8733).

Informe de la Comisión de Derecho Civil

La consulta planteada refiere a una promesa de compraventa del BHU tipo no inscripta en el Registro, embargos genéricos trabados contra los promitentes compradores originales, cedidos y escriturados, y el régimen legal aplicable de acuerdo al artículo 380 del Código General del Proceso.

Las modificaciones introducidas por la ley 19090 son de aplicación inmediata (art. 3.º); por lo tanto, el embargo inscripto a partir de la vigencia de la ley 19090 tiene el alcance de la nueva redacción del artículo 380 del

Código General del Proceso, esto es, alcanza a los «bienes presentes y futuros registrables del embargado», pero no alcanza a los bienes pasados, como son los que dejaron de existir con anterioridad a la fecha de entrada en vigencia de la ley.

En el caso concreto, aunque se pretendiera sostener que los derechos de promitente comprador eran un *bien registrable*, el embargo no afectaría porque los derechos de promitente comprador se extinguieron con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley 19090 al cumplirse la promesa. No se trataría de un bien presente o futuro, sino de un bien pasado, y por lo tanto, no sería alcanzado por el embargo.

Aun para el caso de que los derechos de promitente comprador no se hubieran escriturado antes de la entrada en vigencia de la ley 19090, en el caso planteado, el embargo tampoco los afectaría porque la cesión de dichos derechos fue anterior a la entrada en vigencia de esta ley.

El artículo 3.º de la ley 19090 dice:

> A partir de su entrada en vigencia, las modificaciones serán de aplicación inmediata, incluso a los procesos en trámite […]. Los embargos genéricos inscriptos antes de la entrada en vigencia de esta ley tendrán el alcance dispuesto por la nueva redacción dada al artículo 380, salvo en el caso de los actos realizados con información registral anterior a la vigencia de esta ley […].

Al respecto, expresa Pereira Campos[1] que

> la norma omite realizar una aclaración importante: que el nuevo alcance del embargo genérico respecto de embargos genéricos inscriptos antes de la ley regirá solo a partir de su entrada en vigencia. Sería absurdo sostener que dicho alcance comprende fases temporales donde la norma no existía. La utilización del verbo conjugado en tiempo futuro —tendrá— ratifica esta interpretación.

Y continuando con el análisis del citado artículo, expresa, junto con Valentín,[2] que cuando el artículo 3.º dice «salvo en el caso de los actos realizados con información registral anterior a la vigencia de esta ley», la solución dada por la referida ley es de naturaleza transitoria y solo busca contemplar las operaciones realizadas con posterioridad al 14.8.2013 y con información registral anterior a dicha fecha; en cambio, no alcanza a derechos de terceros adquirentes en caso de operaciones realizadas antes de la entrada en vigencia, ya que si ellos adquirieron un bien que no quedaba alcanzado por el embargo genérico en aquel momento, no pueden verse afectados él.

Coincidimos con dicha interpretación: la ley 19090, en su artículo 3.º, dispone que es de aplicación inmediata y, como tal, se aplica a partir de

1 *Curso sobre la reforma del Código General del Proceso (ley 19090)*, Montevideo: La Ley Uruguay, 2.ª ed., 2015.
2 *Curso sobre la reforma…* cit.

su entrada en vigencia y con inclusión de los procesos en trámite. Si se entendiera que afecta a los actos anteriores, ya no sería de aplicación inmediata sino retroactiva, lo cual sería inconstitucional (afectaría derechos adquiridos).

Conclusión

Para el caso en concreto, concluimos que los embargos genéricos relacionados no afectan los derechos de promitente comprador, pues dichos derechos: *a*) se extinguieron con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley 19090, de 14.6.2013, por haberse cumplido la promesa el 17.5.2012, con la escrituración, y *b*) se cedieron antes de la entrada en vigencia de la ley 19090.

Más allá de este caso concreto, esta comisión ha debatido si la expresión «bien registrable» utilizada por el artículo 380 del Código General del Proceso refiere a bienes potencialmente registrables o que además hayan sido registrados. La vaguedad de la expresión da lugar a diferentes posiciones, por lo cual esta comisión sugiere que se dicte una ley que determine que el embargo alcanza exclusivamente a los bienes registrados en la Dirección General de Registros.

Esc. Karen Bonner
Informante

La Comisión de Derecho Civil, integrada por los Escs. Mariana Abó, M.ª Jesús Almandoz, Américo Bianchi, Karen Bonner, Alicia Cancela, Daniella Cianciarulo, M.ª Laura Conde, Ana Correa, Gabriela Di Matteo, Gustavo Echavarría, Nicolás García Rodríguez, Alicia González Bilche, Mariana González Bonaudi, Carlos Groisman, Adriana Inciarte, Patricia Méndez, Ana Lía Méndez, Roque Molla, Javier Parga, Laura Parnás, Margarita Puertollano, M.ª del Pialar Ramírez, Ana Lucía Realini, Mildred Secondo, Diego Séré, Mariella Spagnolo, Gonzalo Trobo, Horacio Varoli, M.ª Beatriz Vázquez y Juan Pablo Villar, aprueba el informe que antecede, elaborado por la Esc. Karen Bonner.

Escs. Roque Molla y Juan Pablo Villar
Coordinadores

Informe de la Comisión de Derecho Registral

Se comparte el informe y las conclusiones de la Comisión de Derecho Civil, en cuanto:

1) la consulta refiere a una promesa de compraventa no inscripta, otorgada el 18.8.1986 por el BHU (promitente vendedor) y RGBA y MRVC (promitentes compradores);

2) RGBA y MRVC cedieron sus derechos el 11.5.2005;
3) surgen de la información registral del Registro Nacional de Actos Personales dos embargos genéricos trabados en 1999 y 2000 a RGBA y MRVC;
4) hoy el inmueble se encuentra escriturado a favor de los cesionarios.

La observación a la titulación con base en el embargo a los titulares de los derechos de promitente comprador resultante de una promesa no inscripta carece de fundamento legal.

No es de aplicación en el presente caso el artículo 380 del Código General del Proceso, en la redacción dada por la ley 19090, en virtud de que a la vigencia de esta, RGBA y MRVC habían cedido los derechos de promitente comprador.

El embargo genérico trabado a RGBA y MRVC puede descartarse: los derechos que poseen son de naturaleza personal y mueble, y los derechos de los que eran titulares hasta 2005 no son embargables. Los promitentes compradores no adquirieron derecho de propiedad respecto del inmueble; lo que cedieron fueron los derechos y obligaciones emergentes del contrato de promesa no inscripta.

Por lo expuesto, RGBA y MRVC, al ceder los derechos emergentes de una promesa de compraventa no inscripta, están cediendo un derecho de naturaleza mueble, no incluido en el alcance del embargo genérico establecido por el artículo 380 *in fine* del Código General del Proceso, que establece:

> El embargo genérico de derechos comprenderá los bienes presentes y futuros del embargado de naturaleza *inmueble*, naves, aeronaves, automotores y la universalidad conocida como establecimiento comercial. En este último caso, no comprende los bienes concretos que integran esta universalidad, que deberán ser objeto de embargos específicos [destacado nuestro].

Esc. Mercedes Azar
Informante

La Comisión de Derecho Registral, integrada por los Escs. Mercedes Azar, Susana Cambiasso, Carlos del Campo, Álvaro Garbarino, Enrique Marna, Karin Perdomo, Daniel Ramos y Krysia Suárez, aprueba el informe que antecede.

Informe de la Comisión de Técnica Notarial Procesal

En todos los casos, la ANV, en su calidad de fiduciaria de los fideicomisos que contienen promesas de los distintos conjuntos habitacionales provenientes de la cartera del BHU, procede a escriturar al titular actual de

los derechos que surgen de los *registros contables*, ya sea el promitente comprador original o, si hubo cesiones de derechos, el último cesionario aprobado.

En el presente caso, si bien no se lo menciona específicamente, se presume que las cesiones de promesas fueron notificadas al BHU o la ANV oportunamente (de otra manera, no se hubiera otorgado la escritura de compraventa).

Con la modificación introducida por la ley 19090 al artículo 380 del Código General del Proceso se agregó la nota de *registrables* a la redacción original, por lo que «embargo genérico» comprende bienes presentes y futuros registrables del embargado.

A primera vista podría llegar a entenderse que cuando el Código habla de bienes registrables, se refiere a todos aquellos que se inscriban en cualquier registro, sea público o privado, creado con cualquier finalidad. En este supuesto caso estarían incluidos dentro del embargo genérico no solo automotores, inmuebles, establecimientos comerciales, naves, etcétera, sino los semovientes que se inscriben en la Dirección de Contralor de Semovientes (DICOSE), por ejemplo.

La posición mayoritaria —y que comparte Valentín— dice que

> cuando la ley procesal alude a bienes registrables, refiere exclusivamente a aquellos bienes que se anotan en registros de acceso público que prestan el servicio público de inscribir actos y negocios relevantes (así, actos por los cuales se transfiere la propiedad, o se constituyen, modifican o extinguen otros derechos sobre estos, afecciones, gravámenes, etc.), e informar sobre esos actos y negocios.[3]

Las promesas de compraventa como la de la presente consulta no son registrables, en virtud de que carecen de los elementos requeridos para su inscripción registral (art. 4.º ley 8733, modificativas y concordantes); la documentación queda depositada en los antecedentes administrativos, y cuando se está en condiciones documentales de proceder a la escrituración del conjunto habitacional, previa citación a los promitentes compradores que figuran en los archivos del BHU o la ANV —según el momento en que se haya efectuado dicha citación—, se escritura al último cesionario.

Este criterio se ha sostenido por parte de los escribanos del BHU y, hoy, de la ANV; a su vez, en este último caso, existe pronunciamiento coincidente de dicha solución por parte de la Jurídica de la ANV.

Por lo expuesto, teniendo presente la *especial consideración* de documentos como las promesas de compraventa objeto de esta consulta, provenientes de la cartera social del BHU, hoy incorporados mediante fideicomiso financiero cartera social V/VI de la ANV, *entendemos que los embargos genéricos al promitente comprador original*, que posteriormente

3 Vé. ‹http://gabrielvalentin-derechoprocesal.blogspot.com.uy/2014/01/modificaciones-la-via-de-apremio_15.html›.

cedió sus derechos, y que finalmente el promitente vendedor —en el caso particular, la ANV— escrituró en 2012 al último cesionario registrado en el sistema de dicho organismo, *no lo afectan*.

Esc. Gabriela Hormaizteguy
Informante

La Comisión de Técnica Notarial Procesal, integrada por las Escs. Mariela Decaro, Valeria De Paula y Gabriela Hormaizteguy, aprueba el informe que antecede.

Esc. Mercedes Azar
Coordinadora

Informes aprobados por la Comisión Directiva Nacional de la AEU el 6.2.2018, expediente 1506/2017.

PARTICIÓN. EMBARGO. FRAUDE. INOPONIBILIDAD

Resumen

En nuestro derecho es improcedente la vigencia de una acción de inoponibilidad por fraude en la partición.

La tutela legal del crédito y la seguridad de los negocios determinan que los acreedores solo puedan instaurar acciones que se sustenten en el régimen legal vigente.

Los negocios son —en principio— sinceros, salvo prueba de simulación.

Informe: Civil

Consulta

Relación de hechos

El Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil de ... Turno consulta respecto a la acción de inoponibilidad interpuesta por los Dres. XX y NN en autos de liquidación de sociedad conyugal.

1. Dichos profesionales son titulares de un crédito contra el cónyuge fallecido XX, exintegrante de la sociedad conyugal, originado en cobro de honorarios en los mismos autores, sin que los herederos se le hubieran opuesto y habiendo trabado embargos genéricos —y aun específico— sobre bienes no adjudicados al copartícipe deudor embargado XX.

2. La liquidación de la masa indivisa poscomunitaria emergente de la sociedad conyugal disuelta entre XX y NN comenzó a instancias del primer nombrado, bajo el patrocinio de los abogados hoy reclamantes, en 2004.

3. Se tramita la partición judicial precedida de inventario solemne y estimativo, de acuerdo a los artículos 1999, 134 y 2013 del Código Civil, y 418 del Código General del Proceso.

4. Se efectuó la tasación. NN denunció a XX la ocultación de mercaderías del comercio ganancial y, posteriormente, solicitó la aplicación del artículo 2002 del Código Civil, en virtud de la mercadería sustraída sin oposición.

5. Luego del fallecimiento de XX se emplaza a los sucesores —NN y los tres hijos de XX— por el artículo 35 del Código General del Proceso, mediante edictos. Ante la no comparecencia, se designa por esta sede defensor de oficio, con quien se siguen las actuaciones.

6. Se designa contador partidor a ZZ, quien confecciona la cuenta particionaria puesta de manifiesto por el término de seis días, con noticia de los interesados.

7. El defensor de oficio manifestó que en estos procesos se han respetado a cabalidad los principios del debido proceso y las normas sustanciales aplicables al caso, que no amerita una revisión de las instancias desarrolladas.

8. Los actores comparecen en los mismos autos y atacan la cuenta particionaria por ser fraudulenta y por perseguir sustraer los bienes la acción de los acreedores, ya que los dos bienes inmuebles y el bien funerario fueron adjudicados a NN.

Consulta

Se quiere saber si la acción de inoponibilidad por fraude, ante la laguna legal existente en el tema, y la referencia alegada por los actores de que se trata de una creación, sustentada por la Asociación de Escribanos del Uruguay, aplica a particiones judiciales en las que se ha respetado el tracto procesal, y si al no haber formulado objeciones el defensor público, deberá aprobarse.

Informe de la Comisión de Derecho Civil

1. Tal como resulta de la relación de hechos formulada, se había emplazado mediante edictos a los sucesores (art. 35 CGP): NN (cónyuge) y los tres hijos de XX. En virtud de la no comparecencia de los herederos, se nombró por la sede defensor de oficio, con quien se siguieron las actuaciones.

2. La cuenta particionaria fue puesta de manifiesto por el término de seis días con noticia a los interesados. Resulta del contexto de la consulta que no hubo oposiciones, por lo que aquella debe haberse aprobado y agregado al expediente, con un duplicado de dicha cuenta al Registro de

Protocolizaciones con testimonio de su auto aprobatorio, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 420, numeral 4.º del Código General del Proceso (esto no resulta acreditado en la relación de hechos formulada).

3. Vencidos los plazos, no se autorizan instancias revisivas de lo resuelto, tal como se expresa en la relación de hechos.

4. No obstante lo expuesto, los actores —profesionales acreedores— pretenden atacar la cuenta particionaria —base de la partición judicial— por considerarla fraudulenta, al adjudicarse los bienes inmuebles a NN, quien no era la deudora; por consiguiente, por el efecto retroactivo de la partición, deben considerarse sin afectaciones (arts. 1151 y 2013 CC).

5. Al respecto, la jueza nos interroga acerca de si es posible en nuestro derecho impetrar una acción de inoponibilidad por fraude en la partición.

Nuestro apreciado colega Enrique Arezo Píriz[4] participaba de la vigencia de una acción autónoma de inoponibilidad basada en que, sin perjuicio de que nuestra ley guarda silencio al respecto, ello constituye una laguna legal que debe ser colmada por analogía, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 16 del Código Civil. Arezo consideraba aplicable a este instituto lo que se llama *analogía de derecho*, donde el sustento del concepto de la vigencia de la inoponibilidad por fraude en las particiones se basaba en los principios generales de derecho, que repelen la existencia de fraude en los negocios jurídicos, puesto que el principio de que «el fraude todo lo corrompe» rige en nuestro sistema jurídico.

Opinaba Arezo que sin perjuicio de que la partición, que por no tratarse de enajenación no le es aplicable el artículo 1296 del Código Civil, cuando era fraudulenta, podía ser atacada, por contraria a la ley, las buenas costumbres y el orden público; por tanto, la ley en su conjunto posibilitaba la represión de tales negocios, que consideraba ilícitos.

Ante ese hecho ilícito consideraba aplicable el artículo 1332 del Código Civil y, por tanto, autorizaba a los acreedores a su impugnación en el plazo de cuatro años desde la celebración del acto.

Probada la inoponibilidad de la partición, consideraba aplicable el artículo 1295 del Código Civil: los acreedores podían pretender el otorgamiento de una nueva partición, incluso judicial, si los copartícipes no se avenían a una solución que contemplara a los acreedores.

No obstante, como se dirá, no es posible generar en base a principios generales la vigencia de la inoponibilidad por fraude en la partición cuando el principio vigente es el de la libertad de los coindivisarios para partir «en el modo y forma que convengan», tal como expresa el artículo 1127 del Código Civil; los actos deben presumirse como sinceros, sin perjuicio de la prueba de su simulación.

4 Arezo Píriz, Enrique, «Inoponibilidad por fraude en las particiones», *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, tomo 98, n.º 1-12 (ene.-dic. 2012), pp. 19-36.

6. Corresponde determinar el concepto de *inoponibilidad*, a partir del cual sería posible visualizar una acción tendiente a impedir —frente a determinadas personas— que el efecto de un acto pueda oponérsele.

Cafaro y Carnelli[5] expresan:

> Pero el respeto por los terceros a la relación de origen contractual no debe ser confundido con la situación en la cual, y a partir de tal relación, se produce entre la parte y el tercero un conflicto en razón de que ambos esgrimen una pretensión respecto de un mismo objeto. Tal conflicto requiere un criterio dilucidador mediante el cual se optará por contemplar con carácter excluyente uno u otro interés, protegiendo a uno de los sujetos y desamparando al otro.

La individualización por parte de la ley de cuál es el interés que merece protección determinará al titular respectivo de uno de los derechos actuar con prescindencia absoluta del otro, operando sobre el objeto como si la otra relación, de la que es titular el sujeto no amparado por la ley, no existiera.

7. En consecuencia, con la finalidad de proteger la seguridad de los negocios, no es posible generar situaciones de inoponibilidad sobre conceptualizaciones basadas en creencias como la de «el fraude todo lo corrompe», sino que en función de la preservación de la autonomía privada, los negocios se consideran eficaces, salvo la prueba de su insinceridad, o aun sinceros, cuando hayan sido otorgados en fraude a los acreedores (art. 1296 CC), con el corolario de que la partición, por su naturaleza declarativa, no integra el elenco de enajenaciones a que refiere la citada disposición legal.

8. Por tanto, como expresa Molla:[6]

> En nuestro ordenamiento no existe una acción general de inoponibilidad por fraude. No es posible deducir una sanción general contra el fraude de las normas que lo reprimen directamente. Lo dicho, por la variedad de efectos que para el fraude establece el ordenamiento. A vía de ejemplo, en materia de sociedad conyugal, el artículo 2002, en caso de ocultamiento doloso de cosas, sanciona con la pérdida de la cosa y la obligación de restituirla doblada.

9. En el caso, y tal como se expresa en la relación de hechos efectuada por la jueza, la cuenta particionaria fue puesta de manifiesto por el término de seis días, con noticia a los interesados, y se respetaron «a cabalidad los principios del debido proceso y las normas sustanciales aplicables al caso, que no amerita una revisión de las instancias desarrolladas».

10. Habiendo vencido los plazos, es improcedente que los actores pretendan impetrar una acción de inoponibilidad por fraude, que carece de sustento legal específico; no corresponde aplicarlo con base en la supuesta

5 Carnelli, Santiago, y Cafaro, Eugenio, *Eficacia contractual*, Montevideo: FCU, 1996, pp. 41 y ss.

6 Molla Camacho, Roque, «La máxima *fraus omnia corrumpit* y la tutela legal del crédito», *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, tomo 100, n.º 1-12 (ene.-dic. 2014), p. 90.

configuración de una «laguna legal existente en el tema», como se expresa por parte de la jueza en la relación de hechos, ya que, justamente, se trata de un asunto tasado por la ley.

11. Finalmente, la posibilidad de cobro de los actores dependerá de las acciones futuras que impetren contra los sucesores de la parte deudora, con base en los procedimientos amparados en la normativa vigente.

Esc. Carlos Groisman
Informante

La Comisión de Derecho Civil, integrada por los Escs. M.ª Jesús Almandoz, Juan Pablo Alonso, Américo Bianchi, Sabrina Buono, Alicia Cancela, Analía Cánepa, Jorge Carneiro, Daniella Cianciarulo, Gustavo Echavarría, Mariana González Bonaudi, Lourdes González Fernández, Adriana Inciarte, Mónica Jover, Ana Lía Méndez, Roque Molla, Laura Parnás, Margarita Puertollano, M.ª del Pilar Ramírez, Mildred Secondo, Diego Séré, Adriana Silva, Mariella Spagnolo, Gonzalo Trobo, Verónica Ubillos, Horacio Varoli y Juan Pablo Villar, aprueba el informe que antecede, elaborado por el Esc. Carlos Groisman.

Escs. Roque Molla y Juan Pablo Villar
Coordinadores

Informe aprobado por la Comisión Directiva Nacional de la AEU el 6.2.2018, expediente 1530/2017.

EMBARGO. EMBARGO ESPECÍFICO. PUBLICIDAD REGISTRAL. REMATE JUDICIAL. COMPRAVENTA

Resumen

La providencia ejecutoriada que disponga la incautación de bienes por parte del Juzgado Penal y a instancia del Ministerio Público, como consecuencia jurídica accesoria de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 63 de la ley 14294 (Ley de Estupefacientes), en su redacción actual, constituirá título de traslación de dominio y se inscribirá en el registro correspondiente. Las medidas cautelares trabadas sobre los bienes incautados se regirán por lo dispuesto en el artículo 62 de la ley antes mencionada, en su redacción actual, y en lo no previsto, por el régimen general dispuesto en el Código General del Proceso y la Ley de Registros Públicos.

Informes: Civil y Procesal

Consulta

Antecedentes

1. Con fecha 4.12.2014, mi cliente fue el mejor postor en remate oficial efectuado por la Junta Nacional de Drogas (JND).

2. Se otorgó la escritura de compraventa respectiva el 26.2.2015, cuya primera copia fue inscripta en el Registro de la Propiedad el 5.3.2015.

3. Del estudio de títulos y resultancias del expediente que originó el posterior remate, resulta que:

a) el inmueble rematado fue adquirido por E S.A., según escritura autorizada el 20.11.2007 e inscripta el 26.11.2007;

b) con fecha 14.5.2008 se inscribió embargo específico sobre dicho inmueble, en el registro mencionado, número …/2008, de acuerdo a las resultancias del expediente tramitado en el Juzgado Letrado de … Turno Penal, ficha …/2008, «RD, JJ. Violación al artículo 31 del decreto-ley 14294, agravada por la participación de un grupo delictivo».

c) se inscribe embargo genérico sobre E S.A. el 30.6.2008 por parte de un tercero, no relacionado con el juicio antes mencionado, embargo que fue reinscripto el 28.5.2013.

d) el 13.12.2012 se inscribió sentencia, con el número …/2012, de la cual resulta adjudicataria del inmueble la JND (dicha sentencia fue dictada en el expediente referido en el punto *b* anterior).

4. Al momento de la inscripción de la sentencia referida en el apartado *d* se encontraba vigente el embargo específico, por lo cual el Departamento Jurídico de la JND entendió que el bien quedaba libre para el tráfico jurídico.

5. Actualmente, al pedir información registral, el embargo específico de 2008 —medida cautelar— caducó; no fue reinscripto, por haberse inscripto la posterior sentencia. Por lo tanto, en apariencia, tendría prioridad el embargo genérico trabado sobre E S. A. en 2008.

Consulta

Se consulta si:

1) es correcto descartar el embargo genérico trabado contra E S. A. inscripto el 30.6.2008, con mención de que la sentencia por la cual se adjudica el inmueble a la JND se dictó estando aún vigente el embargo específico que la originó, o
2) el Juzgado Letrado Penal debería oficiar al Registro de la Propiedad, ampliando dicha sentencia, en el sentido de establecer que esta se encuentra ligada con el embargo específico del 14.5.2008, o debería decretar la exclusión de este inmueble en lo referente al embargo genérico de E S. A.

Opinión de la consultante

1. Entiende la compareciente que el bien fue adquirido por la JND, por sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada en los términos previstos por el artículo 63.1 del decreto-ley 14294, en la redacción dada por el artículo 2.º de la ley 18494, libre de embargos; por ende, el juzgado que dicta la sentencia debe levantar los embargos exclusivamente en cuanto afectaban al bien inmueble decomisado.

2. En efecto, según mi conocimiento, la normativa de marras nada dispone sobre el tema, así como tampoco he encontrado doctrina ni jurisprudencia que específicamente analicen casos como el de la presente consulta.

3. Tan solo el Dr. Díaz,[7] actual fiscal de Corte, analizando el tema del destino de los bienes decomisados, expresa: «Los bienes decomisados se adjudican directamente al Estado a través de la Junta Nacional de Drogas, por lo que se excluye la posibilidad de su afectación a las responsabilidades civiles». Pero no explica el fundamento legal sobre el cual se basa.

4. La legislación, entonces, según lo antes expuesto, adolece de disposiciones específicas sobre el tema que nos convoca, por lo que puede sostenerse que existe un vacío legal.

5. Por dicha razón debe buscarse, por el mecanismo de integración del derecho, cuáles son las normas análogas aplicables al caso de autos.

6. Sostiene la compareciente que la norma aplicable al caso es el artículo 389.1 del Código General del Proceso (sentencia interlocutoria …/2013,

7 Díaz, Jorge, «Medidas cautelares y decomiso en la legislación nacional», *Crimen organizado y lavado de dinero en la nueva ley n.º 18494*, Montevideo: Carlos Álvarez, 2010, p. 204.

de fecha 21.10.2013, Tribunal de Apelaciones en lo Penal de 1.er Turno, ficha …/2013, que analizando un caso en el cual también debió utilizar el mecanismo de integración del derecho, en un tema que hacía referencia a las medidas cautelares previstas por la normativa de marras, estableció que «la legislación sobre drogas debe interpretarse a la luz de las normas cautelares generales establecidas en el CGP, e integrarse con ellas en caso de vacío»); esto, por un abanico de consideraciones que detallaré.

A. Exclusión de los bienes del patrimonio del narcotraficante

1. Sostiene la doctrina que a raíz del crecimiento del crimen organizado, que reporta incalculables ganancias, se constató la insuficiencia de respuestas tradicionales al delito, tales como las penas privativas de libertad:

> Ante esa insuficiencia a nivel internacional, fundamentalmente en el ámbito de las Naciones Unidas, ha nacido y se ha desarrollado una nueva política criminal dirigida, orientada, encaminada a privar al crimen organizado de las ganancias procedentes de sus actividades delictivas.[8]

2. Dice la Dra. Di Giovanni:[9]

> Hoy día puede decirse que Uruguay se encuentra con un marco normativo por demás amplio, que incluye todas aquellas pautas requeridas para la prevención y represión de los delitos de tráfico ilícito de estupefacientes, lavado de activos y delitos conexos. En tal sentido, recoge ampliamente muchas disposiciones establecidas tanto en las Convenciones Internacionales que se ratificaron como las recomendaciones y reglamentos modelo de aquellos organismos internacionales dedicados al tema, muchos de los cuales nuestro país integra.

3. Esta nueva estrategia contra el narcotráfico es la que da forma a nuestra normativa; en especial, a los artículos 63 y 67 del decreto-ley 14294, en sus actuales redacciones.

4. Para el Dr. González,

> así puede resumirse el espíritu del legislador en la creación de las leyes para combatir la incursión de capitales de origen espurio en el sistema financiero, y particularmente, en cuanto a nuestro derecho corresponde el contenido de la ley de "Control y Prevención de Lavado de Activos y Terrorismo" (ley 18494)».[10]

5. Entonces puede decirse, con asidero, que el fundamento del decomiso de los bienes es excluirlos del patrimonio del narcotraficante; sería incongruente, además de violatorio de los compromisos internacionales, si se les mantuviera en él como garantía para el pago de sus deudas.

8 Díaz, Jorge, «Medidas cautelares y decomiso…» cit., pp. 175-209.

9 Di Giovanni Nicola, Adriana, «Medidas cautelares y decomiso en los delitos de tráfico de estupefacientes y lavado de dinero», *Revista de Derecho Penal*, 19 (2011), pp. 29-41.

10 González, José Luis, «Control y prevención de lavado de activos y financiamiento del terrorismo: ley 18494», *Revista de la Facultad de Derecho*, 29 (2010), p. 159.

B. Destino de los bienes decomisados

1. Sostiene Di Giovanni, en el texto antes citado al analizar el destino de los bienes decomisados, que

> en Uruguay, como política criminal, se ha establecido destinar el producido de los bienes decomisados […] directamente al Estado, específicamente al Poder Ejecutivo, a través de la Junta Nacional de Drogas. Ello, siguiendo el criterio universal de que en este tipo de delitos de gran dañosidad social, los bienes decomisados deben volcarse en beneficio de la sociedad [artículo 67 del decreto-ley 14294, en su redacción actual].

2. Este es otro de los objetivos que inspiran nuestra legislación que se verían afectados si no se acepta la posición de la compareciente.

C. Razonabilidad de la solución propuesta

1. Si no fuese la que se propone la solución al problema que se consulta —o sea, que el bien se transfiere a la JND libre de embargos—, sería muy difícil la ejecución de la normativa aplicable, ya que cualquier acreedor que trabe embargo en cualquier juicio civil antes de la sentencia de decomiso podría hacer valer su derecho sobre el inmueble decomisado.

2. Si un testaferro de los propios narcotraficantes trabara un embargo simulado en un expediente entablado contra el narcotraficante, tarde o temprano terminaría siendo acreedor preferente sobre el inmueble decomisado.

3. Entiéndase que, en tal situación, difícil sería llegar a cumplir la normativa y los objetivos propuestos por ella.

4. En conclusión, los bienes se decomisan para atacar el financiamiento de las actividades delictivas, y su producido se utiliza para recomponer y minimizar el daño por ellos causados. Por ende, si el bien no fuese transferido libre de embargos a la JND, dichos objetivos serían seriamente perjudicados. Sería además incongruente sostener que la sentencia no es oponible al acreedor embargante; sería una legislación fácilmente burlada por un acreedor simulado, y máxime en un caso como el que motiva la presente consulta, donde el acreedor pasó a ser aparentemente preferente, en virtud de que la medida cautelar —embargo— no se reinscribió, por haber cumplido con su fin y haberse arribado a una sentencia definitiva de decomiso.

5. Por todo lo antes expuesto, entiendo que a solicitud del mejor postor, actual propietario del inmueble, el juzgado debe *excluir* este inmueble del embargo genérico trabado contra E S. A. y notificar de dichas actuaciones al juzgado donde fue trabado dicho embargo.

Informe de la Comisión de Derecho Civil

Sobre la relación de hechos, esta informante realizará una síntesis de los hechos y se detendrá por su importancia en los relevantes a los efectos de evacuar fundadamente esta consulta.

En un procedimiento penal por un hecho ilícito reglamentado en el decreto-ley 14294 (Ley de Estupefacientes), en su redacción actual, se decomisó el bien inmueble padrón …, adjudicándosele a la JND por sentencia del 7.9.2011, inscripta en el Registro de la Propiedad en 2012.

A los solos efectos de posicionar a la consultante, es relevante mencionar detalles anteriores y conceptos jurídicos importantes que harán al entendimiento de los hechos. El concepto de *decomiso* está dispuesto en el artículo 63.1 del antes citado decreto-ley y expresa:

> (Concepto). El decomiso es la privación con carácter definitivo de algún bien, producto o instrumento, 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 del dominio y se inscribirá en los Registros Públicos correspondientes.

En el artículo 63.2 de la misma norma se encuentra regulado el ámbito objetivo, determinando cuáles bienes dentro del patrimonio del imputado pueden ser decomisados.

Este decreto-ley también regula expresamente, en los artículos siguientes, algunos aspectos relacionados con el procedimiento en caso de existencia de derechos de terceros sobre los bienes decomisados.

En este escenario, el juez penal, cuando toma conocimiento de la causa y existen bienes en el patrimonio del imputado que cumplen con las características dispuestas en el artículo 63, debe actuar con suma celeridad para que dichos bienes no desaparezcan de su patrimonio. El espíritu del decreto-ley 14294 y sus leyes modificativas fue, entre otros, el de que estos bienes sean devueltos a la comunidad en forma de indemnización por el daño que ocasionan los estupefacientes.

En el caso que analizamos, el juez penal, en virtud de lo dispuesto en el artículo 62 del decreto-ley 14294, muy diligentemente trabó embargo específico sobre el padrón objeto de esta consulta, y lo hizo efectivo el 14.5.2008 con la inscripción registral correspondiente en el Registro de la Propiedad, lo que permitió con posterioridad que pudiera realizarse, conforme a derecho, la adjudicación antes mencionada a la JND.

Ahora bien, en medio de la traba e inscripción del embargo específico por intermedio del juzgado interviniente y de la sentencia de adjudicación del bien a la JND, una tercera persona traba embargo genérico sobre la sociedad titular del bien el 30.6.2008.

El 4.12.2014, la JND, propietaria del bien, decide desprenderse de él y realiza su remate; resulta mejor postor MS, actual titular del bien (el bien se escrituró a su favor el 26.2.2015 y la escritura se inscribió debidamente).

Esta informante está de acuerdo con la consultante en cuanto entiende es correcto descartar el embargo genérico trabado, por no afectar la titulación del bien, y que el juzgado correspondientes debe oficiar al Registro de Actos Personales para que excluya el bien del embargo genérico trabado; no obstante, discrepará con la consultante en alguno de los fundamentos expuestos.

En primer término, se discrepa respecto de la existencia de un vacío legal.

Ambos embargos fueron debidamente trabados en procesos jurisdiccionales e inscriptos —efectivizados— en los registros competentes, en cumplimiento de las normas de derecho positivo procesales y registrales vigentes.

Del análisis normativo surge claramente su aplicación al caso concreto.

El principio recogido en la ley 16871 (Ley Orgánica Registral), en su artículo 59, establece:

> (Prioridad). La prioridad entre dos o más inscripciones se establecerá por la fecha y hora de presentación de los actos, negocios jurídicos y decisiones judiciales y administrativas al Registro competente. Si la prioridad refiere a una misma oficina registral y no pudiere resolverse conforme al principio antes referido, se estará al número ordinal de entrada.

Del mismo modo, el Código General del Proceso, en su artículo 380.7, establece:

> *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 de este artículo).

En nuestro caso, es indudable que el embargo específico trabado y efectivizado —inscripción registral— por el Juzgado Letrado competente en materia penal fue primero en el tiempo y, por tanto, primero en el derecho frente al embargo genérico trabado y efectivizado —inscripción registral— por el tercero. Además, estando aún vigente la inscripción del embargo específico, se adjudica el bien por sentencia ejecutoriada a la JND, adjudicación que constituye título traslativo de dominio y es inscripta, en consecuencia, en el Registro de la Propiedad en un todo, siguiendo con el procedimiento legal vigente y cumpliendo con lo dispuesto en el artículo 63 del decreto-ley 14294.

El legislador, en oportunidad de sancionar el decreto-ley 14294 y sus posteriores modificaciones, reguló específicamente sobre algunos aspectos de las medidas cautelares a aplicar en estos procedimientos, pero nada dijo sobre la alteración del principio de prioridad en cuanto a las inscripciones

registrales, modificando así lo dispuesto en la Ley de Registros y el Código General del Proceso sobre la máxima *prior in tempore potior in iure*.

Uruguay ha regulado en diferentes normas su lucha contra el narcotráfico. Puede ser que el imputado de cometer un delito de los previstos en la Ley de Estupefacientes pretenda realizar maniobras para retirar los bienes obtenidos o su producido de su patrimonio, frustrando así el derecho del Estado establecido en este decreto-ley, pero no podemos juzgar al sistema desde la patología.

Es verdad también que estas personas condenadas por estos ilícitos están en relación con el resto de la sociedad y pueden generar obligaciones y derechos que estos terceros tendrán sobre el mismo patrimonio. En esta pugna entre los derechos de los habitantes de la república en forma individual y los derechos de los habitantes de la república en forma colectiva, el legislador no ha puesto al Estado en ventaja modificando el principio de prioridad en la inscripción de derechos frente a los Registros Públicos, pero sí los ha salvaguardado, al prever que los terceros interesados en estos bienes comparezcan en la causa y manifiesten su defensa.

Conclusión

El juzgado penal, antes de efectuar la adjudicación prevista, se rige por el procedimiento dispuesto en la Ley de Estupefacientes y por el Código General del Proceso; estudia el título por parte de la oficina actuaria a los efectos de no menoscabar el derecho de terceros constituido sobre los bienes a incautar. En caso de existencia de tales derechos, deberá proceder conforme a derecho, notificando a dichos terceros del proceso a los efectos de que efectúen su defensa.

La legislación nacional no establece ninguna excepción que altere el régimen general dándole más derecho al Estado frente a los derechos de los terceros debidamente acreditados.

El orden de prelación respecto de los embargos trabados sobre bienes registrables lo indica su fecha y hora, y en su caso, el número ordinal de su inscripción en el registro que corresponda.

Luego de la subasta y la escrituración del bien, el tribunal de oficio deberá disponer el levantamiento de todos los embargos e interdicciones que afecten al bien vendido, en cabal cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 389.3 del Código General del Proceso, que textualmente establece: «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».

En este caso en particular, y por sus especiales características, se aplica el principio legal de prioridad. Se comparte la opinión de la consultante al decir que el mejor postor y actual propietario del bien puede solicitar al juzgado que corresponda oficie al Registro de Actos Personales que, respecto

del embargo genérico trabado, debe excluir el bien inmueble relacionado precedentemente, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 389.3 del Código General del Proceso.

Esc. Ana C. Irabedra
Informante

La Comisión de Derecho Civil, integrada por los Escs. Karen Bonner, Sabrina Buono, María del Carmen Cabrera, María Inés Casatroja, Ana Correa, Gustavo Echavarría, Nicolás García Rodríguez, Carlos Groisman, Rossana Ivanier, Patricia Méndez, Ana Lía Méndez, Roque Molla, Javier Parga, Laura Parnás, Margarita Puertollano, María del Pilar Ramírez, Mildred Secondo, Adriana Silva, Mariella Spagnolo, Gonzalo Trobo y Juan Pablo Villar, aprueba el informe que antecede, elaborado por la Esc. Ana Irabedra.

Escs. Roque Molla y Juan Pablo Villar
Coordinadores

Informe de la Comisión de Técnica Notarial Procesal

Dicen los artículos 62, 63, 64 y 67 del decreto-ley 14294 (Ley de Estupefacientes):

> **Artículo 62.** El juez de la causa podrá, en cualquier momento, sin noticia previa dictar una resolución de incautación, secuestro, embargo preventivo o cualquier otra medida cautelar encaminada a asegurar o preservar la disponibilidad de los bienes, productos o instrumentos utilizados o destinados a ser utilizados en cualquiera de los delitos previstos en la presente ley o delitos conexos, para su eventual confiscación o decomiso.
>
> **Artículo 63.** En la sentencia de condena el juez o el tribunal en su caso, dispondrá que los bienes productos o instrumentos de cualquiera de los delitos previstos en la presente ley o delitos conexos sean decomisados y se disponga de ellos conforme a derecho […].
>
> A estos efectos entiéndese por decomiso la privación con carácter definitivo de algún bien, producto o instrumento, por decisión de la autoridad judicial competente […].
>
> **Artículo 64.** Lo dispuesto en los artículos 62 y 63 regirá sin perjuicio de los derechos de los terceros de buena fe.
>
> **Artículo 67.** Toda vez que se confisquen bienes, productos o instrumentos, conforme con lo dispuesto en la presente ley, que no deban ser destruidos ni resulten perjudiciales para la población, el juez de la causa los pondrá a disposición de la Junta Nacional de Drogas, que tendrá la titularidad y disponibilidad de los mismos. Dicho organismo determinará el destino, pudiendo optar según las características de los bienes productos o instrumentos por lo que sea más conveniente y oportuno al caso concreto.

El espíritu de la ley es que los bienes decomisados sean devueltos a la comunidad en forma de indemnización por el daño que ocasionan los estupefacientes.

El juzgado de la causa traba embargo específico sobre el bien referido a los efectos de vincular, atar el bien a ese expediente, como se hace ante un trámite de ejecución regulado por el Código General del Proceso.

Una vez completadas las actuaciones, el juzgado dispondrá por sentencia la adjudicación del bien inmueble a la JND y comunicará al registro correspondiente una vez ejecutoriada dicha sentencia.

La sentencia fue inscripta estando vigente el embargo específico trabado por el juzgado. En virtud de la sentencia dictada, culmina así el procedimiento, el embargo no tiene que reinscribirse.

El artículo 380.7 del Código General del Proceso establece la prelación de los embargos: «Se determinará por la fecha de realización de los respectivos actos que hacen efectivos los embargos».

El embargo genérico trabado por un tercero —E S. A.— no afecta la titulación del bien y se descarta, en virtud de que tiene prioridad el embargo específico trabado en el expediente penal que culmina con la sentencia de adjudicación inscripta.

Por decreto 339 de 18.11.2010, se reglamenta el Fondo de Bienes Decomisados de la JND, creado por el artículo 125 de la ley 18046, en el cual se reglamenta la administración de los bienes decomisados con las medidas necesarias a efectos de una buena administración de tales bienes en tanto se efectiviza su enajenación o transferencia. De acuerdo al artículo 26, la JND, mediante resolución fundada, podrá transferirlos a cualquier título (la JND realiza el estudio de títulos por los últimos treinta años). La JND firmó convenio con la Asociación Nacional de Rematadores, Tasadores y Corredores Inmobiliarios para la realización de los remates correspondientes.

Conclusión

El embargo genérico trabado por un tercero con posterioridad al específico trabado en el expediente penal no afecta la titulación del bien adquirido en remate ante la JND. Deberá solicitarse al juzgado de la causa que levante el embargo genérico a los solos efectos del bien referido en autos, y que se oficie.

Se consultó en forma telefónica a la JND, la que manifestó que es posible presentarse ante ella con la documentación correspondiente solicitando el levantamiento de dicho embargo genérico y que la propia JND comunicará al juzgado de la causa lo solicitado (en varias oportunidades se han presentado ante la JND y también ante el juzgado, en forma simultánea).

Esc. Mariela Decaro
Informante

La Comisión de Técnica Notarial Procesal, integrada por los Escs. Mariela Decaro, M.ª Valeria de Paula, Gabriela Hormaizteguy, M.ª Cristina Lamela, Verónica López Fernández y Martín Sosa, aprueba el informe que antecede.

Esc. Mariela Decaro
Coordinadora

Informes aprobados por la Comisión Directiva Nacional de la AEU el 6.2.2018, expediente 1519/2017.

PROMESA DE COMPRAVENTA. ABUSO DE LA PERSONA JURÍDICA. SIMULACIÓN. SIMULACIÓN ABSOLUTA. BUENA FE. NULIDAD

Resumen

La inscripción de una demanda que cuestiona titularidades registradas es imprescindible para provocar el conocimiento o la posibilidad de conocer la situación jurídica controvertida.

La inscripción como poder-deber es una carga del propio interesado, un imperativo del propio interés. La falta de inscripción de una sentencia provoca el riesgo de no ser oponible contra terceros de buena fe que al momento del otorgamiento del compromiso de compraventa confiaron en los asientos registrales vigentes a través de la garantía ofrecida por certificados transparentes.

Informes: Civil, Comercial y Registral

Consulta

Antecedentes

1980. *Partición*. Según escritura autorizada el 6.2.1980 por el Esc. PP, inscripta en el Registro de Traslaciones de Dominio el 21.2.1980, se otorgó partición de los bienes quedados al fallecimiento del Sr. JT, adjudicándose, entre otros, a los Sres. JDTP y NBTP el inmueble objeto de la presente consulta (en mayor área).

1994. *Compraventa*. Según escritura de fecha 14.7.1994 autorizada por la Esc. MA y cuya primera copia fue inscripta en el Registro de Traslaciones de Dominio el 21.7.1994, JDTP y NBTP enajenaron el inmueble a F S. A., operación en la que F S. A. compareció representada por CC en su carácter de presidente del directorio.

2006. *Compraventa*. Según escritura de 22.12.2006 autorizada por la Esc. SP y cuya primera copia fue inscripta en el Registro de la Propiedad Inmueble el 5.1.2007, F S.A. enajenó el bien a LMTP, casada con WBR y separada judicialmente de bienes, y a FDTP, soltero. En la operación, F S.A. compareció representada por WBR, en su carácter de presidente del directorio.

2013. *Compraventa*. Según escritura de 22.8.2013 autorizada por la Esc. SP y cuya primera copia fue inscripta en el Registro de la Propiedad Inmueble el 30.8.2013, LMTP y FDTP enajenaron el bien a V S.A. En la operación, V S.A. compareció representada por la Esc. AG, presidenta de su directorio. Esta compraventa se otorgó en cumplimiento de la promesa de compraventa suscrita entre las partes el 21.3.2013; en dicha oportunidad, la parte promitente compradora compareció representada por la presidenta del directorio, pero esta era, en aquel momento, la Sra. MVPP.

Hechos

Como consecuencia de que un cliente reservó para comprar el inmueble objeto, boleto de reserva en cuya elaboración no participé —fue elaborado por la Esc. AG, presidenta del directorio de la parte promitente vendedora, quien tomó la seña en sus manos a cuenta del precio (art. cuarto del boleto de reserva de referencia)—, la suscrita procedió a estudiar la documentación y obtener información registral. Cabe destacar que el negocio reservado es una promesa de compraventa a través de la cual se le prometería vender a mi cliente, quien prometería comprar abonando el precio en cuotas durante 82 meses.

Resultado del análisis y estudio de la documentación

1. Sobre el Sr. JDTP recaen dos embargos genéricos, de fechas 24.3.2003 y 14.10.2008, ambos debidamente reinscriptos al día de hoy.

2. Sobre el Sr. NBTP recae una declaración de incapacidad de fecha 27.12.2004; se designó curadora a la Sra. MVPP.

3. Sobre la Sra. LMTP recae un embargo genérico de fecha 13.2.2015.

4. Sobre el Sr. FDTP recae un embargo genérico de fecha 16.12.2015.

Consulta

1. ¿Una acción de prescindencia de la personalidad jurídica, entablada contra F S.A. o contra V S.A., podría afectar la promesa de compraventa que se proyecta celebrar al día de hoy?

2. En caso de celebrarse la promesa de compraventa proyectada, y en la eventualidad de que la compraventa de 2013 fuere declarada nula, ¿puede mi cliente entenderse como adquirente de buena fe cuando es pleno conocedor de la existencia del negocio —sin la menor duda— simulado?

3. Aun si se considerase de buena fe, a pesar de los hechos que a luz pueden verse, ¿el hecho de no otorgar compraventa, sino promesa de compraventa, lo deja igual amparado en sus derechos?

Reflexiones

Del análisis en conjunto de la titulación y la información registral resulta más que claro, en opinión de la suscrita, que las sociedad anónimas, a lo largo de todo el proceso dominial, han sido utilizadas a efectos de o bien defraudar a los acreedores, o bien celebrar negocios consigo mismo, o bien escapar a interdicciones de las partes.

Así, por ejemplo, en 1994, los Sres. JDTP y NBTP enajenan el bien a F S.A. Si bien esta sociedad al momento de la enajenación se encontraba representada por un tercero (CC), llama la atención de la suscrita que la sociedad de referencia, al momento de enajenar el bien, compareció representada por el Sr. WBR, cónyuge de la adquirente, quien por su parte es hija y sobrina de los anteriores propietarios y tiene igual domicilio que estos. La operación se verifica en 2006, cuando la sociedad enajena el bien a los hermanos LMTP y FDTP. Estas personas, vale aclarar, son los hijos del Sr. NBTP y la Sra. MVPP. Es imposible para la suscrita considerar que F S.A. es una persona jurídica independiente de los enajenantes y de los adquirentes, padres e hijos por su parte, y que no se ha usado en este caso la persona jurídica en forma fraudulenta, lo que es pasible de una acción en este sentido.

Del mismo modo vuelve a ocurrir una figura similar, pero más preocupante aún y relacionada con esta, tiempo más adelante, cuando los adquirentes del bien, LMTP y FDTP, lo prometen enajenar a V S.A. La sociedad está representada en este acto por la Sra. MVPP, madre de los enajenantes y con igual domicilio que estos, y —no olvidemos— cónyuge y a esta altura curadora de uno de los anteriores propietarios, a saber, su marido, quien en 1994, y antes de haber sido declarado interdicto, enajenó el bien a la primera de las sociedades anónimas fantasma, las que a lo largo del todo proceso han estado vinculadas en forma directa con las personas físicas intervinientes.

Todo lo relacionado, a la luz de la información registral y los sucesivos embargos que recayeron sobre todas y cada una de las personas físicas que desde 1994 y al día de hoy fueron propietarios en algún momento del inmueble, de que los representantes de las sociedades sean madres, cónyuges, curadores, etcétera, de las personas físicas que fueron sus propietarios, y hasta del hecho insólito de que todos —desde 1994 hasta hoy— se han domiciliado en el mismo lugar físico, domicilio que resulta de las escrituras, hace inferir a la suscrita que el bien es y ha sido siempre de la familia y que las sociedades anónimas han sido utilizadas a los solos efectos de lo antedicho.

Opinión de la consultante

Por lo expuesto, la suscrita observó la titulación del bien. Lo ha hecho frente a la eventualidad de accionamientos en los sentidos antedichos y en el entendido de que bajo ningún concepto puede entenderse, a futuro, que su cliente es un adquirente de buena fe.

Fundamentos

Prescindencia de la personalidad jurídica: teoría del *disregard*

El artículo 189 de la ley 16060 establece: «Podrá prescindirse de la personalidad jurídica de una sociedad cuando esta sea utilizada en fraude a la ley para violar el orden público, con fraude y en perjuicio de los socios, accionistas o terceros».

Me remito a lo aprobado por unanimidad por la Comisión Directiva de la AEU en resolución 32928, de 9.12.1996.

La acción de inoponibilidad de la personalidad jurídica es una acción personal y, como tal, debe regirse por lo estipulado en esta.

La remisión que hace el artículo 191 de la ley 16060, a los efectos previstos en el artículo 38 de la ley 10793, no refiere a ningún plazo de caducidad. Entiende, pues, la consultante que dado que no existe plazo de caducidad para esta acción, podría entablarse una acción de prescindencia de la personalidad jurídica contra F S. A. o contra V S. A.

Todo aquel que tenga interés tiene acción; así, cualquier perjudicado —en nuestro caso, los acreedores, perjudicados por el uso indebido de la personalidad jurídica— podría accionar contra la sociedad, y mi cliente mal podría ampararse en su buena fe, conocedor de todo lo precedentemente relacionado.

Simulación, *causa simulandi*

Entiende asimismo la suscrita que estamos ante un caso de simulación absoluta; no existe realidad ninguna ni ánimo de contratar. A tales efectos debe entenderse que el negocio simulado no existió nunca. La *causa simulandi* en nuestro caso concreto responde al interés de perjudicar a los acreedores de los simulantes.

Demás es sabido que el negocio simulado es un negocio absolutamente nulo por falta de requisitos esenciales. Sin perjuicio de esto, la ley protege al tercero adquirente de buena fe, y el acuerdo simulatorio le es inoponible, con derecho a que se le protejan las ventajas que ha adquirido con base en la apariencia creada por los simulantes. El tercero, para esto, debe estar de buena fe, es decir, ignorar que se está contratando con un titular aparente. No me cabe duda de que el tercero adquirente de buena fe debe ser amparado en sus derechos, pero no estamos aquí frente a un adquirente de buena fe, a la luz de todos los elementos expuestos y que son de pleno

conocimiento suyo no solo por haber sido ilustrado por la suscrita en tal sentido, sino porque todo esto ocurre en un «pueblo chico», donde «nos conocemos todos».

Entiende, por tanto, la suscrita que si su cliente procediera a adquirir el bien, no podría ampararse *a posteriori* en su buena fe, y su título, a futuro, podría resultar observable. En otras oportunidades, la AEU ha entendido que el conocimiento de estos extremos no enerva la buena fe del tercero, y mal podrían alegar los acreedores la mala fe de los subadquirentes por el solo hecho de tener conocimiento de estas circunstancias (resolución 31878, de 24.6.1996).

En sede del concepto de *buena fe* me remito a lo expuesto por la Esc. Freire.[11] La conceptualización de la buena fe como regla de conducta resulta del artículo 1291 del Código Civil. El derecho reclama aquí un comportamiento fiel, honesto en el negocio jurídico.

Termino citando a la colega, quien en su exposición manifestó:

> Los que, como escribanos, cooperamos en la formación del negocio jurídico estamos llamados a advertirnos y a advertir a las partes de la ponderación de este, y de otros principios, desde que somos requeridos para su elaboración. Tal vez hasta ahora no se han estimado, en su verdadera dimensión, las nocivas consecuencias que pueden seguir a un negocio que comienza a gestarse ignorando la *buena fe* que debe de abrazar todo el comportamiento negocial.

Informe de la Comisión de Derecho Civil

Consideraciones generales

Primero, referente a la consulta 1, debemos remitirnos a lo expresado al respecto por la Comisión de Derecho Comercial. Pero antes de continuar, cabe hacer una breve reseña de lo que se entiende por *simulación*.

Conforme a la definición de Ferrara,[12] la simulación es «la declaración de un contenido de voluntad no real, emitida conscientemente y de acuerdo entre las partes para producir, con fines de engaño, la apariencia de un negocio jurídico que no existe o que es distinto de aquel que realmente se ha llevado a cabo». Gamarra, siguiendo a Stolfi, sostiene que «la simulación consiste en manifestar, de acuerdo con la otra parte, una voluntad aparente, o porque no se quiere cumplir ningún acto (simulación absoluta)

11 Freire Muniz, Beatriz, «Aproximación a un concepto de *buena fe* en el campo de las obligaciones civiles del derecho uruguayo», *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, tomo 87, n.º 7-12 (jul.-dic. 2001), pp. 195-205.

12 Ferrara, Francisco, *La simulación de los negocios jurídicos: actos y contratos*, Madrid: Librería General de Victoriano Suárez, Biblioteca de la Revista de Derecho Privado, serie B. I, 1926.

o porque se quiere concluir un acto diverso del acto ficticio (simulación relativa)».

La simulación presupone un acuerdo o entendimiento entre las partes —acuerdo simulatorio— para producir un acto aparente, no real —el negocio simulado—, con el propósito de engañar a terceros, es decir, a aquellos que no han sido parte en el acuerdo. En cuanto al acuerdo simulatorio, la doctrina sostiene que se trata de un negocio jurídico, ya que regula las relaciones internas entre las partes simulantes (el negocio simulado sería la concreción del acuerdo simulatorio). Dicho acuerdo produce efectos entre las partes contratantes, conforme a lo preceptuado por el artículo 1580 del Código Civil uruguayo, y para la mayoría de la doctrina es un acuerdo lícito. Lo que sí se sostiene ilícito es el negocio simulado, ya que las partes tienen como finalidad el engaño —a acreedores, al fisco, etc.— o burlar la normativa referente a la legitimación receptiva (el acuerdo simulatorio en sí es un instrumento tolerado por el ordenamiento jurídico). Como señala Ferrara, el negocio, aun siendo simulado, sería lícito si no ofendiera la ley o los derechos ajenos (si su causa fuera lícita).

La simulación puede ser *absoluta* o *relativa*. Es absoluta cuando las partes crean el negocio simulado con el fin de engañar a terceros, pero sin la existencia de otro negocio de fondo; descubierto el velo que la cubre, no encontramos otro negocio (por ejemplo, una enajenación aparente con el objetivo de insolventarse). En la simulación relativa, el negocio simulado encierra otro negocio, que es el real. Conforme a lo que sostiene el profesor Gamarra, el negocio simulado es absolutamente nulo por falta de un requisito esencial para su validez (arts. 1261,1560, 1660 y conc. CC): por falta de consentimiento —porque no es querido— o por falta de causa. Por lo tanto, la nulidad del acto absoluta o relativamente simulado es siempre una nulidad de pleno derecho, y la controversia que se suscite requerirá de un pronunciamiento judicial.

Por su parte, siguiendo la teoría de Cafaro y Carnelli, la ausencia de consentimiento o de causa no provoca la nulidad de un negocio jurídico, sino su inexistencia, con las consecuencias jurídicas —diversas— de optar por una u otra posición. Para esta última, todo pago verificado a raíz de un negocio inexistente se rige por las normas del pago de lo indebido, en el que no pueden verse alcanzados los terceros adquirentes de buena fe, mientras que en el régimen de la nulidad sí es posible alcanzarlos.

El artículo 1580 del Código Civil establece: «Los contradocumentos surten efectos entre los contrayentes y sus herederos, pero no pueden perjudicar a sus sucesores por título singular, los cuales se consideran como terceros».

Como ha sostenido Gamarra, el tratamiento legal de la simulación tiene una doble valoración, *subjetiva* y *objetiva*, o *interna* y *externa*. La relación interna o subjetiva se relaciona con los efectos de la simulación entre las partes contratantes; la externa u objetiva refiere a los efectos de la simulación frente a terceros. Se transita en un camino entre lo real y lo

aparente, según el punto de vista desde el que se observe. Entre las partes que participan en el negocio simulado rige el acuerdo simulatorio, donde su causa es engañar, aparentar una situación que no es la real, con el objetivo de perseguir un fin espurio. Por su parte, ese acuerdo, esa valoración subjetiva de los contratantes, no puede proyectarse hacia el exterior; no tiene efecto frente a terceros, ya que a estos les es inoponible el negocio simulado. El tercero tiene el derecho de creer que lo verdadero es lo que se le presenta como tal a sus ojos. En consecuencia, la valoración subjetiva se refiere a las partes, en tanto la objetiva lo hace a los terceros.

Como conclusión, y conforme a dicho artículo del Código Civil, la declaración de nulidad en ningún caso puede afectar al tercero de buena fe, ya que este ignora la existencia del acuerdo simulatorio.

Análisis de la información registral

La consultante expresa:

1. Sobre el Sr. JDTP recaen dos embargos genéricos, de fecha 24.3.2003 y 14.10.2008, ambos reinscriptos al día de hoy. Referente a esto, el informante manifiesta que es posible descartarlos, ya que el propietario se desprendió del bien el 14.7.1994, inscripta la compraventa en el Registro de Traslaciones de Dominio el 21.7.1994.

2. La declaración de incapacidad de NBTP no afecta el tráfico jurídico del bien por la razón precedentemente esgrimida.

3. El embargo genérico de LMTP de fecha 13.2.2015 no hace el título pasible de ser observado, ya que enajenó el bien el 22.8.2013, inscripto en el Registro de la Propiedad Inmueble el 30.8.2013. Tampoco se vería afectado por los restantes embargos que resultan de la información registral agregada.

4. El embargo genérico de FDTP de 16.12.2015 tampoco afecta la trasmisión dominial por ser posterior al momento en que este se desprendió del bien.

Como conclusión, de la información registral agregada no resulta *prima facie* observable la titulación. No obstante ello, no podemos afirmar que de la información del Registro de la Propiedad, sección Inmobiliaria, referente al bien objeto de esta consulta, no surja alguna inscripción que haga observable el título y que pueda afectar su tráfico jurídico.

Nuestra opinión

Si bien en materia de simulación —como sostiene la jurisprudencia— la prueba es indirecta, ya que se acude a un cúmulo de elementos presunciales e indiciales que serán analizados de acuerdo a las reglas de la sana crítica, será el magistrado quien deberá determinarlo en cada caso concreto.

De la documentación estudiada no resulta el inicio de una acción de simulación que afecte el bien o a sus titulares dominiales. Por lo tanto, entendemos que no es tarea del escribano indagar más allá de lo docu-

mental para determinar si existe acuerdo ajeno a las partes y del cual se desconozca existencia, sin perjuicio de que no podemos descartar una demanda de simulación inscripta en el Registro de la Propiedad, sección Inmobiliaria.

Como se afirmó *ut supra*, será tarea del juez determinar en cada caso concreto la verdadera causa de contratación y si se está en presencia o no de un negocio simulado, con las consecuencias jurídicas de nulidad absoluta por falta de consentimiento, de causa o inexistencia, según la posición que se adopte. En todos los casos, deberá tenerse presente que la declaración de nulidad o inexistencia, conforme al precitado artículo 1580 del Código Civil, no puede afectar al tercero de buena fe, a quien le es inoponible el acuerdo simulatorio.

En opinión del informante, y con base en la documentación proporcionada, no sería observable la titulación del bien objeto de la presente consulta.

Esc. Francisco Mastropierro Ferrari
Informante

La Comisión de Derecho Civil, integrada por los Escs. Américo Bianchi, Miguel Burdín, Analía Cánepa, M.ª Inés Casatroja, Daniella Cianciarulo, Ana Correa Morales, Nicolás García Rodríguez, Adriana Goldberg, Alicia González Bilche, Mariana González Bonaudi, Carlos Groisman, Adriana Inciarte, Ana Irabedra, Rossana Ivanier, Mónica Jover, M.ª del Rosario Marchese, Francisco Mastropierro, Patricia Méndez Delgado, Ana Lía Méndez López, Roque Molla, Ana Lucía Realini, Mildred Secondo, Diego Séré, Adriana Silva, Mariella Spagnolo, Horacio Varoli, M.ª Beatriz Vázquez, Jimena Viana y Juan Pablo Villar, aprueba el informe que antecede, elaborado por el Esc. Francisco Mastropierro.

Escs. Roque Molla y Juan Pablo Villar
Coordinadores

Informe de la Comisión de Derecho Comercial

Esta comisión se expedirá sobre el objeto de la consulta que concierne al derecho comercial y, específicamente, al instituto de la inoponibilidad de la personería jurídica —*disregard*—, consagrado a texto expreso en los artículos 189 a 191 de la ley 16060; no se pronunciará sobre la acción simulatoria, sobre la que corresponde se expida la Comisión de Derecho Civil.

Del análisis de los antecedentes dominiales e información registral correspondiente al estudio de títulos del negocio que las partes se proponen celebrar, la consultante observa la existencia de ciertos hechos que a su juicio denotan claramente que las sociedades anónimas que surgen del proceso dominial «han sido utilizadas a efectos de o bien defraudar a

los acreedores, o bien celebrar negocios consigo mismo, o bien escapar a interdicciones de las partes».

El instrumento de la prescindencia o inoponibilidad de la personería jurídica, también conocido como *disregard of legal entity*, si bien tiene su origen en el derecho anglosajón, fue recogido por algunos fallos judiciales ya desde la década de 1960 en nuestro país y posee la particularidad —a diferencia de la gran mayoría de las legislaciones— de estar consagrado a texto expreso a partir de la entrada en vigencia de la Ley de Sociedades Comerciales (LSC), 16060, en su sección XV (arts. 189 a 191).

Esta acción permite que, por intermedio de un proceso judicial, el juez decrete que se prescinda de la personalidad jurídica de la sociedad cuando esta sea utilizada en fraude a la ley para violar el orden público y en perjuicio de los derechos de los socios, accionistas o terceros. A estos efectos deberá probarse fehacientemente la efectiva utilización de la sociedad comercial como instrumento legal para alcanzar los fines expresados.

El artículo 190 de la LSC establece que la declaración de inoponibilidad de la personalidad jurídica de la sociedad solo producirá efectos respecto del caso concreto en que ella sea declarada, y a esos efectos se imputará a quien o a quienes corresponda, conforme a derecho, el patrimonio o determinados bienes, derechos y obligaciones de la sociedad, sin poder afectar, en ningún caso en que se haga lugar a ella, a terceros de buena fe.

En lo que refiere a la consulta que se eleva a esta comisión, entendemos que no es posible pronunciarse acerca de la eventual declaración de inoponibilidad de la personalidad jurídica respecto de las sociedades que surgen de los antecedentes por cuanto ello compete al juez, quien fallará en el correspondiente proceso judicial donde las partes afectadas tengan la oportunidad de presentar prueba, formular descargos y esgrimir sus defensas; será el juez quien, en definitiva, deba dictar sentencia de prescindencia de la personalidad jurídica de la o las sociedades, siempre y cuando se pruebe fehacientemente la efectiva utilización de la sociedad comercial como instrumento legal para alcanzar los fines expresados.

El artículo 190 de la LSC establece que la prescindencia de la personalidad jurídica solo producirá efectos respecto del caso concreto en que ella sea declarada, esto es,

> que acogida la demanda de inoponibilidad, la sociedad subsiste como contrato y como persona, solo que no es oponible a la persona que la entabló y para el caso en que se ha planteado. La sentencia que se dicte tiene efectos respecto al caso concreto y no afecta a terceros de buena fe. Como consecuencia del fallo que se dicte, y según las circunstancias, determinados bienes, derechos u obligaciones de la sociedad, y aun todo su patrimonio, se atribuirá a quien se oculte detrás del velo de la personería societaria, y en ningún caso afectará a terceros de buena fe.[13]

13 Rodríguez Olivera, Nuri E., y López Rodríguez, Carlos E., *Manual de derecho comercial uruguayo*, Montevideo: FCU, vol. 4, pp. 241-242.

Adviértase que la consecuencia de la eventual declaración de inoponibilidad no implica en ningún caso la nulidad del negocio antecedente, tal como afirma la consultante.

De los hechos planteados no es posible extraer la conclusión inequívoca de que las sociedades se hayan utilizado en fraude a sus acreedores. En efecto, se desconoce si las sociedades poseían o poseen actividad comercial u otros bienes en su patrimonio, así como si las personas físicas sobre las que recayeron embargos poseen a su vez otros bienes a su nombre sobre los cuales los acreedores pudieran cobrar sus créditos, entre otros extremos relevantes.

Esta comisión considera que un tercero que estuviera únicamente en conocimiento de los hechos relacionados en esta consulta y que pretendiera celebrar el negocio proyectado no deja en ningún momento de ser considerado un tercero de buena fe, atento a que, como se observó, no se dispone de todos los elementos necesarios para poder pronunciarse en dicho sentido ni se conoce su participación en los hechos; corresponde al juez competente dictar sentencia ante una eventual acción de este tipo. Más aún: debe advertirse que, a la fecha, ni siquiera se encuentra inscripta una acción de esta naturaleza en el Registro Nacional de Actos Personales, tal como lo establece el artículo 191 de la LSC, que pudiera serle oponible.

¿Quiénes deben ser considerados terceros de buena fe? Nuestra ley no responde este punto. Las Dras. Rodríguez Mascardi y Ferrer Montenegro,[14] luego de analizar el tema, entienden «que la categoría debe mantenerse abierta a todo aquel sujeto ajeno a las conductas antijurídicas que dan lugar a la acción de inoponibilidad».[15] En opinión de estas autoras,

> la buena fe jurídica consiste en la convicción de actuar conforme a derecho. En esta noción se unifican diversos aspectos señalados por la doctrina: el psicológico, la creencia en el derecho propio y el ético o voluntad de obrar honestamente. La buena fe indica un estado subjetivo: simplemente significa ignorancia de lesionar el derecho de otro.

A su vez, «tercero de mala fe sería aquel que al momento de celebrarse el acto o contrato conocía o debía conocer que estaba lesionado un derecho».

Conclusiones

1. Atento a lo expuesto y a los hechos relacionados en la consulta, no resulta posible ni corresponde a esta comisión pronunciarse sobre la posibilidad de que una acción de inoponibilidad de la personalidad de las sociedades que

14 Rodríguez Mascardi, Teresita, y Ferrer Montenegro, Alicia, «Personalidad jurídica de la sociedad, su inoponibilidad y el inciso tercero del artículo 190 de la ley de sociedades comerciales», *Anuario de Derecho Comercial Uruguayo*, tomo XII (oct. 2008), pp. 65-72.
15 Rodríguez Mascardi, Teresita, y Ferrer Montenegro, Alicia, o. cit., p. 70.

obran en los antecedentes prospere; tampoco acerca de la calidad de tercero de buena fe que el eventual promitente adquirente pueda poseer, dado que se desconoce su vinculación con los hechos reproducidos. Solo puede pronunciarse sobre las cuestiones jurídicas que aborda la consultante.

2. Será competencia exclusiva del juez fallar acogiendo una eventual acción de inoponibilidad, en la medida en que se transite un proceso judicial y en cuanto se prueben fehacientemente los extremos requeridos por la ley. Dicha sentencia, que tendrá efectos para el caso concreto, afectará al tercero comprador solo si se determina que este último no reviste la calidad de tercero de buena fe (corresponde también a la Justicia fallar sobre el punto).

Esc. Marcelo Lasowski
Informante

La Comisión de Derecho Comercial, integrada por los Escs. Adriana Amado, Ema Klaczko, Jacqueline Perdomo, Rosana García, Sandra Aquines, Silvana Beker, Francisco Mastropierro, Gabriela Fernández, Daiana Vaz, Natalia Pollan, Carlos Peraza, Jacqueline Reymunde, Ana Paula Bianchimano, Adriana Tuzman, Marcelo Lasowski y Daniella Cianciarulo, aprueba el informe que antecede.

Esc. Daniella Cianciarulo
Coordinadora

Informe de la Comisión de Derecho Registral

I. Introducción

No nos referiremos a la consulta en cuanto a los hechos que una eventual inscripción registral puede provocar; el tema radica en determinar si las inscripciones registrales recaídas con posterioridad —a partir de 2003— a la enajenación del bien en 1994 pueden afectar la operación que se proyecta al día de la fecha.

El sujeto embargado de forma genérica debe ser propietario de los bienes alcanzados por el embargo o tener un derecho real de goce, usufructo, superficie o posesión, o un derecho real a su adquisición, como el de promitente comprador.

Los Registros Públicos cumplen la tarea de inscribir los derechos que las leyes prescriben, sus modificaciones, afectaciones e extinciones, contenidos en los respectivos títulos, resoluciones judiciales y administrativas, e informar sobre las inscripciones realizadas. Brindan a la comunidad la seguridad del tráfico jurídico.

El certificado registral es un instrumento público (art. 1574 CC);[16] además del valor autónomo de la fe pública, asegura el tráfico jurídico, constituye una prueba legal.

No prueba el dominio o las titularidades de los derechos que inscribe, sino su vigencia. El dominio y demás derechos reales se prueban de acuerdo al derecho sustantivo, por lo que si los certificados registrales revelan la existencia de esos derechos, la plenitud o limitación de su vigencia, y de la prioridad registral, pueden hacer valer la oponibilidad[17] de la situación que informan.

Existen otros medios de cognoscibilidad de situaciones jurídicas previas a la información registral (art. 73 ley 16871).

Cuando el legislador refiere a que la situación jurídica de un bien podrá conocerse por otros medios, significa que para tutelarse en el sistema registral se tiene que estar de buena fe, o sea, ignorar y creer en la exactitud de la información registral, luego de desplegar la diligencia debida que corresponde a un buen profesional, y que la ignorancia haya sido invencible, en cuyo caso es excusable.[18]

El profesional escribano debe estudiar los títulos durante treinta años, o más si se tiene que retrotraer al título causal hábil que provoca la trasmisión, con una indagación exhaustiva y crítica de los antecedentes pertinentes del derecho invocado para saber si se evidencia un vicio, una imperfección, una afectación.

Por consiguiente, quien reclame un perjuicio porque el profesional actuante no tuvo en cuenta eventuales acciones como las planteadas, las que omitió inscribir, no puede fundar su reclamo en su propia culpa. Esta es la que surge de conocer la situación jurídica del bien a través del estudio de títulos, y ese conocimiento rompe el nexo causal que pueda derivar en un perjuicio.

Para considerarse de buena fe no bastará, en este caso, de la creencia emanada de un certificado registral sobre una realidad jurídica determinada: el efecto de certeza que propaga el certificado registral deberá ir unido a un obrar diligente (prudente, cuidadoso, previsor).

A nuestro entender, si se cumple con la máxima diligencia tanto en la solicitud de la documentación que integra el título como en su análisis, así como en la formulación y análisis de los certificados registrales, y se ignoran determinadas situaciones, prevalece la información registral.

16 Cambiasso, Susana, «La función de autenticar y la seguridad jurídica», *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, tomo 76, n.º 1-6 (ene.-jun. 1990), pp. 9-21; «La publicidad registral y la seguridad jurídica», *Cuadernos de Derecho Inmobiliario*, n.º 2. En este trabajo, la autora desarrolla la teoría clásica.

17 El artículo 77 de la ley 16871 dice: «Las certificaciones 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».

18 Artículo 73 de la ley 16871: «La plenitud, limitación o restricción de los derechos inscriptos y la libertad de disposición podrán acreditarse con relación a terceros por las certificaciones a que se refieren los artículos siguientes».

II. Los principios registrales a tener en cuenta en el caso planteado

Prioridad

Conforme a nuestro sistema registral, rige el principio de la *prioridad* o *rango* del acto inscribible: el que primero ingrese al Registro tiene preferencia ante cualquier otro que ingrese con posterioridad.

Por lo expuesto, la inscripción de las eventuales acciones que plantea la consultante le será inoponible al acto proyectado, sin afectar la prioridad del actual adquirente, ya que este fue propietario cuando esas acciones no existían registralmente; por tanto, faltaría legitimación para que esa acción comprendiera bienes de los que ya no era propietario el demandado.

La publicidad: oponibilidad

La razón de ser de la publicidad de los negocios y de los actos reside en que con la publicidad aumenta el grado de la seguridad jurídica de los terceros en cuanto evita que los negocios y actos queden ocultos; hace posible el conocimiento del contenido de esos actos y negocios de que se trate.[19]

Todo negocio jurídico sujeto a publicidad e inscripto es oponible a los terceros, y es inoponible a los terceros en cuanto no sean inscriptos, salvo la prueba de conocimiento de hecho por parte del tercero en cuestión.

Conforme al artículo 54 de la Ley de Registros (16871), los actos, negocios jurídicos y decisiones de las autoridades competentes que se registren conforme dicha ley serán oponibles respecto de terceros a partir de la presentación al Registro.

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.

Inscripción

Los Registros Públicos cumplen la tarea de inscribir los derechos que las leyes prescriben, sus modificaciones, afectaciones e extinciones, contenidos en los respectivos títulos, resoluciones judiciales y administrativas, e informar sobre las inscripciones realizadas.[20] La inscripción procede a

19 Los certificados registrales, especialmente el expedido por el Registro Nacional de Actos Personales (Esc. Susana Cambiasso).

20 Los Registros cumplen una función público-administrativa, brindan a la comunidad la seguridad jurídica dinámica, o sea, del tráfico jurídico. Para recoger ese *telos*, el derecho público reconoce un sistema de normas, una rama especial, a la que llama *derecho registral*. De manera que los Registros Públicos aplican en su organización general el derecho administrativo común a toda la administración pública y el derecho registral para su actividad técnica específica, la cual ejercen con autonomía (arts. 1.º y 2.º ley 16871).

instancia de parte o rogación. La inscripción es una carga del interesado,[21] titular legítimo de una situación jurídica registrable, que quiere protegerlo de aquellos terceros que pretendan prevalecerse de la falta de inscripción, según el juego de los principios registrales.[22] Los efectos de las inscripciones van desde la inoponibilidad[23] de lo inscripto frente a lo no inscripto o inscripto con posterioridad (publicidad declarativa)[24] hasta la simple información (publicidad noticia)[25] o la publicidad constitutiva de un dere-

21 Couture, Eduardo, *Fundamentos de derecho procesal civil*, p. 211. El autor define la *carga* como «una situación jurídica instituida por la ley, consistente en el requerimiento de una conducta de realización facultativa, normalmente establecida en interés del propio sujeto y cuya omisión trae aparejada una consecuencia gravosa para él». Excepcionalmente, leyes especiales la tratan con carácter de obligación: promesas de enajenación (ley 8733, art. 48), crédito de uso (ley 16072).

22 El artículo 85 de la Ley Registral dispone: «(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».

23 Japiot, René, *Las nulidades en materia de actos jurídicos*. Para este autor, las notas características de la inoponibilidad son: «*a*) puede ser invocada por terceros externos al acto y nunca por las partes; *b*) deja subsistentes los efectos propios del acto entre las partes, para hacerlos caer solo respecto al tercero. La forma como el tercero puede ejercer su derecho a oponerse al acto jurídico e impedir que le alcancen los efectos del mismo son la *acción* y la *excepción*».

24 Messineo, Francesco, *Derecho civil y comercial*, tomo II, n.º 47-13. Señala el autor: «La ineficacia relativa se denomina también *inoponibilidad* a los terceros o algunos terceros; *inoponibilidad* significa, pues, que si el negocio es en sí válido y, además, es eficaz entre las partes, pero no es eficaz […] no despliega ningún efecto frente a terceros […]. Cuando [se trata de] ineficacia relativa (esto es, inoponibilidad), el negocio es afectado no en sus efectos directos (o sea, en sus relaciones entre las partes), sino en sus efectos reflejos, o sea, a determinados terceros; por consiguiente, en el caso de la ineficacia relativa, se tiene que un mismo negocio es eficaz desde un punto de vista e ineficaz desde otro, en lo que no debe verse ninguna inconsecuencia lógica». En la función declarativa, la mutación real se produce fuera del Registro (el Registro le da los efectos de inoponibilidad preclusiva). Vé. López de Zabalía, Fernando, *Curso introductorio al derecho registral*, p. 312.

25 El efecto de estas inscripciones está establecido en el artículo 56 de la Ley Registral, que establece que producen efectos informativos. El citado artículo menciona algunos actos que se inscriben en el Registro de la Propiedad, pero el intérprete tiene que analizar los actos que surgen del certificado y determinar su naturaleza (si son actos que por su naturaleza no implican el efecto de la inscripción). Considerar la naturaleza del acto surge también del artículo 298 de la ley 17296, que sustituyó el artículo sobre oponibilidad.

cho cuando es un elemento más en la formación del derecho (esta última función de la inscripción es excepcional).[26]

La inscripción no convalida los actos y negocios jurídicos nulos o anulables ni subsana los vicios o defectos de que adoleciere conforme a las leyes (art. 62 Ley Registral).

Tiene una fuerza preclusiva; rechaza lo no inscripto o posterga lo inscripto con posterioridad, pero no tiene fuerza inmunizante, sanatoria o convalidante. El procedimiento culmina con el asiento de inscripción registral.[27]

La inscripción genera un procedimiento administrativo que comienza con la entrada del documento, cuya fecha y hora genera la prioridad[28] y a cuya fecha de presentación se retrotraen los efectos de su inscripción,[29] de acuerdo a la ley 16871, y culmina con un juicio que emite el registrador: inscripción provisoria, definitiva o condicional, en su caso.[30]

26 En nuestro sistema se dice que una inscripción es *constitutiva* cuando es menester inscribir el título para que este sea eficaz no solamente frente a terceros, sino también entre las partes. Son los casos del derecho real de hipoteca, que nace a partir de la inscripción registral: ley 8733, artículo 15; Código de Minería, artículo 81; Código Aeronáutico, artículos 38, 40 y 43; la inscripción de sociedades civiles de propiedad horizontal (ley 14804); el derecho real que garantiza el crédito de uso. La inscripción determina el nacimiento del derecho real (art. 54, inc. final Ley Registral). Para nosotros, la inscripción de la sociedad de bienes concubinaria es constitutiva; así lo expusimos en Cambiasso, Susana, y Azar, Mercedes, «Aspectos de la unión concubinaria y la sociedad de bienes», *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, tomo 95, n.º 1-6 (ene.-jun. 2009), p. 15.

