Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay

Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay

101
TOMO
ENE | DIC
2015

ASOCIACIÓN DE
ESCRIBANOS DEL URUGUAY

Dirección y administración:
© Asociación de Escribanos del Uruguay
Avda. 18 de Julio 1730, Galería del Notariado, nivel Guayabo
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.

Diseño de tapa e interior:
Departamento de Marketing y Comunicaciones

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

Impresa y encuadernada:
Mastergraf SRL
Gral. Pagola 1823 - CP 11.800 - Tel.: (+598) 2203 4760*
Correo electrónico: mastergraf@netgate.com.uy
Montevideo - Uruguay

Tirada:
7600 ejemplares.

Depósito legal:
.....

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

Comisión Directiva Nacional

Período 2013 – 2016

Presidente	Antonio Sarachu Rovira
Vicepresidenta	Alicia Santos Sosa
Secretaria	Mariela Martínez Carrere
Tesorero	Marcelino González Pérez
Vocales	Carolina Arreseigor Cerini
	Carina Curci Ferrando
	Daniel Minicelli D'Amato
	María Silvana Pallas Pallela
	Rossana Tortorella Méndez
	Betty Varela Rebufello

Directores de la revista

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

Tribunal de ética

Presidenta	Elena Grauert Hamann
Vicepresidente	Rubén Urrutia Guimaraes
Secretaria	Graciela Bonomi Méndez
Integrantes	Sandra Álvarez Petrarca
	Julio César Amaro Burguez
	Judith Comenale Rubano
	Nelly Delascio Pastorino
	Carlos del Campo García
	Susana Garmendia Schröder
	Andrés Paselle Stasi
(designada por CDN)	Alicia Santos Sosa

Comisión fiscal nacional

Presidenta	Teresa Massaferro Pezzoni
Integrantes	Néstor Fonseca Altez
	Alfredo Minarrieta Vera

Comisión electoral

Integrantes	Reina Gatti Hernández
	Fernando Trías Decuadra
	Gladys Cardozo González
	Rocío de Lourdes Birriel Lemes
	Silvia Pacelli Jaureche

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
Asuntos universitarios
Automotores
Biblioteca
Cultura
Deportes y actividades recreativas
Revista
Seguridad social
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 se extiende por un período de tres años, y la elección de sus miembros se realiza mediante el voto de los socios activos 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: Biblioteca, Marketing y Comunicaciones, Administración y Finanzas, Informática y Secretaría).

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

Recordatorios

Aporte del notariado a la sociedad
por Comisión de Revista | 15

Bicentenario del Gobierno de Purificación
por Beatriz Freire Muniz | 17

Deontología

Día del Escribano Uruguayo. Discursos
de Antonio María Sarachu Rovira y Vicente Cremanti | 29

Doctrina

Actuación en el derecho de los bienes.
Régimen de accesibilidad en las edificaciones de los particulares
por Alda Gradin | 37

De los *Doing Business* a las nuevas tecnologías:
¿el ocaso de la función notarial o un nuevo amanecer?
por Diego Fuentes Brito, Nicolás García Rodríguez
y Jessica Valles Camilli | 47

Diez años de aplicación de la ley 17904.
Algunos aspectos prácticos
por Daniella Cianciarulo Bertone | 59

Eficacia del matrimonio musulmán celebrado en Uruguay
por Ruben Santos Belandro | 75

Firmas y documentos notariales electrónicos. Acordada 7831
por Aída Noblia | 85

La conformidad posterior del cónyuge omitido
como acto idóneo para subsanar una titulación
por Juan Pablo Villar | 121

Responsabilidad del escribano en operaciones sujetas a control
de lavado de activos con la entrada en vigencia
de la Ley de Inclusión Financiera
por Leonardo Artigas Abou-Nigm y Sebastián Ordóñez | 149

Consultas técnicas

Cooperativas de vivienda | 165

Tierras públicas y fiscales. Bienes fiscales. Bienes públicos. Tierras municipales. Prescripción adquisitiva | 168

Inhibiciones del escribano. Parentesco | 177

Pruebas. Escritura judicial. Remate judicial. Precio | 182

Compraventa. Validez de los contratos. Eficacia. Mandato verbal | 185

Compraventa. Automotores. Saldo de precio. Paga. Prenda. Ejecución de prenda | 195

Compraventa entre padres e hijos. Nulidad relativa. Nulidad absoluta. Menor. Legitimación para contratar. Prescripción adquisitiva | 198

Compraventa. Promesa de compraventa. Propiedad | 201

Propiedad. Propiedad pública. Ribera | 208

Error. Padrón. Compraventa. Declaratoria. Negocio de fijación | 212

Postor. Remate judicial. Embargo. Embargo genérico. Cesión de derechos de mejor postor. Publicidad registral | 216

Error. Partición. Compraventa | 218

Escritura judicial. Promesa de compraventa. Error. Comparecencia. Poder. Representación | 237

Promesa de compraventa. Cesión de promesa de compraventa. Compraventa. Usufructo. Nuda propiedad | 239

Certificado registral erróneo. Poder. Publicidad registral | 242

Garaje. Propiedad horizontal. Promesa de compraventa. Compraventa. Error. Reglamento de copropiedad | 246

Donación | 255

Propiedad horizontal. Reglamento de copropiedad. Permiso de construcción. Habilitación municipal. Incorporación a propiedad horizontal. Estado horizontal. Partición | 261

Cooperativas de vivienda. Adjudicación de bienes.
Disolución de la sociedad conyugal.
Heredero. Sucesiones | 269

Hipoteca. Nulidad absoluta. Embargo. Caducidad.
Compraventa judicial. Derecho de preferencia.
Acreedor. Publicidad registral | 275

Asociación civil. Embargo. Publicidad registral.
Remate judicial. Compraventa judicial | 281

Propiedad horizontal. Bienes comunes.
Asamblea de copropietarios.
Reglamento de copropiedad | 288

Bien propio. Bien ganancial. Naturaleza jurídica. Sociedad
conyugal. Promesa de compraventa. Causa | 292

Legítima. Legados. Entrega de legado. Transacción.
Partición transaccional. Bien ganancial | 303

Disolución de sociedad anónima. Disolución de sociedad
comercial. Bien inmueble rural. Acciones al portador.
Liquidación de sociedad anónima.
Liquidación de sociedad comercial | 315

Garaje. Propiedad horizontal | 323

Sociedad anónima. Representación.
Acciones al portador | 325

Régimen matrimonial. Domicilio conyugal.
DIP. Bien propio | 328

Consentimiento. Obligación solidaria | 333

Partición. Error. Lesión | 336

Registro Único de Proveedores del Estado. Escribanos.
Función notarial. Honorarios. Funcionarios públicos | 346

Sociedad comercial. Representación. Mandato.
Consentimiento. Cónyuge. Administrador de sociedad.
Comercial. Compraventa | 349

Compraventa. Paga. Precio. Novación | 352

Inhibiciones del escribano. Parentesco | 356

Embargo. Sociedad comercial. Sociedad en formación.
Persona jurídica | 360

Disolución de sociedad comercial. Persona jurídica. Mandato. Declaratoria. Error | 367

Escribanos. Arrendamiento de servicios. Honorarios. Función notarial. Arancel notarial | 377

Garaje. Propiedad horizontal. Prescripción adquisitiva. Buena fe | 382

Autonomía de la voluntad. Hipoteca. Usura. Intereses moratorios | 389

Controles notariales. Función notarial. Domicilio conyugal | 399

Subrogación en la sociedad conyugal. Mutuo disenso. Compraventa | 403

Automotores. Embargo genérico. Importaciones. Prescripción adquisitiva | 411

Propiedad horizontal. Copropiedad. Deuda | 420

Mandato. Solemnidad. Representación. Eficacia | 431

Escritura judicial. Promesa de compraventa. Promesa de enajenación de inmuebles a plazos | 435

Testamentos. Institución de herederos. Legados | 445

Recordatorios

Aporte del notariado a la sociedad

A fines de 1983, 154 niños de entre 3 y 17 años volaron solos desde diversos lugares de Europa. Eran hijos de exiliados políticos de Uruguay, cuyos padres estaban imposibilitados de regresar a su país de origen. Los niños vinieron para conocer a sus familiares, que habían permanecido en el país.

La Comisión Directiva Nacional de la Asociación de Escribanos del Uruguay, en sesión del 8 de setiembre de 2015, resolvió que se publicase en esta *Revista de la AEU* un artículo referido a la participación de los escribanos en la jornada de recibimiento de dichos niños, hijos de exiliados. Se nos solicitó asimismo enviar una nota a los escribanos que participaron en aquellas jornadas.

Para diligenciar esa solicitud, se procedió a examinar el expediente administrativo 4786/983, «Comisión por el Reencuentro de los Uruguayos. Solicitud de apoyo a la AEU».

Del examen resultó:

1. Que por nota de 15 de diciembre de 1983, cuyo facsímil se incluye al final de este artículo, la Comisión por el Reencuentro de los Uruguayos solicitó la colaboración que nuestra institución pudiera aportar, fundamentalmente en lo referente a la asistencia profesional adecuada a las circunstancias.
2. Que en sesión de la Comisión Directiva del 16 de diciembre siguiente se resolvió, por unanimidad, prestar asesoramiento y trabajo en los trámites necesarios para la llegada de esos niños. Se mocionó que las secretarías de Relaciones Públicas e Interior de la AEU fueran las responsables, con la coordinación de los escribanos Roque Molla, Mario López Assandri y Carmelo Curbelo Soria.
3. La tarea se cumplió de acuerdo a lo coordinado y fue intensa en los días previos, cuando se trabajó con los listados de los niños y los adultos que los recibían y en la distribución entre los escribanos que voluntariamente se ofrecieron para colaborar. La actuación notarial tuvo lugar en la sede de la AEBU, donde se labraron las actas en que se solicitaba y constataba la llegada y entrega de los menores a las personas designadas. Están agregadas al expediente las fotocopias de dichas actas, remitidas posteriormente por los escribanos actuantes.

4. Por resolución adoptada en sesión del 26 de diciembre de 1983, se resolvió enviar nota de agradecimiento a los colegas que habían prestado ese esfuerzo solidario y humanitario. En esa nota de agradecimiento, fechada el 8 de febrero de 1984, se estableció:

   Ante el llamado de colaboración de la «Comisión por el Reencuentro de los Uruguayos», la Comisión Directiva de esta entidad desea agradecer a usted vivamente el solidario y desinteresado esfuerzo prestado, así como también su dedicación y eficiencia en el desempeño del cometido.

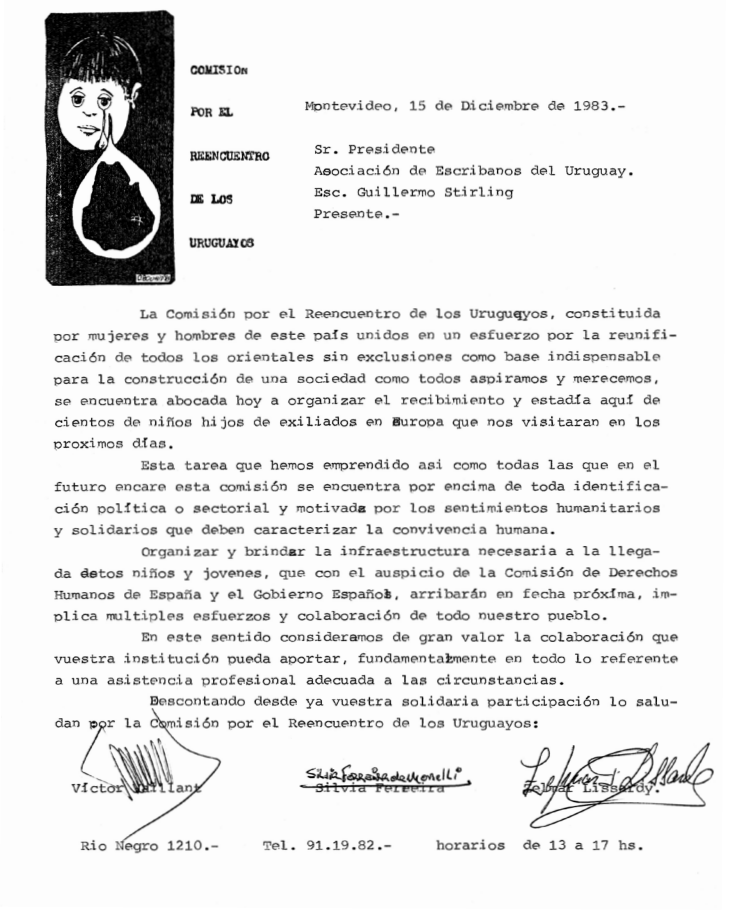
   Una vez más pudimos constatar que dentro del gremio aún existen elementos que, por encima de toda identificación política o sectorial, demuestran sus sentimientos humanitarios ante una motivación de esta trascendencia.

   Estimado colega, gracias.

   Esc. Guillermo Stirling — Presidente
   Esc. Arturo Yglesias Perolo — Prosecretario

5. Dando cumplimiento a lo dispuesto por la Comisión Directiva Nacional, se redactó una nota que, de acuerdo al listado que está agregado al expediente, fue enviada a los escribanos actuantes en la ocasión.

Comisión de Revista



COMISION POR EL REENCUENTRO DE LOS URUGUAYOS

Montevideo, 15 de Diciembre de 1983.-

Sr. Presidente
Asociación de Escribanos del Uruguay.
Esc. Guillermo Stirling
Presente.-

La Comisión por el Reencuentro de los Uruguayos, constituida por mujeres y hombres de este país unidos en un esfuerzo por la reunificación de todos los orientales sin exclusiones como base indispensable para la construcción de una sociedad como todos aspiramos y merecemos, se encuentra abocada hoy a organizar el recibimiento y estadía aquí de cientos de niños hijos de exiliados en Europa que nos visitaran en los proximos días.

Esta tarea que hemos emprendido asi como todas las que en el futuro encare esta comisión se encuentra por encima de toda identificación política o sectorial y motivada por los sentimientos humanitarios y solidarios que deben caracterizar la convivencia humana.

Organizar y brindar la infraestructura necesaria a la llegada de estos niños y jovenes, que con el auspicio de la Comisión de Derechos Humanos de España y el Gobierno Español, arribarán en fecha próxima, implica multiples esfuerzos y colaboración de todo nuestro pueblo.

En este sentido consideramos de gran valor la colaboración que vuestra institución pueda aportar, fundamentalmente en todo lo referente a una asistencia profesional adecuada a las circunstancias.

Descontando desde ya vuestra solidaria participación lo saludan por la Comisión por el Reencuentro de los Uruguayos:

Víctor Vaillant — Silvia Pereira — Zelmar Lissardy.

Rio Negro 1210.- Tel. 91.19.82.- horarios de 13 a 17 hs.

Bicentenario del Gobierno de Purificación*

por Beatriz Freire Muniz

A modo de presentación

Los hechos acaecidos en tierra oriental durante el año 1815 han sido profusamente reseñados y analizados por la historiografía nacional.

No es propósito del presente, por tanto, adentrarse en temas que no nos son propios. La propuesta al lector es indagar en el hondo sentir de justicia social del gobierno patrio, que enraíza y en estrecho vínculo anima el espíritu solidario cooperativo.

El desafío de la autonomía

Para una mejor comprensión de la relevancia de los sucesos de 1815 se hace imprescindible visualizar el contexto en que se desarrollaron. Solo así podremos valorar la verdadera dimensión de un proyecto de gobierno impregnado de propósitos humanistas y concebido a partir un conocimiento profundo de la realidad política, jurídica y socioeconómica de la Provincia Oriental y de América en su conjunto. Corramos el telón para contemplar ese escenario en rápido periplo por los acontecimientos que lo precedieron y fueron coetáneos a él.

Puede considerarse como primer Gobierno patrio el Municipal de Guadalupe, creado en sesión del 20 de abril de 1813 en Tres Cruces, a instancias de Artigas, que se extendería hasta diciembre de ese año. Este Gobierno Económico de la Provincia Oriental, que procuraba poner fin a «los desórdenes, abusos y excesos que se cometían en la Banda Oriental», no fue ratificado, sin embargo, por las autoridades bonaerenses, que veían peligrar su hegemonía y una vez más intentaron fortalecerla denostando los principios artiguistas. Fue desconocido a tal punto que el Congreso de

* Publicado en la *Revista de CONOAC,* año 19, n.º 22, octubre de 2015.

Capilla Maciel, convocado por José Rondeau, determinó crear un triunvirato como órgano de gobierno de la provincia. Sus consecuencias no se harían esperar y las fuerzas artiguistas resolverían abandonar el segundo sitio de Montevideo en la noche del 20 de enero de 1814.

Los hechos posteriores —esto es, la persecución del prócer por orden del Directorio de Buenos Aires y el infamante y conocido *bando* de Posadas— impulsaron los tristes enfrentamientos bélicos que, a partir del combate de Espinillo, en el que resultó derrotado el ejército del Directorio, fueron perfilando la formación de la Liga Federal.

Mientras Montevideo padecía las zozobras de los vertiginosos cambios de sometimiento al poder de turno (piénsese que desde 1814 a 1816 se sucedieron el gobierno español, el porteño y el oriental hasta la caída ante la invasión lusitana), el litoral comenzaba a fortalecerse en torno a la defensa de los principios federales. La comunión de intereses políticos y las necesidades económicas impulsaron el pacto de La Liga, asentado en principios de igualdad y ayuda mutua. Conformado por integración sucesiva de Entre Ríos, Corrientes, Misiones, Santa Fe, Córdoba y la Provincia Oriental, encontró en su *Protector* la defensa de su soberanía y de la unión por pacto y no por servil obediencia.

La expansión del poderío artiguista precipitó los fracasados intentos de seudoconciliación, tanto de parte del gobierno de Buenos Aires, a través de la Misión Amaro-Candioti, como de las autoridades españolas, por medio de la Misión La Robla-Cuesta, enviada por Vigodet.

No obstante, la capitulación de Vigodet, el 20 de junio de 1814, ante el ejército sitiador, por entonces al mando de Carlos de Alvear, puso fin a la dominación española y posicionó transitoriamente a los alvearistas en el gobierno de Montevideo. El compromiso alvearista de entrega de la plaza a Fernando Otorgués no fue cumplido, y sorprendido el ejército oriental, fue derrotado el 24 de junio, lo que dio comienzo a la ocupación porteña, que se extendería hasta febrero de 1815. Este período estuvo signado por desmanes y confiscaciones de armas y bienes, entre ellos la imprenta de la princesa Carlota Joaquina, que merecería por sí sola un relato particular.

El Gobierno Oriental

El período comprendido entre la batalla de Guayabos —a orillas del Arerunguá, el 10 de enero de 1815, en la que los orientales obligaron al retroceso porteño con sus ansias de hegemonía— y la invasión lusitana, en agosto de 1816, marcan el apogeo del Gobierno artiguista. El tríptico ideológico de *república, confederación y política de tierras,* que animó toda su lucha, comenzó a plasmarse en la prolífera y ardua tarea que desarrolló en tan corto lapso.

La acuciante situación militar —esto es, la anunciada llegada de fuerzas españolas, la posible invasión lusitana, las desavenencias con Buenos Ai-

res y sus intrigas, que ponían en riesgo el pacto de La Liga—, así como la actitud renuente del Gobierno del Paraguay, no fueron óbice para perfilar las directrices concebidas por Artigas, las que nos permiten aproximarnos al conocimiento de su ideario.

La proximidad de la primavera de 1815 encontró al primer *gobierno autóctono* de nuestra tierra —si se me permite calificarlo de tal forma— asentado en Purificación, donde había fijado su sede desde comienzos de ese año. Desde allí se impartieron las directivas para el gobierno de la plaza de Montevideo y para las vastas zonas casi desérticas de una campaña arrasada por los sucesos bélicos que la precedieron y que lamentablemente continuarían. Fue allí, en el Gobierno de Hervidero (en la meseta de Paysandú), donde se signó el conocido «Reglamento provisorio», que haría renacer la esperanza de prosperidad en el sufrido pueblo oriental.

El «Reglamento provisorio de la Provincia Oriental para el fomento de su campaña y seguridad de sus hacendados», del 10 de setiembre de 1815, es un hito en la historia nacional, que por sí solo eleva el pensamiento artiguista al de los más excelsos estadistas. No solo pone de relieve un profundo conocimiento de la acuciante situación reinante, sino que avizora las consecuencias de una política poco previsora y procura encauzarla a través del fomento de una mejor y mayor productividad y una equitativa distribución de la tierra. Surgido de las entrevistas celebradas en Purificación por José Artigas con los delegados del Cuerpo de Hacendados enviados desde Montevideo y elegidos en Sala del Cabildo, conoció varios antecedentes, que brevemente pasamos a reseñar.

Fueron varios los intentos por procurar el *arreglo de los campos* desde comienzos de la dominación española. En un territorio sin límites de frontera y en contienda constante entre España y Portugal, la abundancia del ganado precedió al hombre. Siendo las tierras *realengas* (que comprendían aquellas tomadas a los jesuitas cuando fueron expulsados), las formas y los objetivos de las concesiones fueron diversos. Las primeras se asignaron a los pobladores pioneros a razón de una suerte por cada uno, comprendiendo su familia directa. Su extensión era de 2000 hectáreas aproximadamente, que en términos de producción equivalía a 900 vacunos y a la décima parte en cueros por año. Los propósitos de las autoridades españolas fueron la defensa del avance lusitano en zonas de frontera y de las correrías de indios y gauchos, así como la búsqueda de recursos para la Corona.

En tal sentido, se efectuaron concesiones a *favoritos* o ventas a quienes efectuaban la *denuncia.* Esta última demandaba un largo y costoso proceso; suponía trasladarse a Buenos Aires, pagar los derechos de reconocimiento del bien, en el que intervenían juez, agrimensor y tasador, y luego de 30 pregones adquirir el bien en subasta. Su costo, según Félix de Azara, no era inferior a 400 pesos fuertes, cuando la legua cuadrada no superaba los 20, y el plazo del procedimiento oscilaba entre dos y ocho años. En suma, solo los más pudientes, comerciantes en su mayoría, accedían a la compra; sin embargo, no ocupaban las tierras y se limitaban a dejar un rodeo para

atraer al ganado cimarrón que luego faenaban en sus propios saladeros. Por tal motivo eran preferidas las tierras con *rinconadas,* donde el ganado se acumulaba en forma espontánea, haciendo más propicia la vaquería.

No eran tan apreciadas las tierras al norte del río Negro, por la inseguridad a que estaban expuestas. Tal vez fueron más las donaciones en esta zona durante la Cisplatina y a hombres libres dispuestos a ocuparlas, aunque también serían luego objeto de despojo por los latifundistas.

Entre las tierras del sur es famosa la rinconada de San José, de la familia Alzaybar, ¡delimitada por los ríos Negro, Santa Lucía, San José y el arroyo Pereira!

Los límites de las tierras asignadas se indicaban por referencia a los naturales: arroyos, quebradas, cerros, ríos. Tal imprecisión, por carencia de técnicos e instrumental apto, permitía una expansión incontrolada. Emblemático es el caso de García de Zúñiga, que remató una estancia de 100.000 cuadras, perteneciente a los expulsos jesuitas, la que al escriturarse ¡¡¡tenía ya un área de 400.000!!!