27 Artículo 63 de la ley 16871.

28 Artículo 59 de la ley 16871: «(Prioridad). La prioridad entre dos o más inscripciones se establecerá por la fecha y hora de presentación de los actos, negocios jurídicos y decisiones judiciales y administrativas al Registro competente. Si la prioridad refiere a una misma oficina registral y no pudiere resolverse conforme al principio antes referido, se estará al número ordinal de entrada […]».

29 Artículo 54: «[…] La inscripción se hará por orden de presentación y sus efectos se retrotraerán a la fecha y hora del asiento de presentación […]».

30 Excepcionalmente, el registrador puede rechazar un documento para su inscripción. Lo normal es que lo inscriba definitivamente, pero sucede que a veces debe hacerle observaciones que obstan a la inscripción (art. 65). En ese caso, le confiere inscripción provisoria, y el usuario del servicio tendrá la opción de levantarlas o deducir oposición y, en su caso, presentar los recursos correspondientes, dentro de los plazos legales (art. 66). Puede suceder que se haya utilizado la reserva de prioridad, acto inscribible para proteger el negocio en la etapa de su formación, pero que no cierra el Registro a actos posteriores, los que se inscribirán en forma condicional. Si el acto reservado se realiza en el plazo legal, la inscripción condicional es postergada o no afectará el negocio, salvo las excepciones que la ley establece (art. 55 y la interpretación auténtica dada por el art. 298 ley 17296, de 21.2.2001). El artículo 51 del decreto 99/998 dispone que las inscripciones condicionales serán informadas durante la vigencia de la reserva de prioridad y hasta que una inscripción provisoria se transforme en definitiva. Una vez inscriptos definitivamente los actos amparados por la reserva, los registradores cancelarán dichas inscripciones.

Información

Cuando se consulta sobre la situación jurídica de los bienes y personas con los cuales se pretende contratar, se genera un procedimiento registral de información por parte del Registro respectivo que responde a una búsqueda, o bien por la nomenclatura catastral del bien, o bien por los nombres de las personas físicas o jurídicas involucradas en el proceso dominial, o bien por los actuales contratantes.

III. Certificado registral

El certificado registral asegura el tráfico jurídico; da soluciones al conflicto jurisdiccional, así como para la eficacia probatoria, mientras los tribunales no declaren su ineficacia, nulidad o falsedad.

El certificado registral despliega la fe pública administrativa.[31] Esta garantiza la fecha y la admisibilidad del documento. La fecha determina la radicación del documento en el tiempo y en el espacio; fija el momento a partir del cual su credibilidad tiene fuerza obligatoria y el espacio, pues la geografía condiciona el momento estatal: la competencia del funcionario que lo expide, el punto del espacio en el cual actúa y la legalidad de que así sea.

Pero además del valor autónomo de la fe pública en la normalidad para asegurar el tráfico jurídico, constituye una prueba legal.

No prueba el dominio o las titularidades de los derechos que inscribe, sino su vigencia.[32] El dominio y demás derechos reales se prueban de acuerdo al derecho sustantivo,[33] pero si los certificados registrales revelan la existencia de esos derechos, la plenitud o limitación de su vigencia —y de

31 Biasco, Emilio, «Documentos administrativos e instrumentos públicos», *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, tomo 76, n.º 1-6 (ene.-jun. 1990), p. 67. Dice el autor: «No surge del Código Civil (art. 1574 y concordantes) ni de ninguna otra norma genérica el carácter de instrumento público de los actos administrativos, conclusión que no puede sacarse por vía analógica, integrativa o interpretativa […]. Los documentos emanados de la actividad administrativa, emitidos por los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, no son instrumentos públicos, pero tampoco son instrumentos privados […]. El documento administrativo posee la garantía y la eficacia propia que le da el procedimiento administrativo en el cual está formado y que lo precede. Constituye una prueba escrita y se considera auténtico mientras no se pruebe lo contrario por cualquier medio de prueba, haciendo fe de su otorgamiento, de la fecha y de las declaraciones contenidas; pero haciendo una fe común, no una fe especial, pudiendo ser redargüido de falsedad por cualquier medio de prueba por cualquier otro documento, incluso emanado de particulares».

32 Como se dijo, los certificados registrales, especialmente el expedido por el Registro Nacional de Actos Personales (Esc. Susana Cambiasso).

33 Hacemos esta aclaración porque el Código General del Proceso, en su artículo 335.2, dispone: «No será necesaria la tramitación de tercería de dominio cuando se tratare de bienes cuya propiedad surja de inscripción en Registros Públicos». Es lo que se da en llamar por la doctrina la *tercería registral*.

la prioridad registral que informan—, pueden hacer valer la oponibilidad[34] de la situación que informan.

IV. El compromiso de compraventa, «eventuales acciones»: sus efectos jurídicos

El objeto de la consulta radica en determinar los efectos del compromiso de compraventa que se proyecta y las «eventuales» acciones inscriptas con posterioridad.

Como ya lo manifestamos, se encuentra vigente en nuestro ordenamiento el principio de prioridad (art. 54 ley 16871). Dicho principio general en materia de prioridad se refleja en el hecho de que el documento que primero ingresa en el registro desplaza al que ingresa *a posteriori*. Lo que interesa es la fecha de presentación al Registro.

El artículo 15 de la ley 8733 dispone:

> 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 de exigir la transferencia y entrega del bien que constituye el objeto de la prestación.
>
> La fecha será la de la inscripción. La existencia de embargos posteriores en fecha al nacimiento del derecho real a que se refiere este artículo no obstará a la enajenación definitiva del inmueble de que se trate […].

El Esc. Cacciatori enuncia el principio de prioridad en los siguientes términos: «Es el principio que da preferencia entre dos o más títulos contradictorios al que primero ingresa al Registro. La preferencia será excluyente en caso de dos derechos incompatibles».

En el caso de la consulta, la promesa de compraventa inscripta —causa originaria— fija la prioridad del derecho real establecido en el artículo 15 precitado y, en consecuencia, ampara las subsiguientes trasmisiones y acciones.

Según el artículo 335.2 del Código General del Proceso,[35] el dominio surge del certificado. En realidad, el certificado revela la inscripción de un

34 El artículo 77 de la ley 16871 dice: «Las certificaciones 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».

35 Art. 335.2: «La promoción de tercería de dominio suspenderá el trámite del principal, al llegarse al estado de remate del bien respectivo. [=] No será necesaria la tramitación de tercería de dominio cuando se tratare de bienes cuya propiedad surja de inscripción en Registros Públicos. [=] En esos casos, acreditada por el tercerista, con el certificado respectivo, la titularidad del dominio que invoca, el tribunal ordenará, de plano, la cancelación de la cautela, con citación a domicilio de las partes. Estas solo podrán oponerse alegando y probando el error del informe registral o su falsedad, o la inoponibilidad de la inscripción a quien solicitó la cautela. Las oposiciones de cualquier otro género no serán admitidas, sin perjuicio del derecho a hacerlas valer, en forma principal, en el proceso autónomo que corresponda».

titular registral que obtuvo una posición registral al inscribir su titularidad; se trata de una presunción relativa. Ese tercero que está cuestionando a otro que esgrime el mismo derecho debe presentarse al juicio, demandando su derecho, con un certificado registral que informe sobre la vigencia de su titularidad a la fecha del acto al cual se opone.

Cuando el titular registral no salió de la situación jurídica impugnada, las acciones de revocación, nulidad y reivindicatoria prosperan, y su título e inscripción se cancelan a causa del éxito de aquellas. Pero en el caso objeto de la consulta, los titulares registrales eventualmente impugnados salieron de esa situación.

En resumen, el titular inscripto puede ser impugnado por el tercero externo que lo visualiza en tanto no haya transferido su derecho; pero una vez que lo transfiere, lo no inscripto se excluye. Las únicas excepciones que pueden «molestar» al tercero adquirente por causa de su antecesor son las causales resolutivas que consten en el Registro, no las extrarregistrales.

Pero si el poder de disposición del titular luce registralmente pleno, induciendo a error al tercero que no es advertido a tiempo de la realidad extrarregistral, rigen los principios de inscripción y prioridad, con toda su dureza para el domino negligente que no cuidó su derecho y con toda su vigorosa protección para el tercero que adquirió de un titular inscripto, que ignoraba la ineficacia que acuciaba al poder de disposición de su enajenante y se cobijó bajo el sistema registral.

La falta de registración de una sentencia provocará no solo la falta de conocimiento del tercero, sino también la inoponibilidad de la situación jurídica extinguida frente a quien utilizó los mecanismos legales adecuados para informarse y a quien no le surgió tal información por no constar en los asientos registrales.

V. El principio de buena fe

Esa actitud conocitiva o diligencia desplegada para asegurarse la conocibilidad de una situación jurídica fue advertida por la Carta de Buenos Aires (1972). En su punto 17, dice: «La buena fe del tercero se presume siempre mientras que no se pruebe que conoció o debió conocer la inexactitud registral».

La buena fe luce como una presunción simple mientras no se pruebe que el tercero conocía o pudo conocer la realidad extrarregistral. El conocimiento debe ser probado por quien alegue la mala fe del tercero.

En el derecho de las cosas, advierte Núñez Lagos, la buena fe se circunscribe a un momento y un hecho: el de la adquisición. Fuera de ese momento, la mala fe es inoperante.

Para Messineo, lo que cuenta es lo inscripto contra lo no inscripto: «Cuando no se efectúa la inscripción puede existir conocimiento por parte de terceros, pero es irrelevante jurídicamente si la ley no combina estos principios».[36]

36 Messineo, Francesco, o. cit., n.º 97-4.

La ley 10793 —y posteriormente la 16871—, siguiendo la tradición latina, ha partido de una protección enérgica al tercero inscripto, dejándolo a salvo de la incierta prueba sobre hechos sicológicos.

La buena fe, desde el punto de vista registral, se configura a través de una conducta conforme al derecho que la regula, que pasa por el desconocimiento de la realidad extrarregistral provocado por una ignorancia legítima, es decir, de tal naturaleza que no haya podido superarse con el empleo de una diligencia normal. La creencia en la realidad registral y la diligencia en informarse e inscribir se evalúan al momento de la adquisición; es irrelevante el conocimiento posterior.

Desde el punto de vista procesal, el Código General del Proceso contiene una norma de carácter general relativa a la eficacia de la sentencia frente a terceros (art. 218.3) que comprende a quienes pudieron conocer la cuestión debatida en el proceso en virtud de información registral, la hubieren o no solicitado. *Contrario sensu*, no alcanzaría a quienes no pudieron conocer la situación jurídica de la cosa sobre la cual contrataban porque no existía la inscripción registral.

Si el poder de disposición del titular registral luce registralmente pleno, induciendo a error al tercero que no es advertido a tiempo de la realidad extrarregistral, rigen los principios de inscripción y prioridad, y en consecuencia surge la inoponibilidad de lo no inscripto o inscripto con posterioridad frente a lo inscripto previamente.

VI. Conclusiones

1. En cualquier instancia, y con posterioridad al otorgamiento de cualquier negocio jurídico, podemos estar sometidos a la existencia de acciones declarativas retroactivas.

2. La solución a la consulta, en cuanto a la enajenación de un bien en su momento no litigioso efectuada con anterioridad a la inscripción de «eventuales acciones» que sobre él recaigan, debe buscarse en sede de la publicidad registral, regulada por el artículo 54 de la ley 16871.

3. El principio de inscripción recogido en nuestra ley consagra la inoponibilidad de lo no inscripto contra lo inscripto. Dicho principio, combinado con el de prioridad, provocan la oponibilidad de lo inscripto y bloquean la situación jurídica del subadquirente de buena fe que adquirió de un titular registral cuyos poderes de disposición se mantenían registralmente plenos, a través de la garantía de vigencia constituida por certificados registrales.

4. La inscripción de una demanda que cuestiona titularidades registradas es imprescindible para provocar el conocimiento o la posibilidad de conocer la situación jurídica controvertida.

5. La inscripción como poder-deber es una carga del propio interesado, un imperativo del propio interés. La falta de inscripción de una sentencia provoca el riesgo de no ser oponible contra terceros de buena fe que con-

fiaron en los asientos registrales vigentes a través de la garantía ofrecida por certificados.

6. La ley registral no admite reclamación alguna respecto de terceros por parte de quien no haya publicado su derecho; es parte del riesgo que implica la carga de inscribir. El juez tendrá en cuenta la fecha para establecer el nexo causal y comprobar la buena fe.

7. El artículo 335.2 del Código General del Proceso admite la presentación del certificado del Registro como prueba de la titularidad del dominio en caso de tercerías. La publicidad registral es un medio técnico de preconstitución de apariencias.

8. La inscripción de la promesa de enajenación proyectada por la consultante en el Registro correspondiente constituye un derecho real a favor del promitente adquirente.

9. Si el derecho real nace antes de la inscripción de las «eventuales» acciones, estas últimas no le son oponibles al promitente adquirente. Como expresa Gamarra, «desde la inscripción, la cosa queda gravada y afectada a un destino especial, independientemente de los cambios que puedan producirse en cuanto al titular del derecho (sobre la cosa)».

10. La posible existencia de actos no inscriptos es inoperante para los terceros, aunque tales actos sean reales y válidos. El compromiso de compraventa se hace oponible a partir de la presentación en el Registro, y el principio de prioridad ampara la promesa y su subsiguiente compraventa.

11. La buena fe del tercero se presume. Para atacarla es necesario destruir las pautas sobre las que se apoya: desconocimiento, creencia y diligencia. Se juzga al momento de la adquisición.

12. La seguridad jurídica o protección del tráfico es la gran finalidad que persigue la publicidad registral.

Esc. Mercedes Azar
Informante

La Comisión de Derecho Registral, integrada por los Escs. Cristina Anzuela, Mercedes Azar, Susana Cambiasso, Carlos del Campo, Álvaro Garbarino, Enrique Marna, Karin Perdomo e Inés Rodríguez Sarmiento, aprueba el informe que antecede.

Esc. Mercedes Azar
Coordinadora

Informes aprobados por la Comisión Directiva Nacional de la AEU el 6.2.2018, expediente 1211/2016

COMPRAVENTA. TRADICIÓN

Resumen

La omisión de una cláusula específica de tradición no significa que ella no haya operado. El contexto de la escritura puede demostrar inequívocamente que se otorgó alguna especie de tradición. En el caso concreto, del contexto surge que operó la tradición real prevista en el artículo 760 del Código Civil.

Informe: Civil

Consulta

Relación de hechos

1972. Según surge de la escritura de compraventa de 12.10.1972, debidamente inscripta en el Registro, el Sr. AA, en nombre y representación de la sociedad XX S.A., vende el bien padrón horizontal HH y la cochera JJ; actuando por sí, el Sr. AA compra dicho bien. En la escritura se omitió consignar el modo tradición.

2009. Según surge de la escritura de compraventa de 12.2.2009, debidamente inscripta en el Registro, el Sr. AA y su cónyuge venden el referido bien y hacen tradición a favor de ZZ.

Consulta

Se consulta sobre la bondad del título compraventa de 12.10.1972, en cuanto no surge expresamente de la escritura que se haya cumplido con el modo tradición.

Informe de la Comisión de Derecho Civil

El caso consultado presenta dos particularidades: 1) en la escritura de compraventa de 12.10.1972 se omitió la cláusula de tradición, y 2) se presenta en ella el fenómeno del *autocontrato*.

Primera parte: consideraciones generales

1. Trasmisión de la propiedad en nuestro derecho

Siguiendo los lineamientos del derecho romano, y a diferencia del francés, en nuestro derecho positivo, por prescripción de los artículos 705, 758, 769 y siguientes y concordantes del Código Civil, para que opere la trasmisión de la propiedad se requiere de un título hábil para trasmitir el dominio y de un modo. Entre los modos de adquirir derivados —aquellos que son

un medio para obtener un derecho que emana del anterior titular— se encuentra la tradición.

Ni la tradición ni el título producen, actuando en forma solitaria, un trasiego patrimonial ni posesorio, sino que es menester la adición de ambos negocios para que el efecto trasmisivo tenga lugar.[37]

Cuando el contrato, que produce efecto meramente personal, es título hábil para transferir el dominio, si se complementa con un modo —tradición—, desplaza el derecho de propiedad (efecto real).[38]

El modo llamado *tradición* es un negocio jurídico bilateral, dispositivo, causal y de cumplimiento de la obligación asumida en el título llamado *compraventa*, en este caso. Su causa se encuentra en la existencia del título hábil para transferir el dominio, y de la conexión o yuxtaposición de ambos negocios —obligacional uno, dispositivo el otro— operará el traspaso dominial del patrimonio del vendedor al patrimonio del comprador.

Para esclarecer en qué concepto se efectúa la entrega o tradición de la cosa deberemos examinar el título hábil para transferir el dominio que la precede y el poder de disposición del tradente.

Un título es *hábil* para transferir el dominio cuando la obligación principal que nace de él es de dar, pero un dar de forma *definitiva* e *indefinida* en el tiempo, esto es, sin la obligación de restituir. Estos títulos desempeñan la función de *justa causa* para la tradición, en cuanto *indican* en qué concepto se efectúa esa entrega, con qué contenido y con qué alcance, puesto que la entrega por sí sola es neutra, es incolora, es equívoca. Por tanto, a través del estudio de las prestaciones dimanantes del título hábil para transferir el dominio, le daremos el preciso significado a esa entrega o tradición.

2. Especies de tradición en nuestro sistema positivo

I. El Código Civil uruguayo, en el título III, artículo 758 y siguientes, disciplina el modo de adquirir llamado *tradición* y lo define en el artículo 758 diciendo que la tradición o *entrega* es la transferencia que hace una persona a otra de la posesión de una cosa, con la facultad y el ánimo de transferirle el dominio de ella.

Si bien nuestra ley la reglamenta como un modo de adquirir el dominio, en principio, de regla, antes que eso, es un modo de adquirir la posesión. Por ejemplo, mediante la tradición puede no transferirse el dominio, pero lo que sí siempre ha de trasmitirse es la posesión; así lo establece el artículo 775 del Código Civil.[39]

37 Howard, Walter, *Modos de adquirir*, Montevideo: Universidad de Montevideo, 3.ª ed.

38 Gamarra, Jorge, *Tratado de derecho civil uruguayo*, tomo VIII, Montevideo: FCU, 4.ª ed., pp. 8 y ss.

39 Yglesias, Arturo, y Arezo Píriz, Enrique, «Accesión de posesiones», *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, tomo 74, n.º extraordinario (1988), pp. 491-502.

En el capítulo I regula las diversas especies al estipular en su artículo 759 que la tradición es *real* o *ficta*. La tradición real se verifica por la aprehensión corporal de la cosa, hecha por el adquirente u otro en su nombre (art. 760 CC). El artículo siguiente (art. 761 CC) enumera las diversas formas en que puede configurarse, según el bien de que se trate.

Originariamente, la tradición era un modo de trasmitir la posesión, y la única forma de consumarla era a través de la aprehensión de la cosa por el adquirente.[40] Pero existe otra forma de tradición, la *tradición ficta*, también llamada *simbólica* o, según la doctrina, *tradición fingida* (art. 763 y ss.), que no necesariamente supone la aprehensión material de la cosa, sino que se ha ido espiritualizando, asumiendo otras formas que se identifican con la realización de actos como, por ejemplo, la entrega de las llaves o de los títulos que acreditan la propiedad del bien.

La enumeración que hace la ley de las diversas especies de tradición, tanto las reales como las fictas, es meramente enunciativa.

La tradición no es más que darle al comprador o al *accipiens* el poder sobre la cosa. Al decir del profesor Yglesias,[41] la aprehensión física, el poder sobre la cosa, no supone necesariamente la realización de actos materiales, sino que basta con la posibilidad de realizarlos e impedir que otros los realicen. De ahí que se admite que se pueda efectuar la tradición de un vehículo o máquina entregando al adquirente las claves de acceso que cumplen el rol de *llaves*, pero no desempeñaría la misma función la entrega de un prospecto promocional o un manual de usuario, por ejemplo.

De regla, todas las especies de tradición son consensuales, puesto que la transferencia de la posesión puede resultar de un sinfín de circunstancias, excepto el modo tradición, previsto en el artículo 767 del Código Civil, también llamada *tradición por cláusula*, o *constituto posesorio*, que en el inciso final de la referida disposición prevé la solemnidad para su validez: constar en instrumento público. De no hacerlo, la nulidad es en grado absoluto (art. 1560 CC).

II. *Prueba de la tradición*. El consentimiento para la tradición —esto es, la manifestación de voluntad en el tradente y el adquirente o *accipiens*, y, por ende, su prueba (art. 769, num. 4.º)— puede resultar del propio documento en el que se radica el título hábil para transferir el dominio, como acontece en la tradición por cláusula, llamada *constitutum possessorium*, o de la propia conducta asumida por las partes al efectuar la entrega y recepción material de la cosa (tradición real).[42] A vía de ejemplo, si se omite una cláusula de tradición, ya sea la prevista en el artículo 767 referido u otras, pero el comprador hipoteca a favor del vendedor el bien que adquiere en garantía del saldo de precio, es evidente que el comprador actúa en calidad

40 Yglesias, Arturo, y Arezo Píriz, Enrique, o. cit.

41 Yglesias, Arturo, *Derecho de las cosas*, tomo II: «La posesión y sus circunstancias», vol. I, Montevideo: FCU, 2.ª ed.

42 Howard, Walter, *Modos de adquirir* cit., p. 373.

de propietario y que el vendedor le reconoce esa calidad, lo cual significa que operó la tradición, ya sea por el mero consentimiento de las partes (art. 766) o por el uso del uno y la paciencia del otro (art. 768 CC).

III. *Contenido de la obligación del vendedor emanado del contrato de compraventa*. Concebida la compraventa como un negocio obligacional (no traslativo), el vendedor, conforme a la regulación legal del contrato de compraventa, se obliga a dar. De regla, el vendedor cumple su obligación entregando la pacífica posesión de la cosa, pues por ley no está obligado a transferir la propiedad (art. 1686 CC). Pero cuando el vendedor es propietario, o cuando se obligó contractualmente a transferir el dominio a través de la llamada *cláusula de título perfecto*, la transferencia de la cosa al comprador entraña tradición, y esto es independiente de la voluntad del vendedor,[43] siempre y cuando se den los demás requisitos para que el modo opere (art. 769 CC). La ley no admite que suceda de otra manera, ya que el artículo 1732 del Código Civil prohíbe en nuestro derecho la reserva de dominio. Una voluntad del vendedor —propietario— en el sentido de conservar el dominio a pesar de haber suscripto un contrato de compraventa sería ineficaz; esto es, a pesar de ella, la propiedad se transfiere.

Segunda parte: aplicación de lo expuesto al caso concreto

El caso, como se dijo *supra*, presenta dos particularidades: se enmarca en una situación de *autocontrato* y se omitió la cláusula de tradición.

En la escritura de compraventa de 12.10.1972 comparece el Sr. AA, en nombre y representación de la sociedad XX S. A., en calidad de vendedor y, el mismo sujeto AA, en calidad de comprador. Existe un solo otorgante en la escritura, por tanto hay una única voluntad que se dirige en dos sentidos opuestos, manifestando a la vez la voluntad de vender en representación de la sociedad y de comprar en nombre propio. Surge de allí que tiene autorización expresa para autocontratar, esto es, para adquirir el bien que el mandante le ha ordenado vender.

El fenómeno del autocontrato será un factor primordial en la interpretación del caso.

1. Haz obligacional en el contrato de compraventa

El vendedor era propietario y se obligó a transferir el dominio, y el comprador así entendió adquirirlo.

El Sr. AA, en nombre y representación de la parte vendedora, se obligó en el contrato de compraventa, con cláusula de título perfecto, a transferir la propiedad y posesión del padrón horizontal HH y la cochera JJ; por tanto, como representante, asumió la obligación de entregar la cosa.

43 Gamarra, Jorge, *Tratado de derecho civil uruguayo*, tomo III, vol. 1, 1.ª ed., 1959, pp. 20-21.

¿Qué hace como comprador el mismo sujeto, esta vez actuando por sí? Se obliga a adquirir la propiedad y posesión de ese bien.

Respecto de su obligación de pagar el precio, surge de la escritura que fue cancelado con anterioridad a dicho otorgamiento y que se otorgó carta de pago en el documento. Si pagó todo el precio con anterioridad con carta de pago, se presume que entendió que la obligación del vendedor estaba agotada por cumplimiento, tanto a nivel obligacional como dispositivo.

Por tanto, debemos distinguir dos momentos conceptualmente diversos. A nivel de negocio obligacional, tenemos un contrato de compraventa existente, válido y eficaz; surgieron desde el perfeccionamiento las obligaciones de entregar la cosa y pagar el precio. Ahora, ¿qué sucede a nivel de cumplimiento de ese haz obligacional, esto es, cuando nos enfocamos en el análisis del modo tradición? Aquí es cuando decimos que en indudable que la tradición, por la forma del *constituto posesorio* o *tradición por cláusula*, no se operó en la especie, no surge de la escritura.

Pero ¿qué otra forma traditiva tuvo lugar en el caso? A nuestro entender, se operó la tradición real, esto es, la aprehensión corporal de la cosa por el adquirente a título de dueño.

2. Se operó en el caso la tradición real

I. La sociedad vendedora —suponemos— detentaba la posesión del bien y era propietaria en la escritura de 12.10.1972, ya que esos puntos no fueron objeto de consulta. Si era propietaria, toda entrega que realice lo es a título de tradición, por la prohibición del pacto de reserva de dominio y por la cláusula de título perfecto consignada en la escritura, como se desarrolló *supra*.

Por otro lado, no es razonable pensar que una persona en su sano juicio, en nombre y representación de una sociedad, se obligue a entregar y suscriba un contrato de compraventa a tales fines en calidad de vendedor y, actuando por sí, compre el mismo bien en base al referido contrato, y cuando llegue el momento de cumplimiento, esto es, la efectiva entrega o tradición, incumpla con la obligación que él mismo contrajo, y que el único perjudicado en ese incumplimiento sea él. Por eso dijimos que el fenómeno del autocontrato iba a ser un factor importantísimo en la interpretación.

II. Cuando en la comparecencia de 12.10.1972 se consigna el domicilio del comprador, se dice que se domicilia en el mismo bien que adquirió, por tanto, ya tenía la cosa en su poder al momento de la escritura.

III. Cuando se celebra la venta del bien el 12.2.2009 por el Sr. AA y su cónyuge al comprador, el Sr. DD, los vendedores se siguen domiciliando en el mismo bien, conforme se establece en la comparecencia, y además se realiza la tradición por cláusula o *constituto posesorio* en esa escritura. Por tanto, y según un principio cardinal de nuestro sistema, nadie puede transferir más derechos de los que tiene; si transfirió el bien haciendo

tradición y se domiciliaba allí hasta ese momento es porque tenía la propiedad y posesión en su poder.

De las circunstancias es posible interpretar que tuvo la posesión desde 1972. Se consigna en la escritura de compraventa que se domicilia en el mismo bien que adquiere hasta 2009, momento en que lo enajenó. ¿A qué título tuvo esa posesión? A título de propietario, lo cual surge inequívocamente por haber establecido el domicilio en el bien que adquirió, posesión que mantuvo durante el lapso de 37 años.

IV. Cuando Yglesias[44] analiza los elementos sustanciales de la posesión, siguiendo a Savigny, dice que además del hecho físico de la detención, para que esta pueda ser considerada como posesión debe ser intencional. No es suficiente tener la cosa: debe querer tenerla. El ánimo en la posesión no es otra cosa que ejercer el derecho de propiedad. No es verosímil pensar que en este caso el ánimo del comprador fue otro que el haber detentado el bien a título de propietario.

V. La entrega de la cosa, según el artículo 1688, disposición especial del contrato de compraventa, cuando el comprador ha pagado todo el precio, como en el caso en consulta, debe ser inmediatamente posterior al contrato, si nada dijeron las partes al respecto. Esto es, hay un tiempo, según la ley, establecido para la entrega, y en el caso, la entrega operó, ya que el comprador estableció allí su domicilio.

Tercera parte: Conclusiones

I. Por lo expuesto, se concluye que se transfirió la propiedad del bien en la escritura de 12.10.1972 por el título compraventa y el modo tradición.

No operó en el caso la tradición por cláusula porque se omitió, pero sí existe prueba suficiente de que se operó la forma de tradición real, prescripta en el artículo 760 del Código Civil.

Si el tradente —como en la escritura en examen— es propietario y poseedor, entonces trasmite esas atribuciones al adquirente.

II. No se comparte la opinión del escribano consultante respecto de que el comprador de fecha 12.2.2009 habría tenido una adquisición *a non domino* y tendría que demostrar la posesión desde el 12.10.1972 hasta el 12.2.2009 a fin de adquirir por el modo prescripción. El último adquirente de 2009 no lo hizo *a non domino*: lo hizo de un propietario, con un título existente, válido y eficaz, que fue la multicitada escritura de compraventa de 12.10.1972, y un modo tradición también existente, válido y eficaz; por tanto, el modo prescripción, en el caso, no tiene cabida.

III. Los hechos concomitantes como los acontecidos con posterioridad y los principios que rigen la traslación de dominio en nuestro derecho hacen concluir que la escritura de compraventa de 12.10.1972 es inobservable, y

44 Yglesias, Arturo, *Derecho de las cosas*, tomo y vol. cit., p. 149.

que el modo tradición es perfectamente comprobable; por tanto, la traslación de dominio por título y modo se operó conforme a la ley.

Esc. Sabrina Buono
Informante

La Comisión de Derecho Civil, integrada por los Escs. M.ª Jesús Almandoz, Américo Bianchi, Karen Bonner, Sabrina Buono, Miguel Burdín, Alicia Cancela, María Inés Casatroja, Daniella Cianciarulo, Nicolás García Rodríguez, Alicia González Bilche, Lourdes González Fernández, Carlos Groisman, Ana Celia Irabedra, Francisco Mastropierro, Patricia Méndez, Ana Lía Méndez, Roque Molla, Margarita Puertollano, María del Pilar Ramírez, Ana Lucía Realini, María Ritacco, Mildred Secondo, Diego Séré, Adriana Silva, Gonzalo Trobo, Verónica Ubillos, Horacio Varoli, M.ª Beatriz Vázquez y Juan Pablo Villar, aprueba el informe que antecede, elaborado por la Esc. Sabrina Buono.

Escs. Roque Molla y Juan Pablo Villar
Coordinadores

Informe aprobado por la Comisión Directiva Nacional de la AEU el 6.2.2018, expediente 1504/2017.

CARTA DE PAGO. COMPRAVENTA. CONDICIÓN RESOLUTORIA

Resumen

No es necesario el otorgamiento de la carta de pago para la bondad del título cuando se ha pactado en el contrato de compraventa la renuncia a la condición resolutoria del artículo 1431 del Código Civil.

Informe: Civil

Consulta

Relación de hechos

19.9.1980. Los cónyuges AM y AZ enajenaron por título compraventa y modo tradición a los esposos JO y AC el padrón …/201 por el precio de N$ 160.000 más UR 931,32, de los cuales se integró a la fecha del otorgamiento de la compraventa la suma de N$ 160.000: el saldo de UR 931,32 se

abonaría de la siguiente forma: *a*) UR 465,66 el 15.8.1981, más el interés de N$ 17.600, y *b*) UR 465,66 el 15.8.1982, más el interés de N$ 9.609.

Se pactó en cláusula novena que los enajenantes renuncian a la acción rescisoria para el caso de incumplimiento de los adquirentes (arts. 1431, 1731 y ss. CC).

Los compradores exhiben como documentación que acredita el pago del saldo de precio recibos de pagos de fechas 28.8.1981, 10.9.1982 y 14.12.1982, firmados por uno de los integrantes de la parte vendedora, obligándose a firmar la documentación —carta de pago— cuando le sea requerido para ello.

Consulta

¿Corresponde que se otorgue carta de pago de saldo de precio formalmente y firmada por ambos cónyuges administradores, aun con renuncia a la acción resolutoria, cuando la obligación se contrajo hace más de treinta años?

Opinión de la consultante

1. Los vendedores renunciaron a la condición resolutoria para el caso de incumplimiento de los compradores; surge del certificado de Actos Personales que los compradores están libres de inscripciones.

2. Toda acción personal por deuda exigible prescribe a los veinte años (art. 1216 CC), y los derechos reales, a los treinta.

3. Para el caso en concreto, no corresponde mencionar el artículo 17, numeral 8.º de la ley 16871.

4. Los recibos de pago referidos acreditan que se abonó la totalidad del saldo de precio, pues aunque no se otorgó la carta de pago por escritura pública ni por documento privado con certificación notarial de firmas, son plenamente eficaces y se aceptan como válidos.

En síntesis, aprueba totalmente el título de propiedad referido, sin ser necesario otorgar carta de pago por el total del precio.

Informe de la Comisión de Derecho Civil

El Código Civil vincula el derecho a la resolución del contrato sinalagmático, en caso de incumplimiento de una parte, a la condición resolutoria, artículo 1431.

El Dr. Gamarra[45] dice, respecto a la renuncia a la acción de resolución:

> No es cuestionable la facultad de renunciar a la resolución luego de producido el incumplimiento; se puede renunciar siempre a los derechos de impugnación. Es más discutible, en cambio, la validez de la renuncia

45 Gamarra, Jorge, *Tratado de derecho civil uruguayo*, tomo XVIII, vol. II, pág. 13.

anticipada; parte de la doctrina francesa la rechaza aduciendo que comporta una cláusula de irresponsabilidad, que quita al contrato su fuerza obligacional, y significa abolir el derecho de control que la ley confiere al juez en el artículo 1431.

Es preferible la opinión contraria, porque al acreedor le resta siempre la posibilidad de acudir a la ejecución forzada (cumplimiento), y por ello no puede decirse que la renuncia a la resolución prive al contrato de su fuerza obligacional. Las cláusulas de irresponsabilidad son admisibles, en nuestro derecho, dentro de ciertas limitaciones (*retro*, cap. IX, VIII) y el Código Civil otorga validez a la renuncia anticipada en la garantía por evicción y vicios ocultos (arts. 1699 y 1719), también con ciertas limitaciones. Se aduce, asimismo, que el artículo 1431 tiene un carácter supletorio; su regulación puede ser modificada por la competencia dispositiva del particular, ya que no pertenece al orden público.

El Dr. Carnelli[46] expresa:

El pacto de renuncia en el contrato a demandar la resolución judicial en caso de incumplimiento del deudor no obsta a que igualmente se perfeccione el contrato y que tenga una norma jurídica, con un deber de comportamiento para el obligado (deuda) y un derecho subjetivo (crédito) a exigir por el acreedor.

Pero frustrado el contrato por el no cumplimiento por el deudor, tiene el acreedor, no obstante el pacto de renuncia, igualmente derecho a obtener mediante la resolución judicial su liberación, desatando el vínculo jurídico que lo unía con el incumplidor, porque aquel está privado de eficacia vinculante.

La conclusión antedicha se refiere únicamente al incumplimiento de obligaciones principales o accesorias elevadas a aquella categoría por voluntad de las partes porque son las que pueden ocasionar la frustración del interés del acreedor.

No se extiende en cambio a las obligaciones accesorias, secundarias o instrumentales, que no provocan ese resultado, lo que significa que es ajustado a derecho que se renuncie en estos casos al derecho a obtener la resolución judicial en caso de que se incumplan.

Hoy en día, para la opinión de la doctrina mayoritaria, la renuncia a la acción resolutoria prevista en el artículo 1431 del Código Civil es realizable *antes o después del incumplimiento del deudor*, pues se entiende que la acción de resolución para el caso de incumplimiento de un contrato bilateral, como todo derecho o acción de orden privado, es cesible y renunciable (arts. 1283, inc. 2.º, 1284, 1286, 1429 y 1431 CC). Lo reafirma el principio general: todo aquello que está en el comercio de los hombres y no contraviene el orden público y las buenas costumbres puede ser objeto de negocio jurídico, incluso de negocio unilateral de renuncia.

46 Carnelli, Santiago, «Renuncia anticipada al derecho de obtener la resolución judicial del contrato por incumplimiento y al derecho a invocar la excepción de incumplimiento», *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, tomo XXI, pp. 425 y ss. (Ve. conclusiones).

Alcance de la renuncia a la acción resolutoria

Surge claramente de la cláusula novena del contrato de compraventa de 19.9.1980 objeto de esta consulta la intención expresa de los contratantes de renunciar a la acción resolutoria para el caso de incumplimiento, prevista en los artículos 1431 y 1731 del Código Civil. El artículo 1431 dice que «la parte a quien se ha faltado puede optar entre obligar a la otra a la ejecución de la convención, cuando es posible, o pedir la resolución con daños y perjuicios», sin establecer un límite temporal para el ejercicio de dicha opción. En la compraventa antes referida, el acreedor optó anticipadamente para el caso de incumplimiento del deudor por el cumplimiento forzoso: cierra así la vía de la resolución del contrato, y dicho título queda firme e inobservable.

Conclusión

No es necesario el otorgamiento de la carta de pago para la bondad del título cuando se ha pactado en el contrato de compraventa la renuncia a la condición resolutoria del artículo 1431 del Código Civil.

Esc. Margarita Puertollano
Informante

La Comisión de Derecho Civil, integrada por los Escs. M.ª Jesús Almandoz, Américo Bianchi, Karen Bonner, Sabrina Buono, Miguel Burdín, Alicia Cancela, María Inés Casatroja, Daniella Cianciarulo, Nicolás García Rodríguez, Alicia González Bilche, Lourdes González Fernández, Carlos Groisman, Ana Celia Irabedra, Francisco Mastropierro, Patricia Méndez, Ana Lía Méndez, Roque Molla, Margarita Puertollano, María del Pilar Ramírez, Ana Lucía Realini, María Ritacco, Mildred Secondo, Diego Séré, Adriana Silva, Gonzalo Trobo, Verónica Ubillos, Horacio Varoli, M.ª Beatriz Vázquez y Juan Pablo Villar, aprueba el informe que antecede, elaborado por la Esc. Margarita Puertollano.

Escs. Roque Molla y Juan Pablo Villar
Coordinadores

Informe aprobado por la Comisión Directiva Nacional de la AEU el 6.2.2018, expediente 1559/2017.

CESIÓN DE DERECHOS DE MEJOR POSTOR. CONSENTIMIENTO. CÓNYUGE. REMATE JUDICIAL. NATURALEZA JURÍDICA. BIEN PROPIO. BIEN GANANCIAL

Resumen

Consentimiento del cónyuge en cesión de derechos de mejor postor.

Informe: Civil

Consulta

Relación de hechos

2016. El 29.9.2016 se sacó a remate público sin base y al mejor postor la mitad indivisa de un inmueble en régimen de propiedad horizontal, según decreto del juez letrado de Primera Instancia en lo Civil de … Turno, expediente caratulado «XX c/ZZ. Juicio ejecutivo», ficha …

2017. *a*. Dicho bien fue adquirido por el mejor postor AA, casado en segundas nupcias con NN. Se aprobó por decreto …/2017 la liquidación del crédito del ejecutante, se tuvo por integrado el precio de la subasta por compensación hasta la suma concurrente (el mejor postor no consignó el importe del 30% de la seña, amparado en el art. 387.4 CGP) y se dispuso el otorgamiento de la escritura de compraventa.

b. El 16.8.2017, la consultante autorizó escritura por la cual AA, casado en segundas nupcias con NN, cedió a BB los derechos de mejor postor en el remate referido; se pagó todo el precio en el mismo acto. Se presentó al juzgado la cesión de derechos referida y se solicitó el otorgamiento de la compraventa judicial a nombre de BB.

c. El 24.8.2017, la oficina actuaria del juzgado informó que «previamente, y a efectos de concluir el informe dispuesto, corresponde que se acredite que los derechos cedidos tienen naturaleza de bien propio, puesto que si fueran de naturaleza gananciales, faltaría el consentimiento de la cónyuge del cedente antes nombrado», lo cual fue reiterado y ratificado el 18.9.2017, agregando además que «se puede hacer un paralelismo con la cesión de derechos de promitente comprador cuyo objeto sea un inmueble; si es ganancial, requiere el consentimiento de ambos cónyuges».

d. Por decreto del 18.9.2017, el juez de la causa dispuso proceder como indicó la oficina actuaria.

Consulta

Se consulta si la cesión de derechos de mejor postor en un remate judicial de bien inmueble realizada por quien adquirió tales derechos casado requiere el consentimiento del cónyuge del cedente.

Opinión de la consultante

La consultante entiende que la cesión de derechos de mejor postor en un remate judicial de un bien inmueble no puede asimilarse a una promesa de contratar, otorgada por quien adquirió tales derechos de estado civil casado: no requiere el consentimiento del cónyuge del cedente. Argumenta lo antedicho citando a Puig y Vera,[47] quienes califican la naturaleza jurídica de los derechos de mejor postor entre los derechos personales (art. 473 CC) que solo pueden reclamarse de ciertas personas, siempre determinadas, que por hecho propio o disposición de la ley han asumido obligaciones correlativas. Y en cuanto a la oferta aceptada por el mejor postor en el remate, ya se entienda que es una promesa simple de compraventa o un contrato innominado, no queda duda de que en cualquier caso, el objeto de dicho contrato es la celebración de un ulterior contrato de compraventa, con su correspondiente tradición. Este derecho tiene sujetos pasivos determinados, que son los titulares del bien, y por tanto, estamos ante un derecho de carácter personal, que, además, es de naturaleza mueble, por aplicación del artículo 474 del Código Civil, ya que su objeto —el otorgamiento de una escritura de compraventa— es una obligación de hacer.

Para fundamentar su posición, la consultante cita y adjunta, además, un anterior informe de esta comisión que coincide con su postura[48] en cuanto a la naturaleza jurídica personal y mueble de la cesión de derechos de mejor postor; también un trabajo del Dr. Caviglia,[49] para quien el mejor postor en un remate asume una posición jurídica no vinculada con la de un comprador civil ni, mucho menos, un promitente comprador, en tanto que no asume otras obligaciones ni adquiere otros derechos que los emergentes de la posición procesal en que la aceptación de su postura en el remate le coloca, y que son básicamente de índole procesal, no equiparables a las obligaciones que surgen de la compraventa privada. El acto del remate es, a juicio del referido autor, una actividad procesal jurisdiccional que forma parte de una etapa preparatoria del proceso de enajenación judicial forzada que, como actividad de hecho que es, no genera obligaciones ni derechos sustanciales en cuanto a la titularidad de la propiedad del bien, sino relaciones jurídicas que vinculan al mejor postor con el órgano judicial en un plano procesal, con el objetivo de disponer del valor rematado y transferir el dominio. La decisión judicial que aprueba el remate genera, para este autor, un derecho específico en el mejor postor a obtener la escrituración judicial del inmueble toda vez que haya cumplido su cargo de depositar el saldo de su oferta iniciada con la seña en el acto del remate.

47 Puig, Leonel, y Vera, María Inés, *Escrituras judiciales y sus procesos previos en el Código General del Proceso*, Montevideo: AEU, 4.ª ed., 2007.

48 *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, tomo 81, n.º 7-12 (jul.-dic. 1995), pp. 45-47.

49 Apartado «D.3. Actuaciones posteriores al remate judicial», punto I: «Naturaleza procesal de las actividades preparatorias de la enajenación judicial forzada», *La Justicia Uruguaya*, tomo 131.

Informe de la Comisión de Derecho Civil

Para determinar el objeto del contrato de cesión de derechos de mejor postor en un remate es necesario analizar la naturaleza jurídica de este derecho.

Prima facie, deberíamos determinar frente a qué derecho nos encontramos, si es *real* o *personal*. De acuerdo al artículo 472 del Código Civil,

> derecho real es el que tenemos en una cosa o contra una cosa sin relación a determinada persona. El derecho en la cosa supone el dominio o un desmembramiento del domino. El derecho contra la cosa puede ser constituido meramente por garantía, como sucede respecto de la prenda y la hipoteca. De los derechos reales nacen acciones de la misma clase.

Del referido artículo resulta que el sujeto pasivo del derecho se encuentra indeterminado, y las acciones se ejercen directamente sobre el bien o sobre la cosa. Por otra parte, de acuerdo al artículo 473 del Código Civil uruguayo,

> derechos personales son los que solo pueden reclamarse de ciertas personas que por un hecho suyo o la sola disposición de la ley, han contraído las obligaciones correlativas, como el que tiene el prestamista contra su deudor por el dinero prestado o el hijo contra el padre por alimentos. De estos derechos nacen las acciones personales.

Por lo tanto, la diferencia sustancial es que cuando se tiene un derecho de este tipo —personal—, el sujeto pasivo de la obligación está determinado.

Analizando la situación al momento del remate, una vez aceptada la oferta por el mejor postor, se labra un acta suscripta por él en la que acepta comprar el bien al precio ofertado. En ese momento se determina la persona, el precio y las demás condiciones de compra del bien.

En consecuencia, el acto del remate en sí puede ser analizado desde dos puntos de vista, uno *sustancial* y otro *procesal*. Desde el punto de vista sustancial, como ya lo expresamos, determina la persona del adquirente y el precio; se configura lo que podría denominarse un primer acuerdo de voluntades. La aceptación de la oferta impone al mejor postor la obligación de entregar la suma de dinero y otorga la facultad de desistir del negocio o exigir la transferencia del dominio del bien ejecutado, además de requerir la aprobación del juez, extremos que parecen incompatibles con la posición que sostiene que estamos frente a una promesa de compraventa. Desde el punto de vista procesal, es el momento en que se vincula el mejor postor al proceso. Al respecto, Uriarte Audi[50] coincide con Gamarra en que la facultad y la necesidad de la aprobación del remate por el juez son incompatibles con el asignar al remate el carácter de promesa de compraventa.

50 *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, n.º 1 (1991), pp. 115-129.

Como ya adelantáramos, tanto para los que entiendan que estamos frente a una promesa simple de compraventa como para quienes sostenemos estar frente a un contrato innominado, cualquiera sea la posición que se adopte, lo cierto es que se trata de una obligación de hacer: otorgar la escritura de compraventa.

Informes anteriores de esta comisión[51] han concluido que en aplicación de los artículos 471 a 473 del Código Civil, la cesión de derechos de mejor postor tiene por objeto derechos de carácter personal.

Nos encontramos, entonces, frente a un derecho de carácter personal, que además es de naturaleza mueble, por aplicación del artículo 474 del Código Civil, ya que su objeto es una obligación de hacer.

Conclusión

En el caso de marras, en virtud de lo expuesto, y siguiendo la posición adoptada por esta comisión en informes anteriores, entendemos que la cesión de derechos de mejor postor de 16.8.2017, aun siendo ganancial, no requiere el consentimiento del cónyuge.

Escs. Ana Lía Méndez
y Francisco Mastropierro
Informantes

La Comisión de Derecho Civil, integrada por los Escs. M.ª Jesús Almandoz, Américo Bianchi, Karen Bonner, Sabrina Buono, Miguel Burdín, Alicia Cancela, María Inés Casatroja, Daniella Cianciarulo, Nicolás García Rodríguez, Alicia González Bilche, Lourdes González Fernández, Carlos Groisman, Ana Celia Irabedra, Francisco Mastropierro, Patricia Méndez, Ana Lía Méndez, Roque Molla, Margarita Puertollano, María del Pilar Ramírez, Ana Lucía Realini, María Ritacco, Mildred Secondo, Diego Séré, Adriana Silva, Gonzalo Trobo, Verónica Ubillos, Horacio Varoli, M.ª Beatriz Vázquez y Juan Pablo Villar, aprueba el informe que antecede, elaborado por los Escs. Ana Lía Méndez y Francisco Mastropierro.

Escs. Roque Molla y Juan Pablo Villar
Coordinadores

Informe aprobado por la Comisión Directiva Nacional de la AEU el 6.2.2018, expediente. 1639/2017.

51 Ivanier, Rossana, y Sienra Reyes, María (informantes), Asociación de Escribanos del Uruguay, Comisión de Derecho Civil, «Cesión de derechos de mejor postor», *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, tomo 101, n.º 1-12 (ene.-dic. 2015), pp. 216-219. Molla Camacho, Roque (informante), Asociación de Escribanos del Uruguay, Comisión de Derecho Civil, «Adquisición en remate público. "Venta forzada"», *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, tomo 70, n.º 1-3 (ene.-mar 1984), pp. 203-209.

COMPRAVENTA JUDICIAL. ERROR. COMPARECENCIA. CESACIÓN DE CONDOMINIO

Resumen

Omisión de parte en la comparecencia de escritura procesal.

Informes: Civil y Procesal

Consulta

Relación de hechos

1. Por escritura de 29.10.1947, DR, casado en segundas nupcias con EG, y otros adquirieron por título compraventa y modo tradición el entonces padrón rural …, ubicado en …, con una superficie de 21 hectáreas y 6.098 metros, correspondiéndole a DR la cantidad de 1 hectárea de dicho padrón.

2. Por escritura de 29.3.1990, DR, casado en segundas nupcias con EG, vendió por título compraventa y modo tradición a JR la hectárea de la que era titular.

3. El 20.8.1990 se presenta ante el Juzgado Letrado en lo Civil de … Turno, en autos caratulados «JR c/FE y otros. Cesación de condominio» (ficha …/1990), el Sr. JR, en su carácter de actor condómino del padrón rural … (con superficie de 21 ha y 6.098 m), ubicado en …, e interpone demanda de cesación de condominio de origen contractual sobre el referido padrón, solicitando la cesación de condominio existente sobre él por tratarse de un bien inmueble que no admite cómoda división entre los demás condóminos (art. 370 CGP).

4. Por auto de 22.8.1990 se decretó la cesación de condominio relativo al inmueble y se dispuso su venta en subasta pública sobre la base de la tasación, con citación de excepciones a los demandados emplazados por edictos a estar a derecho en un plazo de noventa días, bajo apercibimiento de designar defensor de oficio.

5. Se hace el emplazamiento por edictos a todos los condóminos demandados por el término de los noventa días y se efectúan las correspondientes publicaciones (art. 89 CGP). Se emplaza a todos los condóminos otorgantes de la escritura de compraventa de 29.10.1947 y a sus sucesores a título universal o singular —condóminos derivados, indeterminados o inciertos— en virtud de que se desconoce la identidad de varios de ellos (art. 127.2 CGP).

6. Como resultado del emplazamiento por edictos, algunos condóminos comparecieron en tiempo y forma en el expediente e interpusieron

excepciones, las que fueron contestadas y posteriormente desestimadas por sentencia definitiva. Otros no se presentaron en tiempo y forma a oponer excepciones en la etapa de conocimiento, por lo que se les designó defensor de oficio.

7. Todo el proceso contó con la presencia del Ministerio Público.

8. Cumplidas las formalidades de estilo, una vez efectuado el remate, resultó mejor postor el Sr. JM. El decreto de remate y la resolución que aprobó el remate quedaron firmes, sin ser oportunamente impugnadas.

9. Los condóminos que no comparecieron en el expediente a interponer excepciones en tiempo y forma lo hicieron en la etapa final de liquidación del crédito, posterior al remate del bien, y solicitaron diversas órdenes de pago.

10. Por escritura pública autorizada el 27.5.1998, la jueza letrada de primera instancia en lo civil de … turno, en cumplimiento de lo actuado en el expediente caratulado «LT c/FE y otros. Cesación de condominio»[52] (ficha …/1990), otorgó la compraventa judicial con relación al padrón rural a favor de JM.

11. Previo estudio de títulos, de la compulsa de la referida escritura judicial surge que en la comparecencia se omitió incluir a algunos condóminos.

Consulta

Se consulta acerca de si la omisión en la comparecencia de algunos condóminos en la compraventa judicial de 27.5.1998, relacionada en el numeral 10 que antecede, tiene consecuencias desde el punto de vista jurídico y si dicha omisión afecta su validez y eficacia con relación al adquirente y sus sucesores a cualquier título.

En 2011, C S.A. compró a los herederos de JM 14 hectáreas y 4.196 metros del total de las 21 hectáreas con 6.098 metros que tenía el entonces padrón rural objeto de la consulta.

Actualmente, las 14 hectáreas y 4.196 metros están empadronadas con el número … En el terreno, C S.A. está desarrollando un fraccionamiento de propiedad horizontal (ley 17292), para lo cual se fraccionó en veintiséis lotes de 4.000 metros cuadrados en promedio cada uno.

La consultante es hoy asesora de C S.A., dueña del fraccionamiento que comercializará los 26 lotes que lo conforman.

52 El cambio de autos caratulados corresponde a que JR vendió la hectárea de la que era titular a LT.

Opinión del consultante

1. Proceso monitorio de cesación de condominio; emplazamiento de personas inciertas e indeterminadas; cosa juzgada

A efectos de determinar si la omisión de algunos condóminos en la comparecencia de la compraventa judicial referida afecta su validez y eficacia, entendemos procedente analizar en primer lugar cómo se desarrolló el proceso monitorio de cesación de condominio relacionado, con especial atención en el emplazamiento por edictos, y el carácter de cosa juzgada de todas las resoluciones judiciales dictadas en dicho proceso.

El proceso de cesación de condominio de origen contractual es un proceso de estructura monitoria (art. 370 CGP).

La parte demandada en el proceso monitorio de cesación de condominio que nos comprende estuvo conformada por dos clases de condóminos, a saber: *a*) condóminos originarios, conocidos por el actor por tratarse de los compradores (parte compradora) de la escritura de compraventa de 1947, y *b*) condóminos derivados, personas inciertas e indeterminadas no conocidas por el actor (sucesores a título universal o singular de los condóminos originarios).

En cuanto a los condóminos originarios, como dijimos, se trata de todos los compradores de la escritura de compraventa de 29.10.1947, en la cual el padre del actor, DR, junto con otros, adquirieron la totalidad del padrón rural relacionado. Según surge de dicha escritura, adquirió una hectárea de dicho padrón.

Luego, en 1990, cuando el actor JR adquiere de su padre DR la hectárea de la que era titular, desconocía quiénes serían los condóminos derivados del padrón, es decir, los sucesores a título universal o singular de los condóminos originarios de la escritura de 1947. Es por esta razón que el propio actor solicita el emplazamiento por edictos a todos los condóminos originarios (1947) «y a sus sucesores a título universal o singular».

El emplazamiento se hizo cumpliendo con la formalidad (edictos, publicaciones) y en el plazo (noventa días) requeridos por la ley (arts. 127.2 y 84 CGP).

Como resultado de dicho emplazamiento surge que comparecieron en tiempo y forma a interponer excepciones en la etapa de conocimiento algunos condóminos originarios y condóminos derivados (estos últimos, sucesores a título universal o singular de los condóminos originarios). Asimismo, aquellos condóminos originarios y derivados que no comparecieron en tiempo y forma a interponer excepciones en la etapa de conocimiento del proceso lo hicieron en diferentes comparecencias (en la etapa de liquidación, posterior al remate), solicitando las órdenes de pago correspondientes en virtud de sus créditos como condóminos del padrón referido.

Es de destacar que a los condóminos que no comparecieron en la etapa de conocimiento del proceso a interponer excepciones se les designó un defensor de oficio, quien aceptó el cargo, controló la regularidad de las diferentes etapas del proceso y tuvo la oportunidad de plantear las defensas y recursos pertinentes en defensa de los intereses de sus representados, así como verificar y asegurar que sus representados hubieran sido bien emplazados de acuerdo a la ley (edictos).

En definitiva, por haber personas inciertas e indeterminadas en la parte demandada —sucesores de los condóminos originarios—, el emplazamiento por edictos (art. 127.2) es la vía procesal correcta para cumplir con el emplazamiento, lo que así se hizo, respetando la forma establecida por la ley (publicaciones, art. 84 CGP) y por el tiempo debido (noventa días), razón por la cual no nos merece mayores comentarios al respecto.

Como dijimos, el proceso de cesación de condominio es un proceso de estructura monitoria. Todas las resoluciones dictadas en el transcurso del proceso tienen el carácter de ejecutoriadas, quedaron firmes y con eficacia de cosa juzgada. La sentencia inicial que decretó la cesación del condominio, la sentencia que desestima las excepciones opuestas por los demandados, la sentencia que desestima la demanda incidental de nulidad, la que decreto el remate, la que aprobó el remate y la que dispuso escriturar el padrón al mejor postor, todas ellas tienen carácter de sentencia firme, es decir, adquirieron la eficacia de cosa juzgada. Cabe aclarar en ese sentido que la eficacia de cosa juzgada comprende no solo las sentencias definitivas —en el caso, la providencia inicial que decretó la cesación de condominio y la sentencia que desestimó las excepciones—, sino también las sentencias interlocutorias —en el caso, la que desestimó la demanda incidental de nulidad, la que decretó el remate, la que aprobó el remate y la que dispuso escriturar el padrón al mejor postor—, de acuerdo con lo previsto en el artículo 215 del Código General del Proceso.

Es de destacar que las sentencias dictadas en el proceso de cesación de condominio no admiten ser revisadas en juicio ordinario posterior, ya que el artículo 361 del Código General del Proceso, que consagra el juicio ordinario posterior al proceso ejecutivo, no se encuentra comprendido en la remisión del artículo 363 del mismo código, referida a otros procesos monitorios entre los que se encuentra el que nos ocupa.

Eventualmente, las sentencias definitivas pasadas en autoridad de cosa juzgada pudieron haber sido impugnadas mediante el *recurso extraordinario de revisión*, el cual prevee hasta un plazo de tres años desde que las sentencias quedaron firmes (cosa juzgada) para interponerlo (art. 285 CGP). En el caso que nos comprende, ni partes (condóminos) ni terceros se presentaron a interponer dicho recurso, y su referido plazo legal precluyó con exceso. Cabe agregar que el plazo para la interposición del recurso de revisión, que actualmente y a partir de la reforma introducida por la ley 19090 es el referido de tres años, era de un año al momento en que concluyó el proceso de cesación de condominio que nos ocupa.

Sin perjuicio de ello, en este proceso existió la particularidad de que el emplazamiento se hizo por edictos, por haber personas inciertas e indeterminadas en la parte demandada (condóminos derivados, sucesores de los condóminos originarios). En este caso es de recibo lo estipulado en el artículo 221 del Código General del Proceso, el cual establece:

> En los procesos en que hayan sido emplazadas como demandadas personas indeterminadas o inciertas, la sentencia surtirá efecto en relación a todas las personas comprendidas en el emplazamiento, salvo que se compruebe en el mismo proceso o en otro que su identidad era conocida por alguna de las partes, *y sin perjuicio de los derechos adquiridos por terceros de buena* fe [el destacado nos pertenece].

El tercero de buena fe, en este caso, es el mejor postor, JM, quien adquirió los derechos en una subasta pública como resultado de un proceso monitorio que cumplió todas las etapas y formalidades establecidas por la ley, y quien luego escrituró el padrón a su nombre el 27.5.1998, con inscripción de dicha compraventa en el Registro el 28.5.1998 (oponibilidad frente a terceros).

Desde la fecha de inscripción de la compraventa judicial en el Registro y hasta el día de hoy —pasados casi diecinueve años—, ningún condómino o tercera persona se presentó en el expediente judicial a acreditar el conocimiento de la identidad de los demandados por parte del actor ni a impugnar la validez y eficacia de la adquisición del inmueble rematado por parte del mejor postor. Y como veremos, ha caducado en exceso el plazo para cualquier eventual impugnación fundada en alegada indefensión y solo puede reclamarse mediante el recurso de revisión (arts. 221 y 285 CGP).

Asimismo, ningún condómino ni tercera persona, desde la fecha de inscripción de la compraventa judicial y hasta el día de hoy —diecinueve años más tarde—, inició algún otro proceso cuya pretensión haya sido la de acreditar el conocimiento de la identidad de los demandados por parte del actor o cuestionar la validez y eficacia de lo resuelto en el proceso de cesación de condominio relacionado.

Confirma más aún nuestra posición acerca de la firmeza y eficacia de todas y cada una de las sentencias dictadas durante todo el transcurso del proceso de cesación de condominio la modificación que tuvo el artículo 221 del Código General del Proceso, en la redacción dada por la ley 19090, que hace referencia al recurso de revisión:

> En los procesos en que hayan sido emplazadas como demandadas personas indeterminadas o inciertas, la sentencia surtirá efecto en relación a todas las personas comprendidas en el emplazamiento, *salvo que se compruebe en el mismo proceso o en otro que su identidad era conocida por alguna de las partes, y sin perjuicio de los derechos adquiridos por terceros de buena fe* [el destacado nos pertenece].

Como lo dijimos, el artículo 285 del Código General del Proceso prevé el plazo de tres años para impugnar las sentencias mediante el recurso

extraordinario de revisión. Dicho plazo caducó sin que nadie se haya presentado a acreditar el conocimiento de la identidad de los demandados por parte del actor o a impugnar alguna de las sentencias definitivas del proceso de cesación de condominio que nos comprende.

Esta reforma del artículo 221 del Código General del Proceso eliminó la posibilidad de que partes y terceros puedan acreditar el conocimiento por parte del actor de la identidad de algunos demandados en otro juicio, así como también la posibilidad de impugnación de las sentencias definitivas pasadas en autoridad de cosa juzgada, y determinó que la eventual pretensión deba ser dilucidada mediante el recurso de revisión dentro del pazo establecido por el artículo 285 del Código General del Proceso, el cual, como vimos, caducó sin que se haya interpuesto recurso alguno. La reforma eliminó la posibilidad de otro juicio y remitió, para el caso, al recurso de revisión cuyo plazo caducó.

A modo de conclusión, y sin perjuicio de todo lo expuesto precedentemente, destacamos que emplazados por edictos los demandados desconocidos e inciertos en tiempo y forma, firmes todas las sentencias dictadas durante el transcurso del proceso, pasadas en autoridad de cosa juzgada, caduco el plazo para interponer el recurso extraordinario de revisión sin que nadie lo haya solicitado y, finalmente, adjudicado del inmueble al mejor postor en subasta pública sin que nadie la haya impugnado hasta el presente ni pueda hacerlo en lo sucesivo, precluido con exceso el plazo para interponer un eventual recurso de revisión como única vía formalmente admisible para la impugnación de sentencias firmes, la compraventa judicial es plenamente válida y eficaz frente a terceros.

2. Omisión de algunos condóminos en la comparecencia de la escritura judicial de compraventa

Sobre este punto se han planteado, básicamente, dos corrientes: la corriente contractual, que da a la intervención del juez carácter contractual, y la corriente que da a dicha intervención carácter público (el juez interviene en compraventa judicial por imperio de la ley, en ejercicio del poder jurisdiccional, con independencia de la voluntad del representado). Según esta última corriente —*teoría publicista*—, la representación de los condóminos por parte del juez en la compraventa judicial no es una representación de corte civilista, entendida como aquella que surte efectos en el patrimonio de los representados por voluntad de estos últimos, sino todo lo contrario: los efectos en el patrimonio de estos surgen por imperio de la ley, por un interés público superior al interés privado y particular de cada condómino o representado; se prescinde totalmente de la voluntad de estos y se actúa por imperio de la ley y el interés público. Estamos frente a una representación regulada por el derecho público, donde la compraventa otorgada por juez en representación de los condóminos es un acto más del proceso de ejecución procesal; el juez, cuando comparece en la escritura de compra-

venta en representación de los condóminos, actúa de oficio en ejercicio de las funciones inherentes a su cargo, en ejercicio de un poder jurisdiccional y con prescindencia total de la voluntad de los ejecutados (condóminos, en este caso). De ahí que se habla de «venta forzada», donde la voluntad de cada uno de los condóminos no cuenta porque al interés particular de cada uno de ellos se sobrepone un interés general de carácter público, superior al interés particular.

Como dice Gamarra, «el órgano del Estado, investido de poderes propios, transfiere el bien de un patrimonio a otro, sin que para ello le sea necesario transformarse en representante de una de las partes que litigan en el proceso».[53] Tanto es así que en materia de ventas forzadas, los vendedores se encuentran exonerados de responder por evicción (art. 1711 CC) y por vicios ocultos (art. 1725 CC). El juez, cuando invoca la representación, lo hace por imperio de la ley que lo inviste de facultades para disponer del poder de disposición de cada uno de los ejecutados, sin importar la voluntad de cada uno de ellos.

Si en lugar de estar en sede de compraventa judicial estuviéramos ante una compraventa común, la omisión de los condóminos sí tendría consecuencias jurídicas, ya que se necesitaría la voluntad de todos y cada uno de ellos para que la compraventa fuera eficaz.

3. Conclusión

Teniendo presente que todos los condóminos —originarios y derivados— fueron emplazados en tiempo y forma de acuerdo a la ley, y por todo lo expuesto precedentemente, entendemos que dicha omisión no afecta la validez ni la eficacia de la compraventa judicial, ni el traspaso del dominio del bien al patrimonio del mejor postor y de sus sucesores a cualquier título.

Informe de la Comisión de Derecho Civil

La Comisión de Derecho Civil, integrada por los Escs. M.ª Jesús Almandoz, Américo Bianchi, Karen Bonner, Sabrina Buono, Miguel Burdín, Alicia Cancela, María Inés Casatroja, Daniella Cianciarulo, Nicolás García Rodríguez, Alicia González Bilche, Carlos Groisman, Lourdes González Fernández, Ana Irabedra, Francisco Mastropierro, Patricia Méndez Delgado, Ana Lía Méndez López, Margarita Puertollano, María del Pilar Ramírez, Ana Lucía Realini, María Ritacco, Mildred Secondo, Diego Séré, Adriana Silva, Gonzalo Trobo, Verónica Ubillos, Horacio Varoli, M.ª Beatriz Vázquez y Juan Pablo Villar, comparte las fundadas manifestaciones realizadas por el consultante. No se desarrolla un informe para evitar reiteraciones.

53 Gamarra, Jorge, *Tratado de derecho civil uruguayo*, tomo III, vol. I, 1987, p. 137.

Se destaca que el juez actúa en la compraventa judicial en ejercicio de un poder de origen público que proviene de las funciones inherentes a su cargo y otorga la compraventa como un acto más del proceso judicial.

La compraventa judicial debe interpretarse de manera contextual con lo actuado en el proceso judicial, en el cual fueron emplazados de manera correcta todos los interesados; por ello, el bien fue transferido desde el patrimonio de todos los copropietarios, aunque por error o desconocimiento no se haya mencionado a alguno de ellos.

Esc. Juan Pablo Villar
Coordinador

Informe de la Comisión de Técnica Notarial Procesal

La compraventa judicial del bien a favor del mejor postor la otorga el juez en ejercicio de las funciones inherentes al cargo que ocupa.

La relevancia de las teorías que versan sobre la función del juez en el marco de la compraventa judicial da respuesta. A grandes rasgos, y en el entendido de que no corresponde profundizar en un tema largamente estudiado, mencionamos que la teoría publicista se ha posicionado firmemente por sobre la teoría de corte contractual, que basaba a las instituciones en voluntades individuales; teoría publicista con núcleo en que el juez no representa a nadie, sino que actúa en ejercicio de sus funciones y conforme al proceso, por imperio de la ley, con independencia de las voluntades individuales.

En mérito a las consideraciones expuestas, en virtud además de que existen consultas formuladas con igual sustento, esta comisión entiende que no es relevante la omisión de algunos condóminos en la comparecencia en el marco de la compraventa judicial.

Esc. Valeria de Paula
Informante

La Comisión de Técnica Notarial Procesal, integrada por los Escs. Mariela Decaro, Gabriela Hormaizteguy, M.ª Cristina Lamela, Verónica López Fernández, Claudia Medina Figueroa y Beatriz Morales Bosch, aprueba el informe que antecede.

Informes aprobados por la Comisión Directiva Nacional de la AEU el 6.2.2018, expediente 1450/2017.

COMPRAVENTA. NULIDAD. DERECHO DE PREFERENCIA

Resumen

La omisión del ofrecimiento al gobierno departamental, prescripto por el artículo 66 de la ley 18308, no determina la nulidad de los negocios otorgados.

La norma no permite afirmar sin hesitaciones que su inobservancia genera la inoponibilidad de los actos realizados. No obstante, la circunstancia de que el derecho de preferencia se mantiene permite sostener que se trata de una situación de inoponibilidad.

Informe: Civil

Consulta

Relación de hechos

a. Con fecha 30.3.2011, A cedió a B y C, y estos adquirieron los derechos de promitente comprador del inmueble padrón … (terreno baldío).

b. Con fecha 30.11.2011, B y C cedieron a D, y este adquirió, casado con E, los derechos de promitentes compradores del inmueble relacionado.

c. Con fecha 7.8.2013, D y E cedieron los derechos de promitentes compradores del bien referido a XX S. A.

d. Con fecha 12.11.2015, XX S. A. escrituró judicialmente el inmueble relacionado precedentemente.

e. XX S. A. construyó en el terreno referido un inmueble en régimen de propiedad horizontal que consta de dos unidades.

f. Con fecha 30.6.2017, XX S. A. enajenó a K la unidad 001, y a Y y Z la unidad 002 del referido inmueble.

Todos los negocios relacionados fueron inscriptos en el Registro correspondiente.

En las escrituras de cesión de promesa relacionadas en los literales *a* y *b*, así como en las escrituras relacionadas en los literales *e* y *f* —escrituración judicial (2015) y compraventas (2017)—, no se realizó el ofrecimiento prescripto por el artículo 66 de la ley 18308.

En la cesión relacionada en el numeral *c* de este documento se realizó el ofrecimiento a la Intendencia y se obtuvo el certificado negativo.

De acuerdo a la resolución de la Intendencia de 27.10.2010, la citada aprobó el instrumento denominado *Costaplan*, que delimita un área para la cual antes de otorgar actos como los referidos, deberá ofrecerse el bien a la Intendencia, de conformidad con el artículo 66 de la ley 18308.

El bien en cuestión se encuentra ubicado dentro del área delimitada.

g. Con fecha 9.10.2017 se firmó un contrato preliminar por el cual K se obligó a otorgar un contrato de compraventa a favor de L y M sobre el

inmueble padrón …/001. La escribana designada por los futuros compradores observó la titulación del bien por haberse omitido el ofrecimiento al gobierno departamental en los actos referidos.

h. Actualmente se están ingresando a la Intendencia todos los ofrecimientos omitidos, a los efectos de que esta se pronuncie respecto.

Consulta

En virtud de no haberse realizado el ofrecimiento dispuesto por el artículo 66 de la ley 18308 a la Intendencia, ¿las escrituras de cesión de derechos de promitente comprador, de escrituración judicial y de compraventa relacionadas estarían viciadas de nulidad? En caso afirmativo, ¿es subsanable esta nulidad con la obtención de los certificados negativos expedidos hoy, con fecha posterior a los actos?

Opinión de la consultante

La consultante opina que los documentos de cesión, escrituración judicial y compraventa estarían viciados de nulidad relativa, subsanable por la obtención hoy del certificado negativo de derecho de preferencia con fecha retroactiva a la fecha de las escrituras.

Informe de la Comisión de Derecho Civil

I. La normativa aplicable

El artículo 66 de la ley 18308 dispone:

> (Derecho de preferencia). El gobierno departamental tendrá preferencia para la adquisición de inmuebles objeto de enajenación onerosa entre particulares en las áreas dispuestas específicamente por los instrumentos de ordenamiento territorial, a excepción de lo dispuesto en la ley 11029, de 12 de enero de 1948.

II. El derecho de preferencia y su distinción con otros institutos

El *derecho de preferencia* impone al propietario del inmueble, en caso de decidirse a enajenarlo, ofrecerlo al gobierno departamental.

La diferencia con el *derecho de tanteo* es notoria. En este se confiere a su titular el derecho de adquirir un bien en las mismas condiciones establecidas en un negocio. Es la situación consagrada en el artículo 35 de la ley 11029, modificativas y concordantes, a favor del Instituto Nacional de Colonización.

En materia de derecho de preferencia no existe un acuerdo previo, de la naturaleza que fuere, sino solamente el derecho de adquirir el bien, de

fuente negocial o legal, si el propietario se decide a enajenarlo. De ahí que, en su caso, corresponderá fijar el precio y demás condiciones del negocio. Al respecto cabe poner de resalto la orfandad en el tema del artículo 66 transcripto.

La diferencia con la opción de compra también es relevante. En la opción de compra, el vendedor ya manifestó su voluntad de vender en las condiciones pactadas, mientras que al titular de la opción le es conferido el derecho de diferir para un momento posterior su decisión que, para el caso de ser afirmativa, conformará el consentimiento del contrato de compraventa.

III. La tutela legal del derecho de preferencia establecido por el artículo 66 de la ley 18308

La tutela legal en las distintas situaciones mencionadas *supra* es diferente. En la opción de compra, en un todo de acuerdo con la teoría general del derecho de las obligaciones, el titular del derecho podrá exigir la entrega de la cosa en cumplimiento del contrato que perfeccionó con su manifestación de hacer uso de la opción. En cambio, tanto en el caso del derecho de preferencia como en el de tanteo, el eventual perjudicado no llega a ser parte del contrato, por no haber desarrollado el obligado la conducta debida.

La protección legal responderá a una decisión de política legislativa. Así, en el caso del derecho de tanteo previsto por el artículo 35 de la ley 11029, modificativas y concordantes, la norma sentencia la nulidad absoluta del negocio otorgado en contravención a ella, amén del pago de una importante multa.

La ley 18308, en su artículo 66, no dispuso en el mismo sentido. La norma referida se limitó a consagrar el derecho de preferencia, a favor de los gobiernos departamentales, para la adquisición de inmuebles objeto de enajenación onerosa entre particulares en las áreas dispuestas específicamente por los instrumentos de ordenamiento territorial.

Prima facie, podría sostenerse que de no haber establecido el gobierno departamental respectivo las áreas a que refiere la norma, no regiría el mencionado derecho de preferencia. El profesor Martins[54] es de esta opinión:

> Mientras no se dicten los instrumentos de O. T. [ordenamiento territorial], y si en los mismos no se indican específicamente las áreas en que podrá ejercerse ese derecho, no existe derecho de preferencia y los escribanos no tienen obligación de consultar a las intendencias sobre si existe un instrumento de O. T. porque los mismos deben ser publicados en el *Diario Oficial* (art. 26 *in fine*).

54 Martins, Daniel Hugo, *Ordenamiento territorial: análisis de la ley 18308*, Montevideo: FCU, p. 240.

El gobierno departamental estableció el área requerida por la norma en el instrumento denominado *Costaplan*, por lo que para los inmuebles ubicados en ella rige, sin dudas, el derecho de preferencia a su favor.

Con carácter general, la inobservancia del derecho de preferencia no afecta la validez y eficacia del negocio otorgado, salvo disposición legal expresa, de manera que se descarta la consecuencia de nulidad de las enajenaciones otorgadas sin haberse ofrecido los bienes al gobierno departamental.

También con carácter general cabe afirmar que la referida inobservancia podría generar acciones de responsabilidad por daños tanto contra el titular del bien como contra el tercero adquirente, de conocer este la situación. En el caso del tercero, se tipificaría una lesión extracontractual al derecho de crédito.

Corresponde analizar si en la situación que motiva estos obrados puede entenderse que la ley consagra la inoponibilidad de los negocios respecto del gobierno departamental, sin perjuicio de una eventual responsabilidad por daños.

La inoponibilidad es una decisión de política legislativa que, como expresan Cafaro y Carnelli,[55] no responde necesariamente a la concreción de ningún principio jurídico. Los distinguidos civilistas ilustran acerca de las consecuencias de la vigencia del instituto: «La oponibilidad de un interés o derecho respecto de otro tendrá como reflejo que el titular del interés o derecho protegido ejercite el mismo o se prevalezca de él, con total prescindencia del interés o derecho excluido de la protección».

En el mismo sentido, Ragel Sánchez:[56]

> La inoponibilidad […] consiste en una especial protección concedida por la ley a ciertas personas por el hecho de formar parte de una relación jurídica —a la que se pretende favorecer—para que puedan considerar como no realizados unos actos llevados a cabo por personas que también forman parte de la relación jurídica protegida, por tratarse de actos que han sido realizados con posterioridad al nacimiento de esa relación jurídica o con desconocimiento de las personas favorecidas.

Agrega el autor español citado:[57]

> La inoponibilidad no es una particular forma de ineficacia de los actos jurídicos, sino una medida especial establecida por la ley para salvaguardar los legítimos derechos anteriores de ciertas personas, ajenas a estos actos, facultándolos para que actúen como si no se hubiera realizado. El tercero protegido por la inoponibilidad tiene el beneficio legal de hacer valer la ficción de que el acto ajeno se ha realizado y, en consecuencia, de actuar

55 Cafaro, Eugenio, y Carnelli, Santiago, *Eficacia contractual*, Buenos Aires: Abeledo Perrot, p. 53.

56 Ragel Sánchez, Luis Felipe, *Protección del tercero frente a la actuación jurídica ajena: la inoponibilidad,* Tirant Monografías, p. 22.

57 Ragel Sánchez, Luis Felipe, o. cit., p. 209.

eliminando jurídicamente ese obstáculo para el ejercicio de sus legítimos derechos.

La inoponibilidad es por lo tanto una ficción jurídica que permite considerar algo como si fuese de manera distinta a lo que es.[58] Por tratarse de un procedimiento de técnica legislativa, la doctrina es conteste en exigir norma legal que conceda al tercero esa facultad de actuar como si el acto no hubiera tenido lugar.

La norma en examen merece serios reparos, dada la pobreza de su enunciado, para permitir afirmar sin hesitaciones que consagra la inoponibilidad de las enajenaciones realizadas con desconocimiento del derecho de preferencia.

Una primera interpretación podría concluir que debido a que la ley no consagró una consecuencia específica, la inobservancia del ofrecimiento podría generar acciones de responsabilidad por daños tanto contra el titular del bien como contra el tercero adquirente, de conocer este la situación, pero no la inoponibilidad del acto.

Desde otra perspectiva, podría argumentarse que si no se realiza el ofrecimiento y se procede directamente a la enajenación, el gobierno departamental igualmente mantiene el derecho de preferencia que le confirió la ley, lo cual significa que la enajenación efectuada no se le puede oponer con prescindencia de su voluntad. Es por ello que en esa situación, el acto será oponible al gobierno departamental recién una vez que haya desistido de su derecho. De esta manera, la norma que consagra el derecho de preferencia consagra, al mismo tiempo, la inoponibilidad del acto con omisión del ofrecimiento.

La mala técnica legislativa empleada conspira en contra de una respuesta contundente. A pesar de ello, consideramos que esta última es la interpretación que mejor se ajusta al derecho consagrado, dada la relevancia de la materia de la ley, esto es, el ordenamiento territorial del país.

IV. Conclusiones

1. La inobservancia de lo dispuesto por el artículo 66 de la ley 18308 no afecta la validez y eficacia de los negocios jurídicos otorgados por los particulares. No se está en presencia de una norma prohibitiva, y el legislador no dispuso, a texto expreso, la nulidad de los referidos negocios. Lo expuesto en este numeral es lo que en el tema consultado puede concluirse sin hesitaciones.

2. La orfandad de la norma genera en el intérprete dudas de todo tipo; en especial, qué sucede si no media el ofrecimiento preceptuado. Se considera que la respuesta que mejor se ajusta a la situación planteada, teniendo en

58 Ragel Sánchez, Luis Felipe, o. cit., p. 89.

cuenta la materia regulada por la ley 18308, es la de la inoponibilidad de los actos realizados respecto del gobierno departamental.

3. Ante dicha situación, el gobierno departamental podrá manifestar con posterioridad que no hace uso de su derecho de preferencia, con lo cual el acto, que ya era válido y eficaz frente a los demás, le será oponible.

4. Si el gobierno departamental decide hacer uso de la preferencia, tendrá derecho a adquirir el bien, y la actuación del propietario del bien y del tercero adquirente, en su caso, podrían generar acciones de responsabilidad por daños.

Esc. Roque Molla
Informante

La Comisión de Derecho Civil, integrada por los Escs. M.ª Jesús Almandoz, Américo Bianchi, Karen Bonner, Sabrina Buono, Miguel Burdín, Alicia Cancela, María Inés Casatroja, Daniella Cianciarulo, Nicolás García Rodríguez, Alicia González Bilche, Lourdes González Fernández, Carlos Groisman, Ana Celia Irabedra, Francisco Mastropierro, Patricia Méndez, Ana Lía Méndez, Roque Molla, Margarita Puertollano, María del Pilar Ramírez, Ana Lucía Realini, María Ritacco, Mildred Secondo, Diego Séré, Adriana Silva, Gonzalo Trobo, Verónica Ubillos, Horacio Varoli, María Beatriz Vázquez y Juan Pablo Villar, aprueba el informe que antecede, elaborado por el Esc. Roque Molla.

Escs. Roque Molla y Juan Pablo Villar
Coordinadores

Informe aprobado por la Comisión Directiva Nacional de la AEU el 6.2.2018, expediente 1635/2017.

PROPIEDAD HORIZONTAL. GASTOS COMUNES. REGLAMENTO DE COPROPIEDAD. LOCAL COMERCIAL

Resumen

Interpretación de los artículos 6.º, 7.º y 17 del reglamento de copropiedad, con relación a los gastos que deben abonar los locales comerciales.

Informe: Civil

Consulta

Relación de hechos y motivo de la consulta

Se solicita la interpretación de los artículos 6.º, 7.º y 17 del reglamento de copropiedad del edificio «V» a los efectos de determinar cuáles son los rubros que deberían ser incluidos en la liquidación de las expensas comunes a pagar por los locales comerciales.

Opinión del consultante

A juicio del consultante, entre los tres artículos citados debe haber una interpretación armoniosa y no excluyente. El criterio rector es la inclusión de aquellos rubros cuyo servicio los locales pueden usar —independientemente de si los usan o no— y les sean beneficiosos o necesarios para el funcionamiento y mantenimiento del edificio.

Informe de la Comisión de Derecho Civil

El reglamento de copropiedad se otorgó el 28.4.1961 y regula los derechos y obligaciones de los locales y apartamento del edificio construido de acuerdo a la ley 10751.

El edificio se compone de tres locales: local 001, con una superficie de 476 m 59 dm, en tres plantas; local 002, con una superficie de 136 m 35 dm, y el garaje «D» (unidad 003), con una superficie de 658 m 10 dm.

El edificio consta de trece pisos: del primer piso al undécimo, seis apartamentos por piso, con una superficie aproximada de 53 metros cada apartamento; en el piso doce, cuatro apartamentos con distintas superficies, y en el piso trece, dos apartamentos por piso con usos exclusivos.

Se transcribirán los artículos 6.º, 7.º y 17 referidos del citado reglamento. No surge de la documentación aportada que se hubiera realizado durante el transcurso de todos estos años una modificación del reglamento de copropiedad.

Artículo 6.º:

> *Servicios*. Los departamentos y locales de negocios soportarán los servicios de alcantarillado, tubos de desagüe, ductos, conductores de agua, calefacción, energía eléctrica y demás obras indispensables para el funcionamiento del edificio y permitirán el paso para su limpieza, reparación y conservación.

Artículo 7.º:

> *Valor de los departamentos y locales*. A los efectos de fijar la cuota parte de los bienes comunes y determinar la proporcionalidad en que deben concurrir a los gastos comunes, de acuerdo a los artículos cuarto y quinto de la ley, se atribuye a las unidades de propiedad privada las siguientes proporciones con respecto a la totalidad de la propiedad, para lo cual se ha tenido en cuenta fundamentalmente la superficie de cada unidad [la cláusula continúa estableciendo a cada local y a cada departamento qué porcentaje le corresponde].

Continúa el artículo 7.º:

> Los locales de la planta baja y garaje (cero cero uno, cero cero dos y D) *solo participarán en el prorrateo* de los siguientes bienes comunes: I) agua y luz de los pasillos —jardines—; II) impuestos nacionales o municipales que afecten al terreno y/o al edificio como unidad; III) refacción de frentes y estructuras en lo que las mismas sean de carácter común; lV) servicio de vigilancia; VI) seguros en general, con excepción de las pólizas que cubran riesgos de los inherentes a los ascensores; VII) cuidado y mantenimiento del jardín y la plaza de estacionamiento y veredas de acceso; VIII) si los hubiere, servicios de electricista, carpintero, albañil y servicio de reparación en general; lX) reparación de azoteas. Se tomará como valor de cada unidad a los efectos que correspondan sus aforos para el pago de la contribución inmobiliaria, siendo el aforo total de un millón seiscientos cincuenta y cinco mil pesos [el destacado es nuestro].

En esta cláusula, a texto expreso, se establece cuáles son los gastos comunes que deben abonar los propietarios de los locales.

Artículo 17:

> *Expensas comunes*. Sin perjuicio de lo que establecen los incisos primero y segundo del artículo vigésimo quinto de la ley, los propietarios en la proporción de su puntaje (artículo séptimo del reglamento) contribuirán a las cargas comunes, o sea: *a*) gastos de administración, conservación y reparación de los bienes comunes; *b*) sueldos, jornales y contribuciones sociales del administrador, portería, personal de servicio y de todo otro que sea necesario a los fines comunes del edificio y atención de los ocupantes; *c*) seguros, energía eléctrica, agua, combustibles, lubricantes y demás necesarios para el mantenimiento de los servicios comunes; *d*) uniformes, materiales, contribuciones, impuestos, tasas municipales o nacionales, y demás gastos que afectan al edificio donde no puede discriminarse la parte de cada copropietario; *e*) cuidado y conservación de terrazas, jardines, cuarto de juegos infantiles y azoteas; *f*) toda obra nueva autorizada por los

> propietarios de acuerdo a este reglamento; *g*) todo otro gastos o servicio que se origine a consecuencia de la resolución válida de los copropietarios, sobre asuntos de interés común no comprendidos dentro de las atribuciones conferidas al administrador, o las que este efectúe por dicho concepto en cumplimiento de su mandato. La mora en cumplimiento de las obligaciones de contribuir a los gastos se producirá de pleno derecho y automáticamente, por el solo vencimiento del plazo de diez días contados a partir de la fecha de la notificación que haga el administrador al propietario por acta notarial, telegrama colacionado, carta certificada u otra forma auténtica, sin perjuicio de lo establecido por el artículo veintiuno para el pago de las cuotas semestrales del presupuesto. Ningún propietario podrá eximirse del pago de su contribución a las expensas comunes, ni por renuncia al uso de los bienes comunes y servicios comunes, ni por abandono o no uso del local o departamento de su propiedad.

En esta cláusula no existe ninguna limitación a los locales en cuestión. El tema a dilucidar es si la enunciación referida en la cláusula séptima es taxativa o el reglamento debe interpretarse en forma conjunta.

Nos encontramos frente a una situación de interpretación de los contratos, y como establece el artículo 1297 del Código Civil, las palabras deben entenderse en el sentido que se les da en el uso general, aunque el obligado pretenda que las ha entendido de otro modo.

En la especie no se trata de un caso en que exista ambigüedad en la redacción de la cláusula decimoséptima. Surge claramente de la interpretación contextual que rige el artículo 1299 del Código Civil cuál fue la voluntad: limitar determinados gastos comunes en la cláusula séptima del reglamento. Teniendo presente las normas de interpretación citadas, podemos concluir que hay determinados gastos comunes del edificio que los locales no deben abonar.

Conclusión

Por los motivos expuestos, coincidimos con la opinión del consultante en el sentido de que la interpretación del reglamento de copropiedad debe realizarse de forma contextual y armoniosa. En consecuencia, deberán incluirse en la liquidación de los gastos comunes los servicios que los locales pueden usar —independientemente de si los usan o no—, con inclusión asimismo aquellos de los establecidos en la cláusula decimoséptima como fundamentales y necesarios para el mantenimiento del edificio.

Esc. Rossana Ivanier
Informante

La Comisión de Derecho Civil, integrada por los Escs. Américo Bianchi, Sabrina Buono, Miguel Burdín, María Inés Casatroja, Daniella Cianciarulo, María Laura Conde, Ana Correa, Nicolás García Rodríguez, Adriana Goldberg, Alicia González Bilche, Lourdes González Fernández, Carlos

Groisman, José Pedro Illia, Adriana Inciarte, Rossana Ivanier, Mónica Jover, Maximiliano Mauri, Ana Lía Méndez, Roque Molla, Laura Parnás, Margarita Puertollano, Diego Séré, Adriana Silva, Gonzalo Trobo, Verónica Ubillos y Juan Pablo Villar, aprueba el informe que antecede, elaborado por la Esc. Rossana Ivanier.

Escs. Roque Molla y Juan Pablo Villar
Coordinadores

Informe aprobado por la Comisión Directiva Nacional de la AEU el 3.4.2018, expediente 1563/2017.

DECLARATORIA DE HEREDEROS. DERECHO DE TRASMISIÓN

Resumen

Se consulta sobre cómo formular la declaratoria de herederos en caso de derecho de trasmisión.

Informe: Civil

Consulta

Relación de hechos

2005. Fallece el Sr. A y le sobreviven dos hijos, B y C.
2008. Fallece B y le sobreviven dos hijos.
2017. Comienza a tramitarse la sucesión de A.

Consulta

¿Cómo debe efectuarse la declaratoria de herederos de A? ¿Se declara herederos a sus hijos, B y C, o a C y a los hijos de B por derecho de trasmisión?

Informe de la Comisión de Derecho Civil

1. Noción de derecho de trasmisión

El derecho de trasmisión (art. 1040 CC) se produce cuando un sujeto es llamado a una herencia o legado y fallece antes de haber aceptado o repu-

diado, cuando aún se encontraba en plazo para hacerlo. En dicha situación, ese sujeto —segundo causante— trasmite a sus herederos el derecho de aceptar o repudiar esa herencia o legado, quienes, para poder ejercerlo, deberán aceptar la herencia del segundo causante.[59]

Los sujetos son los siguientes: 1) el *primer causante*, que es la persona que fallece primero y como consecuencia de lo cual se ha producido la apertura legal de su sucesión; 2) el *trasmitente*, segundo causante, que es la persona a quien se le defirió la herencia o legado del primer causante, pero que falleció sin haber aceptado o repudiado, y en condiciones y tiempo para hacerlo, y 3) el *trasmisario*, que es la persona llamada a la herencia del trasmitente, quien una vez que la acepte podrá ejercer el derecho de aceptar o repudiar la herencia del primer causante o el legado instituido.

Los presupuestos para estar ante una situación de derecho de trasmisión son: *a*) que se haya abierto legalmente la sucesión del primer causante y que la herencia o legado haya sido deferida al trasmitente; *b*) que el trasmitente haya muerto sin optar y en condiciones y plazo para hacerlo, y *c*) que el trasmisario acepte la herencia del trasmitente (art. 1040, inc. 2.º CC).

2. ¿Quién hereda al primer causante, el trasmitente o el trasmisario?

Para la posición tradicional, el heredero del primer causante es el trasmitente, porque la herencia es adquirida por este al momento de la muerte del primero (art. 1039 CC), sin perjuicio de que el trasmisario ejerza el derecho de aceptar o repudiar. En ese sentido, suele decirse que el trasmisario se presenta a la sucesión «con el ropaje de la personalidad jurídica del trasmisor». Esta es la posición sostenida por Irureta Goyena (h),[60] Gatti,[61] Cestau,[62] Vaz Ferreira[63] y Arezo Píriz,[64] entre otros.

En cambio, para la posición que podemos llamar «no tradicional», el heredero del primer causante es el trasmisario. Se sostiene que la herencia no se adquiere hasta el momento de la aceptación, y el trasmitente,

59 Artículo 1040 del Código Civil: «Si el heredero o legatario, cuyos derechos a la sucesión no han prescrito, fallece antes de haber aceptado o repudiado la herencia que se le ha deferido, transmite a sus herederos el derecho de aceptar o repudiar dicha herencia o legado, aun cuando fallezca sin saber que se le ha deferido. [=] Pero no se podrá ejercer este derecho sin aceptar la herencia de la persona que lo transmite (art. 1052, inc. 3.º)».

60 Irureta Goyena, José (h), *Curso de sucesiones*, tomo IV, vol. 1, Montevideo: Medina, p. 35.

61 Gatti, Hugo E., «El derecho de transmisión», *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, año III, n.º 1 (1952), p. 167.

62 Cit. por Arezo Píriz, Enrique, *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, tomo 83, n.º 7-12 (jul.-dic. 1997), p. 304.

63 Vaz Ferreira, Eduardo, *Tratado de las sucesiones*, tomo V, Montevideo: FCU, 1984, pp. 28-29.

64 Arezo Píriz, Enrique, *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, tomo 83, n.º 7-12 (jul.-dic. 1997).

al fallecer sin aceptar, no la adquirió. Es el trasmisario quien adquiere la herencia, por ser quien la acepta. A su vez, solo puede aceptar o repudiar una herencia quien es llamado a ella en calidad de heredero (art. 1053 CC), y el trasmisario es quien acepta, por lo cual es llamado en calidad de heredero. Esta es la posición sostenida por Anido,[65] por ejemplo, a quien se adhirió Carozzi.[66]

La fuente de la discrepancia entre ambas posiciones se encuentra en la determinación del momento en que se adquiere la herencia.

La posición tradicional sostiene que la herencia se adquiere de pleno derecho al momento de la muerte del causante (art. 1039 CC), sin necesidad de aceptación del heredero, aunque de manera resoluble, ya que este podrá optar entre aceptar la herencia y así confirmar la adquisición, o repudiarla y resolverla. Si la herencia se adquiere en el momento mismo de la muerte, aunque de manera resoluble, el tránsito de la herencia implica un doble paso: primero, por el patrimonio del trasmitente (aunque resoluble), y después, por el patrimonio del trasmisario. La aceptación del trasmisario confirma la adquisición del trasmitente, y quien hereda al primer causante es el trasmitente.

En cambio, para la posición no tradicional, la herencia se adquiere con la aceptación y no de manera automática, sin perjuicio de que en virtud del efecto retroactivo de esta, se lo considerará adquirente desde el momento mismo de la apertura legal de la sucesión. La herencia pasa de manera directa del primer causante al trasmisario aceptante, y quien hereda al primer causante es el trasmisario.

A entender de esta comisión, en virtud de lo dispuesto por el artículo 1039 del Código Civil, la herencia se adquiere en el momento mismo de la muerte del causante, de manera resoluble. Corolario de ello es que el trasmitente, al fallecer, ya había adquirido la herencia de manera resoluble, y la aceptación del trasmisario la convierte en definitiva. Como consecuencia, quien hereda al primer causante es el trasmitente.

3. Redacción de la declaratoria de herederos

De seguirse la posición tradicional, debería declararse heredero al trasmitente, sin perjuicio del derecho de trasmisión a favor de los trasmisarios. Si se considera que la posición correcta es la que hemos llamado «no tradicional», deberían declararse herederos a los trasmisarios, por derecho de trasmisión proveniente del trasmitente.

A entender de esta comisión, quien hereda al primer causante es el trasmitente, por lo cual, la redacción correcta desde el punto de vista téc-

65 Anido, Raúl, «El derecho de transmisión: apuntes para su estudio», *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, tomo 80, n.º 7-12 (jul.-dic. 1994), p. 223.

66 Carozzi, Ema, *Manual de derecho sucesorio*, Montevideo: FCU, tomo 1, 2.ª ed., 2010, pp. 409 y 410.

nico sería la primera. Sin perjuicio de ello, el hecho de que se utilice una u otra redacción no modifica el derecho sustancial.

4. Respuesta a la consulta planteada

Para esta comisión, en los casos de derecho de trasmisión, la redacción correcta es aquella que declara heredero al trasmitente, sin perjuicio del derecho de trasmisión a favor de los trasmisarios.

En cualquier caso, la redacción que se utilice no modifica el derecho sustancial.

Esc. Juan Pablo Villar
Informante

La Comisión de Derecho Civil, integrada por los Escs. Américo Bianchi, Sabrina Buono, Miguel Burdín, María Inés Casatroja, Daniella Cianciarulo, María Laura Conde, Ana Correa, Nicolás García Rodríguez, Adriana Goldberg, Alicia González Bilche, Lourdes González Fernández, Carlos Groisman, José Pedro Illia, Adriana Inciarte, Rossana Ivanier, Mónica Jover, Maximiliano Mauri, Ana Lía Méndez, Roque Molla, Laura Parnás, Margarita Puertollano, Diego Séré, Adriana Silva, Gonzalo Trobo, Verónica Ubillos y Juan Pablo Villar, aprueba el informe que antecede, elaborado por el Esc. Juan Pablo Villar.

Escs. Roque Molla y Juan Pablo Villar
Coordinadores

Informe aprobado por la Comisión Directiva Nacional de la AEU el 3.4.2018, expediente 1706/2018.

DOMICILIO CONYUGAL. BIEN GANANCIAL. BIEN PROPIO. PODER. SOCIEDAD CONYUGAL. DISOLUCIÓN DE SOCIEDAD ANÓNIMA

Resumen

La ley del primer domicilio matrimonial determinará la naturaleza —propia o ganancial— del bien. Si el primer domicilio matrimonial fue en Argentina o en Uruguay, rige una presunción de ganancialidad mientras no se pruebe lo contrario.

Informes: Civil y Comercial

Consulta

Partes intervinientes

Un matrimonio compuesto por A (esposa) y B (esposo), casados en 1991, en Argentina.

Los padres de A son C (padre) y D (madre)

Sociedad anónima X con acciones al portador.

Relacionado de hechos

2003. El 27.11.2003, la sociedad anónima X adquiere por título compraventa y modo tradición el inmueble padrón …; la referida escritura se encuentra inscripta en el Registro de la Propiedad Inmobiliaria. En ese entonces, la única accionista de X era la Sra. D.

2004 y 2005. Durante estos años, en el referido inmueble se construyó una casa de vivienda unifamiliar; los pagos para dicha construcción se encuentran registrados en el libro diario de la referida sociedad.

2006. Dado que ese inmueble es una donación para A, se documenta una donación de dinero de C y D a favor de su hija A; dicha donación es la suma de dinero con que se pagó el precio del terreno y la construcción de la casa, esto es, USD 135.000, dinero que la donataria declaró haber recibido en diversas partidas con anterioridad a dicho acto. Esas diversas partidas a las que refiere son los pagos por la construcción y la compra del terreno. Dicha donación fue otorgada el 17.7.2006, certificadas las firmas por escribano público.

2007. El 22.6.2007, A adquiere todas las acciones de X, donadas por su madre, D. Dicha donación no se encuentra documentada, dado que las acciones son al portador (la donación se realizó mediante simple entrega).

2007. La sociedad X resuelve su disolución y liquidación, y adjudicar el inmueble padrón … a la única accionista de la sociedad anónima, la Sra. A, casada con B. Se otorga escritura pública en la que X adjudica el inmueble padrón … a A, la que se inscribe en el Registro de la Propiedad Inmobiliaria.

2016. Dado que el matrimonio vive en Buenos Aires, amparados en lo dispuesto por la ley argentina número 26994 (y art. 499 Código Civil y Comercial de la Nación), A y B modifican el régimen de ganancialidad de bienes que los regía por el de separación de bienes. Dicha escritura fue otorgada el 1.12.2016 en Buenos Aires y autorizada por escribana pública argentina; en ella parten los bienes generados durante su matrimonio, pero al entender que el inmueble es propio de A, no se lo incluye.

2016. Sin perjuicio de lo establecido en el párrafo anterior, el marido, B, otorga simultáneamente —esto es, el 1.12.2016— un poder especial a favor de su cónyuge, A, para que disponga del inmueble con las más amplias facultades de derecho, el «que podrá vender, ceder, permutar, fideicomitir, etc.». En la cláusula tercera de dicha escritura, B reconoce el carácter de propio del inmueble objeto del presente en virtud de que «resulta de la disolución y liquidación de la anterior propietaria, la sociedad uruguaya X S. A., y la adjudicación íntegra y sin ningún cargo de ese bien a nombre de A, por acto gratuito de su madre».

Opinión de la consultante

Por todo lo relacionado, entiendo, como escribana pública, que el inmueble padrón … es propio de la cónyuge A, dado que el Código Civil uruguayo dispone, en su artículo 1964:

> 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 al marido o a la mujer a la celebración del matrimonio o que los adquirió después por herencia, legado o donación.

En el caso planteado, A adquiere por donación de su madre, D, el dinero con el que se pagó el terreno y la construcción, así como las acciones de la sociedad anónima X, propietaria del inmueble hasta su disolución, en la que se le adjudica el inmueble a A.

Consulta

En virtud de tener mayor seguridad jurídica al respecto, solicito a la AEU se expida sobre la naturaleza —propia o ganancial— del inmueble objeto del presente.

Informe de la Comisión de Derecho Civil

I. Relevancia de los hechos

27.11.2003. La sociedad anónima X adquiere el inmueble padrón … En dicho padrón se realiza una construcción entre los años 2004 y 2005. El

precio del terreno más la construcción asciende a la suma de USD 135.000, todo documentado en el libro diario de la sociedad.

2006. Se documenta donación de dinero de padre y madre de actual titular del inmueble, A, por la suma de USD 135.000.

22.6.2007. Los socios de la sociedad anónima X resuelven disolverla y liquidarla por acta de asamblea.

22.6.2007. A, casada con B en Argentina por el régimen de comunidad de bienes, es la actual titular del inmueble, el cual hubo en la escritura de adjudicación a la disolución y liquidación de la sociedad anónima X.

1.12.2016. A y B modifican por escritura suscripta en la República Argentina el régimen patrimonial del matrimonio, parten y se adjudican los bienes, sin inclusión del bien antes relacionado.

1.12.2016. B le otorga a A poder especial, en escritura suscripta en la República Argentina, del que surge el reconocimiento de que el padrón de referencia es propio de A y, en consecuencia, le otorga poder para su disposición sin limitación alguna.

Se consulta si el bien es propio o ganancial de A.

II. Ley aplicable

La ley que regula el régimen de bienes del matrimonio, incluso lo referente a la naturaleza propia o ganancial de los bienes, es la ley del primer domicilio matrimonial, punto de conexión previsto tanto en el artículo 41 del Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1889 como en el artículo 16 del Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1940 y el artículo 2397 del apéndice del Código Civil.

Por ello, para conocer la ley aplicable debe probarse cuál fue el primer domicilio matrimonial, que en este caso aparentemente es Argentina o Uruguay.

a. Si el primer domicilio conyugal hubiese sido en la República Argentina

De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 16 del Tratado de Montevideo de 1940, vigente entre la República Oriental del Uruguay y la República Argentina, las relaciones entre A y B se rigen por la ley argentina, siempre y cuando el primer domicilio conyugal hubiere sido en la República Argentina, dato que no surge expresamente de la documentación aportada y solo se infiere a los efectos de la redacción de este informe.

Para una mejor comprensión, se transcribe el artículo 16 antes mencionado:

> Las convenciones matrimoniales y las relaciones de los esposos con respecto a los bienes se rigen por la ley del primer domicilio conyugal en todo lo que, sobre materia de estricto carácter real, no esté prohibido por la ley del lugar de la situación de los bienes.

El Código Civil y Comercial de la República Argentina dispone lo siguiente:

> **Artículo 464.** *Bienes propios*. Son bienes propios de cada uno de los cónyuges: [...] *b*) los adquiridos durante la comunidad por herencia, legado o donación, aunque sea conjuntamente por ambos, y excepto la recompensa debida a la comunidad por los cargos soportados por esta.
>
> Los recibidos conjuntamente por herencia, legado o donación se reputan propios por mitades, excepto que el testador o el donante hayan designado partes determinadas.
>
> No son propios los bienes recibidos por donaciones remuneratorias, excepto que los servicios que dieron lugar a ellas hubieran sido prestados antes de la iniciación de la comunidad. En caso de que el valor de lo donado exceda de una equitativa remuneración de los servicios recibidos, la comunidad debe recompensa al donatario por el exceso.
>
> **Artículo 465.** *Bienes gananciales*. Son bienes gananciales: *a*) los creados, adquiridos por título oneroso o comenzados a poseer durante la comunidad por uno u otro de los cónyuges, o por ambos en conjunto, siempre que no estén incluidos en la enunciación del artículo 464 [...].
>
> **Artículo 466.** *Prueba del carácter propio o ganancial*. Se presume, excepto prueba en contrario, que son gananciales todos los bienes existentes al momento de la extinción de la comunidad. Respecto de terceros, no es suficiente prueba del carácter propio la confesión de los cónyuges.
>
> Para que sea oponible a terceros el carácter propio de los bienes registrables adquiridos durante la comunidad por inversión o reinversión de bienes propios, es necesario que en el acto de adquisición se haga constar esa circunstancia, determinándose su origen, con la conformidad del otro cónyuge. En caso de no podérsela obtener, o de negarla este, el adquirente puede requerir una declaración judicial del carácter propio del bien, de la que se debe tomar nota marginal en el instrumento del cual resulta el título de adquisición. El adquirente también puede pedir esa declaración judicial en caso de haberse omitido la constancia en el acto de adquisición.

De la legislación expuesta surge claramente que para que el bien inmueble antes relacionado, adquirido sin ninguna duda durante la vigencia de la sociedad conyugal, pueda reputarse propio de A, debe existir prueba suficiente o se presumirá su ganancialidad, no reputándose suficiente la confesión del cónyuge frente a terceros.

En virtud de lo dispuesto en el numeral *b* del artículo 464 antes referido, si las acciones de la sociedad anónima uruguaya fueron donadas a A, estas tendrían naturaleza de propio (a la consulta no se agrega ningún documento respecto a la trasmisión de acciones).

Si esta es la realidad, nos encontramos ante un problema de prueba sobre el carácter de gratuito de la trasmisión de acciones, y dado lo dispuesto en el artículo 466, a falta de esta, existe presunción de ganancialidad sobre el bien adquirido durante el matrimonio, y la confesión de los cónyuges no sería suficiente para enervarla.

La conformidad conyugal y el poder otorgado por un cónyuge a favor del otro

En cuanto al poder otorgado por el cónyuge en la República Argentina, sin perjuicio de las normas formales para su utilización en Uruguay, en lo que refiere a la conformidad conyugal, este se encuentra alcanzado por la regulación del nuevo Código Civil y Comercial, en sus artículos 459 y 456, los que a continuación se transcriben:

Artículo 459. *Mandato entre cónyuges*. Uno de los cónyuges puede dar poder al otro para representarlo en el ejercicio de las facultades que el régimen matrimonial le atribuye, pero no para darse a sí mismo el asentimiento en los casos en que se aplica el artículo 456. La facultad de revocar el poder no puede ser objeto de limitaciones.

> **Artículo 456.** *Actos que requieren asentimiento*. Ninguno de los cónyuges puede, sin el asentimiento del otro, disponer de los derechos sobre la vivienda familiar, ni de los muebles indispensables de esta, ni transportarlos fuera de ella. El que no ha dado su asentimiento puede demandar la nulidad del acto de restitución de los muebles dentro del plazo de caducidad de seis meses de haberlo conocido, pero no más allá de seis meses de la extinción del régimen matrimonial.

En virtud de lo establecido en los artículos mencionados, la utilización del referido poder requiere la prueba de que el inmueble no es la vivienda familiar de los cónyuges.

b. Si el primer domicilio conyugal hubiese sido en la República Oriental del Uruguay

Si bien hoy A es propietaria del inmueble relacionado, para determinar si es propio o ganancial debemos remontarnos al origen de la adquisición. Dicho ejercicio nos lleva a entender que para que A adquiriera el bien en la escritura de adjudicación, debió adquirir previamente las acciones de la sociedad anónima.

Sin pretender invadir el ámbito de la Comisión de Derecho Comercial, expresamos que la trasmisión de acciones al portador de una sociedad anónima se regula por lo dispuesto en el artículo 52 de la ley 14701 (Ley de Títulos Valores), por expreso reenvío del artículo 316 de la ley 16060 (Ley de Sociedades Comerciales), y este establece que su trasmisión opera por la simple tradición.

De acuerdo a lo expresado en el artículo antes mencionado, la trasmisión de la acción opera con la sola entrega material, pero debemos advertir que este traspaso también requiere que exista un acuerdo previo respecto del traspaso de la propiedad; sin este acuerdo, la entrega no tendría como efecto la transferencia de la propiedad. Esto es así porque también puede existir entrega de la acción a otros efectos, como el de procuración o participación en una asamblea, entre otros.

En el caso en análisis, la prueba de la posesión y legitimación de que A era titular de las acciones de X surge del libro de registro de asistentes a asamblea, donde comparece A como única accionista. Ahora bien, lo registrado en el libro de asistentes a asamblea, como la escritura de adjudicación del inmueble a A, único bien de la sociedad anónima X, nada nos indica sobre si el pacto de trasmisión de acciones fue a título gratuito u oneroso.

Si el pacto de trasmisión de las acciones entre A y sus progenitores fue a título gratuito, entonces el bien inmueble adjudicado tiene el carácter de propio de A, dado que el artículo 1955 de nuestro Código Civil dispone que son gananciales los bienes adquiridos a título oneroso.

De la documentación adjunta nada surge respecto del carácter de gratuito u oneroso del pacto celebrado entre A y su madre al momento de la trasmisión de acciones, cuestión determinante a los efectos de la resolución de este caso.

El artículo 1964 del mismo código, referido por la consultante y que se transcribe para su mejor comprensión, expresa:

> 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 al marido o a la mujer, a la celebración del matrimonio o que los adquirió después por herencia, legado o donación.

Como se observa, volvemos nuevamente sobre la importancia de la prueba de la adquisición, tanto en el derecho uruguayo como en el argentino, para poder determinar la calidad de propio o ganancial de un bien adquirido durante el matrimonio.

III. Conclusiones

1. La ley del primer domicilio matrimonial determinará la naturaleza propia o ganancial del bien.

2. Si el primer domicilio matrimonial fue en Argentina o en Uruguay, de acuerdo a lo expuesto, el bien se considerará ganancial mientras no se pruebe lo contrario.

3. No surge de la documentación presentada prueba concluyente de la naturaleza propia del bien, por lo cual, mientras ello no se demuestre, se considerará ganancial.

4. Si el primer domicilio matrimonial fue en Argentina, y a los efectos de utilizar el poder referido, deberá considerarse lo establecido en los artículos 456 y 459 del Código Civil y Comercial argentino.

Esc. Ana Irabedra
Informante

La Comisión de Derecho Civil, integrada por los Escs. M.ª Jesús Almandoz, Juan Pablo Alonso, Américo Bianchi, Sabrina Buono, Alicia Cancela, Analía Cánepa, Jorge Carneiro, Daniella Cianciarulo, Gustavo Echavarría, Mariana González Bonaudi, Lourdes González Fernández, Adriana Inciarte, Mónica Jover, Ana Lía Méndez, Roque Molla, Laura Parnás, Margarita Puertollano, M.ª del Pialar Ramírez, Mildred Secondo, Diego Séré, Adriana Silva, Mariella Spagnolo, Gonzalo Trobo, Verónica Ubillos, Horacio Varoli y Juan Pablo Villar, aprueba el informe que antecede, elaborado por la Esc. Ana Irabedra.

Escs. Roque Molla y Juan Pablo Villar
Coordinadores

Informe de la Comisión de Derecho Comercial

Reunida la Comisión de Derecho Comercial, con la asistencia de los Escs. César Coll, Alejandra del Portillo, Marithza Rivas, María Eugenia Guichón, Virginia Oddone, Patricia Doglio, Gabriel Curi, Sandra Aquines, Estela Baum, Adriana Tuzman, Ema Klaczko, Jacqueline Reymunde, Carmen López, Stefanía Della Mea, Daniella Cianciarulo y Adriana Amado, resuelve que para la dilucidación del caso en análisis son imprescindibles la determinación de la ley aplicable y la prueba del título de la adquisición de las acciones.

Informes aprobados por la Comisión Directiva Nacional de la AEU el 3.4.2018, expediente 1590/2017.

FIDEICOMISO DE ADMINISTRACIÓN. NULIDAD

Resumen

El negocio de fideicomiso objeto de la consulta no adolece de nulidad alguna, al haber quedado sin efecto la segunda designación de beneficiarios por la aceptación expresa de los primeros.

Informe: Civil

Consulta

Relación de hechos

1. El 31.12.2014, según escritura autorizada calificada como «fideicomiso de administración», comparecieron:

a) como fideicomitentes y primeros beneficiarios, los esposos en únicas nupcias HJ y NF;
b) como fiduciaria, IJF, casada en únicas nupcias con AA;
c) como fiduciario en sustitución, AA;
d) como segundos beneficiarios, NJF, casada en únicas nupcias con GB, e IJF;
e) como beneficiario final, IAJ, de 13 años, representada por sus padres legítimos en ejercicio de la patria potestad, IJF y AA.

2. El fideicomiso tenía por finalidad la administración de los bienes rurales detallados en dicha escritura, en la forma y condiciones relacionadas, depositando los saldos líquidos —deducido el pasivo— en la cuenta del beneficiario final.

3. De conformidad con lo establecido en la cláusula cuarta del fideicomiso, la Sra. IJF aceptó como fiduciaria el encargo y recibió $ 4.800.000 de los fideicomitentes. De la misma cláusula resulta que el fiduciario sustituto, AA, esposo de la nombrada fiduciaria, aceptó esa designación.

4. Resulta de la cláusula decimocuarta del fideicomiso que se nombran a las siguientes personas como beneficiarias:

a) los esposos en únicas nupcias HJ y NF, en iguales proporciones, quienes también comparecieron como fideicomitentes;
b) NJF e IJF como segundas beneficiarias, por partes iguales.
c) como beneficiaria final al vencimiento del plazo de veinticinco años del presente fideicomiso, IAJ, de 13 años, representada por sus padres, IJF y AA.

Consulta

Se observa por parte de la consultante el fideicomiso, por haberse actuado en contra de la prohibición del artículo 9.º, literal *b* de la ley 17703, que establece literalmente:

> (Prohibiciones). Quedan prohibidos, siendo absolutamente nulos: […]
> *b*. El fideicomiso en el cual se designe beneficiario al fiduciario, salvo en los casos de fideicomiso de garantía constituidos a favor de una entidad de intermediación financiera.

En el caso, la Sra. IJF actúa como fiduciaria y tiene, simultáneamente, el carácter de segunda beneficiaria, conjuntamente con su hermana, NJF.

Opinión de la consultante

La legislación impide que se confundan ambas figuras —fiduciario y beneficiario final— en una misma persona, ya que el fiduciario es quien lleva adelante una gestión por la que percibe remuneración, lo que puede llevar a un conflicto de intereses.

Por tal motivo, entiendo que este contrato es nulo (art. 9.º, lit. *b* ley 17703).

Informe de la Comisión de Derecho Civil

Luce pertinente efectuar las siguientes consideraciones:

1. La incompatibilidad de figurar en un fideicomiso simultáneamente como fiduciario y beneficiario genera la calificación de negocio absolutamente nulo, por expresa disposición de la ley, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 9.º, en su acápite y literal *b* de la ley 17703.

2. La nulidad absoluta es una calificación que se efectúa al negocio al momento de su perfeccionamiento; por tanto, esa prohibición se dirige como prevención a las partes y profesionales en su elaboración.

3. De conformidad con lo establecido en la cláusula decimocuarta del fideicomiso, inicialmente, revisten la calidad de fideicomitentes y beneficiarios por partes iguales los esposos HJ y NF, quienes aceptaron esa designación; en caso de fallecimiento de uno de los dos, su parte acrecería al otro.

En consecuencia, en esta primera línea interpretativa, la expresada estipulación no afecta al negocio por nulidad de clase alguna.

Además, la aceptación expresa de los designados a la suscripción del fideicomiso deja sin posibilidad de hacerse efectiva la segunda designación de beneficiarios y, por consiguiente, irremediablemente ineficaz esa disposición contractual o inexistente.

4. No obstante, podría plantearse la hipótesis por la cual al fallecimiento de ambos fideicomitentes y beneficiarios, HJ y NF, su hija legítima IJF, como heredera, asumiera también el carácter de beneficiaria, siendo a su vez fiduciaria. Pero al no tratarse de una designación contractual, sino generada por fallecimiento, no consideramos aplicable el artículo 9.º, apartado *b* de la ley 17703, que solo prohíbe la designación de beneficiario al fiduciario por efecto del ejercicio de poder normativo negocial.

Por lo expuesto, se concluye:

a) no consideramos que el negocio objeto de consulta esté afectado por nulidad absoluta, como expresa la consultante, por la circunstancia de que los nombrados segundos beneficiarios —NJF e IJF— nunca podrían tener esa calidad, por la citada disposición contractual (solo accederían a ello como herederos de los fideicomitentes);

b) por ello, no es necesario la revocación de la calidad de segundos beneficiarios, por no tener relevancia alguna en cuanto a la validez y eficacia del fideicomiso.

Esc. Carlos Groisman
Informante

La Comisión de Derecho Civil, integrada por los Escs. Américo Bianchi, Sabrina Buono, Miguel Burdín, María Inés Casatroja, Daniella Cianciarulo, María Laura Conde, Ana Correa, Nicolás García Rodríguez, Adriana Goldberg, Alicia González Bilche, Lourdes González Fernández, Carlos Groisman, José Pedro Illia, Adriana Inciarte, Rossana Ivanier, Mónica Jover, Maximiliano Mauri, Ana Lía Méndez, Roque Molla, Laura Parnás, Margarita Puertollano, Diego Séré, Adriana Silva, Gonzalo Trobo, Verónica Ubillos y Juan Pablo Villar, aprueba el informe que antecede, elaborado por el Esc. Carlos Groisman.

Escs. Roque Molla y Juan Pablo Villar
Coordinadores

Informe aprobado por la Comisión Directiva Nacional de la AEU el 2.5.2018, expediente 1714/2018.

CESIÓN DE DERECHOS POSESORIOS. COMPRAVENTA. PACTO DE RESERVA DE DOMINIO. CERTIFICADO DE RESULTANCIAS DE AUTOS. PUBLICIDAD REGISTRAL. PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO

Resumen

La cuestión radica en determinar qué negocio jurídico fue consignado en la escritura pública de 19.9.2013, denominada «cesión de derechos posesorios», y quién es el titular del bien padrón objeto de ella.

Se ceden derechos posesorios cuando el cedente ya era propietario del bien. En consecuencia, quienes figuran como cesionarios adquirieron la propiedad del bien. Con posterioridad se inscribe certificado de resultancias de autos del cedente. Un eventual acto de disposición de los propietarios está exceptuado del control de tracto sucesivo, al estar estos legitimados para el acto.

Informes: Civil y Registral

Consulta

Relación de hechos

1986. Según escritura de 18.12.1986 debidamente inscripta, AJK enajenó el inmueble objeto de la consulta por título compraventa y modo tradición a CMST, soltero.

1995. CMST falleció intestado el 10.5.1995 en igual estado civil. Su sucesión se tramitó judicialmente; en ella se incluyó el bien de relación. Por auto de 2.3.2016 se declaró única y universal heredera a su madre, IHTF.

2010. IHTF falleció intestada el 23.5.2010, viuda. Su sucesión se tramitó judicialmente, y en ella se incluyó el bien de relación. Por auto de 2.3.2016 se declaró único y universal heredero a su hijo AAST.

2013. AAST cedió sus derechos posesorios sobre el inmueble referido a AABD y EBD, menores, representados por sus padres legítimos, según escritura de 19.9.2013, cuya primera copia fue inscripta en el Registro competente.

2014. AAST falleció testado el 1.10.2014, soltero. Su sucesión se tramitó judicialmente, y en ella se incluyó el bien de referencia. Por auto de 2.3.2016 se declaró única y universal heredera a EDBR.

Las sucesiones se tramitaron en forma conjunta y el certificado de resultancias de autos fue inscripto en el Registro el 28.12.2016.

Consulta

Se consulta si con la inscripción de la sucesión, los cesionarios siguen siendo propietarios del inmueble, por aplicación en vía analógica de la resolución 249/2008.

Opinión de la consultante

Se ceden derechos posesorios por el cedente a cesionarios y, luego del fallecimiento del primero, la heredera testamentaria tramita la sucesión e incluye la propiedad del inmueble cuyos derechos posesorios fueron cedidos en vida del causante en la relación de bienes. La heredera testamentaria tramitó las sucesiones del propietario, CMST; de su madre, IHTF, y del cesionario, AAST, para llegar de esa manera a completar el tracto sucesivo, reivindicando de esa forma la calidad del propietario del referido inmueble cuyos derechos posesorios había cedido el causante en vida.

Los cesionarios no se presentaron ni fueron emplazados en el proceso sucesorio. Considero que tal situación no enerva los derechos de estos, porque cuando se trata de cesión de derechos posesorios, si es válida y eficaz como creo lo es, los derechos sobre el referido inmueble dejaron de estar en el patrimonio del cedente desde la fecha de la cesión para pasar a estar en el patrimonio de los cesionarios, y nunca pueden ser trasmitidos *mortis causa* del cedente a la heredera testamentaria. Con el fallecimiento del propietario del inmueble, el derecho de propiedad fue deferido a su madre, y al fallecimiento de esta última, al cedente, por el efecto declarativo que tiene la sucesión. Es decir, el cedente, al haberse tramitado la sucesión, era propietario desde que este derecho le fue deferido por modo sucesión de su madre y, por tanto, cuando cedió los derechos posesorios, era propietario y no meramente poseedor. Declarado heredero el cedente, se considera que fue dueño de dicho inmueble desde el fallecimiento de su madre, y al haber cedido los derechos con posterioridad, la propiedad recae en los cesionarios. Los cesionarios, por legitimación superviniente, pasaron entonces a ser propietarios. Estos ahora desean saber si con la inscripción de la sucesión, siguen siendo igualmente propietarios del referido inmueble, por aplicación en vía analógica de la resolución 249/2008.

Importa tener en cuenta el ánimo del cedente, que no pudo transferir el dominio porque no tenía las sucesiones tramitadas. Pero el ánimo de este era vender no la posesión solamente, sino también la propiedad (art. 758 CC).

Informe de la Comisión de Derecho Civil

Entiendo que lo que se habría querido preguntar es ante qué negocio jurídico nos encontramos en la escritura pública de 19.9.2013, denominada «cesión de derechos posesorios», y quién es el actual propietario del bien padrón relacionado en ella.

El informe de dividirá en tres capítulos: uno donde se esgrimirán nociones básicas sobre interpretación, clasificación del negocio jurídico, cesión de derechos posesorios y prohibición de pacto de reserva de dominio; otro donde se establecerá la aplicación de lo desarrollado al caso concreto, y por último, la conclusión.

Primer capítulo: nociones básicas

1. Interpretación

Enseña Caumont:[67]

> Una particular cláusula de un contrato no vale por sí sola, sino por su interrelación con las demás cláusulas que constituyen una integralidad final del negocio del cual son constituyentes inescindibles y por la intervinculación con elementos exógenos al propio acto negocial, como las conductas pre y post convencionales que los otorgantes comportaron.

Agrega el autor, citando a Mariño López, que es sobre el texto y no el signo individualmente considerado que debe realizarse la actividad interpretativa de atribución de significado, discurso inmerso en un texto y vinculado con un determinado contexto.

Gamarra[68] se pregunta por qué, en muchos casos, la expresión clara y unívoca —sentido literal— no debería prevalecer. El tratadista nacional alega que «un contrato no se interpreta únicamente por sus elementos textuales, sino que debe tenerse en cuenta todo un complejo de elementos (textuales y extra textuales), cuyo análisis global es el que permite reconstruir la voluntad común de los contratantes», posición seguida por la doctrina uruguaya, rechazando la aplicación de la regla *in claris no fit interpretatio*, entre otros por Blengio, Caumont y Mariño López, quienes sostienen que para decir que un texto es claro es necesario realizar una acción de interpretación.

La jurisprudencia uruguaya también ha relevado el importante lugar que ocupa el contexto al momento de la interpretación. La Suprema Corte de Justicia, en sentencia 158/2001, de 3.8.2001, ha enfatizado que

> la interpretación de los contratos no puede limitarse a su tenor literal, porque su objeto es la manifestación de la voluntad de los contratantes y esta se compone tanto por las palabras empleadas por los otorgantes como por todas las circunstancias que pesan en la voluntad de los mismos.

Agrega la corporación, siguiendo las enseñanzas de Gamarra, que en sentencia 54/1995 se manifestó que todos los datos de la interpretación deben ser sometidos a un análisis global y totalizador, y de esa operación, deducirse la voluntad contractual.

2. Clasificación del negocio jurídico

Señala Gamarra[69] que

> en la tarea de clasificar no participa la voluntad de los contratantes; estos no son dueños de la calificación jurídica, que se deduce del contenido

67 Caumont, Arturo, *Doctrina general del contrato*, pp. 303 y ss.

68 Gamarra, Jorge, *Tratado de derecho civil uruguayo*, tomo XVIII, vol. II, 4.ª ed., 2016, p. 228.

69 Gamarra, Jorge, o. cit., p. 223.

negocial, y no del *nomen iuris* elegido por las partes para rotular el contrato. Por ello, la calificación equivocada configura un error de derecho que el juez puede y debe rectificar.

3. La cesión de derechos posesorios

De acuerdo a lo manifestado por la Suprema Corte de Justicia en sentencia 276/2012, de 3.2.2012, 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 posee un bien —generalmente, el usurpador o quien deriva sus derechos de él— y le transfiere la posesión que detenta a otro, de forma que este queda, respecto a lo trasmitido, en la misma situación jurídica que aquel.[70]

Asiste razón a la corporación al afirmar en la sentencia citada en el párrafo anterior, siguiendo las enseñanzas de Howard,[71] que

> la cesión de derechos posesorios como negocio jurídico 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. Las cesiones de derechos posesorios a través de escrituras (solemnidad) constituyen simples declaraciones formuladas por cedentes y cesionarios, que en un proceso usucapional deben ser corroboradas a través del aporte de prueba hábil que acredite los actos posesorios, con las características exigidas por la ley, durante el lapso correspondiente mediante prueba hábil de los actos posesorios exigidos por la ley, durante el plazo correspondiente [destacado nuestro].

4. Prohibición del pacto de reserva de dominio[72]

Siguiendo las enseñanzas del tratadista nacional Gamarra, podemos conceptualizar el pacto de reserva de dominio como aquel donde las partes acuerdan que, pese a la entrega de la cosa vendida, la propiedad no se transfiere al comprador hasta tanto no se pague el precio.

El artículo 1732 del Código Civil establece: «La cláusula de no transferirse el dominio sino en virtud del pago del precio no producirá otro efecto que el de la opción enunciada en el artículo precedente». Entonces, el mencionado autor se pregunta qué sucedería en caso de que las partes hayan estipulado que no se transferirá el dominio hasta tanto no se pague el precio. La respuesta es que nada ocurriría (se tendría por no dicho).

Agrega el doctrinario que en caso de compraventa seguida de tradición, el comprador deviene propietario, y en caso de no pagar el precio, el

70 Suprema Corte de Justicia, sentencia 276/2012, de 3.2.2012.
71 *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, tomo XLII, p. 211.
72 Gamarra, Jorge, *Tratado de derecho civil uruguayo*, tomo III, vol. II, 4.ª reimpr., 1993, pp. 160-177.

vendedor es titular de la opción que le confiere el derecho común, como lo es exigir el pago del precio, o la resolución por incumplimiento, con los daños y perjuicios.

Asimismo, añade que no puede hablarse de contradicción entre los artículos 769 y 1732 del Código Civil. El primero sienta un principio y una excepción, y el segundo se refiere específicamente a los casos de excepción. El principio es que «en el contrato de compraventa, para que se transfiera el dominio no basta la entrega de la cosa, sino que se requiere, además, el pago del precio». La excepción se da en los casos donde el vendedor sigue la fe del comprador, cuando el comprador no paga, pero afianza, da prenda, constituye hipoteca u obtiene plazo para el pago. Por lo tanto, «cuando el pago debe hacerse al contado, la propiedad no se transfiere hasta que no se pague; cuando la venta es a plazo, la propiedad se transfiere, porque el vendedor siguió la fe del comprador».

Concluye el tratadista que

> la cláusula de no transferir el dominio sino en virtud del pago del precio *no producirá otro efecto* que el de la opción mencionada en el artículo precedente […]. Pero la opción no es un «efecto» del pacto, sino del principio general (de derecho común), legislado por el artículo 1431, que se reitera en sede de compraventa (1688 y 1731). Ese «efecto» se produce aunque el pacto no se estipule.

Segundo capítulo: aplicación al caso concreto

En el caso, nos encontramos que AAST habría cedido los derechos posesorios sobre el padrón … a AABD y a EBD, según escritura debidamente inscripta, la cual fuera relacionada con anterioridad.

Tal cual fuera mencionado *ut supra*, dicho padrón fue adquirido en 1986 por título compraventa y modo tradición por CMST, hermano del «cedente». Este fallece intestado; su única heredera es su madre legítima, IHTF, madre del «cedente», con el padrón … en el patrimonio del causante.

En 2010 fallece intestada IHTF; su único heredero es su hijo legítimo AAST («cedente»), con el padrón … en el patrimonio de la causante.

El artículo 1039 del Código Civil, al referirse al modo sucesión, establece que «por el hecho solo de abrirse la sucesión, la propiedad y la posesión de la herencia pasa de pleno derecho a los herederos del difunto».

Siguiendo la posición a la cual se ha afiliado tradicionalmente la Comisión de Derecho Civil, la herencia se adquiere desde el momento de la muerte de la persona, por lo cual AAST ya era propietario del referido bien al momento del otorgamiento de la escritura de cesión de derechos posesorios.

Haciendo caudal de lo dictaminado por la Corte, citado en el capítulo anterior de este informe, el efecto que forjan el negocio con una función de cambio —en nuestro caso, compraventa de la propiedad y posesión, que es

con lo que contaba el «cedente»—, sumado a la tradición de los derechos existentes en dicho patrimonio, ha producido el trasiego patrimonial a AABD y EBD; es irrelevante cómo las partes han denominado el negocio, como ya desarrolláramos con anterioridad. Además, como fuera señalado en el punto cuatro del capítulo anterior del presente informe, todo pacto sobre reserva de dominio se tendrá por no puesto, operando la transferencia patrimonial.

Con relación a la necesidad o no de otorgar un negocio jurídico a los efectos registrales, corresponde se expida la Comisión de Derecho Registral.

Tercer capítulo: conclusión

En virtud de los argumentos esgrimidos con anterioridad, con sustento en la doctrina y la jurisprudencia nacional, se arriba a la conclusión de que la escritura estudiada contiene una compraventa de la propiedad y posesión del padrón …, independientemente de cómo hayan rotulado las partes el documento, y los actuales propietarios desde el 19.9.2013 son los hermanos AABD y EBD. Es irrelevante que ese inmueble haya sido incluido en la sucesión de AAST, y carente de eficacia todo pacto que tuviera como objeto reserva de dominio.

Esc. Nicolás García Rodríguez
Informante

La Comisión de Derecho Civil, integrada por los Escs. Mariana Abó, María Aldana, Américo Bianchi, Karen Bonner, Sabrina Buono, Miguel Burdín, María del Carmen Cabrera, Alicia Cancela, María Inés Casatroja, Daniella Cianciarulo, María Laura Conde, Nicolás García Rodríguez, Lourdes González Fernández, Carlos Groisman, Paola Igoa, José Illia, Francisco Mastropierro, Patricia Méndez, Roque Molla, Laura Parnás, Margarita Puertollano, Adriana Silva, Mariela Spagnolo, Verónica Ubillos y Juan Pablo Villar, aprueba el informe que antecede, elaborado por el Esc. Nicolás García Rodríguez.

Escs. Roque Molla y Juan Pablo Villar
Coordinadores

Informe de la Comisión de Derecho Registral

El consultante manifiesta que al ser la cesión de derechos posesorios válida y eficaz, estos derechos no se trasmitieron mortis causa en la sucesión de AAST y los cesionarios de los derechos posesorios son los propietarios

del bien por legitimación superviniente. Se consulta si con la inscripción de la sucesión los cesionarios siguen siendo propietarios del inmueble por aplicación en vía analógica de la resolución 249/2008.

Análisis

1. La inscripción de la cesión de derechos posesorios en el Registro de la Propiedad fue viable hasta la sanción del artículo 228 de la ley 19149, de 24.10.2013.

Del relacionado que antecede surge que cuando AAST cedió los derechos posesorios, ya era propietario del bien, y por tanto, en realidad, no cedió, sino que enajenó el bien por título compraventa y modo tradición. Sostener que no se trasmitió la propiedad en dicho acto significaría establecer la reserva de dominio, expresamente prohibida por el artículo 1732 del Código Civil.

Por tanto, cuando AAST falleció, en su patrimonio ya no se encontraba la propiedad del inmueble objeto de la consulta.

2. Nuestro ordenamiento registral recoge el principio de tracto sucesivo en el artículo 57 de la Ley Orgánica Registral (16871).[73] En el caso en análisis, si los propietarios AABD y EBD fueran a disponer del bien, el registrador debería controlar el tracto sucesivo; pero resulta que el que aparece como titular registral del derecho que se transfiere es una persona diferente de los citados. El titular registral es el heredero de AAST, que, como fuera dicho, no adquirió la propiedad del inmueble por el modo sucesión, ya que el causante lo había enajenado.

Esta contradicción entre el asiento registral y la realidad jurídica es resuelta por el sistema registral privilegiando a esta última.

Nuestra Ley Orgánica Registral consagra el principio de tracto sucesivo en forma atenuada, al establecer como excepciones a su aplicación que el disponente se encontrara legitimado, que estuviera facultado para disponer de cosa ajena o que lo mandara el juez competente.

En el caso, resulta que AABD y EBD se encuentran legitimados para disponer del bien; por tanto, en la inscripción del negocio proyectado está excluida la aplicación del tracto sucesivo formal (este cede ante el principio de legitimación sustancial).

73 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 estuviera 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 inscripto y los 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 que el bien carezca de padrón».

La resolución 18/2014 de la Dirección General de Registros establece que cuando corresponde inscribir conforme a la excepción reseñada —es decir, cuando no coincide el disponente del derecho con el último titular inscripto en virtud de encontrarse legitimado—, el registrador dejará constancia en el asiento registral de la aplicación de lo dispuesto por el artículo 57, inciso 1.º *in fine* de la ley 16871.

Conclusiones

La escritura de cesión de derechos posesorios respecto de un inmueble otorgada por el propietario significó la enajenación de la propiedad.

La existencia de la inscripción de un certificado de resultancias de autos de la sucesión del cedente posterior a la fecha del otorgamiento y de la escritura de cesión de derechos posesorios no impide la inscripción de un eventual negocio de disposición de los cesionarios, verdaderos propietarios del bien.

El Registro de la Propiedad deberá proceder a la inscripción, debido a que se trata de una excepción al tracto sucesivo: los disponentes se encuentran legitimados.

Esc. Álvaro Garbarino
Informante

La Comisión de Derecho Registral, integrada por los Escs. Susana Cambiasso, Cristina Anzuela, Inés Rodríguez Sarmiento, Carlos del Campo, Claudia Pereiro y Mercedes Azar, aprueba el informe que antecede, elaborado por el Esc. Álvaro Garbarino.

Esc. Álvaro Garbarino
Coordinador

Informes aprobados por la Comisión Directiva Nacional de la AEU el 8.5.2018, expediente 1636/2017.

EMBARGO GENÉRICO. TERCERÍA DE DOMINIO. PROCESO DE EJECUCIÓN

Resumen

Tercería de dominio excluyente. Acreedor ejecutante del propietario aparente de larga data.

Informes: Registral y Procesal

Consulta

Relación de hechos

5.1.1973. Compraventa del padrón … entre E1 y su hijo E2.

3.6.1996. El adquirente, E2, suscribió un vale a favor de la cooperativa C, con vencimiento 30.11.1996.

30.1.1997. Compraventa del padrón citado entre E2 y su hijo E3.

La cooperativa C interpuso demanda de acción pauliana contra esta última compraventa, de 1997, ante el Juzgado Letrado de Primera Instancia de … Turno. Por sentencia 230, se declaró la inoponibilidad de la enajenación de E2 a su hijo E3.

Por otro lado, de acuerdo a resolución 3631/2001 del Juzgado Letrado de Primera Instancia de … Turno, se acogió demanda de simulación respecto de la compraventa de 1973, declarando que el bien era propiedad de E1. La decisión de primer grado respecto a ese punto fue confirmada por sentencia …/2002 del Tribunal de Apelaciones de Familia de … Turno.[74]

Como consecuencia, los sucesores de E1 interpusieron tercería de dominio contra la cooperativa ante el Juzgado Letrado de Primera Instancia de … Turno, con el siguiente resultado:

1) la sentencia interlocutoria 3105/2004 declaró que el padrón citado es propiedad de los accionantes, y se levantó el embargo que afectaba al inmueble;
2) por sentencia 14/2007 del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de … Turno, se desestimó la tercería de dominio.

Consulta

Se consulta:

1) si existiendo embargos genéricos de otros acreedores sobre E2, puede determinarse que sobre el padrón del caso, los acreedores preferentes

74 La casación presentada ante la Suprema Corte de Justicia fue desestimada por sentencia 672/2003.

son los sucesores a título particular de la cooperativa C, y proceder a la subasta del inmueble;
2) si es posible no realizar subasta y, en su lugar, efectuar dación de pago de E2 a los acreedores, sin que se vea afectada por los embargos de restantes acreedores.

Informe de la Comisión de Derecho Registral

A los efectos del informe de esta comisión, debemos tener en cuenta el alcance de las sentencias del caso y el conflicto entre ellas.

En el supuesto de acción pauliana, Ordoqui[75] recuerda que su efecto normal es volver inoponible la enajenación al acreedor perjudicado, restituyendo las cosas al estado anterior. Prosperada la acción, la eficacia de la sentencia crea una nueva situación jurídica que permite al acreedor accionar sobre el bien del caso.

El acto jurídico de disposición del deudor es inoponible al acreedor que interpuso la acción.

Como dice en su informe la Comisión de Técnica Notarial Procesal, en el caso, es fundamental el alcance de la sentencia 14/2007 del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 2.º Turno, en el entendido de que la cuestión versa sobre el principio de buena fe, la apariencia de un negocio simulado y las consecuencias de su resultado en un proceso de ejecución. Dicho tribunal sostuvo que el artículo 1580 del Código Civil protege, además de los causahabientes a título particular, a los acreedores de buena fe del propietario aparente. Así, la sentencia sostuvo que el ejecutante acreedor desde junio de 1996 del propietario aparente de larga data, E2, es tercero de buena fe, quien no podía —es razonable— conocer la simulación de más de dos décadas atrás y a quien no puede oponerse útilmente dicha simulación, excluyendo el bien del patrimonio aparente de su deudor —a la fecha de contraída la deuda—, a quien está ejecutando desde 1997.

En consecuencia, la tercería de dominio iniciada por los propietarios verdaderos, con base en la simulación del negocio de 1973, no puede prosperar respecto del ejecutante del propietario aparente a la fecha de contraído el crédito ejecutado.

Esta sentencia que desestimó la tercería de dominio opera en el ámbito específico del proceso de ejecución. El bien se mantiene en el patrimonio del deudor, atado a la ejecución, en protección del ejecutante tercero de buena fe, quien podrá seguir adelante hasta la satisfacción de su crédito. En cuanto a otros acreedores de la misma persona, ese bien se encuentra fuera del patrimonio de su deudor, debido a que el inmueble es propiedad de los sucesores de E1.

75 Ordoqui Castilla, Gustavo, *Tratado de derecho de los contratos*, tomo 7: «El fraude y la acción pauliana», Montevideo: AMF, 2017.

Conclusiones

A la pregunta 1 de la consulta se responde que, tal como establece la sentencia multicitada, el bien del caso es propiedad del ejecutado solamente para los acreedores sucesores de la cooperativa C.

A la pregunta 2 se contesta que, en consonancia, con las sentencias comentadas, el bien está sujeto solamente al proceso de ejecución específico. Respecto a otros negocios jurídicos, debe tenerse en cuenta que los propietarios son los sucesores de E1.

Esc. Carlos del Campo García
Informante

La Comisión de Derecho Registral, integrada por los Escs. Cristina Anzuela, Álvaro Garbarino, Robert Melo, Susana Cambiasso, Claudia Pereiro, Carlos del Campo, Mercedes Azar e Inés Rodríguez Sarmiento, aprueba el informe que antecede, elaborado por el Esc. Carlos del Campo García.

Esc. Mercedes Azar
Coordinadora

Informe de la Comisión de Técnica Notarial Procesal

A efectos de evaluar puntualmente la consulta, cabe señalar que:

1. Resulta vital el contenido de la sentencia 14 de fecha 14.2.2007, de segunda instancia, en el entendido de que la cuestión versa sobre su alcance y desarrollo, vinculado puntualmente al principio de buena fe, a la apariencia jurídica de un negocio simulado y a las consecuencias de su resultando en un proceso de ejecución.

2. Puede afirmarse que la tercería de dominio en el proceso de ejecución no tiene como objeto el pronunciamiento sobre la titularidad del bien, sino resolver si el bien debe continuar sujeto al proceso y finalmente satisfacer el crédito; concretamente, si el bien objeto de la medida cautelar conforme al proceso está o no en el patrimonio del ejecutado y forma parte así de la garantía común de sus acreedores (art. 335 CGP, «Tercerías en procesos de ejecución, ejecutivos o cautelares».[76]

Como se ha señalado, la resolución de fecha 27.7.2001 número 3631 de primera instancia acogió la acción simulatoria respecto de la compraventa del inmueble padrón … de 1973, en cuanto su verdadero propietario no es E2, confirmada en lo pertinente por sentencia 266/2002 de segunda instancia.

76 Cardinal, Fernando, y Klett, Selva, *Revista Judicatura*, n.º 41, pp. 197 y ss.

3. Conforme dichas sentencias versa la cuestión en sus fundamentos, en la apariencia jurídica del negocio y en la interpretación del artículo 1580 del Código Civil, en ponderación del acreedor del propietario aparente como tercero de buena fe.

El tribunal sostuvo que el artículo 1580 del Código Civil protege no solo a los causahabientes a título particular, sino también a los acreedores de buena fe del dueño aparente. Luce en la sentencia:

> En el caso, la buena fe del acreedor luce evidente […]. Resulta evidente, entonces, que el ejecutante acreedor desde junio de 1996 del propietario aparente de larga data, E2, es un tercero de buena fe, que no podía razonablemente conocer la simulación de más de dos décadas atrás, a quien no puede oponerse útilmente dicha simulación, excluyendo el inmueble del patrimonio aparente (a la fecha de contraída la deuda) de su deudor, a quien está ejecutando desde año 1997. En consecuencia, la presente tercería de dominio iniciada por los propietarios verdaderos, en base a la simulación relativa de la persona del comprador […], no puede prosperar respecto del ejecutante del propietario aparente a la fecha de contraído el crédito ejecutado.

Conclusión

En mérito a las consideraciones expuestas, en virtud del tenor de la sentencia que desestima la tercería de dominio excluyente, opera una realidad jurídica especial vinculada estrictamente al proceso de ejecución cursado.

Se mantiene el bien de referencia en el patrimonio del deudor, atado a la ejecución, protegiendo al tercero de buena fe, el ejecutante, que podrá seguir adelante hasta obtener la satisfacción de su crédito.

Esta comisión considera que el lazo estricto de la resolución y sus fundamentos al proceso de ejecución torna imposible considerar válido cualquier modo extrajudicial de poner fin al proceso. El deudor carece de poder de disposición y el bien no está en su patrimonio, y sobre ello no hay duda alguna, con la salvedad de que permanecerá allí solo a efectos de que pueda satisfacer su crédito el ejecutante, en el marco del proceso judicial y solo en ese marco.

Al existir embargos de acreedores ajenos a la ejecución que afecten al bien, estos deberán ser descartados por recaer sobre un bien que no es propiedad del deudor.

Se otorga especial relevancia a «la apariencia de propiedad», apariencia que se consagra en la ejecución. Podrá procederse a la subasta pública, y en su etapa de liquidación, conforme al artículo 388 del Código General del Proceso, se establecerá el crédito del ejecutante y sus accesorios, y si hubiere sobrante, este no integrará el patrimonio del deudor y tampoco podrá ser garantía de sus demás acreedores.

Con la satisfacción del crédito del ejecutante se pone fin a la «propiedad aparente», y el propietario original podrá presentarse al cobro del eventual remanente, sin perjuicio de las demás acciones que tendrá contra él.

Esc. Valeria de Paula
Informante

La Comisión de Técnica Notarial Procesal, integrada por los Escs. Mariela Decaro, Martín Sosa Valerio, Gabriela Hormaizteguy, Claudia Medina, Verónica López Fernández y María Cristina Lamela, aprueba el informe que antecede, elaborado por la Esc. Valeria de Paula.

Informes aprobados por la Comisión Directiva Nacional de la AEU el 26.6.2018, expediente 1488/2017.

SOCIEDAD ANÓNIMA. COMPRAVENTA. CONTRATO CONSIGO MISMO. REPRESENTACIÓN. ADMINISTRADOR DE SOCIEDAD COMERCIAL. CÓNYUGE. ASAMBLEA DE ACCIONISTAS. DOMICILIO SOCIAL

Informe: Comercial

Consulta

Relación de hechos

1. Por escritura extendida el 16.9.2005 y autorizada el 9.10.2005, D S. A., representada por MH en su calidad de presidenta del directorio, enajenó por compraventa y tradición el inmueble padrón … a MR, casado en primeras nupcias con MH bajo el régimen legal de bienes.

2. En 2006, los cónyuges MH y MR enajenaron el inmueble sin observaciones.

Hoy, los propietarios ofrecen el inmueble en venta y la escribana de los compradores, previo a la suscripción del contrato preliminar, solicita la exhibición del acta de asamblea de socios de D S. A., en cumplimiento de los artículos 84 y 388 de la Ley de Sociedades Comerciales (LSC), 16060, por entender que MH estaría adquiriendo el bien en forma indirecta, por ser este bien de naturaleza ganancial, y entender que corresponde tal control en virtud de hacer una interpretación amplia de los artículos mencionados.

Se logra ubicar copia del acta, y de su lectura surge que cumple con las condiciones de los artículos 84 y 388 de la LSC. Pero surge la duda

en cuanto a la validez de esa acta, ya que su lugar de celebración es en el departamento de C., mientras que el domicilio social está en el departamento de M.

Consulta

Se plantea:

1. Determinar si los artículos 84 y 388 de la LSC se aplican a este caso concreto.
2. ¿Es válida la asamblea de accionistas celebrada en el domicilio distinto al establecido en el estatuto? En caso de no serlo, ¿cómo puede subsanarse para que sea válida?

Opinión de la consultante

Con relación a la primera cuestión, entiende que no corresponde exigir el cumplimiento de los artículos 84 y 388 de la LSC, ya que la norma es clara, en cuanto expresa que no «podrá otorgar contratos con sus representantes o administradores sin la autorización previa», y no corresponde una interpretación extensiva de la norma para darle más alcance e incluir a otras personas. Si el legislador hubiera querido incluir otras personas y comprender los vínculos filiatorios, así lo habría hecho.

Con relación a la segunda cuestión, entiende que el lugar de celebración de la asamblea debe ser el de su domicilio, de acuerdo al artículo 340 de la LSC. Al existir diferentes opiniones con otros colegas que sostienen que el lugar de celebración del acta no comprende su contenido, y siendo este su argumento para sostener que el acta debe aceptarse sin observaciones de acuerdo al artículo 360 de la LSC, solicita que la comisión se expida sobre si es válida el acta celebrada en domicilio distinto al social, y si no lo es, cómo se subsana.

Informe de la Comisión de Derecho Comercial

Esta comisión, en reiteradas oportunidades, ha informado acerca del alcance de lo dispuesto en los artículos 84 y 388 de la LSC.

Esta disposición resuelve una discusión doctrinaria anterior que consistía en si una persona física podía actuar por sí y como representante de una sociedad. En realidad, la solución es más amplia y no comprende solo el llamado *contrato consigo mismo*, sino que regula una situación objetiva, esto es, que el administrador o representante celebre un contrato con la sociedad, ya sea como sujeto de la voluntad o del interés.

A diferencia de la opinión de la escribana, que observa el título, entendemos que las interpretaciones de la ley deben ser de carácter estricto; como manifiesta la consultante, el legislador reguló una hipótesis determinada y no la extendió a otras personas.

El alcance de la norma está limitado a la contratación del administrador o representante con la sociedad. Si la sociedad —como persona jurídica que es—, actuando a través de sus órganos, enajena un bien a un tercero, aunque ese tercero sea el cónyuge del administrador o su representante, la disposición no lo abarca. Es indiferente que la Sra. MH estuviera casada bajo el régimen legal o con separación absoluta de bienes: la norma no la comprende.

Se ha objetado en otras oportunidades por algunos colegas que, en ese caso, indirectamente se viola el artículo 1665 del Código Civil, porque se trataría de una venta entre cónyuges.

Muy alejado de la realidad esta esa aseveración. En todo caso, si se quisiera probar que se otorgó ese negocio para violar la ley, debería atacarse el negocio por simulación o por nulidad; pero el solo hecho de que una persona jurídica representada por una persona física le venda a su cónyuge no implica violación de la citada norma *per se*.

En el caso que nos ocupa, no era necesario que se realizara una asamblea a los efectos de autorizar el acto, por lo cual, no es necesario contestar la segunda parte de la consulta. De todas formas, es oportuno reiterar la opinión de esta comisión respecto a ese punto, esto es, qué sucede cuando una asamblea se realiza fuera del domicilio social.

El artículo 340 de la LSC dispone que «las asambleas de accionistas estarán constituidas por estos, reunidos en las condiciones previstas por la ley y el contrato social, en la sede social o en otro lugar de la misma localidad». Por su parte el artículo 13 de la LSC dice: «El domicilio social será el departamento, ciudad o localidad donde se establezca su administración. La sede de la sociedad será la ubicación precisa de su administración dentro de su domicilio».

Este punto fue desarrollado exhaustivamente por esta comisión en consulta de expediente 397/2009. El tema parte de considerar si la ley es de orden público o no, esto es, si esta norma puede ser derogada por la voluntad de las partes (nos remitimos a las opiniones vertidas en dicha consulta).

Si se sostiene que es de orden público, o si rigiendo la autonomía de la voluntad no se modificó la ley, rige *in totum* el artículo 340 y, por ende, las asambleas deben realizarse en la sede social o en otro lugar de la misma localidad (y en consecuencia, en el domicilio social).

La Esc. Wonsiak[77] ha entendido que si la asamblea es unánime —esto es, que están presentes los accionistas que representan la totalidad del capital integrado—, puede realizarse fuera de la sede social, si están todos de acuerdo y dependiendo del tema a tratar, es decir, que este no amerite consultar libros y demás documentación de la sociedad, circunstancia que en otro lugar pueda verse afectada.

77 Wonsiak, María (y otros), *Manual de derecho comercial*, Montevideo: AEU, tomo II.

Esta no es la posición que acepta la Auditoría Interna de la Nación (AIN), la cual, en cambio, ha buscado una solución a las múltiples situaciones que se presentan acerca de este tema. La AIN entiende que puede realizarse una nueva asamblea que ratifique lo actuado en aquella, nueva asamblea que debe realizarse en la sede social y en la que debe estar presente el cien por ciento del capital integrado.

No es la solución que encontramos más adecuada, pues si la resolución no fue válida, ¿cómo puede luego ratificarse? Pero al menos soluciona esta problemática, que tantas veces ha sido tratada en esta comisión, ya en consultas como la referida, ya en conferencias y talleres. Y en definitiva, en la práctica es lo que se hace para solucionar el problema.

De todas formas, lo dicho es en carácter general, porque en el caso concreto, dado que no era necesaria esa asamblea autorizando el acto, es indiferente dónde se haya realizado.

Puntualizaremos algunas afirmaciones, tanto de la consultante como de colegas que le han dado su opinión y que la consultante brinda en la consulta:

1. No se trata de que el acta sea válida o no: la validez se analiza respecto a la asamblea, cuyas resoluciones se asentarán en acta.
2. El lugar de celebración de la asamblea es fundamental para determinar la validez de su contenido; es incorrecto afirmar lo contrario.
3. El artículo 360 dispone que las resoluciones se asentarán en el libro de actas de asamblea. Es discutido también por la doctrina si esto es un requisito de solemnidad o de validez, pero el tema excede lo consultado en la presente. La referencia al artículo 360 en esta consulta, en nuestra opinión, no se aplica.

Conclusiones

Los artículos 84 y 388 de la LSC regulan la hipótesis de celebración de un contrato social entre la sociedad y sus administradores o representantes, y no es posible extender su alcance a terceras personas, aunque estas sean sus cónyuges, tanto bajo el régimen de sociedad legal de bienes como de separación absoluta.

Por lo tanto, en el caso planteado no era necesaria la realización de la asamblea para el otorgamiento del acto.

Cuando una asamblea se realiza fuera de la sede social, sus resoluciones no son válidas. Se admite una asamblea posterior que ratifique lo resuelto en la primera, la que debe realizarse en la sede social y con la representación del cien por ciento del capital integrado.

Lo correcto es que se modifique el estatuto, estableciendo como domicilio social el lugar donde la sociedad tiene su administración.

Escs. Adriana Amado y Daniella Cianciarulo
Informantes

La Comisión de Derecho Comercial, integrada por los Escs. Sandra Aquines, Ana Irabedra, Ema Klaczko, Estela Baum, Alejandra Portillo, Mayra Llanes, María Eugenia Guichón, María Ritacco, Marithza Rivas, Stefanía Della Mea, Paola Igoa, Marcelo Lasowski, César Coll, Francisco Mastropierro, Adriana Amado y Daniella Cianciarulo, aprueba el informe que antecede.

Escs. Adriana Amado y Daniella Cianciarulo
Coordinadoras

Informe aprobado por la Comisión Directiva Nacional de la AEU el 26.6.2018, expediente 1855/2018.

ERROR. COMPRAVENTA. DECLARATORIA. NEGOCIO DE FIJACIÓN. AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD

Informe: Civil

Consulta

Relación de hechos

El 13.10.2017, los cónyuges A y B, en segundas y primeras nupcias, respectivamente, y los cónyuges C y D, también en primeras y segundas nupcias, respectivamente, separados judicialmente de bienes, otorgaron un contrato preliminar en el cual acordaron que A y B reservaban para la venta a C y D el inmueble padrón …; estos últimos manifestaron que adquirirían el dominio pleno o desmembrado de dicho bien. La razón de adquirir el dominio desmembrado es que C carece de descendientes legítimos y naturales, su madre vive, tiene cuatro hermanos y no desea que sus hermanos puedan heredar parte del bien.

En cumplimiento del contrato preliminar, se otorga compraventa el 8.12.2017 —escritura debidamente inscripta—, en la cual C y D, casados en primeras y segundas nupcias, respectivamente, y separados judicialmente de bienes, adquieren la propiedad y posesión del inmueble de referencia.

Al entregar el título de propiedad, los compradores advierten que en la escritura no se plasmó su voluntad real de adquirir el inmueble con el dominio desmembrado, esto es, a C con el derecho de usufructo y a D con la nuda propiedad. Tal situación no fue advertida durante la lectura de la escritura ni por la escribana actuante ni por los compradores, oportunidad en la que se hubiese podido subsanar.

Consulta

Se consulta sobre la forma de zanjar la diferencia existente entre la voluntad real de los compradores y la voluntad declarada en la escritura de compraventa.

Opinión de la consultante

La situación versa sobre la existencia de una diferencia entre la voluntad real de los compradores y la voluntad declarada en la escritura.

De acuerdo al artículo 1294 del Código Civil, «las partes pueden, por mutuo consentimiento extinguir las obligaciones creadas por los contratos y retirar los derechos reales que se hubiesen transferido; y pueden también por mutuo consentimiento revocar los contratos por las causas que la ley autoriza». Con base en dicho artículo, las partes, de común acuerdo, pueden extinguir las obligaciones creadas por los contratos —con más razón, fijar en ellos su voluntad real (quien puede lo más puede lo menos)—, y de esa manera, en el caso, zanjar la diferencia entre voluntad real y la declarada, y dar certeza a la forma de adquirir de los compradores.

De estar de acuerdo con el otorgamiento del negocio de fijación, solicito a la comisión correspondiente se expida sobre si es necesario hacer referencia al precio pagado por los compradores, ya que en la compraventa dicho precio lo fue por la propiedad plena del inmueble.

Otra salida sería una partición entre los compradores, pero estos han manifestado resistencia a tal otorgamiento, en virtud de que su voluntad era otra.

Informe de la Comisión de Derecho Civil

De acuerdo con la consultante, la situación se centra en la diferencia entre la voluntad real y la declarada por las partes. Las partes quisieron —y quieren— un determinado contenido negocial: adquirir el usufructo para C y la nuda propiedad para D; pero a pesar de esa aparente claridad, ha habido un error, ya sea al expresar su voluntad los participantes del acto jurídico, ya sea al captar la voluntad su escribano autorizante.

Teniendo en cuenta el artículo 1294 del Código Civil, ya citado por la escribana consultante, los contratantes pueden, por mutuo consentimiento, extinguir obligaciones —que es lo más—, y pueden, asimismo, modificar los efectos del contrato.

Desde otra perspectiva de análisis, puede entenderse que no se encuentra en el artículo 1294 del Código Civil el fundamento del negocio de fijación, sino en el ejercicio liso y llano de la autonomía privada. En ese sentido, Cariota Ferrara[78] expresa:

> El negocio de fijación causal está admitido (para nosotros, por aplicación del principio de autonomía privada) y es válido como negocio declarativo,

78 Cariota Ferrara, Nicola, *El negocio jurídico*, Madrid: Aguilar, pp. 243 y ss.

> con tal 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 incerteza. Es esta, en efecto, la función económica jurídica de la fijación.

Por lo tanto, en ejercicio de la autonomía de privada o de la voluntad, es posible que las partes no modifiquen el contrato, sino que fijen el verdadero contenido de él por imprecisiones, ambigüedades o errores que hayan ocurrido al declarar.

Siguiendo al profesor Miranda,[79]

> para la configuración del negocio jurídico es tan necesaria la voluntad del contenido, la voluntad negocial, el querer consciente del resultado práctico jurídico, como la voluntad de la manifestación, el querer exteriorizar la voluntad, querer la manifestación misma en cuanto tal. La relación jurídica preexistente, se precisa, se hace cierta, por el negocio de fijación que viene a determinar su existencia, contenido y límites. La autonomía privada tiene la facultad de crear un vínculo entre las partes, que impone considerar una determinada relación jurídica existente entre ellas, en la forma que quedó fijada. La pone fuera de discusión interpartes, elimina la incerteza que pueda existir en aquella. La causa del negocio es la eliminación de la incerteza. La fijación puede darse simplemente fijando la situación tal cual existía y aun modificándola para adecuarla a la realidad.

Y continúa este autor:

> El negocio de fijación es aquel que tomando como objeto una situación jurídica dada (no la crea, modifica ni extingue), la fija, la determina en su contenido y efectos. Es un negocio declarativo, en cuanto no cambia la situación jurídica preexistente, económica, familiar o personal; no es título hábil para transferir, no crea obligación nueva; es un negocio declarativo, por oposición a negocio dispositivo.