Tan indefinida era la posesión de la tierra como la del ganado, que traspasaba los campos en busca de aguadas y era marcado por el propietario de aquella. Por ello, junto con la tierra se vendía la marca que facilitaba señalar el ganado que se allegaba. Como es de suponer, frente a esa movilidad se generaron múltiples abusos. Al respecto se señala la picardía de Francisco de Alzaybar, quien declaró: «Todo el ganado no marcado me pertenece ya que no marco».

La imprecisión se trasladaba a los hábitos sociales. Se fue gestando así una particular idiosincrasia del hombre suelto, con preferencia por la vida nómade y el pillaje al aire libre antes que el asentamiento. En el entramado social, junto con los indios, mestizos y negros esclavos, las clases desposeídas se conformaban con la figura del *gaucho.* Eran pocas sus necesidades y vasto el paisaje donde se desplazaba a su libre albedrío, sin más límites que los de la naturaleza, con la que se consustanciaba en tolerante armonía. No estaba llamado en su esencia a la vida sedentaria y, por tanto, sujetarlo a un orden social preestablecido requería la persuasión de quien lo conociera en profundidad y se hubiera ganado su respeto.

Fueron varios los intentos por regularizar tal situación de la campaña, que con el transcurrir del tiempo veía diezmada su principal riqueza. En tal sentido se conocen las «Noticias de los campos de la Banda Oriental», que datan de 1794 y cuyo autor es desconocido. Por su parte, Félix de Azara en 1801 redactó la «Memoria sobre el estado rural del Río de la Plata», de amplia visión de la situación en su conjunto. Ambas, al igual que posteriormente el «Reglamento provisorio» ponían de relieve que el mayor problema era la falta de habitantes antes que de tierras.

El «Reglamento provisorio de la Provincia Oriental para el fomento de la campaña y seguridad de sus hacendados» destacó por su originalidad,

pues además de un enfoque económico y militar contenía uno esencialmente político.

Las autoridades españolas, sin estudio profundo de la temática, tentaron la regularización, pero las más de las veces como mero vehículo recaudatorio. Así por ejemplo, un bando de Joaquín de Soria del 23 de agosto de 1810, a efectos de obtener fondos que le permitieran enfrentar a la Junta Revolucionaria de Mayo, instó a la regularización del título ¡¡¡con 40 días de plazo!!! a partir de la fijación de edictos, bajo apercibimiento de proceder al remate. Esta resolución enardeció a los pobladores de la campaña y ofició como estímulo para sumarse a la causa revolucionaria. Posteriormente fue retirada por Vigodet.

El «Reglamento provisorio de la Provincia Oriental para el fomento de la campaña y seguridad de sus hacendados»

Como se expresó, el «Reglamento provisorio» marca un mojón en la historia nacional y americana. De poca extensión y concisas disposiciones, abarca todos los aspectos imprescindibles para afrontar la angustiante situación en que se veía sumida la provincia como consecuencia de las luchas sucesivas y del desorden antes expuesto. Siguiendo a los profesores Washington Reyes Abadie, Óscar Bruschera y Tabaré Melogno, se pueden señalar tres materias: organización administrativa y judicial de la provincia; plan socioeconómico de distribución de tierras y fomento de la producción, y programa de restablecimiento y adecuadas garantías del orden interno. Todas ellas, no obstante, guardan precisa armonía y se complementan para precaver que se agotaran en meros consejos o buenas intenciones.

Sin profundizar en cada una y al solo efecto de aproximarnos al propósito del presente, se hace imprescindible destacar:

Autoridades y funciones

Las autoridades administrativas y judiciales, en orden jerárquico, serían: el Cabildo Gobernador, el alcalde provincial, los subtenientes de provincia y los jueces pedáneos. El alcalde sumaba a sus funciones habituales las de distribución de tierras, velar por la tranquilidad del vecindario y oficiar de juez inmediato; debía oficiar al Cabildo. Se reservaba al Cabildo la tarea de instruir el proceso y aplicar la pena. También el Cabildo legitimaba donaciones y distribuía marcas. Los jueces pedáneos estaban llamados a ejecutar medidas que se adoptaran para preservar el orden. Quienes no podían atender en demandas eran los tenientes, cuyas funciones eran la distribución de tierras, propender al fomento de la producción y velar por la seguridad, aprehendiendo a los *vagos* y remitiendo al sospechoso de homicidio, hurto o violencia con algún vecino al alcalde provincial, con oficio «insinuándole el hecho», oficio que serviría de cabeza de proceso. El alcalde y los tenientes cumplían funciones de policía de la campaña, para lo cual

se proveería al primero de «ocho hombres y un sargento» y a cada teniente de cuatro soldados y un cabo. Su misión era «desterrar los vagabundos, aprehender malhechores y desertores». El Cabildo debía deliberar si estos colaboradores serían «los vecinos que deban mudarse mensualmente o […] soldados pagos que hagan de esta suerte su fatiga». Por tanto, los hacendados debían dar «papeletas» —esto es, documentos identificatorios— a sus peones y si estos fueran hallados sin ellas y en actitud de vagancia serían remitidos al Cuartel General o al Gobierno de Montevideo.

Distribución de tierras y fomento de la producción

La mayor parte del articulado refiere a la distribución de las tierras y el fomento de la producción. En tal sentido se indicaba cuáles eran las tierras de las que se podía disponer, en las cuales quedaban comprendidas las de «emigrados, malos europeos y peores americanos» que no hubieran sido indultados. Repárese en que se hace referencia a «americanos», en clara visión excluyente de cualquier identificación foránea. También eran repartibles las tierras vendidas o donadas desde 1810 hasta 1815, es decir, las adjudicadas por autoridades montevideanas o porteñas luego de la Revolución de Mayo, excluidas las de los patriotas que fueran acreedores de esa gracia. Por ello se distinguía entre orientales y extraños, se aplicaba el Reglamento a los primeros, quienes serían acreedores a una suerte de estancia, y se disponía de los terrenos de los últimos. No obstante, se consideraría si los europeos y malos americanos eran solteros o casados, y si estos tenían hijos y en qué número. De los solteros todo sería disponible; a los casados, de acuerdo al número de hijos, «con concepto a que estos no sean perjudicados se les dará lo bastante para que puedan mantenerse en lo sucesivo, siendo el resto disponible, si tuviere demasiados terrenos». Se pone de manifiesto el humanismo que inspiró este Reglamento y se trasluce también la concepción de la familia como base de la sociedad, lo cual se reafirma al determinar quiénes serían beneficiarios.

El ánimo de protección al desposeído se entrelaza con la búsqueda de dignificación del hombre, que con su trabajo debía procurar su sustento, sin propender solo a su propio interés, sino al de la provincia toda. Por tanto, los agraciados deberían ser dignos, para «fomentar con brazos útiles la población de la campaña». El alcalde provincial y sus subalternos deberían prever «que los más infelices sean los más privilegiados» (el término *infeliz* era usado en la época como sinónimo de *pobre*).

> En consecuencia los negros libres [revestían entre otros tal calidad los que hubieran servido a la causa revolucionaria], los zambos de esta clase, los indios y los criollos pobres, todos podrán ser agraciados en suertes de estancia si con su trabajo y hombría de bien propenden a su felicidad y a la de la Provincia. […] Serán igualmente agraciadas las viudas pobres, si hubieren hijos y serán igualmente preferidos los casados a los americanos solteros [nuevamente se apela al término *americano*] y estos a cualquier extrangero [sic].

Se puede apreciar que el criterio no es rígido —lo que podría redundar en injusticias no queridas—, sino razonablemente flexible, y procuraba considerar las situaciones particulares. De igual forma, la extensión de las tierras dependería de sus atributos, es decir, de su fertilidad, la existencia de aguadas, etcétera. La extensión en principio sería de una legua y media de frente por dos de fondo, y en la medida de lo posible debían tener linderos fijos, como forma de economizar la tierra y evitar desavenencias entre vecinos.

El trámite para obtener la gracia se iniciaba ante los subalternos del alcalde o directamente ante este, quien siempre debía ser informado. El alcalde a su vez debía comunicarlo al Gobierno de Montevideo, el cual legitimaba la donación. Recaía en el «Muy Ilustre Cabildo de Montevideo» como superior jerárquico toda legitimación, incluidos los derechos sobre terrenos agraciados con anterioridad, y en todo caso se aplicaba el Reglamento.

Similar disposición regía para «la marca que deba distinguir las haciendas del interesado en lo sucesivo», la cual también se otorgaba graciosamente en caso de que el solicitante careciera de ella.

De ambas donaciones el regidor encargado de los propios de la ciudad estaba obligado a llevar razón.

La precisión y el orden que se pretendía impartir no obstaba a que el agraciado fuera puesto en posesión de lo donado desde el momento de la denuncia.

Obviamente el trípode debía completarse con la gracia de ganado vacuno y caballar, pero en caso alguno los beneficiarios podían tomarlos por sí solos. A tales efectos se facultaba al alcalde provincial y a sus subtenientes para dar licencia a los adjudicatarios, quienes reunidos podían tomar el ganado de las mismas estancias objeto de donación. Las autoridades velarían por que los ganados no fueran aplicados a otro uso que el de amansarlos, caparlos y someterlos a rodeo.

El propósito de estas concesiones no sería logrado sin imponer límites y obligaciones, cuya observancia era a un tiempo estímulo de producción y generadora de conciencia social. En consecuencia, a partir de la concesión debía formarse un rancho y dos corrales «en el término preciso de dos meses». Vencido el plazo, si se advirtiera omisión, se reconvendría y se otorgaría un plazo de gracia de un mes, «el cual cumplido, si se advierte la misma negligencia, será aquel terreno donado a otro vecino más laborioso y benéfico a la Provincia». Asimismo, y hasta el arreglo formal de la provincia, quedaba prohibido enajenar la tierra o contraer empréstito con su garantía.

A modo de precaver la acumulación de la tierra se prohibía poseer más de una suerte de estancia, no obstante lo cual podían ser agraciados quienes solo tuvieran una suerte de chacra o «los americanos que quisieran mudar de posesión dejando la que tienen a beneficio de la Provincia». Para lograr la recuperación del ganado se prohibían las tropas hacia Portugal, así como la matanza de hembras, y en todo caso los hacendados no podrían faenar

más ganado que el de su marca, y si así no fuera acreditado sus productos serían decomisados y dejados a disposición del Gobierno.

Otras medidas del Gobierno patrio

Se ha elegido destacar el «Reglamento Provisorio» por su enorme significación y su propósito nunca cumplido, pero su importancia no ha de desmerecer otras resoluciones trascendentes del período. Someramente pueden destacarse:

- *En el orden político y administrativo:* La división territorial en departamentos (o cantones) y la creación de un procedimiento electoral para cabildantes, así como la formación de las Juntas de Vigilancia y el Consulado de Comercio.
- *En el orden económico:* El fomento de la actividad mercantil y de la matrícula de comerciante para personas sin recursos. También se procuró promover la actividad industrial de las diferentes provincias, haciendo hincapié en lo relativo a maderas, pieles de lobo, tabaco, algodón, yerba, marquetería, carretas y pólvora, entre otros, y regulando el decomiso de cueros.
- *En lo social:* Se dictaron medidas para garantizar el abastecimiento de carne y pan al público, y de modo de precaver la escasez de esos productos se dispuso la adjudicación de licencias a concesionarios proveedores, mediante almoneda.
- *En el área de la salud:* Se procuró llegar a toda la población con los *vidrios* de la vacuna antivariólica, junto con los cuales se remitían instructivos y lancetas para su aplicación. Para asistencia de los heridos funcionaron las carretas conocidas como *hospitales de sangre,* pero frente al avance portugués Artigas procuró organizar un hospital fijo en Florida, para el que dictó precisas instrucciones de funcionamiento.
- *En lo cultural:* Se rehabilitó la escuela pública en Montevideo y se procuró fundar una en Purificación. Luego de recuperar la imprenta se intentó editar *El Periódico Oriental,* que no llegó a prosperar por algunas desavenencias sobre la libertad de expresión entre Larrañaga y el Cabildo; igualmente la imprenta fue destinada a varios fines. Entre sus publicaciones destaca la «Oración inaugural» de la Biblioteca Nacional, que con grandes festejos abrió sus puertas el 26 de mayo de 1816.

Reflexiones finales

El «Reglamento Provisorio», verdadera revolución ideológica, atravesó todos los estratos sociales y en amplio espectro estuvo llamado a desplegar sus efectos en lo político, lo jurídico y lo económico.

Como ocurre en general, el éxito o el fracaso de una concepción revolucionaria no responde a una causa única, y el «Reglamento» no fue la excepción. A modo de síntesis puede decirse que escaso fue el tiempo para su concreción y más escasa aún la madurez de los llamados a ser sus actores.

El hombre de campo, acostumbrado a una vida sin tutela, no había recorrido todavía el proceso de asumir e internalizar su integración al entramado social dotado de normas regulatorias.

Más penosa aún fue la postura que adoptó el hombre pudiente, que reunía en su persona la condición de hacendado, comerciante e industrial. Dotado de una instrucción europeizada que le permitían sus recursos, no abandonó sin embargo el temor a la pérdida de una posición privilegiada. Desde la estrecha visión que emana de la codicia, no logró concebir que la prosperidad de los otros redunda en beneficio de la sociedad en su conjunto, incluso de él mismo.

Los proyectos gestados en el Gobierno de Purificación, que rememoramos con orgullo y admiración, traspasan el tiempo y se insertan en el presente. Muy diferente es el contexto social de nuestra época de aquel que vivieron quienes nos precedieron hace ya dos siglos. La búsqueda de justicia social, empero, se mantiene incólume en el hombre dotado de conciencia ética y moral. Diversos pueden ser los derroteros para su logro, pero es indubitable que el espíritu solidario que inspira los principios cooperativos es uno de ellos. Tal vez sea su fomento nuestro desafío.

Bibliografía

Barrán, José Pedro, y Nahum, Benjamín, *Bases económicas de la Revolución Artiguista,* Montevideo: Ediciones de la Banda Oriental, 3.ª ed., 1972.

Bruschera, Óscar, *Artigas.* Montevideo: Biblioteca de Marcha, 3.ª ed., 1986.

Rela, Walter, *Artigas. Cronología histórica anotada.* Montevideo: Alfar, 2006.

Reyes Abadie, Washington, y Vázquez Romero, Andrés, *Crónica general del Uruguay,* Montevideo: Ediciones de la Banda Oriental, 1995. Vol. 2.

Reyes Abadie, Washington; Bruschera, Óscar, y Melogno, Tabaré, *El ciclo artiguista*. 2.ª ed. Montevideo: Margarita Silberberg, 1971. Vol. 2.

Traibel, José, *Breviario artiguista.* Montevideo: Colombino, 1951.

(Aprobado por la Comisión de Revista el 29 de marzo de 2016.)

Deontología

Día del Escribano Uruguayo

Como todos los años, el 1.º de diciembre se celebra el Día del Escribano Uruguayo, en un acto conmemorativo que congrega y homenajea a diferentes generaciones de escribanos. En esta oportunidad, por su valor deontológico, reproducimos los discursos pronunciados en el 2015 por el presidente de la Asociación de Escribanos del Uruguay, Esc. Antonio María Sarachu Rovira, y el representante de los escribanos que cumplieron 50 años en la matrícula, Esc. Vicente Cremanti.

Palabras de Antonio María Sarachu Rovira

Autoridades, colegas, familiares y amigos de los homenajeados:

Nos gusta aprovechar estas instancias de celebración, emotivas por cierto, en las que nos encontramos con muchos escribanos con sus distintas experiencias, como lo hemos escuchado de las muy buenas exposiciones que nos precedieron, para detenernos un instante y celebrar que los escribanos existimos y seguiremos existiendo, y no porque la Divina Providencia así lo establezca, sino porque así debe ser.

Nuestro gremio defiende la profesión en todos los ámbitos del quehacer nacional. Sabemos que nuestra profesión es uno de los aspectos esenciales y necesarios para el mantenimiento del Estado de derecho y la paz social en la convivencia entre todos los individuos, al poder brindar nuestros conocimientos como profesionales de derecho y únicos titulares de la herramienta de la fe pública. Ella da certeza jurídica en la contratación, presta garantías de eficacia y validez y una mejor resolución de las relaciones sociales, y así evitamos con nuestra actuación eventuales conflictos futuros.

Esto es necesario tenerlo siempre presente, porque hace mucho tiempo los escribanos estamos viviendo una invasión de controles extras que a veces poco tienen que ver con nuestra actividad, pero que necesariamente se nos han impuesto para llevar adelante nuestro diario ejercicio profesional. Si a eso le agregamos la necesidad de tener presentes nuestros problemas personales y situaciones familiares, las inquietudes de nuestros clientes y la de los propios colegas, todo dentro de nuestro mundo revolucionado por avances tecnológicos vertiginosos, corremos el riesgo de no darnos cuenta del verdadero rol que cumple nuestra profesión. Nosotros, cada uno de nosotros, profesionales escribanos, debemos pelear en forma mancomunada para que ello continúe.

Este elemento no es menor, y lo traigo a colación porque en ningún momento podemos descuidar la profesión; la tenemos que defender cada uno de nosotros. La fuerza que tiene la escritura pública, que es ni más ni menos que una marca de calidad, como una norma ISO, que nos prestigia y a la que debemos proteger a lo largo de nuestra vida profesional y a la que la Asociación de Escribanos del Uruguay, a través de sus distintos estamentos técnicos y comisiones de trabajo, ha llevado y seguirá llevando adelante.

Los escribanos no somos necesarios para llenar un formulario, sino que somos los profesionales a los cuales el ciudadano común, el empresario, el gobernante, el inversor pueden y deben pedir su opinión, su asesoramiento y sus servicios profesionales en forma integral.

Nos hemos comprometido desde que asumimos, en 2013, y venimos dando los pasos efectivos hacia el reconocimiento, y el año que viene vamos a seguir avanzando. No nos vamos a quedar en meros enunciados; hemos venido actuando, con seriedad, con reconocida responsabilidad institucional y con visión de futuro, y la sociedad así lo va entendiendo.

Y no nos tenemos que quedar con esto: tenemos que seguir apostando a imponer la marca Profesión Notarial, pero para eso tenemos que seguir abriendo las puertas a esos nuevos desafíos, trabajando en equipos multidisciplinarios, incorporando a todo aquel colega que puede de alguna forma aportar lo suyo.

Los escribanos seguiremos haciendo lo que siempre hicimos: buscar el beneficio y el bienestar de las personas, poniéndonos al día con las nuevas normas y tecnologías, tomando las oportunidades que nos brinda el mundo real, buscando por ese medio agilizar el tráfico jurídico, colaborando con el Estado, siempre dando seguridad y confianza con base en la responsabilidad que nuestra profesión infunde, como realizadores de paz social, contribuyendo con nuestro accionar al ejercicio pacífico de los derechos individuales, evitando litigios, armonizando intereses y reduciendo los costos de administración de justicia.

Para finalizar, 2016 será un año que también nos verá trabajando en pos de esos objetivos que se van cumpliendo y que, como se expresó, se realizarán sin perder nunca de vista el contexto en que nos encontramos, apostando a brindar bienestar a las personas, logrando incorporar nuevas formas de trabajo profesional, dando un fuerte impulso a las nuevas generaciones, apostando a la experiencia adquirida este último tiempo, escuchando a todos los colegas del país, acercándonos al pensamiento académico y al vínculo con las demás organizaciones profesionales y sociales que componen nuestra sociedad, y siempre pensando en lo mejor, que somos una herramienta útil para la sociedad y una profesión digna para quien la ejerce.

(Aprobado por la Comisión de Revista el 29 de marzo de 2015.)

Palabras de Vicente Cremanti

Señor presidente, señores directivos, señores:

Represento, por designación de mis compañeros de promoción, a los escribanos incorporados a la matrícula en 1965.

A lo largo de este medio siglo, nuestro gremio experimentó cambios considerables en por lo menos tres aspectos: el técnico, el institucional y el del ejercicio.

En el aspecto técnico, pasamos del protocolo manuscrito, único procedimiento vigente hasta comienzos de la década de los ochenta, al mecanografiado y al computarizado de hoy; de los cuadernillos cosidos a mano —tarea que se nos enseñaba en las primeras clases de la asignatura Práctica Notarial— al soporte electrónico y al cibernotariado que se inician en la actualidad, en nuestro país y en el resto del mundo.

En el aspecto institucional, egresamos todos entonces de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República, dos décadas antes de la creación de las universidades privadas en que se dictan ahora carreras jurídicas.

Y en el aspecto del ejercicio profesional, nuestra función de controladores del cumplimiento de normas tributarias y de prevención de delitos, si bien existente desde siempre, se incrementó considerablemente. Baste mencionar el combate contra el fantasma del lavado de activos, cuyo control afecta ahora buena parte de la actividad de quienes seguimos ejerciendo.

Tanto en los cambios técnicos como en los del ejercicio, hemos sido orientados y apoyados por nuestra Asociación, la que hoy nos recibe; sin un gremio organizado como el nuestro nos habría resultado mucho más difícil la adaptación a los cambios.

Por esa razón entiendo de justicia referirme ahora a nuestra Asociación de Escribanos, más que centenaria.

Nuestra generación se integró a la matrícula cuando ya había pasado más de un siglo desde la primera propuesta de creación de una institución gremial de los escribanos.

En efecto, un conjunto de escribanos planteó su primera propuesta en 1853, y dos décadas después, en 1875, se fundó el que se llamó Colegio de Escribanos del Uruguay; en 1903 se produjo una escisión y se creó la denominada Asociación Notarial, y en 1907 ambas instituciones se fusionaron en la que hoy es la Asociación de Escribanos del Uruguay.

Hay una indudable continuidad institucional entre el primer Colegio y la actual Asociación, lo que supone una historia de 140 años, por lo que la nuestra es la más antigua gremial universitaria del Uruguay.

Mencionaré las fechas de otras gremiales: la de los químicos es de 1888; la de los contadores, de 1893; la de los ingenieros, de 1905; la de los agrónomos, de 1913; la de los arquitectos, de 1914; la de los agrimensores, de 1928.

Es curioso señalar que en la medicina, una disciplina muy numerosa y con gran influencia social, si bien existieron varias instituciones de carác-

ter científico, desde el Protomedicato de la época colonial, no apareció una institución gremial hasta 1920, y que en la abogacía, también numerosa e influyente, la gremial nació en 1929.

Cuando algunos escribanos se refieren a las dificultades de los tiempos actuales, no puedo sino señalar que nuestra gremial se creó y desarrolló en épocas muy difíciles: en el año de la primera propuesta, 1853, se produjo el motín contra el presidente Giró, que debió renunciar a su cargo y terminó asilado en la Legación de Francia. El año de la creación del Colegio, 1875, es llamado por los historiadores *año terrible:* empezó con el motín de Latorre contra el gobierno constitucional, que causó la muerte de Francisco Lavandeira —docente de nuestra Facultad, cuyo nombre lleva una de sus aulas—. Contra el gobierno dictatorial se inició, a fines de ese año, la Revolución Tricolor; señalo esto porque algunos de los escribanos que el 1.º de abril de 1875 fundaron el Colegio, y que eran hombres principistas, tomaron las armas para ir a pelear en la Tricolor contra Latorre, quien años después —ironía de la historia— firmaría el decreto-ley 1421, que todavía nos rige.