Este negocio de fijación es una manifestación de la autonomía de la voluntad a través de la cual las partes aclaran el contenido de un negocio celebrado con anterioridad o rectifican una anterior declaración, por haber existido una divergencia entre la voluntad real y la declarada.

Debe distinguirse entre el error *unilateral* y el error *bilateral*. El error unilateral puede eventualmente llevar a un error obstáculo que impide el acuerdo de voluntades. Distinta es la situación cuando hay acuerdo real de voluntades, pero error conjunto o bilateral al momento de declarar, de modo que la declaración no refleja con exactitud lo realmente acordado. En ese caso, el negocio es válido, y el error se subsana por el negocio de fijación.

Al decir de Miranda, «el negocio queda fijado desde el origen, es decir, con efecto retroactivo en la relación interpartes; pero en sus efectos externos, es decir, con relación a terceros, solo es oponible para el futuro». La

79 Curi Zagia, José, y Miranda, Fernando (informantes), «Error contractual. Voluntad real de menor alcance que la voluntad declarada. Negocio de fijación – Efectos», *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, tomo 58, n.º 5-6 (may.-jun. 1972), pp. 281-291.

declaratoria que corrige el error no es oponible a terceros de buena fe que hayan adquirido con anterioridad a la rectificación.

En consulta anterior, evacuada por la Esc. María Inés Casatroja Lucián,[80] en un caso similar, también se llega a esta misma solución.

Conclusión

La divergencia entre la voluntad real y la voluntad declarada se resuelve otorgando una declaratoria donde comparezcan A, B, C y D, y manifiesten que se padeció error al declarar, que la voluntad real fue enajenar y adquirir el dominio desmembrado y no el dominio pleno, como se estableció. Corresponde a continuación aclarar los términos en los cuales la nuda propiedad y el usufructo fueron adquiridos.

Haciendo uso del principio de la autonomía de la voluntad, con dicho negocio de fijación las partes dejan sentado cuál fue la verdadera voluntad que se quiso expresar. Dicha declaratoria se inscribirá en el registro correspondiente.

Al ser un negocio declarativo, no afecta los derechos adquiridos por terceros de buena fe.

Cabe agregar que, en cuanto al precio, es conveniente dejar plasmado cuál fue realmente lo pagado por el usufructo y la nuda propiedad.

Esc. M.ª Adriana Silva Fierro
Informante

La Comisión de Derecho Civil, integrada por los Escs. Fernando Alonso, Américo Bianchi, Karen Bonner, Sabrina Buono, Alicia Cancela, Jorge Carneiro, María Inés Casatroja, Daniella Cianciarulo, María Laura Conde, Ana Correa, Nicolás García Rodríguez, Alicia González Bilche, Mariana González Bonaudi, Lourdes González Fernández, Carlos Groisman, Paola Igoa, Adriana Inciarte, Ana Irabedra, Rossana Ivanier, Mónica Jover, Florencia Manfredi, María del Rosario Marchese, Patricia Méndez, Ana Lía Méndez, Laura Parnás, Alejandra Portillo, Margarita Puertollano, María del Pilar Ramírez, Mildred Secondo, Diego Séré, Adriana Silva, Verónica Ubillos, Juan Pablo Villar y Silvia Vázquez, aprueba el informe que antecede, elaborado por la Esc. M.ª Adriana Silva Fierro.

Escs. Roque Molla y Juan Pablo Villar
Coordinadores

Informe aprobado por la Comisión Directiva Nacional de la AEU el 3.7.2018, expediente 1813/2018.

80 Casatroja Lucián, María Inés (informante), Asociación de Escribanos del Uruguay, Comisión de Derecho Civil, «Error», *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, tomo 98, n.º 1-12 (ene.-dic. 2012), pp. 389-390.

SOCIEDAD COLECTIVA. SOCIEDAD COMERCIAL. DISOLUCIÓN DE SOCIEDAD COMERCIAL. LIQUIDACIÓN DE SOCIEDAD COMERCIAL. PROMESA DE COMPRAVENTA. PUBLICIDAD REGISTRAL

Informe: Comercial

Consulta

Relación de hechos

1. El 5.6.1932 se constituye una sociedad colectiva cuyos socios son cuatro personas físicas. En el contrato se establece un plazo de diez años y medio a partir de la constitución. En la misma fecha, la sociedad adquiere un inmueble rural.

2. La sociedad se disuelve, por vencimiento del plazo, el 5.12.1942.

3. Desde 1956, año en el que fallece uno de los socios, en adelante, se incluyen las respectivas cuotas partes indivisas del inmueble en las sucesiones de los socios y sus cónyuges.

4. Hoy se pretende ejecutar judicialmente una promesa no inscripta de 1961 por la cual la cónyuge supérstite y los sucesores de uno de los socios fallecidos prometen vender a otro de los socios una dieciséis ava parte indivisa del inmueble de referencia.

Consulta

Se consulta si, a juicio de la comisión: 1) el compromiso de compraventa de 1961 fue correctamente otorgado por las personas físicas promitentes vendedoras o si debió ser otorgado por la sociedad colectiva; 2) si los bienes de la sociedad colectiva efectivamente pasaron al patrimonio de los socios o si siguen en el patrimonio de la sociedad.

Opinión del consultante

El consultante entiende:

— Que si bien no existe un acta que declare que se había extinguido todo el pasivo de la sociedad colectiva, y que por dicho hecho los bienes pasaron de pleno derecho a los socios, ese traspaso de todos modos se produjo.

— Que los socios en las futuras trasmisiones lo hicieron a nombre propio y no de la sociedad.

— Que cualquier deuda que tuviere la sociedad está prescripta, y esta última está libre de embargos, según certificados registrales que se tienen a la vista.

— Que de consultas citadas y doctrina al respecto, se coincide en que del estado de indivisión se sale mediante una partición; la consecuencia de no haberse otorgado es que los socios continúan en la indivisión, pero no que los bienes continúan en el patrimonio de la sociedad colectiva.
— Que, en definitiva, los legitimados para prometer en venta la cuota parte que les correspondía sobre el inmueble fueron correctamente los herederos del socio; no debía hacerlo la sociedad colectiva, ya que estaba disuelta y liquidada, y los bienes se habían trasmitido oportunamente a los socios.

Informe de la Comisión de Derecho Comercial

Las sociedades comerciales constituidas de acuerdo al Código de Comercio —al igual que las sociedades civiles reguladas por el Código Civil (arts. 1875 y ss.) y que las sociedades accidentales o en participación reguladas por la ley de sociedades comerciales, 16060 (arts. 483 y ss.)— eran un contrato, pero que *no* daba nacimiento a una persona jurídica distinta de sus socios. Históricamente, no siempre los conceptos de *sociedad* y *personería jurídica* fueron de la mano; esta es una idea relativamente nueva en el derecho.

En Uruguay, recién la Ley de Registros Públicos 10793, de 25.9.1946, estableció en su artículo 19 que «las sociedades comerciales constituidas de acuerdo a las disposiciones del Código de Comercio son personas jurídicas de interés privado». Por lo tanto, en el caso en análisis, tratándose de una sociedad constituida en 1932 y disuelta en 1942, nunca existió una persona jurídica que fuera propietaria del inmueble. Fue correcta la inclusión de los porcentajes indivisos del inmueble en las distintas sucesiones, así como la legitimación de los promitentes vendedores en la promesa de 1961.

Conclusiones

1. Las sociedades comerciales constituidas de acuerdo al Código de Comercio eran un contrato, pero no una persona jurídica distinta de sus integrantes, hasta que la ley 10793, de 25.9.1946, les otorgó personería.

2. Fue correcta la inclusión de los porcentajes indivisos del inmueble en las distintas sucesiones de los socios, así como la legitimación de los promitentes vendedores en la promesa de 1961.

Esc. Gabriel Curi Milia
Informante

La Comisión de Derecho Comercial, integrada por los Escs. Reina Gatti, Ema Klaczko, Estela Baum, Soledad Cappetta, Sandra Aquines, Rosana García, Florencia Manfredi, Patricia Doglio, Cecilia Silvestri, Cecilia Co-

mas, María Eugenia Guichón, César Coll, Jacqueline Reymunde, Stefanía Della Mea, Paola Igoa, Daniella Cianciarulo y Adriana Amado, aprueba el informe que antecede, elaborado por el Esc. Gabriel Curi.

Informe aprobado por la Comisión Directiva Nacional de la AEU el 24.7.2018, expediente 1835/2018.

EMBARGO GENÉRICO. SOCIEDAD CONYUGAL. DISOLUCIÓN DE LA SOCIEDAD CONYUGAL. PUBLICIDAD REGISTRAL. BIEN PROPIO. NATURALEZA JURÍDICA

Resumen

El bien adquirido con posterioridad a la sentencia que decreta la disolución y liquidación de la sociedad conyugal es propio del cónyuge adquirente, aunque dicha sentencia no haya sido inscripta en el Registro Nacional de Actos Personales. El embargo genérico trabado por el acreedor ganancial de un cónyuge antes de la disolución de la sociedad conyugal no afecta la libre disponibilidad del bien propio adquirido por el otro. La deuda es ganancial, pero al no haberse presentado el acreedor al llamado de las publicaciones, perdió acción contra los bienes adquiridos por el cónyuge que no contrajo la obligación.

Informes: Civil y Registral

Consulta

Relación de hechos

2005. CH, casado con SP, contrae deuda con la Dirección General Impositiva (DGI).

14.10.2005. Se inscribe en el Registro Nacional de Actos Personales embargo genérico contra CH trabado por la DGI, el que continúa reinscribiéndose al día de hoy.

2.10.2013. Se decreta la disolución de la sociedad conyugal de CH y SP, y se efectúan las publicaciones de estilo. No se presentó acreedor alguno a deducir los derechos.

19.12.2013. SP, casada con CH y separada judicialmente de bienes, adquiere la nuda propiedad del padrón … Se inscribe la compraventa el 23.12.2013.

20.6.2014. Se inscribe en el Registro Nacional de Actos Personales el oficio de fecha 27.11.2013 que comunica la disolución de la sociedad conyugal de CH y SP.

Consulta y opinión de la consultante

Se consulta si el embargo genérico trabado contra CH afecta la disponibilidad del bien adquirido por SP. La consultante entiende que los terceros no pueden ser perjudicados por una resolución que desconocen; centra su opinión en la inscripción tardía de la resolución que decreta la separación judicial de bienes.

Informe de la Comisión de Derecho Civil

La consulta refiere al régimen de persecución de los acreedores de uno solo de los cónyuges durante la vigencia de la sociedad conyugal y con posterioridad a su disolución.

I. Régimen de persecución de los acreedores durante la vigencia de la sociedad conyugal

Las reglas que gobiernan el derecho de persecución de los acreedores, vigente la sociedad conyugal, están contenidas en el artículo 1975 del Código Civil, en la redacción dada por el artículo 4.º de la ley 10783, que establece: «Durante la vigencia de la sociedad conyugal, los acreedores de un cónyuge podrán hacer efectivos sus derechos solo contra sus bienes propios y los gananciales cuya administración les corresponda por ley o por capitulación matrimonial».

La sociedad conyugal funciona como un régimen de separación. Durante su vigencia, no interesa si el crédito es personal o social, pues en ambos casos, la capacidad de agresión del acreedor es la misma: la que dispone el artículo citado.

El cónyuge no deudor está al abrigo de las pretensiones del acreedor del otro cónyuge.

Pero disuelta la sociedad conyugal, la situación cambia:

— se aplican las reglas de la comunidad de gananciales;
— cobra importancia el distingo entre *acreedor social* y *acreedor personal*, ya que el primero tiene privilegio para cobrarse sobre la masa de exgananciales, y
— ese acreedor social que durante la vigencia del régimen legal solo podía accionar contra los bienes del cónyuge deudor, ahora puede ir contra los de ambos, con las precisiones que diremos a continuación.

Es decir, disolver la sociedad conyugal, cuando ya existen deudas gananciales, solo favorece a los acreedores, ya que se les da un nuevo deudor: el cónyuge que no contrajo la obligación.

II. Fechas que marcan los efectos de la separación judicial de bienes

—Entre los cónyuges, la sentencia que decreta la disolución de la sociedad conyugal produce sus efectos en forma definitiva a partir del momento en que esta queda ejecutoriada. Ha sido un tema debatido por la doctrina[81] si durante el período que transcurre entre el decreto y el momento en que queda ejecutoriado también produce efectos, aunque sea de manera provisoria, tema sobre el cual no ingresaremos en este informe por exceder el objeto de esta consulta.

—Respecto de terceros, la sentencia no surte efectos mientras no se inscriba en el Registro (arts. 16 y 17 ley 10783); para ser más precisos, la disolución es oponible a terceros a partir de su inscripción. Si los interesados no inscriben la disolución de la sociedad conyugal por separación judicial de bienes, para los terceros es como si la sociedad conyugal continuara existiendo.

—El vencimiento del término de sesenta días de las publicaciones determina cuándo un acreedor, por una obligación social contraída por un cónyuge, pierde la posibilidad de hacer efectivos su derechos contra los bienes adquiridos por el otro. La incomparecencia del acreedor se sanciona con hacerle perder su acción contra la masa social, conservándola solo contra el cónyuge deudor (art. 7.º ley 10783).

En el caso planteado se trata de una deuda ganancial contraída por uno de los cónyuges y de un bien adquirido por el otro cuando ya estaba disuelta la sociedad conyugal, pero aún no se había comunicado la resolución al Registro.

Mientras la disolución no fue oponible al acreedor, este tenía derecho a pensar que la sociedad conyugal seguía vigente; pero, amparado en esa apariencia, solo podía accionar contra los bienes adquiridos por el cónyuge deudor.

Pero a pesar de no haberse registrado la disolución, el acreedor debió tomar conocimiento de la separación judicial de bienes por las publicaciones, y al no haberse presentado al llamado, solo tiene acción contra los bienes adquiridos por el cónyuge deudor.

81 Diferentes posiciones pueden encontrarse en: Vaz Ferreira, Eduardo, *Tratado de la sociedad conyugal*, Montevideo: FCU, 4.ª ed., 1997, p. 659; Carozzi Failde, Ema, *Manual de la sociedad conyugal*, Montevideo: FCU, 7.ª ed., 2015, pp. 345 y ss.; Arezo Píriz, Enrique, *Tratado de las particiones*, tomo II, Montevideo: AEU, 1997, pp. 338 y 339; Anido Bonilla, Raúl, Ciclo de Encuentros Técnicos Regionales, Montevideo: AEU (Río Negro, 1996), p. 5.

III. Conclusiones

1. El bien es de naturaleza propia de SP *erga omnes*.

2. El embargo genérico trabado contra CH no afecta la libre disponibilidad del bien adquirido por SP, ya que el bien es de naturaleza propia de esta, y ella no fue embargada.

3. La deuda contraída por CH es de naturaleza ganancial. Disuelta la sociedad conyugal, el cónyuge que no contrajo la obligación responde por toda ella, aunque solo hasta la concurrencia de su mitad de gananciales.

4. Pero el acreedor, al no haberse presentado al llamado de las publicaciones, perdió el derecho de accionar contra el cónyuge que no contrajo la deuda.

5. Si el acreedor se hubiera presentado, al ser la deuda ganancial, y el bien, propio de SP, podría haber accionado contra el bien propio adquirido por esta.

Esc. María Beatriz Vázquez
Informante

La Comisión de Derecho Civil, integrada por los Escs. Marcela Aldana, Américo Bianchi, Miguel Burdín, Alicia Cancela, María Inés Casatroja, María Laura Conde, Ana Correa, Gabriel Di Matteo, Gustavo Echavarría, Nicolás García Rodríguez, Adriana Goldberg, Ana Irabedra, María del Rosario Marchese, Ana Lía Méndez, Roque Molla, Laura Parnás, María del Pilar Ramírez, Diego Séré, María Sienra, Adriana Silva, Horacio Varoli, María Beatriz Vázquez, Silvia Vázquez y Juan Pablo Villar, aprueba el informe que antecede, elaborado por la Esc. María Beatriz Vázquez.

Escs. Roque Molla y Juan Pablo Villar
Coordinadores

Informe de la Comisión de Derecho Registral

En nuestro país, el régimen de la sociedad conyugal, desde la vigencia de la ley 10783, de 18.9.1946, funciona como un régimen de «participación en los gananciales», es decir, como un régimen de separación durante su vigencia y como un régimen de comunidad al momento de su disolución.

Por su parte, el artículo 1975 del Código Civil establece que vigente la sociedad conyugal, los acreedores de un cónyuge solo pueden hacer efectivos sus créditos contra sus bienes propios y los gananciales que administra, por ley o capitulación matrimonial.

Al disolverse la sociedad conyugal, se forma una masa de bienes —exgananciales—, y todo ese fondo ganancial responde frente a los acreedores sociales, de modo que se ven ampliados los derechos de estos últimos. Los acreedores personales podrán ir contra los bienes propios de cada cónyuge o los que le sean adjudicados.

La disolución conyugal podrá solicitarse en todo momento, por cualquiera de los cónyuges o ambos, sin expresión de causa, conforme al artículo 1985 del Código Civil, norma en la cual podemos distinguir tres etapas.

1. *La resolución del juez competente* que disuelve la sociedad conyugal de bienes, la que deberá decretase sin más trámite. Una vez ejecutoriado el auto, este tiene efecto entre las partes, por lo que la sociedad conyugal no existe más desde ese momento entre los cónyuges. Los bienes adquiridos por uno de los cónyuges con posterioridad a la sentencia de disolución no entran al fondo ganancial, por lo que tendrán el carácter de bienes propios, aunque la disolución no estuviere inscripta ni publicada.

2. *La inscripción del oficio* en el Registro Nacional de Actos Personales, sección Regímenes Matrimoniales. El artículo 1985 del Código Civil expresa que «mientras la sentencia no sea inscripta, no surtirá efectos frente a terceros».

De acuerdo al artículo 39, numeral 2.º de la ley 16871, de 28.9.1997, con vigencia a partir del 1.5.1998, los casos de disolución de sociedad conyugal, con excepción de la muerte de uno de los cónyuges, son actos inscribibles en el citado Registro. Y según el artículo 54 del mismo cuerpo normativo, las decisiones de las autoridades competentes que se registren conforme a la ley 16871 «serán oponibles respecto de terceros, a partir de la presentación al Registro»; es decir que si no hay inscripción, no hay oponibilidad. Estamos pues ante una inscripción de carácter declarativa, cuyos efectos consistirán en que será oponible frente a terceros a partir de su presentación ante el Registro correspondiente, oponibilidad que se produce aunque no se hubieran efectuado las publicaciones.

Armonizando la normativa registral con el Código Civil, resulta que la disolución de sociedad conyugal es oponible a terceros desde su inscripción, por lo que el cónyuge podrá hacer valer sus derechos frente a ellos, alegando que la sociedad se disolvió en la fecha en que quedó ejecutoriado el auto que la decretó.

3. *La publicación del edicto de emplazamiento*, que cita a los acreedores a comparecer en un plazo de sesenta días. Esta publicación tiene por finalidad el conocimiento y fiscalización de los cónyuges en la etapa de liquidación respecto del pasivo contraído por cada uno de ellos, a efectos de evitar un posible fraude (un pasivo simulado).[82]

Si los acreedores comparecen, tendrán acción contra toda la masa de exgananciales. Si no lo hacen, al vencimiento del plazo verán perjudicados

82 Arezo Píriz, Enrique, *Tratado de las particiones*, Montevideo: AEU, tomo II, 1997, p. 340.

sus derechos y solo tendrán acción contra los bienes del cónyuge deudor (art. 1985 CC), perdiendo su acción contra el otro cónyuge.

En el caso en consulta, los acreedores no se presentaron en el plazo legal, por lo que perdieron el derecho de perseguir el inmueble adquirido por SP.

Por todo lo expresado, y en aplicación de lo dispuesto en el inciso 4.º del numeral 2.º del artículo 380 del Código General del Proceso, en la actual redacción, dada por la ley 19090, de 14.6.2013, que edicta que «el embargo genérico comprenderá los bienes presentes y futuros registrables del embargado», se entiende que el bien es de naturaleza propia del cónyuge no deudor SP, por haberlo adquirido después de ejecutoriada la sentencia que decretó la disolución y liquidación de la sociedad conyugal: nunca estuvo en el patrimonio ganancial.

El embargo trabado al cónyuge deudor CH no afecta el inmueble adquirido por el cónyuge no deudor SP. El acreedor pudo conocer antes de la disolución de sociedad conyugal, mediante la información registral correspondiente, la titularidad y naturaleza jurídica del inmueble.

Conclusión

Por todo lo expuesto, se concluye que el inmueble adquirido por la cónyuge no deudora SP, con posterioridad a la sentencia ejecutoriada que disuelve la sociedad conyugal de bienes, es de naturaleza propia, dado que nunca estuvo en el patrimonio ganancial; por tanto, no está afectado por el embargo genérico trabado al cónyuge deudor CH ni obstaría dicho embargo su libre disposición.

Esc. María Cristina Anzuela
Informante

La Comisión de Derecho Registral, integrada por los Escs. Robert Mello, Susana Cambiasso, Claudia Pereiro, Carlos del Campo, Mercedes Azar, Inés Rodríguez Sarmiento y Álvaro Garbarino, aprueba el informe que antecede, elaborado por la Esc. María Cristina Anzuela.

Esc. Álvaro Garbarino
Coordinador

Informes aprobados por la Comisión Directiva Nacional de la AEU el 7.8.2018, expediente 1840/2018.

CAPACIDAD JURÍDICA. CAPACIDAD DE OBRAR. ANCIANO. CESIÓN DE GANANCIALES

Resumen

La cesión de derechos gananciales es un negocio válido, eficaz e inscribible. La expedición de un certificado médico no es un requisito de validez ni de eficacia de un acto. El escribano interviniente es quien debe valorar la conveniencia de su solicitud, según las circunstancias del caso.

Informes: Civil y Notarial

Consulta

Se consulta por parte de la sede judicial —Juzgado de Familia—, en expediente de nulidad y simulación de cesión de derechos:

1) si la cesión de derechos gananciales está catalogada como un negocio atípico;
2) si es de práctica notarial convencional y aconsejable solicitar a una persona mayor de edad (en la especie, de 88 años) un certificado médico que denote aptitud mental para suscribir operaciones de este tipo (en el caso, cesión de derechos gananciales).

Informe de la Comisión de Derecho Civil

I. Primera consulta

Corresponde en primer término definir el concepto de *contratos típicos* como aquellas figuras contractuales nominadas, o modelos que han sido expresamente definidos y regulados por el legislador, para programar las relaciones jurídicas de los contratantes.

El artículo 1260 del Código Civil admite asimismo la existencia de contratos innominados, también llamados *atípicos*, que pueden definirse como aquellos que no se ajustan necesariamente a un tipo preestablecido en la ley y que pueden surgir de la autonomía de la voluntad de las partes, de la reiteración de determinadas costumbres, etcétera.[83]

Nuestro Código Civil no prevé a texto expreso la figura negocial *cesión de gananciales* o *cesión de bienes que integran la disuelta sociedad conyugal* (exgananciales), y es por ello que en el pasado esta figura ha sido

83 Lorenzetti, Ricardo, «Contratos modernos», *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, tomo 82, n.º 1-12 (ene.-dic. 1996), pp. 33-48.

controvertida entre la diversa doctrina uruguaya, suscitando reiteradas consultas a la Comisión de Derecho Civil.[84]

En oportunidad de celebrarse la XXIII Jornada Notarial Uruguaya, se redactó un informe de comisión con respecto al tema «Renuncia y cesión de gananciales». En él se concluyó que el negocio jurídico que nos ocupa «importa en sí mismo un objeto viable de contratación, determinado o determinable en cuanto a las unidades patrimoniales que lo componen», y se agregó, entre otros puntos, que «cada cónyuge, excónyuge o sus respectivos herederos pueden ceder su cuota parte por cualquier título reconocido en nuestro derecho, y por el modo correspondiente: la tradición de derechos».[85]

Más recientemente, al sancionarse la ley 16871 de Registros Públicos, de 26.9.1997, entendemos haberse laudado el punto en forma definitiva, ya que el artículo 45, numeral 2.º de dicha norma establece que se inscribirán en la sección Universalidades del Registro Nacional de Actos Personales, entre otros, «la cesión de derechos a los bienes que se mantengan proindiviso de la disuelta sociedad conyugal».

En el mismo sentido, Arezo defiende la licitud, validez y eficacia de la cesión de gananciales, rebatiendo todos aquellos argumentos que sostenían su inadmisibilidad. Argumenta que su objeto es determinable, que se encuentra en el comercio de los hombres y que puede ser objeto de cesión o enajenación. Se apoya también en la existencia de la previsión legal expresa contenida en la Ley de Registros Públicos antes referida: por más que se trate esta de una norma registral, por ser el derecho una integralidad, sería incoherente que se mandara a inscribir un negocio jurídico que no fuera legalmente viable.[86]

II. Segunda consulta

Con relación a la segunda consulta que formula la sede judicial, comenzaremos por definir la *capacidad* como aquella «idoneidad de toda persona de ser sujeto de derechos, y de hacer valer esos derechos por sí mismo».

La capacidad se ha dividido doctrinariamente en dos grandes categorías o grados: capacidad *de goce* o *jurídica*, atributo inseparable de la persona-

84 Séré Turturiello, Diego (informante), Asociación de Escribanos del Uruguay, Comisión de Derecho Civil, «Donación. Cesión de gananciales. Reducción de donaciones» (exp. 1446/2017), *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, tomo 103, n.º 1-12 (ene.-dic. 2017), pp. 427-435.

85 Arezo Píriz, Enrique; Moldes, Víctor J.; Rossi, Rómulo E.; Pardías, Walter, y García, Daniel, informe de la comisión del tema II: «Renuncia y cesión de gananciales», XXIII Jornada Notarial Uruguaya (oct. 1981).

86 Arezo Píriz., Enrique, *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, tomo 92, n.º 1-6 (ene.-jun. 2006), pp. 115-118.

lidad, y capacidad *de ejercicio* o *de obrar*, que implica la idoneidad de la persona para ejecutar por sí los propios actos.[87]

Expresa Anido que ni la Ley Orgánica ni el Reglamento Notarial exigen al escribano que en la escritura o acta notarial deba expresar su juicio con respecto a la capacidad del otorgante. De cualquier manera —continúa—, tal juicio se ha de hallar implícito en la autorización de toda escritura pública, dado que es esencial del contrato —y de todo negocio jurídico— la capacidad legal de la parte que se obliga (art. 1261, num. 2.º CC). En tal sentido, el autor sostiene que la actuación del escribano vendría a ser un verdadero «control de legalidad», dado que este se abstendrá de actuar cuando aprecie que no se presenta la necesaria capacidad en el compareciente.[88]

El escribano no es el profesional idóneo para determinar si una persona es plenamente capaz y tiene plena facultad de discernimiento. Sin embargo, a través del vínculo con el otorgante, podrá detectar si existen signos que lo puedan alertar acerca de la insuficiencia de su capacidad.

Al respecto, Villar[89] ha sostenido que el escribano parte de dos principios reconocidos jurisprudencialmente: *a*) la regla es la capacidad, y la excepción, la incapacidad; y *b*) la capacidad se presume.[90] El juicio notarial de capacidad es una evaluación no técnica que realiza el escribano y consiste en verificar que el sujeto que pretende otorgar un acto no presente signos notorios de incapacidad, signos perceptibles por una persona que no es especialista, que derroten los principios mencionados. Y agrega el autor que su función no es constatar que la persona sea capaz, porque es incompetente para eso: su función es verificar que no existan signos notorios de incapacidad que hagan caer las presunciones mencionadas.

En lo que respecta a la edad de los otorgantes, doctrina y jurisprudencia han reconocido que la incapacidad requiere que el sujeto esté privado del libre uso de la razón, y no es suficiente con el natural deterioro cognitivo producido por la edad, sin privar de razón a quien padece dicho deterioro.

87 Gamarra, Jorge, *Tratado de derecho civil uruguayo*, tomo X; Cestau, Saúl D., *Personas*, vol. II; Cafaro, Eugenio, y Carnelli, Santiago, *Eficacia contractual*.

88 Anido Bonilla, Raúl, «De la eficacia del documento notarial», *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, tomo 89, n.º 1-12 (ene.-dic. 2003).

89 Villar, Juan Pablo, «El derecho humano a participar con base igualitaria en la vida civil y la imparcialidad activa notarial como herramienta idónea para que pueda efectivizarse», trabajo presentado en la Primera Jornada Académico-Notarial sobre Derechos Humanos, 2018.

90 Estos principios son reconocidos por la jurisprudencia; a vía de ejemplo, vé. Tribunal de Apelaciones en lo Civil 1.º, sentencia 2/2013, Bendahan (r), Baccelli, Díaz, *Anuario Uruguayo Crítico de Derecho de Familia y Sucesiones*, tomo II, p. 361.

En ese sentido se ha manifestado Carozzi,[91] así como el Tribunal de Apelaciones de Familia de Primer Turno.[92]

Respecto a la consulta concreta de si constituye una práctica recomendable la solicitud por parte del escribano de un certificado médico que avale la aptitud o capacidad de la persona para el otorgamiento del negocio que este autorizará, consideramos que es preciso comenzar por expresar de manera enfática que no existe obligación de solicitar un certificado médico que acredite la capacidad de una persona. La obtención de dicho certificado no es un requisito de validez ni de eficacia del negocio. Por lo tanto, el hecho de no solicitar un certificado médico no provoca la nulidad del acto ni que la actuación notarial sea incorrecta.

A pesar de no ser una obligación ni un requisito, según se explicó, frente a determinadas circunstancias, que dependerán del caso concreto, el escribano puede, si así lo entiende pertinente, solicitar que se adjunte un certificado médico como recaudo para preconstituir prueba de la capacidad de la persona ante un eventual juicio de nulidad del acto por incapacidad.

A vía de ejemplo, en materia testamentaria, el escribano que actúa puede considerar recomendable —insistimos, no es obligatorio— solicitar un certificado médico para preconstituir prueba de la capacidad del testador de avanzada edad que realiza disposiciones contrarias a los intereses de quienes heredarían si no existiera ese testamento; ello, porque la estadística jurisprudencial demuestra que con frecuencia, la persona que se ve perjudicada por un testamento alega la falta de capacidad del testador, y en ese sentido, el certificado de un especialista, si bien no es determinante, es un elemento probatorio muy importante para abortar el intento de impugnación.

La no obligatoriedad del certificado ha sido reconocida jurisprudencialmente. A vía de ejemplo, ha expresado el Tribunal de Apelaciones de Familia de Primer Turno:[93]

> Si bien es una práctica notarial que para realizar testamento de personas mayores se expida certificado acreditando capacidad, dicho extremo no es uno de los exigidos por la norma para la validez del testamento; basta que el escribano autorizante esté seguro de la capacidad del otorgante.

En materia contractual, al igual que en la testamentaria, no es obligatorio solicitar un certificado médico que acredite la capacidad del otorgante. Con relación a si es recomendable o no solicitar un certificado médico, lo deberá valorar el escribano interviniente, según las circunstancias del caso.

91 Carozzi Failde, Ema, *Manual de derecho sucesorio*, tomo I, Montevideo: FCU, 2.ª ed., 2010, p. 95.

92 Tribunal de Apelaciones de Familia 1.º, sentencia 73/2015, de 17.6.2015, Díaz (r), Bendahan, Merialdo, *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, tomo XLVI, p. 323.

93 Tribunal de Apelaciones en lo Civil 1.º, sentencia 73 cit., *Anuario…* y p. cit.

Vale destacar que algunas de las circunstancias que pueden llevar al escribano a recomendar la solicitud de un certificado médico en sede testamentaria no se presentan en materia contractual. A vía de ejemplo, en el testamento siempre va a existir un interesado en impugnarlo, y no así en materia contractual; el testamento produce efectos cuando fallece la persona que puede haber sufrido un deterioro cognitivo con posterioridad al testamento y antes de su eficacia, mientras que el contrato produce efectos inmediatos, etcétera. Probablemente en esas diferencias se encuentre la razón por la cual no es práctica notarial común solicitar certificados médicos en materia contractual, mientras que en sede testamentaria ocurre con mayor frecuencia.

III. Conclusiones

1. La cesión de derechos gananciales es un negocio válido y eficaz cuyo objeto está constituido por la cuota parte de los bienes de los cónyuges en la disuelta sociedad conyugal. Dicho objeto puede ser cedido o enajenado por cualquier título hábil reconocido en nuestro derecho, el que deberá estar seguido del modo tradición. Se instrumentará en escritura pública, y corresponderá su inscripción en el Registro Nacional de Actos Personales, sección Universalidades. Podrá otorgarlo cada cónyuge, excónyuge o sus respectivos herederos, y rigen en cuanto a la capacidad los principios generales en materia de contratación.

2. No es obligatoria la solicitud de un certificado médico para que una persona de avanzada edad otorgue un contrato, ni su expedición es un requisito de validez ni de eficacia. En términos generales, no es práctica notarial habitual en materia contractual solicitar dicho certificado, y es el escribano interviniente quien, según las circunstancias del caso, deberá valorar la conveniencia o no de su solicitud.

Esc. M.ª Laura Conde Domingo
Informante

La Comisión de Derecho Civil, integrada por los Escs. Mariana Abó, Karen Bonner, Sabrina Buono, Alicia Cancela, Daniella Cianciarulo, María Laura Conde, Ana Correa, Gustavo Echavarría, Nicolás García Rodríguez, Adriana Goldberg, Carlos Groisman, Adriana Inciarte, Ana Irabedra, Mónica Jover, María del Rosario Marchese, Roque Molla, Laura Parnás, María del Pilar Ramírez, Mildred Secondo y Juan Pablo Villar, aprueba el informe que antecede, elaborado por la Esc. María Laura Conde.

Escs. Roque Molla y Juan Pablo Villar
Coordinadores

Informe de la Comisión de Derecho Notarial y Técnicas Notariales

La capacidad es regla, y la incapacidad, excepción, como elemento inherente a las prerrogativas fundamentales del ser humano. Se exige al contratante el suficiente discernimiento acerca de la finalidad, el contenido y la trascendencia de los negocios a otorgar.

Por principio, de conformidad con otros informes de esta comisión,[94] el escribano debe proceder de manera similar en todos los negocios y actos jurídicos en que intervenga, y resultan aplicables las normas dispuestas con carácter general por el Código Civil.

En informe del Esc. Pérez González[95] se indica:

> El escribano debe, por todos los medios a su alcance, procurar que los negocios otorgados ante sí reúnan los requisitos necesarios para su validez y eficacia, y, en particular, que el consentimiento sea emitido por persona capaz y que el mismo no resulte viciado por error, violencia o dolo. La constancia de conocimiento y la exigencia de testigos coadyuvan a que tales extremos se cumplan, aunque en algunos casos determinados desarreglos mentales o estados psíquicos puedan pasar desapercibidos a quien no sea un técnico en la materia. Sin embargo, si llegare a constatar directamente, por sí, que el otorgante no goza del libre uso de razón, debería abstenerse de intervenir.

El Código Civil establece, con relación a la capacidad:

> **Artículo 438.** Son nulos de derecho los actos y contratos del demandado por incapaz, posteriores a la inscripción de la interdicción respectiva, sea esta provisoria o definitiva.
>
> Los anteriores podrán ser anulados cuando la causa de la interdicción existía públicamente en la época en que esos actos o contratos fueron hechos.
>
> **Artículo 439.** Después de que una persona ha fallecido, no pueden ser impugnados sus actos entre vivos, por causa de demencia, a no ser que esta resulte de los mismos actos o que se hayan consumado después de intentada la demanda de incapacidad (artículo 831).
>
> **Artículo 1279.** Son absolutamente incapaces los impúberes, los dementes y los sordomudos que no pueden darse a entender por escrito ni mediante lengua de señas, según lo establecido en la ley 17378, de 25 de julio de 2001. En este último caso, la intervención del intérprete de lengua de señas es preceptiva para decidir la incapacidad. Los actos en que

94 Por ejemplo, Del Campo, Carlos (informante), Asociación de Escribanos del Uruguay, Comisión de Derecho Notarial y Técnicas Notariales, «Testamentos. Ancianos. Publicidad registral», *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, tomo 100, n.º 1-12 (ene.-dic. 2014), pp. 291 y ss.

95 Pérez González, Jorge (informante), Asociación de Escribanos del Uruguay, Comisión de Derecho Civil, «Deontología notarial», *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, tomo 79, n.º 1-6 (ene.-jun. 1993), pp. 112-115.

> intervengan personas incapaces no producen ni aun obligaciones naturales y no admiten caución.

Entendemos aplicables al caso los argumentos y citas doctrinarias señalados por el Esc. Anido en nota a sentencia publicada en la *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*,[96] que por su enjundia seguimos en el presente informe.

Anido nos recuerda que Guillot[97] enseñaba que si no hay interdicción, los actos de un individuo que se pretende declarar incapacitado pueden ser atacados probando que en el momento de su celebración el sujeto era incapaz de consentir. Por otro lado, el artículo 438 del Código Civil permite anular los actos y contratos anteriores a la interdicción, sin ser necesario probar la incapacidad en el momento del acto o del contrato, siempre que la causa de la interdicción existiera públicamente en aquella época. La razón de esta norma es que quien contrata con una persona cuya incapacidad es pública obra notoriamente de mala fe, pues debe conocer la causa de la interdicción (su ignorancia sería inverosímil). En cambio, si era conocida la incapacidad por el cocontratante pero no era pública, habrá que probarla en el momento del acto.

En cuanto a la intervención notarial, ante la cuestión de si puede el notario mediante la simple observación del otorgante —o de las disposiciones del acto jurídico— apreciar las insanias mentales y, en consecuencia, la incapacidad, la respuesta es que el contenido de las estipulaciones negociales puede revelar la falta del libre uso de razón, sin que por ello pueda deducirse que solo a través de tal contenido se analice la capacidad.

Si el escribano no obtiene un informe pericial puede ser porque la capacidad del otorgante no le merece dudas; a través de su convicción de actuar correctamente, no hay motivo para la consulta médica.

Giampiccolo[98] advierte que la buena y la mala fe son estados de certeza contradictorios, aunque no complementarios, en cuanto dejan espacio al estado intermedio de la duda. La buena fe no es mera ausencia de mala fe, sino convicción de actuar bien.

De obtener certificado médico, el motivo puede ser que ante dudas, el notario, a efectos de lograr su convicción de obrar correctamente, se apoye en un informe pericial que determine el libre uso de razón del otorgante.

Así, Torres Escámez[99] observa el criterio bastante difundido en la práctica notarial española de llamar a médicos como testigos de la escritura en casos dudosos de capacidad. Pero esta práctica solo puede ser entendida

96 Anido, Raúl, «Anulación de testamento», *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, tomo 92, n.º 1-6 (ene.-jun. 2006), pp. 91-99.

97 Guillot, Álvaro, *Comentarios del Código Civil*, tomo II: «De las personas», Montevideo: Sureda Editor, 1928, p. 571.

98 Giampiccolo, Giorgi, «La buona fede in senso soggetivo nel sistema del diritto privato», *Rivista del Diritto Commerciale*, 1965, I, p. 343.

99 Torres Escámez, Salvador, «Un estudio sobre el juicio notarial de capacidad», *Revista Jurídica del Notariado*, n.º 34 (abr.-jun. 2000), p. 219.

en el sentido de que el informe médico puede ayudar al notario a salir de la duda en sentido positivo. Con un informe a favor de la capacidad se podrá autorizar el acto jurídico, pero si el notario sigue teniendo dudas, debe abstenerse de actuar.

Torres Escámez[100] cita a Giménez Arnau en cuanto afirma que el juicio del notario sobre la capacidad del otorgante está implícito en el sistema de eficacia del documento notarial de tipo latino. La trascendencia del juicio de capacidad es tal que esta es soporte del consentimiento, esencial para el negocio jurídico.

Núñez Lagos establece dos estratos en que la fe pública notarial despliega efectos: la de los hechos (*iuxta verum dictum*), como manifestación de verdad o realidad, y la del derecho (*iuxta legem actum*), como manifestación de legalidad. En el primer ámbito, el acto documentado por el notario surte todos sus efectos íntegramente, mientras una sentencia no declare su falsedad; en el segundo, el negocio jurídico es legal y válido *iuris tantum*, mientras una sentencia firme no declare su nulidad. En este segundo campo se sitúan las calificaciones del notario que engendran en juicio presunciones *iuris tantum*, y fuera de juicio, legitimaciones para el tráfico. La capacidad es objeto de una calificación por parte del notario y engendra la presunción *iuris tantum* de la capacidad jurídica.

Anido[101] cita a Fernández Casado, quien afirmaba:

> En el rigor de los principios, tampoco fue menester que el notario hiciese expresión de la capacidad de los otorgantes; bastaría con preceptuar que el notario, bajo su responsabilidad, se abstuviese de autorizar el acto o contrato, siempre que, a su juicio, el otorgante careciese de capacidad legal, sobreentendiéndose de este modo que, en el mero hecho de proceder a su autorización, afirmaba implícitamente dicha capacidad.

Al intervenir en un acto jurídico, está implícito el juicio favorable del notario acerca de la capacidad de los otorgantes. Si la percepción acerca de tal capacidad es negativa, el escribano debe abstenerse de intervenir.

Conclusión

El otorgamiento de negocios jurídicos por una persona de edad avanzada no requiere que el escribano solicite certificado médico. Si el notario constata que la persona carece del libre uso de razón, debe abstenerse de intervenir.

Esc. Carlos del Campo García
Informante

100 Torres Escámez, Salvador, o. cit., p. 215.
101 Fernández Casado, Miguel, *Tratado de notaría*, tomo I, Madrid, 1895, p. 157.

La Comisión de Derecho Notarial, integrada por los Escs. Carlos del Campo, Natalia Machín, Gabriela Bouvier, Vicente Ubbriaco y Susana Chao, aprueba el informe que antecede, elaborado por el Esc. Carlos del Campo.

Esc. Susana Chao
Coordinadora

Informes aprobados por la Comisión Directiva Nacional de la AEU el 7.8.2018, expediente 1861/2018.

PODER OTORGADO EN EL EXTRANJERO. REPRESENTACIÓN. MENOR. CESIÓN DE CUOTA SOCIAL

Resumen

Validez y eficacia de poder otorgado por un menor de edad a través de su representante legal, aun después de la mayoría de edad.

Informe: Civil

Consulta

Relación de hechos

2000. *Cesión de cuotas sociales*. Por escritura autorizada el 11.12.2000 por el Esc. NS, cuya primera copia fue inscripta en el Registro Nacional de Comercio el 22.12.2000, el Sr. JW adquirió dos cuotas sociales en R Ltda., una sociedad de responsabilidad limitada uruguaya.

2010. Fallece JW en Italia el 6.3.2010.

2012. Con motivo de su fallecimiento, en Alemania, el 17.8.2012, sus hijos LW y JPW —en aquel momento, de 13 y 11 años de edad—, y la Sra. CW, actuando por sí y como «única representante legal de sus hijos menores LW y JPW», otorgan un poder especial a favor de ARL con facultades para ceder, disponer de y transferir la totalidad de las cuotas sociales en R Ltda. El poder fue otorgado por un escribano de Stuttgart, quien certificó la firma de CW; luego se apostilla una copia del referido poder el 4.10.2012, se traducen los textos en inglés y alemán, y finalmente, el 17.2.2017, la consultante protocoliza el poder.

Se establece en la cláusula cuarta del referido poder que este «será válido y estará vigente hasta que su revocación sea notificada por escrito a la

apoderada». Se indica asimismo que «el poder estará sujeto a la legislación aplicable en la República Oriental del Uruguay».

Surge de la certificación notarial de firmas de CW que su domicilio está en Alemania.

2015. Se tramita la sucesión de JW en el Juzgado Letrado de Primera Instancia de Familia de … Turno, IUE …/2015, donde se efectúa todo el proceso sucesorio y finalmente se declaran únicos y universales herederos del causante JW a sus hijos legítimos, LW y JPW, bajo beneficio de inventario, sin perjuicio de los derechos de la cónyuge supérstite, CW, por sus gananciales. El certificado de resultancias de autos fue inscripto en el Registro de Personas Jurídicas el 16.2.2017.

2017. El 21.4.2017, LW cumple la mayoría de edad, conforme a nuestro ordenamiento jurídico.

Consulta

Se consulta si el poder especial indicado es un acto jurídico válido y eficaz que habilite a la apoderada ARL a celebrar la cesión de las dos cuotas sociales de R Ltda., titularidad de los poderdantes, a pesar de que una de las poderdantes, LW, hoy mayor de edad, otorgó el poder representada legalmente por su madre, CW.

Opinión de la consultante

Entiendo que el poder especial para cesión de cuotas sociales otorgado en Alemania el 17.8.2012 por la mandante LW, actuando a través de su representante legal, CW, es válido y eficaz, y por tanto, no se ven afectadas las facultades de representación de la apoderada ARL.

Informe de la Comisión de Derecho Civil

I. Consideraciones previas

1. Las comisiones de Derecho Internacional Privado y de Derecho Civil han entendido, en informes anteriores,[102] que un poder otorgado en Alemania para actuar en Uruguay se regula en cuanto a su forma por la Convención Interamericana sobre Régimen Legal de Poderes para ser Utilizados en el Extranjero, ratificada por Uruguay en 1977. La convención referida se

102 Puig Uhalde, Alfonso (informante), Asociación de Escribanos del Uruguay, Comisión de Derecho Internacional Privado, «Forma de los instrumentos públicos», *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, tomo 74, n.º 1-6 (ene.-jun. 1988), p. 201; Comisión de Derecho Civil, «Poder otorgado en el extranjero», *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, tomo 97, n.º 7-12 (jul.-dic. 2011), pp. 470-474.

aplica luego de un procedimiento de integración, entendiéndose ya como fundamento de ley análoga o como doctrina más recibida, independiente de la categoría *actos jurídicos*. Esto es, como no existe tratado de derecho internacional privado que nos vincule con Alemania, y ante la falta de normas de derecho Internacional privado de fuente nacional que regulen la categoría *poderes*, estamos ante un vacío legal que debe superarse mediante un proceso integrativo. La norma análoga o doctrina más recibida en la categoría *poderes* es la convención antes mencionada (en ocasión de las VII Jornadas de Notariado Novel del Cono Sur, de 2004, se llegó a esta misma conclusión).[103]

Esta convención establece, en su artículo 5.º, que «los efectos y el ejercicio del poder se sujetan a la ley del Estado donde este se ejerce»; en nuestro caso, la ley uruguaya. Las formalidades intrínsecas del poder, su contenido o las cláusulas que debe contener para que el apoderado pueda realizar los actos para los que fue designado se rigen por la ley uruguaya.

No haremos énfasis en las categorías de la *capacidad* o el instituto de la *patria potestad* en el derecho internacional privado, visto que ello excede el motivo de la consulta y no le corresponde a esta comisión expedirse al respecto. Partiremos de la base de que el poder en cuestión es válido y eficaz, otorgado por una madre actuando en ejercicio de la patria potestad, en nombre y representación de una menor de edad incapaz, todo conforme al derecho uruguayo.

2. El negocio de *apoderamiento* se define como un acto unilateral donde basta la sola voluntad del representado —poderdante— para formarlo, sin necesidad de que manifieste su voluntad el apoderado. El poder atribuye al representante legitimación para obrar por cuenta y nombre del representado con eficacia directa sobre su patrimonio. El representante puede disponer de las cosas que pertenecen al representado y solo en la medida en que este puede disponer de ellas.

Con referencia a la capacidad del representado, este debe tener la capacidad necesaria para celebrar los negocios en cuya estipulación confía a un representante; de lo contrario, el representado podría hacer por vía indirecta lo que no puede hacer directamente, vulnerando el principio de inderogabilidad de las normas sobre capacidad de obrar. No pueden otorgar poderes aquellos sujetos cuya voluntad es inidónea por ser incapaces, y para estos casos es que está prevista la representación legal, donde la ley confiere poder a ciertas personas de forma que obren por cuenta del representado.

En la representación legal se aplican otras reglas, y en este caso, es la ley la que establece los límites, controles y responsabilidades respecto del obrar del representante. Es así que los padres en ejercicio de la patria potestad,

103 Bentos Castro, María José, «Circulación de documentos extranjeros. Poderes», *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, tomo 90, n.º 7-12 (jul.-dic. 2004), pp. 161-176.

por aplicación del artículo 258 del Código Civil uruguayo, representan a sus hijos menores en todos los actos civiles. No existe ninguna limitación, y su representación es amplia, limitada o vedada excepcionalmente para determinados actos, como los indicados en el artículo 271 del Código Civil. Asimismo, el artículo 267 de dicho código, en sede de relaciones patrimoniales, indica que los padres son los administradores legales de los bienes de los hijos que están bajo su potestad, lo que evidencia tal amplitud administrativa, con las excepciones propiamente establecidas en dicho artículo, que no son aplicables al caso.

En consecuencia, los padres en ejercicio de la patria potestad tienen la facultad de otorgar poderes a favor de terceros, sin que ello implique delegar o renunciar al ejercicio de la patria potestad. En efecto, el derecho positivo uruguayo consagra un principio general que surge de la propia normativa (arts. 258 y 267 referidos). Quien ejerce la patria potestad tiene la representación legal en todos los actos del incapaz, y las limitaciones a ese principio deben surgir de la propia ley, de una decisión judicial o de un convenio particular acordado por quienes ejercen tal función. No hay norma que impida al padre conferir un poder a un tercero para el desarrollo de la administración y representación del patrimonio del menor, en cuanto ello no implica trasmisibilidad del cargo. La figura de la delegabilidad se haya consagrada en el artículo 267, incisos 1.º y 2.º del Código Civil, donde se admite la validez y oponibilidad de los convenios que celebren los padres. Sin embargo, la renuncia o trasmisibilidad se haya fuera del comercio, y los padres, por sus propias actitudes abdicativas, pueden dar lugar a consecuencias negativas que son objeto de sanciones civiles, como la pérdida de la patria potestad. Así ha sido entendido por nuestra comisión en informes anteriores y por nuestra jurisprudencia.[104]

Por su parte, el artículo 392 del Código Civil uruguayo permite a los tutores administrar por medio de apoderados en lugares distantes a los de su residencia. Si los tutores pueden ejercer su cargo de esta forma, con más razón lo pueden hacer los padres en ejercicio de la patria potestad, cuyas facultades son más amplias que las del tutor.

II. Causales de extinción del mandato dispuestas en el artículo 2086 del Código Civil uruguayo

Nuestro Código Civil establece, en el artículo 2086, distintas causales o modos de acabarse el mandato: por desempeño del cargo, por expiración del

104 Burdín, Miguel (informante), Asociación de Escribanos del Uruguay, Comisión de Derecho Civil, «Mandato», expediente 25786/2004. Parnás Goldfarb, Jacqueline, y Goldberg, Adriana (informantes), Asociación de Escribanos del Uruguay, Comisión de Derecho Civil, «Mandato verbal», *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, tomo 92, n.º 7-12 (jul.-dic. 2006), pp. 346-351. Howard Alanís, Walter, «Patria potestad: facultades de administración», *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, tomo 85, n.º 7-12 (jul.-dic. 1999), pp. 321-331.

tiempo o cumplimiento de la condición, por revocación —expresa o tácita—, por renuncia, por la muerte de mandante o mandatario, por incapacidad sobreviniente del uno o del otro, y finalmente, en el caso que nos ocupa, por cesación de funciones del mandante si el mandato ha sido dado en razón de estas. Estas causales de extinción son aplicables tanto al mandato como al negocio de apoderamiento, visto que a la fecha de sanción del Código Civil, la doctrina ignoraba la verdadera naturaleza jurídica del poder, y la definición de *mandato* no se distinguía de la definición de *poder* como elemento accesorio suyo.

Corresponde hacer énfasis en el inciso 9.º del artículo 2086 del Código Civil, en el que se establece la causal de extinción que nos ocupa. En una primera hipótesis, dicha causal se aplicaría al caso del *submandato*, donde si finaliza el mandato original, el submandato se extingue. Si el mandante, que es a su vez mandatario, cesa en sus funciones como tal, hará caer en consecuencia todos los mandatos que hubiere otorgado en ejercicio de su cargo.

Otra de las hipótesis en que puede aplicarse la causal son los casos de extinción del mandato por el cese del ejercicio de la patria potestad y representación legal del menor. No podemos sin más excluir la aplicación de este inciso a la representación legal y concluir que la causal está prevista únicamente para cuando cesan las funciones del mandante (menor de edad) y no las del mandatario (su representante legal). No sería procedente excluir esta causal para los casos de representación legal, porque ello no deriva necesariamente en una solución opuesta, sino concordante con la representación voluntaria, como veremos a continuación.

En materia de representación *voluntaria*, el legislador confiere al poderdante el derecho y la carga de velar por sus intereses, mientras que en la representación *legal*, por aplicación del principio de tutela del interés del incapaz, el legislador ordena expresamente la extinción del poder cuando el poderdante deviene incapaz. Así lo consigna expresamente el inciso 7.º del artículo 2086 de referencia.

Este mismo principio rige cuando los padres cesan en el ejercicio de la patria potestad, ya que el menor de edad incapaz queda en estos casos desprotegido, y sus intereses pueden verse vulnerados al no tener quien actúe en su representación. Cuando la persona es aún menor de edad incapaz, no puede actuar por sí y otorgar en forma válida y eficaz la revocación de un mandato conferido por su anterior representante legal. Por lo tanto, si el representante legal cesa en sus funciones y el instituto de la patria potestad se interrumpe, el legislador, en tutela del interés del menor incapaz, extingue en forma inmediata todos aquellos negocios de apoderamiento que fueron otorgados por el representante legal en ejercicio de su cargo.

Una vez cumplida la mayoría de edad, los institutos de protección y suplencia de la voluntad del incapaz dejan de aplicarse. La extinción del poder seguirá la suerte de la voluntad de su poderdante. Siendo ahora capaz, será su propia voluntad la que determine si el poder continuará

vigente o si su deseo es extinguirlo; así lo ha entendido esta comisión con anterioridad.[105]

Otra situación distinta se daría cuando en ejercicio de la patria potestad, los padres confieran un poder actuando por sí y no en representación de sus hijos menores de edad, puesto que en esta situación, el apoderamiento se confiere en tal calidad, y una vez adquirida la mayoría de edad, dichos poderes quedarían automáticamente extinguidos por haber cesado la patria potestad que habilitaba a los padres a conferir el negocio de apoderamiento.

Asimismo, si A autoriza a B a otorgar poderes en su nombre y luego B otorga un poder en nombre y representación de A a C, el mandante es A, por lo cual la posterior cesación de las funciones de B no extingue el poder a favor de C. En cambio, si B, en lugar de otorgar un poder en nombre y representación de A, otorga un subpoder a favor de C, el poderdante es B, por lo cual si B cesa en sus funciones, también se extingue el poder de B a C, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 2086, numeral 9.º.

Por otra parte, el artículo 433 de la ley 19355 incorpora al artículo 41 de la Ley Orgánica Registral (16871) la posibilidad de que el mandante revoque en forma genérica, total o parcialmente, todos los mandatos y poderes que hubiere otorgado, sin que deba especificar los detalles de los poderes que pretende revocar. De esta forma, el interés y la voluntad del mandante cuentan hoy con una mayor protección. Ya no es necesario conocer cuáles poderes fueron otorgados en su nombre y representación. El mandante o poderdante, con su sola manifestación de voluntad, puede obtener la extinción de todo aquel negocio de apoderamiento que a su parecer no refleja sus propios intereses, sin necesidad de recabar mayor información sobre ellos. Una vez inscripta la revocación, se logrará además su oponibilidad a todos los terceros.

III. Conclusión

El poder especial fue otorgado por LW siendo menor de edad y por intermedio de su representante legal, la Sra. CW, madre legítima en ejercicio de la patria potestad.

En el caso planteado, y de acuerdo con nuestro ordenamiento jurídico, la Sra. CW ha cesado en el ejercicio de la patria potestad porque su hija legítima LW alcanzó la mayoría de edad. En consecuencia, no es aplicable el principio de tutela del interés del incapaz previsto por el legislador, ya que la patria potestad cesó por la mayoría de edad y no por alguna otra causal anterior que haya dejado a la hija LW en una situación de vulnerabilidad como menor de edad, incapaz de manifestar su voluntad respecto

105 Molla Camacho, Roque (informante), Asociación de Escribanos del Uruguay, Comisión de Derecho Civil, «Poder», *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, tomo 71, n.º 1-6 (ene.-jun. 1985), pp. 183-185.

al poder en cuestión. LW es ahora plenamente capaz y puede manifestar su voluntad en forma válida y eficaz, ya sea revocando expresamente el poder especial otorgado a favor de ARL o manteniendo su vigencia.

El poder especial otorgado por LW siendo menor de edad y por intermedio de su representante legal y madre legítima en ejercicio de la patria potestad, CW, es válido y eficaz para celebrar la cesión de cuotas sociales proyectada, aun luego de su mayoría de edad.

Esc. Ana Lía Méndez
Informante

La Comisión de Derecho Civil aprueba el informe que antecede, elaborado por la Esc. Ana Lía Méndez, con la conformidad de los Escs. Mariana Abó, Marcela Aldana, Analía Cánepa, Daniella Cianciarulo, Gustavo Echavarría, Nicolás García Rodríguez, Adriana Goldberg, Mariana González Bonaudi, Lourdes González Fernández, José Pedro Illia, Adriana Inciarte, María del Rosario Marchese, Francisco Mastropierro, Ana Lía Méndez, Roque Molla, María del Pilar Ramírez, Diego Séré, María Sienra, Adriana Silva, Verónica Ubillos, Horacio Varoli y Juan Pablo Villar. Discordes: Escs. Carlos Groisman, Gonzalo Trobo y M.ª Beatriz Vázquez.

Escs. Roque Molla y Juan Pablo Villar
Coordinadores

Informe aprobado por la Comisión Directiva Nacional de la AEU el 19.9.2018, expediente 1776/2018.

COMPRAVENTA DE COSA AJENA. TRADICIÓN. RATIFICACIÓN. PARTICIÓN

Resumen

Pago de porción conyugal. Partición. Tradición efectuada por quien no era propietario y posterior ratificación.

Informe: Civil

Consulta

I. Relación de hechos

1. Por escritura que el 17.3.1981 autorizó el Esc. ZZ, la cooperativa YY enajenó por título compraventa y modo tradición al Sr. AA, de estado civil

casado en segundas nupcias con BB y de quien se encontraba separado judicialmente de bienes, el inmueble padrón …

2. AA falleció el 22.1.1988, bajo las disposiciones de un testamento solemne abierto. En su sucesión, tramitada ante el juez competente, previa vista fiscal, se declararon únicos y universales herederos de AA a sus cinco hijos legítimos: CC, DD, EE y FF, hijos de su primer matrimonio, y GG, hijo de su segundo matrimonio con BB y menor de edad, sin perjuicio de los derechos de la cónyuge supérstite, BB, por su porción conyugal.

3. Por escritura que el 30.3.1990 autorizó el Esc. XX, los Sres. CC, DD y EE enajenaron por título paga por entrega de bienes y modo tradición a la Sra. BB el 75 % del inmueble. Dicha paga fue otorgada a los efectos de amortizar el 80 % de la porción conyugal.

4. Por escritura que el 3.5.1991 autorizó el Esc. XX, el Sr. FF enajenó por título paga por entrega de bienes y modo tradición a la Sra. BB el restante 25 % del inmueble de referencia.

5. Por escritura que el 20.8.1991 autorizó el Esc. XX, los Sres. CC, DD, EE, FF y GG procedieron a la partición de los bienes quedados al fallecimiento de su padre, AA, incluyéndose la totalidad del inmueble antes relacionado y adjudicándose este a sus hijos CC, DD, EE y FF.

6. Por escritura de declaratoria que el 13.12.2012 autorizó la Esc. VV, comparecieron los Sres. CC, DD, EE, FF y GG, donde: *a*) GG consintió y ratificó las referidas enajenaciones por paga por entrega de bienes y modo tradición del inmueble a favor de BB, en pago parcial de su porción conyugal; *b*) todos ellos declararon que en virtud de que el inmueble de referencia no integraba el objeto de la partición, convinieron en cancelar la inscripción de la escritura de partición relacionada tan solo respecto de aquel.

7. Según escritura que el 20.12.2012 autorizó el Esc. UU, la Sra. BB prometió vender a TT S.A. el inmueble antes citado. Presente en este otorgamiento, GG consintió y ratificó la promesa y se obligó a comparecer en la compraventa.

8. Por escritura que el 14.1.2013 autorizó el Esc. SS, TT S.A. cedió los derechos de la promesa antes relacionada a LL S.A.

9. Por escritura que el 15.3.2013 autorizó el Esc. UU, la Sra. BB enajenó por título compraventa y modo tradición a LL S.A., en cumplimiento de la promesa y cesión el inmueble. A dicha escritura compareció GG, quien consintió y ratificó en todos sus términos la compraventa.

10. Con fecha 19.3.2018, LL S.A. reservó para su venta a favor de HH la unidad padrón individual …/… En la cláusula décima se estableció que en caso de observación a la titulación, esta será sometida a la decisión inapelable de la Asociación de Escribanos del Uruguay.

II. Normas aplicables al caso

Sin perjuicio de otras que se citarán en el apartado III siguiente, son normas aplicables al caso:

A. Las correspondientes a la tradición, reguladas en el libro tercero del Código Civil, relativo a los modos de adquirir el dominio (capitulo III).
B. En lo pertinente, las previstas para los contratos, en la segunda parte del citado código, libro cuarto, bajo el título «De las obligaciones que nacen de los contratos».
C. El artículo 1491 del Código Civil, aplicable a las pagas por entrega de bienes otorgadas —numerales 3 y 4 de la relación de hechos—, el cual dispone que estas deben regularse por las normas correspondientes al contrato de compraventa.
D. El artículo 1669 del Código Civil, por cuanto en ambas daciones en pago, CC, DD, EE y FF enajenaron una cuota ava parte de la cual no eran copropietarios. A ellos solo les correspondían cuatro quintas partes del inmueble, pero enajenaron la totalidad, las cinco quintas partes indivisas; es decir, enajenaron incluso la quinta parte perteneciente a GG, lo que constituye un caso de venta de cosa ajena.

III. Planteamiento del caso y opinión de la consultante

A. Por dos escrituras de paga por entrega de bienes otorgadas ante el mismo escribano, CC, DD, EE y FF, propietarios tan solo de cuatro quintas partes del inmueble padrón …, lo enajenaron a BB en su totalidad.

B. En mérito de lo previsto por el artículo 1491 del Código Civil, esta situación está contemplada en el artículo 1669 del mismo código, que establece que la venta de cosa ajena vale. Pero ¿a qué se refiere esta norma? En mi opinión, al contrato como negocio obligacional. No dice «la enajenación de cosa ajena vale», y nada dice tampoco respecto del negocio dispositivo necesario también para la traslación de dominio, esto es, la tradición. Con igual criterio, corresponde interpretar el artículo 1681 del citado código, al cual volveré más adelante.

C. El artículo 758 del mismo código, sobre el tema específico, establece que la tradición es la transferencia que hace una persona a otra de la posesión de una cosa con la facultad y ánimo de transferir el dominio.

D. Asimismo, en concordancia con esta norma, el artículo 769 del Código Civil dispone que «para que se adquiera el dominio por la tradición se requiere: 1) Que la tradición se haga por el dueño o su representante».

E. No quiero extenderme demasiado, pero de estas disposiciones y de las restantes vinculadas al tema debe concluirse que el dueño, la voluntad del dueño, debe estar presente para convalidar la venta de cosa ajena como única manera que el comprador adquiera el dominio del bien vendido, a no ser que opte por adquirirlo por prescripción.

F. Por supuesto que no voy a obviar que el artículo 1681 del Código Civil admite la venta de cosa ajena ratificada después por el dueño, y que confiere al comprador los derechos de tal desde la fecha de venta.

G. Pero sí cuestiono la manera en que debe verificarse tal ratificación.

H. En mi opinión, no basta con formular una ratificación genérica, tal como resulta de la documentación que acompaño. Una ratificación otorgada en esos términos carece de todo sustento. Más aún: en un caso asimilado a la venta de cosa ajena, entiendo que debe actuarse con mayor precisión y diligencia.

I. ¿Qué valor puede tener una tradición hecha por un no dueño? A mi manera de ver, ninguno; es totalmente falsa. Detrás de una tradición verificada de este modo no hay nada. En consecuencia, si posteriormente el dueño comparece a ratificar de manera genérica una tradición así realizada, ningún resultado podrá obtenerse, ya que nada estará ratificando.

J. ¿Acaso el derecho contempla la posibilidad de transformar lo falso en verdadero? ¿Ese es su fin?

K. La única manera de que la tradición se verifique es que el propio dueño exteriorice su voluntad de hacer la tradición y así lo manifieste, en forma expresa. Podrá ratificar la venta como negocio obligacional en forma genérica, pero el negocio dispositivo que la compraventa implica —la tradición— deberá hacerla en forma expresa, ya sea por sí o por su representante con facultades suficientes.

No se entienda esta exposición como arbitraria: es compartida por la mayoría de los colegas que he consultado.

Obsérvese además que si esta solución de hacer la ratificación en forma genérica fuera incuestionable, no habría sido necesario que GG compareciera una y otra vez a consentir y ratificar los negocios posteriores, comparecencia que, a mi modo de ver, fue en vano.

L. Por último, en defensa de mi posición no puedo omitir que una de nuestras funciones primordiales es la de imprimir certeza, seguridad jurídica a los negocios en los cuales somos llamados a actuar, no solo con el propósito de permitir el tráfico pacífico de los títulos de propiedad y de evitar perjuicios a nuestros clientes, sino también con el fin de evitar fisuras y, por tanto, controversias.

Por lo expuesto, quisiera saber si el título es bueno o si, por el contrario, de acuerdo a los fundamentos expuestos, se entiende que es necesario otorgar la tradición en forma expresa y conforme a lo establecido en el artículo 769, numeral 1.º del Código Civil.

Informe de la Comisión de Derecho Civil

Según los hechos relacionados por la consultante:

a) una quinta parte indivisa del bien en cuestión le correspondía a GG;
b) GG no compareció en las enajenaciones de paga por entrega de bienes otorgadas el 30.3.1990 y 3.5.1991, por las cuales CC, DD, EE y FF enajenaron a BB la totalidad del inmueble como pago de parte de la porción conyugal;

c) por escritura que el 20.8.1991 autorizó el Esc. XX, CC, DD, EE, FF y GG procedieron a la partición de los bienes quedados al fallecimiento de su padre, AA, incluyéndose la totalidad del inmueble antes relacionado y adjudicándose este a sus hijos CC, DD, EE y FF;
d) por escritura otorgada el 13.12.2012: 1) GG consintió y ratificó las referidas enajenaciones, título paga por entrega de bienes y modo tradición a favor de BB, y 2) CC, DD, EE, FF y GG declararon que el inmueble de referencia no integraba el objeto de la partición y convinieron en cancelar la inscripción registral.

El caso planteado refiere a: *a*) el pago de la porción conyugal, efectuado por los herederos a la cónyuge supérstite con un bien de la herencia; *b*) la partición de los bienes de la herencia, y *c*) si la tradición fue efectuada por los dueños de la totalidad del bien o no.

I. Normativa del Código Civil aplicable al caso planteado

Artículo 874: «La porción conyugal es aquella parte del patrimonio del cónyuge premuerto que la ley asigna al cónyuge sobreviniente que carece de lo necesario para su congrua manutención».

Artículo 1151: «Hecha 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».

El artículo 1449 expresa que «cuando por el pago debe transferirse la propiedad de la cosa, es preciso para su validez que el que lo hace sea propietario de ella y tenga capacidad para enajenarla». De acuerdo a los artículos 1490 y 1663, el acto —paga por entrega de bienes— tendrá los mismos efectos que la compraventa.

De acuerdo al artículo 1669, la venta de cosa ajena es válida como negocio obligacional; sin embargo, el negocio dispositivo es ineficaz, y por lo tanto, la tradición efectuada por quien no es el dueño no surte efecto (art. 769).

El artículo 1681 establece:

> La venta de cosa ajena, ratificada después por el dueño, confiere al comprador los derechos de tal desde la fecha de la venta. Lo mismo sucede si el vendedor adquiere el dominio de la cosa ajena después de entregada al comprador y por consiguiente, si el vendedor la vendiere a otra persona después de adquirido el dominio, subsistirá el dominio de ella transferido al primer comprador.

II. Doctrina

Expresa el profesor Arezo Píriz:[106] «El porcionero recibe su asignación no de pleno derecho como el heredero (*saisine*), sino por el modo de adquirir tradición que le hagan los herederos o el albacea en su caso».

106 Arezo Píriz, Enrique, *Tratado de las particiones*, Montevideo: AEU, tomo II.

Para Miranda y Curbelo Urroz,[107] «la partición no es un nuevo título de adquirir, sino un acto que resulta del ejercicio de un título preexistente, transforma un derecho resoluble de los comuneros en la comunidad en un derecho exclusivo, actual y definitivo sobre las cosas que a cada uno cupieron en su lote». La partición no tiene efecto constitutivo, sino declarativo (art. 1151 CC).

Varios autores desarrollan el tema tradición (tradición de cosa ajena). Entre ellos:

— Gamarra;[108]
— Cafaro y Carnelli:[109] «Por ejemplo, en la tradición de cosa ajena, que es inmediatamente ineficaz, pero que puede pasar a un estado posterior de eficacia en cuanto sobrevenga la voluntad del titular del patrimonio aprobando la penetración en su esfera jurídica»;
— Del Campo[110] lo examina de forma clara y sucinta: «La legitimación dispositiva es un requisito de eficacia del negocio dispositivo. Si no la tiene al momento de la tradición, no produce el efecto traslativo de dominio. La legitimación superviniente hace que se transfiera el dominio al *accipiens*».

De la normativa y doctrina citadas, así como de los hechos relacionados, podemos concluir que BB era propietaria de la totalidad del bien en cuestión, en virtud de la paga de la porción conyugal.

La tradición fue hecha por CC, DD, EE y FF, en las escrituras de paga por entrega de bienes —estrictamente, sería *paga de la porción conyugal* y no *paga por entrega de bienes*, por haberse pagado con lo que se debía, esto es con bienes hereditarios— de 1990 y 1991, en las cuales se pagó parte de la porción conyugal con un bien de la herencia. En la partición otorgada el 20.8.1991 se adjudica el inmueble en cuestión a CC, DD, EE y FF. En consecuencia, CC, DD, EE y FF, por el efecto declarativo retroactivo de la partición, eran propietarios de la totalidad del inmueble.

La ratificación efectuada en 2012 por GG no habría sido relevante, pues por efecto de la partición, GG ya no era dueño. Sin embargo, dado que los comparecientes de la citada escritura CC, DD, EE, FF, y GG declararon en ella que el inmueble de referencia no integraba el objeto de la partición y ordenaron la cancelación de su inscripción registral, y si con ello se entendiera que no se adjudicó el citado bien por partición, entonces la ratificación efectuada por GG, propietario de una quinta parte, sería correcta y produ-

107 Miranda, Fernando, y Curbelo Urroz, Hebert, *La copropiedad: naturaleza y funcionamiento*, Montevideo: AEU, 1.ª ed., 1991.
108 Gamarra, Jorge, *Tratado de derecho civil uruguayo*, tomo III.
109 Cafaro, Eugenio, y Carnelli, Santiago, «Eficacia negocial y poder de disposición», *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, tomo 70, n.º 4-6 (abr.-jun. 1984), pp. 247-261.
110 Del Campo, Francisco, *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, tomo XIV, 1983, pp. 189 y 190.

ciría respecto a su parte el efecto traslativo de dominio. La ratificación de GG fue reiterada en la enajenación de 2013, lo cual es irrelevante, pues el efecto ya se produjo con el otorgamiento de la partición si aquella no se hubiera rectificado, y con la ratificación realizada en 2012.

En tal sentido, también fueron informadas por esta comisión otras consultas relativas al tema planteado.[111]

III. Conclusión

El título es bueno. No se requiere nueva ratificación en virtud de que el dueño de la quinta parte del bien en cuestión ya lo hizo de forma concreta, es decir, con relación al bien en cuestión, y correcta, en escritura pública de fecha 13.12.2012, lo que volvió a ratificar en la escritura de enajenación del mismo bien de fecha 15.3.2013. De no haberse rectificado la partición, el tema habría quedado resuelto desde dicho otorgamiento.

Esc. Karen Bonner
Informante

La Comisión de Derecho Civil, integrada por los Escs. María Marcela Aldana, Fernando Alonso, Sabrina Buono, Analía Cánepa, María Laura Conde, Ana Correa Morales, Gustavo Echavarría, Nicolás García Rodríguez, Lourdes González Fernández, Carlos Groisman, Adriana Inciarte, Ana Irabedra, Maximiliano Mauri, Roque Molla, Laura Parnás, María del Pilar Ramírez, Diego Séré, María Sienra, Adriana Silva, Mariella Spagnolo, Gonzalo Trobo y Juan Pablo Villar, aprueba el informe que antecede, elaborado por la Esc. Karen Bonner.

Escs. Roque Molla y Juan Pablo Villar
Coordinadores

Informe aprobado por la Comisión Directiva Nacional de la AEU el 11.9.2018, expediente 1898/2018.

111 Vé., por ejemplo, Asociación de Escribanos del Uruguay, Comisión de Derecho Civil, «Compraventa de cosa ajena», *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, tomo 82, n.º 1-12 (ene.-dic. 1996), pp. 174-175 (exp. 16270/1996); Criado Navarro, Daniela (informante), Asociación de Escribanos del Uruguay, Comisión de Derecho Civil, «Venta de cosa ajena», *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, tomo y n.º cit., pp. 203-205 (exp. 16338/1996).

LIQUIDACIÓN DE SOCIEDAD COMERCIAL. DISOLUCIÓN DE SOCIEDAD COMERCIAL. PUBLICIDAD REGISTRAL

Resumen

Actos realizados por un administrador, representante o liquidador no inscriptos en el Registro Nacional de Comercio. Extinción y cancelación de la personería jurídica. Existencia de activo o pasivo con posterioridad a la inscripción de cancelación de la personería jurídica. Efectos de la inscripción de cancelación comunicada por la Dirección General Impositiva al Registro. Actos liquidatorios y responsabilidad del liquidador.

Informes: Comercial y Registral

Consulta

Relación de hechos

1983. Se constituye una sociedad anónima denominada «C S. A.», con capital en acciones nominativas.

1998. Se modifica la sociedad (se aumenta su capital).

2006. Se registra el representante, de acuerdo a la ley 17904.

2007. Se registran nuevos representantes, de acuerdo a la ley 17904, siendo presidente el Sr. IBI, y directores, CI y JM.

2008. C S. A., representada por su presidente, adquiere de la administradora de fondos de inversión R S. A. un crédito por la suma de USD 321.000 y los derechos hipotecarios que lo garantizan.

2012. El 22.5.2012 se comunican nuevos representantes, de acuerdo a la ley 17904, siendo presidente el Sr. IBI, y vicepresidente, CI.

El 15.10.2012 se realiza acta de directorio en la que se resuelve convocar a asamblea extraordinaria para tratar, entre otros temas: disolución de la sociedad, nombramiento de liquidador, proyecto de distribución y liquidación de la sociedad. Dicha acta de directorio es suscrita por el Sr. CA en calidad de presidente.

El 31.10.2012 se realiza acta de asamblea extraordinaria, presidida por CA en su calidad de presidente del directorio de la sociedad, y con la presencia del único accionista, VD, donde se resuelve: 1) designar como presidente de la asamblea a CA; 2) aprobar el estado de situación y los estados de resultados al 31.10.2012; 3) aprobar la actuación del directorio; 4) aprobar la liquidación de la sociedad (se efectúan las clausuras correspondientes en los diferentes organismos públicos); 5) designar a CA como liquidador (CA acepta el cargo); 6) proceder a la distribución del activo de la sociedad, que consta en el balance especial, al único accionista, VD, y 7) liquidar la sociedad, nombrando a CA para la conservación de los libros

y documentos, y a dos personas para que realicen las gestiones ante los organismos públicos inherentes a la liquidación de la sociedad.

Se da la baja de la sociedad por clausura voluntaria ante la Dirección General Impositiva (DGI).

2015. DGI comunica al Registro de Personas Jurídicas la cancelación de la sociedad, de acuerdo al artículo 8.º de la ley 19288, la que se inscribe el 23.1.2015.

2017. En el expediente IUE …/2002, el 14.9.2017, se efectúa remate judicial del inmueble garantía del crédito. Resulta mejor postor C S.A. Realiza la oferta el representante letrado de la sociedad en el expediente (se había autorizado a no consignar seña, en virtud de ser el acreedor ejecutante).

2018. C S.A. pretende ceder los derechos de mejor postor antes relacionados.

Consulta

Del estudio de la documentación y los hechos relacionados, me surgen algunas dudas: ¿qué alcance tiene el nombramiento de liquidador realizado en 2012 y no comunicado al Registro (y sus actos posteriores)?; ¿continúa hoy vigente la personería jurídica de la sociedad?; ¿está el crédito aún en el patrimonio de la sociedad?; ¿resultar mejor postor en el remate puede considerarse un acto liquidatario?; ¿qué alcance tiene la clausura comunicada por DGI al Registro?

Opinión de la consultante

1. *¿Qué alcance tiene el nombramiento de liquidador realizado en 2012 y no comunicado al Registro (y sus actos posteriores)?*

A partir de la ley 17904, de octubre de 2005, los representantes de las sociedades —nombrados por acto distinto al contrato social— deben ser comunicados al Registro de Comercio para que sus actos sean oponibles a terceros. Lo mismo sucede con los liquidadores, más allá de que se ha entendido mayoritariamente en doctrina que si el liquidador es el mismo administrador —ya comunicado al Registro—, no sería necesario comunicar el cambio de calidad de administrador a liquidador.

En el caso concreto, teníamos registrados con fecha 22.5.2012 dos representantes, en calidad de presidente el Sr. IBI y de vicepresidenta la Sra. CI. Sin embargo, con fecha 15.10.2012 se realiza acta de directorio, presidida por el Sr. CA en calidad de presidente, y el día 31.10.2012 se celebra asamblea donde se resuelve lo ya mencionado, entre lo que se encuentra la resolución de disolución y el nombramiento del Sr. CA como liquidador. Así, tenemos un liquidador que, si bien —aparentemente— venía ejerciendo como representante en tanto presidente del directorio, dicho cargo *no* había sido comunicado, de acuerdo a la ley 17904. Según el artículo 13, inciso 3.º de la ley, «la actuación de sociedades con adminis-

tradores, representantes o directores no inscriptos hará inoponible el acto o contrato de que se trate», y se hace referencia al artículo 54 de la Ley Registral. Citando a la Esc. Cianciarulo, quien en varias oportunidades ha tratado el tema, esa inoponibilidad alcanza la actuación de la sociedad frente a terceros, pero no alcanza su fuero interno, ya que es válida y eficaz frente al único accionista de mi caso —y al propio representante—; lo resuelto en esa asamblea a ellos les es absolutamente oponible. Pero ¿qué pasa con los actos posteriores, destinados a clausurar la sociedad en los organismo públicos?; ¿qué pasa con la distribución realizada al accionista? Entiendo que el nombramiento de liquidador realizado en 2012 debió ser comunicado al Registro para hacer oponible a terceros su actuación (y en virtud de que, según entiendo, aún hoy es el liquidador-representante de la sociedad).