También eran difíciles los tiempos de la aparición de nuestra *Revista,* en 1904, poco después de la batalla de Masoller, o sea, del fin de la última guerra civil. En el editorial del primer número se dice: «No es esta, lo sabemos, una época oportuna y propicia para el sostenimiento de una publicación de la índole de la presente, porque la atmósfera que respiramos está muy rarificada por las consecuencias de la guerra fratricida recientemente terminada».

Pasó más de un siglo y la *Revista de la Asociación* sigue siendo una de las publicaciones jurídicas más importantes del país.

Debo señalar también la incidencia de nuestra gremial en el desarrollo de la formación académica de los escribanos, desde la aprobación del primer plan de estudios de Notariado, en 1897, y la creación en 1901 de la primera cátedra de Práctica Notarial, por resoluciones de las autoridades universitarias de la época, que debieron vencer la oposición de algunos docentes para los que el notariado era un oficio y no una profesión. Un docente, abogado, de cuyo nombre no quiero acordarme, decía entonces: «Yo enseño para las águilas de la abogacía y no para las aves rastreras del notariado». Me pregunto qué pensaría ese profesor hoy, cuando ya han pasado tres escribanos —Cestau, Gnazzo y Bagdassarian— por el Decanato de nuestra Facultad.

Nuestra formación académica incluye no solo el conocimiento de las normas jurídicas, sino también las nociones de la historia de nuestra profesión, que puede fijarse nada menos que en una cifra de 55 siglos, ya que los primeros documentos escritos, las tablillas mesopotámicas de Babilonia, que eran inventarios de las existencias de los templos, con una especie de certificación de la veracidad de esos inventarios, son considerados por algunos historiadores como un embrión de los documentos notariales; se trata

de piezas de alrededor del año 3500 antes de Cristo, por lo que podemos hablar de 5500 años de antecedentes de documentación notarial.

Tras este, un tanto tedioso, recorrido histórico —decía Cicerón que los viejos nos ponemos cada vez más habladores—, quiero decirles a ustedes: gracias, futuros colegas. ¿Por qué digo *futuros colegas*? Porque nosotros debemos ser muy cuidadosos en el empleo de las palabras, que son nuestra materia prima.

Un gran profesor, fallecido hace pocos días, el escribano Antonio Prunell, nos enseñaba que junto con los códigos hay que tener el diccionario de la lengua. Porque quiero ser respetuoso del idioma no puedo dirigirme a ustedes como colegas; si bien esa palabra puede tener varias acepciones de un uso más amplio, desde el punto de vista etimológico *colega* es el integrante de un mismo colegio.

Cuando tengamos un verdadero colegio notarial, cuando nuestra Asociación, que ha impulsado la creación legal del régimen de colegiación que ya rige a otras profesiones, pueda retomar el nombre de aquel viejo Colegio del siglo XIX, entonces sí seremos colegas.

Por ahora solo puedo decirles: gracias, futuros colegas, por haberme escuchado.

(Aprobado por la Comisión de Revista el 29 de marzo de 2016.)

Doctrina

Actuación en el derecho de los bienes. Régimen de accesibilidad en las edificaciones de los particulares

por Alda Gradin*

Resumen

La accesibilidad, de acuerdo con el paradigma Diseño para todos*, se convirtió —con algunas especificidades— en parte indispensable de nuevas construcciones, reformas, reciclajes. Este reciente escenario, fundamentalmente a partir del 1.º de octubre de 2014, cuando entró en vigencia la resolución 898/14 de la Intendencia Municipal que sustituye el título XIV.I del Digesto Municipal, pone de relieve una vez más el rol del notario. Buena parte del valor que se le agrega al escribano está relacionada con el asesoramiento en la toma de decisiones en cuanto definición de estrategias económicas y técnicas.*

En este trabajo nos proponemos, en primer lugar, hacer referencia al marco normativo; en segundo lugar, enunciamos algunas de las definiciones incorporadas en la normativa y, por último, el análisis crítico de algunos casos.

Sumario

I. Introducción. **II.** Marco Normativo. **III.** A propósito de algunas definiciones. **IV.** La accesibilidad en las edificaciones con destino residencial. **V.** Algunos casos. **VI.** Conclusiones. **VII.** Bibliografía.

* Agradezco a la Lic. Gabriela Quesada Bartesaghi, del Departamento de Biblioteca de la Asociación de Escribanos del Uruguay. Asimismo, vaya mi agradecimiento por las entrevistas concedidas en la Intendencia de Montevideo por Federico Lezama (coordinador de la sección Accesibilidad para la Inclusión), los arquitectos Horacio Farías (coordinador de Áreas del Servicio Contralor de Edificaciones) y Freddy Gómez (encargado del Área Edilicia del Servicio Contralor de Edificaciones).

I. Introducción

El principio central del Estado de derecho, y consecuentemente de un sistema democrático, es promover, proteger y garantizar el pleno disfrute de derechos que funcionan como patrones de igualdad de sus habitantes en cuanto personas y ciudadanos.

Las ideas que se desarrollarán proponen reflexionar sobre el rol del notario como operador jurídico y como asesor, a partir del análisis de la normativa uruguaya —y en particular en la ciudad de Montevideo—. Esta propicia una gradual adaptación arquitectónica y plantea soluciones de futuro para que la accesibilidad sea un factor indispensable en nuevas construcciones, reformas y reciclajes. A efectos de la necesaria delimitación de este trabajo, examinaremos prioritariamente su aplicación en las edificaciones destinadas a vivienda.

Para ello haremos las necesarias y acotadas referencias a saberes de otras disciplinas, ya que a es a partir del cruce disciplinar que podremos acercarnos a las respuestas que en materia de accesibilidad da la normativa a todas las personas, y en particular a la población con *movilidad reducida.*[1]

II. Marco normativo

Consideraremos como marco base regulador la no tan reciente ley 18418 —que ratifica la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD)—, la ley 18651 —que deroga la ley 16095—, el decreto 34650 de la Junta Departamental de Montevideo y la resolución 898/14 que lo reglamenta, la ley 18795, que en su capítulo III («Incorporación al Régimen de Propiedad Horizontal»), entre otras innovaciones, establece como requisito la accesibilidad, y por último la norma UNIT referida a «Construcción de edificios. Accesibilidad y usabilidad del entorno edificado»,[2] que es de cumplimiento obligatorio en virtud de su inclusión en la normativa nacional y departamental.

III. A propósito de algunas definiciones

1. Ajustes razonables y diseño universal

El artículo 2 de la Convención incluye como una forma de discriminación la denegación de los *ajustes razonables,* y al definirlos señala:

> […] se entenderán las modificaciones y adaptaciones *necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida,* cuando

1 Excluimos expresamente el análisis de construcciones destinadas desde su origen y en su totalidad a personas con discapacidad; por ejemplo, algunas cooperativas, programas del MVOTMA, también algunas ofertas inmobiliarias dedicadas a satisfacer exclusivamente las necesidades de estas personas.

2 ‹http://www.unit.org.uy/normalizacion/norma_que/›.

> se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales.

Por *diseño universal* entiende:

> […] el diseño de productos, entornos, programas y servicios que puedan utilizar todas las personas, en la mayor medida posible, sin necesidad de adaptación ni diseño especializado. El «diseño universal» no excluirá las ayudas técnicas para grupos particulares de personas con discapacidad, cuando se necesiten.

1.1. ¿Cuándo una carga es «desproporcionada o indebida»? ¿Con qué criterios se acotan los desembolsos?

Dada la vaguedad de los términos de la regla, será una cuestión de hecho definir si las adecuaciones requeridas constituyen *ajustes razonables* por resultar proporcionadas a las circunstancias que las originan y a los fines que se procura alcanzar con ellas. Podrían resultar de importancia los criterios que tome para su dictamen la Comisión de Seguimiento,[3] respecto de los casos que sean objeto de consulta.

Refiriéndose a los *factores relevantes* que determinan el incremento de los costos y, en consecuencia, de los precios de venta de los apartamentos, y señalando que no se cuestionan disposiciones «que contribuyan a hacer una vivienda más digna y más confortable», el secretario general de APPCU afirma que dichas normas de construcción «tienen un costo adicional que no siempre el adquirente de una unidad puede aquilatar», y conjuntamente con la eficiencia energética se refiere a «la que reglamenta todo lo atinente a la accesibilidad en los edificios. Materiales más costosos, espacios más amplios, mecanismos y detalles de arquitectura que hoy hay que usar obligatoriamente».[4]

En otros ordenamientos jurídicos encontramos, por ejemplo:

> La carga es desproporcionada cuando el coste de las obras repercutido anualmente, descontando las subvenciones y ayudas públicas a las que se pueda tener derecho, exceda de 12 mensualidades ordinarias de gastos comunes.[5]

3 Creada por resolución 5189/03, integrada por representantes de distintas dependencias de IM, UNIT, SAU y APPCU. Su objetivo es establecer mecanismos de coordinación de esfuerzos y propiciar la gradual eliminación de barreras arquitectónicas y urbanísticas de Montevideo.

4 Steffen, Eduardo. «El precio de los apartamentos». *Mensuario del Constructor* [revista en línea]. 30.03.2015 http://www.delconstructor.com.uy/noticias/El-precio-de-los-apartamentos/d0bb8259d8fe3c7df4554dab9d7da3c9

5 Ley 8/2013, de Rehabilitación, Regeneración y Renovación Urbanas, que modifica los artículos 10 y 17 de la Ley de Propiedad Horizontal (LPH). Disponible en ‹http://www.comunidades.com/legislacion/comunidades/ley-de-propiedad-horizontal/›.

2. Barreras físicas arquitectónicas

El artículo 9 de la Convención («Accesibilidad»), entre las medidas pertinentes para asegurar el acceso de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con las demás, incluye la eliminación de obstáculos y barreras de acceso a, entre otras cosas, los edificios.

El literal C del artículo 77 de la ley 18651 los define como «aquellos obstáculos físicos que impiden que personas con discapacidad puedan llegar, acceder, desplazarse o hacer uso de las instalaciones de los edificios».

Nerpiti (2014) incluye como ejemplos no solamente escaleras, sino también rampas, salón de usos múltiples y piscinas,[6] y respecto a estas últimas indica que, según ha constatado en Buenos Aires, «queda todo preparado para instalar en ella el elevador necesario para trasladar a las personas […] y se traslada el costo económico al futuro consorcio».

3. Accesibilidad

Según el literal A del citado artículo 77, la accesibilidad se identifica con prestaciones que debe cumplir «un espacio, objeto, instrumento, sistema o medio, para que sea utilizable por todas las personas en forma segura, equitativa y de la manera más autónoma y confortable posible», y en la normativa municipal se regula especialmente con vistas a integrar a quienes tienen disminuidas sus capacidades motoras. Esta última distingue (artículo R 1894.2) un nivel «básico» de accesibilidad y añade el término «convertible».

3.1. Accesibilidad convertible

El literal D del artículo 77 define:

> Adaptabilidad: implica la posibilidad de modificar en el tiempo el medio físico con el fin de hacerlo completa y fácilmente accesible a las personas con discapacidad.

Por su parte, el artículo 6.º del decreto 34650 de la Junta Departamental de Montevideo dispone:

> Los proyectos de edificios colectivos con destino residencial […] deben ser accesibles o *poder convertirse en accesibles.* […].

El artículo R 1894.2 establece:

> Es cuando mediante mínimas adaptaciones previstas en el proyecto original, se pueden obtener itinerarios o locales de la edificación con accesibilidad o accesibilidad básica, según corresponda, para obra nueva o reforma.

6 Respecto a accesibilidad para centros de actividades deportivas, el literal *d* del artículo R.1894.12 establece: «Si cuentan con piscinas, éstas deben ser accesibles o convertibles, debiendo contar preferentemente con la previsión para instalar un mecanismo de elevación de ingreso a la misma. […]».

La norma acota las adaptaciones e incluye como requisito:

> […] la previsión del espacio necesario para la posible colocación de ascensor accesible en el caso de edificaciones de obra nueva de más de un nivel que no requieran reglamentariamente ascensor, vinculando los itinerarios accesibles de ingreso a todas las unidades.

4. Área de rescate

El artículo 68 de la Convención se refiere en especial a situaciones de emergencia y a las condiciones de seguridad y autonomía que deben prestarse a todas las personas, y el artículo R. 1894.2 define el concepto de *área de rescate* como «el área que posibilita permanecer en condiciones de seguridad a quien la ocupa, mientras una situación de emergencia es resuelta o asistida». Esta se regula en el artículo R.1894.7.

IV. La accesibilidad en las edificaciones con destino residencial

De acuerdo con el artículo R.1894.8, «Esta reglamentación se aplica sólo en los casos que cuenten con 4 o más viviendas».

1. Edificaciones para obras a reformar, ampliar o reciclar y cambios totales de destino

La accesibilidad de estas edificaciones se regula en el artículo R.1894.13, sección I del capítulo III:

> […] deberán alcanzar gradualmente la accesibilidad de los espacios en los que se interviene. Todos los espacios involucrados en una reforma, reciclaje o ampliación deben resultar accesibles.

Por su parte, el artículo 1894.17 incluye las exigencias en las que se realicen en los «espacios de aproximación y acceso al edificio y en las áreas de uso común». En virtud de lo establecido en el artículo 1894.8, el supuesto en las situaciones referidas es que las edificaciones «cuenten con 4 o más viviendas».

V. Algunos casos

1. Incorporación al régimen de propiedad horizontal

La Ley 18795, Acceso a la Vivienda de Interés Social,[7] en su capítulo III, «Incorporación al Régimen de Propiedad Horizontal», entre otras innova-

7 Artículo 22. «(Alcance). Las normas del presente Capítulo no afectan ni modifican el régimen vigente en materia de propiedad horizontal. Las mismas podrán aplicarse a cualquier edificio sin necesidad que sus unidades constituyan viviendas de interés social».

ciones establece ciertos requisitos que los edificios deben cumplir, entre ellos:

> Las unidades así como los bienes comunes de uso exclusivo y general del edificio se encuentran en condiciones de accesibilidad, pudiendo darse a dichas edificaciones un uso seguro, autónomo y confortable.[8]

Tal acreditación es de cargo del arquitecto director de obra e ingeniero agrimensor. No obstante, señalamos que, en el supuesto del artículo 20 (horizontalidad adquirida), la norma no exige tal certificación.

1.1. Horizontalidad adquirida

A su vez, en el supuesto del artículo 20 (horizontalidad adquirida), en tanto no resulte exigible resolución de la municipalidad, el edificio ingresará al estado horizontal sin que aquella verifique el cumplimiento de las condiciones de accesibilidad.

2. Acuerdos de exención a contribuir en el mantenimiento y la reparación de ascensores

Los artículos 4, 5 y 7 de la Ley de Propiedad Horizontal (10751) proporcionan criterios en cuanto a la atribución de una cuota de participación en relación con el valor total del inmueble, a la obligación de contribuir con arreglo a esa cuota de participación, y a la posibilidad de acordar exclusión o contribución diferencial de algún copropietario con respecto a ciertos bienes comunes, en razón de que no todos tienen la misma posibilidad de uso (artículo 5, *in fine*). Entendemos que tal exención incluye la no obligación de participar en la realización de obras necesarias, por ejemplo, para instalar ascensores o cualquier otra plataforma elevadora a fin de asegurar la accesibilidad a personas disminuidas en sus capacidades motoras.[9]

8 Literal C, numeral 5, del artículo 18.

9 En ‹http://www.poderjudicial.es/search/documento/TS/6883247accesibilidad/20131118›. Entre otros señalamos: 1) El Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Madrid, en la resolución 202/2014, entendió que el alcance de la exención relativa a obras de adaptación o sustitución de los ascensores no resulta comparable a aquellos supuestos en los que la instalación del ascensor se realiza por primera vez, pues se trata de garantizar la accesibilidad y mejora general del inmueble. 2) El INADI (Buenos Aires), en dictamen 187-11, de 1/8/2011, estableció que, aunque del análisis de la normativa vigente en su conjunto se desprende la obligación de los consorcios de copropietarios/as de propiedad horizontal de eliminar las barreras arquitectónicas a efectos de garantizar la accesibilidad de las personas con discapacidad, considera conveniente sancionar una norma que expresamente establezca que la adecuación de los edificios privados en modo alguno se encuentra supeditada a la decisión de la mayoría de los/as consorcistas, por cuanto se trata de un derecho humano indisponible. Observó que, si bien el caso *sub examine* no se enfrenta a una laguna del derecho, resultaría de utilidad una norma específica que viabilizara la exigibilidad del derecho por medios alternativos al fuero judicial, a fin de evitar dilaciones innecesarias.

3. Régimen de quórum y mayorías en propiedad horizontal

A nuestro juicio, en la normativa que regula la accesibilidad en las edificaciones no se ha modificado el régimen establecido por la ley 10751, modificativas y concordantes (especialmente la ley 14560). Señalamos que la adecuación edilicia a la normativa objeto de análisis, aun cuando las soluciones no planteen problemas técnicos ni tengan eventualmente repercusión económica elevada, podría encontrar oposición de los copropietarios, como también de los propios técnicos por cuestiones estéticas, así como por no aportar beneficios económicos. Respecto a proyectos arquitectónicos complejos que requieren instalación de ascensores, redistribuciones complejas de espacios, creación o reforma de escaleras, obras que afecten fachadas, modificación o creación de áreas de rescate, es previsible que surjan reticencias de carácter económico, lo que ameritaría ayudas de la Administración mediante, por ejemplo, la concesión de beneficios fiscales y/o créditos especiales.

4. Bienes inmuebles declarados judicialmente en abandono,[10] cascos históricos, monumentos históricos nacionales y, con carácter general, edificaciones incluidas en el patrimonio arquitectónico

En estos casos corresponde la aplicación de las disposiciones referentes a la accesibilidad.[11]

VI. Conclusiones

Escapa a los alcances de este artículo un análisis de las complejidades y soluciones técnicas que implica la rehabilitación arquitectónica accesible. Tal tarea es un rol ineludible del profesional de la arquitectura, si bien tiene también implicaciones de tipo económico, social y jurídico.

10 La normativa no los excluye. Por su parte, la ley 18.308 establece en su artículo 63 (Expropiación por incumplimiento de deberes territoriales): «Se declara de utilidad pública la expropiación por la Administración de los inmuebles en estado de abandono que teniendo potencialidades productivas o de utilidad social, no hayan sido explotados por más de diez años, a efectos de integrar las carteras de tierras». Respecto al proyecto de ley véase ‹http://www.parlamento.gub.uy/repartidos/AccesoRepartidos.asp?Url=/repartidos/camara/d2012060899-00.htm›, ‹http://presidencia.gub.uy/comunicacion/comunicacionnoticias/mauricio-guarinoni-mides-legislacion-viviendas-abandonadas-proyecto-ley›.

11 Para que sean excluidas las categorías de edificaciones indicadas *ut supra* es necesaria la exclusión expresa. Por otra parte, el artículo R. 1894.1 incluye expresamente «cascos históricos, etc.».

1. Protección integral de personas con discapacidad

La Ley uruguaya 18651, de Protección Integral de Personas con Discapacidad, si bien no desvincula la palabra *accesibilidad* de su connotación minoritaria —ligada a la discapacidad—, hace hincapié en uno de los aspectos fundamentales de los nuevos conceptos, de acuerdo con el paradigma del *diseño para todos,* y la extiende a toda la población, sin olvidar quiénes son los principales afectados.

2. Posibles impactos en la actuación notarial

Destacamos la importancia que tiene el rol del notario para prevenir conflictos, a fin de conducir a sostener las plenas consecuencias jurídicas de los actos y negocios, compatibles con el interés de los sujetos intervinientes en ellos. Por vía de consecuencia, la declaración de voluntad deberá ajustarse a las exigencias legales aplicables al caso concreto, tendiendo a reducir el recurso a los tribunales.

La trascendencia del discurso judicial radica en que admite el reconocimiento de elencos más o menos amplios de fuentes e interpretaciones (normas jurídicas para el caso concreto) que pueden resultar opuestas a las mismas disposiciones normativas. Como decía el escribano Fernando Miranda (1970):

> […] la real seguridad en derecho consiste en utilizar los principios y normas por método técnico hasta sus últimas consecuencias, para de allí derivar la certeza, la eficacia, la seguridad y más allá la justicia misma.

2.1. A quiénes asesora el escribano. Agentes en el proceso de edificación

Es indudable la importancia que para la formación del espacio accesible tienen los componentes estructurales: instituciones, características del mercado, formación de los agentes, etcétera.

De todos los agentes intervinientes destacamos por su especial relevancia al promotor, los técnicos y la Administración, porque de ellos depende fundamentalmente la incorporación de la accesibilidad a la concepción, proyección y ejecución del proceso edificatorio. Sin embargo, consideramos que el usuario, como agente final al que se dirige la edificación, determina su nivel de accesibilidad a través del conocimiento de sus necesidades presentes y futuras, y consecuentemente de su exigencia de calidad del producto ofrecido.

2.2. Algunas actuaciones concretas del escribano

- Incluir reglas objetivas en los reglamentos de copropiedad —en cuanto negocio jurídico normativo—. Si la voluntad de la parte otorgante, siendo compatible con las exigencias legales aplicables, es garantizar la accesibilidad y la mejora general del inmueble, será preciso incluir normas con ese contenido, con estipulaciones de carácter informativo respecto a los quórums y mayorías requeridos en esa temática.
- Promover la incorporación del tema de la accesibilidad y la regulación de acuerdos respecto de su mantenimiento en el libro de actas del edificio y en los pliegos de condiciones de las contrataciones.
- Incluir en los contratos preliminares la reglamentación de las respectivas obligaciones y derechos, que contenga información acerca de las condiciones de accesibilidad, anexando un indicador gráfico de accesibilidad.

VII. Bibliografía

Alcántara Barbany, Felisa P.; Blanca García, Ángeles de la; Fábrega Ruiz, Cristóbal Francisco; Ganzenmuller Roig, Carlos; López Ebri, Gonzalo A; López-Mora González, Nuria; Mayor Fernández, David; Santos Urbaneja, Fernando. *Manual de buenas prácticas del Ministerio Fiscal en la protección a las personas con discapacidad*. Madrid: Fundación Æquitas, 2011. Cuadernos Prácticos de la Convención de Nueva York de 13 de diciembre de 2006. Jornadas de Fiscales Especialistas (Alcalá de Henares: 20-21 set. 2010).

Alonso López, Fernando (dir.), *Libro blanco. Por un nuevo paradigma: el diseño para todos, hacia la plena igualdad de oportunidades,* Plan de Accesibilidad Acceplan 2003-2010, disponible en ‹http://www.cocemfeclm.org/documentos-deinteres/libroblancoaccesibilidad.pdf›.

Bardazano, Gianella. *Literalidad y decisión*. Montevideo: Carlos Álvarez, 2008.