2. *¿Está el crédito aún en el patrimonio de la sociedad?* Esta es la pregunta que me deja más dudas. En el balance de fecha 31.10.2012 resulta, dentro del activo: «Cesión de crédito …», que es el crédito adquirido a R S.A. En el acta de liquidación, según lo ya relacionado, se establece: «Proceder a la distribución del activo de la sociedad, que consta en el balance especial, al único accionista, VD». No tengo conocimiento de que se haya cumplido con el artículo 180 de la ley 16060 («los liquidadores procederán a transferir a cada socio los bienes que le correspondan, cumpliendo con los requisitos y formas exigidos por la ley, según su naturaleza»). Pero en virtud de esa distribución, se realizó declaración de extinción y adjudicación del activo para poder clausurar ante los organismos. Supongamos que C S.A. pueda alegar que esa declaración fue un error involuntario, que olvidaron la existencia de ese crédito en el patrimonio de la sociedad. VD, único accionista, podría reclamar la entrega de los bienes distribuidos, en virtud de tener título hábil para hacerlo, según el propio artículo 180.

Por otro lado, en el expediente judicial que estaba en curso y del cual la sociedad era acreedora ejecutante debió haberse comunicado la sucesión de parte, de acuerdo al artículo 35 del Código General del Proceso.

3. *¿Continúa hoy vigente la personería jurídica de la sociedad? ¿Resultar mejor postor en el remate puede considerarse un acto liquidatario? ¿Qué alcance tiene la «clausura» comunicada por DGI al Registro?* De acuerdo al artículo 168 de la ley 16060, «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 principio, no hay limitación temporal a esa situación: los socios pueden reactivar la sociedad en cualquier momento («la sociedad conservara su personería», art. 166), con límite la cancelación registral (art. 181). En la práctica, es usual ver sociedades sin actividad —clausura en los distintos organismos—, disueltas y liquidadas, pero es muy poco usual ver cancelaciones registrales de sociedades; por ello, estrictamente, esa sociedad continúa con personería jurídica (sin discusión frente a actos de liquidación, con no

tan unánime posición y con responsabilidad ilimitada y solidaria en actos no liquidatorios).

Suponiendo que la personería jurídica de la sociedad continuara aún hoy, entiendo que resultar mejor postor en un remate en el que la sociedad era la acreedora ejecutante, para defender su crédito, es un acto lógico dentro de la liquidación. Pero la cancelación de la sociedad cambió sustancialmente con la ley 19288, de setiembre de 2014, que si bien trata en general sobre sociedades con acciones al portador que no cumplan con la ley 18930, en su artículo 19 sustituye el artículo 181 de la ley 16060 y, por tanto, modifica el régimen general de cancelación de inscripción. El nuevo artículo —y su decreto reglamentario, 347/014— establece que, extinguido el pasivo y adjudicado el activo, deberá clausurarse la sociedad ante el Banco de Previsión Social (BPS) y la DGI, y una vez realizado esto, es DGI quien comunica al Registro la «cancelación de oficio de la inscripción registral». Por tanto, el fin de la personería jurídica queda en manos del organismo y no en la voluntad del liquidador, como antes.

En el caso en concreto, de la información registral resulta que la DGI comunica al Registro de Personas Jurídicas la cancelación de la sociedad, de acuerdo al artículo 8.º de la ley 19288, la que se inscribe el 23.1.2015. El artículo 8.º se refiere a la cancelación de inscripción registral para el caso de sociedades disueltas de pleno derecho, en virtud de no cumplir en plazo con la ley 18930, que a su vez se refiere a sociedades con acciones al portador. La sociedad en cuestión tiene su capital emitido en acciones nominativas desde su constitución, por lo que, en principio, entiendo que se trata de un error de la DGI. Podría pensarse que el error de la DGI es en cuanto al artículo referido para la cancelación registral, mencionando el artículo 8.º, cuando debió mencionar el artículo 19 de la ley 19288, por ser el que se aplicaba a la sociedad del caso. Pero el decreto reglamentario 347/014 —el específico del art. 19—, en el artículo 5.º, se refiere a la *aplicación temporal*, y establece que la cancelación registral a cargo de la DGI, para todas las sociedades, se aplica a los procesos referidos en el artículo 1.º «concluidos a partir del 1 de noviembre de 2014».

Por ello, teniendo en cuenta que la clausura ante los organismos se realizó en 2012, a simple vista no le sería aplicable la nueva redacción del artículo 181, pero ¿efectivamente fue «concluido el proceso» si a pesar de la declaración de extinción y adjudicación del activo quedaban bienes (crédito)?

El decreto 346/014 establece, en su artículo 35, la posibilidad de solicitar ante el Registro Único Tributario (RUT) la rectificación de la inscripción registral. Aunque el artículo se refiere a los casos resultantes del artículo 6.º, en cualquier caso sería una inscripción errónea, y tendrían derecho a rectificarla, siempre y cuando la DGI entienda que efectivamente no se aplica la nueva redacción del artículo 181.

Aclaraciones

Parece oportuno tener en cuenta que el acto que se pretende realizar por parte de la sociedad en cuestión es una cesión de derechos de mejor postor, dato no menor si se tiene en cuenta que si C S.A. no logra realizarla, y eventualmente se realiza la compraventa en cumplimiento del remate, la situación planteada frente a una enajenación posterior sería mucho más compleja.

La actuación notarial con sociedades en general —y con anónimas en particular— se ha complejizado enormemente en los últimos diez años. Esto provoca que el estudio de la documentación se realice con base en el estudio concreto de cada caso, pero también respecto a la opinión e interpretación de los distintos organismos que hoy tienen relación con sociedades, sobre todo cuando uno pasa de la teoría a la práctica.

Informe de la Comisión de Derecho Comercial

Respecto de las preguntas formuladas por la consultante, entendemos:

I. ¿Qué alcance tiene el nombramiento de liquidador realizado en 2012 y no comunicado al Registro?

Para precisar el alcance del nombramiento del liquidador es necesario estar a lo dispuesto en el artículo 86 de la ley 16060, en la redacción dada por el artículo 13 de la ley 17904, que establece, en su inciso primero, que todo nombramiento de administrador, director o representante por acto distinto del contrato o estatuto social, así como su cese o revocación, deberá inscribirse en el Registro Nacional de Comercio; y en su inciso 3.º, establece que la actuación de sociedades con administradores, representantes o directores no inscriptos hará inoponible el acto o contrato de que se trate.

La citada ley, en su artículo 14, establece lo siguiente: «Sustitúyese el inciso final del artículo 170 de la ley 16060, de 4 de setiembre de 1989, por el siguiente: "El nombramiento de liquidadores, así como su cese o revocación, deberá inscribirse en el Registro Nacional de Comercio"». Además, el artículo 172 de la ley 16060 dispone que «las condiciones, derechos, obligaciones y responsabilidades de los liquidadores se regirán por las disposiciones establecidas para los administradores, en todo cuanto no esté previsto en esta sección».

De acuerdo a lo que nos dice Hargain,[112]

> la oponibilidad o inoponibilidad de los actos jurídicos dice relación con los efectos indirectos de los actos jurídicos, o sea, con los terceros ajenos al acto.

112 Hargain, Daniel, «Oponibilidad de actos de los representantes de sociedades comerciales cuya designación no fue inscripta», *Revista de Derecho Comercial*, n.º 1 (may. 2008), pp. 37-51.

> Como la sociedad reviste la calidad de parte en la actuación desarrollada por sus administradores, directores y representantes, sobre la misma recaerán los efectos directos de la actuación. La ley 17904 no contiene ninguna solución relativa a los efectos directos de la actuación societaria; por lo tanto, los actos jurídicos realizados por administradores, directores y representantes cuyas designaciones no fueron inscriptas van a ser oponibles a la sociedad, no pudiendo ser desconocidos por esta.

Continúa diciendo en el referido autor:

> La ley mantiene la validez de la actuación —dato este que tiene vital importancia, porque permite distinguir la inoponibilidad de otras figuras—, pero aun manteniendo la validez, se reducen o limitan sus efectos indirectos, creando en favor de uno o más terceros la ficción de que el acto no se ha producido […]. Es importante destacar que el tercero protegido por la norma no ignora verdaderamente el acto jurídico acontecido, sino que lo desconoce de manera ficticia. Sabe de su existencia, pero la ley le permite hacer de cuenta que no sucedió; le confiere el derecho de considerar como si la actuación no existiera.

Siguiendo a Cianciarulo,[113] en ocasión de haber evacuado una consulta dirigida a esta comisión, la autora manifiesta que hay que distinguir tres situaciones: 1) la del tercero, quien deberá actuar con información registral; 2) la de la contraparte, quien además de la información registral deberá solicitar la exhibición de los libros sociales, y 3) la de quien actúa en actos o contratos posteriores, quien deberá solicitar información registral y estar a lo consignado por el escribano que actuó en su momento.

En el caso consultado, y partiendo de la hipótesis de que CA fue correctamente designado como director de C S. A. en una asamblea de accionistas —debidamente convocada y con los requisitos de quorum, lugar de celebración y materia— anterior a la reunión de directorio de 15.10.2012, su actuación es válida y eficaz para la sociedad, desplegando los efectos en el fuero interno, y oponible a ella. Respecto a los terceros, como vimos, el acto realizado por un administrador, representante o liquidador no comunicado es inoponible en todos los casos.

Por lo tanto, las resoluciones adoptadas en la asamblea extraordinaria de accionistas realizada el 30.10.2012, convocada por un administrador o representante —siempre partiendo de la base de que fue bien designado, aunque no comunicado al Registro Nacional de Comercio— y en la cual se encuentra la resolución del nombramiento del liquidador, desplegaron sus efectos frente a la sociedad, pero serán oponibles frente a los terceros

113 Cianciarulo, Daniella (informante), Asociación de Escribanos del Uruguay, Comisión de Derecho Comercial, «Derecho comercial. Director de sociedad comercial. Sociedad comercial. Sociedad anónima. Registro Nacional de Comercio. Inoponibilidad», *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, tomo 95, n.º 7-12 (jul.-dic. 2009), pp. 307-324.

a partir de la inscripción del administrador, representante o liquidador requerida por la ley 17904.

Por lo dicho, los actos realizados por el liquidador nombrado en la mencionada asamblea no inscripto en el Registro Nacional de Comercio no serán oponibles a los terceros sino a partir de la inscripción del liquidador requerida por la ley 17904.

II. ¿Continúa hoy vigente la personería jurídica de la sociedad? ¿Qué alcance tiene la clausura comunicada por DGI al Registro?

En la asamblea de 31.10.2012 referida, entre otras resoluciones, se resolvió la disolución de la sociedad.

El artículo 168 de la ley 16060 establece: «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».

Mientras en los hechos la sociedad tenga activos o pasivos, no se ha liquidado, y por ende, no se ha extinguido; por lo tanto, tiene personería jurídica.

Respecto al alcance de la inscripción registral, si nos remitimos al artículo 54 de la ley 16871, este nos dice que «los actos, negocios jurídicos y decisiones de las autoridades competentes que se registren conforme la presente ley serán oponibles respecto de terceros a partir de la presentación al Registro». Esto significa que la presentación o inscripción produce un efecto de visibilidad para los terceros del acto o negocio jurídico o decisión administrativa, efecto denominado *oponibilidad*.

Susena[114] entiende que

> la inscripción de una declaratoria en el Registro, como tal, no crea ni extingue ningún derecho, por lo cual es más acertado sostener que dicho acto solo opera como un medio de prueba de la extinción de la personería jurídica. Es decir, que los efectos de la inscripción son los de probar la extinción de la personería jurídica o, lo que es más exacto, su cancelación frente a terceros, pero no establece la ley cuáles son los efectos que se producen si no se inscribe dicha declaratoria ni se establecen sanciones para la omisión de inscripción.

Por lo tanto, entendemos que la inscripción reviste el efecto de oponibilidad, de prueba, y no crea situaciones jurídicas.

La inscripción registral informa a los terceros —en este caso, como consecuencia de que se ha liquidado el activo y pasivo social— que la personería jurídica está extinta o «cancelada», como es denominada esta última situación por los organismos fiscales.

114 Susena Bardallo, Emilio, «Cancelación de la personería jurídica, inscripción de declaratoria de liquidadores», *Temas de derecho societario. 10 años de la ley de sociedades comerciales: análisis y perspectivas*, Montevideo: FCU, 2000, pp. 203-204.

¿Los términos *extinción* y *cancelación* significan lo mismo? No, porque cuando hablamos de la inscripción de la *extinción* de la personería jurídica, estamos hablando de la sociedad que ha atravesado todos los pasos del proceso de disolución y liquidación previstos por la ley de sociedades comerciales y demás normas concordantes, no existiendo más activo ni pasivo en ella. En cambio, cuando hablamos de *cancelación*, nos referimos meramente a actos administrativos que no han atravesado todos los pasos del proceso liquidatorio, sin incluir la aprobación de la Auditoría Interna de la Nación (AIN), la inscripción y las publicaciones. La «clausura» comunicada por DGI al Registro es un acto meramente administrativo, por lo que si sobrevienen activos o pasivos con posterioridad a la referida inscripción, la personería jurídica de la sociedad no se ha extinguido.

Tanto el artículo 8.º como el 19 de la ley 19288, que modifica la redacción del artículo 181 de la ley 16060,[115] han provocado dudas respecto de si tales modificaciones eliminan el trámite previsto para la extinción de la personería jurídica de la ley de sociedades, lo que implicaría que esta no requiere la conformidad administrativa, la inscripción ni la publicación. Entendemos que no, tal como lo señalaron Cobas, Amado y Cianciarulo en oportunidad del Taller de Derecho Comercial realizado en la AEU en abril de 2015, en la cual entendieron que debe armonizarse e integrarse la nueva redacción del artículo 181 con el resto de la normativa societaria.

En el caso concreto, si bien en la asamblea de 31.10.2012 se resolvió disolver y liquidar la sociedad, se procedió a distribuir el activo y se dejó constancia de que no existía pasivo, en la vía de los hechos, como se demostró posteriormente, en el activo de la sociedad existen los derechos sobre un crédito garantizado con hipoteca; por lo tanto, la sociedad no está liquidada y mantiene su personería jurídica.

La sociedad, conforme a lo manifestado —porque consideró que su activo y pasivo se habían extinguido—, solicitó en la DGI la clausura por cese de actividades. Tal situación deberá revertirse, comunicando al referido

115 Artículo 181: «(Cancelación de la inscripción). Terminadas las operaciones descritas en el artículo anterior, los liquidadores formularán una declaración clausurando actividades de la sociedad ante la Dirección General Impositiva y el Banco de Previsión Social, en la que declararán la extinción de la totalidad del pasivo social y adjudicación de la totalidad de los activos remanentes a los socios, por concepto de reembolso de capital. [=] Cuando se trate de Sociedades Anónimas o en Comandita por Acciones deberán acreditar la anulación o destrucción de la totalidad de los títulos representativos del capital accionario. [=] Cumplidos los extremos dispuestos precedentemente, la Dirección General Impositiva comunicará los referidos datos a la Dirección General de Registros a los efectos de la cancelación de oficio de la inscripción registral de la sociedad. Esta comunicación no significará un pronunciamiento administrativo de la Dirección General Impositiva o del Banco de Previsión Social que acredite que las sociedades han satisfecho el pago de los tributos que administran, de que disponen de plazo acordado para hacerlo, o de que no se hallan alcanzados por los mismos. [=] A los efectos de lo dispuesto en el presente artículo relévese del secreto establecido en el artículo 47 del Código Tributario a la Dirección General Impositiva». Redacción dada por la ley 19288, de 26.9.2014, artículo 19, reglamentado por el decreto 347/014, de 27.11.2014.

organismo que la sociedad aún tiene bienes en su activo, y de esta forma, adecuar la realidad jurídica a la realidad material.

Por su parte, la DGI, en 2015, comunicó al Registro de Comercio la cancelación de la personería jurídica de la sociedad, basada en el artículo 8.º de la ley 19288 previsto solo para sociedades representadas por acciones al portador. Tal inscripción, en todo caso, debió efectuarse basada en el artículo 19 de la referida norma, que dio nueva redacción al artículo 181 de la ley 16060, previsto para todas aquellas sociedades que den clausura voluntariamente por cese de actividades, independientemente de la clase de acciones en las que la sociedad tenga representado su capital, y no basada en el artículo 8.º, como se hizo, porque esta sociedad tiene acciones nominativas.

En consecuencia, en el caso concreto, tal situación deberá revertirse comunicando a la DGI que la sociedad aún tiene bienes, y de esta forma, levantar la inscripción de cancelación de la personería jurídica, haciendo oponible la existencia de esta última para que la sociedad pueda concluir con la liquidación.

III. ¿Está aún el crédito en el patrimonio de la sociedad?

Para poder contestar a esta interrogante debemos tener en cuenta que al respecto existen dos posiciones doctrinarias. Una de ellas entiende que si operada la cancelación sobreviene algún activo o pasivo, cesada la personalidad jurídica societaria —porque le da efecto constitutivo a la inscripción—, la sociedad no puede ser titular de situaciones jurídicas. En tal caso, los activos ingresan en situación de condominio de origen contractual entre los socios, a quienes corresponde una porción similar a la que ostentaban en el capital social. Con esto no se verifica el nacimiento de una sociedad de hecho entre los socios ni el resurgimiento de la personalidad jurídica societaria extinguida.[116]

Para la otra posición doctrinaria,[117] sostenida por la Comisión de Derecho Comercial de la Asociación de Escribanos del Uruguay y a la que nos afiliamos, la personería de la sociedad se mantiene hasta que se liquiden su activo y pasivo, sin necesidad de que cancele su inscripción en el Registro Nacional de Comercio, y si esta se hubiera cancelado y existiera algún activo o pasivo, podrá solicitarse «la rehabilitación de la inscripción».

116 Miller, Alejandro, «Algunos aspectos vinculados a la liquidación de sociedades comerciales», *Hacia un nuevo derecho comercial: sociedades, contratos, concursos*, Montevideo: FCU, 2012, pp. 149 y ss., cit. por Algorta Morales, Paula, y Amorín, Marcelo, «Activos y pasivos sobrevenidos a la cancelación de la personería jurídica», *Semana Académica del Instituto de Derecho Comercial*, Montevideo: FCU, 2013, pp. 9-14.

117 Cianciarulo, Daniella, siguiendo a Wonsiak, María, «Consecuencias de la aplicación de la ley 18930 en relación a las sociedades disueltas», *Hacia un nuevo derecho comercial* cit., pp. 80 y ss., cit. por Algorta Morales, Paula, y Amorín, Marcelo, «Activos y pasivos sobrevenidos…» cit.

Por lo dicho, en este caso, consideramos que el crédito aún existe en el patrimonio de la sociedad y esta sigue teniendo personalidad jurídica, la que en los hechos nunca se ha extinguido, independientemente de las inscripciones que ocurrieron (estas no crean ni extinguen derechos y no se produce condominio ni adjudicación de bienes).

IV. ¿Resultar mejor postor en un remate puede considerarse un acto liquidatorio?

A partir del momento en que la sociedad está en disolución, comienza la etapa de liquidación. El objetivo que tiene el liquidador es extinguir el patrimonio de la sociedad. Con ese fin, representándola, llevará adelante el pago de las deudas pendientes, garantizando incluso las que no son exigibles o que por alguna razón no pueden ser pagadas; una vez terminado el pasivo, elaborará un proyecto de balance final y un proyecto de distribución que deberán ser aprobados por los socios.

Para poder llevar adelante estas acciones, el artículo 175 de la ley 16060 establece las facultades que posee el liquidador. Dentro de las acciones que allí se describen, el artículo menciona: «No podrán iniciar nuevos negocios, *salvo que sean necesarios para la mejor realización de la liquidación*» (destacado nuestro). Si efectuamos un análisis de esa expresión, entendemos que en la primera parte de esta frase encontramos una norma prohibitiva; pero si continuamos la lectura del artículo y de la sección, no encontramos sanción ni, mucho menos, nulidad. Las consecuencias negativas del accionar en contra de esa norma prohibitiva será para el representante agravar su responsabilidad. El artículo 391 de la ley 16060, en sede de la subsección X de «Administración y representación de las sociedades anónimas», dice que el administrador o los directores responderán solidariamente hacia la sociedad, los accionistas y los terceros por los daños y perjuicios resultantes, directa o indirectamente, de la violación de la ley, el estatuto o el reglamento, por el mal desempeño de su cargo, según el criterio del artículo 83 de la referida ley, y por aquellos producidos por abuso de facultades, dolo o culpa grave.

Con relación al caso concreto, en el supuesto de que el administrador inicie nuevos negocios sociales, estaría violando la ley y abusando de sus facultades, lo que configura una responsabilidad solidaria hacia la sociedad, los accionistas y los terceros por los daños y perjuicios resultantes, pero el acto es válido.

No obstante, si bien la norma marca ese límite, también establece una excepción cuando dice «salvo que sean necesarios para la mejor realización de la liquidación». Esto nos marca la facultad del liquidador de poder llevar adelante nuevos negocios, siempre que resulten beneficios para el resultado final de la distribución.

Wonsiak, en sus clases, nos brindaba un ejemplo para esta situación. Un liquidador que compra un padrón inmueble lindero a uno que ya po-

seía la sociedad, para fusionarlos y venderlos posteriormente a un precio mayor al que hubiese obtenido si enajenase el padrón original. El negocio realizado resultó ser sustancialmente más beneficioso, por haberse enajenado el resultante de la fusión, en consideración a sus dimensiones y posibilidades de su rendimiento.

En el caso consultado, si bien en 2008 —antes de la disolución— C S. A. adquiere un crédito por la suma de USD 321.000 y los derechos hipotecarios que lo garantizaban, es en 2017, ya estando en liquidación —porque consideramos que la sociedad aún tenía este activo y, por lo tanto, no estaba extinguida en los hechos su personería jurídica— que se efectúa el remate judicial del inmueble garantía del crédito, en el que resulta mejor postor C S. A.

Entendemos que dicha operación —la oferta en la que resulta mejor postor— podría ser un acto «para la mejor realización de la liquidación», tal como lo establece el artículo 175 citado, siempre que lo obtenido de la cesión sea más beneficioso que lo que podría haberse obtenido si un tercero hubiera adquirido esos derechos de mejor postor. Para el caso que este extremo no se cumpla, la consecuencia es que este liquidador deberá responder ante los socios al momento de la distribución por los eventuales perjuicios causados.

V. Aclaración

Esta comisión desea aclarar que si CA —el liquidador— no hubiese sido designado como presidente del directorio en asamblea de accionistas correctamente celebrada, podría realizarse una nueva asamblea, cumpliendo los requisitos legales y ratificando su nombramiento, y por ende, todo lo actuado.

VI. Conclusiones

1. Los actos realizados por un administrador, representante o liquidador no inscripto en el Registro Nacional de Comercio desplegaron sus efectos frente a la sociedad, pero serán oponibles frente a los terceros a partir de la inscripción de sus nombramientos requerida por la ley 17904.

2. Mientras en los hechos la sociedad tenga activos o pasivos, no se ha liquidado, y por ende, no se ha extinguido; por lo tanto, tiene personería jurídica, aunque exista inscripción de su cancelación o extinción. La «clausura» comunicada por la DGI al Registro Nacional de Comercio es un acto meramente administrativo, por lo que si sobrevienen activos o pasivos con posterioridad a la referida inscripción, la personería jurídica de la sociedad no se ha extinguido, y la realidad jurídica deberá adecuarse a la material. La inscripción registral no crea situaciones jurídicas, sino que reviste el efecto de prueba y oponibilidad.

3. Los liquidadores podrán iniciar nuevos negocios, siempre que resulten beneficios para el resultado final de la distribución; en caso contrario, se estaría violando la ley y abusando de sus facultades, lo que configura una responsabilidad solidaria hacia la sociedad, los accionistas y los terceros por los daños y perjuicios resultantes. Pero el acto es válido.

Escs. Rosana García, Paola Igoa,
Stefanía Della Mea y Laura Calcaterra
Informantes

La Comisión de Derecho Comercial, integrada por los Escs. Adriana Azofra, Mónica González, Reina Gatti, Soledad Cappetta, Dayana Vaz, Patricia Doglio, Ema Klaczko, Ana Irabedra, Estela Baum, César Coll, Marcelo Lasowski, María Ritacco, Jacqueline Reymunde, Florencia Manfredi, Rosana García, Paola Igoa, Adriana Amado y Daniella Cianciarulo, aprueba el informe que antecede.

Esc. Daniella Cianciarulo
Coordinadora

Informe de la Comisión de Derecho Registral

I. Aspectos jurídicos

1. La convocatoria efectuada por un presidente no inscripto, en este caso, no afecta lo resuelto en la asamblea general debido a que comparece el único socio titular de la totalidad del capital integrado.

2. La asamblea general es el órgano máximo que expresa la voluntad de los socios (en el caso, VD).

3. Surge de la asamblea que la distribución será al único socio. No resuelve, en cambio, dar al liquidador facultades para realizar el activo y luego distribuir lo obtenido al socio.

4. La disolución resuelta no fue aprobado por la AIN ni inscripta en el Registro, como tampoco lo fue la designación de liquidador.

5. La asamblea resolvió la liquidación y la presentación de la clausura ante los distintos organismos públicos. Este simple acto ante la administración, hasta la entrada en vigencia de la ley 19288, tenía como consecuencia establecer una fecha de finalización de la actividad económica de la empresa y, por ende, de sus obligaciones antes los organismos involucrados. A partir de la ley 19288, y para las entidades que emitieran participaciones patrimoniales al portador, se estableció —artículo 8.º— un procedimiento

abreviado para lograr la publicidad de la cancelación de oficio de estas entidades

> sin control o conformidad administrativa previa de especie alguna […]. Asimismo, como equilibrio de la cancelación de oficio, las sociedades comprendidas en el presente artículo que hayan resuelto su disolución antes del 31.5.2013 y sus respectivos accionistas quedarán eximidas de las sanciones dispuestas por los artículos 8.º y 9.º de la ley 18930, de 17 de julio de 2012.[118]

La DGI utilizó estas disposiciones y canceló la personería jurídica de la entidad, y realizó la comunicación al Registro de Personas Jurídicas, sección Registro Nacional de Comercio, el 23.1.2015.

En el caso, por tratarse de una entidad con su capital representado en participaciones patrimoniales nominativas, se encuentra fuera de estos supuestos.

118 Ley 19288, artículo 8.º: «Cancélase la inscripción registral, de acuerdo al procedimiento establecido en el artículo 9.º de la presente ley, de las sociedades anónimas y las sociedades en comandita por acciones cuyo capital accionario estuviere representado total o parcialmente por acciones al portador, que a la entrada en vigencia de la presente ley hayan presentado clausura por cese de actividades ante la Dirección General Impositiva y el Banco de Previsión Social, siempre que acrediten haber resuelto su disolución por parte del órgano social correspondiente, y declarado la extinción de la totalidad del pasivo social, y la adjudicación de la totalidad de los activos remanentes a los accionistas. Dicha disolución no estará sometida a control o conformidad administrativa previa de especie alguna [...]. [=] Las sociedades comprendidas en el presente artículo que hayan resuelto su disolución antes del 31 de mayo de 2013 y sus respectivos accionistas quedarán eximidas de las sanciones dispuestas por los artículos 8.º y 9.º de la ley 18930, de 17 de julio de 2012». Ley 19288, artículo 9.º: «La Dirección General Impositiva y el Banco de Previsión Social identificarán en el Registro Único Tributario y en el Registro de Contribuyentes y Empresas, respectivamente, a las sociedades disueltas en virtud del artículo 1.º como sociedades en liquidación, con especial mención a la presente ley. [=] La Dirección General Impositiva comunicará a la Dirección General de Registros, dependiente del Ministerio de Educación y Cultura, los datos que permitan la identificación inequívoca de las sociedades disueltas de pleno derecho. [=] En los casos de las sociedades liquidadas a que refieren los artículos 3.º y 8.º de la presente ley, la Dirección General Impositiva comunicará los referidos datos a la Dirección General de Registros a los efectos de la cancelación de oficio de la inscripción registral de las mismas». Decreto 346/014, artículo 14: «*Sociedades con clausura de actividades*. Cancélase la inscripción registral de las sociedades anónimas y las sociedades en comandita por acciones comprendidas en el artículo 1.º del presente decreto que al 1.º de noviembre de 2014 hayan presentado clausura por cese de actividades ante la Dirección General Impositiva y el Banco de Previsión Social, siempre que acrediten haber resuelto su disolución por parte del órgano social correspondiente, y declarado la extinción de la totalidad del pasivo social, y la adjudicación de la totalidad de los activos remanentes a los accionistas o socios, o consignado judicialmente los bienes no reclamados, conforme a lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 180 de la ley 16060, de 4 de setiembre de 1989. Dicha disolución no estará sometida a control o conformidad administrativa previa de especie alguna».

6. En general, una disolución anticipada es un acto voluntario que debe tener aprobación de la AIN e inscripción en el Registro.[119] Es un acto de los socios, no un acto de la sociedad. Produce efectos únicamente en la esfera de intereses de cada socio desde el acuerdo, pero frente a terceros, desde su inscripción (se aplica lo dispuesto por arts. 164 y 39 ley 16060). En oportunidad de presentar el acta a la AIN, se acompañan certificados fiscales: especial de DGI y BPS, y del Banco de Seguros del Estado (BSE). La presentación del acto disolución ante el Registro tiene iguales requisitos fiscales. La disolución es un acto inscribible (num. 11, art. 49 ley 16871); los efectos de esta inscripción son los establecidos en el artículo 54 de la misma ley 16871 (efectos declarativos, oponibilidad *erga omnes* de lo inscripto).[120]

En el caso concreto, como efecto de la clausura y en cumplimiento de los artículos citados, se procedió por la DGI a comunicar al Registro la cancelación, sin aprobación de la AIN y sin la obtención de los certificados fiscales relacionados. Esta sociedad, por no encontrarse dentro del supuesto legal, debió cumplir con el régimen general.

7. *Designación del liquidador*. La sociedad en estado de liquidación cambia su objeto, debe cesar su actividad comercial y debe liquidarse; solo subsiste a esos efectos, y mantiene su personería solo con ese alcance. El capital pasa a ser objeto de responsabilidad para los acreedores.

Cambia el régimen de administración. El liquidador debe proyectar la distribución del patrimonio remanente, y de ser aprobado el proyecto, efectuará las adjudicaciones a cada socio. Se extinguirá entonces el activo, y la sociedad perderá su personería. En el caso, la proyección y la aprobación ya se han dado por asamblea general extraordinaria; solo resta la adjudicación del crédito al socio.

La designación de liquidador debe inscribirse en el Registro Nacional de Comercio, así como su cese o revocación, de acuerdo al artículo 170 de la

119 Ley 16060, artículo 163: «(Efectos de la disolución). Respecto de los socios, producirá sus efectos a partir del acuerdo social de disolución o de su declaración judicial. Frente a terceros, desde su inscripción, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo siguiente. En el caso de expiración del plazo los efectos se producirán aun respecto de terceros, por el solo hecho del vencimiento». Artículo 164: «(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)».

120 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 (reserva de prioridad) […]».

ley 16060,[121] con la redacción dada por la ley 17904. Los efectos de esta inscripción son declarativos (oponibilidad de lo inscripto, art. 54 ley 16871).

El artículo 181 ley 16060, con la redacción dada por la ley 19288, fue reglamentado por decreto 347/014, y corresponde su aplicación a las disoluciones anticipadas voluntarias seguidas de su liquidación, cumplidos los extremos legales. Se presentará la clausura ante la DGI y el BPS; la primera será la que, efectuados los trámites de estilo, comunicará al Registro la cancelación oficio de la inscripción.[122]

A su vez, el artículo 5.º del decreto 347/2014 estableció su aplicación temporal a los procesos referidos en el artículo 1.º del mismo decreto *concluidos* a partir del 1.11.2014.

II. Conclusiones: preguntas del consultante y respuestas

1. *¿Qué alcance tiene el nombramiento de liquidador realizado en 2012 y no comunicado al Registro (y sus actos posteriores)?* El nombramiento del liquidador no inscripto no es oponible a terceros. La inscripción en el Registro le otorgará oponibilidad a su actuación. A los efectos de terceros —con la información registral aportada a la vista—, quienes tienen legitimidad para realizar la liquidación son los últimos designados como representantes e inscriptos, ya que CA tampoco figura inscripto como último presidente.

121 Artículo 170: «(Designación de liquidadores). La liquidación de la sociedad estará a cargo de sus administradores, salvo casos especiales o estipulación contraria. [=] En su defecto, el o los liquidadores serán nombrados por la mayoría social que corresponda según el tipo, dentro de los treinta días de haber entrado la sociedad en estado de liquidación. No designados los liquidadores o si estos no desempeñaran el cargo, cualquier interesado podrá solicitar al juez el nombramiento omitido o nueva elección. [=] Cuando corresponda el nombramiento de liquidadores y mientras ellos no asuman sus cargos, los administradores continuarán en el desempeño de sus funciones (artículo 164). [=] El nombramiento de liquidadores así como su cese o revocación deberá inscribirse en el Registro Nacional de Comercio».

122 Artículo 181 de la ley 16060, con la redacción dada por la ley 19288, reglamentado por decreto 347/014: «(Cancelación de la inscripción). Terminadas las operaciones descritas en el artículo anterior, los liquidadores formularán una declaración clausurando actividades de la sociedad ante la Dirección General Impositiva y el Banco de Previsión Social, en la que declararán la extinción de la totalidad del pasivo social y adjudicación de la totalidad de los activos remanentes a los socios, por concepto de reembolso de capital. [=] Cuando se trate de Sociedades Anónimas o en Comandita por Acciones deberán acreditar la anulación o destrucción de la totalidad de los títulos representativos del capital accionario. [=] Cumplidos los extremos dispuestos precedentemente, la Dirección General Impositiva comunicará los referidos datos a la Dirección General de Registros a los efectos de la cancelación de oficio de la inscripción registral de la sociedad. Esta comunicación no significará un pronunciamiento administrativo de la Dirección General Impositiva o del Banco de Previsión Social que acredite que las sociedades han satisfecho el pago de los tributos que administran, de que disponen de plazo acordado para hacerlo, o de que no se hallan alcanzados por los mismos. [=] A los efectos de lo dispuesto en el presente artículo relévese del secreto establecido en el artículo 47 del Código Tributario a la Dirección General Impositiva».

Se coincide con la consultante en que la designación del liquidador debería ser comunicada al Registro.

2. *¿Continúa hoy vigente la personería jurídica de la sociedad?* Jurídicamente, mientras exista activo, la cancelación de la personería jurídica no es posible. La entidad debe demostrar ante la DGI: *a*) que no se encontraba alcanzada por el presupuesto legal, por tener su capital representado por acciones nominativas, y *b*) que la declaración de clausura presentada al Registro fue errónea, ya que aún no ha realizado sus activos; por ello, no se encuentra en situación de que sea cancelada su personería. Corresponde que el liquidador revierta esta situación ante el organismo tributario. La inscripción de la resolución de la DGI que resuelva que se padeció error —la cancelación no correspondía— debe ser comunicada por las vías tradicionales al Registro,[123] por oficio que suscriba el director de Rentas o quien haga sus veces. Recompuesta la situación jurídica al tiempo de la disolución, la entidad, a través de su liquidador —cumplida su inscripción—, estaría en condiciones de adjudicar al socio los derechos del crédito. A los efectos de inscribir la disolución, debe cumplirse con los requisitos de aprobación del órgano de contralor y con la obtención de los certificados especiales de los organismos fiscalizadores —DGI y BPS— y del BSE. Finalmente, se aplicará el nuevo artículo 181, y cumplido lo allí dispuesto, corresponde que la DGI comunique la cancelación de la personería.

3. *¿Está el crédito aún el patrimonio de la sociedad?* El crédito —y el resto del activo— existe a los únicos efectos de ser adjudicado a su socio, VD, tal como se resolvió en la asamblea general extraordinaria. Corresponde al liquidador o al socio probar este extremo, con la documentación en la forma y contenido adecuados a la naturaleza del bien adjudicado. Hubiese o no sido efectivamente adjudicado, el liquidador solo está legitimado para adjudicarlo al socio, tal como se dispuso en la asamblea general extraordinaria. Frente a la afirmación de que en el presente año C S. A. pretende ceder los derechos de mejor postor relacionados, quien informa opina que esto no será posible, ya que el único camino es la adjudicación al socio. Este hecho, tal como afirma la consultante, debió haber sido comunicado en el expediente judicial.

4. *¿Resultar mejor postor en el remate puede considerarse un acto liquidatorio?* Tal como lo indica la ley 16060, todo acto conducente a la concreción de la liquidación es jurídicamente correcto y requerirá la inscripción del liquidador para obtener oponibilidad.

123 Ley 16871, artículo 85: «(Legitimación registral) La inscripción de los actos y negocios jurídicos a que refiere la presente ley podrá solicitarse por las siguientes personas: […] 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».

5. *¿Qué alcance tiene la clausura comunicada al Registro?* Por lo ya expuesto, debe ser rectificada a los efectos de que la apariencia registral se ajuste a la realidad jurídica de la entidad.

Esc. Claudia Pereiro Alonso
Informante

La Comisión de Derecho Registral, integrada por los Escs. Robert Mello, Karen Perdomo, Susana Cambiasso, Inés Rodríguez Sarmiento, Carlos del Campo, Carlos Milano, Rosario Marchese, Susana Terradas, Andrea Yarruz y Álvaro Garbarino, aprueba el informe que antecede.

Esc. Álvaro Garbarino
Coordinador

Informes aprobados por la Comisión Directiva Nacional de la AEU el 11.9.2018, expediente 1885/2018.

TESTAMENTOS. LEGADOS. SUSTITUCIÓN DE HEREDERO. ALBACEA. DERECHO DE ACRECER

Resumen

Derechos de sustitución y acrecimiento. Gastos de la entrega de la cosa legada. Entrega a los herederos por parte del albacea con tenencia de los bienes que no fueron objeto de legado.

Informe: Civil

Consulta

Relación de hechos

20.5.2009. La Sra. VOPM, casada con LC, sin asignatarios forzosos, otorga testamento solemne abierto.

En la cláusula segunda instituye como único heredero a su esposo, LC, y para el caso de que este le prefallezca, instituye como herederos en partes iguales a AC, LCER, SR y JC.

En la tercera lega el panteón del cementerio … número … a AS, y si esta no quisiera o no pudiera, a sus hijos, L y MB. Si uno de estos no quisiera o no pudiera, acrecerá al otro, y si ambos no quisieran o no pudieran, a AC y LC. Si alguno de ellos no quisiera o no pudiera, será sustituido por sus hijos; si alguno de sus hijos no quisiera aceptar, acrecerá al otro, y si ninguno acepta, a CMN.

En la cuarta lega las alhajas que estén en su poder en su domicilio a AS, LCA, GG, MNC, RN y CMN, y si alguno no quisiera o no pudiera aceptar, acrecerá a los demás.

En la cláusula quinta lega a varios y en distintas proporciones —a EM, el 15 %; a JS, el 6 %; a SC, el 4 %; a AS y WS, el 3 % a cada uno; a MRN, el 10 %; a CM, el 34 %; a AI, el 23 %, y al instituto …, el 2 %— el producido de la venta de tres inmuebles, el 50 % del dinero depositado en bancos y el 50 % del producido de la venta de las alhajas depositadas en un cofre. Asimismo, establece que si alguno de los legatarios no quisiera o no pudiera aceptar, será sustituido por sus hijos, y si no existieren tales hijos, acrecerá a los otros legatarios en la proporción establecida.

En la cláusula sexta establece que son de cargo de la herencia los gastos, honorarios e impuestos que demande la entrega de los legados.

Y en la cláusula séptima instituye albacea con tenencia y administración de bienes a la Cra. AS.

La Sra. VOPM fallece viuda (no consta la fecha de su fallecimiento).

Consulta y opinión de la consultante

Existen discrepancias entre los herederos y los legatarios respecto de tres puntos:

1. La Sra. SC, legataria, prefalleció a la testadora. Los herederos entienden que el legado acrece a ellos, y la escribana consultante, que, en virtud de la voluntad de la testadora, sus hijos la sustituyen.
2. En cuanto a los gastos que demande la entrega de los legados —tasación de los inmuebles, impuestos que graven las compraventas, comisiones de inmobiliarias—, los herederos entienden que no les corresponde asumirlos, y la consultante, que, en virtud de lo establecido en la cláusula sexta del testamento y en el artículo 939, inciso 3.º del Código Civil, corresponde pagarlos a los herederos.
3. El albacea, que tiene la tenencia y administración de los bienes de la sucesión, ¿puede entregar la administración y ocupación de los bienes que no son objeto del legado a los herederos antes de que se haya efectivizado la entrega de los legados? Los herederos responden que sí, pero la consultante entiende que primero es preciso pagar las deudas y los legados, y hasta tanto, no pueden entregarse los bienes a los herederos, aunque dichos bienes no hayan sido objeto del legado.

Informe de la Comisión de Derecho Civil

I. La sustitución testamentaria

El artículo 858 del Código Civil define la sustitución: «La sustitución de heredero en segundo o ulterior grado, para el caso de que el nombrado en grado anterior no quiera o no pueda aceptar la herencia, es la única sustitución reconocida por la ley». Si bien el mencionado artículo habla de «heredero», el artículo 869 establece que lo dispuesto en esa sección se observará igualmente en los legados.

La sustitución es posible para cualquiera de los casos en que el primer llamado no quiera o no pueda aceptar (premuerte, ausencia, incapacidad, renuncia).

El caso encuadra en las previsiones del artículo 858: la legataria SC no puede aceptar el legado porque prefalleció a la testadora, y la voluntad de esta surge claramente del testamento (si alguno de los legatarios no puede aceptar, será sustituido por sus hijos, y si no existieren tales hijos, acrecerá a los otros legatarios). La pretensión de los herederos de que el legado acrezca a la herencia está expresamente excluida del testamento y no tiene asidero legal alguno.

Más aún, el artículo 864 del Código Civil establece: «El derecho de transmisión excluye al de sustitución, y el de sustitución al de acrecimiento». De todas formas, como se verá, y aunque los bienes legados fueran para los herederos, no se configura respecto de ellos el acrecimiento, por lo menos como se considera ese derecho en el Código Civil.

El derecho de acrecer

Conforme a los artículos 1045 y 1047 del Código Civil, en las sucesiones testamentarias, el derecho de acrecer solo tiene lugar cuando dos o más son llamados por el testador a una misma herencia o a una porción de ella, o a un mismo legado, sin designación especial de partes a cada uno de los llamados.

Respecto de la naturaleza y fundamento del derecho de acrecer, Vaz Ferreira[124] nos explica que existen dos principales tendencias doctrinarias:

— La teoría *subjetivista*, que atiende principalmente a la presunta voluntad del testador: el hecho de llamar conjuntamente a dos o más personas a una herencia, cuota de herencia o legado daría base a una presunción legal simple de que el testador ha querido que, a falta de uno de los llamados, su cuota incremente la otra u otras. El testador

124 Vaz Ferreira, Eduardo, *Tratado de las sucesiones*, tomo V, Montevideo: FCU, 1984, pp. 47 y ss.

puede excluir el acrecimiento por voluntad contraria (art. 1050) o extenderlo. Está permitido el acrecimiento aun en caso de haberse instituido herederos o legatarios en partes determinadas.

— La teoría *objetivista* o *de la vocación solidaria*, a la que adhiere Vaz Ferreira, que entiende que el acrecimiento tiene lugar en los casos en que cada uno de los designados por el testador es llamado a la totalidad de lo que es objeto de la disposición testamentaria: decir «instituyo únicos herederos a B y a C» es lo mismo que decir en una cláusula «instituyo único heredero a B» y en la otra «instituyo único heredero a C». En este caso no se duda de que cada uno es llamado a la totalidad de la herencia, y solo la coexistencia de los dos, la concurrencia sobre el mismo objeto, será lo que, en la imposibilidad de darle a cada uno el todo, haga que si los dos aceptan, recibirá cada uno la mitad.

En cuanto a los presupuestos del derecho de acrecer en la sucesión testamentaria —continúa Vaz Ferreira—, en nuestro derecho son dos: 1) el llamado en conjunto, o sea, que dos o más sean llamados por el testador a una misma herencia, a un mismo legado o a una misma cuota de la herencia o legado, sin designación especial de partes a cada uno de los llamados, y 2) que alguno de los llamados no quiera o no pueda aceptar, dando así lugar a la vacancia de una cuota.

Pero no ahondaremos en los presupuestos del acrecimiento ni en la infinidad de casos controvertidos porque, en el caso planteado, el derecho de acrecimiento —pactado expresamente por la testadora a favor de los otros legatarios, aunque en uno de los casos fueron designados con porcentajes— entra en conflicto con otro derecho, el de sustitución, que lo excluye (art. 864 CC).

Solo en el caso de que no hubiera operado el derecho de trasmisión y el último de los llamados —sean legatarios designados o hijos de estos— no hubiera podido o querido aceptar el legado, los legados se refundirían en la masa de la herencia, en beneficio de los herederos testamentarios. Y estos heredarían los bienes que habían sido legados, pero no por acrecimiento, sino por la circunstancia de no haber legatarios: «Cuando el legatario no pueda o no quiera aceptar el legado, o este por cualquier otra causa no pueda tener efecto, se refundirá en la masa de la herencia, fuera de los casos de sustitución y acrecimiento conforme a este código» (art. 943 CC).

Siguiendo siempre a Vaz Ferreira,[125] el testador puede disponer cualquier criterio de preferencia en materia de acrecimiento, preferencia que puede ser tácita. En el testamento citado, es la propia redacción lo que induce a admitir que se configuró una institución por grupos con acrecimiento preferencial: una con relación a los herederos y otra con relación a los legatarios; y solo cuando se agotó el grupo de los legatarios, los bienes legados ingresarían a la herencia, en beneficio de los herederos.

125 Vaz Ferreira, Eduardo, *Tratado de las sucesiones* y tomo cit., p. 51.

Del estudio del testamento en su conjunto podemos inferir que la voluntad de la testadora, en todos los casos, fue que cada legado se redistribuyera entre los propios legatarios o sus sucesores para el caso de que alguno no quisiera o no pudiera aceptar, y solo dejó libre la eventualidad de que los hechos no acaecieran como los previó, o sea, que ninguno aceptara el legado o fallecieran antes que ella, y, en ambos casos, que no dejaran hijos.

Nos explicamos:

— En el legado instituido en la cláusula tercera, solo se beneficiarían los herederos testamentarios si hubiera operado la sustitución a favor de CMN —la última instituida— y esta hubiera fallecido antes que la causante —si hubiera fallecido después, habría operado la trasmisión— o hubiera repudiado el legado.

— En el instituido en la cláusula cuarta, solo heredarían si todos los legatarios hubieran fallecido antes que la causante o todos hubieran repudiado el legado, ya que, expresamente, la testadora pactó el acrecimiento entre esos legatarios —en este caso no pactó la sustitución—, acrecimiento que hubiera operado de todas formas, por lo establecido en el artículo 1045 del Código Civil.

— En el instituido en la cláusula quinta, que en forma especial es lo que se pregunta, SC, legataria, prefalleció a la testadora, o sea, no puede aceptar el legado. Ahí, expresamente, la testadora estableció que sería sustituida por sus hijos si los tuviera, y si no existieran tales hijos, acrecería a los otros legatarios. Al decir de la escribana, SC sí tenía hijos: no hay duda de que sus hijos la sustituyen.

Y en términos generales, en esta última cláusula solo los legados se refundirían en la masa de la herencia si todos los legatarios hubieran prefallecido a la causante sin dejar hijos, o hubieran repudiado el legado y no tuvieran hijos.

Pero también heredarían una cuota de lo legado en la siguiente situación. Imaginemos que el legatario del 15 %, EMM, fallece antes que la causante y sin dejar hijos. En ese caso, ese porcentaje acrece a los otros legatarios, conforme al testamento, «en la proporción establecida». Por lo tanto, el 15 % de ese 15 % se refundiría en la masa de la herencia.

II. Gastos necesarios para la entrega del legado

Artículo 939 del Código Civil: «Los gastos necesarios para la entrega de la cosa legada se mirarán como una parte del mismo legado».

Expresa Vaz Ferreira[126] que si bien en algunos casos de jurisprudencia se ha interpretado este artículo en el sentido de que si los gastos forman parte del legado, es de este que deben sacarse, y en consecuencia es el legatario quien debe pagarlos, él entiende, conforme a la doctrina más

126 Vaz Ferreira, Eduardo, *Tratado de las sucesiones* cit., tomo III, Montevideo: FCU, 1975, p. 124.

recibida, que el artículo 939 no es más que una aplicación a los legados de la regla general para todas las obligaciones contenida en el artículo 1467, conforme al cual los gastos que ocasionare la paga son de cuenta del deudor (en el caso, del heredero gravado por el legado). Al decir que los gastos «se mirarán como una parte del mismo legado», significa que, salvo voluntad contraria del testador, se consideran legados también. En el testamento, más que voluntad contraria, se expresa justamente en concordancia con lo antes establecido: «Son de cargo de la herencia los gastos, honorarios e impuestos que demande la entrega de los legados» (cláusula sexta).

Por «gastos necesarios para la entrega de la cosa legada» debe entenderse todos los necesarios para que el legatario obtenga la cosa en el estado material y jurídico en que el testador entendió legarla.

Por todo ello, toda la documentación que sea precisa otorgar para la entrega del panteón, las alhajas o el dinero son de cargo de los herederos.

Se comparte la opinión de la consultante, que entiende que los honorarios y gastos de la escritura de entrega de legado son de cargo de los herederos; también pueden ser de cargo del legatario si así se estableció en el testamento.[127]

En el caso de la cláusula quinta, no legó el precio, sino el producido de la venta, entendido este como lo que queda del precio una vez pagados los gastos generados por la tasación de los inmuebles, el Impuesto a las Trasmisiones Patrimoniales, el Impuesto a la Renta y las comisiones de inmobiliarias.

III. Entrega de la administración y ocupación a los herederos de los bienes que no son objeto de legados por parte del albacea con tenencia de bienes (antes de pagar los legados)

La testadora nombra albacea con tenencia y administración de bienes a AS por el tiempo necesario para su cometido.

Con el nombramiento del albacea, el testador procura, en general, una segura, exacta y diligente ejecución de sus disposiciones.

El artículo 964 del Código Civil define al *albacea* o *ejecutor testamentario* como aquel a quien el testador da el encargo de hacer ejecutar sus disposiciones.

127 Asociación de Escribanos del Uruguay, Comisión de Derecho Civil, «Entrega de legado. Elección de escribano. Honorarios», *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, tomo 80, n.º 1-6 (ene.-jun. 1994), p. 169. También Comisión de Derecho Civil, «Legados», *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, tomo 81, n.º 7-12 (jul.-dic. 1995), p. 309; Arezo Píriz, Enrique (informante), Asociación de Escribanos del Uruguay, Comisión de Derecho Civil, «Partición», *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, tomo 84, n.º 1-12 (ene.-dic. 1998), pp. 160-164.

Conforme al artículo 986, el testador puede dar al albacea la tenencia de cualquier parte de los bienes o de todos ellos. Al conferirle la tenencia, ello aumenta las facultades y obligaciones del albacea.

El albacea no adquiere la tenencia con ánimo de dueño, y la ejercita reconociendo en los herederos el dominio y la posesión de los bienes. Por eso, al final del citado artículo se establece que aunque se haya conferido al albacea la tenencia de los bienes, habrá lugar a las disposiciones de los artículos precedentes, que tratan, entre otras cosas, de los derechos que tienen los herederos como tales.

Aunque el testador, como en el caso, le haya encomendado la administración, el albacea con tenencia de bienes no puede realizar otros actos administrativos que los de mera custodia y conservación de los bienes, y los necesarios para el cobro de los créditos y el pago de las deudas hereditarias: tiene las mismas facultades y obligaciones del curador de la herencia yacente (art. 986 CC) y a este le está prohibido realizarlos, ya que le está prohibido realizar todo lo que le está vedado a los tutores y curadores (art. 454 CC). Pero los actos prohibidos a los albaceas con tenencia de bienes serán válidos si, justificada su utilidad o necesidad, los autorizase el juez previamente (art. 455 CC).

Los albaceas deben pagar los legados que no se han impuesto a determinado heredero o legatario (art. 980 CC), y si no se hiciere inmediatamente el pago de las especies legadas y se temiere su pérdida o deterioro por negligencia de los obligados a darlas, podrá exigírseles caución.

Parte de la doctrina entiende que los albaceas a quien el testador ha dado la tenencia de los bienes no están obligados a efectuar el pago de los legados, a dar intervención a los herederos presentes; otra parte entiende que sí, porque los herederos pueden tener interés en impugnar los legados.

En el caso planteado, en que es preciso vender bienes para pagar alguno de los legados por disposición expresa de la testadora, el albacea con tenencia de bienes debe proceder para dicha venta de acuerdo con los herederos o con autorización judicial si mediare oposición de estos.

Los legados instituidos están perfectamente individualizados. El albacea deberá velar por la seguridad de esos bienes (art. 974 CC), pagar los legados de especie cierta y determinada (art. 980 CC), efectuar las gestiones necesarias para proceder a la venta de los inmuebles a los efectos de pagar los legados de dinero y reservar los bienes o el dinero necesarios para pagar los gastos, honorarios e impuestos que demanden el pago de los legados y las deudas conocidas (art. 976 CC).

Si cumplidos estos extremos existieren en la masa otros bienes, no vemos inconveniente en que se entregue la ocupación y administración de estos a los herederos.

Esc. María Beatriz Vázquez
Informante

La Comisión de Derecho Civil, integrada por los Escs. Américo Bianchi, Alicia Cancela, María Inés Casatroja, María Laura Conde, Gustavo Echa-

varría, Nicolás García Rodríguez, Alicia González Bilche, Carlos Groisman, Ana Irabedra, Rossana Ivanier, Florencia Manfredi, María del Rosario Marchese, Francisco Mastropierro, Maximiliano Mauri, Roque Molla, María Alejandra Portillo, María del Pilar Ramírez, Diego Séré, Adriana Silva, Mariella Spagnolo, Mario Trobo, María Beatriz Vázquez y Juan Pablo Villar, aprueba el informe que antecede, elaborado por la Esc. María Beatriz Vázquez.

Escs. Roque Molla y Juan Pablo Villar
Coordinadores

Informe aprobado por la Comisión Directiva Nacional de la AEU el 11.9.2018, expediente 1910/2018.

PERMUTA. SOCIEDAD COMERCIAL. ACCIONES. VALIDEZ DE LOS CONTRATOS. EFICACIA. PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA

Resumen

Validez y eficacia del contrato de permuta.

Informes: Civil y Comercial

Consulta

Relación de hechos

Por escritura que el 26.12.1990 autorizó el Esc. XX y cuya primera copia fue inscripta en el Registro respectivo, los cónyuges JG y MP, y LG S. A. se permutaron recíprocamente las acciones de la citada sociedad por las dos terceras partes indivisas de la propiedad y posesión, y la nuda propiedad del tercio restante del padrón … Por parte del escribano de una entidad bancaria se observó que quienes debieron permutar son los accionistas y no la sociedad. Consultado el escribano, se tuvo en cuenta el artículo 314 de la ley 16060, pero esto no constó en la escritura.

Consulta

Se requiere el dictamen de la Asociación de Escribanos del Uruguay con relación a la eficacia y validez de la permuta citada.

Opinión del consultante

El consultante entiende que LG S.A. es propietaria y poseedora del padrón … desde el 26.12.1990, cuando lo adquirió por permuta y tradición, habiendo en dicho negocio jurídico título y modo válido y eficaz para operar la transferencia del dominio otorgado por un legítimo propietario.

LG S.A. devino accionista de la sociedad, y en esa calidad fue que pudo haber transferido sus acciones a los copermutantes. Por el tiempo transcurrido —27 años— se carece hoy de elementos materiales probatorios de tal situación. Por otra parte, entiende también el consultante que no es necesario para la sanidad del título y su libre circulación comprobar la titularidad de las acciones por parte de su tradente.

Para el hipotético caso de que las acciones no hubieran sido propiedad de la sociedad, esta situación en nada afecta al título de propiedad del inmueble, y si le cabe alguna acción, primero son todas personales y prescribieron ya hace más de 7 años (art. 1216 CC); por tanto, no existe posibilidad jurídica alguna de que se afecte la propiedad del inmueble.

Aun para el caso de que no se quisiera reconocer el instituto de la prescripción, la falta de titularidad de las acciones por parte del copermutante no afecta la enajenación del inmueble de la sociedad, en virtud de existir en este negocio título perfecto.

No obstante —como se mencionó— todos los argumentos técnico expresados, consultado al Esc. XX con referencia a cómo LG S.A. se hizo propietaria de las acciones que dio en permuta, expresó claramente y sin dudas que la adquisición fue hecha por el procedimiento previsto por el artículo 314 de la ley 16060, y que en su calidad de escribano público le constó; por ello, así se puso, en la escritura, que LG S.A. transfirió acciones que estaban en su propiedad. En virtud de esto, todo lo dicho con anterioridad no solo no afecta el título de propiedad del inmueble, sino que carece de toda relevancia para el caso en cuestión. A tales efectos se adjunta a la presente una nota suscrita por el propio escribano autorizante de la escritura en donde deja plena constancia de que la sociedad LG S.A. era propietaria de las acciones que permutó por así haberlo constatado al momento de efectuar la autorización de la relacionada permuta.

Informe de la Comisión de Derecho Civil

Para determinar la validez y eficacia del contrato de permuta sometido a consideración utilizaremos la metodología que nos enseñan Cafaro y Carnelli.[128]

128 Cafaro, Eugenio, y Carnelli, Santiago, *Eficacia contractual*, Montevideo: FCU, 3.ª ed., pp. 13-50, 97-115.

En primera instancia, y en virtud de que nos encontramos dentro del ámbito de la autonomía privada, debemos saber si existen los elementos extrínsecos a todo contrato, es decir, la *capacidad jurídica* y el *poder normativo negocial*. La primera es la capacidad con la que cuenta todo sujeto de derecho para ser titular de derechos y obligaciones, la que les es atribuida a todos los individuos por su calidad de tales. El segundo es la posibilidad de crear negocios jurídicos, y conduce a la creación de relaciones jurídicas para los individuos investidos de él. Así como la ley es la que atribuye el poder normativo negocial, también es la encargada de privarla a individuos que se encuentran en una situación determinada y cuando el legislador entiende que hay intereses superiores a preservar.

El poder normativo negocial tiene una función instrumental: es un medio para poner en acto la capacidad jurídica. Es decir, el sujeto, dotado de su aptitud de ser titular de relaciones jurídicas, a través del poder normativo negocial se hace titular de la relación jurídica que él ha creado. La capacidad jurídica se hace efectiva al ponerse en práctica el poder normativo negocial, creándose de esa forma un negocio jurídico para regular sus intereses.

Al ser presupuestos externos al negocio jurídico, su falta apareja *inexistencia*, ya que el negocio no llegó a formar parte del mundo jurídico. A diferencia de la nulidad, que requiere una norma expresa, la inexistencia es una operación lógico-jurídica que realiza el intérprete del ordenamiento jurídico, ya que mal puede requerirse una norma expresa de algo que nunca llegó a existir. Por lo tanto, las consecuencias de una u otra también difieren. En los negocios jurídicos que pretenda crear un individuo que, por ejemplo, carecía del poder normativo negocial, afectada de esa manera la esfera patrimonial, sin un título o causa que lo justifique, puede obtenerse el reingreso del objeto materia de aquella movilización económica a través del pago de lo indebido, ya que el negocio jurídico era inexistente. Con relación a los terceros, las restituciones que se operan por medio de dicha acción encuentran su límite en su buena o mala fe, es decir, no resultan alcanzados los terceros que no tenían conocimiento del negocio jurídico inexistente; por lo tanto, se verifica por parte de estos una adquisición *a non domino*, conforme a lo establecido en el artículo 1318 del Código Civil.

En cambio, cuando el negocio jurídico ha llegado a existir por estar presentes los requisitos extrínsecos al negocio pero el negocio está viciado de nulidad, ya sea absoluta o relativa, sus consecuencias son diferentes y se rigen por lo dispuesto por los artículos 1560 y siguientes del Código Civil. Como ya se indicó, para que exista nulidad debe existir una norma que así lo indique, y lo actuado en contra de una norma prohibitiva acarrea su nulidad (art. 8.º CC).

Cuando estamos en presencia de un negocio jurídico es necesario analizar cada uno de los elementos en un orden de jerarquía, por la diferencia en cuanto a la consecuencia de uno u otro. El orden asignado por los autores mencionados es el siguiente: 1) capacidad jurídica, 2) poder normativo negocial, 3) capacidad de obrar, 4) consentimiento, 5) objeto y 6) causa. De

acuerdo a lo ya dicho, primero debemos analizar si existen los elementos extrínsecos, es decir, capacidad jurídica y poder normativo negocial; si no están presentes, nos encontramos, de acuerdo a lo ya vertido, frente a un negocio inexistente. Asimismo, la falta de capacidad de obrar, consentimiento, objeto y causa determinan también la inexistencia del negocio. Una vez que nos aseguramos que están presentes los elementos extrínsecos, debemos analizar cada uno de los elementos intrínsecos establecidos por el artículo 1261 del Código Civil, es decir, la capacidad de obrar, que es la capacidad que posee un sujeto de crear relaciones jurídicas validas por sí; consentimiento exteriorizado libremente o mediante una forma impuesta legalmente (solemnidad); un objeto determinado, posible y lícito, y una causa también lícita.

Analizados los elementos mencionados, es necesario saber si el sujeto que crea el negocio jurídico tenía el poder de disposición, de manera tal que la consecuencia de su actuar recaiga sobre su esfera patrimonial y no sobre la de un tercero, para de esa manera estar frente a un negocio jurídico válido y eficaz; que en el negocio *obligacional* se traduce en la posibilidad de dar nacimiento a un crédito o deuda, y en el negocio *dispositivo*, en la posibilidad de crear, modificar o extinguir un derecho subjetivo preexistente.

En el caso concreto objeto del presente, tratándose de un contrato de permuta, debemos definirla. El artículo 1769 de nuestro Código Civil define la *permuta* como «un contrato por el cual los contrayentes se obligan a dar una cosa por otra», al igual que el contrato de compraventa, que es un típico contrato de cambio, puesto que ambos tienden a realizar una transferencia definitiva. En la compraventa, sin embargo, uno se obliga a dar una cosa, y el otro, a pagar dinero a cambio de ella, mientras que en la permuta es «cosa por cosa», en lugar de «cosa por dinero».[129] A su vez, como sostiene Gamarra, la permuta se distingue de la compraventa en el sentido de que la obligación de los permutantes es más amplia, pues impone no solo la obligación de entregar la cosa, sino también la de transferir la propiedad de su dominio al copermutante. No obstante lo expresado, se asemejan en que ambos son títulos hábiles para transferir el dominio, lo cual sumado al modo produce el traspaso de la propiedad. Por su parte, la obligación de transferir la propiedad resulta del artículo 1772 del Código Civil, el que reza que

> si uno de los contratantes ha recibido ya la cosa que se le prometió en permuta y acredita que no era propia del que la dio, no puede ser obligado a entregar la que él ofreció en cambio y cumple con devolver la que recibió.

El citado artículo consagra la aplicación del principio de la *exceptio non adimpleti contractus* (excepción de contrato no cumplido); es decir, el

129 Gamarra, Jorge, y Gamarra, Jorge Luis, *Tratado de derecho civil uruguayo*, tomo V, Montevideo: FCU, 3.ª ed., 1989.

contratante que va a cumplir entregando el bien prometido, si comprueba que el prometido por el otro no es de su propiedad, puede excepcionarse de su cumplimiento, y devolverá a su vez lo que recibió. Por otra parte, se sostiene en doctrina que no se desprende del artículo citado la obligación de transferir el dominio: lo que hay es una aplicación de la excepción del contrato no cumplido. El propio texto que define la permuta habla de la obligación de dar, rasgo que la define como un típico contrato obligacional que, sumado a la tradición, trasmite el dominio.

Efectuada tal aclaración, no puede aplicarse el artículo antes referido al caso de marras porque nos encontramos dentro de la esfera del incumplimiento, donde son de aplicación los principios generales.

Siguiendo la metodología relacionada, debemos analizar el contrato de permuta de 26.12.1990, en virtud del cual los cónyuges JG y MP permutaron el padrón …; su contraprestación fueron las acciones entregadas por la sociedad LG S.A., es decir, se permutó un bien inmueble a cambio de acciones.

Al citado contrato lo debemos analizar como dos enajenaciones realizadas en forma concomitante. Con relación a la enajenación del inmueble, de la documentación aportada no se presenta objeción: tanto el negocio obligacional como el dispositivo son válidos y eficaces. Con relación a la enajenación de las acciones, y teniendo en cuenta lo informado por la Comisión de Derecho Comercial, en cuanto al negocio obligacional podemos decir que es válido y eficaz; en cambio, el negocio dispositivo es válido pero ineficaz en cuanto a sus titulares, los accionistas de la mencionada sociedad. No obstante lo expuesto, corresponde saber si existe la posibilidad de alguna reclamación por parte de JG y MCP contra la sociedad y si existe la posibilidad de resolución del contrato por incumplimiento, en cuyo caso sería de aplicación lo preceptuado por el artículo 1773 del Código Civil.

En cuanto a la eventualidad de una reclamación por parte de quienes eran los titulares de las acciones a JG y MP, estos podrían ampararse en el instituto de la prescripción, por ser sus poseedores por más de seis años, aun sin justo título ni buena fe, de acuerdo a lo previsto por el artículo 1214 del Código Civil.

Por otra parte, JG y MP no podrían pedir la resolución del contrato a LG S.A., ya que, entendemos, en el caso es aplicable de la *teoría de los actos propios*. Esta deriva del principio de buena fe que establece el artículo 1291 del Código Civil. Ennecerus[130] señala que el principio o regla general de que nadie puede ir contra sus propios actos se funda en que no es lícito hacer valer un derecho en contradicción con su anterior conducta cuando ella está interpretada de buena fe (el derecho no existe o no se hace valer). Este concepto guarda similitud con el llamado *estoppel*, del derecho anglosajón, que consiste en que «alguien, por su manera de obrar, con pa-

130 Cit. por Puig Brutau, José, *Estudios de derecho comparado: la doctrina de los actos propios*, Barcelona: Ariel, 1951, p. 111.

labras o mediante actos, produce en el otro la creencia de que los mismos son ciertos, y el último obra sobre la base de tal creencia».[131] Para que se aplique esta teoría deben darse tres circunstancias: *a*) que el individuo dentro de una relación jurídica haya adoptado una conducta jurídicamente relevante que suscite en la contraparte una expectativa seria respecto de su conducta futura (en el caso, la aceptación que si bien las acciones no eran propiedad de la sociedad, aun así aceptó tal hecho, es decir, tuvo una actitud pasiva); *b*) que posteriormente a esa conducta, el sujeto intente hacer valer un derecho (en el caso, reclamar la resolución del contrato, basado en que las acciones no eran de propiedad de la sociedad), y *c*) que entre ambas conductas, los sujetos intervinientes sean los mismos, exista una contradicción entre ambas conductas y que, de acuerdo al principio de buena fe, deba atribuírsele valor a la conducta anterior.

Por lo tanto, JG y MP no podrían accionar por la resolución del contrato, ya que en virtud del tiempo transcurrido, el interés de ambos se encuentra satisfecho por la prescripción adquisitiva de las acciones, a pesar de que estas no le fueron trasmitidas por título permuta y modo tradición. Asimismo, la actitud pasiva de los mencionados es un hecho propio que les impide iniciar la acción de resolución, por ser, como lo indicáramos, propietarios de las acciones por modo prescripción.

Conclusión

Conforme a lo expuesto, entendemos que la titulación no es observable, ya que cualquier acción se encuentra enervada.

Esc. Francisco Mastropierro
Informante

La Comisión de Derecho Civil, integrada por los Escs. Américo Bianchi, Alicia Cancela, María Inés Casatroja, María Laura Conde, Gustavo Echavarría, Nicolás García Rodríguez, Alicia González Bilche, Carlos Groisman, Ana Irabedra, Rossana Ivanier, Florencia Manfredi, María del Rosario Marchese, Francisco Mastropierro, Maximiliano Mauri, Roque Molla, María Alejandra Portillo, María del Pilar Ramírez, María Ritacco, Diego Séré, Adriana Silva, Mariella Spagnolo, Gonzalo Trobo, María Beatriz Vázquez y Juan Pablo Villar, aprueba el informe que antecede, elaborado por el Esc. Francisco Mastropierro.

Escs. Roque Molla y Juan Pablo Villar
Coordinadores

131 *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, tomo 78, n.º 7-12 (jul.-dic. 1992).

Informe de la Comisión de Derecho Comercial

De la documentación presentada surge que el escribano autorizante de la escritura de permuta por declaración posterior aludió a que las acciones pertenecían a la sociedad, pues operó en dicha escritura lo dispuesto por el artículo 314 de la ley 16060, que dice:

> (Adquisición de acciones por la sociedad). La sociedad podrá adquirir las acciones que haya emitido, solo en las siguientes condiciones:
>
> 1) Excepcionalmente, con ganancias realizadas y líquidas o reservas libres cuando estén completamente integradas y para evitar un daño grave, lo que será justificado en la próxima asamblea ordinaria.
>
> 2) Por integrar el activo de un establecimiento comercial que adquiera o de una sociedad que incorpore.
>
> El directorio enajenará las acciones adquiridas dentro del término de un año, salvo prórroga por la asamblea. Se aplicará el derecho preferente previsto en el artículo 326.
>
> Los derechos correspondientes a esas acciones quedarán suspendidos hasta su enajenación; no se computarán para la determinación del quórum ni de la mayoría en las asambleas.

I. Ámbito de aplicación y alcance del artículo 314 de la ley 16060

La doctrina se refiere a este tipo de operaciones como *acciones propias en cartera* o *autocartera*.[132] La adquisición de acciones propias es la «operación mediante la cual una sociedad que emite acciones adquiere un número de acciones por ella misma emitidas, por título mediante el cual le es transferido el dominio de las mismas». Es un instituto especial del derecho societario, recogido en nuestro derecho a través del artículo 314 mencionado.

Por ende, si bien la sociedad se convierte en propietaria de las acciones, la misma ley le impone restricciones a esa propiedad.

La norma prevé claramente dos supuestos de excepción, contenidos estos en los numerales 1.º y 2.º:

1. «Con ganancias realizadas y líquidas o reservas libres cuando estén completamente integradas y para evitar un daño grave, lo que será justificado en la próxima asamblea ordinaria». Según Bugallo, las circunstancias que llevan a esto deben ser excepcionales y deben darse simultáneamente o en forma concatenada con las otras imposiciones legales; puede realizarse cuando es el único medio posible o eficaz para evitar un daño grave y determinable.
2. «Por integrar el activo de un establecimiento comercial que adquiera o de una sociedad que incorpore».

132 Bugallo, Beatriz, *Adquisición de acciones propias*, Montevideo: FCU, 1.ª ed., 1997, p. 17.

La primera situación se refiere a una hipótesis de carácter *subjetivo*, en tanto la segunda se refiere a un supuesto *objetivo*.

Una vez adquiridas las acciones bajo condiciones especiales, de riguroso cumplimiento y probadas, la sociedad, a través de su directorio, «enajenará las acciones adquiridas dentro del término de un año, salvo prórroga por la asamblea. Se aplicará el derecho de preferencia previsto en el artículo 326». Es decir que, además de limitar la adquisición, la regula, estableciendo que antes de ofrecer las acciones de autocartera a terceros, el directorio deberá dirigir la oferta a los accionistas, en respeto al derecho de preferencia que regula el artículo 326 citado.

No es una situación habitual que la sociedad adquiera sus propias acciones; por ello, el legislador lo permite en casos especiales, exige que en un corto plazo se desprenda de ellas y, además, suspende el ejercicio de los derechos derivados de su tenencia.

En síntesis, tras analizar el ámbito de aplicación del artículo 314 de la ley 16060, podemos sostener que de la documentación presentada no resulta probado, en nuestra opinión, que se hayan cumplido los requisitos que establece dicho artículo.

Sería necesario precisar los elementos probatorios de que las circunstancias referidas se cumplieron. No es suficiente la declaración que realizó el escribano autorizante por documento privado, ya que se trata de una situación de carácter excepcionalísimo y, por lo tanto, los extremos deben estar probados de la forma más exacta posible.

II. Conclusión

De la documentación presentada no es posible sostener que se hayan cumplido los requisitos exigidos por el artículo 314 de la ley 16060. En lo que refiere a la validez y eficacia de la permuta, nos remitimos a lo que resuelva oportunamente la Comisión de Derecho Civil.

Escs. Sandra Aquines, Estela Baum
y Adriana Tuzman
Informantes

La Comisión de Derecho Comercial, integrada por los Escs. Ana Irabedra, Ema Klaczko, Reina Gatti, Alejandra Portillo, Mayra Llanes, María Eugenia Guichón, Natalia Pollán, César Coll, Francisco Mastropierro, Marcelo Lasowski, Paola Igoa, Stefanía Della Mea, Sandra Aquines, Estela Baum y Daniella Cianciarulo, aprueba el informe que antecede.

Esc. Daniella Cianciarulo
Coordinadora

Informes aprobados por la Comisión Directiva Nacional de la AEU el 9.10.2018, expediente 1740/2018.

REMATE. COOPERATIVAS DE VIVIENDA. DERECHO DE USO Y GOCE

Resumen

Remate de los derechos de uso y goce de una cooperativa de vivienda.

Informe: Cooperativo

Consulta

El Juzgado Letrado de Familia de … Turno consulta si es posible sacar a remate los derechos de uso y goce de una cooperativa de vivienda.

Informe de la Comisión de Derecho Cooperativo

De acuerdo a la documentación que obra en autos, XX es una cooperativa de viviendas cuya modalidad es de usuarios y por la que sus socios ostentan los derechos de uso y goce de la vivienda adjudicada. De conformidad a lo dispuesto por el artículo 129 de la ley 18407, este tipo social otorga a sus socios el derecho de uso y goce de las viviendas, sin limitación en el tiempo, manteniendo la cooperativa —persona jurídica— la propiedad de estas.

El socio es titular de una participación social que le otorga el derecho a usar y gozar de una vivienda. Dicho derecho se materializa mediante la suscripción de un documento de uso y goce entre la cooperativa y el socio titular, en ejercicio de lo que se ha dado en llamar el *acto cooperativo*. Este derecho es de tipo personalísimo, diferente del derecho real de uso y habitación previsto en el Código Civil.

En este tipo social «cooperativa de vivienda», el socio debe reunir determinadas características contempladas en disposiciones legales y reglamentarias en la materia, con aprobación del consejo directivo, lo que lo hace diferente a otros tipos sociales, como las sociedades anónimas o las de responsabilidad limitada. Y como dice Malel,[133] la adjudicación de un derecho de uso y goce «genera una relación de tipo crediticio-personal que no tiene fecha límite y que dura por todo el tiempo del cumplimiento del socio, e incluso se trasmite por herencia».

En virtud de lo expresado y de la normativa vigente, esta comisión concluye que no es admisible el remate de una vivienda en una cooperativa de usuarios. En el caso detallado en autos, la cooperativa XX, persona

133 Malel, Enrique, «Es contrario a derecho el remate de las partes sociales de una cooperativa», *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, tomo 97, n.º 7-12 (jul.-dic. 2011), p. 378.

jurídica hábil, mantiene la propiedad de todas las viviendas que integran el complejo cooperativo como parte de su patrimonio; en ningún caso pasa al patrimonio de cada socio. En todo caso, estos, en forma individual, son titulares de partes sociales, las que sí tienen contenido económico, con carácter de bien mueble y sujetas a las acciones de los acreedores (art. 78 ley 16060).

Escs. M.ª de los Milagros Gómez,
Adriana Perotti, Wanda Baldassari
y Carmen Taborda
Informantes

La Comisión de Derecho Cooperativo, integrada por las Escs. Annalys Grande, Graciela Fernández, Alicia Moretto, Silvia Hernández, Gabriela Bertazzi, Vanessa Dufour, Elicelda Cabrera, Silvana Bertoni, Laura Bertini y Lorena Sánchez, aprueba el informe que antecede.

Esc. Graciela Fernández
Coordinadora

Informe aprobado por la Comisión Directiva Nacional de la AEU el 9.10.2018, expediente 1789/2018.

MANDATO *POST MORTEM*. SUSTITUCIÓN DE MANDATO. LEGITIMACIÓN. HERENCIA YACENTE

Resumen

Un apoderado con facultades para actuar aun después de la muerte del poderdante celebra una compraventa-tradición luego de la defunción de este y sin invocar su fallecimiento. Ante la yacencia de la herencia, ANEP reclama sus derechos.

Informe: Civil

Consulta

Relación de hechos

12.2.2012. *Apoderamiento con facultades* post mortem. MEBU confiere poder general amplio de administración y disposición aun *post mortem* a

favor de SLCF, con facultades para sustituir, en escritura pública autorizada en Argentina.

12.6.2013. MEBU fallece.

31.10.2013. *Denuncia de yacencia*. En la mencionada fecha se denunció la yacencia de la sucesión, lo que dio origen a que se elaborara un expediente en el juzgado competente donde se informa de la existencia del inmueble 1 y el inmueble 2, ambos en territorio uruguayo.

12.3.2014. *Sustitución de poder*. SLCF sustituye el referido poder a favor de LPSC para que ejercite las facultades en él conferidas en Uruguay. La sustitución de poder fue otorgada en escritura pública autorizada en Argentina, apostillada y protocolizado en Uruguay, y su primer testimonio, inscripto en el registro correspondiente el 1.4.2014.

7.4.2014. *Compraventa*. El apoderado LPSC, en nombre y representación de MEBU, enajenó el inmueble 1 a RHAA por el precio de USD 170.000; la primera copia de la escritura pública fue inscripta en el Registro correspondiente el 11.4.2014. De la escritura no surge referencia alguna a que la poderdante hubiera fallecido.

4.9.2014. El apoderado LPSC, en nombre y representación de MEBU, promete vender a ECA el inmueble 2 por el precio de USD 43.000; la promesa se inscribe en el registro correspondiente el 19.9.2014.

30.4.2015. *ANEP*. En dicha fecha se designó a ANEP la administración del patrimonio yacente y se dispuso la prohibición de innovar respecto del inmueble 2; la anotación preventiva de la *litis* se inscribió en el registro correspondiente.

24.8.2016. *Intimación*. ANEP solicita: *a*) que se intime al mandatario para que manifieste dónde se encuentra depositado el dinero producto de la venta del inmueble 1 y de la promesa del inmueble 2; *b*) que se intime el depósito del dinero a la orden del juzgado y bajo el rubro de autos. El 12.9.2016 se practicó la intimación.

Consulta

1. Validez en nuestro país del mandato general *post mortem* otorgado en Argentina y de la sustitución.

2. Alcance del poder de disposición del mandatario sustituto, teniendo presente que este vendió un inmueble del patrimonio sucesorio y prometió en venta el restante, en representación de la causante, y dispuso para sí del dinero producto del ambos negocios.

3. Legitimación del mandatario para disponer del patrimonio sucesorio, ya que no actuó en representación de ANEP —administradora de la herencia yacente— ni invocó derechos hereditarios propios.

4. La consultante refiere a que se trata de determinar la existencia de un hecho presuntamente ilícito en la actividad desplegada por el denunciado LPSC, así como en la actuación de los notarios que participaron en los distintos actos jurídicos.

Informe de la Comisión de Derecho Civil

De acuerdo al artículo 5.º de la Convención Interamericana sobre Régimen Legal de Poderes para ser Utilizados en el Extranjero, que rige las relaciones entre Uruguay y Argentina, «los efectos y el ejercicio del poder se sujetan a la ley del Estado donde este se ejerce»; por lo tanto, en el caso planteado, la ley aplicable con relación a los aspectos consultados es la uruguaya.

A continuación se realizarán algunas consideraciones generales respecto a la normativa uruguaya vinculada al caso sometido a estudio, y luego se responderán las consultas realizadas. Se analizará la situación de la compraventa-tradición del inmueble 1; no se analizará la situación de la promesa del inmueble 2 debido a que no se adjuntó el documento de promesa, pero en caso de que se haya operado de la misma manera, las conclusiones que se referirán respecto a la compraventa del inmueble 1 son trasladables a la promesa del inmueble 2.

I. Consideraciones generales[134]

a. Representación directa y eficacia representativa

El término *representación* puede significar una actividad o un efecto. La representación directa como actividad es una gestión de asuntos ajenos que consiste en que una persona manifieste su propia voluntad o recepcione una voluntad ajena en nombre e interés del representado.

La eficacia representativa directa consiste en lograr el resultado buscado a través de la actividad representativa, esto es, que el acto representativo produzca efectos, y que los que correspondan al representado radiquen directamente en su esfera jurídica, sin pasar por la del representante.

Los presupuestos para que se produzca la eficacia representativa directa son que exista una actividad representativa directa y una norma que permita esa eficacia. Dicha norma es creada por un acto de voluntad del representado o por el dictado de una ley: en el primer caso, estamos ante una fuente de eficacia representativa voluntaria; en el segundo, ante una fuente de eficacia representativa legal. Las fuentes de eficacia representativa voluntarias son el apoderamiento y la ratificación. Entre las fuentes de eficacia representativa legal encontramos el artículo 2101 del Código Civil.

134 Un caso similar al planteado en la presente consulta puede encontrarse en el expediente 1564/2017; en él, la Comisión de Derecho Civil —informe del Esc. Juan Pablo Villar— siguió los mismos criterios desarrollados aquí.

b. Mandato *post mortem* y mandato póstumo

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 cuales se extingue el mandato están dispuestas en el artículo 2086 del Código Civil, entre las cuales destaco, por referir al tema que nos ocupa, el numeral 5.º, que dispone: «Por la muerte del mandante o del mandatario».

Al respecto, Peirano[135] 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:[136] «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[137] también se ha manifestado a favor de la posibilidad de que un mandato subsista aun después de la muerte del mandante.

Y efectivamente, apoyados en normas como los artículos 2096, 2097 y 2098 del Código Civil, podemos afirmar que en nuestro derecho es posible pactar que un mandato o un apoderamiento subsistan a la muerte del mandante o poderdante.

Llegados a esta instancia, es oportuno distinguir entre el mandato destinado a ejecutarse después de la muerte, o mandato *post mortem* en sentido estricto, y el mandato con efectos subsistentes aun después del fallecimiento del mandante, también llamado por la doctrina *mandato póstumo*.

Zinny,[138] refiriéndose a los poderes, expresa que «*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».

En nuestro ordenamiento jurídico se aprecia que los artículos 2096 y 2097 del Código Civil disponen sobre mandatos destinados a ejecutarse recién después de la muerte del mandante; en cambio, el artículo 2098, a

135 Peirano Facio, Jorge, *Curso de contratos*, tomo 3, Montevideo: FCU, 1968, p. 139.
136 Gamarra, Jorge, *Tratado de derecho civil uruguayo*, tomo I, Montevideo: FCU, p. 53.
137 Vé. Tribunal de Apelaciones en lo Civil 7.º, sentencia 232/2018, de 13.10.2008, López Ubeda (r), Bello, Couto, *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, tomo XXXIX, p. 23; Tribunal de Apelaciones en lo Civil 4.º, sentencia 64/2000, de 12.4.2000, Larrieux, Turell, Tobía, *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, tomo XXXI, p. 234.
138 Zinny, Mario Antonio, *Conocimientos útiles para la práctica del derecho*, Buenos Aires: Ad Hoc, 1.ª ed., 2007, pp. 189-190.

un mandato destinado a ejecutarse en vida del mandante, pero que continúa subsistiendo aun después de su muerte (es decir, el fallecimiento del mandante no produce su extinción).

En la situación de los artículos 2096 y 2097, la situación jurídica de poder, en el apoderado, recién nace con el fallecimiento del mandante o poderdante, por lo cual se trata de un poder *mortis causa*; en cambio, en el caso del artículo 2098, la situación jurídica de poder, en el apoderado, nace en vida del mandante, pero subsiste a pesar de su fallecimiento, por lo cual sería, en los términos de Zinny, un poder póstumo.

Esta distinción que se señala en doctrina extranjera también ha sido notada en la doctrina nacional por Peirano,[139] quien al comentar el artículo 2097 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.

El negocio de apoderamiento crea una norma que permite la eficacia representativa del acto que celebre el apoderado. La particularidad del poder póstumo radica en que una vez fallecido el poderdante, esa norma subsiste, y el apoderado podrá producir la eficacia representativa a pesar de la muerte del poderdante.

c. ¿Quién es el representado en caso de que se utilice un poder póstumo?

El hecho de que en virtud de un poder póstumo el apoderado continúa con la potestad de lograr la eficacia representativa a pesar del fallecimiento del poderdante conduce a la cuestión de determinar quién es el representado cuando se utiliza el poder después de la muerte.

Vaz Ferreira[140] 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».

Ya en otra ocasión nos hemos pronunciado en contra de esta posición.[141] La finalidad de la eficacia representativa es que los efectos del negocio

139 Peirano Facio, Jorge, *Curso de contratos*, tomo 3, Montevideo: FCU, 1968, p. 139.
140 Vaz Ferreira, Eduardo, *Tratado de las sucesiones*, tomo 3, Montevideo: FCU, 1975, pp. 338-339.
141 Villar, Juan Pablo (informante), Asociación de Escribanos del Uruguay, Comisión de Derecho Civil, «Mandato *post mortem*», *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, tomo 99, n.º 1-12 (ene.-dic. 2013), p. 303.

radiquen directamente en el representado; este es el destinatario de los efectos, y el apoderado lo comunica al cocontratante al manifestar que obra en nombre de él.

El poderdante fallecido no es persona,[142] no tiene capacidad jurídica[143] y tampoco patrimonio, por lo cual no puede ser el destinatario de los efectos, y como consecuencia, no puede ser el representado.

En materia hereditaria, el derecho uruguayo sigue el sistema de la «sucesión en la persona»,[144] entre cuyas 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.

Su aplicación al poder póstumo significa que la posición del poderdante es ocupada por sus herederos;[145] por ello, serán estos los legitimados para revocar el poder y también ellos serán los destinatarios de los efectos del negocio representativo que el apoderado celebre, es decir, serán los representados. En doctrina nacional y extranjera se encuentran autores que se han pronunciado en ese sentido.[146] [147] [148]

142 Howard, Walter, *Derecho de la persona*, vol. 1, Montevideo: Universidad de Montevideo, 2008, p. 69: «En el ordenamiento jurídico uruguayo, el único y exclusivo acontecimiento que provoca la extinción de la personalidad es la muerte del ser humano».

143 Howard, Walter, *Derecho de la persona* cit., p. 27, 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 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*».

144 Conf. Carozzi Failde, Ema, *Manual de derecho sucesorio*, tomo I, Montevideo: FCU, 2010, 2.ª ed., p. 14.

145 Me refiero a los herederos por ser el supuesto habitual, pero lo considero extensible a los legatarios, con las adaptaciones pertinentes en caso de corresponder.

146 Miranda, Fernando, *Derecho práctico y teórico: algunas consultas*. Montevideo: AEU, 1973, p. 66: «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».

147 Flume, Werner, *El negocio jurídico: parte general del derecho civil*, Madrid: Fundación Cultural del Notariado, 4.ª ed., 1998, tomo 2, p. 984: «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*».

148 Hupka, Josef, *La representación voluntaria en los negocios jurídicos*. Madrid: Victoriano Suárez, 1930, pp. 361 y 362: «*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».

El apoderado debería actuar en nombre de los sucesores a cualquier título del poderdante fallecido; sin embargo, la práctica da muestras de que con frecuencia, ante un poder que se utiliza luego de la muerte del poderdante, el apoderado manifiesta actuar en virtud de los artículos 2096 y siguientes, o de la ley 13901 y en nombre del fallecido, en lugar de sus sucesores.

A pesar de esa manifestación, la invocación de dichas normas demuestra en forma inequívoca que la voluntad de las partes es producir efectos para los sucesores del poderdante y no del fallecido, y fundamentada en la interpretación contextual que manda el artículo 1299 del Código Civil, la situación se considera aceptable.[149]

Incluso, esa forma de proceder en ocasiones es exigida por operadores jurídicos que representan a organismos públicos por entenderlo necesario para cumplir con normas formales. Ese pragmatismo conduce a la falacia de mencionar actuar en nombre del fallecido, pero lo que el intérprete debe tener claro es que los efectos recaen sobre los sucesores del poderdante fallecido y no sobre este. Por eso, aunque se mencione actuar en nombre del fallecido, los destinatarios de los efectos —y por tanto, los representados— son los sucesores del poderdante fallecido.

En el caso sometido a consulta, el apoderado no manifiesta que el poderdante había fallecido, por lo cual la situación tiene características propias que nos conducen al análisis que se realiza en el siguiente ítem.

d. El artículo 2101 del Código Civil y el argumento *a fortiori* para resolver el caso planteado

El artículo 2101 del Código Civil regula situaciones en las cuales el poder se extinguió, pero se presenta una apariencia de subsistencia de él en la cual confía el tercero. La decisión legislativa consiste en permitir la eficacia representativa para proteger al tercero de buena fe a pesar de que el poder ya se había extinguido.

Como regla, entre las causas de extinción de un poder se encuentra el fallecimiento del poderdante; por eso, si el apoderado sin facultades *post mortem* actúa luego del fallecimiento, carecerá de poder. En dicha situación, si el apoderado actúa en nombre del poderdante fallecido y el tercero es de buena fe, se producirá la eficacia representativa como si el poder siguiera vigente, aunque los efectos recaerán sobre sus sucesores por haber ocupado la posición jurídica del poderdante.

En armonía con ello, el artículo 41, numeral 6.º de la ley 16871 prevé, entre los actos inscribibles, la extinción del poder por muerte del mandante (art. 2086, num. 5.º CC) y dispone que «la persona a quien le interese

149 Vé. Villar, Juan Pablo (informante), Asociación de Escribanos del Uruguay, Comisión de Derecho Civil, «Mandato *post mortem*» cit.

registrar la extinción de aquel deberá solicitarlo por escrito, acompañando la documentación fehaciente que lo acredite».

Si los sucesores no inscriben la extinción del poder por fallecimiento del poderdante, la apariencia representativa en la cual confió el tercero de buena fe les es imputable a los primeros; es allí que se encuentra el fundamento de la protección del tercero.

En la situación que se analiza en este informe, el apoderado menciona actuar en nombre de una persona que ya había fallecido, sin mencionar su fallecimiento. En este caso, el poder no se extingue debido a las facultades *post mortem* que contiene, pero también aquí hay una apariencia en la cual confía el tercero, y consiste en que el representado —esto es, el destinatario de los efectos— es el poderdante, cuando en realidad son sus sucesores.

El tercero de buena fe cree que el apoderado utiliza el poder para representar al poderdante vivo y no que hace uso de sus facultades para actuar después de su muerte, lo cual implicaría actuar en representación de sus sucesores.

La ley no reguló de manera expresa la situación analizada, y la técnica interpretativa adecuada para resolverla es el llamado *argumento a fortiori*, que, según Tarello,[150] se diferencia del argumento analógico porque no se basa en la semejanza, sino solo en la razón o *ratio* de la norma.

Guastini[151] explica la estructura del argumento *a fortiori* y sostiene que: *a*) se parte de que el supuesto de hecho de que se trata carece de regulación y debe ser regulado; *b*) el supuesto de hecho no regulado merece con mayor razón la misma consecuencia jurídica que un supuesto de hecho distinto regulado; *c*) se concluye con la formulación de una norma implícita que conecta al supuesto de hecho no regulado la misma consecuencia jurídica del supuesto regulado.

Al aplicar este argumento a la situación planteada, podemos observar que:

a. La ley no reguló el supuesto de hecho en el cual el apoderado con facultades para actuar incluso después de la muerte del poderdante utiliza el poder luego de su fallecimiento pero sin mencionar que ha fallecido.

b. La ley sí reguló una situación distinta: si el poder se extingue, lo hecho por el mandatario dará derecho a los terceros de buena fe contra el mandante (art. 2101 CC). A partir de ello, si el poder se extingue por fallecimiento y el poderdante utiliza el poder sin mencionar que ha fallecido, la eficacia representativa se producirá con relación a los sucesores del poderdante, por ocupar su misma posición jurídica.

150 Cit. por Atienza, Manuel, *Curso de argumentación jurídica*, Madrid: Trotta, 1.ª ed., 2013, 4.ª reimpr. 2016, p. 215.

151 Guastini, Riccardo, *Interpretar y argumentar*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2017, p. 276.

c. Si se produce la eficacia representativa respecto a los sucesores del poderdante fallecido cuando el apoderado actúa en nombre de este sin facultades para actuar después de la muerte, con mayor razón se produce esa eficacia representativa cuando el apoderado actúa en nombre del fallecido pero con facultades para actuar después de la muerte.
d. Se concluye, por tanto, la formulación de una norma implícita que conecta al supuesto de hecho no regulado la misma consecuencia jurídica del supuesto regulado; esto es, la eficacia representativa se produce con relación a los sucesores del poderdante fallecido.

El argumento *a fortiori* mencionado refleja la coherencia del sistema jurídico al permitir la eficacia representativa en ambos casos. Sostener lo contrario llevaría al absurdo de que si el apoderado actúa en nombre del fallecido y extinguido el poder por su fallecimiento, el tercero de buena fe estaría protegido, en virtud del artículo 2101 del Código Civil, pero no lo estaría en la misma situación si el poder continuara vigente por tener facultades *post mortem*.

Recordemos que el contexto de la ley ilustra el sentido de cada una de sus partes para obtener la debida correspondencia y armonía (art. 20 CC), esto es, la coherencia del sistema jurídico, coherencia que tiene como presupuesto que donde exista la misma razón, se aplique la misma norma; por eso, los dos casos referidos tienen la misma regulación, al producirse la eficacia representativa con relación a los sucesores del poderdante fallecido, a pesar de haber mencionado actuar en nombre del difunto.

II. Respuesta a las consultas planteadas

Consulta 1. *Validez en nuestro país del mandato general* post mortem *otorgado en Argentina y de la sustitución*.

En el caso planteado, el apoderamiento con facultades *post mortem* y facultades para sustituir y la sustitución otorgada en Argentina en escritura pública, cuya primera copia fue apostillada y luego protocolizada en Uruguay, no presenta vicios perceptibles de nulidad o ineficacia.

Consulta 2. *Alcance del poder de disposición del mandatario sustituto, teniendo presente que vendió un inmueble del patrimonio sucesorio y prometió en venta el restante, en representación de la causante, y dispuso para sí del dinero producto del ambos negocios*.

El apoderado sustituto, al celebrar la compraventa-tradición mencionada, tenía poder para disponer del patrimonio sucesorio por ser titular del poder de representación *post mortem*, y los negocios que celebró fueron válidos y eficaces.

El dinero proveniente del precio de la compraventa otorgada pertenece a los sucesores del poderdante fallecido, que en este caso, según resulta de los hechos relacionados en la consulta, sería ANEP.

El apoderado debe entregar ese dinero a ANEP y rendir cuentas, en virtud de lo establecido en el artículo 2074 del Código Civil:

> El mandatario está obligado a dar cuenta de su administración entregando los documentos relativos y a abonar al mandante lo que haya recibido en virtud del mandato, aun en el caso de que lo que hubiese recibido no le fuese debido al mandante.
>
> La relevación de rendir cuentas no exonera al mandatario de los cargos que contra él justifique el mandante.

No se adjunta el documento de promesa del inmueble 2, pero de haberse operado de la misma manera, las consecuencias son las mismas: la promesa es eficaz, y el dinero recibido deberá entregarse a ANEP.

Consulta 3. *Legitimación del mandatario para disponer del patrimonio sucesorio, ya que no actuó en representación de ANEP —administradora de la herencia yacente—, ni tampoco invocó derechos hereditarios propios*.

Si el apoderado hubiera actuado en nombre del poderdante fallecido sin mencionar su fallecimiento y no hubiera tenido facultades *post mortem*, el poder se habría extinguido, pero el negocio igualmente habría sido eficaz con relación al tercero de buena fe que creyó en la apariencia de subsistencia del poder, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 2101 del Código Civil.

En virtud del argumento *a fortiori* explicado en el desarrollo del informe, con mayor razón debe considerarse eficaz la compraventa y tradición celebrada, ya que si bien se omitió declarar que el poderdante había fallecido, y que el verdadero representado era el sucesor del poderdante, el poder seguía vigente por tener facultades *post mortem*.

En conclusión, la compraventa y tradición otorgadas fueron eficaces, con independencia de que no se haya actuado en nombre y representación de ANEP.

Respecto a la promesa de compraventa del inmueble 2, no se adjuntó copia de la promesa. En caso de que se haya operado de la misma manera, la consecuencia será la misma: la promesa es eficaz.

Consulta 4. *Se hace referencia a que se trata de determinar la existencia de un hecho presuntamente ilícito en la actividad desplegada por el denunciado LPSC, así como en la actuación de los notarios que participaron en los distintos actos jurídicos*.

El tema deberá dilucidarse judicialmente; sin embargo, nos permitimos realizar la siguiente consideración respecto a la actuación de los notarios.

Cuando de la información registral resulta un poder vigente, investigar si un poderdante vive al momento en que se celebra un negocio representativo excede a la debida diligencia profesional, mucho más si el poder tiene facultades *post mortem*. Son los herederos del poderdante quienes tienen la carga de comunicar la muerte del poderdante al Registro Nacional de Actos Personales (art. 41 ley 16871).

Ante una situación como la planteada en el caso sometido a consulta, cualquier escribano que hubiera actuado con la diligencia debida a un profesional prudente no habría detectado que el poderdante había fallecido, salvo que el apoderado se lo hubiera manifestado. A su vez, si el apoderado hubiera manifestado el fallecimiento del poderdante, ello no habría impedido autorizar la escritura, porque tenía facultades *post mortem*.

Por lo tanto, de los hechos que surgen de la documentación presentada no se percibe ningún hecho ilícito que haya sido cometido por los escribanos intervinientes.

Esc. Juan Pablo Villar
Informante

La Comisión de Derecho Civil, integrada por los Escs. Elina Araújo, Américo Bianchi, Miguel Burdín, Analía Cánepa, María Inés Casatroja, Daniella Cianciarulo, Florencia García Dorelo, Nicolás García Rodríguez, Mariana González Bonaudi, Carlos Groisman, José Pedro Illia, Florencia Manfredi, María del Rosario Marchese, Francisco Mastropierro, Maximiliano Mauri, Ana Lía Méndez, Roque Molla, María Alejandra Portillo, Ana Lucía Realini, María Ritacco, Diego Séré, Adriana Silva, Verónica Ubillos, María Beatriz Vázquez y Juan Pablo Villar, aprueba el informe que antecede, elaborado por el Esc. Juan Pablo Villar.

Escs. Roque Molla y Juan Pablo Villar
Coordinadores

Informe aprobado por la Comisión Directiva Nacional de la AEU el 9.10.2018, expediente 1927/2018.

FE PÚBLICA. ESCRITURA PÚBLICA. LECTURA, OTORGAMIENTO Y SUSCRIPCIÓN. NULIDAD. DOCUMENTO NOTARIAL. ESCRIBANOS. ÉTICA NOTARIAL

Resumen

El documento, extrínsecamente, es una escritura pública aparente, pero en tanto resulte acreditado que se incumplieron la normativa y los principios de la actuación notarial, intrínsecamente faltará la fe pública.

Informe: Notarial

Consulta

El Juzgado Letrado de Primera Instancia de … Turno solicita informe de la actuación de las escribanas AJ y LG, y en particular: 1) la validez y eficacia de la escritura de compraventa de nuda propiedad con pacto de retroventa autorizada por la Esc. LG el 30.4.2015; 2) el accionar profesional de dichas escribanas en cuanto a asesoramiento e instrumentación del negocio pactados por las partes.

Informe de la Comisión de Derecho Notarial y Técnicas Notariales

I. Consideraciones previas

Previo al desarrollo del informe, esta comisión debe efectuar la precisión terminológica de que la escritura es otorgada por las partes del negocio (*otorgantes*) y autorizada por el escribano (*autor del documento*).

En cuanto a la situación fáctica, de la documentación aportada surge que por escritura autorizada por la Esc. LG el 30.4.2015, AA enajenó a BB la nuda propiedad del padrón … Las partes acordaron pacto de retroventa.

A efectos de este informe, destacamos del expediente judicial como punto central lo siguiente:

La Esc. LG declaró:

— que la compraventa de nuda propiedad, autorizada por la Esc. LG, fue armada en conjunto con la Esc. AJ, y al momento de otorgamiento y firma de la escritura respectiva, la autorizante no estaba presente;
— admitir que fue un «error» haber autorizado el documento, y a su vez reconoce que ese accionar sucedió en otras oportunidades;
— que a la fecha de la escritura, no conocía a AA, si bien el documento tiene la constancia de que conoce a las partes.

Por su parte, la Esc. AJ manifestó:

— asesorar a AA y CC en la compraventa de nuda propiedad de estos obrados;

— que la Esc. AJ estaba presente al momento de otorgamiento del negocio y efectuó la lectura de la escritura (no se encontraba la Esc. LG, quien autorizara la escritura);
— que asesoró a la enajenante acerca del pacto de retroventa;
— que la escritura es válida.

En este punto, transcribimos lo siguiente del acta:

> Pta.: ¿Usted por qué leyó la escritura si no era la escribana del protocolo?
> Cta.: Porque la señora tiene que saber el contenido.
> Pta.: ¿Puede un escribano otorgar una escritura válida en un protocolo que no es suyo?
> Cta.: La escritura es válida.
> Pta.: ¿De qué da fe en una escritura?
> Cta.: De que el documento es auténtico y que declaran las partes.
> Pta.: ¿La escribana LG puede dar fe de algo que no vio?
> Cta.: No.
> […]
> Pta.: ¿Por qué usted no lo hizo en su protocolo?
> Cta.: Porque en ese momento no tenía el protocolo rubricado, porque no hago hipotecas, y ya le había dicho que hipotecas y eso no hacía.
> […]
> Pta.: ¿Usted está habilitada o suspendida?
> Cta.: Lo que pasa es que tenía deuda con la Caja Notarial y la terminé de pagar este año.

II. Impugnación de los documentos notariales y los principios del derecho notarial

Larraud[152] considera que los estados de patología del documento notarial afectan dos planos: el de su verdad y el de su validez. El documento no es un acto jurídico en sí mismo, sino el resultado de un acto.

Pueden existir en el documento notarial nulidades de fondo que afecten directamente al acto y otras formales por un vicio del documento que proyecta sus consecuencias en él y, en forma indirecta, al acto jurídico.

Las nulidades pueden provenir de vicios que afecten al notario —capacidad, competencia— o a los requisitos de forma.

Pelosi[153] enseña que por invalidez, el acto —o documento— se halla impedido de producir sus efectos en todo o parte por faltar o estar viciado alguno de sus requisitos o elementos esenciales.

En este sentido, la Suprema Corte de Justicia, en sentencia 800/2012, en cuanto al valor probatorio de los instrumentos públicos, dice:

152 Larraud, Rufino, *Curso de derecho notarial*, Buenos Aires: Depalma, 1966, pp. 554, 556 y ss., cit. por Pelosi, Carlos A., *El documento notarial*, Buenos Aires: Astrea, 1980, pp. 287-288.
153 Pelosi, Carlos A., *El documento notarial*, Buenos Aires: Astrea, 1980, p. 289.

> Blengio señala: «Según el artículo 1575 del Código Civil, el instrumento público (del cual la escritura pública es una especie) hace plena fe *en cuanto al hecho de haberse otorgado y a su fecha* […]. De acuerdo al origen de la norma y a la interpretación que de ella hace la doctrina más aceptable, la plena eficacia probatoria alcanza a todo aquello de que el notario da fe haber visto y oído al autorizar el instrumento: *de visu et auditus suis sensibus*. Más específicamente, resultaría demostrado: *a*) la existencia de las declaraciones representadas (que el funcionario público manifiesta que las partes efectuaron ante él); *b*) su radicación en el espacio y en el tiempo (fecha); *c*) las efectuadas por el propio funcionario instrumentante; y *d*) la autoría del instrumento» (cfr. Blengio, Juan, «Simulación», en *ADCU*, t. XVI, p. 273).
>
> En definitiva, «el instrumento público acredita plenamente y frente a todos los hechos representados en él y que el funcionario público autorizante manifiesta haber percibido *de visu et auditus suis sensibus*. Quedan por consiguiente fuera del radio de su eficacia probatoria: *a*) los hechos que no son narrados en el instrumento (aunque hayan sido percibidos por su autor), y *b*) los hechos que no fueron percibidos por la vista y oído del funcionario (aunque se expresaren en el documento)» (ob. y aut. cit., p. 278).

Siguiendo a la autora argentina Sierz,[154] el instrumento público notarial

> goza del privilegio de constituir una verdad legalmente impuesta y coactivamente señalada, como dimanante de plena fe, porque la ley ha atribuido al escribano la facultad de conferir autenticidad a los documentos que autoriza. Paralela y coactivamente, el Estado ha impuesto a toda la sociedad la presunción legal de la veracidad de tales instrumentos.

Para esto debe cumplir los principios que rigen el derecho notarial; uno de ellos es la *inmediación*, que comprende la unidad de acto formal y se complementa con la notoriedad.

En palabras de Sierz:

> La inmediación obliga a que el notario tenga contacto directo e inmediato con los requirentes, y que reciba, por sí mismo, las declaraciones de las partes, a fin de asegurar un buen cumplimiento de la función pública. Implica que el escribano ha percibido y/o recibido directamente dichas manifestaciones.
>
> Exige ese contacto presente e inmediato del escribano con los requirentes, tanto al momento de recibir sus voluntades cuanto al tiempo de la lectura y autorización del instrumento público.

Enseña la autora indicada que como el escribano solo puede dar verdadera fe si ha estado presente en el acto, la inmediación es de cumplimiento estricto y obligatorio.[155]

154 Sierz, Susana Violeta, *Derecho notarial comparado*, Buenos Aires: Ediciones Di Lalla, 2006, p. 52.

155 Sierz, Susana Violeta, *Derecho notarial comparado* cit., p. 41.

Por otro lado, la *autenticación* consiste en la percepción sensorial que el escribano efectúa en las audiencias; exige inmediación física con las personas. La percepción del notario es autónoma y debe reflejar sus propios hechos, así como los dichos y hechos de los requirentes en su presencia: «Es un principio esencial para el notariado. Abarca, además, la lectura del documento al compareciente y su otorgamiento. La operación se complementa con la autorización por parte del escribano».[156]

Bardallo[157] indica que existen dos tipos de autenticidad: la *exterior*, o de forma, que impregna al instrumento de carácter oficial relativo al autorizante del documento, y la *interna*, relacionada con la sinceridad de los sucesos recibidos sensorialmente por el escribano.

Por tanto, en la autenticidad externa está la actuación del escribano como redactor y autor, y en la interna se encuentra la verdad de los hechos que el escribano anuncia cumplidos por él mismo o pasados en su presencia. Faltando alguna de estas dos instancias, el acto no está alcanzado por la fe pública.

Debemos tener presentes las normas de la Ley Orgánica Notarial, que determinan:

> **Artículo 1.º.** Escribano público es la persona habilitada por autoridad competente para *redactar, extender y autorizar bajo su fe y firma* todos los actos y contratos que deben celebrarse con su intervención entre los particulares o entre estos y toda clase de personas jurídicas [destacados nuestros].
>
> **Artículo 28.** Llámase «protocolo» al registro en que los escribanos y demás funcionarios autorizados para ello asienten por el orden de sus respectivas fechas *todas las escrituras públicas que pasan ante ellos* [destacados nuestros].

La norma reglamentaria, aprobada por la acordada 7533 de la Suprema Corte de Justicia, indica:

> **Artículo 151.** Toda escritura pública *deberá ser leída y otorgada de conformidad con las reglas que se enuncian a continuación*. Para los testamentos solemnes abiertos, se aplicarán las reglas establecidas en el Código Civil [destacados nuestros].
>
> **Artículo 152.** Extendida la escritura, el autorizante dará lectura de ella en voz inteligible a los otorgantes, en presencia de los testigos y demás sujetos auxiliares intervinientes, conforme a lo que disponen las leyes y este reglamento.
>
> La lectura por el escribano es indelegable e irrenunciable, no será sustituida por ninguna otra que corresponda hacer y se efectuará siempre en primer término.

156 Sierz, Susana Violeta, *Derecho notarial comparado* cit., p. 51.
157 Bardallo, Julio R., «Forma jurídica», *Revista Notarial*, 762 (1965), p. 1319, cit. por Sierz, Susana Violeta, *Derecho notarial comparado* cit., p. 52.

> Terminada la lectura o lecturas, el escribano recabará el asentimiento de los otorgantes.
>
> De la lectura y el otorgamiento, se dejará constancia en la escritura.

De las disposiciones transcriptas, así como de los principios que informan al derecho notarial y la actuación de los escribanos, surge meridianamente que la escritura debió ser leída por la autora, las partes debían suscribir en su presencia y, en el mismo acto, la escribana debía autorizar el documento.

Las partes y la Esc. LG concuerdan en que esta no estuvo presente al momento del otorgamiento. También la autorizante admite no conocer a la vendedora, pese a asegurarlo el documento. Esto determina que la actuación notarial fue en contravención con la legalidad, lo que debe provocar el descaecimiento de la fe pública que la escribana debía conferir al documento.

En el caso, el documento extrínsecamente tiene la apariencia formal de escritura pública. Su genuinidad, en tanto se den los supuestos de ser materialmente real —esto es, estar extendido en un protocolo rubricado por la Suprema Corte de Justicia y ser reales su soporte material, así como el texto y las suscripciones de partes y escribana—, impactan en cuanto, revestido de las formalidades de escritura, sería en apariencia tal instrumento.

Pero en cuanto resulta acreditado y reconocido por los involucrados que el otorgamiento no fue recabado en presencia de la escribana autorizante, intrínsecamente falta la fe pública y se encuentran dados los elementos para que la sede proceda a determinar su nulidad, en la forma procesal que corresponda,[158] en virtud de los hechos que se demostraren.

Adicionalmente, si el contenido consignado en el instrumento fuere falso, el juzgado debe determinar si encuadra en infracción a normas del Código Penal.

Por otro lado, de las manifestaciones que obran en el expediente resulta dudoso que el objetivo del negocio fuera una compraventa real. En principio, el juzgado deberá determinar si la intencionalidad de las partes era asegurar el cumplimiento del pago de una suma de dinero por la parte que figura como enajenante. El negocio debe recoger la intención real de los otorgantes, esto es, debe ser sincero.

158 Código General del Proceso, artículo 172: «*Tacha de falsedad*. **172.1.** La parte que impugne de falsedad material un documento público o un documento privado auténtico o tenido por auténtico, presentado por su adversario, deberá hacerlo en las oportunidades a que alude el artículo anterior, promoviendo demanda incidental con la que se formará pieza por separado, en cuyo procedimiento, además de la parte contraria, será oído el Ministerio Público. [=] La falsedad ideológica o la nulidad del documento se argüirá como defensa en el propio proceso. [=] **172.2.** Si de la tramitación del incidente surgiere la posibilidad de la existencia de un delito, se dará cuenta al tribunal competente en lo Penal; el proceso penal por falsedad no detiene la tramitación del proceso civil, ni su sentencia modificará las conclusiones de este último, salvo lo dispuesto en el artículo 283.2».

Las escribanas del caso debieron asesorar las implicancias de una enajenación o, en su caso, de un negocio real de garantía. Por tanto, si el contenido propiamente dicho del instrumento es distinto al querer real de los otorgantes, la actuación de las profesionales merecerá reparos.

Atento a las declaraciones de las partes, el juzgado podrá determinar si negocio documentado como compraventa de nuda propiedad con pacto de retroventa en realidad era tal o encubría otro acto (como un préstamo de dinero).

Recordamos que la autorización de un documento en condiciones aparentes de simulación es conducta contraria a las normas legales y éticas de la profesión. A este respecto, la Ley Orgánica Notarial ordena:

Artículo 65. Es prohibido a los escribanos: […]

3) Autorizar escrituras simuladas desde que de ello tengan conocimiento, ni documentos privados que se relacionen con dichas escrituras […].

III. Conclusiones

1. La actuación notarial fue contraria al orden legal y a los principios de la actuación notarial. En consecuencia, el documento intrínsecamente carece de los atributos de la fe pública.

2. Sin perjuicio de que la escribana no debió autorizar la escritura cuyo otorgamiento no presenció, adicionalmente, si el negocio querido por las partes fuera distinto a la enajenación, este debería haberse instrumentado de otra forma.

3. En virtud de los hechos que significan un apartamiento de la debida conducta notarial, el juzgado interviniente debe poner la situación en conocimiento de la Suprema Corte de Justicia.

Esc. Carlos del Campo García
Informante

La Comisión de Derecho Notarial y Técnicas Notariales, integrada por los Escs. Eliane D'Andrea, Susana Chao Peña, Silvana Rodríguez González, Mirta Sosa y Carlos del Campo, aprueba el informe que antecede.

Esc. Susana Chao Peña
Coordinadora

Informe aprobado por la Comisión Directiva Nacional de la AEU el 9.10.2018, expediente 1638/2017.

PROMESA DE COMPRAVENTA. MENSURA. ERROR

Resumen

Promesa de compraventa en virtud de la cual se describe el bien objeto relacionando un plano de mensura y deslinde del cual no surgen sus elementos individualizantes, sino que estos resultan de otro plano que no se relacionó en el documento, pero que existía y estaba inscripto en Catastro al momento del otorgamiento de dicha promesa.

Informe: Civil

Consulta

Relación de hechos

Según promesa de venta a plazos otorgada el 1.6.1967, se prometió vender un terreno ubicado en la … sección judicial de …, padrón 1111 en mayor área, con una superficie de 578 metros y 56 decímetros, señalado con el número … de la manzana …, deslindado según el plano de mensura y deslinde del Agr. H de setiembre de 1965, inscripto en Catastro el 19.1.1966.

Según nota que surge del plano relacionado en la promesa, este se levantó al solo efecto de proceder a la cesión de espacios libres al respectivo municipio, por lo cual de él no surgen los datos individualizantes del bien mencionados en la promesa, como ser, número de solar, manzana, deslinde y superficie individual. Estos datos individualizantes relacionados en la promesa en cuestión corresponden a otro plano —plano de mensura, trazado de calles y fraccionamiento— del mismo agrimensor levantado en setiembre de 1965 e inscripto en Catastro el 30.12.1966.

En definitiva, en dicha promesa las partes identificaron el bien que se prometía en venta relacionando departamento, padrón en mayor área, solar, manzana, superficie y deslinde, pero haciendo referencia a un plano del cual dichos elementos individualizantes no surgían —como se expresó, se trata de un plano de cesión de espacios libres—, sino que surgían del otro plano existente e inscripto que no fue relacionado en el documento.

Hoy se pretende escriturar judicialmente dicha promesa de compraventa y la oficina actuaria observa que el plano relacionado en la promesa y el que hoy se pretende utilizar para la compraventa —el inscripto el 30.12.1966— no son el mismo.

Consulta

Si la escrituración definitiva en cumplimiento de la promesa puede otorgarse según el último plano inscripto.

Opinión de la consultante

En la cláusula 19 de la promesa de referencia se hace constar que «de acuerdo con el boleto de compromiso de compra firmado el 17.10.1966, la parte vendedora se obligó [entre otros aspectos] a realizar el pavimento, arbolado de calles y jardines», y relaciona este hecho con lo dispuesto en el artículo 50 de la ley 8733. Concluye frente a esto que en cumplimiento de las normas legales y reglamentarias, y de lo pactado en esta cláusula, se levantó el plano de fraccionamiento que se aprobó por la autoridad municipal; habiendo dado las partes cumplimiento cabal a los aspectos esenciales del contrato, se avinieron a dicho nuevo plano, tratándose de un tema esencialmente formal y no material que no cambia las condiciones del contrato, ni el objeto, ni las demás condiciones, todas cumplidas. Cita la consultante, asimismo, 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.

Ley 8733, artículo 50, recién referido:

> Tratándose de parcelación o fraccionamiento de terrenos urbanos o suburbanos, destinados a la formación de nueva población o barrio, la aprobación municipal (artículo 4.º del inciso C) se referirá también a las obras sanitarias, de higiene, saneamiento o de ornato que sean indispensables, de acuerdo con las reglamentaciones vigentes.

Asiste razón a la oficina actuaria en que se produjo un *error* al describir y deslindar el bien a escriturar *mencionando un plano* —anterior— *y no el otro plano* —ya inscripto— *que consignaba de igual forma el bien*, pero que es el segundo y no el primero el que debió consignarse.

Concluye que debe escriturarse el bien por el último plano, el que resulta, entre otros aspectos, de la cédula catastral informada.

Informe de la Comisión de Derecho Civil

I. Situación planteada

Se observa, como se destacó en la relación de hechos, que en la referida promesa se citó equívocamente un plano cuando en realidad debió citarse otro, existente e inscripto, sin perjuicio de que el bien prometido en venta fue individualizado por las partes contratantes.

Asimismo, respecto al padrón que se pretende escriturar, surge de la cédula catastral informada el último plano inscripto, que debió ser el citado en la promesa; pero más allá de eso, surgen los datos individualizantes del bien que sí fueron relacionados en la promesa —departamento, calle y metraje de su frente, manzana y solar—, los que coinciden con los datos que identificaron al bien inmueble prometido en venta.

Si bien la consultante, basándose en el artículo 1301 de Código Civil, relaciona los hechos posteriores de los contratantes, quienes cumplieron con las obligaciones por ellos asumidas, como forma de poder concluir que en definitiva se trata del mismo bien estimamos que esta norma de interpretación subjetiva, que al entender del profesor Gamarra busca establecer la común intención, la voluntad concreta de los otorgantes,[159] no es el elemento que nos lleve a determinar la conclusión a la que podemos arribar, pues en el caso en estudio la voluntad de las partes fue clara.

Se comparte la opinión de la consultante en cuanto a que debió relacionarse un plano y no otro, pero que en definitiva el bien objeto de la promesa es el mismo. Cabe destacar que el equívoco no existió al describir y deslindar el bien, sino en la mención del plano, y aunque resulta ser el mismo bien —el descripto en la promesa y el que resulta del último plano inscripto—, *no se consignó de igual forma en ambos planos*, pues en el primero no surge el solar prometido en venta.

Cabe destacar, asimismo, al mencionarse el término *error*, que nuestro Código Civil refiere al *error de derecho*, de cálculo (art. 1270), que es un error irrelevante, y al *error de hecho* (art. 1271), que sí es un error relevante, vicio del consentimiento. El error obstáculo a que refieren los numerales 1.º y 2.º del artículo 1271 del Código Civil trae aparejada la nulidad absoluta, inexistencia o nulidad relativa, según las diferentes posiciones doctrinarias, y el error vicio, error en la sustancia, que regula el numeral 3.º de dicho artículo, cuya consecuencia es la nulidad relativa. Respecto al tema *error*, existen muchas consultas de esta comisión, en las que desarrolla ampliamente el tema.

Código Civil, artículo 1270:

> La ignorancia de la ley o el error de derecho en ningún caso impedirán los efectos legales del contrato.
>
> El error material de aritmética solo da lugar a su reparación.

Código Civil, artículo 1271:

> El error de hecho es causa de nulidad del contrato:
>
> 1.º. Cuando recae sobre la especie de contrato que se celebra, como si una de las partes entendiese empréstito y la otra donación.
>
> 2.º. Cuando recae sobre la identidad de la cosa específica de que se trata, como si en la venta el vendedor entendiere vender cierta cosa determinada y el comprador entendiera que compra otra.
>
> 3.º. Cuando la substancia o calidad esencial del objeto sobre que versa el contrato es distinta de la que se cree, como si por alguna de las partes se supone que el objeto es una barra de plata y realmente es una barra de algún otro metal semejante (artículos 771 y 772).

159 Gamarra, Jorge; Caumont, Arturo; Mariño López, Andrés; Miranda, Javier (colab.); Amorín, Marcelo (colab.), y Píriz, Jorge (colab.), «Responsabilidad contractual», Gamarra, Jorge; Gamarra, Jorge Luis, *Tratado de derecho civil uruguayo,* Montevideo: FCU, tomo XVIII, vol. II, 4.ª ed., 2006, pp. 225, 231 y 235.

> El error acerca de otra cualquiera calidad de la cosa no vicia el contrato, sino cuando esa calidad es el principal motivo de uno de los contrayentes para contratar y este motivo ha sido conocido de la otra parte.

II. Consecuencias de la situación planteada

Entendemos que al momento de otorgarse la promesa de compraventa, el bien prometido en venta fue individualizado según un plano de mensura, trazado de calles y fraccionamiento que si bien no fue citado, ya existía y estaba inscripto, es el que contiene la descripción gráfica del objeto relacionado en la promesa y es el mismo que surge de la cédula catastral informada.

El objeto fue «suficientemente determinado», tal cual lo establece el artículo 1261, numeral 3.º del Código Civil:

> Para la validez de los contratos son esenciales los cuatro requisitos siguientes: […] 3.º. Un objeto lícito y suficientemente determinado que sirva de materia de la obligación.

Si se estudia la voluntad de las partes promitente vendedora y promitente compradora que formaron el consentimiento del contrato, surge la voluntad inequívoca de ambas en cuanto a negociar respecto al padrón cuyos datos individualizantes resultan del plano de diciembre de 1966, a pesar de haber relacionado el de enero de ese mismo año. Dicho equívoco, como se mencionó, no puede categorizarse como un *error obstáculo* cuando el bien fue claramente identificado.

En el caso objeto de la consulta, el error mencionado por la consultante en ningún caso se trata de un error relevante, que vicie el consentimiento de las partes otorgantes de la promesa. Incluso entendemos que este caso no se trata de un caso de error. Gamarra[160] define al error, citando a Carnelutti, como «toda divergencia entre la realidad y la representación que de la misma se ha formado el agente, o en otros términos, todo defecto de conocimiento de la realidad por parte del agente».

Asimismo, Gamarra[161] dice tratarse de error de derecho «cuando la norma es entendida en un sentido que no le corresponde (interpretación equivocada)».

Es así que en el error hay una diferencia entre la idea del sujeto contratante y la realidad. Y en el caso de estudio, dicha divergencia no fue tal: los contratantes prometían vender y comprar un bien con determinadas características mencionadas en el contrato que, en definitiva, analizando el plano que ya existía —aunque no se lo relacionó en el documento— y

160 Gamarra, Jorge, «Doctrina general del contrato: obligaciones», Gamarra, Jorge, y Gamarra, Jorge Luis, *Tratado de derecho civil uruguayo,* Montevideo: FCU, tomo XII, 3.ª ed., 1979, p. 17.

161 Gamarra, Jorge, «Doctrina general del contrato: obligaciones» cit., p. 67.

la cédula catastral informada, se trata del mismo bien. No existió en la contratación una falsa representación de las partes que incidiera en su voluntad, en su decisión sobre qué bien se estaba prometiendo en venta.

En el caso, no existió error vicio ni error de derecho; sin embargo, al manifestarse la voluntad en la escritura pública, existió un error al mencionar el número y fecha de inscripción del plano en Catastro, lo cual es objetivamente comprobable en virtud de todos los datos individualizantes del bien relacionado en el documento. Basta, para subsanar el error padecido, la agregación al expediente judicial de un certificado notarial que constate cuál es el número y fecha de inscripción correcto, y luego proceder a la escritura judicial con la mención correcta del plano.

III. Conclusión

En el caso planteado, como se desarrolló, el equívoco en la mención al plano no genera observación en la documentación.

El error en número y fecha de inscripción del plano en la promesa de compraventa corresponde sea rectificado por certificado notarial. Lo dicho, para que consten en la escrituración judicial los datos correctos del plano utilizado para la trasmisión dominial.

Escs. Miguel Burdín Pérez
y Ana Lucía Realini Invernizzi
Informantes

La Comisión de Derecho Civil, integrada por los Escs. Elina Araújo, Américo Bianchi, Miguel Burdín, Analía Cánepa, María Inés Casatroja, Daniella Cianciarulo, Florencia García Dorelo, Nicolás García Rodríguez, Mariana González Bonaudi, Carlos Groisman, José Pedro Illia, Florencia Manfredi, María del Rosario Marchese, Francisco Mastropierro, Maximiliano Mauri, Ana Lía Méndez, Roque Molla, María Alejandra Portillo, Ana Lucía Realini, María Ritacco, Diego Séré, Adriana Silva, Verónica Ubillos, María Beatriz Vázquez y Juan Pablo Villar, aprueba el informe que antecede, elaborado por los Escs. Miguel Burdín y Ana Lucía Realini.

Escs. Roque Molla y Juan Pablo Villar
Coordinadores

Informe aprobado por la Comisión Directiva Nacional de la AEU el 9.10.2018, expediente 1893/2018.

PROMESA DE COMPRAVENTA. COMPRAVENTA JUDICIAL. PUBLICIDAD REGISTRAL. REPRESENTACIÓN JUDICIAL. CESIÓN DE PROMESA DE COMPRAVENTA

Resumen

A quién representa el juez, en una escrituración judicial, cuando la promitente vendedora no es la misma persona que firmó el compromiso de compraventa.

Escrituración judicial en cumplimiento de promesa de compraventa de inmueble inscripta. La representación judicial en la enajenación forzada del dominio.

Informes: Civil y Procesal

Consulta

Relación de hechos

1971. Por documento privado de fecha 12.4.1971, S S.A. prometió vender al Sr. JG, soltero, el padrón …

1975. Por escritura autorizada el 31.5.1975, S S.A. adjudica, entre otros, el padrón relacionado a T Ltda.

1982. Por escritura autorizada el 12.10.1982, T Ltda. vende a CB, casado en únicas nupcias con CG, el inmueble relacionado.

1999. El 28.9.1999 se presenta JG, promitente comprador, solicitando la escrituración judicial del inmueble contra S S.A.

2006. Se reinscribe la promesa.

Consulta

El abogado patrocinante en el expediente, que solicita la escrituración judicial, entiende que el juez debe representar al último titular registral, lo que genera dudas a la oficina actuaria.

Informe de la Comisión de Derecho Civil

I. Cesión legal del contrato

Como enseña Gamarra,[162] hay dos clases de cesión de contrato: la *voluntaria* y la *legal*. Con relación a los efectos del contrato, ambas coinciden; la diferencia radica en que la cesión legal produce la sucesión en la calidad de parte de un contrato con prescindencia de la voluntad de uno o de

162 Gamarra, Jorge, y Gamarra, Jorge Luis, *Tratado de derecho civil uruguayo*, Montevideo: FCU, tomo XV.

todos los sujetos que necesariamente deben participar en la formación de la cesión voluntaria.

La cesión de un contrato solo se concibe en contratos bilaterales y cuyos efectos no se han ejecutado por completo.

La ley 8733, en su artículo 17, consagra a texto expreso 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».

Por consiguiente, la enajenación de la propiedad del bien prometido en venta produce la cesión del contrato de promesa, y por imperio de la ley, el adquirente queda colocado en la calidad de promitente enajenante y debe respetar los derechos del promitente comprador.

II. Reinscripción de la promesa

La ley 16323, del 9.11.1992, sustituye artículo 29 de la ley 8733, de 17.6.1931, por el siguiente:

> Los efectos de la inscripción caducarán, de pleno derecho, a los treinta y cinco años de verificada, salvo que la parte promitente compradora, o sus sucesores a cualquier título, solicite la reinscripción, antes o después de operada la caducidad, a cuyo efecto se declara aplicable lo dispuesto en los artículos 1.º y 2.º de la ley 3003, de 24 de noviembre de 1905.

La ley 16871, de 28.9.1997, establece en su artículo 80:

> (Reinscripciones). Podrán reinscribirse: […] 3) Las promesas de enajenación de inmuebles, a solicitud de la parte promitente compradora o sus sucesores a cualquier título, por única vez y por un plazo de cinco años.

Una vez que ha transcurrido el plazo de cinco años referido, esa reinscripción, que en materia de promesas de enajenación de inmuebles puede realizarse por única vez, caduca. Luego de que ha caducado, es posible realizar una nueva inscripción, que al ser posterior a la entrada en vigencia de la ley 16871, de acuerdo a lo establecido en el artículo 79.5 de dicha ley, caduca a los treinta años a partir del día de la presentación en el Registro.

III. Conclusión

De acuerdo a la terminología tradicional, en la compraventa judicial el juez representa al último titular registral. Sin perjuicio de ello, se aclara que esta comisión entiende que técnicamente el juez no es un representante, ya que actúa en virtud de un poder propio de origen público con prescindencia de la voluntad del ejecutado.

La reinscripción de 2006 caducó en 2011, y corresponde realizar una nueva inscripción.

Esc. Rossana Ivanier
Informante

La Comisión de Derecho Civil, integrada por los Escs. Mariana Abó, Elina Araújo, Américo Bianchi, Florencia García Dorelo, Nicolás García Rodríguez, Carlos Groisman, Adriana Inciarte, Rossana Ivanier, Javier Parga, Laura Parnás, Margarita Puertollano, María del Pilar Ramírez, Ana Lucía Realini, María Sienra, Verónica Ubillos y Juan Pablo Villar, aprueba el informe que antecede, elaborado por la Esc. Rossana Ivanier.

Escs. Roque Molla y Juan Pablo Villar
Coordinadores

Informe de la Comisión de Técnica Notarial Procesal

En estos obrados, la parte actora, a través de la presentación de la demanda, dedujo su pretensión tendiente a obtener la ejecución forzada específica de un contrato de promesa de compraventa de inmueble inscripto, a través de la escrituración judicial de dicha promesa, en los términos previstos por el artículo 367 del Código General del Proceso, con el objetivo final de lograr, a través del cumplimiento forzado, sustitutivo del voluntario, la traslación a su patrimonio del dominio del inmueble prometido en venta.

En el caso de marras, el demandante, promitente comprador, interpuso la demanda de escrituración forzada contra la parte promitente vendedora (S S.A.), emergente del contrato de promesa de compraventa agregado en autos, al amparo de lo establecido por el artículo 31 de la ley 8733.

Según resulta de las actuaciones judiciales y de la información registral respectiva agregada en autos, con posterioridad al otorgamiento del contrato de promesa de compraventa se operaron modificaciones en la titularidad dominial del inmueble prometido en venta, merced a la disolución de la sociedad anónima promitente vendedora y los posteriores actos declarativos y traslativos del dominio del inmueble otorgados y debidamente registrados.

Conforme a los principios generales, el otorgamiento e inscripción de un contrato de promesa de compraventa no impide que el propietario enajene, en todo o en parte, la propiedad del inmueble prometido en venta (no pierde su poder de disposición). Lo que sucede es que por imperativo legal (art. 15 y 31 ley 8733), los nuevos propietarios del inmueble lo adquieren con la obligación de cumplir con la promesa de compraventa inscripta que lo grava (*derecho real de garantía*); no tienen otro camino que cumplir, voluntaria o forzadamente, con la obligación de enajenar el dominio pactada en la promesa de compraventa originaria.

La acción que la legislación vigente civil y procesal confieren al promitente comprador o sus sucesores a cualquier título, para obtener la satisfacción de su derecho, a través de la escrituración judicial de la promesa de compraventa inscripta, no se ve afectada en lo sustantivo por los

cambios operados en la titularidad dominial del inmueble de que se trate; así lo establece expresamente el artículo 15 de la ley 8733, al consagrar el derecho real de garantía, que nace con la inscripción registral del contrato. Este derecho confiere al adquirente total protección respecto de cualquier enajenación o gravamen posterior a dicha inscripción, en una relación de medio a fin tendiente a satisfacer su legítimo derecho de hacerse, en los términos pactados en el contrato de promesa de compraventa, con la propiedad del inmueble. Pero la protección que confiere dicho derecho real de garantía, si bien permite acceder a través de la tramitación del proceso judicial respectivo a la traslación forzada del dominio del inmueble, no torna «indiferentes» para el promitente adquirente (actor) los cambios que se operen durante la vida del contrato de promesa, en la titularidad de la propiedad del inmueble prometido en venta, y por lo tanto, deben ser tenidos en cuenta en el proceso judicial y en la escrituración judicial que concretará el mandato forzado emergente de dicho proceso.

En consecuencia, el proceso jurisdiccional tendiente a obtener la escrituración forzada en cumplimiento del contrato de promesa de compraventa inscripto —o, lo que es lo mismo, la ejecución forzada de la obligación de transferir el dominio emergente de dicho contrato— está bien iniciado, al demandarse a la parte promitente compradora original, emplazándola en el domicilio contractual pactado en la promesa. No obstante ello, en el curso del proceso, tanto desde el punto de vista adjetivo o procesal como desde el punto de vista sustancial o de derecho de fondo, no puede prescindirse del análisis de la legitimación dispositiva del enajenante, en tanto esta sea oponible a terceros, esto es, en tanto resulte de la información registral disponible, ya que debe tenerse siempre en cuenta, al momento del proceso y de la consecuente escrituración judicial, la titularidad dominial actual del inmueble, emergente de la información brindada por los Registros Públicos. Tanto en lo que respecta al emplazamiento y a las notificaciones, deberá, pues, darse noticia del mandato de ejecución a la promitente compradora original y a quienes la hayan sucedido a la fecha en la titularidad dominial del inmueble como en lo referente a la enajenación del dominio en sí mismo considerado: al haber existido transferencias del dominio, los sucesores a cualquier título en el dominio del inmueble que resulten de la información registral serán aquellos a quienes el juez representará en la enajenación forzada que se materializará con el otorgamiento de la escritura de compraventa otorgada en sede judicial. Pues, como establece claramente el artículo 31 de la ley 8733, en total consonancia con la teoría privatista recogida por el codificador en el artículo 770 del Código Civil al cual el citado artículo de la ley de promesas se remite explícitamente, «el enajenante será el tradente; el juez, su representante legal», uno de los ejemplos más claros de representación judicial de fuente legal previstos en nuestro derecho positivo.

En cuanto a los aspectos sustantivos o de derecho de fondo, no hay duda de que el derecho de propiedad, una vez firme el auto que ordena la

ejecución forzada de la obligación de transferir el dominio, debe pasar, a través del otorgamiento de la escritura pública de compraventa judicial en cumplimiento de promesa, del patrimonio de su actual titular dominial registral —puede ser o no el promitente vendedor original— al patrimonio del promitente comprador, obrando como lo manda la ley, el instituto de la representación judicial, siempre en nombre del tradente, que no puede ser otro que el actual titular registral del dominio.

Conclusión

En el caso de marras, los procedimientos están bien iniciados contra el promitente vendedor emergente de la promesa de compraventa, pero por haber operado trasmisiones dominiales inscriptas durante la vida del contrato objeto del proceso; desde el punto de vista *procesal*, el actual propietario del inmueble debe ser debidamente notificado del proceso, proceder que fue seguido en autos. Consecuentemente, desde el punto de vista *dominial*, el órgano jurisdiccional debe también, en la escrituración judicial, representar al actual propietario del inmueble que resulte de la información registral: este y no otro será para la ley el tradente, calidad solo atribuible al actual propietario, titular del dominio, que para ser oponible *erga omnes* tendrá que resultar de la información registral respectiva, la cual deberá ser siempre tenida en cuenta en el proceso judicial y al momento de la escrituración judicial.

Por el contrario, estrictamente y a tenor de lo dispuesto claramente por la normativa legal vigente aplicable en la materia, si el juez no representase al actual propietario, su actuación en la escrituración judicial no produciría la transferencia el dominio, que es aquello que el actor promitente comprador demandó al deducir su pretensión de escrituración forzada; sencillamente por falta de legitimación dispositiva en el representado por el juez, en el sujeto del interés, que aunque forzadamente y a través de la representación judicial es necesariamente quien deberá hacer la tradición, así lo dispone claramente el artículo 769, numeral 1.º del Código Civil: «Para que se adquiera el dominio por la tradición, se requiere: 1.º. Que la tradición se haga por el dueño o por su representante».

Esc. Martín Sosa Valerio
Informante

La Comisión de Técnica Notarial Procesal, integrada por los Escs. Sylvia Garmendia, Mariela Decaro, Claudia Fernández, Valeria De Paula y Verónica López Fernández, aprueba el informe que antecede, elaborado por el Esc. Martín Sosa Valerio.

Informes aprobados por la Comisión Directiva Nacional de la AEU el 9.10.2018, expediente 1755/2018.

SERVIDUMBRES

Resumen

La cuestión radica en determinar si existe servidumbre mutua de aire y luz entre padrones.

Informe: Civil

Consulta

Relación de hechos

1936. Por compraventa de 31.12.36, AVB adquiere el padrón …7, el cual tenía una superficie de 362,25 m^2. Al pie de dicha escritura luce una constancia del escribano del Municipio, de fecha 17.2.1937, mediante la cual se da cuenta del expediente número … de la Secretaría de la Intendencia. El Sr. AVB, en su carácter de propietario del bien a que refiere este título, solicitó la autorización correspondiente para establecer servidumbre de comunidad de los patios, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 6.º de la ordenanza sobre construcciones e higiene de la vivienda.

1961. Por compraventa de 20.10.61, los esposos AVB y MGC vendieron el padrón …7 a RESA, casado con SMCF.

En ambas escrituras, el plano a que refirieron era el del Agr. AL, de marzo de 1931, y la superficie total del bien era de 362,25 m^2.

1962. Se levanta plano de fraccionamiento del padrón …7, por el Agr. HD de octubre de 1962, inscripto en Catastro el 28.11.1962. Dicho padrón se divide en cuatro fracciones: fracción A, de 129,10 m^2; fracción B, de 82,48 m^2; fracción C, de 83,19 m^2, y fracción D, de 67,48 m^2.

El 4.2.1963 se levanta plano de mensura del Agr. HD.

1963. Por compraventa de 5.7.1963, los cónyuges RESA y SMCF enajenaron a MPDP, divorciada, y MLMC, soltera, la fracción C del padrón en mayor área …7. En la cláusula primera de dicha escritura se estableció:

> La autoridad municipal aprobó el fraccionamiento con la condición de que al enajenarse esta fracción C se estableciera una servidumbre mutua de aire y luz con las fracciones B y D, correspondientes a los patios existentes P3, P4, P5 y P6, y al enajenarse la fracción D se estableciera una servidumbre mutua de aire y luz con la fracción C, correspondiente a los patios existentes P5 y P6, todo lo que queda cumplido con este instrumento.

Las superficies de los patios P5 y P6 están comprendidos en la superficie de la fracción C.

1963. Por compraventa del 6.11.1963, los cónyuges RESA y SMCF, representados por el banco …, vendieron a los esposos LGNS y NMDL la

fracción D. En constancias de dicha escritura, la escribana dice que tuvo a la vista el plano, del que surgen las constancias referidos en él.

1963. Por compraventa de 31.12.1963, los cónyuges en únicas nupcias RESA y SMCF enajenaron a UMP, soltero, la fracción B del padrón en mayor área …7. En la cláusula primera se estableció que se dio cumplimiento a la constitución de la servidumbre. Actualmente, dicha fracción B es el padrón …4, incorporado en 2010 a propiedad horizontal.

1965. Por compraventa de 10.9.1965, los cónyuges RESA y SMCF vendieron a ZITM, soltera, la fracción A del padrón en mayor área …7. En las constancias de dicha escritura, la escribana dice que tuvo a la vista el plano, y relaciona la nota en él donde se habla de la servidumbre de aire y luz.

2010. Se levanta plano de mensura y fraccionamiento horizontal en octubre de 2009, inscripto en Catastro el 21.1.2010, del actual padrón …4, antes fracción B del padrón en mayor área …7, del que surgen dos unidades: …4/001 y …4/101. En dicho plano surge que de acuerdo a lo indicado en el antecedente gráfico, el presente inmueble —padrón …4— y los linderos padrones …7 y …4 (fracciones A y C) están sometidos a una servidumbre mutua de aire y luz que los afecta en las zonas detalladas en dicho plano.

Consulta

Determinar si se constituyó servidumbre mutua de aire y luz entre los padrones 1 y 2/01 y 2/02. Y en caso de que se constituyó por prescripción, si se necesita un trámite judicial que la declare.

Opinión de la consultante

Entiende que de la documentación del antiguo padrón en mayor área, existía una comunidad de patios, dado el tipo de construcción existente. Que al momento de la aprobación del fraccionamiento por parte de la Intendencia, este se autoriza, imponiendo a los propietarios la obligación de constituir la servidumbre de aire y luz al momento de la venta. Siendo una servidumbre continua y aparente, entiende también que esta se pudo haber adquirido por prescripción adquisitiva, dado que en la venta de algunas de las diferentes fracciones se hizo referencia a ellas y en otras no.

Informe de la Comisión de Derecho Civil

El derecho de propiedad encuentra limitaciones tanto en el ordenamiento jurídico vernáculo como en el internacional. Estas las podemos encontrar, por ejemplo, en el artículo 17 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, así como en el artículo 21 del Pacto de San José de Costa Rica y en numerosos artículos de la Constitución Nacional (7.º, 14, 32, 33, 34, 35,72, 231, 332).

Tal cual señalara Biasco,[163] las limitaciones a la propiedad abarcan tanto las restricciones administrativas como los retiros frontales o laterales —u otros de menor cuantía—, las servidumbres y las expropiaciones. Estas serían tres grandes categorías de limitaciones a la propiedad.

En el artículo 550 del Código Civil se establece que por *servidumbre* se entiende un gravamen impuesto sobre un predio en utilidad de otro predio de distinto dueño.

En el caso sometido a consulta, al solicitarse el fraccionamiento del padrón …7 ante la Intendencia, se abrió un expediente, y por resolución de fecha 25.10.1962, el Consejo Departamental aprobó la división del referido padrón, consignando en dicho expediente que se podía comprobar la comunidad de patios entre las diferentes unidades resultantes del fraccionamiento, por lo que se hacía necesario «condicionar dicha división a que se efectúe una anotación en el plano de fraccionamiento en la que consta la servidumbre mutua de aire y luz que se establece en las fracciones a través de los pozos».

La anotación en el plano fue realizada, y luego, en la escritura de 1963, al momento de enajenar la fracción B, el propietario de las fracciones A y B manifestó que da cumplimiento a la exigencia de constituir la servidumbre a que refiere la autorización municipal al aprobar el fraccionamiento. En 1965, cuando el mismo propietario enajena la fracción A, no correspondía que volviera a manifestar que constituía la servidumbre porque ya había sido constituida en 1963.

Reza el artículo 635 del Código Civil que

> la existencia de un signo aparente de servidumbre entre dos predios, establecido por el propietario de ambos, se considera también como título para que la servidumbre continúe activa y pasivamente, a no ser que al tiempo de separarse la propiedad de los dos predios, se exprese lo contrario en el título de enajenación de cualquiera de ellos.

La anotación en el plano realizada, así como la manifestación del propietario en la escritura pública de venta de la fracción B en 1963, generan la existencia de un signo aparente de servidumbre entre dos predios, establecido por el propietario de ambos, que de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 635 del Código Civil, se considera también como título para que la servidumbre continúe activa y pasivamente. A su vez, de la relación de hechos no surge que dicha servidumbre se haya extinguido por alguno de los modos previstos en el artículo 643 del Código Civil, por lo cual entendemos que continúa vigente.

De todo lo antes expresado, y viendo que dicho extremo —creación de servidumbre de aire y luz por comunidad de patios— se consignó en la nota referida al pie de la compraventa del padrón original, además de

163 Biasco Marino, Emilio, «Alcance de la cláusula de estilo "libre de obligaciones y gravámenes" ante las limitaciones a la propiedad», *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, tomo 78, n.º 7-12 (jul.-dic. 1992), pp. 195-207.

establecerse en los planos posteriores referidos, todo lo cual forma parte de la titulación a estudiar por el escribano designado, entendemos que más allá de que no en todas las escrituras de compraventa posteriores se hizo referencia a ellas, no por eso deben desconocerse o tenerse como no admitidas. En virtud de lo recién mencionado, el propietario de la fracción A no podría alegar legítima ignorancia de la existencia de la servidumbre referida.

Concebimos la servidumbre de aire y luz como aparente, en el entendido de que es aquella que presenta signos exteriores de su existencia (art. 552 CC).

Expresa Guillot[164] que la propiedad es una relación jurídica entre una persona y una cosa mueble o inmueble; la servidumbre es una relación jurídica entre dos predios, es decir, entre dos bienes inmuebles.

En el caso que nos plantea, la relación de vecindad entre ambas fracciones, con patios colindantes entre sí, amerita, por su destino, el pasaje de aire y luz necesario para cada vivienda, situación a que refiere, como vimos, la norma municipal Ordenanza sobre Construcción e Higiene de la Vivienda (art. 6.º).

Código Civil, artículo 551:

> Las servidumbres pueden ser a su vez *continuas* o *discontinuas*.
>
> Las primeras son aquellas cuyo uso es o puede ser incesante, sin necesidad de un hecho actual del hombre, como las servidumbres de luces u otras de la misma especie.
>
> Las segundas son aquellas que se ejercen a intervalos más o menos largos de tiempo y suponen un hecho actual del hombre, como la servidumbre de tránsito y otras de esta clase.

En el caso que nos ocupa, la servidumbre puede calificarse de continua, ya que la entrada de aire y luz a través de la existencia de los patios no requiere para su ejercicio un hecho actual. Como bien ejemplifica Guillot, en la luz, cuando el día sucede a la noche, no le quita el carácter de continua: el predio dominante volverá a recibir la luz por obra de la naturaleza y no del hombre.

Conclusión

En virtud de lo desarrollado con anterioridad, se concluye que la servidumbre de aire y luz multicitada que pesa sobre los padrones mencionados en el presente informe se constituyó y se mantiene vigente; el propietario de la fracción A no puede realizar las construcciones proyectadas.

La exigencia municipal para la aprobación del fraccionamiento fue que se consignara en el plano la existencia de dicha servidumbre, lo cual fue cumplido según surge de la compulsa del referido plano; no puede alegarse

164 Guillot, Álvaro, y Petit Muñoz, Eugenio (org.), «De las servidumbres», *Comentarios del Código Civil*, Montevideo: J. Sureda, tomo 3, 2.ª ed., 1926.

legítima ignorancia de tal gravamen, dado que es obligación del propietario de la fracción A y del profesional interviniente en la compraventa el estudio de la documentación necesaria.

A su vez, de la relación de hechos no surge que dicha servidumbre se haya extinguido por alguno de los modos previstos en el artículo 643 del Código Civil, por lo cual entendemos que continúa vigente.

Escs. María Inés Casatroja
y Nicolás García Rodríguez
Informantes

La Comisión de Derecho Civil, integrada por los Escs. Mariana Abó, Elina Araújo, Américo Bianchi, Florencia García Dorelo, Nicolás García Rodríguez, Carlos Groisman, Adriana Inciarte, Rossana Ivanier, Javier Parga, Laura Parnás, Margarita Puertollano, María del Pilar Ramírez, Ana Lucía Realini, María Sienra, Verónica Ubillos y Juan Pablo Villar, aprueba el informe que antecede, elaborado por los Escs. María Inés Casatroja y Nicolás García Rodríguez.

Escs. Roque Molla y Juan Pablo Villar
Coordinadores

Informe aprobado por la Comisión Directiva Nacional de la AEU el 9.10.2018, expediente 1851/2018.

SOCIEDAD ANÓNIMA. DISOLUCIÓN DE SOCIEDAD COMERCIAL. LIQUIDACIÓN DE SOCIEDAD COMERCIAL. ACCIONES AL PORTADOR. COMPRAVENTA. VALIDEZ DE LOS CONTRATOS. BIEN INMUEBLE RURAL

Resumen

Se coincide con la opinión de la escribana consultante en cuanto a la aplicabilidad del régimen prohibitivo al caso concreto. Se remite a la opinión de la comisión que corresponda en cuanto al fondo del asunto, esto es, la capacidad de una sociedad anónima de enajenar sus bienes durante la etapa de liquidación.

Informes: Agrario y Comercial

Consulta

Relación de hechos

2005. Por escritura pública autorizada el 11.4.2005, EF enajenó por título compraventa y modo tradición a X S.A., en cumplimiento de un compromiso de compraventa otorgado el 29.4.2004, una fracción de campo con construcciones y demás mejoras ubicado en zona rural. La primera copia fue inscripta en el Registro el 22.4.2005. El capital de la referida sociedad estaba representado en acciones al portador.

2015. Por escritura pública autorizada el 18.11.2015, X S.A. enajenó por título compraventa y modo tradición a AB, casada, la referida fracción de campo. La primera copia fue inscripta en el Registro el 25.11.2015. En dicha escritura se deja constancia, por parte de la escribana autorizante, de que la sociedad posee acciones al portador y que se efectuó la comunicación al Banco Central del Uruguay, según comunicación del 31.4.2013 (no existen modificaciones posteriores a ella).

Consulta

Se consulta sobre la validez de la compraventa otorgada en 2015, en mérito a que fue observada por el escribano de la parte futura compradora, en el entendido que dicha sociedad se encontraba a ese momento disuelta de pleno derecho por no haberse adecuado a lo dispuesto por la ley 18092, en la redacción dada por la ley 18172, artículo 349, de 31.8.2007, y no surgir de ella que no realizaba ninguna de las actividades comprendidas en el artículo 3.º de la ley 17777.

Opinión de la consultante

1. La ley 17124 derogó todas las disposiciones anteriores con relación a la tenencia de inmuebles rurales, por lo cual, al momento de la adquisición

por X S.A. del inmueble objeto de la presente consulta, no había ninguna prohibición.

2. El 7.1.2007 fue sancionada la ley 18092, cuyos artículos fueron sustituidos por el artículo 349 de la ley 18172, la cual declaró de interés general que los titulares del derecho de propiedad sobre inmuebles rurales y explotaciones agropecuarias estén en manos de personas físicas o jurídicas, cuyo capital, a su vez, esté en manos de personas físicas; también prohibió su titularidad, entre otras, a sociedades anónimas cuyo capital esté representado en acciones al portador, salvo las excepciones establecidas en la ley.

3. Las sociedades que se encontraban en la prohibición prevista por la citada ley disponían de un plazo de dos años a contar de su promulgación para adecuar su capital (art. 2.º).

4. Ante la no adecuación dentro del plazo previsto, la consecuencia establecida por la ley es que las sociedades quedan disueltas de pleno derecho a todos los efectos legales, no siendo de aplicación la norma de interpretación contenida en el artículo 165 de la ley 16060, que establece que en caso de duda sobre la existencia de una causal de disolución, se estará en favor de la subsistencia de la sociedad. Dicho plazo venció el 30.6.2011, como consecuencia de sucesivas prórrogas. En virtud de lo expuesto, cuando X S.A. enajenó el inmueble objeto de la presente consulta, se encontraba disuelta de pleno derecho porque su capital estaba representado en acciones al portador, era titular de un inmueble rural y se desconoce qué tipo de actividad realizaba en él.

5. Las sociedades disueltas en el marco de esta ley tenían —y tienen— diferentes caminos para adecuarse a ella en caso de no resolver su liquidación, como por ejemplo, transformarse en otro tipo social, modificar sus acciones del portador a nominativas o escriturales cuyos titulares sean personas físicas o enajenar los inmuebles rurales si encuadran dentro de la prohibición legal; pero luego de adecuarse, pueden resolver su reactivación (art. 166 ley 16060) y continuar con el desarrollo de su objeto social.

6. Producida una causal de disolución, como ocurrió en el caso en consulta, la sociedad ingresa en la etapa de liquidación, la cual se va a regir por lo establecido en el contrato social, y en ausencia de previsión contractual, por lo dispuesto en la subsección III de la sección XIII del capítulo I de la ley 16060. Es importante señalar que durante esta etapa, la sociedad continúa siendo persona jurídica a los efectos de su liquidación (art. 168 ley 16060), personería que se mantiene mientras exista en su patrimonio activo o pasivo.

7. La liquidación de una sociedad es un proceso tendiente a la extinción de la persona jurídica, y en el marco de ese proceso, los administradores, en caso de no haberse designado liquidadores, serán quienes lo llevarán adelante.

8. Por lo tanto, si bien X S.A. estaba disuelta de pleno derecho, continuaba siendo persona jurídica, en cuanto en su patrimonio había bienes. Para

finalizar su proceso de liquidación —si esa hubiera sido su intención— o para adecuarse a la ley, debía desprenderse de ellos.

9. No existe fundamento para sostener que esa compraventa no es válida. Por el contrario, es válida y eficaz; los administradores estaban facultados para representar a la sociedad, la que una vez desprendida del bien que la hizo ingresar en causal de disolución, y habiendo cumplido con la comunicación dispuesta por la ley 18930, pudo reactivarse y continuar con su actividad.

10. No consideramos necesario que la sociedad, para poder desprenderse de ese bien, hubiera tenido que previamente modificar sus acciones ni demostrar que no estaba comprendida en el artículo 3.º de la ley 17777, dado que uno de los caminos que tenía para su adecuación al régimen legal vigente era la simple enajenación del inmueble.

Por todo lo expuesto, no consideramos que el título sea observable: es válido y eficaz, y la actual propietaria puede disponer de él.

Informe de la Comisión de Derecho Agrario

Debemos comenzar por expresar que el fondo de la consulta, en cuanto se refiere a la validez de la enajenación realizada por una sociedad durante la etapa de liquidación, es materia ajena a la agraria; por ende, esta comisión se remite a lo que en tal sentido exprese la comisión correspondiente.

Sin embargo, esta comisión entiende pertinente su intervención a los efectos de emitir su opinión en cuanto a la aplicabilidad del régimen mencionado al caso concreto, como lo ha hecho en otras consultas de similar tenor.

La opinión de esta comisión coincide con lo expresado por la escribana consultante en cuanto a que en el caso concreto en estudio, sería aplicable el régimen previsto por la ley 18092, modificativas y decretos reglamentarios, en virtud de que el artículo 2.º de dicha norma establece expresamente en su inciso primero que

> las actuales sociedades anónimas […] cuyo capital social estuviere representado por acciones al portador y que fueren titulares de inmuebles rurales […] dispondrán del término de dos años, a contar de la promulgación de la presente ley, para adecuar el capital social de acuerdo con lo dispuesto por el inciso tercero del artículo 1.º.

Y el inciso segundo indica que «vencido dicho plazo sin haber sustituido la totalidad de su capital accionario por acciones nominativas, las sociedades se considerarán disueltas de pleno derecho a todos los efectos legales».

Cabe aclarar que durante la etapa de liquidación, la sociedad mantiene su personalidad jurídica.

El plazo de dos años antes referido se extendió hasta el 30.6.2011, en virtud del artículo 1.º de la ley 18461, de 8.1.2009, en la redacción dada por la ley 18638, de 28.12.2009.

La norma no menciona en este artículo otras formas de adecuarse a la ley que no sea mediante la «sustitución del capital accionario por acciones nominativas». Sin embargo, la adecuación al régimen podría darse de diversas formas; por ejemplo, mediante la enajenación de los inmuebles rurales que la hicieron ingresar al régimen, la transformación en otro tipo social que no esté alcanzado por la prohibición o la obtención de la autorización del Poder Ejecutivo prevista en el inciso 4.º del artículo 1.º de la ley 18092. En tal sentido se han manifestado Wonsiak,[165] Guerra[166] y esta comisión,[167] entre otros.

Esc. Tabaré Rodríguez de Almeida
Informante

La Comisión de Derecho Agrario, integrada por los Escs. Fernando Camadini López, Fernando Núñez, Laura Nikitczuk, Marcelo Pérez Pastorini, Pablo López Ferreira, Ihara Sosa Pereira, Victoria Ubillos, José Carlos Pérez Ferrari, Gustavo Acevedo Fagúndez, Juan Pablo Carrau, Graciela Cabella, Claudia Gadea, Betty Varela, Carmelo Curbelo Soria y Tabaré Rodríguez de Almeida, aprueba el informe que antecede.

Esc. Carmelo Curbelo Soria
Coordinador

Informe de la Comisión de Derecho Comercial

La Comisión de Derecho Comercial, integrada por los Escs. Daniella Cianciarulo, Inés Cobas, Soledad Cappetta, Dayanna Vaz, Cecilia Silvestri, Osvaldo Rocca, Paola Igoa, Stefanía Della Mea, Marcelo Lasowski, César Coll, Carmen López, Mayra Llanes y Adriana Amado, comparte lo expresado por la consultante.

Esc. Adriana Amado
Coordinadora alterna

Informes aprobados por la Comisión Directiva Nacional de la AEU el 9.10.2018, expediente 1975/2018.

165 Wonsiak, María, y Cianciarulo, Daniella, «Ley 18092 relativa a la propiedad de inmuebles rurales por parte de sociedades anónimas, con especial énfasis en la parte práctica del trámite administrativo», Montevideo: AEU, 17.º Ciclo de Encuentros Técnicos Regionales, Encuentro Técnico Regional de Cardona (26 may. 2007), p. 24.

166 Guerra Daneri, Enrique, *Derecho agrario: asociaciones y sociedades agrarias*, Montevideo: FCU, tomo 2, 2016, p. 333.

167 Rodríguez de Almeida, Tabaré (informante), Asociación de Escribanos del Uruguay, Comisión de Derecho Agrario, «Bien inmueble rural. Sociedad anónima. Disolución de sociedad anónima. Acciones nominativas. Persona jurídica», *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, tomo 100, n.º 1-12 (ene.-dic. 2014), pp. 214 y ss.

COMPRAVENTA JUDICIAL. COMPRAVENTA ENTRE CÓNYUGES. EMBARGO. INTERPRETACIÓN DE LA LEY

Resumen

El artículo 1675 del Código Civil no es aplicable a la llamada compraventa judicial forzada entre cónyuges.

Informe: Civil

Consulta

Relación de hechos

2001. Se inicia proceso ejecutivo y se solicita la traba de embargo de una cuota parte indivisa de un inmueble. En ese momento, la demandante, MMHB, era soltera, y el demandado, HL, viudo.