Benardelli, Claudio A. «Accesibilidad universal». En: Zito Fontán, Otilia del Carmen (coord.). *Hacia un nuevo concepto de capacidad jurídica*, Buenos Aires: Ad-Hoc, 2014. pp. 193-224. Universidad Notarial Argentina; 1.

Carnelli, Santiago; Cafaro, Eugenio B. *Eficacia contractual*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1996. ISBN 9974-2-0079-2.

En Obra, n.º 123, Asociación de Promotores Privados del Uruguay, 2010.

Guía Æquitas. La accesibilidad universal en los despachos notariales, Madrid: Fundación Æquitas, 2011.

Hernández Galán, Jesús (dir.). *Accesibilidad universal y diseño para todos. Arquitectura y urbanismo.* Fundación Once, 2011, disponible en ‹http://www.upv.es/contenidos/CAMUNISO/info/U0578035.pdf›.

Jurisprudencia española: ‹http://comunidadhorizontal.com/comunidades-de-propietarios/guias/accesibilidad-comunidades-obras-actuaciones.php›.

Miranda, Fernando. Asociación de Escribanos del Uruguay. Comisión Directiva. «Compraventa aceptada por mandato verbal y estipulación para otros». *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay,* nov.-dic. 1970, tomo 56, n.os 11-12, pp. 467-488.

Molla, Roque. «Propiedad horizontal. Nueva normativa. Antigua ley 18795», *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay,* ene.-dic. 2012, tomo 98, n.os 1-12, pp. 37-61.

Nerpiti, Valeria E., *Discapacidad, Justicia y Estado. Barreras de accesibilidad arquitectónica: propuesta de superación,* 2014, disponible en ‹http://www.infojus.gob.ar/doctrina/dacf140227-nerpiti-barreras_accesibilidad_arquitectonica_propuesta.htm›.

Steffen, Eduardo. «El precio de los apartamentos». *Mensuario del Constructor* [revista en línea]. 30.3.2015 <http://www.delconstructor.com.uy/noticias/El-precio-de-los-apartamentos/d0bb8259d8fe3c7df4554dab9d7da3c9>.

Yamin, Alicia Ely (coord.); Gloppen, Siri (comp.). *La lucha por los derechos de la salud ¿Puede la justicia ser una herramienta de cambio?* Buenos Aires: Siglo XXI, 2013.

(Aprobado por la Comisión de Revista el 16 de febrero de 2016.)

De los *Doing Business* a las nuevas tecnologías: ¿el ocaso de la función notarial o un nuevo amanecer?*

por Diego Fuentes Brito, Nicolás García Rodríguez y Jessica Valles Camilli

Resumen

Las nuevas tecnologías han llegado para quedarse. Poderosas instituciones mundiales, tales como el FMI o el Banco Mundial, a través de sus informes Doing Bussines *señalan como demérito la necesidad de que exista el escribano de tipo latino.*
Pero ¿será fatalmente reemplazado por un conjunto de ceros y unos informáticos? ¿O la esencia de este profesional del derecho con énfasis en el asesoramiento preventivo o cautelar se mantendrá incólume y se aprovechará de las nuevas tecnologías para demostrar a la sociedad que se mantiene más vigente que nunca?
Eso es lo que trataremos de responder en el presente trabajo.

Sumario

I. Introducción. **II.** Análisis de las conclusiones basadas en los *Doing Business*. **III.** Las nuevas tecnologías, ¿la espada de Damocles de la función notarial? **IV.** Conclusiones. **V.** Bibliografía.

* El presente trabajo fue premiado entre las ponencias presentadas a la XVII Jornada del Notariado Novel del Cono Sur, Asunción (Paraguay), 20, 21 y 22 de agosto de 2015. Tema II: «La seguridad jurídica del instrumento público y privado».

I. Introducción

> Durante más de quinientos años, todo el volumen del conocimiento y de la información humanos se ha almacenado en forma de documentos de papel. Usted tiene uno en sus manos precisamente ahora (a menos que esté leyendo una versión en CD-ROM o una futura edición en línea). El papel estará con nosotros en el futuro previsible, pero su importancia como medio para buscar, preservar y distribuir información está disminuyendo ya.
>
> Bill Gates[12]

Al realizar el presente trabajo nos vimos inspirados por los extensos cuestionamientos al mantenimiento de la función notarial como tal, realizados por diferentes organismos de destacada relevancia internacional que influyen en las políticas de los diversos Estados.

A su vez, las nuevas tecnologías se han insertado en la mayoría de los ámbitos de la vida cotidiana y hoy, en el siglo XXI, son un elemento indispensable en el quehacer humano.

Estas tecnologías han implicado un cambio en el paradigma laboral, puesto que debido a su eficacia y su celeridad tienden a remplazar el trabajo humano en diferentes áreas.

Nuestra inquietud radica en analizar si estas nuevas herramientas y la robotización laboral tornan obsoleta y prescindible la función notarial y al escribano como su agente natural —sustentando las tesis abolicionistas del notario de tipo latino— o si, por el contrario, los avances tecnológicos se nos presentan como una herramienta dinamizante de la práctica notarial, pero que deja la función notarial vigente e intacta por cuanto para su existencia se requiere el elemento humano de forma preceptiva.

II. Análisis de las conclusiones basadas en los *Doing Business* 2004-2006

Los *Doing Business* ('Haciendo Negocios') son informes elaborados por el Banco Mundial —organización económica internacional con sede en Estados Unidos de América— y la Oxford University Press que ofrecen un panorama sobre la situación para hacer negocios en unos 170 países. Además, formulan recomendaciones para que los países que integran este *ranking* puedan mejorar en la calificación y en definitiva se vean beneficiados con una mayor inversión y, consiguientemente, un crecimiento en sus economías.

Estos informes analizan diferentes facetas del quehacer negocial: la constitución de una empresa, la contratación y el despido de empleados, la obtención de bienes (excepto en el informe de 2004), el cumplimiento

12 Gates, Bill, con la colaboración de Nathan Myhrvold y Peter Rinearson, *Camino al futuro* (traducción de Francisco Ortiz Chaparro). 2.ª ed. rev. Madrid: McGraw-Hill, 1997. ISBN 84-481-1187-7

y la exigibilidad de los contratos, el acceso al crédito, y la liquidación y disolución de una empresa.

Los datos para elaborar estos documentos y determinar sus conclusiones se recolectaron a través de un sistema de *multiple choice,* que los encargados del estudio enviaban a diferentes organismos de los países encuestados.[13]

En dichos informes se pueden apreciar las recomendaciones negativas respecto a la función notarial, a la que se califica desde innecesaria hasta de haber sobrevivido a su utilidad; en pocas palabras, un obstáculo con funciones obsoletas que se expandió en el mundo gracias a la colonización de países como Francia, Italia y España[14] (sin prestar mayor atención al hecho de que el 50% de los países ubicados en las primeras posiciones del *ranking* tienen un notariado de tipo latino).

Los principales argumentos que se esgrimen para sostener esta idea son el costo aparentemente excesivo y el tiempo perdido innecesariamente debido a la intervención notarial, y que dichas funciones podrían ser reemplazadas de forma simple por otro tipo de empleado.

Las soluciones propuestas por dichos informes son:

1. Introducir formularios o cláusulas con un objeto genérico para los trámites y eliminar de ellos la autorización notarial (*Doing Business* 2004).
2. Los derechos de propiedad serían más eficientes e igualmente seguros sin la intervención obligatoria de los notarios. Estos son el factor más oneroso en el procedimiento de creación de una empresa u obtención de la propiedad (*Doing Business* 2004-2005-2006).
3. Constatar la identidad de las personas es una tarea que puede ser ejecutada por empleados públicos (*Doing Business* 2004-2005).
4. Simplificar los registros de propiedad, por cuanto cada encuentro entre el emprendedor y el funcionario es una oportunidad de corrupción (*Doing Business* 2005-2006).

Estas ideas rápidamente se expandieron y fueron de recibo en diferentes países con un estilo de notariado latino.

III. Las nuevas tecnologías, ¿la espada de Damocles de la función notarial?

La revolución informática es un fenómeno de evidente apreciación a escala mundial. Son notorios los cambios radicales operados en las relaciones humanas a consecuencia de la revolución tecnológica de las últimas décadas.

13 Siri García, Julia. «El documento notarial como instrumento de desarrollo en la sociedad». Ponencia presentada en el 25.º Congreso Internacional del Notariado Latino. Madrid, 3-6 de octubre de 2007, p. 35.

14 Banco Mundial. *Doing Business in 2004: Understanding regulation.* Washington: World Bank, 2004, p. 27.

Por su parte, la globalización y las interrelaciones entre los países —sobre todo aquellas de carácter económico— tornan absolutamente imprescindible que los Estados usen las nuevas tecnologías, así como que adapten a estas sus sistemas.

En tal sentido, las distintas legislaciones han comenzado a incorporar y regular instrumentos como la firma y el documento electrónico o digital.

En lo que respecta al derecho uruguayo, cabe citar la ley 18600, de 21 de setiembre de 2009, y su decreto reglamentario 436/011, de 8 de diciembre de 2011.

El artículo 2.º, literal H, de la citada ley define al «Documento electrónico o documento digital» como la «representación digital de actos o hechos, con independencia del soporte utilizado para su fijación, almacenamiento o archivo».

Similar definición establece la ley paraguaya 4017/2010, de 23 de diciembre de 2010, en su artículo 2.º:

> Documento Digital: es un mensaje de datos que representa actos o hechos, con independencia del soporte utilizado para su creación, fijación, almacenamiento, comunicación o archivo.

En la República Argentina, el artículo 6 de la ley 25506, de 14 de noviembre de 2001, dispone:

> Se entiende por documento digital a la representación digital de actos o hechos, con independencia del soporte utilizado para su fijación, almacenamiento o archivo. Un documento digital también satisface el requerimiento de escritura.

A su vez el artículo 286 del Código Civil y Comercial de la Nación argentino, vigente a partir del 1.º de agosto de 2015, indica:

> La expresión escrita puede tener lugar por instrumentos públicos, o por instrumentos particulares firmados o no firmados, excepto en los casos en que determinada instrumentación sea impuesta. Puede hacerse constar en cualquier soporte, siempre que su contenido sea representado con texto inteligible, aunque su lectura exija medios técnicos.

En lo que guarda relación con la eficacia jurídica y el valor probatorio de este tipo de documento, la ley uruguaya 18600, en su artículo 4.º, dispone:

> Los documentos electrónicos satisfacen el requerimiento de escritura y tendrán el mismo valor y efectos jurídicos que los documentos escritos, salvo las excepciones legalmente consagradas. El que voluntariamente transmitiere un texto del que resulte un documento infiel, adultere o destruya un documento electrónico, incurrirá en los delitos previstos por los artículos 236 a 245 del Código Penal, según corresponda.

En similar sentido, el artículo 11 de la ley argentina 25506 y el artículo 49 de la ley paraguaya 4610/2012[15] prevén:

> Los documentos electrónicos firmados digitalmente y los reproducidos en formato digital firmados digitalmente a partir de originales de primera

15 Ley 4610/2012, del 7 de mayo de 2012, modificativa y ampliatoria de la ley 4017/2010, Paraguay.

> generación en cualquier otro soporte, también serán considerados originales y poseen, como consecuencia de ello, valor probatorio como tales, según los procedimientos que determine la reglamentación.

En lo relativo a firma electrónica, el citado artículo 2.º de la ley uruguaya 18600 la define en su literal J como:

> […] los datos en forma electrónica anexos a un documento electrónico o asociados de manera lógica con el mismo, utilizados por el firmante como medio de identificación.

Y en el literal K de dicha norma se conceptualiza la *firma electrónica avanzada* como:

> […] la firma electrónica que cumple los siguientes requisitos: 1) Requerir información de exclusivo conocimiento del firmante, permitiendo su identificación unívoca; 2) ser creada por medios que el firmante pueda mantener bajo su exclusivo control; 3) ser susceptible de verificación por terceros; 4) estar vinculada a un documento electrónico de tal modo que cualquier alteración subsiguiente en el mismo sea detectable; y 5) haber sido creada utilizando un dispositivo de creación de firma técnicamente seguro y confiable y estar basada en un certificado reconocido válido al momento de la firma.

De la lectura de dichos literales se extrae, a modo de síntesis, la siguiente apreciación: *en la actualidad la mayoría de los individuos poseen firma electrónica simple, no así firma electrónica avanzada.*

Para realizar una firma electrónica avanzada es necesario que un prestador de servicios de certificación acreditado proporcione el correspondiente certificado de firma electrónica avanzada.

En el caso uruguayo, la entidad acreditante es la Unidad de Certificación Electrónica, órgano dotado de autonomía técnica, desconcentrado de la autoridad certificadora raíz nacional —ROOT, según la denominación internacional—, que es la Agencia para el Desarrollo del Gobierno de Gestión Electrónica y la Sociedad de la Información y del Conocimiento (AGESIC).[16]

En lo referente a la firma electrónica avanzada notarial, es menester hacer referencia a la acordada 7831 de la Suprema Corte de Justicia,[17] vigente desde el 1.º de junio de 2015, que reglamenta la firma electrónica avanzada en el ejercicio de la función notarial.

Por último, cabe mencionar el artículo 5.º de la ley 18600, que prevé:

> La firma electrónica tendrá eficacia jurídica cuando fuese admitida como válida por las partes que la utilizan o haya sido aceptada por la persona ante quien se oponga el documento firmado electrónicamente. Se respetará la libertad de las partes para concertar de común acuerdo las condiciones en que aceptarán las firmas electrónicas, conforme a la presente normativa. En caso de ser desconocida la firma electrónica por una de las partes, corresponde a la otra parte probar su validez.

16 Artículos 12 y 15 de la ley 18600, de 21 de setiembre de 2009, Uruguay.

17 Órgano máximo del Poder Judicial de República Oriental del Uruguay.

La legislación uruguaya vigente —ley 18600— plantea la existencia de dos tipos de firmas electrónicas: la electrónica y la electrónica avanzada.

Por su parte, las normativas argentina y paraguaya —leyes 25506 y 4017/2010 respectivamente— distinguen firma digital y firma electrónica, esta con una jerarquía inferior a la primera.

En el derecho español se reconocen tres tipos de firmas. El artículo 3 de la ley 59/2009 define la firma electrónica, la firma electrónica avanzada y la firma electrónica reconocida. Esta última es equivalente a la firma digital argentina.[18]

Algunos de los problemas que plantea el documento electrónico son la comunicación segura —en relación con el cibercrimen—, la identificación segura de las partes y la protección de la información.

Al ser internet una red abierta, es necesario un sistema que proteja la integridad de la transmisión de datos ante posibles interceptaciones.

Aquí entra en escena la criptografía, sistema de algoritmos para la transmisión segura de mensajes. Para alcanzar dicha finalidad se recurre a los sistemas de encriptación asimétrica como los más seguros y convenientes, y se emplea el sistema de claves pública y privada, cuyo desarrollo excede el objeto del presente trabajo.

Es importante destacar las diferencias entre la firma hológrafa y la digital o electrónica. Al respecto, los autores comparten lo señalado por Santiago Falbo,[19] quien sostiene:

> La primera es inseparable de su autor, es por eso que en diversos países una causal de atribución de fecha cierta a los documentos privados es la muerte del firmante. En cambio la firma digital siendo separable del titular, se puede encontrar firma verdadera y válida, pero no hecha por su titular.

Ante el advenimiento de las nuevas tecnologías, en la agenda de los Estados del mundo se plantea si es necesario o no que se mantenga la función notarial tal como la conocemos y el escribano como su agente natural.

La Unión Internacional del Notariado Latino[20] define al notario como:

> Profesional del derecho, titular de una función pública, nombrado por el Estado para conferir autenticidad a los actos y negocios jurídicos contenidos

18 Falbo, Santiago. «Protocolo digital. Nuevas tecnologías y función notarial: otorgamiento del documento notarial digital, y circulación electrónica del documento notarial», Buenos Aires, s.n. [2014], disponible en ‹http://www.cfna.org.ar/protocolo-digital-nuevas-tecnologias-y-funcion-notarial/› (consulta: 3 de agosto de 2015), p. 6.

19 Ídem, pp. 35 y 37.

20 Unión Internacional del Notariado Latino. *Principios fundamentales del sistema de notariado de tipo latino*. Documento aprobado por la Asamblea de Notariados miembros de la UINL, Roma, 8 de noviembre de 2005, disponible en: ‹http://www.uinl.org/146/principios-fundamentales-del-sistema-de-notariado-de-tipo-latino› (consulta: 3 de agosto de 2015).

> en los documentos que redacta, así como para aconsejar y asesorar a los requirentes de sus servicios.

Es menester destacar, como lo hace el escribano Julio Bardallo,[21] que el notario se adelanta a prevenir y precaver los riesgos que la incertidumbre jurídica podría acarrear a sus clientes. Afirma el destacado doctrino nacional que la función notarial se ejerce dentro de la normalidad de las relaciones jurídicas, conciliación pacífica de intereses, y su finalidad es evitar la oposición aguda o el conflicto.

Cabe al respecto resaltar, una vez más, la función plena del escribano en el notariado latino, esto es, su función asesora, formativa y autenticante, así como su rol de profesional imparcial, independiente, conocedor del derecho, dotado de fe pública, facultado por el ordenamiento jurídico para otorgar credibilidad, certeza y seguridad jurídica a los actos en los que interviene.

Ponderar estas características tradicionales es a nuestro entender la principal herramienta para la defensa del ejercicio de nuestra profesión, y ese es entonces el desafío que nos planteamos en los párrafos siguientes.

Como se ha expresado *supra,* en todo el mundo el advenimiento de las nuevas tecnologías ha revolucionado el actuar de los distintos agentes sociales. De ellos —a efectos de no exceder los fines del presente trabajo— nos limitaremos a la interrelación de las partes contratantes en un negocio y el rol del notario como profesional interviniente en él. *Brevitatis causae* haremos alusión a las consideraciones que formuló la escribana Julia Siri García al analizar el asesoramiento o consejo legal, control de legalidad, control de legitimación, autenticidad, integridad, confidencialidad, conservación, registro del documento, policía jurídica y control tributario del acto.[22]

Como señala la autora, en todos dichos aspectos fundamentales «[…] no basta con la máquina y sus instrucciones, sino que se requiere un profesional especialmente entrenado para ello, como lo es, precisamente, el notario».

En igual sentido se pronuncia la doctora escribana Beatriz Rodríguez Acosta al expresar:

> […] la seguridad jurídica que el escribano viene proporcionando desde el comienzo de su tarea va más allá del papel y de la tinta, del soporte mag-

21 Larraud, Rufino. *Curso de derecho notarial: anotaciones y concordancias en relación al derecho positivo argentino por el Instituto Argentino de Cultura Notarial.* Buenos Aires: Depalma, 1966, pp. 138-139.

22 Siri García, Julia. *El notariado en la era de la tecnología: la función notarial y los nuevos medios tecnológicos: en especial el documento informático.* Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2001, pp. 77-82.

> nético y de las claves, abarca los temas de autoría, capacidad, legalidad, legitimidad, libre emisión del consentimiento […].[23]

La función notarial y el escribano como su agente natural mantienen plena vigencia con la llegada de los nuevos medios tecnológicos. El análisis de presupuestos externos, requisitos de validez y de eficacia de los negocios jurídicos —como poder normativo negocial, capacidad, consentimiento, solemnidad, objeto y causa— seguirán a cargo del notario, profesional del derecho formado para dichos cometidos, esencialmente en el notariado de tipo latino.

Los maestros escribanos Eugenio Caffaro y Santiago Carnelli, citados por la escribana Dora Bagdassarian,[24] definen *el poder normativo negocial* como la posibilidad crear normas mediante negocios jurídicos. La ausencia del referido poder implica inexistencia del negocio.

Otro presupuesto de existencia del negocio jurídico es la *capacidad jurídica,* entendida como la aptitud de ser titular de relaciones jurídicas, que se contiene por el hecho de ser persona.

Seguidamente procede a analizar los *requisitos de validez, capacidad de obrar* (aptitud del sujeto de constituir por sí mismo relaciones jurídicas a través de su propia actuación, cuya falta en nuestro ordenamiento jurídico se soluciona a través de los institutos de la representación y la asistencia), *consentimiento* (exteriorización de la voluntad jurídicamente relevante de quien tenga capacidad de obrar, que tiene que ver con la solemnidad cuando es exigida, en lo atinente a la forma de la expresión del consentimiento), *solemnidad* (forma que deber revestir manifestación de voluntad para que el contrato sea válido, en los casos en que la ley lo solicita expresamente), *objeto* (determinado, o suficientemente determinable, posible material y jurídicamente lícito, y la causa cuya definición se encuentra en el artículo 1287 del Código Civil: «En todo contrato oneroso, es causa para obligarse cada parte contratante, la ventaja o provecho que le procura la otra parte. Si el contrato es gratuito, la causa se encuentra en la mera liberalidad del bienhechor)».[25]

Resulta oportuno volver a destacar aquí las funciones del notario latino:

– Su *función asesora,* como técnico en derecho, encargado de plasmar la manifestación de voluntad de los requirentes. Es de tal relevancia

23 Rodríguez Acosta, Beatriz Marlene. «La función notarial y la seguridad jurídica en los negocios electrónicos». *Derecho Informático,* 2003, tomo 4, p. 171. *Jornadas Académicas Internacionales del Instituto de Derecho Informático;* 4.ª (Montevideo: 21-22 ago. 2003).

24 Salgado, Sonia; Tellechea, Andrea y Bagdassarian, Dora (coords.). *Aportes para un estudio de títulos.* Montevideo: s.n., [2005]. Documento disponible dentro de la serie «Materiales de estudio de grado», en el área de Derecho Notarial y Técnicas Notariales de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República, en ‹http://www.fder.edu.uy/material/› (consulta: 3 de agosto de 2015).

25 Ídem.

la labor de asesoramiento (uno de los aspectos claves de la función notarial latina plena recién mencionados) que la Suprema Corte de Justicia[26] en un caso responsabilizó a una escribana por omisión de consejo. Dicho dictamen señala que «la imputada no ha cumplido con el deber de consejo, ya que no instruyó a sus clientes respecto a las repercusiones jurídicas de los actos que realizaban».[27]

- La *función formativa,* carácter esencial de la función notarial latina, corolario del principio filosófico «la forma da el ser a la cosa», la cual consiste en buscar las formas jurídicas adecuadas que traduzcan la voluntad de las partes.
- La *función autenticante,* que consiste en conferir al documento credibilidad obligatoria *erga omnes* mientras no sea afectado por tacha de falsedad.

Un sistema informático, compuesto por códigos binarios y un lenguaje cifrado, resulta incapaz de suplir el análisis personal que efectúa el escribano al controlar todos los aspectos mencionados.

Obsérvese que, no obstante las pretensiones señaladas de descalificar la función notarial, son los propios Estados los que, al legislar, la revalorizan, y recurren al escribano como profesional idóneo, en quien delegan funciones atinentes al rol controlador y recaudador propio del Estado.

Cabe mencionar aquí la función de agente controlador, liquidador y de percepción de impuestos que los propios Estados han puesto a cargo de los notarios, así como la más reciente normativa dictada en Uruguay con relación a las medidas de debida diligencia en el control y la prevención del lavado de activos y el financiamiento del terrorismo, encomendadas al escribano según lo dispuesto en el artículo 9 del decreto 355/2010, de 2 de diciembre de 2010, reglamentario de las leyes 18494 y 17835.

IV. Conclusiones

La preocupación acerca del agotamiento de la función notarial a causa de factores que podrían modificar su esencia, como los medios electrónicos referidos, ha sido tratada de forma muy intensa desde hace varias décadas. Sin perjuicio de los constantes y cada vez más acelerados cambios tecnológicos, la interrogante que se mantiene es si se conserva la función notarial tradicional tal como la conocemos.

Existen visiones contrarias a la existencia del notariado de tipo latino, amparadas en estudios realizados por organismos como el Banco Mundial, que tiene un sesgo netamente mercantil.

26 Órgano máximo del Poder Judicial de la República Oriental del Uruguay.

27 Larraud, Rufino. *Curso de derecho notarial: anotaciones y concordancias en relación al derecho positivo argentino por el Instituto Argentino de Cultura Notarial.* Buenos Aires: Depalma, 1966, p. 148.

Estos organismos multilaterales de crédito reciben, además, la influencia de un sistema de derecho específico como el Common Law —con notorias diferencias con respecto al derecho de tipo romano, como el de nuestros países— y, por ende, de estructuras sociales diferentes, aunque no por eso mejores ni más eficientes. Sí son propias de las potencias mundiales en la esfera económica, militar y social que marcan la agenda mundial con su espíritu expansionista y de imposición global, en desmedro de las condiciones socioeconómicas y culturales de nuestra región.

Se percibe en el ideario común el persistente deseo de sustituir la función notarial, aprovechando estas nuevas tecnologías, alineándose con las conclusiones de los estudios analizados en este trabajo.

Consideramos que la actividad notarial se encuentra ante un cambio de paradigma que requiere nuestra capacidad de adaptación y nuestra actualización permanente, para dar cabal cumplimiento al juramento prestado ante la Suprema Corte de Justicia de desempeñar bien y fielmente nuestra profesión.

Más que ante un ocaso debido a las nuevas tecnologías, nos encontramos ante un nuevo amanecer de la función notarial, más fuerte e íntegra que nunca, al servicio de la ciudadanía en general.

> Las especies que sobreviven no son las más fuertes, ni las más rápidas, ni las más inteligentes, sino aquellas que se adaptan mejor al cambio.
>
> Charles Darwin[28]

V. Bibliografía

Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française. «Les droits de tradition civiliste en question: à propos des rapports». *Doing Business de la Banque Mondiale.* París: Société de Législation Comparée, 2006.

Banco Mundial. *Doing Business in 2004: Understanding regulation.* Washington: World Bank, 2004.

Banco mundial. *Doing Business in 2005: Removing obstacles to growth,* Washington: World Bank, 2005.

Banco Mundial, *Doing Business in 2006: Creating jobs.* Washington: World Bank, 2006.

Darwin, Charles, *El origen de las especies* (traducción de Antonio de Zulueta), Madrid: Espasa, 1988.

Ermida Uriarte, Óscar, *Pautas para la elaboración de una monografía,* Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2004.

Falbo, Santiago, «Protocolo digital. Nuevas tecnologías y función notarial: otorgamiento del documento notarial digital, y circulación electrónica del documento

28 Darwin, Charles. *El origen de las especies* (traducción de Antonio de Zulueta). Madrid: Espasa, 1988.

notarial», Buenos Aires, s.n. [2014], disponible en ‹http://www.cfna.org.ar/protocolo-digital-nuevas-tecnologias-y-funcion-notarial/› (consulta: 3 de agosto de 2015).

Gates, Bill; Myhrvold, Nathan (colab.); Rinearson, Peter (colab); Ortiz Chaparro, Francisco (trad.). *Camino al futuro.* 2.ª ed. rev. Madrid: McGraw-Hill, Interamericana de España, 1997. ISBN 84-481-1187-7.

Larraud, Rufino. *Curso de derecho notarial: anotaciones y concordancias en relación al derecho positivo argentino por el Instituto Argentino de Cultura Notarial.* Buenos Aires: Depalma, 1966.

Salgado, Sonia, Andrea Tellechea y Dora Bagdassarian (coords.), *Aportes para un estudio de títulos,* Montevideo: s.n., [2005]. Documento disponible dentro de la serie «Materiales de estudio de grado», en el área de Derecho Notarial y Técnicas Notariales de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República, en ‹http://www.fder.edu.uy/material/› (consulta: 3 de agosto de 2015).

Siri García, Julia, «El documento notarial como instrumento de desarrollo en la sociedad», ponencia presentada en el 25.º Congreso Internacional del Notariado Latino, Madrid, 3-6 de octubre de 2007.

Siri García, Julia, *El notariado en la era de la tecnología: la función notarial y los nuevos medios tecnológicos: en especial el documento informático,* Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2001.

Unión Internacional del Notariado Latino, *Principios fundamentales del sistema de notariado de tipo latino,* documento aprobado por la Asamblea de Notariados miembros de la UINL, Roma, 8 de noviembre de 2005, disponible en: ‹http://www.uinl.org/146/principios-fundamentales-del-sistema-de-notariado-de-tipo-latino› (consulta: 3 de agosto de 2015).

(Aprobado por la Comisión de Revista el 8 de diciembre de 2015.)

Diez años de aplicación de la ley 17904. Algunos aspectos prácticos

por Daniella Cianciarulo Bertone

Resumen

La ley 17904 ha reinstaurado en nuestra legislación la necesidad de comunicarle al Registro Nacional de Comercio la designación, la revocación y el cese de los administradores o representantes designados fuera del contrato social, en todos los tipos sociales. Durante sus diez años de aplicación, se han suscitado variadas opiniones, que hoy la autora reúne en un solo trabajo y con los criterios que considera más adecuados.

El desarrollo se plantea a partir de cuáles son las sociedades obligadas a la comunicación, los actos que deben ser comunicados, las consecuencias de la no comunicación, hasta otras situaciones no comprendidas dentro de la obligación legal. Se han tenido en cuenta, además, consultas formuladas a la Asociación de Escribanos, cuyo intercambio de opiniones presentó posiciones muy divididas.

Sumario

I. Generalidades. **II.** Plazo para el cumplimiento de la ley. Distintas situaciones. **III.** ¿Cuáles sociedades están comprendidas en la disposición legal y en qué situaciones se realiza la comunicación? **IV.** Renovación de autoridades. **V.** Mandatos. **VI.** ¿Qué administradores, directores o representantes hay que comunicar para que el acto que realice la sociedad sea oponible? **VII.** Cese o revocación de administradores o representantes. **VIII.** Alcance de la inoponibilidad. **IX.** Necesidad de ratificación del acto que se hace oponible recién con la comunicación del representante. **X.** Otorgamiento de compraventa judicial en cumplimiento de promesa con representantes no comunicados. **XI.** Nombramiento de liquidadores. **XII.** Convenios de sindicación. **XIII.** Cambio de sede. **XIV.** Conclusiones.

I. Generalidades

La ley 17904, de 14 de octubre de 2015, entró en vigencia el 24 de octubre siguiente. Entre otras cosas, daba nueva redacción al artículo 86 de la ley 16060 y restauraba así la disposición original, que había quedado en desuso al ser derogado el legajo,[29] pues indicaba que debía comunicarse al Registro de Comercio, para su incorporación al legajo de la sociedad, todo nombramiento de administrador o representante por acto distinto al contrato social, así como su cese o revocación.

Variadas situaciones se han planteado durante esta década, muchas de las cuales han provocado nuestro interés en analizarlas desde un punto de vista puramente práctico.

Transcurrido un período razonable de aplicación de la ley, entendemos pertinente formular este planteo, no con la pretensión de agotar el tema, pero sí de abarcar los aspectos que consideramos fundamentales.

II. Plazo para el cumplimiento de la ley. Distintas situaciones

El artículo 13 de la ley 17904, expresa:

> Sustitúyese el artículo 86 de la Ley N.º 16060 por el siguiente:
> «Artículo 86. (Nombramiento, cese y revocación de los administradores, directores y representantes). 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.
> »En la obligación de inscribir no quedan comprendidos los negocios de apoderamiento.
> »La actuación de sociedades con administradores, directores o representantes no inscriptos, hará inoponible el acto o contrato de que se trate (Artículo 54 de la ley 16871, de 28 de setiembre de 1997).
> »También deberá inscribirse en el Registro Nacional de Comercio todo cambio de sede social al que refiere el artículo 13 de esta ley».

Se deben comunicar al Registro de Personas Jurídicas, Sección Registro Nacional de Comercio, los nombramientos de administradores, directores y representantes de acuerdo a consideraciones que iremos planteando.

El artículo 16 inciso 1 de la ley 17904 dice:

> Las sociedades ya inscriptas en el Registro dispondrán de un plazo de un año desde el 1 de enero de 2006, para realizar la inscripción de sus actuales administradores, directores, representantes, liquidadores, cambio de sede social y convenios de sindicación.

29 El legajo fue suspendido por el artículo 384 de la ley 16170 y derogado por el artículo 277 de la ley 16320.

Este artículo 16 generó discusión en doctrina, en el sentido de si el plazo de un año a partir del 1 de enero de 2006 se aplicaba a todas las sociedades o si se presentaban situaciones diferentes en las que la sociedad no contaba con plazo alguno.

La opinión mayoritaria de la Asociación de Escribanos del Uruguay fue que el año existía para todas aquellas sociedades *ya inscriptas* al momento de entrada en vigencia de la ley, esto es, el 24 de octubre de 2005. Es decir que el legislador concedió un plazo determinado para que las sociedades se adecuaran a las exigencias legales y fueran comunicando al Registro Nacional de Comercio quiénes integraban sus órganos de administración y de representación.

Por su parte, las escribanas María Wonsiak, María del Carmen Acuña y Carmen Saltó, con distintos argumentos, entendieron que el año no era aplicable a todas las situaciones.[30] Se trata de opiniones muy valiosas de excelentes docentes, pero no compartidas por la suscrita.

En nuestra opinión, el plazo vencía el 31 de diciembre de 2006 para que las sociedades inscriptas antes de la entrada en vigencia de la ley pudieran cumplir con lo dispuesto por esta.

Analizando el artículo 16 se pueden diferenciar tres situaciones:

a. sociedades inscriptas antes del 24 de octubre de 2005 (fecha de entrada en vigencia de la ley 17904);
b. sociedades inscriptas con posterioridad al 24 de octubre de 2005;
c. sociedades inscriptas antes del 24 de octubre de 2005 pero con designación de administradores o representantes después de esa fecha.

1. Sociedades inscriptas antes del 24 de octubre de 2005

Las sociedades inscriptas antes del 24 de octubre de 2005, que *no* hubieran realizado una designación de administradores o representantes con posterioridad, tenían el plazo de un año desde el 1 de enero de 2006 para comunicar al Registro Nacional de Comercio quiénes integraban los referidos órganos.

30 La escribana Wonsiak manifestó en distintas charlas que, en su opinión, la sociedad que no tuviera actuación contaba con el año previsto en la ley, pero si la sociedad actuaba debía cumplir con la ley.
La escribana Acuña, por su parte, entendió que «la razón del otorgamiento del plazo de un año no es difícil de imaginar. Se quiso evitar el colapso de los sistemas registrales, lo que hubiera ocurrido con la imposición de un plazo corto y demasiado encimado a la publicación de la norma. Pero esto no significa que las sociedades comerciales dispongan hasta el 31 de diciembre de 2006 para cumplir con las inscripciones que correspondan» («Modificaciones introducidas a la ley 16060», *La Pluma,* n.º 23, marzo de 2006).
La escribana Saltó sostuvo: «[…] hay un plazo, pero cuando la sociedad actúa, tiene que estar inscripto su representante» (*Nuevos actos inscribibles en la Sección Registro Nacional de Comercio. Ley n.º 17904.* Montevideo: Asociación de Escribanos del Uruguay, 2006, p. 29).

Si una sociedad no lo hacía en ese plazo y actuaba luego del 1 de enero de 2007, el acto o contrato realizado por su representante era inoponible, es decir, no producía efecto frente a terceros.

Si no lo comunicaba en ese plazo pero la sociedad tampoco actuaba, no existía ninguna consecuencia, salvo que ingresara al registro pertinente alguna inscripción que afectara el acto o contrato inoponible; por ejemplo, un embargo.

Incluso si la sociedad había actuado sin comunicación y luego comunicaba, salvo que aconteciera una eventual inscripción, no se generaba problema alguno; solo que el acto o contrato se hacía oponible luego de la comunicación al Registro Nacional de Comercio.

Un ejemplo de esto sería que se otorgara una compraventa en marzo de 2007 con la participación de una sociedad obligada al cumplimiento de la ley 17904, pero sin que se hubiera cumplido con esa ley. La compraventa, aunque inscripta, no era oponible hasta que se realizara la comunicación, pero si no existía ninguna vicisitud como la mencionada, un embargo no tenía mayor importancia; simplemente, la oponibilidad de la compraventa se producía luego de comunicado el representante.

2. Sociedades inscriptas con posterioridad al 24 de octubre de 2005

En este caso las sociedades no tenían plazo para la comunicación, pues el artículo 16 dice claramente: «las sociedades inscriptas con anterioridad». Es decir, si la sociedad actuaba sin comunicar lo dispuesto por el artículo 13 de la ley 17904, el acto o contrato realizado era inoponible.

Como se dijo, al realizar la comunicación el acto o contrato adquiría oponibilidad.

Por algún motivo el legislador decidió tomar como punto de partida el hecho de la *inscripción* y no de la publicación o de la instrumentación.

3. Sociedades inscriptas antes del 24 de octubre de 2005 pero con designación de administradores o representantes con posterioridad a esa fecha

En esta hipótesis no se apunta a la fecha de la inscripción, sino a la fecha de la designación de los administradores y representantes. Esto surge del tenor literal del artículo 16: «[…] dispondrán de un plazo de un año desde el 1 de enero de 2006, para realizar la inscripción de sus actuales administradores, directores, […]».

Al decir *actuales* no se puede sino entender que se está dirigiendo a los administradores, directores o representantes que *estaban designados al momento de entrada en vigencia de la ley,* es decir, el 24 de octubre de 2005. Si no se interpreta de esta forma no tiene sentido el empleo de esa palabra,

porque podría el texto solo decir *a sus administradores, directores,* sin mencionar el adjetivo *actuales.*

Esa palabra connota que la exigencia alcanza a las autoridades ya designadas al momento de entrada en vigencia de la ley, por eso son *actuales.*

En consecuencia, si un contrato social se inscribió antes del 24 de octubre de 2005 y en principio la sociedad contaba con un año para comunicar al Registro Nacional de Comercio, como se ha referido, y si en el transcurso del año los socios o accionistas cambiaban los integrantes de los órganos de administración o representación, nacía la *carga* de comunicarlo al Registro; de lo contrario, el acto o contrato no adquiría oponibilidad.[31]

III. ¿Cuáles sociedades están comprendidas en la disposición legal y en qué situaciones se realiza la comunicación?

Las sociedades comprendidas son todas las reguladas por la ley 16060. Debe comunicarse todo nombramiento de administradores o representantes realizado *fuera del contrato social.*

El artículo 6 de la ley 16060 en sede general, aplicable a todos los tipos sociales, el artículo 226 en sede de sociedades de responsabilidad limitada y el artículo 251 en sede de sociedades anónimas establecen los elementos que debe contener el contrato o estatuto social para que la sociedad sea regular y típica.

En lo que refiere al tema que nos ocupa, el artículo 6 requiere que en el contrato social se mencione la administración; el artículo 226 exige como elemento tipificante el régimen de administración y representación, y el artículo 251, el régimen de administración.

A su vez, el artículo 200 en sede de colectivas, aplicable a todas las sociedades excepto las anónimas, refiere también a que el contrato regulará el régimen de administración y representación. Por su parte, el artículo 375 en sede de sociedades anónimas dice que el régimen de administración estará a cargo de un administrador o directorio, y el artículo 376 establece una solución supletoria para el caso de que no se haya establecido en el estatuto quién representará a la sociedad (no el nombre de la persona, sino si será el presidente, el vicepresidente o un director, etcétera).

En síntesis, del estudio de estos artículos surge que el contrato social debe contener el régimen de administración y representación con algunas diferencias entre la sociedad anónima y el resto, pero de lo que no hay duda es de que en ningún caso la ley exige que el nombre del administrador o representante deba surgir del contrato o estatuto social.

El artículo 200 es muy claro al decir que los administradores pueden ser designados en el contrato social o en acto social posterior. El artícu-

31 Esta posición fue sostenida por unanimidad por la Comisión de Derecho Comercial de la Asociación de Escribanos del Uruguay cuando llevó a cabo el estudio de esta ley.

lo 342, dentro de la competencia de la asamblea ordinaria, menciona la designación del administrador y directores, aunque nada impide que sean designados en el contrato social.

Cuando son designados en el contrato social, el cambio de administrador o representante provoca la modificación del contrato, que debe cumplir con todas las etapas que se cumplieron cuando se constituyó la sociedad, lo cual puede hacerlo inconveniente.

Lo que marca el artículo 86 de la ley 16060, con la redacción dada por el artículo 13 de la ley 17904, es que cuando el administrador, director o representante se designe en un acto distinto al contrato social (posterior o simultáneamente), esa designación deberá ser comunicada al Registro Nacional de Comercio.

Esto es lógico atendiendo a la finalidad de la ley, esto es, que se pueda conocer públicamente quién administra o representa a la sociedad; si no surge del contrato, que sea a través de la información registral.

De esta forma, las sociedades comprendidas en la disposición legal son todas aquellas en las cuales el nombramiento de los integrantes del órgano de administración y representación haya sido realizado por un acto distinto al contrato social, ya sea una sociedad anónima o una sociedad de responsabilidad limitada o colectiva.

Si bien esto ocurre con mayor frecuencia en las sociedades anónimas, puesto que la modificación del estatuto implica mayor tiempo y mayores costos que en otros tipos sociales, no significa que el artículo 86 se aplique *solo* a sociedades anónimas. Por el contrario, se aplica a todo tipo social.[32]

¿Qué sucede con las sociedades extranjeras?

Las sociedades extranjeras también están comprendidas en la ley 16060, en los artículos 192 y siguientes.

Las sociedades constituidas en el extranjero se regirán, en cuanto a su existencia, capacidad, funcionamiento y disolución, por la ley del lugar de su constitución, salvo que se contraríe el orden público internacional de la República. Por *lugar de constitución* se entiende aquel donde se cumplieron los requisitos de fondo y forma exigidos para su creación. Esto es lo que dice el artículo 193 de la ley 16060.

Cuando dichas sociedades se disponen a realizar actos comprendidos en el objeto social, mediante el establecimiento de sucursales o cualquier otro tipo de representación permanente, deberán cumplir una serie de requisitos que consisten básicamente en inscribir el contrato en el Registro Nacional de Comercio y efectuar publicaciones si fuera el caso. Dentro de los requisitos que exige el artículo 193 se encuentra la designación de la persona que la administrará o representará.

Una sociedad constituida en el extranjero puede actuar en Uruguay sin tener que inscribirse en el Registro Nacional de Comercio, porque no le

32 Existe como argumento, además, que el artículo 86 se encuentra en sede general.

corresponde o porque, aunque le corresponde, no lo hace. Existen en este último caso distintas posiciones respecto a las consecuencias, pero ello excede el tema tratado aquí.

Si a la sociedad extranjera no le corresponde estar inscripta en el Registro Nacional de Comercio, no tiene que cumplir con la ley 17904, lo cual es lógico dado que en dicho Registro no existe ninguna inscripción respecto a ella, por lo que tampoco corresponde comunicar al representante o administrador.

Si la sociedad tiene que cumplir con el artículo 193 por lo dicho, en ese caso debe mencionar al inscribirse quién la administrará y representará, porque lo exige dicho artículo, no la ley 17904. Si no lo hace, no es que su acto o contrato será inoponible, sino que el Registro lo observará o no lo inscribirá.

IV. Renovación de autoridades

El vencimiento del plazo es una causal de cese del cargo de administrador, director o representante.

Muchas veces sucede que, estando designado un administrador o representante, vencido el plazo de dicha designación, se reitera el nombramiento de la(s) misma(s) persona(s).

El tema del plazo de duración en el cargo está contemplado específicamente en sede de sociedades anónimas. El artículo 380 de la ley 16060 establece:

> […] El estatuto fijará la duración del administrador o de los directores en sus cargos. Si nada se hubiere previsto durarán un año desde su designación. Permanecerán en sus cargos hasta su reemplazo, salvo los casos establecidos en el inciso 3 del artículo 378.

En esta línea de funcionamiento, existen muchas sociedades en las cuales, cuando se vence el plazo —ya sea el legal de un año o el establecido en el estatuto, que generalmente es un año—, los accionistas celebran una asamblea para designar autoridades y nombran a las mismas personas que estaban ocupando dichos cargos hasta entonces, es decir, las *renuevan en sus cargos*.

Por ser las mismas personas, y como simplemente se las renueva en el cargo, se ha entendido que no es necesario dar cumplimiento a le ley 17904. Seguramente esta sería la solución adecuada porque, si el legislador procuró con esta disposición tener conocimiento de quién administra o representa a la sociedad, al designarse a las mismas personas no existe cambio alguno. Sin embargo, no es la posición que se ha sustentado en forma mayoritaria, aunque se reconoce que la comunicación no es de gran utilidad.

En consecuencia, dado que el artículo 13 citado dice que *todo nombramiento* debe comunicarse al Registro Nacional de Comercio, aunque se renueve en el cargo a las mismas personas e incluso se utilice dicha

expresión, al ser un nuevo nombramiento (nueva asamblea, nueva fecha) debe comunicarse al Registro Nacional de Comercio, con las mismas consecuencias ante su incumplimiento.

Esta es una clara situación en que sería positiva y razonable una modificación de la ley, porque no tiene mayor sentido comunicar los nombres de los mismos integrantes cambiando solo la fecha de su nombramiento; pero, siendo literales —aunque, reiteramos, con conocimiento de que es una situación bastante exagerada—, debe igualmente comunicarse.

Dado que el artículo 380 permite que los administradores o representantes continúen en sus cargos hasta ser reemplazados, cuando vence el plazo, los que ejercen el cargo hasta ese momento pueden continuar hasta la nueva designación sin consecuencia alguna, si es que los accionistas no quieren realizar la comunicación año a año o en el plazo que corresponda.

V. Mandatos

El legislador aclaró en el artículo 13 que los negocios de apoderamiento no se comunican. Esto no era necesario agregarlo, ya que el mandatario no es un órgano de la sociedad, y el artículo 86 de la ley 16060, al cual el artículo 13 da nueva redacción, se encuentra en sede general de administración y representación, y por lo tanto se refiere a los representantes orgánicos.

En este sentido, entonces, cuando la sociedad nombra o tiene designado un mandatario, esto no se inscribe en ningún Registro.

La hipótesis a plantear, de frecuente consulta, es qué sucede cuando la sociedad actúa con un mandato otorgado con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley 17904.