2004. La demandante y el demandado contraen matrimonio.

2013. Se remata la cuota del inmueble y resulta mejor postor la acreedora MMHB.

2014. Se procede a la compraventa judicial. En ese momento, MMHB y HL estaban casados entre sí.

La documentación ha sido observada por un profesional, quien alega que se trata de una compraventa entre cónyuges, prohibida por el artículo 1675 del Código Civil.

Consulta

Se consulta si se aplica o no el artículo 1675 del Código Civil a la compraventa judicial relacionada.

Opinión de la consultante

Se trata de una compraventa judicial o, como se le llama habitualmente, *compraventa forzada*. En el caso, no se aplica la prohibición del artículo 1675 del Código Civil porque se trata de una transferencia coactiva del derecho de propiedad del deudor a favor del comprador que realiza el juez en su carácter de funcionario público.[168]

168 Asociación de Escribanos del Uruguay, Comisión de Derecho Civil, «Compraventa judicial. Remate judicial. Disolución de la sociedad conyugal. Compraventa entre cónyuges», *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, tomo 82, n.º 1-12 (ene.-dic. 1996), pp. 231-232.

Informe de la Comisión de Derecho Civil

Primera parte: consideraciones generales

1. Las técnicas interpretativas

Las técnicas o métodos de interpretación, señala Gascón Abellán,[169] son «directivas que expresan formas de llevar a cabo la actividad interpretativa» y se han identificado mediante el estudio en abstracto de esa actividad, esto es, de lo que se hace cuando se interpreta, y en especial, de las diferentes formas de argumentar que utiliza la doctrina y la jurisprudencia.

Para sostener un resultado interpretativo, el intérprete debe argumentar, esto es, dar las razones por las cuales considera que ese resultado es correcto. Estas técnicas describen el modo de proceder en la actividad interpretativa para justificar mediante razones —argumentos— un resultado interpretativo.

2. Interpretación literal o correctora (extensiva o restrictiva)

Guastini,[170] al analizar las técnicas interpretativas, explica que existen dos tipos fundamentales de interpretación: la interpretación que suele llamarse *literal* o *declarativa*, y la interpretación que denomina *correctora*.

Para Guastini,[171] por interpretación *literal* o *declarativa* puede entenderse aquella interpretación que atribuye a una disposición su significado literal, es decir, el más inmediato, el que es sugerido por el uso común de las palabras y las conexiones sintácticas.

La interpretación *correctora* se opone a la interpretación literal y es aquella que atribuye al texto normativo un significado distinto al que surge de la interpretación meramente literal, basada en el significado común de las palabras.[172] Ese significado distinto puede ser más estricto o más amplio que el literal. En caso de que la actividad interpretativa tenga como resultado que el significado que se le atribuye a la norma es más amplio que el que surge del análisis literal, se tratará de una interpretación correctora *extensiva*; en cambio, si tiene como resultado que el significado que se le atribuye a la norma es más restringido que el que surge del análisis literal, se tratará de una interpretación correctora *restrictiva*.

169 Gascón Abellán, Marina, y García Figueroa, Alfonso J., *La argumentación en el derecho: algunas cuestiones fundamentales*, Lima: Palestra Editores, 2016, p. 186.
170 Guastini, Riccardo, «Distinguiendo: estudios de teoría y metateoría del derecho», Barcelona: Gedisa, 1.ª ed., 1999, p. 211.
171 Guastini, Riccardo, «Distinguiendo…» cit., p. 212.
172 Guastini, Riccardo, «Distinguiendo…» cit., p. 216. Gascón Abellán, Marina, y García Figueroa, Alfonso J., *La argumentación en el derecho*… cit., p. 189.

3. El argumento de disociación como técnica de interpretación restrictiva

a. Noción y fundamento

Enseña Guastini[173] que el argumento de disociación consiste en alegar que dos supuestos de hecho son sustancialmente distintos y excluir uno de los supuestos del ámbito de aplicación de la ley.

Con relación a la interpretación restrictiva, explica Guastini que dada una norma cualquiera, hay supuestos de hecho a los cuales esta resulta sin duda aplicable, supuestos de hecho a los cuales sin duda dicha norma no puede ser aplicada y, por último, supuestos de hecho «dudosos» o «difíciles», que se encuentran en una zona de penumbra, es decir, supuestos de hecho para los cuales la aplicabilidad de la norma es incierta o controvertida. El argumento de la disociación puede ser usado para excluir un caso difícil, un supuesto de hecho de dudosa calificación, del campo de aplicación de la norma en cuestión.

De modo que el argumento de disociación como método interpretativo puede utilizarse, por ejemplo, cuando el sentido de la ley no es claro, y al consultar su espíritu se detecta que la intención no era alcanzar a determinados supuestos de hecho. El resultado de la actividad interpretativa consiste en que el significado que se le atribuye a la norma es más restringido que el que puede aparentar basado solo en el tenor literal, por lo cual es necesario disociar aquellos casos que están excluidos del ámbito de aplicación de la ley.

Aristóteles —suele decirse— brindaba una definición de *justicia formal* al afirmar que lo justo no es tratar a todas las cosas igual, sino tratar lo que es igual de manera igual y lo diferente en proporción a su diferencia. En esa justicia formal de tratar igual lo que es igual se fundamenta el argumento analógico. Pero también está el otro costado de la justicia, que es tratar lo distinto de manera diferente. Es tan justo tratar lo igual de manera igual como lo diferente de manera diferente.[174]

Así como la analogía se fundamenta en el principio de justicia de tratar igual lo que es igual, el argumento de disociación se fundamenta en el principio de justicia de tratar lo que es desigual de manera desigual. El valor

173 Guastini, Riccardo, *Interpretar y argumentar*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1.ª ed., 2014, 1.ª reimpr., 2017, p. 277.

174 Anido Bonilla, Raúl, «De la partición transaccional», *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, tomo 85, n.º 1-6 (ene.-jun. 1999), p. 47, al referirse a la reducción teleológica, expresa: «Así como la justificación de la analogía radica en el precepto de justicia de tratar igual los casos iguales según el punto de vista valorativo decisivo, la de la reducción teleológica radica en el precepto de justicia de tratar lo desigual desigualmente, es decir, llevar a cabo las diferenciaciones requeridas por la valoración. Estas puede exigirlas, o bien el sentido y fin de la misma norma restringible, o bien el fin, siempre que sea preeminente, de otra norma, que en otro caso no habría de alcanzarse, o bien, "la naturaleza de la cosa" o un principio inmanente a la ley que tiene preeminencia para un cierto grupo de casos».

justicia justifica la aplicación del argumento de disociación para realizar una interpretación restrictiva que diferencie situaciones desiguales y haga coincidir el ámbito de aplicación de la norma con su espíritu.

b. La oposición entre el argumento de disociación y el de no distinción

El argumento de disociación introduce una distinción y excluye de la disposición a determinados casos. Dicha técnica se opone al argumento *a generali sensu* o «de la no distinción», que se basa en la afirmación de que donde la ley no distinguió no debe distinguir el intérprete. El argumento de la no distinción es una técnica apropiada para realizar una interpretación literal y pretende no diferenciar situaciones, mientras que el argumento de disociación sí procura distinguir.

La aplicación de cada una de estas técnicas conduce a resultados interpretativos opuestos; por eso, es relevante que cada ordenamiento jurídico establezca un criterio de prevalencia entre ambos.

4. Las reglas de interpretación de la ley del Código Civil y la posibilidad de acudir al argumento de disociación

El Código Civil uruguayo establece normas sobre interpretación de las leyes en su título preliminar. Para interpretar el derecho, primero hay que interpretar las disposiciones legales sobre interpretación de la ley y luego aplicar esos criterios.[175]

Los métodos de interpretación, en sí mismos, son maneras de argumentar, no normas. En cambio, sí son normas las disposiciones del Código Civil que regulan cuál es el procedimiento que el intérprete debe seguir cuando realiza la actividad interpretativa.

El artículo 17 del Código Civil dispone:

> Cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal, a pretexto de consultar su espíritu.
>
> Pero bien se puede, para interpretar una expresión oscura de la ley, recurrir a su intención o espíritu, claramente manifestados en ella misma o en la historia fidedigna de su sanción.

Al respecto, considero que la interpretación de las leyes debe desarrollarse de la siguiente manera.

El sentido de la ley es el significado de la disposición normativa, y para identificarlo debe realizarse un procedimiento que comienza con el análisis del tenor literal del texto. Este es un método para comprender el sentido de la ley, pero no el único.

175 Conf. Rodríguez Russo, Jorge, *La interpretación del contrato*, Montevideo: FCU, 1.ª ed., 2006, p. 100.

Ya desde el propio método literal es imperativo ubicar al texto dentro de la regulación, porque el artículo 20 del Código Civil dispone que «el contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía». Si el contexto de la ley ilustra el sentido de cada una de sus partes, entonces, para conocer el significado literal de una parte debe ubicarse el texto en su contexto.

Por eso, para determinar si el sentido de la ley es claro no basta con realizar una interpretación literal del texto aislado: es necesario, además, ubicar al texto en el contexto de la ley (art. 20 CC), esto es, el contexto normativo y fáctico.

El texto debe vincularse con el contexto normativo porque forma parte de una regulación que procura ser consistente y coherente, y debe relacionarse con el contexto fáctico, esto es, con los hechos a los cuales se va a aplicar; porque el derecho existe para regular situaciones de vida, y estas pueden demostrar que el sentido de la ley no es claro con relación a si se aplica a ese caso o no.

La falta de claridad consiste en la vaguedad o ambigüedad del texto y puede aparecer porque el tenor literal del texto no es claro; porque el texto considero de manera aislada es claro, pero al ubicarlo dentro de la regulación, no lo es (genera contradicciones), o porque el texto no es claro cuando se lo pretende aplicar a un caso concreto.

Por lo tanto, entiendo que la interpretación de las leyes en Uruguay requiere, en primer lugar, realizar un análisis literal del texto y ubicarlo dentro del contexto normativo y fáctico del caso concreto (art. 20 CC). Si luego de realizar esa actividad se tiene como resultado que el significado de la ley es claro, allí culmina el proceso interpretativo. En cambio, si luego de desarrollada esa etapa se tiene como resultado que el significado de la ley no es claro, puede recurrirse a la intención o espíritu de la ley, claramente manifestados en ella misma o en la historia fidedigna de su sanción (art. 17, inc. 2.º CC).

Si la ley habilita a recurrir a la intención o espíritu de la ley cuando hay una expresión oscura es porque autoriza al intérprete a que si detecta que el espíritu de la ley demuestra que el significado de la norma tiene un alcance menor o mayor que el significado del tenor literal, realice la interpretación correctora. De lo contrario, solo permitiría la interpretación literal.

Por eso, cuando la ley habilita a consultar su espíritu y este demuestra que la intención era más restrictiva que el tenor literal del texto, es posible realizar una interpretación correctora restrictiva a través del argumento de disociación.

Basado en el esquema que propone Guastini[176] para explicar la estructura del argumento de disociación por interpretación restrictiva, considero

176 Guastini, Riccardo, *Interpretar y argumentar*… cit., p. 279.

que en el derecho uruguayo, el referido argumento puede explicarse de esta manera:

a) aparentemente, el legislador ha dictado una regulación para todo el conjunto de supuestos de hecho *F* («si *F*, entonces *G*»);
b) sin embargo, dentro de la clase *F* deben distinguirse dos subclases, *F1* y *F2*, «sustancialmente distintas»;
c) el sentido de la ley no es claro al analizar el tenor literal del texto ubicado en su contexto normativo y fáctico, y al acudir al espíritu de la ley se detecta que la intención es referirse no a toda la clase *F*, sino solo a una de las subclases en ella comprendidas (por ejemplo, la subclase *F1*);
d) se sigue de esto que la norma, bien entendida, incluye solo a *F1* y no a *F2*.

Como corolario de lo expuesto considero que la técnica interpretativa del argumento de disociación puede utilizarse en el derecho uruguayo al menos en estos casos:

1. Cuando el sentido de un artículo no es claro en sí mismo (art. 17 CC). Al consultar su espíritu, resulta que el significado de la disposición normativa tiene un alcance menor que el que podría surgir de una de las interpretaciones literales posibles: el caso que se analiza queda fuera del significado de la norma.

2. Cuando el sentido de un artículo parece claro considerado de manera aislada, pero no lo es si se ubica a la norma en su contexto normativo (arts. 17 y 20 CC). Al consultar su espíritu, resulta que el significado de la disposición normativa tiene un alcance menor que el que podría surgir de una de las interpretaciones literales posibles: el caso que se analiza queda fuera del significado de la norma.

3. Cuando el sentido de un artículo parece claro considerado de manera aislada, pero no lo es si se ubica la norma en su contexto fáctico (arts. 17 y 20 CC). Al consultar su espíritu, resulta que el significado de la disposición normativa tiene un alcance menor que el que podría surgir de una de las interpretaciones literales posibles: el caso que se analiza queda fuera del significado de la norma.

5. Criterio para resolver el conflicto entre el argumento de disociación y el argumento de la no distinción

En virtud de lo analizado en el ítem anterior, considero que el criterio para resolver el conflicto entre el argumento de disociación y el argumento de la no distinción es el siguiente:

1. Si el sentido —significado— de la ley es claro respecto a que el caso analizado está regulado por la norma, luego de haber interpretado el texto de manera literal y ubicado en su contexto normativo y fáctico, no debe consultarse su espíritu, y por lo tanto, el intérprete no debe distinguir donde la ley no distinguió. En este caso prevalece el argumento de no distinción,

porque si el sentido de la ley es claro, procede la interpretación literal o declarativa, y no la interpretación correctora.

2. Si el sentido de la ley no es claro respecto a si el caso analizado está o no regulado por la norma, debe consultarse la intención o espíritu de la ley, y si luego de ello se concluye que la intención era alcanzar al caso que se analiza, también prevalece el argumento de no distinción.

3. En cambio, si el sentido de la ley no es claro, y al consultar su intención o espíritu resulta que el significado de la norma no alcanza al caso analizado, entonces debe realizarse una interpretación correctora restrictiva, y prevalece el argumento de la disociación.

6. La compraventa forzada entre cónyuges

El artículo 1675 del Código Civil dispone que «es nulo el contrato de compraventa entre cónyuges no separados de cuerpos». Es claro que si un cónyuge otorga una compraventa simple[177] a favor del otro sin estar separados de cuerpos, el negocio es nulo.

Pero ¿qué sucede cuando se otorga una compraventa judicial forzada entre cónyuges? ¿La prohibición también alcanza a ese caso?

La situación puede analizarse desde dos líneas argumentativas: 1) que la compraventa judicial forzada es una compraventa, aunque presenta características disímiles a la compraventa regulada por el Código Civil; 2) que la llamada compraventa judicial forzada no es una compraventa, porque no es un contrato.

a. Primera línea argumentativa

Si se considera que la compraventa judicial forzada es una compraventa, deben aplicarse las normas sobre interpretación de las leyes establecidas en el título preliminar del Código Civil para determinar si el artículo 1675 de dicho código es aplicable o no a ese caso.

Según Gamarra,[178] en el caso de venta forzada entre cónyuges, el negocio es válido, porque no podría encubrir una donación ni perjudicar a los acreedores, puesto que el precio se entrega al juez.

En cambio, Sánchez Casal[179] expresa, con relación a la venta forzada, que de cualquier modo se trata de un contrato de compraventa, que la letra de la ley es clara y no nos corresponde hacer distingos donde la ley no los hace.

Se aprecia con claridad en las opiniones de estos autores la oposición a que conduce el argumento de disociación y el de no distinción.

177 Expresión que utilizo para referirme a las compraventas extrajudiciales que no se otorgan en cumplimiento de una promesa.

178 Gamarra, Jorge, *Tratado de derecho civil uruguayo*, Montevideo: FCU, tomo III, vol. I, 1992, p. 196.

179 Sánchez Casal, Suevia, «Contratación entre cónyuges con especial referencia al contrato de compraventa entre cónyuges separados de bienes», *Revista Uruguaya de Derecho de Familia*, año 9, n.º 11 (ago. 1996), p. 144.

Gamarra resuelve el caso a través de la consulta al espíritu de la ley. Entiende que los fundamentos de la prohibición no se presentan en esa situación, por lo cual excluye a la compraventa forzada del ámbito de aplicación de la norma. Claramente, utiliza el argumento de disociación.

En cambio, Sánchez Casal utiliza el argumento de la no distinción y sostiene que la prohibición alcanza también a ese supuesto, porque donde la ley no distinguió no debe distinguir el intérprete.

Según vimos, en el conflicto entre el argumento de la no distinción y el de disociación prevalecerá el primero, salvo que se demuestre que el sentido de la ley no es claro y que el espíritu no incluye a un determinado caso, que en el ejemplo es la compraventa judicial forzada.

Al respecto, considero que del tenor literal del artículo 1675 del Código Civil, ubicado en su contexto normativo y fáctico, resulta que el sentido de la ley no es claro porque la compraventa regulada por el Código Civil y la compraventa judicial forzada son disímiles en un aspecto esencial: el consentimiento.

La compraventa regulada por el Código Civil contiene un acuerdo de voluntades —consentimiento— espontáneo; en cambio, la compraventa judicial forzada se otorga con prescindencia o incluso en contra de la voluntad de la parte enajenante. El juez, como ha sostenido esta comisión y ha señalado también parte de la doctrina,[180] no es un representante del ejecutado, sino que actúa en virtud de un poder público, propio de su función, mediante el cual transfiere el bien desde el patrimonio del deudor al del comprador.

En lo que a la compraventa entre cónyuges refiere, se genera una diferencia sustancial que provoca que el sentido de la ley, según el tenor literal del texto ubicado en su contexto, no sea claro: en la compraventa espontánea regulada por el Código Civil existe un acuerdo de voluntades entre los cónyuges; en cambio, en la compraventa judicial forzada, al prescindirse de la voluntad del ejecutado, el acuerdo entre los cónyuges no existe.

Ante dicha situación corresponde, según el artículo 17 del Código Civil, consultar el espíritu del artículo 1675, y con relación a él, la doctrina señala como fundamentos por los cuales la ley prohíbe la compraventa entre cónyuges[181] los siguientes: 1) sería muy fácil burlar la prohibición de donación entre cónyuges (art. 1657 CC); 2) evitar maniobras fraudulentas en perjuicio a los acreedores para evadir la garantía patrimonial, y 3) la captación de voluntad de un cónyuge sobre otro.

Resulta claro que ninguno de estos fundamentos se presenta en el caso de la compraventa judicial forzada. No se trata de una donación entre

180 Así lo sostenía Gleiss, María Emilia, según Burgueño, Mila; Hormaizteguy, Gabriela; Paselle, Andrés; Perdomo, Nelly; Ribas, María Teresa, y Vigo, Daniel, *Venta judicial de bienes*, Montevideo: AEU, 3.ª ed., 2006, p. 66.

181 Vé. Gamarra, Jorge, *Tratado de derecho civil uruguayo*, tomo y vol. cit., pp. 193 y ss., y Sánchez Casal, Suevia, «Contratación entre cónyuges…» cit., pp. 140 y ss. Se alegan también otros fundamentos que hoy se encuentran superados: el principio de inmutabilidad del régimen matrimonial y la falta de capacidad de la mujer.

cónyuges, porque la ejecución se realiza en virtud de la existencia de una deuda, y la parte compradora, en su calidad de mejor postor, paga un precio o eventualmente compensa una deuda. No se trata de una maniobra fraudulenta para evadir la garantía patrimonial, ya que a la ejecución se llega luego de un procedimiento judicial que brinda transparencia. A su vez, el procedimiento judicial nos aleja de la posibilidad de que un cónyuge haya captado la voluntad del otro.

De modo que al consultar el espíritu de la ley, resulta claro que la intención no es incluir en la prohibición a la compraventa judicial forzada entre cónyuges y, por lo tanto, corresponde realizar una interpretación correctora restrictiva a través del argumento de disociación.

Veámoslo a través del esquema del argumento de disociación mencionado con anterioridad:

a) aparentemente, el legislador ha dictado una regulación para todo el conjunto de supuestos de hecho *F* (en el caso, *F* significa «compraventa entre cónyuges»);
b) sin embargo, dentro de la clase *F* deben distinguirse dos subclases, *F1* y *F2*, sustancialmente distintas: *F1* significa «compraventa entre cónyuges simple», y *F2,* «compraventa judicial forzada entre cónyuges»;
c) el sentido de la ley no es claro al ubicar su tenor literal en el contexto normativo, y era intención del legislador, a la luz de la *ratio legis*, referirse no a toda la clase *F* (compraventas entre cónyuges), sino solo a la subclase *F1* (compraventa entre cónyuges simple);
d) se sigue de esto que la norma, bien entendida, incluye solo a *F1* (compraventa entre cónyuges simple) y no a *F2* (compraventa judicial forzada entre cónyuges).

En virtud de lo expuesto, considero que es correcta la posición de Gamarra en el sentido de que la compraventa judicial forzada entre cónyuges no se encuentra alcanzada por la prohibición dispuesta por el artículo 1675 del Código Civil.

b. Segunda línea argumentativa

La segunda línea argumentativa del caso consiste en sostener de manera directa que la compraventa judicial forzada no es un contrato porque no hay acuerdo de voluntades y, por lo tanto, no le es aplicable el artículo 1675 del Código Civil, que dispone que es nulo «el contrato de compraventa entre cónyuges no separados de cuerpos».

Al respecto, Molla[182] ha señalado que la expresión «venta forzada» constituye una antinomia, porque el sustantivo excluye por definición (*acuerdo de voluntades*) al adjetivo (*forzada*), y concluye que la venta forzada no es

182 Molla Camacho, Roque (informante), Asociación de Escribanos del Uruguay, Comisión de Derecho Civil, «Adquisición en remate público. "Venta forzada"», *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, tomo 70, n.º 1-3 (ene.-mar. 1984), pp. 203-209.

una compraventa, sino «la transferencia coactiva del derecho a favor del legitimado (adjudicatario) que realiza el juez en su carácter de funcionario público», criterio que ha seguido la Comisión de Derecho Civil de la Asociación de Escribanos del Uruguay, con diversas integraciones.[183]

Segunda parte: aplicación de lo expuesto al caso concreto

Según expresa la consultante, en el caso sometido a consulta, luego de la realización del correspondiente proceso ejecutivo, se remató una cuota parte indivisa de un inmueble que derivó en una compraventa judicial forzada en la cual la compradora fue la Sra. MMHB, quien en ese momento era de estado civil casada con el ejecutado, HL.

Al aplicar lo expuesto al caso planteado se concluye que no le es aplicable el artículo 1675 del Código Civil, tanto si se considera que la llamada compraventa judicial es una compraventa como si se entiende que no lo es, por las razones desarrolladas precedentemente.

Tercera parte: respuesta a la consulta planteada

El artículo 1675 del Código Civil no es aplicable a la llamada *compraventa judicial forzada entre cónyuges*, ya sea que se considere que dicho acto es una compraventa o un acto distinto, por las razones expuestas. Por lo tanto, no es causa de nulidad del acto otorgado.

Se agrega que a la conclusión expuesta se llega con independencia de si la deuda fue anterior o posterior al matrimonio.

Esc. Juan Pablo Villar
Informante

La Comisión de Derecho Civil, integrada por los Escs. Américo Bianchi, Sabrina Buono, Miguel Burdín, Daniella Cianciarulo, María Laura Conde, Ana Correa, Nicolás García Rodríguez, Alicia González Bilche, Lourdes González Fernández, Carlos Groisman, Adriana Inciarte, María del Rosario Marchese, Patricia Méndez, Roque Molla, Laura Parnás, Margarita Puertollano, María Ritacco, Diego Séré, Adriana Silva, Gonzalo Trobo, Silvia Vázquez Sepúlveda y Juan Pablo Villar, aprueba el informe que antecede, elaborado por el Esc. Juan Pablo Villar.

Escs. Roque Molla y Juan Pablo Villar
Coordinadores

Informe aprobado por la Comisión Directiva Nacional de la AEU el 13.11.2018, expediente 1857/2018.

183 Vé. *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, tomo 82, n.º 1-12 (ene.-dic. 1996), pp. 231-232; tomo 87, n.º 7-12 (jul.-dic. 2001), pp. 308-309.

MANDATO *POST MORTEM*. VALIDEZ DE LOS CONTRATOS. EFICACIA. BUENA FE. COMPRAVENTA

Resumen

Se considera que la venta de un inmueble otorgada por apoderado de un poderdante que ya había fallecido a un tercero de buena fe es plenamente eficaz. El artículo 2101 del Código Civil tutela a este tercero permitiendo la eficacia representativa del negocio.

Informe: Civil

Consulta

Relación de hechos

1996. El 8.7.1996, dos cónyuges entre sí, representados cada uno por su apoderado, vendieron 34 solares de terreno entre los que se incluye el inmueble objeto de consulta.

1997. De esos 34 solares, el adquirente de 1996 vende 32, incluido el inmueble objeto de consulta, padrón 0000.

1998. El adquirente de 1997 vende el padrón 0000, y el comprador realiza construcciones.

2008. El adquirente de 1998 vende el padrón 0000 con financiación bancaria.

2018. El 18.4.2018 se firmó negocio preliminar de compraventa del padrón. Es entonces que el profesional actuante en este negocio, al obtener la información registral pertinente, detecta que al otorgarse la compraventa de 1996, uno de los vendedores —que la había otorgado mediante apoderado— ya había fallecido, por lo cual el poder se habría extinguido. Esta situación surgió recién en esta oportunidad debido a la inscripción registral de 2013 de una cesión de gananciales realizada por la viuda del fallecido propietario y una cesión de derechos hereditarios realizada por los herederos de este, donde se declara que su fallecimiento tuvo lugar el 21.3.1982.

Consulta

Ante las dudas que ha generado la situación que se describe, la colega que plantea esta consulta aspira a obtener un pronunciamiento de esta comisión, a la vez que entiende, por diversos argumentos, los que expone con amplitud, que la titulación del bien referido no es observable y despliega toda su eficacia, y constituye en apariencia un título perfecto porque así lo resuelve nuestro ordenamiento jurídico. Sostiene que, sin perjuicio de

poderse invocar el instituto de la prescripción de veinte años de posesión con justo título y buena fe para aprobar la bondad de estos títulos, «aun cuando el mandato estuviera extinto y afectara la vigencia del poder, la eficacia del negocio de gestión (transferencia de dominio) igualmente se despliega por una "ficción" del ordenamiento jurídico que consiste en mantener la vigencia del poder frente a terceros de buena fe».

Informe de la Comisión de Derecho Civil

1. En primer lugar cabe expresar, como consideración previa, que esta consulta no viene acompañada de documento alguno. En consecuencia, deberá tenerse presente que este informe tomará como hipótesis de trabajo los hechos invocados como reflejo inequívoco del cúmulo de documentos, hechos y certificados registrales involucrados.

2. Partiendo pues de dicha premisa, y para aplicar correctamente la ley como lo dispone el artículo 20 del Código Civil, es necesario valorar en forma conjunta diversos institutos y normas jurídicas que cabe invocar al realizar el estudio de la titulación de un inmueble.

3. *Buena fe*. Para Carnelli y Frigerio,[184]

> la buena fe es un principio de derecho natural. El derecho natural es un orden supralegal que informa todos los sistemas positivos. Es un orden supralegal, porque si bien es un concierto de reglas básicas sobre las que se asienta todo ordenamiento jurídico, no están o pueden no estar consagradas legalmente. La normatividad jurídica es diferente en cada momento histórico y para cada país. Pero ciertas reglas, consustanciales a la naturaleza del hombre en sociedad, poseen vigencia permanente y universal; a estas pertenecen los principios de la buena fe y de no dañar; de tal manera que no sería concebible un ordenamiento jurídico positivo que los desconociera. Si el derecho es el conjunto de normas que regulan imperativamente el comportamiento de los hombres en la vida de relación, no se puede prescindir de aquellos principios. La buena fe y la prohibición de dañar son normas básicas a la convivencia, ínsitas a la vida del hombre en sociedad, responden a la idea de lo justo —que según Cicerón es expresión de la razón universal— y por ello, constituyen elementos esenciales del derecho. En tal virtualidad han sido incorporadas por los distintos derechos positivos. En el nuestro, la buena fe fue recogida, con carácter general, en el artículo 1291 del Código Civil y, de manera especial, en otras disposiciones. Pensamos que aunque así no se hubiera establecido, dado su fundamento, igualmente tendría ingreso.

Nuestro Código Civil recoge el principio de la buena fe:

> **Artículo 1291.** Los contratos legalmente celebrados forman una regla a la cual deben someterse las partes como a la ley misma.

184 Carnelli, Santiago, y Frigerio, Enrique Vicente, «La buena fe en el derecho de las obligaciones», *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, tomo 55, n.º 5-8 (may.-ago. 1969), pp. 141-155.

> Todos deben ejecutarse de buena fe y por consiguiente obligan, no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las consecuencias que según su naturaleza sean conformes a la equidad, al uso o a la ley.
>
> **Artículo 1207.** La buena fe consiste en creer que aquel de quien se recibe la cosa es dueño y puede enajenarla con arreglo a lo dispuesto en el artículo 693.
>
> La buena fe se presume, mientras no se pruebe lo contrario y basta que haya existido al tiempo de la adquisición.
>
> **Artículo 693.** […]
>
> Es poseedor de mala fe, aquel a quien consta que le falta título para poseer o que el que tiene es vicioso o insuficiente.

4. *Seguridad jurídica*. La seguridad jurídica dota de estabilidad y certeza al derecho adquirido por una persona brindándole protección ante terceros. Un rol fundamental al respecto lo cumple la publicidad registral.

> Se trata del principio de fe pública registral que puede manifestarse bajo esos dos aspectos: *positivo*, convalidación de la apariencia del derecho, o bien *negativo*, en cuya virtud el derecho no se convalida, pero devienen ineficaces las acciones de reivindicación, nulidad, rescisión […].
>
> […] La inscripción en nuestro derecho no se exige como condición de validez del acto, es condición perfeccionadora de su eficacia […]. Su único objetivo es la oponibilidad del acto inscripto contra lo no inscripto o inscripto con posterioridad.
>
> Los terceros son las personas que pueden alegar la falta de publicidad de un acto, aquellos a los cuales es inoponible ese acto mientras no se publique […]. La inscripción como poder-deber es una carga del propio interesado: un imperativo del propio interés.[185]

Cuando ocurre el fallecimiento del poderdante, sus herederos tendrán la carga de inscribir en el Registro de Actos Personales, sección Poderes, la partida de defunción de aquel, a los efectos de dotar de publicidad registral la extinción del apoderamiento; así lo disponen el artículo 41, numeral 6.º de la ley 16871 y el artículo 35 de su decreto reglamentario, 99/998.

5. *El negocio de apoderamiento*. El *poder* es un negocio jurídico unilateral por el cual el poderdante faculta a otro sujeto de derecho (*apoderado*) para que, actuando en su nombre y representación, realice actos que tendrán sus efectos en el patrimonio de aquel (*poderdante*). Es en función de esta autorización otorgada por el poderdante que se genera la eficacia representativa, y los efectos del contrato otorgado por el apoderado recaen en el patrimonio de aquel (art. 1254 CC).

El *mandato* es un negocio jurídico bilateral por el cual el *mandatario* se obliga a realizar determinada actividad por encargo del *mandante*, en forma gratuita u onerosa; puede contener o no un apoderamiento, y

185 Cambiasso, Susana, «Efectos de la inscripción de la acción reivindicatoria con posterioridad a la adquisición del tercero de buena fe», *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, tomo 77, n.º 1-6 (ene.-jun. 1991), pp. 49-62.

en caso afirmativo, los actos jurídicos que otorgue el mandatario tendrán sus efectos en el patrimonio del mandante.

El Código Civil no regula específicamente el poder, por lo que, por analogía, se le aplica a este determinadas normas referidas al mandato. En este caso importa señalar particularmente lo dispuesto por el artículo 2086: «El mandato se acaba: […]. 5.º. Por la muerte del mandante […]»; vale decir que el fallecimiento del poderdante es causa de extinción del apoderamiento.

En consecuencia, y en sede de apoderamiento, la norma es clara: el fallecimiento del poderdante extingue el poder otorgado. Pero aun en ese caso debe tenerse presente lo que dispone el artículo 2094 del Código Civil («Sabida la muerte del mandante, cesará el mandatario en sus funciones, pero si de suspenderlas se sigue perjuicio a los herederos del mandante, será obligado a finalizar la gestión principiada») y el artículo 6.º de la ley 13901 («Los apoderados de los promitentes vendedores podrán continuar su mandato a pesar del fallecimiento de sus mandantes y otorgar la escritura definitiva de venta del inmueble al comprador que hubiera cumplido con todas las obligaciones derivadas de la promesa de compraventa. Esta disposición regirá también para los contratos celebrados con anterioridad a la fecha de esta ley»). Son dos casos que constituyen excepciones a la regla general dispuesta por el numeral 5.º del artículo 2086 del Código Civil.[186]

> En el caso del artículo 2094 del Código Civil, subsiste el poder con la finalidad de evitar que la extinción del poder por causa de muerte provoque perjuicio a los herederos del mandante […]. En el caso del artículo 6.º de la ley 13901, subsiste el poder con la finalidad de evitar que su extinción por causa de muerte genere perjuicios a los promitentes compradores que hubieran cumplido con todas las obligaciones derivadas de la promesa de compraventa, y también evitar perjuicios a los herederos del promitente vendedor por eventuales responsabilidades.

Del tenor de esta consulta no estaríamos ante un apoderamiento otorgado al amparo de normas muy especiales, como las de los artículos 2096 y 2097 (poder gestado para ejecutarse después de la muerte del poderdante) o el artículo 2098 (poder gestado para ejecutarse en vida del poderdante, pero que además se mantiene vigente después de su muerte) del Código Civil. Tampoco aplicaría a este caso lo dispuesto por el artículo 2094 ni por el artículo 6.º de la ley 13901.

6. *Derecho sucesorio*. Al fallecer una persona se extingue su personalidad, deja de ser sujeto de derecho. Dice el artículo 1039 del Código Civil: «Por el hecho solo de abrirse la sucesión, la propiedad y la posesión de la

186 Villar, Juan Pablo (informante), Asociación de Escribanos del Uruguay, Comisión de Derecho Civil, «Mandato *post mortem*. Representación. Compraventa. Heredero. Muerte. Mandante. Buena fe», *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, tomo 99, n.º 1-12 (ene.-dic. 2013), pp. 309-310.

herencia pasa de pleno derecho a los herederos del difunto con la obligación de pagar las deudas y cargas hereditarias». Y el artículo 776 del Código Civil expresa:

> La sucesión o herencia, modo universal de adquirir, es la acción de suceder al difunto y representarle en todos sus derechos y obligaciones que no se extinguen por la muerte.
>
> Se llama *heredero* el que sucede en esos derechos y obligaciones.

7. *Un artículo que aporta una sabia solución*. El artículo 2101 del Código Civil establece:

> En general, todas las veces que el mandato expira por una causa ignorada del mandatario, lo que este haya hecho en ejecución del mandato será válido y dará derecho a terceros de buena fe contra el mandante.
>
> Este quedará también obligado, como si subsistiera el mandato a lo que el mandatario, sabedor de la causa que lo haya hecho expirar, hubiere pactado con terceros de buena fe; pero tendrá derecho a que el mandatario lo indemnice.
>
> Cuando el hecho que ha dado causa a la expiración del mandato hubiere sido notificado al público por los periódicos y en los casos en que no pareciere probable la ignorancia de tercero, podrá el juez, en su prudencia, absolver al mandante.

En el caso que nos ocupa, esta norma nos brinda una respuesta que armoniza los diversos institutos de derecho relacionados, y dando prioridad a la buena fe de los terceros, protege su intervención en el negocio.

Partimos de la necesaria buena fe del adquirente de la compraventa de 1996, es decir, de la ignorancia del fallecimiento por parte de uno de los vendedores, en tanto de la información registral que se habría obtenido en esa oportunidad no habría resultado noticia alguna del hecho.

Reiteramos la hipótesis de trabajo invocada al comienzo de este informe, la cual aplica a este caso en función de que en 1996 se tramitó en forma correcta y se obtuvo toda la información registral necesaria, y no surgió de ella noticia alguna del mencionado fallecimiento. Allí radica básicamente la buena fe que habilita la tutela jurídica al tercero adquirente.

Nótese que fue recién en 2018 que resultó pública la causa de extinción del poder en cuestión, al resultar el fallecimiento del poderdante de negocios inscriptos (cesión de gananciales y cesión de derechos hereditarios). La publicación de los edictos de la sucesión del poderdante —si se hubiese realizado— no provoca por sí misma la mala fe del tercero, quien seguirá siendo de buena fe, «y esa presunción caerá solo si el juez tiene elementos de prueba suficientes como para entender que no es probable que el tercero ignorara el fallecimiento del poderdante».

8. *Conclusiones*. En función de lo expuesto, podemos afirmar que de una interpretación lógico-sistemática de nuestro Código Civil y del ordenamiento jurídico se desprende que el negocio de compraventa celebrado en 1996 es plenamente eficaz; y esto, en función de que en el caso nos encontramos

con un tercero adquirente de buena fe, en tanto no tenía conocimiento de la muerte del multicitado poderdante, producida en 1982.

Creemos que la mejor manera de concluir este informe es invocando lo expresado por el Esc. Villar:[187]

> Así encontramos el artículo 2101 del Código Civil, que trata de un caso más en el cual, ante el conflicto generado por la disidencia entre la realidad y la apariencia, la normativa debe optar entre proteger la seguridad jurídica estática o la seguridad jurídica dinámica, el principio de legitimidad o la confianza del tercero de buena fe que creyó en la apariencia; y la ley opta por proteger a este último, dando prioridad a la apariencia cuando viene acompañada de la buena fe en quien confió en ella […]. Si el apoderado actúa con un tercero de buena fe, se producirá la eficacia representativa como si el poder siguiera vigente, con el agregado de que los efectos recaerán sobre el patrimonio hereditario cuyo titular es el sucesor. Y el fundamento lo encontramos en que la apariencia representativa en la cual confió el tercero de buena fe es imputable al sucesor del poderdante, ya que, habiendo ocupado la misma posición jurídica que tenía el poderdante fallecido, tenía la carga de inscribir la extinción del poder y no lo hizo […]. De acuerdo a la relación de hechos, el tercero contratante no conocía la muerte del poderdante, por lo cual, siendo un tercero de buena fe, estará protegido por aplicación analógica del artículo 2101 del Código Civil. Dicha protección consiste en que la eficacia representativa se produce en el patrimonio del sucesor del poderdante fallecido. El negocio representativo es válido y eficaz; no es observable.

Escs. Juan Pablo Alonso Cabris
y Fernando Alonso Fernández
Informantes

La Comisión de Derecho Civil, integrada por los Escs. Mariana Abó, Juan Pablo Alonso, Elina Araújo, Nicolás García Rodríguez, Mariana González Bonaudi, Adriana Inciarte, Francisco Mastropierro, Alejandra Portillo, Margarita Puertollano, María del Pilar Ramírez, Diego Séré, Adriana Silva, Verónica Ubillos y Juan Pablo Villar, aprueba el informe que antecede, elaborado por los Escs. Juan Pablo Alonso y Fernando Alonso.

Escs. Roque Molla y Juan Pablo Villar
Coordinadores

Informe aprobado por la Comisión Directiva Nacional de la AEU el 13.11.2018, expediente 1937/2018.

187 Villar, Juan Pablo, «Mandato *post mortem*…» cit., pp. 314, 319 y 331.

PAGA POR ENTREGA DE BIENES. SEGUROS. CONTRATO DE SEGURO. AUTOMOTORES. TRADICIÓN

Resumen

La obligación de transferir la propiedad de un vehículo contraída en el contrato de seguro es el título que justifica su desplazamiento patrimonial, en tanto el cumplimiento o pago de esa obligación es la tradición y no la paga por entrega de bienes.

Informe: Civil

Consulta

Relación de hechos

El Sr. AA aseguró su vehículo en XX Seguros S.A. Dicho vehículo fue siniestrado, por lo que XX le debe pagar una indemnización. Dicha indemnización opera siempre y cuando las partes convengan que los restos se transfieran a nombre de XX, y que esté toda la documentación correspondiente al vehículo siniestrado en condiciones de enajenar.

Las indemnizaciones por parte de la compañía aseguradora consisten en la entrega de dinero (transferencia bancaria) o, en ciertos casos, la entrega de un vehículo cero kilómetro. En este caso planteado, la indemnización fue pactada mediante la entrega de un cero kilómetro cuyo valor asciende a la suma de USD 14.300.

El procedimiento normal realizado por XX es el siguiente: cuando una persona tiene un siniestro con un vehículo que fue asegurado por XX, esta, al momento de abonarle la indemnización correspondiente, realiza un contrato de compraventa de vehículo automotor en el que el asegurado —titular del vehículo— le enajena los restos del vehículo automotor a la compañía aseguradora, para que luego, así, el asegurado sea indemnizado.

Consulta

Se consulta si es legalmente posible realizar un contrato de dación en pago como el del párrafo precedente, donde AA le da en pago a XX Seguros S.A. su vehículo siniestrado para que este último lo indemnice mediante la entrega de un vehículo cero kilómetro.

Opinión del consultante

Para arribar a una conclusión es necesario establecer los elementos tipificantes de este negocio jurídico, su contenido y sus efectos, a fin de distinguirlo de la permuta y determinar el régimen jurídico aplicable.

Según el artículo 1490 del Código Civil, tiene lugar el pago por entrega de bienes cuando el acreedor recibe voluntariamente por pago de la deuda alguna cosa que no sea dinero en sustitución de lo que se le debía entregar o del hecho que se le debía prestar.

Consideramos que la dación en pago —paga por entrega de bienes— se adecúa a la situación planteada en virtud de que el asegurado tiene la obligación, exigida por la póliza de seguro contratante, de enajenarle la propiedad de los restos del vehículo siniestrado o derechos del vehículo hurtado a la compañía aseguradora.

Dación en pago y compraventa

Parte de la doctrina entiende que las diferencias entre ambos institutos son sustanciales. Entienden que la dación en pago es un «subrogado del cumplimiento»; tiene la misma función que el pago, es un negocio de cumplimiento. La compraventa, en cambio, es un contrato por el que una parte se obliga a entregar la posesión de una cosa, y la otra, a pagar el precio en dinero.

La dación en pago es una «convención liberatoria» en virtud de la cual acreedor y deudor operan la satisfacción del acreedor y la liberación del deudor, mediante la entrega de una cosa en sustitución de la prestación originaria. La compraventa es un negocio principal.

La paga por entrega de bienes es un negocio de «segundo grado», ligado a una obligación preexistente a la cual actúa y extingue. De no existir la obligación precedente, la dación en pago carecería de causa.

Informe de la Comisión de Derecho Civil

I. Contrato de seguro

1. Según Garrigues,[188] «el seguro es un contrato por el cual una persona (*asegurador*) asume el riesgo de que ocurra un acontecimiento incierto, al menos en cuanto al tiempo, obligándose a realizar una prestación pecuniaria cuando el riesgo se haya convertido en siniestro».

En nuestra legislación, el artículo 634 del Código de Comercio dispone:

> El seguro es un contrato por el cual una de las partes se obliga mediante cierta prima a indemnizar a la otra de una pérdida o de un daño, o de la privación de un lucro esperado que podría sufrir por un acontecimiento incierto.

188 Garrigues, Joaquín, *Contrato de seguro terrestre*, Madrid: el autor, 1982, p. 30.

Si bien esta definición realizada por nuestro codificador es, para algunos autores como Ordoqui Castilla,[189] abarcativa del seguro de cosas y de daños, no lo es del seguro de vida; alude a los elementos esenciales del seguro, como son la prima, el daño o el interés asegurado, y a un acontecimiento incierto del que, una vez producido, el asegurado debe ser resarcido.

En síntesis,[190]

> el contrato de seguros es aquel por el que una parte, el asegurador, se obliga mediando el cobro de una prima a resarcir a la otra, el asegurado o los terceros, los daños, pérdidas o la privación de un beneficio esperado, derivados del evento cuyo riesgo es objeto de cobertura. El resarcimiento puede ser con el pago de un capital o renta, u otra prestación convenida entre las partes.

2. Si bien el contrato de seguro es un contrato nominado y cuenta con una regulación expresa en el Código de Comercio (arts. 643 y ss.), no restringe el contenido que las partes puedan dar a ese contrato, dentro de los límites establecidos por las normas de orden público, la moral, las buenas costumbres y lo que en el caso supone proceder de buena fe. La autonomía de la voluntad opera sobre todo lo no impuesto por el orden público, y el contrato obliga con carácter general no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las consecuencias que según su naturaleza sean conformes a la equidad, al uso o a la ley (arts. 1291, inc. 2.º CC), y al ser legalmente celebrado, forma una regla a la cual deben someterse las partes como a la ley misma (inc. 1.º del cit. art.).

3. El contrato en estudio es un contrato *aleatorio* por cuanto el equivalente a lo que se obliga a dar o hacer una parte consiste en una contingencia incierta de ganancia o pérdida (art. 1250 CC). El álea es esencial a la naturaleza de este contrato.

4. El perfeccionamiento del contrato de seguro implica una propuesta o solicitud que presenta el asegurado, más la aceptación de dicha propuesta por parte de la aseguradora (emisión de la póliza).

5. Una vez perfeccionado, para que opere la realización o materialización del evento asegurado debe acaecer el siniestro, que está en la ocurrencia —durante la vigencia del contrato— de un daño, sea material, personal, a las cosas, en el patrimonio, en la vida o en la salud del asegurado. Es un evento incierto que al ocurrir activa la obligación de reparar por parte del asegurador.

6. Ante el siniestro, y estando paga la prima, la aseguradora debe dar cobertura y resarcir el daño cubierto (art. 634 C. Comercio), lo cual, por lo general, se realiza en dinero.

189 Ordoqui Castilla, Gustavo, *Derecho de tránsito*, tomo IV, Montevideo: La Ley Uruguay, 2011, pp. 8 y ss.

190 Ordoqui Castilla, Gustavo, *Derecho de tránsito* cit., p. 9.

La paga se efectúa por lo acordado en el contrato y sin que se haya incurrido en ninguna ilicitud, por lo cual es preferible aludir al pago de una prima o suma asegurada en lugar de una indemnización.

El artículo 645.4 del Código de Comercio, en referencia a la suma asegurada, dispone que «toda póliza o contrato de seguros, exceptuando los que se hacen sobre la vida, debe contener: […] 4.º) la suma por la cual se asegura». Pero nada impide que las partes acuerden que se entregue una cosa en lugar de dinero.

7. En las condiciones generales del seguro de automotores del contrato objeto de este informe, las partes acordaron que en caso de desaparición del vehículo como consecuencia de hurto, la aseguradora indemnizará al asegurado en dinero, de acuerdo al valor venal del vehículo, o, con su conformidad, le entregará otro de similares características. En este caso no se abonará la indemnización sin que se le efectúe la transferencia de la propiedad a favor de la aseguradora, libre de obligaciones y gravámenes.

Para el caso de pérdida total, la aseguradora podrá ofrecer al asegurado la opción de quedarse con los restos del vehículo o desistir de ellos a su favor. Si los restos quedan en poder de la aseguradora, se abonará el valor venal del vehículo, una vez que realizada la transferencia de la propiedad a su favor.

II. Paga por entrega de bienes o dación en pago

8. El instituto de la paga por entrega de bienes ha sido legislado por Narvaja en los artículos 1490 y siguientes del Código Civil, y requiere 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) el consentimiento voluntario del acreedor, y 3) la entrega en calidad de pago. El maestro Cafaro señalaba que debía existir una obligación dineraria que se sustituya por una cosa o derecho, una cosa o derecho ciertos que se entreguen en el mismo acto (hoy, ahora), expresamente descartada la posibilidad de que lo que se entrega sea dinero.

9. 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).

10. Messineo, siguiendo a Pothier, definió la paga por entrega de bienes desde el punto de vista ontológico como un negocio solutorio, esto es, que cuando una cosa se entrega en pago de lo que se debe, el acto tendrá los mismos efectos de la compraventa, pero la deuda que así fuese cubierta será juzgada por las reglas generales de la paga, con todas y cada una de las consecuencias que esta supone (pago de lo indebido, pago por error).

11. En consideración a los efectos de los negocios, nuestro sistema normativo (art. 1246) prevé cinco categorías como fuente de obligaciones (negocios obligatorios): contratos, cuasicontratos, delitos, cuasidelitos y

por disposición de la ley. Asimismo, establece en el artículo 1447 los modos de extinguirlas: paga, compensación, remisión, novación, confusión, imposibilidad del pago, anulación o declaración de nulidad, prescripción, condición resolutoria y vencimiento del plazo resolutorio.

12. La paga por entrega de bienes es una 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. Es un «subrogado de cumplimiento»; tiene la función de pago y, por lo tanto, es un negocio de cumplimiento, liberatorio del deudor mediante la entrega de una cosa en sustitución de la prestación originaria.

Lo hemos calificado[191] como un negocio de segundo grado que se encuentra ligado a una obligación preexistente (causa) a la cual actúa, agota y extingue, y que satisface el interés del acreedor al entregar un objeto diverso.

13. Los consultantes, según se expresó, plantean si es legalmente posible realizar un contrato de dación en pago, para el caso de pérdida total o hurto total del vehículo asegurado, donde el propietario dé en pago a XX Seguros S. A. su vehículo siniestrado o hurtado, como forma de cumplir con esa obligación previa a la indemnización.

En el caso no nos encontramos ni ante una compraventa ni una dación en pago, sino ante un pago en cumplimiento de una obligación asumida por el asegurado en el contrato oneroso de seguro de automotor.

Del contrato de seguro sometido a consulta surge una obligación de transferir la propiedad del vehículo siniestrado, y este contrato es el título y la causa que justifica su desplazamiento patrimonial, en tanto el cumplimiento o pago de esa obligación es la tradición. Existiendo en el contrato de seguro la obligación de transferir la propiedad (título), lo que queda pendiente es realizar el pago, esto es, otorgar la tradición (modo) para que opere la transferencia de la propiedad de dicho vehículo a favor de la aseguradora.

14. En cualquier caso, aunque el negocio haya sido denominado «paga por entrega de bienes» o «dación en pago», la calificación corresponde al intérprete; por ello, de acuerdo a lo desarrollado, la transferencia del bien es el cumplimiento del contrato de seguro (pago, art. 1448 CC).

191 Miranda, Fernando, «Dación en pago y compraventa», *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, tomo 61, n.º 5-6 (may.-jun. 1975), pp. 371 y ss. Cianciarulo, Daniella (informante), Asociación de Escribanos del Uruguay, Comisión de Derecho Civil, «Paga por entrega de bienes. Compraventa. Sociedad conyugal. Disolución de la sociedad conyugal. Cónyuge», *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, tomo 95, n.º 1-6 (ene.-jun. 2009), pp. 88 y ss.

III. Conclusión

Conforme lo precedentemente expuesto, se concluye que:

1. La paga por entrega de bienes no es procedente a los efectos de cumplir con la obligación de transferir la propiedad del vehículo siniestrado a favor de la aseguradora, ya que dicho instituto es un negocio de cumplimiento (paga) que libera al deudor mediante la entrega por este de una cosa u objeto diverso en sustitución de la prestación originaria.

2. El contrato de seguro es el título por el cual el asegurado se obliga a transferir la propiedad del vehículo siniestrado, quedando pendiente únicamente su pago (tradición) para dar cumplimiento a dicha obligación.

Esc. Gustavo Echavarría Trabadelo
Informante

Aclaración del Esc. Carlos Groisman: en caso de destrucción total del vehículo no reconstruible, la obligación del asegurado consiste en la transferencia de los restos, y el negocio no tiene como objeto el vehículo destruido.

La Comisión de Derecho Civil, integrada por los Escs. Adriana Amado, Karen Bonner, Sabrina Buono, María Inés Casatroja, Daniella Cianciarulo, Ana Correa, Gustavo Echavarría, Nicolás García Rodríguez, Adriana Goldberg, Alicia González Bilche, Lourdes González Fernández, Carlos Groisman, Adriana Inciarte, Florencia Manfredi, María del Rosario Marchese, Maximiliano Mauri, Ana Lía Méndez, Roque Molla, Laura Parnás, Ana Realini, María Ritacco, Mildred Secondo, Diego Séré, Adriana Silva, María Beatriz Vázquez y Juan Pablo Villar, aprueba el informe que antecede, elaborado por el Esc. Gustavo Echavarría.

Escs. Roque Molla y Juan Pablo Villar
Coordinadores

Informe aprobado por la Comisión Directiva Nacional de la AEU el 11.12.2018, expedientes 1899 y 1915/2018.

EMBARGO. PARTICIÓN. CÓNYUGE. DISOLUCIÓN DE LA SOCIEDAD CONYUGAL

Resumen

Deudas propias y gananciales. Derecho de persecución de los acreedores. Contribución a las deudas.

Informe: Civil

Consulta

Relación de hechos

16.12.2008. BW vende a AR, casado con LKB, el padrón 1000.

30.6.2011. Se decreta la disolución de la sociedad conyugal de AR y LKB. Se inscribe la disolución en el Registro el 9.9.2011. Se efectúan las publicaciones legales, y no se presentan acreedores a deducir derechos.

19.10.2012. AR y LKB otorgan un acuerdo transaccional respecto a la partición de la totalidad de los bienes existentes en la indivisión poscomunitaria. Dicho acuerdo fue homologado por el juzgado … por decreto … que quedó ejecutoriado.

19.2.2014. Se inscribe un embargo genérico trabado contra AR, en los autos indizados con el IUE …/…/2013. Se constata en el expediente que la deuda es propia de AR, contraída con posterioridad a la disolución de la sociedad conyugal.

21.5.2014. En escritura que en esa fecha autorizó la Esc. MF, AR, representado de oficio por el juez, y LKB otorgan partición judicial de los bienes quedados a la disolución de la sociedad conyugal que integraban, en cumplimiento del acuerdo transaccional referido, adjudicándose a LKB el padrón 1000.

Consulta y opinión de la consultante

La consultante entiende que el título es bueno porque la deuda es propia de AR. No se presentaron acreedores al llamado, por lo que estos solo tienen acción contra los bienes del cónyuge deudor. Transcurridos cuatro años desde la fecha de la partición, los acreedores no pueden impugnarla por lesión, y entablar la acción pauliana no les es viable.

Plantea la consulta porque le genera duda la opinión de Vaz Ferreira en el inciso 414 de su *Tratado de la sociedad conyugal*, que en parte transcribe y que, en resumen, expresa que si un acreedor por una deuda social

contraída por el marido se presenta fuera del término del emplazamiento, solo tiene acción contra los bienes del marido; pero una vez que este pague, nada le impedirá invocar el artículo 2015 del Código Civil y deducir acción contra la mujer por el reintegro de la mitad de la deuda que él pagó. La consultante entiende que no se aplica al caso porque Vaz Ferreira se refiere a deudas sociales, y esta es una deuda personal. Y agrega que consultados otros colegas y abogados —aun un banco privado—, estos entienden que el título podría ser atacable.

Informe de la Comisión de Derecho Civil

Parecería que los hechos fueran tan claros que no ameritaran la discusión del tema. Al decir de la consultante, se constató que la deuda es propia de AR, por lo que este acreedor nunca vio respaldado su crédito con los bienes adquiridos por el otro cónyuge. No puede haber dos lecturas: la deuda es propia o es ganancial.

No obstante, y en virtud de la consulta planteada, recordaremos algunas nociones básicas del pasivo personal y común de los cónyuges, del derecho de persecución de los acreedores y su obligación de contribución, para lo cual nos remitiremos a la letra de la ley, que es clara, y a lo expuesto por Vaz Ferreira.[192]

En nuestro régimen de participación en los gananciales se distinguen cuatro clases de obligaciones: deudas personales de un cónyuge, deudas personales del otro, deudas comunes que deben ser pagadas por uno de los cónyuges y deudas comunes que deben ser pagadas por el otro. La distinción entre deudas *propias* y *sociales* cobra importancia en el momento de la liquidación de la sociedad conyugal porque mientras el régimen dura, casi no interesa distinguir entre deudas personales y sociales.

Frecuentemente se confunde el *derecho de persecución* de los acreedores con la *contribución a las deudas*. El derecho de persecución de los acreedores se refiere únicamente a las relaciones de los cónyuges con los terceros acreedores, y decide cuál de los cónyuges debe, en cada caso, pagar una deuda determinada o qué bienes pueden embargar los acreedores para obtener el pago forzado. Las reglas relativas a este derecho pueden recibir aplicación desde el momento mismo de la formación de la sociedad conyugal.

Se refiere a este derecho el artículo 1975 del Código Civil:

> Durante la vigencia de la sociedad conyugal, los acreedores de un cónyuge podrán hacer efectivos sus derechos solo contra sus bienes propios y los gananciales cuya administración le corresponda por ley o por capitulación

192 Vaz Ferreira, Eduardo, *Tratado de la sociedad conyugal*, Buenos Aires: Astrea, 1979, tomo I, pp. 365 y ss.

> matrimonial; sin perjuicio de los abonos o compensaciones que a consecuencia de ello deba el cónyuge a la sociedad o la sociedad al cónyuge.

Es opinión unánime que cuando el artículo dice «los acreedores de un cónyuge», se refiere no solo a los acreedores personales, sino también a los sociales.

Las reglas sobre *contribución a las deudas* se aplican únicamente a las relaciones de los cónyuges entre sí y determinan no ya cuál de los cónyuges debe pagar al acreedor, sino quién de ellos debe, en definitiva, soportar el pago; solo pueden plantearse durante la liquidación, que es cuando se calculan las recompensas.

En este sentido, expresa el artículo 2015 del Código Civil: «Cada cónyuge es responsable del total de las deudas de la sociedad contraídas por él, salvo su acción contra el otro cónyuge para el reintegro de la mitad de estas deudas, según el artículo precedente». Y el artículo 2014 referido dice:

> Ninguno de los cónyuges es responsable de las deudas de la sociedad contraídas por el otro sino hasta la concurrencia de su mitad de gananciales (artículo 1975).
>
> Mas, para gozar de este beneficio, deberá probar el exceso de la contribución que se le exige sobre su mitad de gananciales, sea por el inventario y tasación, sea por otros documentos auténticos.

Este último artículo nos lleva a tratar el tema del *beneficio de emolumento*.

Las obligaciones a cargo de la sociedad están detalladas en el artículo 1965 del Código Civil, mientras que el artículo 1966 se refiere a las deudas personales. Lógicamente, ambos artículos distinguen las deudas según hayan sido contraídas antes o después del matrimonio, en referencia a una sociedad conyugal que está vigente. Disuelta la sociedad conyugal, las deudas que cada cónyuge contraiga son de su exclusiva responsabilidad.

I. Efectos respecto de terceros de la disolución de la sociedad conyugal

a. Inscripción registral

Respecto de terceros, la sentencia que decreta la disolución de la sociedad conyugal no surte efectos mientras no se la inscriba en el Registro (art. 1985 CC).

Dice Vaz Ferreira:[193]

> Existe, pues, un lapso en que la sociedad conyugal está disuelta entre los cónyuges, pero no se la reputa tal respecto de terceros, lo cual puede complicar gravemente la liquidación. Si, por ejemplo, al día siguiente de ejecutoriada la sentencia de disolución y con anterioridad a la inscripción

193 Vaz Ferreira, Eduardo, *Tratado de la sociedad conyugal* y tomo cit., p. 180.

> la mujer compra un inmueble y el marido contrae una deuda, en las relaciones entre los cónyuges, el bien se considera propio (de modo que el marido no podría nunca reclamar la mitad a la mujer), y la deuda se conceptúa personal; pero como la disolución no puede oponerse todavía a terceros, en la liquidación podrá ocurrir que el acreedor del marido haga efectivos sus derechos sobre el bien adquirido por la mujer, ya que contra este acreedor, la disolución no produce efectos sino a partir de la fecha de la inscripción.

Esta comisión, en informes anteriores,[194] ha entendido en cambio que cuando la ley dice que la disolución es oponible a partir de su inscripción, significa que desde la fecha de la inscripción, el cónyuge podrá hacer valer frente a terceros que la sociedad se disolvió el día en que quedó ejecutoriada la sentencia. Solo los terceros que de buena fe hayan adquirido derechos antes de la inscripción podrán alegar la inoponibilidad de la disolución.

Al decir la consultante que constató que la deuda era propia de AR, basta entonces con que haya sido contraída con posterioridad al 30.6.2011, circunstancia que debería certificarse.

Si la deuda fue contraída por AR después de la disolución pero antes del 9.9.2011, fecha en que se inscribió, el acreedor tampoco puede pretender derechos respecto al bien adjudicado a LKB, porque al recabar la correspondiente información registral a los efectos de conocer la titularidad del bien, conocerá también la situación real, por cuanto para partir, primero debió disolverse la sociedad conyugal.

b. Función de las publicaciones de edictos

Los derechos de los terceros interesados quedan gravemente limitados en virtud de lo dispuesto en los incisos finales del artículo 1985: «Dispondrá además la citación por edictos de los que tuvieren interés, para que comparezcan dentro del término de sesenta días. Los interesados que no comparecieren dentro del término solo tendrán acción contra los bienes del cónyuge deudor».

Por lo tanto, el vencimiento del término de 60 días de las publicaciones determina cuando un acreedor, por una obligación social contraída por un cónyuge, pierde la posibilidad de hacer efectivos sus derechos contra la mitad de gananciales correspondiente al otro.

Los únicos acreedores no perjudicados son los que tienen derechos adquiridos (art. 1993 CC).

194 Molla Camacho, Roque (informante), Asociación de Escribanos del Uruguay, Comisión de Derecho Civil, «Disolución de la sociedad conyugal. Embargo. Publicidad registral. Partición. Emplazamiento», *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, tomo 83, n.º 1-12 (ene.-dic. 1997), pp. 313-316. Villar, Juan Pablo (informante), Asociación de Escribanos del Uruguay, Comisión de Derecho Civil, «Separación de bienes. Disolución de la sociedad conyugal. Publicidad registral. Partición. Inoponibilidad», *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, tomo 102, n.º 1-12 (ene.-dic. 2016), pp. 389-396.

II. Derechos de los acreedores que no se presentaron en tiempo, en los casos de separación de bienes

La norma antes mencionada, que limita los derechos de los acreedores sociales que no se presentaron al llamado, no modifica en nada las reglas de la contribución a las deudas.

De esta manera, si otorgada la partición se presenta fuera del término legal un acreedor por una deuda ganancial contraída por un cónyuge y dirige su acción contra él, este, invocando el artículo 2015, puede deducir su acción contra el otro cónyuge para el reintegro de la mitad de lo que pagó, y este último podrá restringir su obligación y contribución al pasivo, invocando lo que el Código Civil llama *beneficio de inventario* (art. 2014), y la doctrina y algunos códigos extranjeros, *beneficio de emolumento*.

Vaz Ferreira define el beneficio de emolumento como la facultad de cada uno de los cónyuges o sus herederos de limitar su obligación y contribución a las deudas contraídas por el otro, al valor del beneficio extraído de la comunidad, y de hacer recaer el excedente sobre el cónyuge que contrajo las deudas o sobre sus herederos.

III. De los acreedores cuyos créditos nacen durante la comunidad posganancial

Expresa Vaz Ferreira[195] que en el transcurso de la indivisión pueden nacer ciertas deudas que, a pesar de ser posteriores a la disolución, deben figurar en el pasivo de la masa y ser pagadas con su activo. Entiende que son tales —aunque no figuren en la ley— los gastos de inventario, la venta de bienes y, en general, los necesarios para la liquidación, los gastos de administración de los bienes, el beneficio que resulta para la masa indivisa de los gastos realizados por uno solo de los indivisarios, los gastos de mantenimiento y reparación de bienes comunes, y los de gestión de una casa de comercio o de una explotación agrícola o industrial, por ejemplo.

Es así que los acreedores que surgieran con posterioridad a la disolución por causa de los gastos, costos o inversiones de los bienes que se hallan en comunidad —si compartimos la posición de Vaz Ferreira que parece pertinente porque aunque no lo diga expresamente la ley, si integran la comunidad post ganancial, los frutos y los bienes que reemplacen a los originarios, han de afectar a dicha comunidad, las deudas que se generen por el mantenimiento de los bienes que integran esa comunidad— deben ser citados para la realización del inventario y tasación, para que quede acreditado el monto de la mitad de gananciales del cónyuge no deudor, a los efectos de la oposición de este del beneficio de emolumento. Pero dichos acreedores solo pueden ir contra los bienes del cónyuge deudor porque la deuda es propia de este.

195 Vaz Ferreira, Eduardo, *Tratado de la sociedad conyugal* cit., tomo II, p. 238.

IV. Aplicación de lo expuesto al caso planteado

1. Si se hubiera tratado de una deuda ganancial, dado que el acreedor no se presentó al llamado dentro del término del emplazamiento, efectuada la partición, solo tiene acción contra el cónyuge deudor, AR, y este podrá dirigir su acción contra LKB para el reintegro de la mitad, quien le podrá invocar el beneficio de emolumento. Pero el embargo trabado contra AR no afecta el título del padrón 1000, porque el acreedor no tiene posibilidad de agredir el patrimonio de LKB.

2. Y si fue comprobado que la deuda la contrajo AR con posterioridad a la fecha en que se disolvió la sociedad conyugal, la deuda es propia de AR, y no puede dudarse de que el embargo trabado contra él no afecta el título del padrón 1000 adjudicado a LKB. Si dicha deuda la hubiera contraído AR a los efectos del mantenimiento de los bienes que integran la comunidad, deberá haberse incluido en el inventario, pero solo a los efectos de determinar el monto de la mitad de gananciales hasta el cual será responsable LKB frente a AR, si este le cobra la mitad de lo que pagó. Pero tampoco el embargo trabado contra AR afecta el bien adjudicado a LKB.

V. Conclusiones

1. El embargo trabado por el acreedor de una deuda propia de un cónyuge, contraída con posterioridad a la disolución de la sociedad conyugal, no afecta los bienes de propiedad del otro cónyuge.

2. Aunque la deuda fuera ganancial, tampoco el embargo trabado contra el deudor afectaría el título del bien adjudicado a LKB, porque al no presentarse al llamado de las publicaciones, perdió acción contra los bienes del cónyuge no deudor.

Esc. M.ª Beatriz Vázquez
Informante

La Comisión de Derecho Civil, integrada por los Escs. Adriana Amado, Karen Bonner, Sabrina Buono, María Inés Casatroja, Daniella Cianciarulo, Ana Correa, Gustavo Echavarría, Nicolás García Rodríguez, Adriana Goldberg, Alicia González Bilche, Lourdes González Fernández, Carlos Groisman, Adriana Inciarte, Florencia Manfredi, María del Rosario Marchese, Maximiliano Mauri, Ana Lía Méndez, Roque Molla, Laura Parnás, Ana Realini, María Ritacco, Mildred Secondo, Diego Séré, Adriana Silva, María Beatriz Vázquez y Juan Pablo Villar, aprueba el informe que antecede, elaborado por la Esc. María Beatriz Vázquez.

Escs. Roque Molla y Juan Pablo Villar
Coordinadores

Informe aprobado por la Comisión Directiva Nacional de la AEU el 11.12.2018, expediente 1966/2018.

DOMICILIO CONYUGAL. DIP. BIEN PROPIO. SUBROGACIÓN EN LA SOCIEDAD CONYUGAL

Resumen

Al ser el primer domicilio matrimonial en la ciudad de Nueva York, se consideró la ley aplicable en dicho estado, de conformidad al artículo 2397 del Código Civil.

Informes: Civil e Internacional

Consulta

Relación de hechos

El 14.6.2017 se celebró entre NZCA, viuda de sus únicas nupcias con DS, y JKF de BE (o JKK), estadounidense, casada en únicas nupcias con EMF de BE, contrato de compraventa del inmueble padrón …1, en cumplimiento de la promesa celebrada el 30.3.2017, la que fue inscripta.

El precio pactado ascendió a la suma de USD 540.000, que se abonaron USD 270.000 en la referida promesa y el saldo al tiempo de la compraventa.

En la cláusula séptima de la escritura de compraventa se manifestó el ánimo de subrogar, de la siguiente forma:

> La compradora, a través de su representante, declara que adquiere el inmueble objeto de esta compraventa con dinero que con esta finalidad le fue donado por su padre, KMK, por lo que expresamente manifiesta su ánimo de subrogar, de acuerdo con lo establecido en el artículo 1958 del Código Civil.

En la escritura se controló el poder y se consignó por la escribana autorizante que el apoderado tenía facultades para otorgar el acto, «según escritura de poder especial de 30.3.2017 que autorizó la suscripta, el que se encuentra vigente y cuya primera copia tengo de manifiesto».

La consultante adjuntó fotocopias de la compraventa del padrón …1 y de su promesa. En sus fundamentos transcribió la cláusula séptima ya citada, y agregó: «Teniendo en cuenta los artículos 1957 y 1958 del Código Civil, entiendo pertinente que la vendedora, JKF de BE (o JKK), puede vender sola».

También presentó la consultante fotocopia del documento privado de donación celebrado entre el Sr. KMK y su hija JKF de BE, en Nueva York, el 22.3.2017, por el cual el Sr. KMK donó a su hija JKF de BE, quien aceptó, «la suma de USD 1.090.000 con el fin de que la donataria adquiera los inmuebles padrones …1 y …2 del departamento de …, los que tendrán la

naturaleza de propios». El documento fue protocolizado el 30.3.2017 por el Esc. AERP, a solicitud de la Esc. ACFZ, quien autorizó la promesa de compraventa y la compraventa del padrón objeto de consulta. Posteriormente se agregó a la documentación fotocopias de la promesa y de la compraventa del padrón …2, donde se pudo comprobar que la Esc. ACFZ, en iguales fechas —30.3.2017 la promesa, 14.6.2017 la compraventa del bien padrón …2—, autorizó las mencionadas escrituras, anunciado y manifestado el ánimo de subrogar, respectivamente. El precio de la compraventa del bien padrón …2 fue de USD 550.000.

JKF de BE (o JKK) contrajo matrimonio con EMF de BE en la ciudad de Nueva York, el que fue su primer domicilio conyugal. De conformidad con lo informado por la escribana autorizante de las escrituras de compraventa de los bienes, entre los mencionados cónyuges existía el régimen de comunidad de bienes.

Informe de la Comisión de Derecho Civil

La determinación de cuál es la ley aplicable a una situación jurídica que se quiere hacer valer en Uruguay y que involucre a otro Estado dependerá de la existencia o no de tratado o convención entre los Estados involucrados. Si existe tratado o convención, este determinará la ley aplicable; en cambio, si no existe, será determinada por las normas nacionales de derecho internacional privado.

Entre Estados Unidos y Uruguay no existe tratado o convención que determine cuál es la ley aplicable en materia de regímenes matrimoniales, por lo cual, rigen las normas nacionales de derecho internacional privado.

Al respecto, el artículo 2397 del Código Civil dispone:

> Las relaciones de bienes entre los esposos se determinan por la ley del Estado del primer domicilio matrimonial en todo lo que no esté prohibido por la ley del lugar de la situación de los bienes, sobre materia de estricto carácter real.

De la consulta se desprende que el primer domicilio matrimonial fue en el estado de Nueva York. El presente informe se desarrolla sobre la base que ese fue el primer domicilio matrimonial.

El primer domicilio matrimonial es en Nueva York, y la ley aplicable en el estado de Nueva York, con relación al régimen patrimonial de los cónyuges en dicho estado, es la Ley de Relaciones Domésticas del Estado de Nueva York, artículo 236 (rep. 301/1999, exp. 20079/1999).

Se transcriben a continuación algunas de las disposiciones reglamentarias que son de interés para el caso planteado:

> *c*. La expresión «bienes conyugales» (propiedad conyugal) —en inglés, «*marital property*»— significa todos los bienes adquiridos por uno o ambos cónyuges durante el matrimonio y previo a la ejecución de un acuerdo de

separación al inicio de una demanda matrimonial, independientemente de la forma en que se posea el título, excepto que se haya establecido lo contrario por convenio, conforme al inciso 3.º de esta sección.

[…].

Inciso 3.º. *Acuerdo de partes*. Un acuerdo entre las partes, realizado antes o durante el matrimonio, tendrá validez y será exigible en una demanda matrimonial si dicho acuerdo fue realizado por escrito, firmado por las partes y certificado o verificado de la manera requerida para dar validez a una escritura. Dicho acuerdo puede incluir: 1) un contrato para realizar un disposición testamentaria de cualquier naturaleza o renuncia de un derecho de elección contra lo dispuesto en un testamento; 2) disposiciones sobre la propiedad, división o distribución de bienes propios y conyugales; 3) disposiciones sobre el monto y duración de pensión alimenticia […]. Los bienes conyugales no comprenderán los bienes propios como se los define a continuación.

[…]

d. La expresión *bienes propios* significa: 1) bienes adquiridos antes del matrimonio o adquiridos por legado, disposición testamentaria o sucesión o donación de una parte, cuando esta parte no sea el/la cónyuge; 2) indemnización por lesiones personales; 3) *bienes adquiridos a cambio de bienes propios o para incrementar el valor de estos*, salvo en la medida en que esa valorización se deba en parte a las contribuciones o esfuerzos del otro cónyuge; 4) *bienes descriptos como propios por convenio escrito entre las partes* conforme al inciso 3.º de esta sección [transcripto precedentemente; destacados nuestros].

De lo expuesto anteriormente se concluye que existen dos regímenes patrimoniales en el estado de Nueva York: *a*) *propiedad conyugal*, y *b*) *separación de bienes*, en caso de celebrarse entre los cónyuges un acuerdo de separación de bienes, el cual deberá ser por escrito y estar certificado para su validez, y podrá otorgarse antes o durante el matrimonio.

Del análisis de los hechos formulados en el caso sometido a consulta de esta comisión se desprende que rige entre los cónyuges la ley del primer domicilio matrimonial, o sea, del estado de Nueva York, y sin acuerdo de separación de bienes entre ellos, el régimen aplicable es el de la «propiedad conyugal» (*marital property*). Debemos tener en cuenta lo dispuesto por la Ley de Relaciones Domésticas antes relacionada, que establece: «La expresión *bienes propios* significa: […]; 3) bienes adquiridos a cambio de bienes propios o para incrementar el valor de estos, salvo en la medida en que esa valorización se deba en parte a las contribuciones o esfuerzos del otro cónyuge».

La referida ley admite el instituto de la subrogación amplia, en el cual los bienes adquiridos a cambio de bienes propios también lo son; por lo tanto, para que un bien tenga naturaleza de propio es suficiente que se adquiera con dinero propio, como es el dinero donado: tal es la consulta en estudio. Por lo tanto, si el primer domicilio matrimonial fue en el estado de Nueva York, los bienes adquiridos por JKF de BE con el producto de la donación de su padre KMK son propios.

Conclusión

De ser probado el primer domicilio matrimonial en el estado de Nueva York, el bien es propio de JKF de BE (o JKK).

Esc. Alicia Cancela
Informante

La Comisión de Derecho Civil, integrada por los Escs. Américo Bianchi, Alicia Cancela, María Inés Casatroja, María Laura Conde, Gustavo Echavarría, Nicolás García Rodríguez, Alicia González Bilche, Carlos Groisman, Ana Irabedra, Rossana Ivanier, Florencia Manfredi, María del Rosario Marchese, Francisco Mastropierro, Maximiliano Mauri, Roque Molla, María Alejandra Portillo, María del Pilar Ramírez, María Ritacco, Diego Séré, Adriana Silva, Mariella Spagnolo, Gonzalo Trobo, María Beatriz Vázquez y Juan Pablo Villar, aprueba el informe que antecede, elaborado por la Esc. Alicia Cancela.

Escs. Roque Molla y Juan Pablo Villar
Coordinadores

Informe de la Comisión de Derecho Internacional Privado

Aunque la consultante no lo expresa, puede pensarse que la adquirente de la última compra, al ser de nacionalidad y con pasaporte estadounidense, contrajo matrimonio en Estados Unidos.

En tal caso, habrá que determinar por medios convincentes la constitución del primer domicilio del matrimonio citado, punto de conexión recogido por todas las normas convencionales y legales que integran nuestro ordenamiento jurídico. No se busca una convicción absoluta, sino que se aporten aquellos elementos que a juicio de la autorizante inspiren confianza acerca de la conformación del primer domicilio matrimonial, sobre todo para que la solución dada sea compartida por aquellos colegas que puedan actuar con posterioridad al otorgamiento que se desea realizar. Respecto de este punto esencial, nada se ha dicho, por lo que la consultante tendrá la carga de indagar los extremos aludidos.

Lugar de matrimonio y lugar del primer domicilio matrimonial no siempre coinciden. Continuando con la hipótesis de que el matrimonio se celebró en Estados Unidos, y que allí se constituyó el primer domicilio, hay que recordar que dicho país es un Estado federado, compuesto de cincuenta estados más uno asociado, donde la circulación interna es muy intensa y la legislación en materia de derecho de familia varía sensiblemente de un

estado a otro. Es perfectamente posible que el primer domicilio matrimonial se haya constituido en un estado de la Unión y, en la actualidad, el matrimonio tenga domicilio en otro estado.

El instituto de la subrogación también puede tener variantes importantes en cada estado y estar prohibido o habilitado según cada legislación estadual.

Por lo expuesto, cabe afirmar que no habiéndose aportado medios de prueba de los dos extremos exigidos —matrimonio y primer domicilio—, y tampoco que el caso sea realmente internacional, esta comisión solo puede aportar lo señalado precedentemente.

Finalmente cabe mencionar que la donación fue instrumentada en documento privado, lo que no cabe objetar en su formalidad, pero sí que las firmas de los otorgantes no fue certificada: si bien podría pensarse que la donataria era la persona que firmó, en atención a su comportamiento notarial posterior, no es posible acreditar que el donante haya sido realmente el padre de esta, elemento básico para que la subrogación pueda tener lugar (si es que lo permite la ley aplicable).

Esc. Ruben Santos Belandro
Informante

La Comisión de Derecho Internacional Privado, integrada por los Escs. Mariana Ulery, Alezandra Lupi, María Laura Capalbo y Ruben Santos Belandro, aprueba el informe que antecede, elaborado por el Esc. Ruben Santos Belandro.

Informes aprobados por la Comisión Directiva Nacional de la AEU el 11.12.2018, expediente 1591/2017.

PROMESA DE COMPRAVENTA. MULTA. CLÁUSULA PENAL. NULIDAD

Resumen

La interpretación de una disposición contractual ambigua o contradictoria, de acuerdo al artículo 1304 del Código Civil, debe realizarse a favor del deudor. Ya sea por ilicitud del objeto o de la causa, una cláusula penal desproporcionada con relación al monto del negocio es considerada por la doctrina como nula y, por ende, no ejecutable. La función notarial de prevención del conflicto y realización pacífica del derecho impone garantizar a los contratantes un tratamiento igualitario, de acuerdo a los criterios usuales de equidad, evitando la inclusión de estipulaciones que se traduzcan en desequilibrios o abusos para cualquiera de las partes.

Informes: Civil y Notarial

Consulta

El juzgado remitente solicita informar, a solicitud de parte, sobre si es legal y/o conforme a la práctica notarial el monto de la multa establecida en el contrato de «compromiso de compraventa» de autos, que en guarismos la establece en $ 1.000, pero en letras dice «diecisiete mil»; y cómo debe interpretarse, cuál de los dos montos es acorde a la práctica notarial y a la buena fe en los contratos.