En el caso es de estricta lógica que no habrá comunicación de los representantes que otorgaron dicho mandato, porque la ley no existía. Exigir la comunicación de aquellas autoridades o de las actuales para que se pueda utilizar ese mandato y produzca oponibilidad es totalmente innecesario e incorrecto, porque el mandatario, si actúa con ese mandato anterior, actúa bien, y el acto que otorgue será oponible.

Frente a la actuación de la sociedad con mandatario se pueden presentar distintas situaciones:

- Si el mandato es anterior a la ley 17904 se actúa sin control de la comunicación.
- Si el mandato es posterior, debe controlarse que los representantes que actuaron cuando se otorgó hayan sido comunicados al Registro Nacional de Comercio. Y si no se hizo, debe comunicarse en ese momento, ya que el acto puntual —por ejemplo, una compraventa en que haya actuado ese mandatario— se hará oponible junto con el mandato cuando se cumpla con la ley 17904.
- Si el representante de la sociedad (sin comunicación) otorga un mandato y ese mandatario cumple con la ley 17904 comunicando quién representa a la sociedad, con esa inscripción se hace oponible

el mandato, aunque al momento del otorgamiento el representante aún no había sido comunicado.

VI. ¿Qué administradores, directores o representantes hay que comunicar para que el acto que realice la sociedad sea oponible?

Al tenor del artículo 13, debe comunicarse todo nombramiento de administradores, representantes y directores y su cese o revocación.

Interesa el representante que actuó en el acto o contrato de que se trate. Ese acto o contrato solo se hará oponible si se ha comunicado el representante que actuó en él.

Por ejemplo, si en un negocio actuó un representante AA y no se comunicó, luego se cambia el representante y se nombra a BB, cumpliendo con la comunicación de BB no se hará oponible aquel acto o contrato. Será necesario en ese caso comunicar la anterior designación, aunque hoy el cargo esté ocupado por BB, y la nueva designación por los actos futuros.

Si fueron designados titulares y suplentes, deben comunicarse todos.

VII. Cese o revocación de administradores o representantes

También debe realizarse la comunicación del cese o la revocación de administradores y representantes.

La sociedad tiene la carga de comunicar el cese o la revocación de estos sujetos y por ende comunicar los nuevos.

La sociedad es responsable de mantener actualizada la información registral y es de su interés inscribir en el Registro las modificaciones producidas en la integración de los órganos de administración y representación.[33]

VIII. Alcance de la inoponibilidad

Dispone el artículo 13, inciso 3:

> La actuación de sociedades con administradores, representantes o directores no inscriptos, hará inoponible el acto o contrato de que se trate. (Artículo 54 de la Ley N.º 16871, de 28 de setiembre de 1997).

Si no se cumplió con la comunicación varias veces referida y la sociedad actúa, será inoponible el acto o contrato de que se trate.

33 Hargain, Daniel. «Ampliación del sistema de publicidad registral de las sociedades comerciales: Ley 17.904 de octubre de 2005». *Tribuna del Abogado,* mar.-mayo 2006, n.º 147, pp. 21-26.

En nuestra opinión, esta oponibilidad alcanza a la actuación de la sociedad frente a terceros, incluso cuando se da el verdadero significado que tiene jurídicamente dicha palabra, esto es, efecto frente a terceros.

En cambio, no alcanza a los actos que se realicen en el fuero interno de la sociedad sin que el administrador o representante haya sido comunicado, es decir: citar a asamblea, presidirla, realizar balances y presentarlos, etcétera.

Tampoco alcanza a las resoluciones que se tomen en una asamblea, incluso si el presidente del directorio es quien la preside y no fue comunicado. Por ejemplo, se celebra una asamblea y la preside el presidente del directorio —lo cual es posible de acuerdo al artículo 353 de la ley 16060—, y en ella se aprueba la transformación de la sociedad. Luego se instrumenta la transformación y a esta concurren todos los socios porque se introdujo una modificación al contrato. Por el hecho de que la asamblea fue convocada y presidida por un administrador o director no comunicado no se hace inoponible el instrumento de transformación.

Distinto sería si el instrumento de transformación fuera otorgado por el representante (artículo 111 de la ley 16060) y no hubiera sido comunicada su designación. En este caso el instrumento es inoponible hasta verificarse la comunicación, y válido y eficaz para los socios.

IX. Necesidad de ratificación del acto que se hace oponible recién con la comunicación del representante

En el trabajo publicado en el tomo 97 de la *Revista de la Asociación de Escribanos*[34] manifestamos lo siguiente:

> ¿Qué alcance tiene lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 17904? Si no se comunica al Registro Nacional de Comercio la designación de administrador o representante y este actúa igual, ¿qué alcance tiene la consecuencia prevista legalmente?

Si la ley dice que, no cumplido el extremo requerido, el acto realizado por el representante es inoponible, lo único que está diciendo es que es inoponible, nada más. Esto es, que el tercero, que incluso conoce ese acto realizado —por ejemplo, una compraventa autorizada e incluso inscripta en el registro respectivo—, puede ignorarlo, pues para alcanzar los efectos a terceros se debía cumplir con otro requisito —comunicación al Registro Nacional de Comercio— y eso no se hizo.

Esto significa que si ese tercero, por ejemplo, es un acreedor embargante, inscripto su embargo, incluso después de la compraventa pero antes

34 Cianciarulo, Daniella. «Ley 17904. ¿Es necesaria la ratificación de un contrato otorgado por una sociedad, antes de la inscripción de la declaratoria?». *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay,* jul.-dic. 2011, tomo 97, n.os 7-12, pp. 335-343.

de la comunicación al Registro de Comercio, tendrá prioridad frente al comprador.

En principio lo dicho es pacíficamente aceptado por la doctrina. El tema controvertido es qué sucede una vez que se cumple con la ley 17904.

Pongamos un ejemplo para clarificar, y sigamos con la compraventa autorizada e inscripta en el Registro de Propiedad Inmueble. Cuando se otorgó la compraventa y se inscribió, el representante de la sociedad (órgano de representación) no fue comunicado al Registro Nacional de Comercio. Advertida esta omisión, la sociedad procede a comunicar lo dispuesto en el artículo 13 de la ley 17904.

Antes de la comunicación, esa compraventa era válida y eficaz, pero no oponible al tercero, incluso aunque este conociera que estaba inscripta. (Aquí no incide para nada el concepto de buena fe o mala fe, pues la ley dispuso la inoponibilidad ante la falta de cumplimiento del requisito mencionado.)

Luego de la inscripción en el Registro de Comercio, la compraventa obviamente también es válida y eficaz, pero la diferencia es que a partir de esta inscripción también se hace oponible; ahora sí alcanza al tercero.

Esta inscripción es un requisito formal para que la compraventa —inscripta— despliegue sus efectos frente a terceros. Despejado ese obstáculo, la compraventa produce esos efectos (es oponible) sin necesidad de ratificación alguna.

¿Qué significa ratificar un acto otorgado? En forma simple, podríamos decir que ratificar un acto es darle efecto, permitir que el contenido de ese acto alcance al sujeto ratificante.

En el caso de la gestión sin poder (artículo 1255 del Código Civil), claramente el acto otorgado no es eficaz, pues quien actuó no tiene poder. Por lo tanto, el *dominus* debe realizar una manifestación para que el contrato lo alcance, es decir, debe ratificar el contenido si es que le interesa hacerlo. Si no lo ratifica, el contrato no será eficaz, su contenido no lo alcanzará.

En cambio, cuando un acto es inoponible, una pretendida ratificación no tiene contenido, pues los efectos ya se desplegaron entre las partes. Faltaba algo para que alcanzara a terceros; ese algo en este caso es la inscripción en el Registro Nacional de Comercio, sin ninguna manifestación de voluntad.

Es más ¿qué podría(n) decir la(s) parte(s) ratificante(s)? Que la compraventa se otorgó (es un hecho claro que así fue), que es válida (también es un hecho), que es eficaz, que… Insistimos: no tiene contenido la ratificación.

¿O pretenderían las partes decir que no ratifican y por lo tanto el acto no produce efectos? Evidentemente esta pregunta se responde por sí sola. Las partes no pueden hacer esto; los efectos ya se desplegaron, a tal punto que ahora se desplegaron hacia terceras personas. Si así lo hicieran, estarían rescindiendo un negocio que ya produjo efectos.

Por consiguiente, enfáticamente manifestamos que si se otorga un acto o contrato por una sociedad cuyos representantes o administradores no

están comunicados al Registro Nacional de Comercio, ese acto o contrato es válido, eficaz e inoponible. Cuando se cumple con esa inscripción, el mismo acto o contrato (válido y eficaz) se hace oponible *sin necesidad de ratificación alguna, la cual, si se hiciera, no tendría contenido.*

X. Otorgamiento de compraventa judicial en cumplimiento de promesa con representantes no comunicados

En una consulta ante la Asociación de Escribanos del Uruguay,[35] se planteó el caso de una escritura judicial en trámite en cumplimiento de una promesa otorgada entre las partes el 30 de diciembre de 2006 e inscripta en el Registro de la Propiedad Inmueble el 29 de enero de 2007. Las autoridades habían sido designadas el 9 de diciembre de 2005 (o sea, con posterioridad a la entrada en vigencia de la ley 17904).

Se consultaba sobre la posible inoponibilidad de la compraventa dado que la promesa era inoponible y si el juez debía otorgar la compraventa. (Al haber sido las autoridades designadas con posterioridad al 24 de octubre de 2005, el caso entraría en la situación planteada en la sección II.3 de este trabajo.)

La posición mayoritaria de la Comisión de Derecho Comercial en esa oportunidad fue que la promesa no era oponible, y tampoco sería oponible la compraventa en cumplimiento de la promesa, si bien debía ser otorgada por el juez.

Una compraventa judicial inevitablemente tiene un antecedente que obliga a su otorgamiento; en el caso, una promesa inscripta, por lo cual las vicisitudes que tenga la promesa las tendrá la compraventa. No se puede tomar como un negocio independiente; por el contrario, es un negocio conexo al anterior, tan conexo que, si no hubiera existido la promesa, no existiría la compraventa judicial.

Y como negocio conexo sufre las consecuencias de lo omitido. Es decir, si la promesa no cumplió con el requerimiento de la ley 17904, la compraventa no levanta dicho obstáculo que impide la oponibilidad. Mal puede la compraventa conexa al negocio anterior desplegar los efectos derivados de aquella.

No escapa a nuestro análisis que se trata de una situación compleja y que el juez se ve alcanzado por la problemática de tener que otorgar la compraventa, porque lo dispone el artículo 31 del decreto ley 8733, pero sabe que esa compraventa será inoponible mientras no se comunique el representante que actuó en la promesa respectiva.

35 Expediente 1382/2012, aprobado por la Comisión Directiva el 10 de diciembre de 2013, con informes de las comisiones de Derecho Comercial, Derecho Civil y Técnica Notarial Procesal.

XI. Nombramiento de liquidadores

De acuerdo a la ley 16060, producida una causal de disolución o resuelta por los socios, la sociedad entra en liquidación. Los administradores se harán cargo de la liquidación, salvo casos especiales o estipulación contraria.

Es decir, si no se designan liquidadores, los administradores se ocuparán de la liquidación.

El artículo 14 de la ley 17904 expresa:

> Sustitúyese el inciso final del artículo 170 de la Ley N.º 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».

Por su parte, el artículo 172 de la ley 16060 establece:

> 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.

En virtud de lo dispuesto por estas normas, corresponde sostener que, dado que la ley 17904 indica la inscripción del nombramiento de liquidadores al Registro Nacional de Comercio, la consecuencia de su no inscripción es la misma que para la no inscripción de administradores, esto es, la inoponibilidad del acto o contrato de que se trate.[36]

En este sentido Hargain entiende que, si se aplica la norma general en materia de efectos de publicidad registral consagrada en el artículo 54 de la ley 16871, «[…] 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 en el Registro […]». Cuando falta la inscripción de la designación de liquidadores, el acto de nombramiento resulta inoponible a los terceros.[37]

Como reza el artículo 170, inciso 1.º, de la ley 16060, la administración estará a cargo de los administradores salvo casos especiales o estipulación contraria.

En consecuencia, cabe preguntarse: en la medida en que el administrador pasa a cumplir a partir de la disolución funciones de liquidador, ¿dicho cambio de *rol* deberá comunicarse al Registro Nacional de Comercio en virtud de lo dispuesto por la ley 17904?

Por un lado se puede sostener que el administrador no cambia su naturaleza a partir de la disolución de la liquidación, sino que cambia simplemente

36 Opinión también sustentada por las comisiones de Derecho Comercial y Registral en diversos encuentros regionales organizados por la Asociación de Escribanos del Uruguay durante el año 2006. En igual sentido, Mihali, Gabriel. En «Actuación de las sociedades comerciales comprendidas en el artículo 86 de la Ley 16060». *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay,* ene.-jul. 2006, tomo 92, n.os 1-6, p. 67.

37 Hargain, Daniel. «Ampliación del sistema de publicidad registral de las sociedades comerciales: Ley 17.904 de octubre de 2005». *Tribuna del Abogado,* mar.-mayo 2006, n.º 147, pp. 21-26.

sus funciones por las de liquidador, por imperio de la ley. La información registral permite conocer la designación como administrador y, debido a que la sociedad se encuentra en estado de disolución, sus funciones serán las de liquidador.

En tal sentido, su inscripción como liquidador no agrega ninguna información adicional para los terceros.

Por otro lado, en cambio, podría entenderse que, dado que existe un cambio de funciones, este deberá cumplir con la disposición del artículo 14 y comunicar al Registro el cambio producido.

Otra línea de pensamiento podría ser que, al no existir comunicación registral, los terceros no conocerán su calidad de liquidador y, en consecuencia, les serán inoponibles los actos o contratos realizados por él. Esto es, no le sería oponible una adjudicación realizada o una venta que pretendiera realizar.

Esta última posición sería muy grave para la sociedad y para un socio o un tercero.

Del análisis de estas posibilidades y del estudio sistemático de la ley 16060 y la reforma introducida por la ley 17904, podemos concluir que, si el administrador continúa en su cargo pero realizando funciones de liquidador, no es necesario que comunique este hecho al Registro de Personas Jurídicas, sección Registro Nacional de Comercio, porque lo que la ley 17904 procura es que se conozca quién representa a la sociedad.

Si ese administrador está comunicado al Registro o fue designado en el contrato social, lo que está haciendo ahora es cumplir con lo previsto en la ley, es decir, encargarse de la liquidación de la sociedad, por lo menos hasta que se designe liquidador.

Por lo tanto, nadie podría desconocer, ya sea por información registral o por inclusión en el contrato, quién tenía funciones de administración y quién está cumpliendo ahora funciones de liquidador. En consecuencia, aun sin inscripción del cambio en las funciones, los actos o contratos realizados serían oponibles a la sociedad.[38]

XII. Convenios de sindicación

El artículo 15 de la ley 17904 sustituye el literal B del artículo 331 de la ley 16060.

El artículo 331 refiere a los convenios de sindicación de acciones, y en su redacción original establecía que debía agregarse un ejemplar al legajo de la sociedad.

38 Cianciarulo, Daniella. «El administrador que realiza funciones de liquidador y la comunicación prevista por la ley 17904». En: Universidad de la República (Uruguay). Facultad de Derecho. Instituto de Derecho Comercial. *Los retos de la modernidad: cuestiones de derecho comercial actual.* Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2015, pp. 29-32. Semana Académica del Instituto de Derecho Comercial.

Dado que este legajo fue suspendido y derogado, como se ha visto, dicho literal quedó sin contenido. De todas formas, en algunas oportunidades se inscribieron igualmente convenios de sindicación.

La ley 17904 restaura dicha inscripción, por lo cual el convenio de sindicación vuelve a ser un acto inscribible con base legal.

XIII. Cambio de sede

De acuerdo a la ley 16060, la sede de la sociedad es la ubicación precisa de la administración dentro del domicilio social, y este es el departamento, la ciudad o la localidad donde se establezca su administración.

La sede no es un requisito esencial para que la sociedad sea regular y típica, como sí lo es el domicilio, pues no se encuentra mencionada en el artículo 6. Por ello, es optativo para los socios mencionar en el contrato o estatuto social cuál es la sede, lo que puede ser inconveniente teniendo en cuenta que, si esta se modifica, debe modificarse también el contrato social.

De esta forma, no surge necesariamente de la información que brinda el Registro Nacional de Comercio cuál es la sede de la sociedad, lugar donde, por ejemplo, deben realizarse las notificaciones si no existe un domicilio contractual o procesal.

La ley 17904, en el artículo 13 ya citado, indica que debe inscribirse el «cambio de sede». Es decir, no refiere a la sede sino al cambio de esta, lo cual es una importante omisión si la intención fue que la información registral fuera completa e incluyera también la sede social.

Es dable destacar que, si no se comunica el cambio de sede, la consecuencia no es la inoponiblidad de ningún acto o contrato que realice la sociedad, aunque esté incluido el tema en el mismo artículo 13.

De todas formas, es importante comunicar el cambio de sede; incluso, aunque no sea obligatorio, también lo es comunicar la sede desde un inicio, pues de esta forma la sociedad se está prevaleciendo de la inadecuada notificación que se le realice en otro lugar, si no hay un domicilio contractual o procesal prefijado al efecto.

XIV. Conclusiones

a. La ley 17904 ordena comunicar todo nombramiento de administrador, director o representante a todas aquellas sociedades en las que se hayan designado dichas autoridades por acto distinto al estatuto o contrato social. Esto sucede aun cuando se trate de una renovación de autoridades.
b. En el caso de que actúe un mandatario, debe tenerse presente la fecha de otorgamiento del mandato. La comunicación es aplicable en aquellos mandatos otorgados con posterioridad al 24 de octubre de 2005.

c. El acto o contrato realizado por el administrador, director o representante no comunicado es inoponible, y adquiere oponibilidad con la sola comunicación, sin necesidad de ratificación alguna de ese acto o contrato.
d. También se requiere comunicar la designación de liquidadores, con los mismos efectos, pero ello no es necesario cuando cumpla ese rol el administrador de la sociedad.
e. Existe nueva base legal para la inscripción de los convenios de sindicación.
f. El cambio de sede es un acto inscribible. Su no comunicación no genera inoponibilidad alguna, pero puede provocar consecuencias negativas para la sociedad, pues una eventual notificación a la sede que pudiera estar registrada en el Registro Nacional de Comercio será una comunicación válida, salvo que exista un domicilio contractual o procesal fijado en el caso concreto.

Bibliografía

Acuña, María del Carmen, «Modificaciones introducidas a la ley n.º 16060», *La Pluma,* mar. 2006, año 9, n.º 23, pp. 34-36.

Cianciarulo, Daniella. «El administrador que realiza funciones de liquidador y la comunicación prevista por la ley 17.904». En: Universidad de la República (Uruguay). Facultad de Derecho. Instituto de Derecho Comercial. *Los retos de la modernidad: cuestiones de derecho comercial actual.* Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2015, pp. 29-32. ISBN 978-9974-2-0980-0. Semana Académica del Instituto de Derecho Comercial (Montevideo: 2015).

Cianciarulo, Daniella. «Ley 17.904: ¿Es necesaria la ratificación de un contrato otorgado por una sociedad, antes de la inscripción de la declaratoria?». *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay,* jul.-dic. 2011, tomo 97, n.º 2, pp. 335-343.

Hargain, Daniel. «Ampliación del Sistema de Publicidad Registral de las Sociedades Comerciales: Ley 17.904 de octubre de 2005». *Tribuna del Abogado,* mar.-mayo 2006, n.º 147, pp. 21-26.

Mihali, Gabriel. «Actuación de las sociedades comerciales comprendidas en el artículo 86 de la Ley 16.060». *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay,* ene.-jun. 2006, tomo 92, n.os 1-6, pp. 57-67.

Saltó, Carmen. *Nuevos actos inscribibles en la Sección Registro Nacional de Comercio. Ley n.º 17904.* Montevideo: Asociación de Escribanos del Uruguay, 2006.

(Aprobado por la Comisión de Revista el 29 de marzo de 2016.)

Eficacia del matrimonio musulmán celebrado en Uruguay

por Ruben Santos Belandro

Resumen

Hasta hace poco tiempo, la figura matrimonial —en sus aspectos formales y de contenido— era considerada parte de la identidad de un país, de difícil o casi imposible evolución. Sin embargo, hoy las cosas han cambiado drásticamente debido al ingreso avasallante de los derechos humanos y, con ellos, el derecho a la libertad de unirse en pareja con quien(es) se desee. Esto lleva a preguntarse si los códigos y leyes civiles se encuentran acordes con esta nueva civilización posmoderna. El problema se ha presentado en forma por demás clara en Uruguay, porque recientemente algunos refugiados de fe musulmana celebraron matrimonios con mujeres locales de acuerdo al rito de su confesión, lo cual genera dudas acerca de la validez jurídica de dichas uniones.

Sumario

I. Descaecimiento de la identidad de las sociedades a través del derecho de familia. **II.** El porvenir de un *estatuto anómico de pareja*. **III.** La radicación de musulmanes en los países de Occidente. **IV.** Características del orden jurídico musulmán. **V.** El matrimonio musulmán. **VI.** Características del matrimonio musulmán. **VII.** Calificación del matrimonio musulmán previo o sin la intervención de un oficial del Registro del Estado Civil. **VIII.** Debe procederse a una nueva apertura de la institución matrimonial que reconozca nuevas formas de casarse.

I. Descaecimiento de la identidad de las sociedades a través del derecho de familia

1. No más allá de una generación, los especialistas en derecho comparado afirmaban que el derecho de familia y, más específicamente, el matrimonio constituían una base inamovible de las distintas sociedades humanas, que le daba identidad al grupo y que, por tal motivo, era prácticamente

imposible de modificar o de aproximar a través de propuestas comparatistas. Pues bien, esta afirmación —que tenía sus visos de verdad, ya que la realidad estaba indicando la estabilidad por siglos de las instituciones de familia— hoy se ha visto trastocada, desmentida y rechazada como carente de sentido. El derecho de familia ha sufrido la influencia de diversas corrientes de pensamiento —el holismo, el posmodernismo, los derechos humanos, el individualismo— que han disuelto aquella estabilidad de que hacía gala.

2. Igualmente, no hace más de una década comenzó a gestarse un movimiento que defendía el *matrimonio para todos* o el *matrimonio asexuado* y promovía la posibilidad de que se celebrara la unión matrimonial entre personas del mismo sexo. Uruguay se ha visto influido por esta corriente de pensamiento al suprimir la diferencia de sexos como condición indispensable para la existencia de un matrimonio válido.

II. El porvenir de un *estatuto anómico de pareja*

Además, con el ingreso a los órdenes jurídicos del concubinato registrado se están reconociendo otras formas de uniones de pareja, con efectos o consecuencias jurídicos que podrán llegar o no a la consagración de una unión matrimonial. Por tanto, en la actualidad el legislador ha percibido que el acercamiento de las parejas hacia una unión estable puede pasar por diversas etapas, que irían desde la conformación de una unión de puro hecho, luego por la consagración de un concubinato registrado y, por último, la presencia de la figura matrimonial. Ya no solo se reconocerá la *institución matrimonial* formal y heterosexual, sino también otras *instituciones* con casi los mismos derechos y obligaciones que la figura matrimonial.

3. Si se observan los comportamientos humanos, no estará lejano el día en que los legisladores nacionales —por una razón de economía normativa— consagren un *estatuto de pareja anómica,* para cuya conformación no interesará la formalidad, en la que el sexo no será tenido en cuenta, incluso la presencia de un vínculo matrimonial anterior ya no será decisiva, pues lo único que el legislador observará para darle efectos jurídicos será la estabilidad del vínculo. Habrá entonces un núcleo común —un estatuto— de derechos y obligaciones entre los integrantes de las distintas uniones de pareja, más allá de que sean concubinos de puro hecho, registrados y casados o no. Luego sí podrá venir, por declinación, una regulación específica —sobre todo formal, con algunos aditamentos de derecho sustantivo peculiares— que no harán al fondo del asunto: quien constituya una unión de pareja estable se verá inmerso en un estatuto común de derechos y obligaciones a los cuales no podrá renunciar.

III. La radicación de musulmanes en los países de Occidente

4. Dicho esto, el motivo de estas reflexiones es un fenómeno que Europa está sufriendo desde hace ya por lo menos cuatro décadas: la presencia

de familias musulmanas que han sido convocadas como fuerza laboral en determinados períodos de bonanza económica o, últimamente, el ingreso incontenible de miles de ellas como modo de acceder a un medio de vida digno que les es negado en sus países de origen. En la actualidad suman varios millones en cada país europeo. Uruguay ingresó a esta experiencia bastante tardíamente, sobre todo debido a que se halla lejos de los aproximadamente 40 países que practican esta fe, los cuales se ubican en el Lejano y el Cercano Oriente y en el norte de África, y también porque quizás las oportunidades económicas no sean tan atractivas como las que exhiben Alemania, Francia, Italia o los países nórdicos. Uruguay ha propiciado en estos últimos tiempos la radicación de exreclusos de la base militar estadounidense de Guantánamo y el afincamiento de familias sirias mayoritariamente musulmanas, como consecuencia de la guerra civil que asuela a dicho país. Por tanto —y como en Europa—, ya se está viendo ante la disyuntiva de aceptar, rechazar o adaptar las diferentes instituciones familiares existentes en el islam para que tengan efectos en nuestro país.

5. En realidad, este problema no es nuevo, aunque permaneció inadvertido mientras las comunidades humanas se mostraban estables y con escaso contacto entre sí. La religión musulmana fue creada en el siglo VII d. C., al recibir Mahoma la orden de Alá, en el año 610 —a través de un poderoso *iqra* por medio del ángel Gabriel—, de transmitir las palabras divinas, que de ahí en adelante le serían reveladas en forma paulatina y según las diversas vicisitudes que irían pautando la propagación de la fe. El Corán contiene la palabra de Dios trasmitida a los musulmanes a través del profeta Mahoma, y en él existe una amplia referencia a lo que hoy podríamos denominar *derecho de familia.* Debido a esta transmisión de los designios divinos sobre cómo debe organizarse la familia, es preciso considerar que el sistema de normas basado en el Corán es independiente del poder político, lo cual significa que los Estados y sus legisladores no pueden elaborar otras normas jurídicas al respecto ni modificarlas.

IV. Características del orden jurídico musulmán

6. Expresándolo en forma sintética, el orden jurídico musulmán se compone de el Corán o recitado, fuente suprema porque contiene el pensamiento de Alá; la Sunna, donde se han compendiado todas las palabras y los actos manifestados o ejercidos por Mahoma durante su vida terrenal; la Idjma, o el consenso de los doctores musulmanes, a la que se llegó sobre puntos determinados luego de la muerte del profeta; el razonamiento por analogía, o Kiyá, y luego otras fuentes complementarias, como la opinión personal de un doctor musulmán, la necesidad de encontrar el bien, la búsqueda del interés general y, por último, la costumbre.

7. Además, hay que tener en cuenta que el islam no es una religión uniforme, sino que ha sufrido divisiones —tal como aconteció en la religión

católica—, por las que es posible encontrar a los sunitas, a los chiitas, a los kharidjitas y otras formas de práctica religiosa.[39] Por tanto, los más de 1.200 millones de practicantes de la fe musulmana no conforman un espacio homogéneo de creencias y de prácticas religiosas, sino que hay que investigar de qué país provienen y cuál es el culto al que están adheridos.[40]

8. Pero lo que queremos resaltar en esta breve introducción es el hecho de que para los musulmanes su religión no solo significa su adhesión a una fe y a una práctica religiosa, sino que además es derecho, y que ese derecho tiene un origen divino que ningún mortal puede modificar, lo cual es difícil de comprender para una mente occidental. Está aquí el centro del problema, pues cuando emigran a otros países, por más liberales que estos sean en materia religiosa —como es el caso de Uruguay, donde existe desde hace más de un siglo la separación de la Iglesia y el Estado y donde la laicidad de la enseñanza es uno de los principios más arraigados—, ello no es suficiente, porque no solo se trata de practicar una fe, sino de cumplir un norma jurídica diseñada por Alá a través de su profeta Mahoma.

Por tanto, si en materia de derecho de familia se someten a otras reglas que las de su fe —o sea, a las del país (occidental) donde voluntaria o involuntariamente deben radicarse—, están abjurando de esta última y, además, del derecho que ella trasmite y proclama; en definitiva, han dejado de ser fieles a Dios. Se trata de una situación personal sumamente incómoda y que provoca una profunda perturbación en los musulmanes que se han afincado en los países occidentales, pues no pueden organizar a su familia de acuerdo a lo que Alá les ha ordenado. Sin duda, ello significa una dificultad de asimilación, lo que explica en gran parte esta falta de integración de la población musulmana en las sociedades occidentales europeas.[41]

V. El matrimonio musulmán

9. Entre estos problemas que origina el afincamiento de familias musulmanas, tenemos el del matrimonio. En Uruguay, el único matrimonio con efectos jurídicos es aquel celebrado ante un oficial del Registro del Estado Civil, es decir, lo que denominamos un *matrimonio laico*. Si los contrayentes desean celebrar una unión religiosa, esta deberá realizarse con posterioridad al matrimonio estatal y carecerá de efectos jurídicos. El artículo 84 del Código Civil prevé la aplicación de sanciones penales a los ministros de la Iglesia católica o pastores de las comunidades disidentes que celebren el

39 Dentro de la rama sunita tenemos cuatro escuelas o ritos: la hannafita, la malikita, la chafeita y la hanbalita.

40 Quien desee ampliar la información, puede acceder a Santos Belandro, Ruben, *Derecho civil y de familia.* 2.ª ed. Montevideo: Asociación de Escribanos del Uruguay, 2013.

41 Si entendemos por tal la aceptación de los principios fundamentales de convivencia y axiológicos de la sociedad a la que se incorporan.

rito religioso sin la comprobación de la celebración previa del matrimonio civil. De la lectura de este artículo es indudable que el Código Civil paga tributo a su época, por cuanto solo hace referencia a la Iglesia católica y a las protestantes, pero no a los practicantes de otras religiones, como la judía, la musulmana, la hinduista, la zoroastrista, etcétera.

10. Esta omisión plantea un primer problema: si la prohibición de un matrimonio religioso anticipado rige solo para la religión católica y las iglesias reformadas —en tanto y en cuanto donde la ley no prohíbe no debe hacerlo el intérprete— o si, en cambio, debemos razonar por analogía y hacer extensivo el veto también a todas las religiones (aspecto civil), y qué ocurrirá con la pena de prisión de seis meses o un año en caso de reincidencia (aspecto penal).

Cabría entonces efectuar una distinción entre los efectos civiles y los penales. En cuanto a los primeros, si se razona por analogía, el acto será nulo; en cambio, si se sostiene que está permitido todo aquello que no está expresa y legalmente prohibido, el acto matrimonial será válido. En cuanto al efecto penal previsto en el Código Civil ante la consagración religiosa de manera anticipada a la celebración de la ceremonia laica, esta sanción no puede ser extensible sin una previsión expresa a las autoridades religiosas de otras religiones, dado que los tipos penales y los sujetos comprendidos en derecho penal son de interpretación estricta. Al respecto no caben dos opiniones. Además, en la hipótesis específica del matrimonio musulmán clásico, no habría autoridad religiosa a la que castigar, puesto que el matrimonio se materializa mediante el simple consentimiento entre los esposos.

Tristán Narvaja y los legisladores nacionales, condicionados por la época en que les tocó vivir, no tuvieron en cuenta que en el mundo también son aceptados los matrimonios consensuales, sin la presencia obligada de un ministro de fe. Sus miradas se volcaban exclusivamente hacia el mundo occidental, donde tampoco se tuvo en cuenta respetar las costumbres de los pueblos originarios de América Latina. Hoy hay una mayor observancia de las diferencias. Hasta épocas recientes, la doctrina comparatista aportaba como ejemplo de un matrimonio consensual el adoptado por la Revolución comunista, acontecida en Rusia en 1917, y justificado como medio de liberar a la mujer de la sujeción del marido dentro de un régimen patriarcal producto de la época zarista, el cual tuvo poca vida. Sin embargo, la creciente interrelación entre los países y las sociedades que los integran y el aumento de los movimientos migratorios trae a la palestra el matrimonio consensual de los países musulmanes.

VI. Características del matrimonio musulmán

11. Para el derecho musulmán el matrimonio (*nikah*) es un contrato puramente consensual mediante el cual un hombre se compromete simplemente a darle una dote a la mujer, a procurar su manutención y, como contrapartida, adquiere el derecho a tener lícitamente relaciones íntimas con ella.

Así, el artículo 4 del Código de Estatuto Personal argelino afirma:

> […] el matrimonio es un contrato consensuado entre un hombre y una mujer según la forma legal, siendo su objetivo, entre otros, crear una familia basada en el afecto, la compasión, la ayuda mutua, la protección moral de los cónyuges y la preservación de los vínculos familiares.

Es una fórmula que se repite en muchos códigos del área musulmana. El artículo 9 señala que «se contrae matrimonio mediante el consentimiento de los dos cónyuges» y el artículo 9 *bis* indica que «deberán cumplirse en el contrato matrimonial los siguientes requisitos: la capacitación para el matrimonio, la dote, el tutor (*wali*), dos testigos y la no existencia de impedimentos legales para el matrimonio». Pero el artículo 18 amplía el modo de celebración del matrimonio al disponer que «el contrato matrimonial se efectuará ante un notario o un funcionario legalmente capacitado, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 9 y 9 *bis* de este Código». En cuanto a la prueba, el artículo 22 afirma que «el matrimonio se prueba mediante la expedición de un extracto del Registro del Estado Civil. En caso de no estar registrado, será válido por sentencia. La sentencia de validez del matrimonio deberá ser transcrita en el Registro del Estado Civil, a instancias del Ministerio Público».

En el Código de Estatuto Personal sirio, el artículo 1 considera que «el matrimonio es un contrato entre un hombre y una mujer que le sea lícita legalmente, siendo su objetivo crear un vínculo de vida en común y procreación». El artículo 5 reafirma el carácter consensual del matrimonio: «[…] se contrae matrimonio mediante la oferta de uno de los contratantes y la aceptación del otro». Y el artículo 6 dice: «[…] la oferta y la aceptación en el matrimonio serán con palabras que signifiquen matrimonio, oralmente o según la costumbre». El primer numeral del artículo 11 expresa: «[…] se requiere en la oferta y en la aceptación, que sean acordadas por las personas en una sola sesión y que cada uno de los contratantes oiga las palabras del otro, comprenda que su objetivo es el matrimonio y no exista por ninguna de las partes, antes de la aceptación, nada que haga nula la oferta». Finalmente, el artículo 12 establece que «se requiere para la validez del contrato matrimonial la presencia de dos testigos varones o un hombre y dos mujeres, musulmanes, sanos de mente, púberes, que oigan la oferta y la aceptación y comprendan su objetivo». Cabe aclarar que en el derecho musulmán el testimonio de una mujer vale la mitad que el de un hombre; por tanto, se requieren dos testigos mujeres para que equivalgan al testimonio de un solo hombre. Este mismo tratamiento se produce en materia sucesoria, en la que la mujer tiene derecho a la mitad de la herencia que un hombre.

Tomando en consideración que uno de los contrayentes del matrimonio consensual celebrado en Uruguay era tunecino, veremos cómo regula el matrimonio el Código tunecino de Estatuto Personal. En el artículo 3 este dispone: «Se contrae matrimonio mediante el consentimiento de los cónyuges. Se requiere para la validez del matrimonio, la presencia de dos testigos de entre las personas de confianza y la designación de una dote

para la esposa». El artículo 4 siguiente contiene una norma de derecho internacional privado que nos interesa: «[El] matrimonio contraído fuera del reino se establecerá conforme a las leyes del país en que se haya concluido el contrato matrimonial».[42] Con ello, en este caso concreto estaría reconociendo la vigencia de las leyes uruguayas sobre el matrimonio. Por tanto, el matrimonio consensual celebrado en nuestro país no sería válido ni en Uruguay ni en Túnez.

12. De lo expuesto emerge que en el islam el matrimonio es un contrato bilateral basado sobre el libre consentimiento de las dos partes. El derecho musulmán clásico no prescribe ninguna forma oficial para la celebración del matrimonio, y este será válido aun cuando no sea hecho ante personal religioso musulmán ni se vea acompañado de la lectura de la primera *azora* del Corán, aun cuando generalmente se recitan algunas *azoras*.

Para que el matrimonio sea válido debe basarse en cuatro pilares: la capacidad jurídica de los esposos, su libre consentimiento, la intervención del tutor de la mujer (*wali*) y la constitución de un donativo nupcial o *mahr*. La intervención del *wali* es sumamente importante, porque este representante de la mujer es el encargado de otorgar el contrato matrimonial previo a la unión, y allí es posible establecer que la mujer podrá seguir estudiando, ejercer una profesión o el comercio sin rendirle cuentas a su marido (recordemos que la primera esposa de Mahoma y la más querida, Jadicha, era comerciante), y si el hombre es soltero puede pactarse la prohibición de casarse nuevamente (tengamos también en cuenta que en el islam el hombre puede tener hasta cuatro matrimonios simultáneos, siempre que sea capaz de mantener a sus esposas dignamente) y su incumplimiento dará derecho a la mujer a solicitar el divorcio.

La prueba de la celebración del matrimonio reseñado será pues testimonial; generalmente la costumbre impone la presencia de dos testigos. No obstante, las nuevas leyes sobre el estatuto personal de algunos países musulmanes, si bien reconocen el matrimonio *consuetudinario* tradicional o clásico, celebrado ante dos testigos, alienta y hasta obliga a celebrarlo ante una autoridad religiosa o una autoridad civil y/o a inscribirlo en un Registro del Estado Civil.

VII. Calificación del matrimonio musulmán previo o sin la intervención de un oficial del Registro del Estado Civil

13. Ahora bien, ¿cómo calificar jurídicamente a los matrimonios musulmanes celebrados en Uruguay sin ninguna intervención —ni previa, ni posterior— de un oficial del Registro del Estado Civil? La ley 1792, de 1885,

42 Recordemos que Túnez ha sido durante décadas —especialmente bajo el gobierno de Habib Bourguiba— el más occidental de todos los países árabes. Al presente tal afirmación solo puede ser aceptada con reservas, al igual que respecto de Egipto o de Turquía, debido a los acontecimientos que se están produciendo a cada momento.

estableció el matrimonio civil como *el único válido* en todo el territorio nacional, sistema que sigue vigente hasta el día de hoy. Esta no es la única solución posible respecto del matrimonio. Es sí la vigente en el derecho francés, al que hemos seguido en tantos aspectos, pero no ocurre lo mismo en España o en Italia, donde existe una pluralidad de modalidades para contraer matrimonio y donde la intervención del oficial del Registro del Estado Civil es una de las tantas formas posibles. Incluso en América Latina se reconoce la posibilidad de un matrimonio celebrado ante un notario, un regidor, un alcalde o ante algunas autoridades propias de los pueblos aborígenes. Para completar el razonamiento sobre el plano internacional, nuestro ordenamiento jurídico —normas nacionales y supranacionales de derecho internacional privado— establece que el matrimonio se regula por la ley del lugar de su celebración.

14. Acá se presenta entonces una cuestión de calificación. Convengamos que es una calificación de derecho interno. Si observamos la ley 1792, de 1885, dicha unión no es válida porque el único matrimonio válido para Uruguay es el celebrado ante el oficial del Registro del Estado Civil. ¿Podrá entonces ser calificada de otra manera? Por ejemplo, ¿la unión descrita podría ser tratada como una unión de puro hecho? Eso es lo primero que estamos tentados de hacer. Sin embargo, el sustento subjetivo de un matrimonio consensual es muy distinto al del concubinato de puro hecho. En la primera hipótesis hay un deseo de contraer un vínculo matrimonial, los contrayentes desean verdaderamente casarse, lo manifiestan de forma expresa y clara, y piensan que luego del contrato realmente están casados. Además, los códigos basados en el islam diferencian claramente lo que es una promesa matrimonial del matrimonio en sí. En cambio, en el concubinato la pareja, o uno de sus integrantes, manifiesta un rechazo expreso o tácito hacia la institución matrimonial —con base en muy variadas justificaciones y hasta en cálculos oportunistas—; ellos no desean ser considerados como cónyuges, como esposos, y quizás tampoco como concubinos registrados. Entonces se presenta un verdadero dilema: la pareja se siente realmente casada, pero en realidad legalmente no lo está.

VIII. Debe procederse a una nueva apertura de la institución matrimonial que reconozca nuevas formas de casarse

15. Quizás sea el momento de una nueva apertura de nuestro derecho privado hacia figuras matrimoniales que antes no habían sido tomadas en consideración. Ya lo ha hecho respecto del *matrimonio igualitario*. ¿Por qué entonces no hacerlo en cuanto a aceptar otras formas de celebrar el acto matrimonial? ¿Por qué no aceptar el matrimonio consensual o el matrimonio celebrado ante autoridades religiosas —de aquellas religiones reconocidas por el ordenamiento jurídico uruguayo— o el matrimonio celebrado ante un notario, un regidor o un alcalde? Debemos tener en cuenta que el

derecho privado y el derecho internacional privado, debido a la creciente influencia de los derechos humanos, se halla imbuido cada vez más de la defensa de los intereses de los sujetos particulares, y el Estado se ubica en un segundo plano, entre bambalinas, interviniendo únicamente para proteger a la parte débil o para armonizar las relaciones humanas cuando estas se vuelven disonantes o antagónicas.

En definitiva, el derecho a casarse bajo formalidades diferentes a la única oficial, ¿no formaría parte del derecho a la libertad, a la intimidad y a la privacidad? Quizás sea, entonces, el momento de examinar la institución matrimonial desde un nuevo ángulo, diferente de los ya examinados en estos últimos diez años. Es perceptible que los creyentes musulmanes en Uruguay se encuentran en un proceso de institucionalización —si es que cabe el término—, aspirando a construir una o varias mezquitas, a crear escuelas coránicas y, en definitiva, a incidir para que el modo de vida de acuerdo a sus creencias religiosas les sea reconocido y respetado.

16. La prensa ha informado ampliamente que al día de hoy en Uruguay tenemos matrimonios celebrados bajo el rito musulmán, es decir, de un modo puramente consensual, ante lo cual debemos dar una respuesta jurídica con las herramientas con que contamos en estos momentos.

En primer lugar, cabe afirmar que el matrimonio puramente consensual no es castigable o reprimible actualmente con ninguna sanción, pero como tal —como matrimonio— no tendrá efectos jurídicos.

En segundo término, cabe pensar que los contrayentes consensuales tienen absoluta libertad para casarse en forma civil sin ningún contratiempo, ya que el Estado uruguayo los considerará de estado civil solteros.

En tercer lugar, pueden continuar como están y ser tratados como concubinos de puro hecho.

O, finalmente, acceder a un concubinato registrado.

Ciertamente, ninguna de estas soluciones se ajusta a sus aspiraciones e intereses. Y un derecho positivo que no representa el sentir de su población tendrá sus días contados. A la corta o a la larga, tendrá que ser modificado y adecuarse a aquello que la sociedad desea y a lo que aspira: el reconocimiento de una sociedad democrática y plural.

(Aprobado por la Comisión de Revista el 28 de julio de 2015.)

Firmas y documentos notariales electrónicos. Acordada 7831

por Aída Noblia

Resumen

En este trabajo se repasan normas nacionales sobre firma y documentos electrónicos y luego se expone y analiza la acordada 7831. Se mencionan las características de la firma y los documentos electrónicos notariales, su sistema de seguridad —especialmente el soporte electrónico notarial— y las aplicaciones que habilita la acordada. Asimismo, se plantean brevemente nuestra opinión y fundamentos respecto a las diferencias entre la función notarial y las de los prestadores de servicios de certificación, así como los elementos que entendemos aporta la función notarial a la infraestructura de confianza de la denominada PKI. Finalmente se formulan algunas conclusiones.

Sumario

I. Introducción. **II.** Firma electrónica. Legislación. **III.** Firma electrónica avanzada notarial. **IV.** Aspectos técnicos. Seguridad informática. **V.** Documentos notariales electrónicos. **VI.** Valor probatorio de los documentos notariales electrónicos. **VII.** Conclusiones. Bibliografía.

I. Introducción

En Uruguay desde hace más de treinta años se han desarrollado avances y aplicaciones en tecnologías de la información y la comunicación (TIC) en los ámbitos privado y público, y una legislación más bien dispersa y parcial. Sin embargo, desde 2005 el país entró en un proceso acelerado de incorporación de las TIC en todos los órdenes de la Administración Pública, la economía, el sector privado y la sociedad, impulsado desde el Gobierno mediante programas, planes, proyectos y financiamientos orientados por una política global tendiente a la inclusión de todos los sectores sociales.

En diciembre de 2005 se creó, por ley 17930, artículo 72, la hoy denominada Agencia para el Desarrollo del Gobierno de Gestión Electrónica

y la Sociedad de la Información y el Conocimiento (AGESIC), organismo desconcentrado dependiente de Presidencia de la República. Desde esta agencia se ha conducido y orientado, a través de políticas y directivas coordinadas, un proceso continuo e intenso mediante tres unidades: de Acceso a la Información Pública (UAI), de Protección de Datos Personales (URCDP) y de Certificación Electrónica (UCE), que ponen al día a Uruguay en el ámbito electrónico con el impulso del marco normativo y desde el punto de vista práctico.

En cuanto a seguridad informática, todo el proceso se apoya en el Centro de Respuesta a Incidentes de Seguridad de la Información (CERTUY), que no solo responde a incidentes ya ocurridos sino que previene los que podrían ocurrir, ofrece plataforma tecnológica, apoyo técnico e información relacionada con la seguridad informática en aplicaciones.