Informe de la Comisión de Derecho Civil

La Comisión de Derecho Civil, integrada por los Escs. Adriana Amado, Sabrina Buono, Miguel Burdín, Ana Correa, Gustavo Echavarría, Rosana García Paz, Nicolás García Rodríguez, Adriana Goldberg, Alicia González Bilche, Mariana González Bonaudi, Florencia Manfredi, María del Rosario Marchese, Ana Lía Méndez, Roque Molla, Laura Parnás, Ana Lucía Realini, Diego Séré, María Sienra, Adriana Silva y Juan Pablo Villar, se adhiere al informe elaborado por la Comisión de Derecho Notarial y Técnicas Notariales.

Escs. Roque Molla y Juan Pablo Villar
Coordinadores

Informe de la Comisión de Derecho Notarial y Técnicas Notariales

I. En cuanto a la interpretación del contrato

Primeramente debemos precisar que el documento aludido, que luce fecha 3.8.2004, contiene múltiples imprecisiones técnicas referidas a la regulación de las obligaciones que pretende crear, lo que constituye una dificultad adicional para la interpretación de la voluntad de las partes, no solamente en cuanto al monto de la multa pactada.

Por ejemplo, a pesar de que se rotula como compromiso de compraventa, y en su primera cláusula el Sr. FB «se obliga a vender» al Sr. RG, «quien se obliga a comprar la propiedad y posesión» del inmueble padrón XX, en la cláusula tercera se establece que la escritura definitiva de «compraventa de derechos posesorios se otorgará con los sucesores de GT y CL».

En particular sobre la multa pactada, que, como se señaló, difiere sustancialmente lo consignado en guarismos ($ 1.000) con lo establecido *in extenso* ($ 17.000), una primera lectura sugiere que para quien incumpliera existiría una desproporción muy gravosa entre esta última cifra con el monto del precio del negocio, que fue de $ 2.000. En consecuencia, para resolver la contradicción, si bien debemos estar al principio de la autonomía de la voluntad en la contratación, aceptando incluso que en casos particulares existen situaciones de urgencia u otros motivos materiales o morales que obligan a una persona a contratar en situación desfavorable, en la práctica notarial es necesario tener en cuenta otros principios, tanto de base legal como doctrinarios, en los que se funda la profesión, así como los derivados de los usos y costumbres.

En virtud de no constituir materia de esta comisión, por tratarse de un tema de derecho de fondo, nos remitiremos breve y textualmente al informe de la Comisión de Derecho Civil[196] a propósito de una consulta sobre la configuración de usura en los intereses compensatorios, moratorios y punitorios convenidos en un contrato de hipoteca otorgado durante la vigencia del decreto-ley 14887, de 17.4.1979, disposición que es también aplicable al caso en consulta.

En el informe señalado se cita a Rodríguez Russo, quien siguiendo a Messineo expresa que en los casos en que los métodos de interpretación previstos en la ley no pueden eliminar la oscuridad o ambigüedad, «porque no se trata de una discordancia entre letra y espíritu ni tampoco de dudas o ambigüedades, sino de que el contrato no es inteligible, debe recurrirse a una regla de asignación objetiva de significado a la norma contractual». Tal

196 Molla Camacho, Roque (informante), Asociación de Escribanos del Uruguay, Comisión de Derecho Civil, «Autonomía de la voluntad. Hipoteca. Usura. Intereses moratorios», *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, tomo 101, n.º 1-12 (ene.-dic. 2015), pp. 389-397.

regla es el principio *favor debitoris*, que inspira numerosas disposiciones de la mayoría de los códigos civiles; en el nuestro se encuentra plasmado en el artículo 1304, inciso 1.º: «En los casos dudosos que no puedan resolverse según las bases establecidas, las cláusulas ambiguas deben interpretarse a favor del deudor».

El nombrado autor también recurre a Gamarra para argumentar que

> la obligación es un estado excepcional, que no se presume, por lo que en la duda sobre la extensión de la obligación es necesario interpretarla restrictivamente. La duda no debe estar en la existencia de la obligación, sino sobre su contenido y alcance […]. El principio fundamental que inspira todo el sistema es la libertad, es estar desobligado.

En consecuencia, «cuando el sujeto consiente en obligarse a través de un contrato, racionalmente es dable pensar que lo hace en los términos menos gravosos, en la forma más conveniente a sus propios intereses».

II. Con relación al régimen legal

Entendemos que las conclusiones del multicitado informe de la Comisión de Derecho Civil son plenamente aplicables al caso objeto de esta consulta, tanto en lo que refiere a la interpretación del contrato de compromiso de compraventa como en cuanto a determinar si el monto de la multa por incumplimiento de $ 17.000 con relación a un precio de venta de $ 2.000 vulnera el régimen legal sobre usura.

Al efecto, transcribimos la conclusión de dicho informe en lo medular:

> En nuestra opinión, más allá de la posición que habíamos defendido acerca de la inaplicabilidad de las normas sobre usura a los intereses moratorios y penas bajo la égida del decreto-ley 14887, en el caso, la nulidad de las penas establecidas puede derivar de su ilicitud por ser contrarias a las buenas costumbres, en virtud de su desproporción respecto del capital prestado. Por lo tanto, para ambas posiciones correspondería la aplicación de la sanción impuesta por el mencionado artículo 2.º del decreto-ley 14887, esto es, que las penas establecidas serían nulas —por ilicitud del objeto, en la posición de Cafaro y Carnelli, o de la causa, para la posición tradicional— y, por ende, insusceptibles de ejecución.

Por otra parte, y más allá de lo que estrictamente prevé el derecho positivo, cuyo cumplimiento es la primera obligación del escribano al intervenir en la contratación, la función notarial también abarca una serie de exigencias para asegurar la finalidad que le impone el sistema jurídico, que al decir de la profesora Siri, en sus trabajos doctrinarios, «es la prevención del conflicto y la realización pacífica del derecho, lo que logra mediante su asesoramiento imparcial, equilibrante y conformador de la voluntad de las partes».

III. Los usos y costumbres notariales

A pesar de que no consta en la documentación aportada que en la redacción del compromiso de compraventa haya actuado un escribano —aun cuando *in fine* se solicita la intervención notarial—, a fin de responder la consulta planteada, seguidamente nos referiremos a algunos de los principios que informan los usos y costumbres notariales en la materia.

La realización pacífica del derecho constituye una finalidad superior de las sociedades democráticas que implica lograr la equidad y justicia en el desarrollo de las relaciones sociales y económicas de sus integrantes. Por tal razón, todos los regímenes notariales imponen un deber de imparcialidad en el ejercicio de la función, tanto en el asesoramiento como en la creación de la relación jurídica de que se trate, que asegure el resguardo de los derechos de todas las partes involucradas.

En particular, ese deber de imparcialidad implica informar a los contratantes sobre sus derechos, sus obligaciones y las consecuencias jurídicas de sus actos, además de garantizar que las personas están realizando tales actos en forma libre y consciente; pero a la vez, prevenir los desequilibrios o abusos que constituyen, entre otras, las estipulaciones que de acuerdo al criterio usual de equidad pueden considerarse leoninas o usurarias.

Estos principios, que históricamente han informado la actuación notarial desde la doctrina, actualmente también constituyen obligaciones legales, pues las leyes de relaciones de consumo las han plasmado en normas sobre los derechos del consumidor a ser informado con claridad y al tratamiento igualitario, implícitamente aplicables al escribano en su función de proveedor de servicios notariales.

En razón de tales fundamentos, si bien no existen criterios uniformes, los usos y costumbres notariales en la especie se sitúan en porcentajes que en general no superan el saldo de precio del negocio —en este caso no existe, pues en el compromiso se dio carta de pago total— o el cincuenta por ciento del precio total.

Por todo lo expuesto, en el caso de la consulta resulta razonable inferir que la multa pactada debió ser de $ 1.000, pues de haberse convenido en $ 17.000, monto totalmente desproporcionado con relación al precio del negocio, sin duda calificaría como una cláusula leonina. De haber intervenido un escribano en su redacción o certificación, debió abstenerse de incluirla en el contrato.

IV. Conclusiones

1. La interpretación de una disposición contractual ambigua o contradictoria, de acuerdo al artículo 1304 del Código Civil, debe realizarse a favor del deudor.

2. Ya sea por ilicitud del objeto o de la causa, una cláusula penal desproporcionada con relación al monto del negocio es considerada por la doctrina como nula y, por ende, no ejecutable.

3. La función notarial de prevención del conflicto y realización pacífica del derecho impone garantizar a los contratantes un tratamiento igualitario de acuerdo a los criterios usuales de equidad, evitando la inclusión de estipulaciones que se traduzcan en desequilibrios o abusos para cualquiera de las partes.

Esc. Susana Chao Peña
Informante

La Comisión de Derecho Notarial y Técnicas Notariales, integrada por los Escs. Carlos del Campo, Eliane D'Andrea, Mirta Sosa, Natalia Machín y Susana Chao Peña, aprueba el informe que antecede, elaborado por la Esc. Susana Chao Peña.

Esc. Susana Chao Peña
Coordinadora alterna

Informes aprobados por la Comisión Directiva Nacional de la AEU el 11.12.2018, expediente 1846/2018.

PAGA POR ENTREGA DE BIENES. CESIÓN DE DERECHOS HEREDITARIOS. CESIÓN DE DERECHOS. DERECHOS DEL PROMITENTE COMPRADOR. INCLUSIÓN FINANCIERA. ACUERDOS REPARATORIOS. DELITOS PENALES

Resumen

La causa de la paga de entrega de bienes como título justificante para transferir el dominio es la extinción de una deuda.
Este negocio extintivo puede estar constituido por cesión de derechos hereditarios, preferentemente con exclusión de responsabilidad por el pasivo, o por cesión de derechos de promitente comprador.
La Ley de Inclusión Financiera no alcanza a la paga por entrega de bienes porque no existe entrega de dinero.

Informe: Civil

Consulta

Relación de hechos

1. La Sra. SC trabajó en la empresa XX S.A. desde el 4.6.1979 hasta el 18.5.2018, en carácter de secretaria administrativa y como encargada de cobranzas.

2. Se constató por parte de la sociedad que SC se apropió de dinero de las cobranzas realizadas.

3. Se iniciaron las acciones correspondientes ante la Fiscalía de Delitos Económicos, y el 28.6.2018 se llegó a un acuerdo reparatorio en que se estableció lo siguiente:

a. La imputada SC reconoció su accionar ilícito.

b. Que el hecho delictivo se adecua típicamente a un delito continuado de estafa, conforme a lo dispuesto en los artículos 58, 60.1 y 347 del Código Penal.

c. En base a lo dispuesto por los artículos 393 a 396 del nuevo Código de Proceso Penal (NCPP), las partes arribaron a un acuerdo reparatorio en los siguientes términos: *c*.1) la imputada cederá a la denunciante todos los derechos que le corresponden sobre el inmueble padrón …, y la instrumentación de la operación proyectada quedando sujeta a su aprobación por parte de la AEU; *c*.2) que la entrega de la posesión del inmueble se efectuará a más tardar el 30.9.2018, sin perjuicio de los trámites notariales necesarios; *c*.3) que por el saldo correspondiente al resto adeudado, debido a que el valor del inmueble no es suficiente, la imputada pagará a la referida sociedad la suma de $ 7.500 por mes, reajustables anualmente por IPC, durante cinco años, pago que realizará a través de las redes de cobranza Abitab o RedPagos.

4. La Sra. SC es propietaria de derechos hereditarios que le pudieren corresponder sobre el inmueble … Dicho inmueble fue prometido en venta por el Banco Hipotecario del Uruguay (BHU) a sus padres, RC y CC, según promesa de 29.11.1988, no inscripta. El 15.7.1990 fallece RC, casado en únicas nupcias con CC. A la fecha, no se tramitó la sucesión. El 8.2.2018 fallece CC, viuda.

La Sra. SC es la única hija del matrimonio.

Al día de hoy, se está en condiciones de escriturar el inmueble a favor de los promitentes compradores o sus sucesores a cualquier título.

Una vez tramitadas ambas sucesiones y declarada única y universal heredera a SC, esta será la única que tendrá derechos de promitente compradora sobre el referido inmueble.

5. Dicho inmueble ha sido tasado y no cubre la deuda generada, por lo cual se hará también el pago en cuotas referido.

Consulta

1. La cesión de derechos hereditarios que se tiene proyectado otorgar entre SC y su exempleadora resultante del acuerdo reparatorio tiene su origen en un delito de estafa; de no haberse configurado el delito, la Sra. SC no cedería derecho alguno sobre el inmueble referido de la manera en que se acordó hacerlo. En el acuerdo reparatorio no se habla de precio; no hay «ventaja o provecho». Es decir, la causa del negocio que lo motiva o da origen es un delito cometido por la persona que tiene derechos sobre el

inmueble, derechos de origen sucesorio que aún no han sido declarados judicialmente.

2. Una vez culminen las sucesiones relacionadas y se declare única y universal heredera en ambas a la Sra. SC, esta estaría en situación de ceder sus derechos, y el cesionario puede presentarse ante el BHU y pedir la escrituración del inmueble, en cumplimiento de la promesa de 1988.

La consultante se plantea dos opciones: ceder los derechos de promitente comprador que recibió por herencia o ceder los derechos hereditarios de ambas sucesiones.

3. Incidencia de la Ley de Inclusión Financiera (LIF).

Opinión de la consultante

1. Respecto al primer punto consultado, la consultante entiende que podría interpretarse que la causa lícita de esa cesión reparatoria sería el propio NCPP, en sus artículos 393 a 396, que prevén esos acuerdos reparatorios. Se plantea si en el documento a otorgarse se establecería una cláusula de antecedentes donde se mencione todo lo referente al acuerdo reparatorio y en cuyo cumplimiento se ceden los derechos.

Concluye que la causa lícita serían los artículos 393 a 396 del NCPP.

2. Con relación al segundo tema, entiende que no pueden instrumentarse ninguna de las cesiones propuestas, es decir, ni la cesión de derechos de promitente compradora ni la cesión de derechos hereditarios. Cabría en este caso una paga por entrega de bienes en la cual debe relacionarse una «deuda anterior» que justifique el pago a través de la traslación de dominio de un bien o de los derechos que se posea sobre un bien, como en el caso en cuestión.

Concluye que debe realizarse una paga por entrega de bienes una vez que se culminen los trámites sucesorios.

3. Si la opción elegida es la dación en pago, esta no está alcanzada por la Ley de Inclusión Financiera (LIF), a pesar de que todas estas actuaciones fueron hechas con posterioridad al 1.4.2018 y que fue durante el mes de mayo de 2018 que se detectó el faltante de dinero que originó las investigaciones y derivó en el acuerdo reparatorio.

El período declarado de las actuaciones fue de 2012 a 2018, y le genera dudas el artículo 40 de la LIF (la consultante cita el art. 40 original y no el que fue modificado por la ley 19478).

Concluye que la dación en pago no estaría alcanzada por la LIF, a pesar de ser las actuaciones posteriores al 1.4.2018, dado que por fecha cierta en los documentos judiciales relacionados, se trata de deudas generadas con anterioridad.

Informe de la Comisión de Derecho Civil

De acuerdo a los hechos referidos, existe una deuda por parte de SC a favor de su exempleadora debido a un delito cometido (la primera se apropió de dinero de la segunda).

Siguiendo con el procedimiento judicial correspondiente, se llegó a un acuerdo para que SC restituya lo debido y repare el daño cometido a la sociedad para la cual desempeñaba funciones de cobranza.

Como manifiesta la consultante, claramente en el caso puede otorgarse paga por entrega de bienes, ya que se dan los elementos necesarios para ese negocio, esto es, existe una situación primaria, que es el daño causado por SC, y un negocio secundario, que es el acuerdo para extinguir en parte la obligación de restituir lo sustraído y de reparar el daño ocasionado mediante paga por entrega de bienes. Decimos «en parte» porque, de acuerdo a lo manifestado por la consultante, se reintegrará parte del dinero sustraído.

La causa del negocio paga por entrega de bienes, en el sentido de causa como justificación del título hábil para transferir el dominio (art. 769, num. 3.º CC), es lícita y consiste en una obligación. En el caso que nos ocupa, SC se apropió de dinero ajeno y así produjo daño a la empresa para la cual trabajaba; debe restituir lo debido y reparar ese daño, y a esos efectos pagará, y lo hará mediante una paga por entrega de bienes.

Despejada la primera interrogante sobre la licitud de la causa, corresponde responder cuál será el contenido de dicha paga: ¿cesión de derechos hereditarios o cesión de derechos de promitente compradora? Esta decisión deberán tomarla las partes (son viables las dos).

La cesión de derechos hereditarios puede constituir el objeto de la paga por entrega de bienes, siendo advertida la cedente de que cede todo el contenido de la herencia —si es que existe otro contenido— y no solo los derechos sobre el inmueble referido. Si la masa hereditaria está compuesta por otros bienes, puede excluirlos de la cesión (asimismo, es prudente que se excluya de la cesión la asunción del eventual pasivo; de lo contrario, la cesionaria también será responsable de él). En ese caso, la sociedad recibirá como pago de la deuda derechos hereditarios y procederá a tramitar las respectivas sucesiones.

Pero como se dijo, la cesión de derechos de promitente compradora también puede ser objeto de la paga por entrega de bienes; para ello es necesario, en el caso, que se obtenga la autorización del BHU para trasmitir esos derechos.

Resulta aconsejable, a los efectos del tráfico jurídico de la documentación, que se tramite la sucesión y se incluyan los derechos de promitente comprador antes de la paga por entrega de bienes.

El bien «entregado» son los derechos de promitente comprador, así como en el caso anterior son los derechos hereditarios.

Con relación a la duda planteada sobre la redacción del contenido de la paga por entrega de bienes, excede a esta comisión ingresar en ese aspecto, pero sí advierte la informante que en la cláusula de antecedentes de ese documento debe establecerse claramente el origen de la deuda, que en el caso es el daño causado por el delito cometido, lo cual, como se manifestó anteriormente, es ajeno totalmente a la causa del otorgamiento de la paga por entrega de bienes.

Por último, en lo que refiere a la LIF, la consultante cita el artículo 40 original de la ley 19210, que fue modificado por la ley 19478. El artículo 40, inciso 1.º original decía lo siguiente:

> A partir del primer día del mes siguiente al año a contar desde la vigencia de la presente ley, el pago del precio en dinero de toda transmisión de derechos sobre bienes inmuebles a través de cualquier negocio jurídico que constituya título hábil para transmitir el dominio y los derechos reales menores, así como el de las cesiones de promesas de enajenación, de derechos hereditarios y de derechos posesorios sobre bienes inmuebles cuyo importe total supere el equivalente a 40.000 UI (cuarenta mil unidades indexadas), deberá cumplirse a través de medios de pago electrónicos, cheques certificados cruzados no a la orden o letras de cambio cruzadas emitidas por una institución de intermediación financiera a nombre del comprador.

La ley 19478, en su artículo 12, dio nueva redacción a ese artículo:

> (Enajenaciones y otros negocios sobre bienes inmuebles). A partir del 1.º de julio de 2017, el pago en dinero de toda operación o negocio jurídico sobre bienes inmuebles realizado a partir de dicha fecha cuyo importe total supere el equivalente a 40.000 UI (cuarenta mil unidades indexadas) deberá cumplirse a través de medios de pago electrónicos, cheques comunes o de pago diferido cruzados no a la orden o letras de cambio cruzadas emitidas por una institución de intermediación financiera a nombre del adquirente, con excepción de lo previsto en el inciso siguiente.

En la redacción original del artículo 40 estaba incluida la cesión de derechos hereditarios, no así en la redacción sustituta, y por su tenor —«pago de toda operación o negocio jurídico sobre bienes inmuebles»—, la cesión de derechos hereditarios no se regula por este artículo, sino por el 35 o 36, según el monto del negocio.

La cesión de derechos de promitente comprador de bienes inmuebles sí queda alcanzada por el artículo 40. Pero de todas formas, lo que no queda alcanzado por él es el negocio paga por entrega de bienes, porque justamente una de sus características es que no puede cumplirse con dinero, sino con bienes.

En el caso planteado, en la paga por entrega de bienes cuyo contenido será la cesión de derechos hereditarios o la cesión de derechos de promitente compradora, no es de aplicación la LIF.

En lo que respecta al saldo que debe pagar SC por ser insuficiente el valor del inmueble y, por ende, de los derechos que se transferirán, en nuestra

opinión está alcanzado por los artículo 35 o 36, según el monto, debido a que si bien el delito se cometió con anterioridad al 1.4.2018, según lo dicho, entendemos que no es una hipótesis que haya contemplado el legislador cuando se refirió a fecha comprobable o comprobada. Esta referencia se utilizó pensando en pagos realizados con anterioridad —y que dichos pagos no queden incluidos— y en negocios comenzados con anterioridad.

No parece acertado entender que en este caso el delito cometido con anterioridad —y por ende, el daño causado con anterioridad, aunque comprobado después del 1.4.2018— amerite que los pagos queden fuera del alcance de la LIF. En nuestra opinión, dichos pagos deberán hacerse por los medios previstos en el artículo 35, que permite cualquier medio de pago que no sea efectivo, o por el artículo 36, que los reduce a medios de pagos electrónicos, letras de cambio, cheques cruzados no a la orden, cheques de pago diferidos cruzados o acreditación en cuenta.

Según surge de los hechos planteados, se acordó que los pagos se realicen a través de Abitab o RedPagos. Cabe aclarar que el pago en cuentas pertenecientes a estas instituciones no cumple con lo previsto en la LIF porque no implican «acreditación en cuenta» en el sentido legal, pues no son instituciones bancarias.

Así, el pago debe hacerse con medios de pago electrónicos, con acreditación en cuentas bancarias o mediante los títulos valores antes mencionados.

Conclusiones

1. La causa del negocio paga por entrega de bienes, como justificante del título hábil para transferir el dominio, es la extinción de una deuda. Debe restituirse lo debido y repararse el daño, lo que se hará parte en dinero y parte por medio de la paga por entrega de bienes.

2. Puede ser objeto de la paga la cesión de derechos hereditarios, en cuyo caso es aconsejable que la cedente no tenga otros bienes que integren la masa hereditaria si su objetivo es solo trasmitir los derechos sobre el inmueble en cuestión; también que la cesionaria se exonere del pago del pasivo.

3. Pueden también ser objeto de dicho negocio los derechos de promitente compradora; para ello debe obtenerse, en el caso, autorización del BHU para su trasmisión.

4. La paga por entrega de bienes no queda alcanzada por la LIF.

5. El pago de las cuotas que asumió la deudora, también reparatorias del daño, debe hacerse cumpliendo con lo dispuesto por el artículo 35 o 36 de la LIF, con la redacción dada por la ley 19478 y el decreto 350/017.

6. El pago realizado en cuentas pertenecientes a Abitab o RedPagos no cumple con las disposiciones referidas porque no es acreditación en cuenta ni pago mediante medios electrónicos y demás previstos en la norma.

La acreditación en los instrumentos de dinero electrónico que cada una de las redes ha emitido —tarjeta MiDinero (RedPagos) y tarjeta Abitab— está habilitada por el artículo 3.º *bis* del decreto 351/017.

Esc. Daniella Cianciarulo
Informante

La Comisión de Derecho Civil, integrada por los Escs. Adriana Amado, Sabrina Buono, Miguel Burdín, Ana Correa, Gustavo Echavarría, Rosana García Paz, Nicolás García Rodríguez, Adriana Goldberg, Alicia González Bilche, Mariana González Bonaudi, Florencia Manfredi, María del Rosario Marchese, Ana Lía Méndez, Roque Molla, Laura Parnás, Ana Lucía Realini, Diego Séré, María Sienra, Adriana Silva y Juan Pablo Villar, aprueba el informe que antecede, elaborado por la Esc. Daniella Cianciarulo.

Escs. Roque Molla y Juan Pablo Villar
Coordinadores

Informe aprobado por la Comisión Directiva Nacional de la AEU el 11.12.2018, expediente 1962/2018.

COMPRAVENTA JUDICIAL. CONTRIBUCIÓN INMOBILIARIA. DEUDA TRIBUTARIA. JUSTO TÍTULO. BUENA FE

Resumen

Escrituración judicial sin título por cobro de contribución inmobiliaria (ley 9189).

Informes: Civil y Procesal

Consulta

Relación de hechos

1992. Por escritura de 14.8.1992, inscripta en el Registro de Traslaciones de Dominio el 10.9.1992, el juez letrado subrogante, en representación de los propietarios, enajenó por compraventa y tradición a H S. A. el inmueble padrón …, en cumplimiento de remate público de fecha 14.11.1991 reali-

zado por la Intendencia por deuda de contribución inmobiliaria. En dicha escritura, el escribano actuante en las constancias expresó lo siguiente:

> No se consigna procedencia del inmueble referenciado por carecer de información registral ni antecedente, habiéndose sacado a remate de acuerdo a lo establecido en el artículo 280 de la Constitución, al artículo 378 de la ley 12802, de 30 de noviembre de 1960, y la resolución 6464/1975, de 28 de agosto de 1975, de la Intendencia Municipal.

En el remate judicial, la Intendencia efectuó la intimación a los propietarios, con las publicaciones correspondientes y con el emplazamiento genérico a quienes entendió propietarios o sus sucesores; no compareció nadie en plazo.

2007. Por escritura de 21.6.2007, inscripta en el Registro de la Propiedad Inmueble, H S. A. prometió enajenar a S S. A. el padrón de referencia. Por escritura de 6.8.2007 se cumplió la promesa de referencia, lo que también se inscribió.

Se carece de demás antecedentes dominiales.

Dado que del Registro no surgen titulares dominiales en los anteriores treinta años ni se encuentran en nuestro poder los títulos anteriores, en base a lo consignado anteriormente no es posible «construir» los últimos treinta años del inmueble: no es posible realizar el estudio de títulos correspondiente por ese plazo, ya que no se conocen los titulares del inmueble anteriores a 1992.

Consulta

Se consulta si la escritura judicial de 1992 puede ser considerada como *justo título* y *con buena fe*, o si es necesaria la búsqueda de los titulares anteriores a la compraventa judicial referida. Esto último no resulta factible, ya que se desconoce quiénes son y, por ende, no puede verificarse la bondad de los títulos en el plazo de la prescripción treintenaria.

Se consulta además si en el caso planteado puede tenerse en cuenta el plazo de prescripción veintenaria y actuar sin los antecedentes de la compraventa judicial de 1992.

Fundamento legal y doctrinario

El artículo 1.º de la ley 9189 de la asamblea deliberante promulgada por el Poder Ejecutivo el 4.1.1934 dispone: «Los inmuebles comprendidos en el territorio de la República y poseídos a cualquier título pagarán por concepto de contribución inmobiliaria una cuota anual [y a continuación se establece la escala del impuesto]».

Los inmuebles no son sujetos de derecho y carecen de personería jurídica, de modo que no pueden pagar nada. Lo que se debe, si no se paga, el Municipio lo cobra ejecutando el inmueble, y del precio se extrae el importe de la deuda y los gastos causídicos. Los sujetos de derecho son:

como acreedores, los municipios; como deudor, el propietario o poseedor a título personal. Pero el impuesto incide sobre el bien directamente, y el acreedor no puede desviar la acción e ir contra otra persona que no sea el titular de esos derechos; tampoco puede desentenderse del inmueble afectado por el impuesto e ir contra otros bienes del deudor. Es evidente que es una concepción artificial que da la idea de lo que quiso el legislador: hacer soportar la carga del impuesto al inmueble. Tenga este o no titular de derecho posesión, el impuesto se debe lo mismo y se cobra forzando la venta judicial del bien.[197]

La ley 9189 menciona los requisitos preparatorios a la ejecución, los cuales son formales y deben cumplirse estrictamente. Aunque no se descubra quién es el propietario o el poseedor, la ejecución tiene que continuar contra los propietarios desconocidos, emplazándose a todo a quien se considere con algún derecho en el bien.[198]

El emplazamiento genérico y posterior nombramiento de defensor de oficio, si finalmente no comparece nadie, es el medio de lograr una ejecución perfecta, sin nulidad por emplazamientos defectuosos.[199]

Como se mencionó anteriormente, en el caso planteado se dio cumplimiento a lo establecido en el artículo 24 de la referida ley. Esta no prohíbe escriturar sin título, porque lo autoriza en algunos casos, como cuando permite la venta de cosa ajena (art. 1669 CC). Puede, pues, escriturarse el inmueble sin título cuando se han agotado los medios que la ley exige —en el caso, en la ejecución por falta de pago de la contribución inmobiliaria— y así no tener que estudiar hoy los últimos treinta años de propiedad del inmueble.[200]

Opinión del consultante

Cumplidos todos los requisitos de fondo y forma en la escritura de compraventa en cumplimiento de remate de 1992, inobservable desde el punto de vista de la legislación viviente, y siendo el tracto sucesivo una cuestión fundamentalmente registral y no de derecho de fondo, en virtud de incluso admitir nuestro código la venta de cosa ajena, entendemos configurado el elemento *justo título*. No es fundamento de fondo admisible para su cuestionamiento la no consignación de los antecedentes dominiales, ya que no existe norma de rango legal que establezca como requisito de validez del negocio jurídico compraventa que daba consignarse cómo hubo el vendedor el objeto del negocio.

197 Lagarmilla Pérez, Jorge, y Curi Zagia, José (informantes), «Ejecución de inmuebles por deudas de contribución inmobiliaria», *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, tomo 61, n.º 7-8 (jul.-ago. 1975), pp. 610-620.
198 Ídem.
199 Ídem.
200 Ídem.

Con relación al requisito de *buena fe*, la única herramienta que pudieron empuñar los entonces mejores postores —también el ejecutante— fue el emplazamiento genérico a todos los que se considerasen con derechos, hechas las publicaciones correspondientes en el *Diario Oficial* y otro local. Dada la oportunidad de comparecencia, y ante su falta, tanto el ejecutante como el mejor postor agotaron las posibilidades y herramientas jurídicas que estaban a su disposición para permitir a potenciales propietarios ejercitar sus derechos.

Informe de la Comisión de Derecho Civil

Esta comisión comparte las conclusiones del consultante. El tema objeto de la consulta ha sido evacuado en informe del Esc. Curi Zagia, al que nos remitimos.[201]

En conclusión, y atento a lo dispuesto por la ley 9189, de 4.1.1934, otorgada la compraventa judicial en cuestión y cumplidos los trámites requeridos por la norma citada, tal como surge de la propia escritura, el título no resulta observable ni resulta necesario alegar la prescripción veintenaria.

Esc. Laura Parnás
Informante

La Comisión de Derecho Civil, integrada por los Escs. Juan Pablo Alonso, Jorge Carneiro, Nicolás García Rodríguez, Mariana González Bonaudi, Carlos Groisman, María del Rosario Marchese, Ana Lía Méndez, Roque Molla, Laura Parnás, Margarita Puertollano, Ana Lucía Realini, Diego Séré, Adriana Silva y Juan Pablo Villar, aprueba el informe que antecede, elaborado por la Esc. Laura Parnás.

Escs. Roque Molla y Juan Pablo Villar
Coordinadores

Informe de la Comisión de Técnica Notarial Procesal

La Comisión de Técnica Notarial Procesal, integrada por los Escs. Mariela Decaro, Gabriela Hormaizteguy, María Cristina Lamela y Claudia Fernández Echeverry, ha estudiado la documentación agregada y comparte la

201 Lagarmilla Pérez, Jorge, y Curi Zagia, José (informantes), «Ejecución de inmuebles por deudas de contribución inmobiliaria», *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, tomo 61, n.º 7-8 (jul.-ago. 1975), pp. 610-620.

opinión del consultante respecto a que la escritura judicial de 1992 puede ser considerada como justo título y con buena fe, dado que en ella se cumplió con todos los requisitos de fondo y forma, y que en el expediente de juicio ejecutivo se dieron todas las garantías del debido proceso.

Esc. Mariela Decaro
Coordinadora

Informes aprobados por la Comisión Directiva Nacional de la AEU el 11.12.2018, expediente 1994/2018.

DONACIÓN. VALIDEZ DE LOS CONTRATOS. REDUCCIÓN DE DONACIONES

Resumen

Donación dentro del proceso dominial y estudio de factibilidad sobre un eventual accionamiento contra terceros adquirentes por lesión en las legítimas.

Informe: Civil

Consulta

Relación de hechos

2017. AA dona a BB, quien acepta en el mismo documento, dos unidades de propiedad horizontal, según escritura pública de 12.1.2017.

BB es única hija de AA —este último, de 80 años de edad— conocida hasta el momento, según declaración de la consultante.

Hoy se pretende otorgar contrato preliminar para la futura compraventa de una de las unidades mencionadas, y dos escribanos ya han rechazado la titulación por encontrarse una donación dentro del proceso dominial, precisamente el último título de 2017. Agrega la consultante que su cliente ofreció afianzar a favor del adquirente al abrigo de la eventual acción de reducción de donaciones.

Consulta

Solicita dictamen de la Asociación de Escribanos del Uruguay sobre la posibilidad de firmar contrato preliminar y posterior compraventa, ha-

biendo una donación en el proceso dominial, con todos los asuntos que ello suscita.

Opinión de la consultante

Entiende que el caso en estudio no supone riesgo para el tercero adquirente del inmueble donado de que se accione por lesión a las legítimas dada la solvencia actual del donante, que superaría en varias veces lo donado, la posibilidad de afianzar ante un eventual reclamo y ser la única hija del donante conocida hasta el momento.

Informe de la Comisión de Derecho Civil

La donación y su posibilidad de afectar a los terceros adquirentes a la luz de lo establecido en el artículo 1112 del Código Civil, a través de la acción de reducción de donaciones inoficiosas de inmuebles por el exceso y con determinados requisitos, es una temática que ha mantenido en vilo a la comunidad jurídica nacional.

En derecho comparado, encontramos en Argentina el artículo 2459 del Código Civil y Comercial: «*Prescripción adquisitiva*. La acción de reducción no procede contra el donatario ni contra el subadquirente que han poseído la cosa donada durante diez años computados desde la adquisición de la posesión. Se aplica el artículo 1901». Esta última consideración permite la unión de posesiones, conforme lo regulado por dicho artículo, ubicado en las disposiciones generales de los derechos reales.[202]

En nuestro ordenamiento jurídico nos encontramos frente a una acción personal con la especial característica de ser *propter rem* con respecto al tercero poseedor. Vaz Ferreira, en su *Tratado de las sucesiones*, define estas obligaciones como aquellas cuyo sujeto pasivo se determina por la posesión de un fundo, o como obligaciones ligadas a un derecho real sobre una cosa individualizada.[203]

La cantera que debemos excavar es la determinación de cuál es la finalidad del estudio de títulos, entendida como lo hace Rubbo,[204] en la constatación de que el derecho de propiedad radica en el pretenso enajenante y de que esa propiedad, así demostrada, esté exenta de vicios, es decir,

202 Russo, Martín, *La inobservabilidad del título proveniente de cesión de herencia a título gratuito a la luz del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina*, Buenos Aires: Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, trabajo presentado en la 42.ª Convención Notarial (Buenos Aires: 6-8 set. 2017).

203 Vázquez de León, María Beatriz (informante), Asociación de Escribanos del Uruguay, Comisión de Derecho Civil, «Donación. Sucesiones. Legítima», *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, tomo 97, n.º 7-12 (jul.-dic. 2011), pp. 529-533.

204 Rubbo, Horacio, *Estudio de títulos*, Montevideo: AEU, 7.ª ed., 2010, p. 17.

que no se encuentre en los títulos la posibilidad de acciones que terceros puedan intentar de forma útil, con posibilidades previsibles de éxito, para turbar la posesión pacífica del futuro comprador, o que lo expongan a pagar sumas de dinero por ser el poseedor actual del inmueble.

Por su lado, expresa Larraud[205] que el notario se adelanta a prevenir y precaver los riesgos que la incertidumbre jurídica pudiera acarrear a sus clientes.

En el Análisis Económico del Derecho (New Law and Economics)[206] encontramos la oposición eficiencia *versus* justicia, donde se percibe una visión global de los problemas y de las consecuencias probables de cualquier tipo de elección, en previsión de los efectos de las normas.

Se avizora en el caso concreto consultado que la escribana actuante en la donación, en virtud de los datos aportados por ella misma, habría realizado un adecuado estudio del plano fáctico a la hora de realizar dicho contrato, teniendo en cuenta la edad del donante (80 años), la presunción de que a dicha edad es muy poco probable tenga más hijos, la existencia de una sola legitimaria conocida y el quántum del patrimonio del donante con relación a lo donado, así como previsiones como dispensa de colacionar, entre otras. Asimismo, se percibe que el accionar de la colega ha sido acertado al emplear la figura jurídica correspondiente y no incurrir en el fomento de la simulación de negocios.

Señala Gamarra[207] que no hay dudas acerca de la naturaleza contractual del contrato donación, dada su enunciación —«la donación entre vivos es un contrato»— y su ubicación en el Código Civil —libro cuarto, segunda parte, «De las obligaciones que nacen de los contratos»—, ante el precedente del modelo francés, que lo calificaba como un acto. Agrega el tratadista:

> Según el concepto plasmado por el legislador, la donación entraña un acto de liberalidad («un contrato por el cual el donante […] [ejerce] un acto de liberalidad») y es un contrato gratuito porque «el donante se desprende […] del objeto donado a favor del donatario».

Tal cual fuera mencionado, la acción de reducción de donaciones por afectar la legítimas de los herederos establecida en el artículo 1639 del Código Civil, con su alcance a terceros cuando lo donado es un inmueble y cumplidos ciertos requisitos del artículo 1112 *eiusdem*, ha convertido a la donación en la némesis del tráfico jurídico; encontramos impías consideraciones de un gran número de colegas relativas a este contrato. Este

205 Larraud, Rufino, «Anotaciones y concordancias en relación al derecho positivo argentino por el Instituto Argentino de Cultura Notarial», *Curso de derecho notarial*, Buenos Aires: Depalma, 1966, pp. 138-139.

206 Molla Camacho, Roque, *Obligaciones y contratos* (curso), Facultad de Derecho, Universidad de la República.

207 Gamarra, Jorge, *Tratado de derecho civil uruguayo*, Montevideo: FCU, tomo VI, 3.ª ed., 2004, pp. 9-10.

punto es destacado por Gamarra:[208] «En la jerga notarial, para marcar esa inestabilidad de la documentación se habla de un título *sucio* cuando hay una donación en los antecedentes dominiales». En esa misma línea de razonamiento añade el referido civilista que la doctrina aconseja estudiar si existen más legitimarios y estar a la edad del donante —presumir que ya no podrá tener hijos— para que el peligro de la reducción contra el tercero adquirente sea remoto.

El tópico abordado ha ocupado las horas de prestigios autores patrios como Gamarra,[209] Molla,[210] y Arezo,[211] entre otros, y ha sido objeto de múltiples informes de esta comisión.[212] Este informante entiende que sería un ejercicio poco proficuo reiterar los lineamientos a adoptar al encontrarnos con una donación, tan claramente desarrollados por dichos doctrinarios y en numerosos informes de nuestra comisión. Tan solo destacar lo expresado por Arezo, que se cita textualmente:

> El adquirente del donatario debe examinar el contexto familiar y la solvencia de la masa (si se ha abierto la sucesión) o del patrimonio del donante y estimar, grosso modo, el riesgo que puede correr —se reitera, eventualmente— el adquirente, y para ello debe actuar con un criterio más comercial que jurídico. Nada obsta, por otra parte, a que el donatario enajenante pueda caucionar de alguna manera las eventuales resultas de dicha reducción (aunque es improbable que si es solvente, el donatario alcance por el exceso al tercero, ya que es necesario discutir, previamente, el patrimonio del donatario).

Estaríamos en condiciones de aseverar que uno de los posibles remedios en esta espinosa materia sería el otorgamiento de fianza por terceros, que, según las enseñanzas de Molla,[213] es válida y no constituye renunciar a la acción de reducción de la donación inoficiosa; además, el derecho a la legítima lo tiene el heredero forzoso en el momento de producirse la devolución sucesoria (art. 1039 CC) y no cuando otorga la fianza.

Otro posible antídoto para este perjudicial pero vigente artículo 1112 del Código Civil sería su derogación, pero eso ya es terreno de aspiraciones *lege ferenda* de nuestra comisión más que solución al día de la fecha.

208 Gamarra, Jorge, o. cit., pp. 115-116.

209 Gamarra, Jorge, *Tratado de derecho civil uruguayo*, Montevideo: FCU, tomo VI, 3.ª ed., 2004, pp. 115-116.

210 Molla Camacho, Roque (informante), Asociación de Escribanos del Uruguay, Comisión de Derecho Civil, «Donación», *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, tomo 74, n.º 7-12 (jul.-dic. 1988), pp. 356-358.

211 Arezo Píriz, Enrique (informante), Asociación de Escribanos del Uruguay, Comisión de Derecho Civil, «Donación. Colación», *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, tomo 78, n.º 7-12 (jul.-dic. 1992), pp. 365-370.

212 *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, tomos 69, 74, 78, 79, 80, 82, 83, 84, 97, 100.

213 Molla Camacho, Roque, «Validez de la fianza otorgada por los futuros legitimarios», *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, tomo XXX, 2000, pp. 841-843.

Conclusión

En virtud de lo desarrollado con anterioridad, se concluye que la donación es un título válido, previsto en nuestro ordenamiento jurídico, y el eventual perjuicio al tercero adquirente, a la luz de lo dispuesto en nuestra normativa nacional, será objeto de análisis del profesional interviniente, teniendo en cuenta los parámetros planteados por la doctrina a la que refiriéramos en el presente informe; se ve con buenos ojos la posibilidad de fianza otorgada por terceros.

Esc. Nicolás García Rodríguez
Informante

La Comisión de Derecho Civil, integrada por los Escs. Juan Pablo Alonso, Jorge Carneiro, M.ª Inés Casatroja, Nicolás García Rodríguez, Mariana González Bonaudi, Carlos Groisman, M.ª del Rosario Marchese, Ana Lía Méndez, Roque Molla, Laura Parnás, Margarita Puertollano, Ana Lucía Realini, Diego Séré, Adriana Silva y Juan Pablo Villar, aprueba el informe que antecede, elaborado por el Esc. Nicolás García Rodríguez, con el siguiente agregado. Con carácter general, no corresponde rechazar una titulación que contenga un antecedente dominial donación por ese solo hecho. Corresponde, sí, analizar caso a caso, y en la medida en que se garantice de manera suficiente que ante la eventualidad del ejercicio de una acción de reducción de la donación el tercero poseedor no sufrirá ninguna consecuencia patrimonial, no existe justificación para observar la documentación. La garantía suficiente deberá analizarse en cada situación concreta, ya sea personal o real.

Escs. Roque Molla y Juan Pablo Villar
Coordinadores

Informe aprobado por la Comisión Directiva Nacional de la AEU el 20.12.2018, expediente 2000/2018.

ESTABLECIMIENTO COMERCIAL. SOCIEDAD DE HECHO. CÓNYUGE. EMPRESA UNIPERSONAL

Informe: Comercial

Consulta

Relación de hechos

1. Con fecha 1.1.1979, se inscribe una sociedad de hecho que gira en el ramo farmacéutico en el Ministerio de Salud Pública (MSP).

2. Con fecha 30.4.2014, se clausura la sociedad de hecho, y el 1.4.2014 se da de alta una empresa unipersonal a nombre de uno de los integrantes de la sociedad de hecho. El trámite que se realizó fue solo a nivel administrativo, ante la Dirección General Impositiva (DGI) y el Banco de Previsión Social (BPS); se omitió presentar documentación al MSP. (Ante DGI y BPS se presentó un certificado notarial en el cual se dejaba constancia del cambio de sociedad de hecho a empresa unipersonal.)

3. Con fecha 7.2.2018 se realiza la notificación por parte del MSP solicitando la documentación notarial que acredite el cambio de integración en la sociedad de hecho o bien el cambio de titularidad de la sociedad de hecho a favor de la empresa unipersonal.

En el caso planteado, según la consultante, se está ante un cambio de titularidad de la sociedad de hecho a una empresa unipersonal.

Consulta

El problema que plantea la consultante es que no tiene ningún documento que refleje tal situación, y la sociedad de hecho al día de hoy no está vigente —fue dada de baja el 19.9.2014—, situación que impide la obtención de los certificados y controles notariales para la confección de un documento que refleje la situación actual de la sociedad.

Sí se podría, al día de hoy, según informe del estudio contable, solicitar el certificado de BPS y DGI, y dar de alta la sociedad de hecho solo a esos efectos.

Se debió cumplir, al momento de dar de baja la sociedad de hecho y de alta la unipersonal, lo dispuesto en el artículo 4.º del decreto 801/986, de 4.12.1986:

> El Ministerio de Salud Pública efectuará la inscripción en la División Química y Medicamentos de la Dirección Coordinación y Control de los siguientes actos jurídicos que tengan por sujetos los establecimientos de farmacia: […], *b*) la constitución de sociedad que ejerza la explotación del

establecimiento, modificación, transformación del tipo, cesión total o parcial de la misma, *c*) toda enajenación total o parcial, por acto entre vivos, a título gratuito u oneroso, *d*) las particiones en cuanto determinen la titularidad de dominio.

Opinión de la consultante

Para poder resolver la situación planteada, y teniendo en cuenta que quienes realizaron las actuaciones son cónyuges —con capacidad para ser socios—, podríamos concluir que no estamos frente a una compraventa entre cónyuges, ya que no es admisible en nuestro actual ordenamiento legal positivo.

Según la posición de Rodríguez Olivera, López Rodríguez y Bado Cardozo, la ley de sociedades no contiene normas especiales respecto a la celebración de un contrato de sociedad comercial entre cónyuges. Al no prohibirlo, puede considerarse que ello está permitido. Sin embargo, debe tenerse en cuenta lo siguiente: hay contratos que no pueden celebrarse entre los esposos: el de donación (art. 1657 CC) y el de compraventa (art. 1675 CC). Estos contratos están prohibidos porque pueden colisionar con el régimen de ganancialidad impuesto por el matrimonio.

En conclusión, los cónyuges podrán celebrar un contrato de sociedad comercial siempre y cuando: *a*) no se utilice esa persona jurídica para encubrir una donación o una compraventa prohibida, y *b*) no se utilice la sociedad comercial para burlar el régimen de ganancialidad de los bienes.

Ante dicha situación, podría otorgarse una cesión parcial o adjudicación. En primer lugar, se realizaría una disolución de sociedad de hecho, con posterior adjudicación, y además, se debería otorgar un acta en la que declaren los socios la disolución de la sociedad de hecho, retroactiva a la fecha de la clausura de la sociedad.

Informe de la Comisión de Derecho Comercial

La informante se abocará al punto específico planteado en la consulta, es decir, la situación del establecimiento comercial.

No se discute en doctrina que la sociedad comercial puede estar formada entre cónyuges, pero no es el aspecto a dilucidar en esta consulta. El tema concreto es que una sociedad de hecho, aparentemente integrada por cónyuges, es propietaria de un establecimiento comercial que gira en el ramo de farmacia.

En determinado momento se clausura la actividad de la sociedad de hecho en BPS y DGI, y se inscribe una empresa unipersonal, integrada por uno de esos cónyuges, la cual comienza a explotar la farmacia, sin realizar ningún trámite ante MSP.

El procedimiento realizado es incorrecto.

A esos efectos, una opción fue realizar una transferencia del establecimiento comercial que pertenece a la sociedad de hecho, persona jurídica titular de un patrimonio propio, a otra persona que, en el caso, resulta ser uno de los cónyuges.

La sociedad de hecho podría perfectamente enajenar el establecimiento comercial a un cónyuge; se trataría de una enajenación de una persona jurídica —sociedad de hecho con objeto comercial— a una persona física, para lo cual sí sería necesaria la autorización de los socios (art. 84 ley 16060), porque en una sociedad de hecho, cualquier socio representa a la sociedad, y se plantearía la hipótesis a que refiere ese artículo (contratación de representantes con la sociedad).

Esa enajenación no queda comprendida en las disposiciones prohibitivas del Código Civil citadas por la consultante porque no es entre cónyuges.

En definitiva, al no haberse realizado la enajenación del establecimiento comercial, este continúa en el patrimonio de la sociedad de hecho, y al tener la sociedad aún bienes en su activo, sigue siendo persona jurídica, aunque se haya clausurado ante los organismos referidos.

También es posible que esa sociedad de hecho se disuelva y se adjudique el establecimiento comercial, pero si este es el único activo existente, corresponde que la adjudicación se realice a ambos socios.

Para solucionar el tema debe darse de alta la sociedad en BPS y DGI, y luego, o bien realizarse una enajenación de establecimiento comercial, o bien disolver la sociedad de hecho y adjudicar el establecimiento a los socios, con obtención en ambos casos de los certificados especiales que exige la ley. Esto último, aparentemente, no es la situación final que desean los socios.

Conclusión

A los efectos de regularizar la situación, debe procederse a dar de alta la inscripción de la sociedad de hecho en los organismos fiscales y realizar una enajenación de establecimiento comercial, la que puede ser a favor de uno de los cónyuges.

También pueden los socios disolver la sociedad y realizar la adjudicación del establecimiento a ambos cónyuges si este es el único activo social.

Posteriormente, deben realizarse los trámites correspondientes ante el MSP.

Esc. Daniella Cianciarulo
Informante

La Comisión de Derecho Comercial, integrada por los Escs. Gabriel Curi, Patricia Meléndez, Rosana García, Estela Baum, Dayana Vaz, Adriana Azofra, Reina Gatti, Sandra Aquines, Soledad Cappetta, Gabriela Fernández, Patricia Doglio, Inés Cobas, Marcelo Lasowski, Paola Igoa, Adriana

Amado y Daniella Cianciarulo, aprueba el informe que antecede, elaborado por la Esc. Daniella Cianciarulo.

Esc. Daniella Cianciarulo
Coordinadora

Informe aprobado por la Comisión Directiva Nacional de la AEU el 20.12.2018, expediente 2018/2018.

PROPIEDAD HORIZONTAL. REGLAMENTO DE COPROPIEDAD. BIENES COMUNES. DERECHO DE SOBREELEVAR. ASAMBLEA DE COPROPIETARIOS

Resumen

A quién pertenecen las unidades resultantes de nuevas obras realizadas sobre bienes comunes; si para realizar esas nuevas obras, modificaciones o mejoras en esos bienes basta con las reservas efectuadas por el propietario en el reglamento de copropiedad o se requieren las dobles mayorías de la ley 14560.

Informe: Civil

Consulta

Relación de hechos

XX S.A. es propietaria de un inmueble en el cual construyó un edificio de acuerdo a las disposiciones de las leyes 10751 y 16760. En dicho edificio se combinan diferentes destinos —un centro comercial y una o más torres con destino a vivienda u oficina (bloques A, B y C)— que forman parte de la misma copropiedad, pero funcionarán de forma independiente tanto en su administración como en su sistema de cálculo y gastos comunes.

El 7.12.2013 se otorgó el reglamento de copropiedad que regiría el edificio, del que resulta:

a. Se describen los bienes privados: bloque A, ubicado en cinco plantas; bloque B, ubicado en cinco plantas, y 44 unidades del bloque C, ubicadas en planta baja, primer y segundo piso, designadas como «unidad local», «local» y «unidad subestación», y los bienes comunes que existen en los bloques A, B y C.

b. Se define cuáles serán los bienes comunes de uso exclusivo y se establece que existirán «áreas de uso comunes», entendiendo como tales las áreas de circulación para la clientela y las áreas de servicios.
c. En los artículos 23 y 28 del reglamento se realizan reservas de derechos, cláusulas que luego se transcribirán aquí para una mejor comprensión.

En el centro comercial se están realizando hoy obras en determinados bienes comunes (identificados como «rampa y estacionamiento GEP1», «estacionamiento HEP1», «escalera IEP1», «escalera AD1» y «circulación G1», entre otros), lo que implica: *a*) creación de bienes privados —nuevas unidades— que surgen de bienes comunes; *b*) ampliación o reforma de bienes privados —unidades— que toman la superficie de bienes comunes, y *c*) nuevas obras por encima de una unidad que no son resultado del derecho de sobreelevar.

Consulta

A efectos de determinar la legitimación para el otorgamiento del contrato de arrendamiento de las unidades resultantes de las obras y su eventual enajenación, se consulta: 1) si para la realización de las obras referidas en los literales *a* y *b* últimos —creación de unidades y su ampliación sobre bienes comunes— se requiere la autorización a la que refiere el artículo 12 de la ley 10751, en la redacción dada por el decreto-ley 14560; 2) si para la realización de las obras referidas en el literal *c* último basta con la reserva establecida en el reglamento de copropiedad.

Opinión de la consultante

Cita la consultante: *a*) el artículo 2.º de la ley 10751, el que se repite en el artículo 19 del reglamento de copropiedad, y el artículo 3.º del mismo cuerpo normativo, además de mencionar lo que establece el artículo 12 de la ley 10751, en la redacción dada por el artículo 2.º del decreto-ley 14560; *b*) consulta realizada a esta comisión.[214]

Entiende la consultante que respecto de las unidades que fueron ampliadas o generadas sin construcción en altura, esto es, transformando espacios comunes en nuevas unidades (por ejemplo, pasillos preexistentes que se transforman en unidades) o tomando áreas identificadas como bienes comunes en el plano proyecto y en el reglamento de copropiedad correspondiente, se requiere la aprobación de la copropiedad, con la doble mayoría correspondiente, ya que se trata de construcción en bienes comu-

214 Goldberg, Adriana, y Vázquez Sepúlveda, Silvia (informantes), Asociación de Escribanos del Uruguay, Comisión de Derecho Civil, «Propiedad horizontal. Incorporación mixta a propiedad horizontal. Bienes comunes», *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, tomo 97, n.º 7-12 (jul.-dic. 2011), pp. 442-446.

nes y la propiedad de las nuevas unidades que se generan es de toda la copropiedad, no solo de la empresa que originalmente construyó el edificio, ya desde que se ingresó al estado de propiedad horizontal. Por ello, todo acto de afectación, gravamen y disposición de las unidades resultantes debe ser consentido por todos los copropietarios, ya que el reglamento no puede primar sobre una ley de orden público (art. 16 ley 14560).

En cuanto a las unidades que surgen de la construcción de un nuevo nivel que no sean resultado del derecho de sobreelevar establecido sobre bienes especialmente determinados, entiende la consultante que no es aceptable una reserva genérica de derechos como la realizada en el artículo 28 del reglamento, en la que la sociedad otorgante se reserve el derecho de construir hacia el futuro por todas las áreas que sean «pasibles de crecimiento por encima de lo ya construido». Así, esta reserva, que es genérica y no establece sobre qué áreas comunes se reserva tal derecho, debe tenerse por no puesta, y todo acto de afectación, gravamen y disposición de las unidades resultantes, sin perjuicio de lo establecido en el reglamento de copropiedad, debe ser consentido por todos los copropietarios.

Concluye la consultante que la asamblea de copropietarios, en cumplimiento de las mayorías requeridas, deberá aprobar el arrendamiento y, eventualmente, consentir la enajenación o gravamen de las nuevas unidades que resulten de bienes comunes, ya que la copropiedad ya está en estado de propiedad horizontal.

Informe de la Comisión de Derecho Civil

I. Desarrollo previo

Antes que nada, desarrollaremos los conceptos de *reglamento de copropiedad* y *autonomía de la voluntad*, el decreto-ley 14560 y el *derecho de sobreelevar*, así como la posibilidad de su reserva, para poder abordar luego los temas objeto de consulta.

a. Reglamento de copropiedad y autonomía de la voluntad

Artículo 16 de la ley 10751:
Los propietarios de los departamentos o pisos en que se divida un edificio, por unanimidad, podrán acordar los reglamentos de copropiedad con el fin de precisar los derechos y obligaciones.
Reducido a escritura pública, ese reglamento será inscripto en el Registro de Traslaciones de Dominio y tendrá fuerza obligatoria incluso para los sucesores a cualquier título de los otorgantes.

El reglamento de copropiedad es

> el conjunto orgánico de normas potestativas y voluntarias destinadas a disciplinar la distribución de los bienes, ejercicio de los derechos, administración y obligaciones de los copropietarios en el edificio regido por la

> ley 10751. Dichas normas son el resultado del querer de el o de los propietarios del inmueble; de otra manera, son la expresión de la voluntad de los propietarios.[215]

Como en todo negocio jurídico, prima el principio de autonomía de la voluntad, y es así que el artículo 16 citado mantiene este principio en cuanto establece que «los propietarios […] podrán acordar los reglamentos de copropiedad».

Por lo dicho, el reglamento puede contener disposiciones reglamentarias o disposiciones que consagren derechos a determinados copropietarios; incluso pueden sus otorgantes modificar la regulación legal, siempre que se respeten las normas constitucionales, las buenas costumbres y el orden público.

Por lo tanto, luego de otorgados el reglamento y, posteriormente, las respectivas escrituras de compraventa —o promesas de compraventa—, los adquirentes o promitentes adquirentes no pueden desconocerlas, porque o bien aceptaron el contenido del reglamento en ocasión de la compraventa —o promesa—, o bien en virtud de lo establecido en el recién transcripto artículo 16, inciso 2.º de la ley 10751.

b. Decreto-ley 14560

El decreto-ley 14560 modificó sustancialmente el régimen de toma de decisiones en propiedad horizontal; se pasó así del régimen de la unanimidad al de las mayorías. En este sentido, y en lo que respecta al caso en estudio, los artículos 2.º y 3.º de dicho decreto-ley modificaron los artículos 12 y 13 de la ley 10751.

Artículo 12 de la ley 10751 (en redacción dada por art. 2.º decreto-ley 14560):

> Las innovaciones tendientes al mejoramiento o al uso más cómodo del bien común que no perjudiquen la estabilidad, seguridad y salubridad del edificio, así como las que alteren su aspecto arquitectónico, deberán ser resueltas por la asamblea de copropietarios convocada al efecto por una mayoría de dos tercios de votos del total de componentes 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.

Artículo 13 de la ley 10751 (en redacción dada por art. 3.º decreto-ley 14560):

> Ninguna obra nueva que afecte el inmueble podrá realizarse sin previo informe técnico que establezca que con ella no se menoscaba la solidez, estabilidad, seguridad y salubridad del edificio.
>
> El propietario del último piso, para elevar nuevos pisos o realizar

215 Miranda, Fernando, *Propiedad horizontal: conferencias y estudios*, Montevideo: AEU, 1985, p. 306.

> construcciones, así como el propietario de la planta baja o subsuelo, para realizar excavaciones, sótanos, etc., deberán recabar demás la previa autorización de los restantes, concedida en la misma forma y condiciones que regula el artículo anterior.
>
> El propietario de unidades contiguas de un mismo edificio o de edificios distintos podrá realizar obras tendientes a comunicarlas, cumpliendo con las exigencias del inciso primero de este artículo. Si la comunicación supusiera abrir paredes medianeras o losas, deberá obtenerse la autorización requerida en el inciso segundo, concedida por la o las asambleas de copropietarios afectados.

El artículo 12 mencionado se refiere a la mayoría necesaria para adoptar resoluciones sobre los aspectos en el artículo descriptos; el artículo 13 establece la necesidad del informe técnico previo a realizar cualquier obra nueva, y establece además que para sobreelevar se requieren la autorización de los copropietarios (en la misma forma que la establecida en el art. 12) y el informe técnico.

Si bien dichos artículos 12 y 13 de la ley 10751 fueron modificados por el decreto-ley 14560, entendemos que lo que fue declarado de orden público por dicha norma en su artículo 16 fue lo relativo a quorum y mayorías establecidos por los diversos regímenes de propiedad horizontal, tal cual lo establece dicho artículo: «Declárese que son de orden público los quorum y mayorías establecidos por los diversos regímenes que regulan la propiedad horizontal».

c. Derecho de sobreelevar

Como siempre se ha entendido por esta comisión, el derecho de sobreelevar consiste en la facultad de realizar nuevas construcciones en un inmueble en régimen de propiedad horizontal.[216]

A diferencia de la opinión de la consultante, entendemos que debemos considerar el derecho de sobreelevar en un sentido más amplio, no solo como el hacer obras en altura o en subsuelo, sino que *sobreelevar* también es 'construir en un terreno'.[217]

d. Reserva del derecho de sobreelevar

Como en reiteradas consultas se ha manifestado esta comisión, el derecho de sobreelevar constituye una de las facultades emergentes del dominio,

216 *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, tomo XIX, 1989, p. 121. *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, tomo 76, n.º 7-12 (jul.-dic. 1990), p. 335; tomo 78, n.º 7-12 (jul.-dic. 1992), p. 283.

217 Gnazzo, Teresa, y Molla Camacho, Roque, *Curso de propiedad horizontal*, 9.ª clase, Montevideo: AEU, 1992, p. 10. Asociación de Escribanos del Uruguay, «Conclusiones» del tema II, LII Jornada Notarial Uruguaya (Atlántida: 16-18 nov. 2012).

que en principio reside en todos los copropietarios, pero ello no obsta a que el dueño de la cosa se lo pueda reservar.[218]

En el mismo sentido, se concluyó en las LII Jornadas Notariales Uruguayas referidas que a dicho derecho

> puede reservárselo el propietario del inmueble, siempre que tenga la plenitud de poderes sobre el mismo, transmitirlo a terceros independientemente de la enajenación de una unidad o ser ejercitado en virtud de la autorización de asamblea de copropietarios resuelta por la mayoría de dos tercios de votos del total de componentes que representen, por lo menos, los tres cuartos del valor del edificio fijado por la Dirección Nacional de Catastro.

En cuanto al derecho de sobreelevar y a la posibilidad de su reserva, nos remitimos al trabajo presentado por Molla en las XI Jornadas Nacionales de Derecho Civil organizadas por la Universidad de Belgrano, publicado en el *Anuario de Derecho Civil Uruguayo* referido, el que, sin perjuicio de sus más de treinta años, se mantiene vigente y es de gran actualidad en cuanto a la figura de la reserva del derecho de sobreelevar:

> La figura ha cobrado enorme importancia en zonas de explosión edilicia. El promotor adquiere una gran extensión de terreno con vistas a construir varias torres. A los efectos de poder dar cumplimiento a las distintas etapas en que pretende cumplir su plan, es menester, por un lado, someter al inmueble al estado de propiedad horizontal, para enajenar unidades independientes, y por otra parte, es imprescindible mantener el poder de decisión y de disposición de las obras futuras, conservar plenos poderes sobre el resto del terreno que por ley es bien común.
>
> La autonomía de la voluntad que impera, por regla general en forma irrestricta, en el derecho de las obligaciones es el fundamento de la plena validez y eficacia de las relaciones jurídicas establecidas por quien tenga legitimación para instaurarlas. 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 concentra en su persona—, establecer dicha reserva de sobreelevar.[219]

218 *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, tomo XIX, 1989, p. 122. *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, tomo 64, n.º 1-2 (ene.-feb. 1978), p. 111; tomo 76, n.º 1-6 (ene.-jun. 1990), pp. 119-120; tomo 76, n.º 7-12 (jul.-dic. 1990), p. 336; tomo 78, n.º 7-12 (jul.-dic. 1992), p. 284; tomo 98, n.º 1-12 (ene.-dic. 2012), pp. 54-58; tomo 102, n.º 1-12 (ene.-dic. 2016), p. 282.

219 *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, tomo XIX, 1989, p. 121.

II. Informe

a. Reservas relacionadas por la consultante

En el artículo 23 del reglamento se establece:

> XX S.A., en su calidad de propietaria, o quien le sustituya en sus derechos, se reserva el derecho y queda desde ya expresamente autorizada en forma anticipada e irrevocable por los demás copropietarios del edificio para realizar en los bienes comunes que componen el complejo todas las modificaciones y obras que fueren necesarias a efectos de finalizar, modificar, fraccionar o dividirlas en varias unidades de propiedad horizontal individual o particular, unificar unidades o variar su configuración, eliminar o agregar áreas comunes, sean de uso común o exclusivo, e incluso transformarlas en áreas de propiedad individual, así como modificar el destino asignado o asignarse a las mismas por cualquier otro, con la única limitación para ello de que no se podrá afectar con tales obras los bienes individuales o particulares prometidos en venta o enajenados ni los bienes comunes de uso exclusivo de esas unidades o locales, todo ello sin requerir autorización de clase alguna de los demás copropietarios ni de la administración ni tener que dar cumplimiento a lo establecido en este reglamento, reservándose asimismo para sí o para quien le suceda en sus derechos la facultad o el derecho de sobreelevar sobre las áreas que componen la unidad o sus subsuelos, debiendo para ello únicamente dar cumplimiento a las disposiciones legales y municipales que fuere necesario.

El artículo 28 del reglamento establece:

> *Reserva de construcciones*. XX S.A. se reserva para sí o para quien le suceda en sus derechos a título singular o universal el derecho de sobreelevar sobre los bienes comunes identificados en el plano del ingeniero […] relacionados como rampa Ad, rampa AdS1 y rampa AdS2, así como también respecto a aquellas áreas de terreno que XX S.A. pudiere adquirir en el futuro a efectos de anexarlas al inmueble padrón matriz, o aquellas áreas comunes del inmueble que pudieran identificarse en el futuro como pasibles de crecimiento por encima de lo ya construido, al solo efecto de realizar en dichos bienes nuevas construcciones, las que podrá realizar en una o más etapas, pudiendo construir hasta el máximo que permitan las ordenanzas municipales en vigencia. Estas nuevas construcciones podrán ser ampliaciones del centro comercial, agregados de nuevos rubros complementarios, edificios de viviendas, oficinas, estacionamientos o cualquier uso que XX S.A. entienda conveniente para el complejo comercial, con la limitación establecida en las cláusulas 27 y 34 *in fine*. Las mismas pasarán a integrar la presente comunidad y a constituir unidades individuales de su exclusiva propiedad. Quedan comprendidas en la presente reserva, además de lo convenido en las cláusulas 30 a 33 del presente, la facultad de realizar todas aquellas modificaciones o alteraciones que para la ejecución de nuevas obras fuere necesario en los bienes comunes ya construidos, como derivaciones, desviaciones, conexiones, etcétera, cuyo costo será exclusivamente de cargo del propietario de dicha unidad, sin que pueda afectar el perfecto

uso de dichos bienes comunes por los demás copropietarios. Los planos de mensura definitiva de las futuras construcciones determinarán y deslindarán las unidades de propiedad individual que se irán incorporando a este reglamento, en las mismas condiciones con que, de acuerdo a la ley de la materia y el presente reglamento, se rigen los derechos y obligaciones de las unidades ya construidas.

b. Reserva de derechos en el reglamento

Las posibilidades de actuación del derecho de sobreelevar serían: *a*) que todos los copropietarios decidan realizar las nuevas obras; *b*) que las realice uno de ellos (para lo que se requerirá la autorización y el informe técnico previstos por artículos 12 y 13 de la ley 10751 mencionados), o *c*) que como en el caso planteado, el propietario del terreno, antes de la actuación en régimen de propiedad horizontal, se reserve el derecho de sobreelevar.

En el caso objeto de consulta, el reglamento de copropiedad fue otorgado por la propietaria del terreno, quien entonces estaba legitimada para otorgar dicho negocio y para efectuar la reserva como propietaria del inmueble en estado horizontal y antes de producirse la actuación en régimen de propiedad horizontal.

En este sentido, Cafaro[220] enseñaba que cuando se plantea la situación en que uno de los condóminos desea sobreelevar, ese condómino podrá obtener la conformidad de todos los demás, o puede el propietario reservarse para sí, en ocasión formal del reglamento de copropiedad, el derecho de sobreedificar unidades que serán de su exclusiva propiedad, como en el caso en consulta. Quienes ingresen posteriormente al estado de propiedad horizontal estarán dotados de un título que debe admitir el derecho, materia de reserva.

Respecto a la posibilidad de establecer la reserva de derechos en ocasión del otorgamiento del reglamento de copropiedad, cabe destacar la posición de Lanziano, quien opina que respecto a inmuebles incorporados al régimen de propiedad horizontal luego de la vigencia del decreto-ley 14560 se requiere la autorización en asamblea de copropietarios «sin prescindir de la voluntad afirmativa de ningún copropietario».[221]

La posición de esta comisión, compartiendo como se dijo la posición de Cafaro y Molla, opuesta a la de Lanziano y destacada en trabajo publicado por Molla[222] —con posterioridad al trabajo de Lanziano—, es que

220 Cafaro, Eugenio (informante), «Propiedad horizontal. Derecho de sobreelevar», *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, tomo 76, n.º 1-6 (ene.-jun. 1990), p. 119.
221 Lanziano, Washington, *Estudios de derecho de superficie y de propiedad horizontal*, Montevideo: el autor, 2007, p. 307.
222 Molla, Roque, «Propiedad horizontal. Nueva normativa. Antigua ley 18795. Derecho de sobreelevar», *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, tomo 98, n.º 1-12 (ene.-dic. 2012), pp. 59 y 60.

> el orden público a que refiere el decreto-ley 14560 es para quorum y mayorías, no para enervar el ejercicio de la autonomía privada respecto a la regulación de los derechos por quien tiene plenos poderes sobre el inmueble.
>
> El suelo es necesariamente bien común, pero el derecho a realizar obras puede pertenecer a algún copropietario en exclusividad […].
>
> 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.

c. Limitación a la reserva de derecho

Respecto al alcance de la reserva del derecho de sobreelevar efectuada en reglamento de copropiedad, Cafaro[223] manifiesta que la declaración unilateral del incorporante es la que delimita los poderes acordados al condómino o reservados por el propietario de la totalidad;

> así, podrá fijar el propio volumen material de la obra con referencia al número y las características de las unidades, o dejar constatados límites máximos dentro de los cuales podrá actuar, sin otros, por ejemplo, que los que resulten del derecho positivo municipal.

Este último caso es el que luce establecido en la cláusulas 23 y 28 del reglamento de copropiedad.

Otro punto a destacar es el límite de las decisiones tomadas en asamblea o de las reservas establecidas en el reglamento, que es el de los derechos adquiridos, los que nunca podrán verse afectados.

Cabe destacar también que lo expresado precedentemente es sin perjuicio de lo dispuesto por la ley 17250 (Ley de Relaciones de Consumo) en cuanto a la eventual posibilidad de abusividad de las cláusulas.

d. Respecto a la consulta citada por la consultante

Dicha consulta refiere a un edificio incorporado a propiedad horizontal por las disposiciones de la ley 10751, en el cual luego se incorpora un bien común —vivienda del portero— por el régimen del decreto-ley 14261. Esta comisión entendió que dicha incorporación debía realizarse por el sistema de la ley 10751, con habilitación municipal, y que los propietarios de la nueva unidad —ex bien común— serían todos los que fueran copropietarios del edificio al momento de la incorporación.

Sin perjuicio de compartir la consulta en su totalidad, entendemos que esta no guarda relación alguna con la presente, pues en esta consulta, entre otros puntos disímiles, se parte de un inmueble que desde un principio adquirió el estado de horizontalidad —por aplicación de la ley 16760—, en

223 Cafaro, Eugenio (informante), «Propiedad horizontal. Derecho de sobreelevar» y p. cit.

virtud de un reglamento de copropiedad en el cual se efectuaron reservas de derechos por parte del propietario para la realización de obras.

III. Conclusión

En primer lugar cabe destacar que en lo que respecta a la legitimación para dar en arrendamiento los nuevos bienes sobre los que se consulta, no recae solo sobre el propietario de estos, pues según lo dispuesto en el artículo 60 de la ley 14219, el administrador del inmueble también puede hacerlo.

Respecto a la legitimación en una eventual enajenación de aquellos, la presente comisión considera que la reserva de derechos realizada en el reglamento de copropiedad es suficiente y válida, y tiene primacía la autonomía de la voluntad de las partes, con el límite establecido en él —las reglamentaciones municipales— y los derechos adquiridos, sin perjuicio de la eventual posibilidad de abusividad de las cláusulas en virtud de las disposiciones de la Ley de Relaciones de Consumo.

Se entiende asimismo que el orden público determinado por el decreto-ley 14560, en el artículo 16 ya citado, se refiere únicamente al régimen de quorum o mayorías requeridas para resoluciones de asambleas.

Escs. Ana Lucía Realini Invernizzi
y Adriana Inciarte
Informantes

La Comisión de Derecho Civil, integrada por los Escs. M.ª Marcela Aldana, Sabrina Buono, Miguel Burdín, M.ª del Carmen Cabrera, Daniella Cianciarulo, Gustavo Echavarría, Carlos Groisman, José Pedro Illia, Adriana Inciarte, Florencia Manfredi, Francisco Mastropierro, Roque Molla, M.ª Alejandra Portillo, M.ª del Pilar Ramírez, Ana Lucía Realini, Diego Séré, Adriana Silva, Gonzalo Trobo, Verónica Ubillos, M.ª Beatriz Vázquez y Juan Pablo Villar, aprueba el informe que antecede, elaborado por las Escs. Adriana Inciarte y Ana Lucía Realini.

Escs. Roque Molla y Juan Pablo Villar
Coordinadores

Informe aprobado por la Comisión Directiva Nacional de la AEU el 20.12.2018, expediente 1983/2018.

RÉGIMEN MATRIMONIAL. SEPARACIÓN DE BIENES. DOMICILIO CONYUGAL. SUBROGACIÓN EN LA SOCIEDAD CONYUGAL. DIP. BIEN PROPIO

Resumen

Régimen matrimonial. Domicilio conyugal. Subrogación.

Informe: Internacional

Consulta

Relación de hechos

1997. AA contrae matrimonio civil con BB en Buenos Aires, donde constituyen su primer domicilio conyugal. Posteriormente, los cónyuges pasan a radicarse en Uruguay.

2012. Por auto del 5.6.2012, el Juzgado Letrado de Familia de … Turno decretó la disolución y liquidación de la sociedad conyugal entre AA y BB.

2012. AA, casada y separada judicialmente de bienes de BB, promete comprar unidad de propiedad horizontal, según escritura pública que autorizó la Esc. GG el 27.7.2012.

2013. AA, en el mismo estado civil y en cumplimiento de la promesa, adquiere por compraventa y tradición la unidad de propiedad horizontal recién referida. En dicha escritura: *a*) se efectúa una declaratoria en la que se establece —cláusula primera, literal C— que la separación de bienes es nula, en virtud de que el matrimonio se celebró en Argentina; *b*) comparece BB, quien declara que dicho inmueble es propio de su esposa y manifiesta que su precio se integra con dinero obtenido del peculio propio de AA, quien lo hubo con el producto de la enajenación de un inmueble propio, de origen sucesorio, de acuerdo al artículo 1246 del Código Civil argentino (vigente a esa fecha).

2015. Por escritura de declaratoria de 30.10.2015, AA manifiesta estar de acuerdo con lo declarado en la escritura de compraventa antes referida y declara bajo juramento que el precio se integró con dinero obtenido de su propio peculio, dejando expresamente establecido que el inmueble tiene calidad de bien propio.

Hoy, AA pretende obtener créditos en distintas instituciones de intermediación financiera, y estos son rechazados por entenderse que también debe firmar BB, por tener dicho bien carácter ganancial.

Consulta

Se consulta sobre el régimen que rige la naturaleza del bien, con todos los asuntos que ello suscita.

Opinión del consultante

El consultante entiende que la titulación es correcta, y el bien, de naturaleza propia de AA.

Informe de la Comisión de Derecho Internacional Privado

Conforme al artículo 1.º de la Convención Interamericana de Normas Generales de Derecho Internacional Privado, ante un caso internacional debemos recurrir a las normas de derecho internacional privado (DIP) de fuente internacional ratificadas por los ordenamientos jurídicos involucrados, y en defecto de norma internacional, deberán aplicarse normas de DIP de fuente nacional.[224]

Para determinar qué tipo de norma utilizar debe precisarse cuáles son los ordenamientos jurídicos involucrados, considerados los elementos de extranjería relevantes para el DIP.

Entre Uruguay y Argentina rige el Tratado de Montevideo sobre Derecho Civil Internacional de 1940. Estamos ante la categoría *régimen de bienes en el matrimonio*, y de acuerdo a sus artículos 16 y 17, la ley aplicable es la del Estado del primer domicilio matrimonial: «Las convenciones matrimoniales y las relaciones de los esposos con respecto a los bienes se rigen por la ley del primer domicilio conyugal en todo lo que, sobre materia de estricto carácter real, no esté prohibido por la ley del lugar de la situación de los bienes» (art. 16); «El cambio de domicilio no altera la ley competente para regir las relaciones de los esposos en cuanto a los bienes, ya sean adquiridos antes o después del cambio» (art. 17).

La determinación del primer domicilio matrimonial, desde tiempos lejanos, ha sido objeto de controversia por ser un aspecto meramente probatorio; para ubicarlo, deben encontrarse los elementos o indicios necesarios. En este caso, el consultante aporta prueba documental suficiente para determinarlo —Buenos Aires—, por lo tanto, el régimen de bienes entre AA y BB se rige por ley argentina.

El artículo 1246 del Código Civil argentino establece:

> Los bienes raíces que se compraren con dinero de la mujer son de la propiedad de ella si la compra se hiciese con su consentimiento y con el fin

224 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 Partes. En defecto de norma internacional, los Estados Partes aplicarán las reglas de conflicto de su derecho interno».

de que los adquiera, expresándose así en la escritura de compra, y designándose cómo el dinero pertenece a la mujer.

Como ha señalado anteriormente esta comisión (exp. 636/2014), la subrogación no tiene una regulación expresa en el Código Civil argentino como sí la tiene Uruguay, en el artículo 1958 de su Código Civil, donde se exige «que en las escrituras de venta y compra se exprese el ánimo de subrogar».

Según los requisitos de la ley argentina para que opere el instituto de la subrogación, para establecer que el bien objeto de este informe es de naturaleza propia bastaría entonces con la declaración de la mujer. De todos modos, aun cuando la declaración del marido en la escritura de compraventa resulta redundante, no deja de tener su valor, por cuanto evitaría cualquier posible litigio entre los cónyuges, únicas personas involucradas.

El Código Civil argentino vigente a esa fecha desconocía la figura jurídica *separación judicial de bienes*: dicha separación resulta intrascendente, ya que no se aplicó la ley argentina.

En cuanto a la declaración realizada en la escritura de compraventa por la escribana autorizante —cláusula primera, literal C—, en nada afecta la situación jurídica del negocio, por cuanto el instituto de separación judicial de bienes debería haberse regido por el derecho argentino, aun cuando en ello pudiere asumir competencia un juez uruguayo.

Conclusión

El instituto de separación judicial de bienes y el de subrogación no son antagónicos, en cuanto ambos confluyen en determinar la calidad de propios de bienes. La diferencia se da en que en la subrogación, la calidad de propio es de un bien específico, en tanto en la separación judicial, estamos ante un cambio de un régimen general de bienes.

En este caso, la separación de bienes es irrelevante, por cuanto no se aplicó la ley argentina, que desconocía la separación judicial de bienes entre los esposos.

Por lo expuesto, esta comisión considera que el bien objeto de consulta tiene calidad de propio.

Esc. Mariana Ulery
Informante

La Comisión de Derecho Internacional Privado, integrada por los Escs. Mariana Ulery, Ruben Santos Belandro y Stella Bonfiglio, aprueba el informe que antecede, de la Esc. Mariana Ulery.

Informe aprobado por la Comisión Directiva Nacional de la AEU el 20.12.2018, expediente 2020/2018.