Desde su agremiación colectiva, la Asociación de Escribanos del Uruguay (AEU), los escribanos uruguayos han venido impulsando este proceso en el ejercicio de su profesión, mediante la facilitación de diversas gestiones, entre las cuales se destacan: el sistema de capacitación a distancia al gremio, con alcance a todo el país desde su sitio de internet, a través del sistema *webex;* el pago de la tasa registral debida a los Registros Públicos en el caso de solicitudes de información registral, mediante el sistema de *e-timbre,* que se realiza a través de cuenta bancaria o de cuenta facilitada a cada notario en la propia AEU; la informatización de la base de datos de la biblioteca, que ofrece un servicio de consulta en línea del material existente y permite además el retiro electrónico de algunos materiales mediante envío al socio por documento adjunto a correo electrónico; la instalación de un *router* desde la Intendencia de Montevideo al edificio de AEU a fin de facilitar gestiones; convenios como el realizado recientemente con la Ventanilla Única de Comercio Exterior (VUCE) para permitir la aplicación electrónica de lo dispuesto por la acordada a los certificados notariales requeridos por esa oficina.

El escribano uruguayo ha venido haciendo uso gradual de las TIC, no solo en sus gestiones ante la Administración Pública, sino también en su relación con clientes, partes contratantes, bancos y empresas en general. Hoy utiliza habitualmente herramientas informáticas en el ejercicio de su profesión y las incumbencias notariales; elabora varios tipos de documentos electrónicos que guarda en su computadora o en memorias externas; escribe borradores o proyectos de documentos notariales (certificados, actas, escrituras); antes de imprimir en el papel nominativo notarial, completa y envía mediante correos electrónicos formularios electrónicos de solicitud de certificados de los Registros Públicos, solicitud de cédulas catastrales a la Dirección General de Catastro, etcétera.

También hace firmas electrónicas, entre otros casos, en los correos electrónicos que envía, en la contraseña que utiliza en ciertas incumbencias —como al solicitar su papel nominativo notarial de actuación de la Caja Notarial, en la huella digital leída por el lector digital de la Caja al

recibirlo—, en la contraseña que utiliza para ingreso de solicitudes de certificados registrales o ampliaciones al sistema informático registral, en los documentos que se presentan ante el Banco Central de acuerdo a la ley 18930, entre otros. Lo que hasta ahora no utilizaba en su profesión es la firma electrónica avanzada notarial, por no estar habilitado para hacerlo.

Si bien el artículo 7 de la ley 18600, de 2009, autorizaba el uso de documentos y firmas electrónicas en la función notarial —con lo cual existía habilitación legal, elemento imprescindible por tratarse de una función pública—, era necesario, como el propio texto establecía, que ese artículo se reglamentara por la Suprema Corte de Justicia, a los efectos de posibilitar dicho uso efectivo.

La acordada 7831 de la Suprema Corte de Justicia, de 4 de febrero de 2015, publicada el 6 de igual mes y año mediante la circular 6/2015, habilita y regula el uso de la firma electrónica avanzada y documentos electrónicos en el ejercicio de la función, con lo que permite al notario uruguayo insertarse de lleno en el medio electrónico para aportarle la seguridad jurídica preventiva que su profesión implica.

La resolución y publicación referidas culminan un proceso de elaboración realizado por una comisión interdisciplinaria designada a tales fines por la Suprema Corte de Justicia, compuesta por dos miembros de la Inspección General de Registros Notariales y uno de la Asociación de Escribanos del Uruguay. En esta oportunidad dicha comisión contó con la cooperación técnica de integrantes del Programa de Fortalecimiento del Poder Judicial, de la Caja Notarial de Jubilaciones y Pensiones y de Ingenieros de AGESIC, a fin de asegurar al notariado uruguayo un adecuado nivel de seguridad informática.

Esta acordada entró en vigencia el 1.º de junio de 2015, según dispuso el numeral 2.º de la mencionada resolución de la Suprema Corte. Su implantación práctica se realizará de acuerdo a los principios de gradualidad, modularidad y escalabilidad que rigen los procesos de las aplicaciones informáticas, teniendo en cuenta la adecuada articulación de las nuevas herramientas con el universo de situaciones prácticas en las que se inserta y los requerimientos que exige en los distintos organismos involucrados.

A continuación haremos una referencia breve a las principales normas nacionales relacionadas con el tema y luego un desarrollo descriptivo de lo dispuesto por la acordada 7831 con algunas aproximaciones al análisis jurídico de la norma.

II. Firma electrónica

1. Legislación

Consideramos del caso una breve referencia a la legislación nacional sobre la firma electrónica en general. *Firma electrónica* y *documento electrónico* cumplen en el medio electrónico las mismas funciones que cumplen la firma

y el documento en el papel, aunque su forma y sus requisitos son diferentes. Esto es una expresión particular de lo que se denomina el *principio de equivalencia funcional,* uno de los principios que rigen en el derecho informático y se mencionan en la ley 18600, los cuales operan como guías para los casos en que existan dudas respecto a la interpretación de las normas jurídicas.

La firma, en el ámbito jurídico, cumple la función de identificar a la persona del firmante, acreditar que este consiente y acepta el contenido del texto firmado y, en su caso, asume o acepta de su contraparte las obligaciones emergentes del documento firmado, como ocurre en la declaración o el contrato. En ciertos documentos calificados legalmente de *públicos,* como es el caso de los documentos notariales, la firma del escribano indica que él es el profesional competente, dentro del límite de sus atribuciones, autor cierto, responsable del contenido de un documento que es solemne.

Al surgir el soporte electrónico como sustituto del soporte papel, fue necesario crear en este soporte un medio de identificación de las personas que cumpliera la misma función que la firma en el papel. En la legislación mundial ese medio de identificación se denomina *firma electrónica* porque implica el uso de medios electrónicos para la misma finalidad de identificación a distancia.

El hecho de que la trasmisión de los documentos electrónicos pueda realizarse a través de redes telemáticas cerradas o abiertas, en las que la información se transfiere en paquetes separados y por diferentes vías, brinda un nivel de seguridad adecuado, equivalente al que aporta la trasmisión del documento en papel.

Si bien existían algunas normas que regulaban la materia en cuestión, la primera ley especial es la 18600, de 21 de setiembre de 2009, en la que se definieron legalmente el documento y la firma electrónicos y se reguló su uso general en Uruguay.

Según esta ley, el «documento electrónico o digital» es la «representación digital de actos o hechos, con independencia del soporte utilizado para su fijación, almacenamiento o archivo», y tiene el mismo valor probatorio y los mismos efectos jurídicos que un documento escrito (artículo 4).

El decreto reglamentario 436/2011 regula estrictamente la actividad de quienes están encargados de la distribución de los certificados electrónicos que permiten realizar la firma electrónica avanzada.

Como la mayoría de las leyes de los distintos países, la ley 18600 distingue dos tipos de firma. Uno es la *firma electrónica,* que se puede realizar por diversos medios: una contraseña de acceso a un sitio en internet, elementos biológicos como la huella digital —utilizada, por ejemplo, para controlar el ingreso de personas a lugares de acceso controlado o restringido o para la recepción del papel nominativo notarial— u otros medios que ofrecen ciertas garantías de identificación de las personas.

Este tipo de firma electrónica se define en el inciso J del artículo 2 de la ley como «datos en forma electrónica anexos a un documento electrónico

o asociados de manera lógica con el mismo como medio de identificación». Su valor probatorio es el de una firma manuscrita estampada en papel, por lo que, en aplicación de las normas procesales, la ley se remite implícitamente al artículo 170 y siguientes del Código General del Proceso en la expresión: «en caso de ser desconocida, corresponde a la otra parte probar su validez» (artículo 5, ley 18600).

El otro tipo de firma en el medio electrónico es la *firma electrónica avanzada,* una especie de firma electrónica que, además de cumplir con los requisitos previstos en el apartado J, debe cumplir otros cinco que se establecen en el apartado K del artículo 2. Ellos refieren a aspectos técnicos complejos, como el sistema de criptografía asimétrica, compuesto por dos claves complementarias, y además una serie de requisitos técnicos de implementación de una infraestructura tecnológica especial denominada Infraestructura de Clave Pública (PKI). Todos estos requisitos en Uruguay están determinados y controlados por la Unidad de Certificación Electrónica (UCE), organismo desconcentrado y con autonomía técnica que integra la AGESIC.

La firma electrónica avanzada implica un procedimiento más seguro y confiable y, en consecuencia, no solo asegura desde el punto de vista técnico la identidad del sujeto que firma electrónicamente —es decir, el que aplica su propio dispositivo de firma al documento respectivo (lo que realiza mediante un *clic*)—; también previene contra la aceptación de documentos que hayan sido alterados en el tránsito en la red, dado que, si así ocurrió, el sistema informático advierte a quien visualiza o recibe el documento alterado, con lo que le permite evitar aceptación de documentos falsificados.

Respecto al valor probatorio, teniendo en cuenta el mayor nivel de seguridad con relación a la identificación de la persona, la ley le otorga a la firma electrónica avanzada la validez de una firma autógrafa consignada en documento público o en documento privado con firmas certificadas, por lo que dicha firma no puede desconocerse en juicio, y en caso de falsificación debe recurrirse al procedimiento más complejo de *tacha de falsedad* establecido en el Código General del Proceso (CGP).

El documento electrónico privado con firma electrónica avanzada, respecto a la autenticidad de la firma, tendrá igual valor probatorio que el documento público o el documento privado con firma certificada, con las salvedades de la fecha y demás, según se establece más adelante. Por ello, en caso de desconocimiento irá al procedimiento especial y más complejo de *tacha de falsedad,* regulado en el CGP para la impugnación de estos dos últimos tipos de documentos (artículo 6 de la ley 18600, último apartado).

Si bien la firma electrónica avanzada por sí sola no acredita la fecha en que fue estampada, la fecha podrá estar comprobada por distintos procedimientos de diferentes niveles de seguridad, según los casos. Desde el punto de vista tecnológico existe un procedimiento de fechado electrónico seguro que la ley 18600 define como conjunto de datos electrónicos usados para

determinar el momento de la firma (artículo 2, inciso J), procedimiento que para dar valor probatorio a la fecha del documento electrónico debe estar emitido también por un *prestador de servicios de certificación* (PSC) acreditado (artículo 6, apartado final, de la ley).

Si el documento electrónico firmado con firma electrónica avanzada no tuviera este sello de tiempo ni fuera validado en línea por algún otro sistema, se presentará un caso especial en que, si bien el documento tiene valor de documento público y su firma también, no tendrá ese valor respecto a la fecha, que habrá de probarse por otros medios. De lo contrario se genera una incertidumbre jurídica al respecto, cuyas consecuencias dependerán del documento electrónico así firmado.

Para realizar la firma electrónica avanzada el firmante debe tener un componente informático —*dispositivo, token g, chip* (artículo 2, inciso F, de la ley 18600)—, que es un soporte físico o *hardware* que contiene los *datos de creación de firma* que le permiten a su titular aplicar esos datos al documento electrónico o anexarlos a él, para que el documento se considere firmado.

Los datos de creación de firma (artículo 2, inciso D, de la ley 18600) son datos únicos para cada persona, «tales como códigos o claves criptográficas privadas que el firmante utiliza para crear la firma electrónica». Se distribuyen mediante certificados electrónicos (artículo 2, incisos B y C). Por razones de seguridad de las claves, estos certificados tienen un período de validez que en Uruguay oscila entre uno y dos años, al cabo del cual es necesario renovarlo o adquirir otro certificado que tendrá nuevas claves.

Los certificados electrónicos que permiten firmar son documentos electrónicos expedidos y distribuidos por PSC (artículo 2, inciso M), que pueden ser personas físicas o jurídicas, nacionales o extranjeras. Dichos certificados tienen un formato estándar cuya visualización en pantalla es consensuada en el ámbito internacional por el sector técnico informático, que determina su contenido, su forma y los niveles de seguridad a escala mundial.

Las claves[43] son generadas aleatoriamente mediante un sistema informático que el PSC adquiere. Estos sistemas suelen ser creados por empresas especializadas en seguridad informática, que los comercializan en el mercado. Los PSC compran estos sistemas informáticos, generan con

43 El sistema consta de dos claves relacionadas entre sí, que son únicas por persona. Una es la clave pública, que debe poder conocer cualquier persona, y otra es la clave privada, que no la conoce ni la persona a quien pertenece. Las claves se guardan en un dispositivo (*token* o *chip*) separado de la PC, y la clave privada no sale de ese dispositivo ni se guarda en ningún otro lugar, por razones de seguridad. Lo que tiene la persona titular es una *clave de acceso* al dispositivo, que le permite usar las claves pero no conocer la clave privada. Si olvida su clave de acceso al dispositivo, que no la debe tener nadie más que él y no debe ser fácil de averiguar, pierde la posibilidad de usar su firma electrónica avanzada y debe adquirir otro certificado. Esto se hace por su propia seguridad, para que nadie pueda firmar por él.

ellos las claves y las distribuyen en certificados electrónicos estándar, que forman parte del sistema adquirido. Dichos PSC deben ser de confianza de quien les solicita su certificado para firmar y de quien recibe un documento firmado con un certificado emitido por ese PSC.

El valor y la importancia de estos certificados es que dan «fe del vínculo entre el firmante o titular del certificado y los datos de creación de firma electrónica»,[44] es decir, acreditan quién es la persona habilitada para aplicar esos datos a un documento para que este se considere firmado por esa persona, de la misma manera que si se tratara de un documento en papel.

La función principal de los PSC es generar las claves en un soporte físico, mediante el sistema informático seguro y la distribución de los certificados que contienen las claves que permiten firmar. Son responsables civil y patrimonialmente de distribuir, controlar y administrar los datos de creación de firma de cada persona y sus certificados, para que sus claves sean únicas, irrepetibles, invulnerables, veraces y se encuentren vigentes, es decir, tengan la seguridad informática necesaria.

Los PSC deben llevar y mantener al día una lista de certificados revocados por distintos motivos, accesible para que los usuarios puedan consultarla a los efectos de no aceptar firmas cuyos certificados pudieran haber sido revocados aun antes del vencimiento del plazo, por diferentes razones (hurto, pérdida, extravío, fallecimiento, orden judicial, etcétera).

En Uruguay, para que la firma electrónica sea avanzada, no solo se requiere un certificado electrónico, sino que este debe ser un «certificado reconocido» (artículo 2, inciso C, de la ley 18600), o sea, un certificado electrónico emitido por un PSC acreditado ante la UCE. Si el PSC no está acreditado ante la UCE, la firma electrónica que se puede realizar con ese certificado electrónico que emite no es firma electrónica avanzada, y por tanto no tiene los mismos efectos ni la misma seguridad jurídica (artículos 5 y 6 de la ley 18600). La UCE establece un control estricto de los PSC; no solo está facultada para acreditar, sino para controlarlos en el desarrollo de su actividad mediante fijación de estándares técnicos, auditorías, sanciones, etcétera. Para saber si un PSC está autorizado, se accede al sitio web de la UCE: ‹www.uce.gub.uy›.

Cada uno de los PSC tiene a su vez un certificado electrónico emitido por la Autoridad Certificadora Raíz Nacional (ACRN), que tiene el Certificado Raíz Nacional (único), vértice y primer nivel de la estructura jerárquica y primera autoridad de la cadena de certificación en Uruguay, que se encarga de emitir, distribuir, revocar y administrar los certificados de los PSC de certificación. Estos constituyen el segundo nivel de la cadena de confianza y son los que emiten certificados electrónicos reconocidos a los

44 Artículo 2, incisos B y C.

usuarios finales, quienes se encuentran en el tercer nivel de esta cadena.[45] La ley 18600 (artículo 15) designó ACRN a la AGESIC.[46] [47] Esta cadena de confianza es también una cadena de responsabilidad a la que el usuario, en caso de incumplimiento del PSC, puede reclamar contractual o extracontractualmente (artículos 18 a 20 de la ley 18600).

III. Firma electrónica avanzada notarial

1. La nueva acordada. Aspectos formales

El artículo 7 de la ley 18600, referido exclusivamente a la función notarial, constituye la habilitación imprescindible, en una profesión que es reglada por ley, para el uso de estas herramientas en su ejercicio. Dicho artículo autoriza expresamente el uso de documentos electrónicos y firma electrónica avanzada en la función notarial, de conformidad con la reglamentación que establezca la Suprema Corte de Justicia (artículo 2, inciso K, de la ley). La acordada 7831 cumple ese mandato legal.

El artículo 10 de la misma norma establece que, en caso de que la Suprema Corte no se constituya en PSC, los certificados reconocidos, expedidos por un PSC acreditado ante la UCE, tendrán plena validez y eficacia para ser utilizados en el ejercicio de las profesiones de escribano, abogado y procurador.

Como surge del sitio de la UCE, los únicos PSC acreditados son El Correo, Abitab y el Ministerio del Interior; por consiguiente, dado que la Suprema Corte de Justicia no se constituyó en PSC acreditado, a la fecha cualquiera de los tres acreditados está habilitado por la ley para emitir certificados para escribanos, aunque en la práctica por el momento se usan los dos primeros, por razones operativas (como que el dispositivo de almacenamiento de los datos que permiten realizar la firma del último se almacena en un *chip* en documentos de identidad que recién se han

45 Puede existir un tercer nivel intermedio que opera como agente o autoridad de registro de los PSC, quien en ese caso les emite certificados reconocidos para que estos a su vez sean los que emiten los certificados electrónicos reconocidos a los usuarios finales, quienes quedan así en cuarto lugar.

46 En otros países —como Argentina, Japón o Estados Unidos—, este tipo de firma más seguro que requiere un sistema de prestadores de servicios de certificación y claves criptográficas se denomina *firma digital*. En muchos de ellos a los PSC se los denomina *autoridades certificantes*.

47 AGESIC es el órgano desconcentrado de Presidencia de la República con autonomía técnica que lidera el proceso de gobierno electrónico. Entre sus múltiples funciones se cuenta la de asesorar al Poder Ejecutivo en materia de nuevas tecnologías y en el desarrollo de políticas en materia de gobierno electrónico y sociedad de la información y del conocimiento, dictar normas técnicas, fiscalizar y auditar su cumplimiento, planificar y ejecutar proyectos de gobierno electrónico. Entre las disposiciones que le hay otorgado funciones y atributos, la ley 18600 le dio la calidad de Autoridad Certificadora Raíz Nacional.

comenzado a distribuir y que además requieren otro tipo de elementos técnicos para su uso y lectura).

Con fundamento legal en los mencionados artículos 7 y 10 de la ley 18600, el capítulo III de la acordada 7831, en los artículos 303 a 316, regula el uso de dos tipos determinados de documentos notariales: traslados y certificados notariales electrónicos. Se excluyen los registros notariales: actas notariales y protocolo y sus primeras o ulteriores copias o testimonios de protocolización.

Desde el punto de vista formal, no estamos ante un nuevo Reglamento Notarial, sino que las modificaciones se presentan en un nuevo título que se incorpora al Reglamento Notarial vigente, aprobado por acordada 7533, de 22 de octubre de 2004, como título VII, denominado «Uso de la firma electrónica avanzada notarial». Este método permite visualizar claramente y de manera unificada los aspectos tecnológicos incorporados y las normas vigentes a las que se agregan.

El título VII se divide en tres capítulos. El primero regula el uso de firma electrónica por el escribano. El segundo refiere al tipo de soporte especial que la acordada denomina *soporte electrónico notarial,* que se crea a los fines de que el escribano pueda realizar y firmar los documentos electrónicos de su función y que sustituirá, solamente para los documentos notariales electrónicos, al papel notarial nominativo de actuación, único en el que hoy realiza los documentos de su función, y el tercero a los tipos de documentos notariales que el escribano podrá hacer en dicho soporte.

El tercer capítulo de la acordada refiere a los dos únicos tipos de documentos electrónicos que podrá realizar el escribano en el ejercicio de su función: traslados notariales electrónicos y certificados notariales electrónicos. Entre estos últimos quedan comprendidos los certificados notariales de situaciones de bienes o personas y de conocimiento del autorizante y las certificaciones de firmas.

De lo expuesto surge que quedan excluidos de las disposiciones de este título VII el protocolo, el registro de protocolizaciones y sus primeras o ulteriores copias o testimonios de protocolización, que continuarán redactándose en el papel notarial nominativo de actuación.

2. Cambios y permanencias

Conviene aclarar que no abarcamos en este trabajo el contenido de la función notarial, ni los requisitos formales que debe cumplir el escribano en el ejercicio de su función, los cuales no se modifican por las TIC, como lo expresa claramente el artículo primero de la ley 18600.

De acuerdo a la ley 18600 y la acordada 7831, las modificaciones no refieren a los controles que son competencia privativa del escribano, como los referidos a la capacidad, consentimiento, objeto y causa de los contratos o actos en los cuales interviene por ley.

Estos son elementos esenciales para la validez de los contratos, sin los cuales se produce una nulidad absoluta, y deberá continuar controlándolos en su totalidad el escribano actuante, así como también deberá cumplir los requisitos de solemnidad que correspondan a cada acto. El uso de la firma electrónica avanzada notarial y el uso de la firma electrónica avanzada por las partes no lo exonera del control notarial habitual.

En especial, en los casos de certificación de firmas electrónicas de los declarantes o de las partes en su presencia, que veremos, la firma electrónica avanzada de las personas que otorguen ante él un documento electrónico no lo exonera del control del debido consentimiento y capacidad de las partes para el acto o contrato que se realiza. Se acumulan a los controles habituales los relativos a la firma electrónica de las partes, establecidos en la ley y las disposiciones de la UCE y de la acordada 7831.

Además, las modificaciones no se refieren a aspectos formales que regula el derecho notarial y solemnidades como lo expresa asimismo el artículo 1.º de la ley 18600, por lo que sus principios y requisitos siguen aplicándose también en el ámbito electrónico.

Desde el punto de vista formal, como ya dijimos, el protocolo y el registro de protocolizaciones continuarán redactándose en el papel notarial nominativo de actuación.

La acordada tampoco habilita la expedición de primeras o ulteriores copias de escrituras públicas o primeros o ulteriores testimonios de protocolizaciones en documento electrónico notarial (artículo 303).[48] Estos deberán continuar emitiéndose en soporte papel notarial nominativo de actuación, como hasta ahora, y seguirán siendo los únicos documentos acreditativos de los derechos y obligaciones que contienen y los únicos que permiten el ejercicio de dichos derechos.

Lo que habilita a expedir paralelamente a los existentes son traslados electrónicos con determinadas finalidades y certificados electrónicos, como veremos.

Los documentos electrónicos que habilita la acordada serán sí de suma utilidad en el aceleramiento y la facilitación de las gestiones ante diversos organismos públicos o privados o cualquier particular, ante los cuales se requiera la presentación de documentos notariales a efectos de contralores registrales o fiscales, siempre que dichos organismos requieran la presentación electrónica de estos documentos, lo cual se puede hacer desde el 1 de junio de 2015, fecha de vigencia de la acordada.

48 Artículo 303: «Sin perjuicio de las copias de escrituras públicas, de los testimonios de protocolizaciones y de los testimonios por exhibición que los Escribanos Públicos expiden de acuerdo con lo dispuesto en el Decreto-Ley 1421, leyes modificativas y concordantes y el Reglamento Notarial, que llevarán su firma autógrafa, podrán expedir copias de escrituras, testimonios de protocolizaciones y testimonios por exhibición en forma electrónica, los que autorizará mediante la utilización de su firma electrónica avanzada».

De esta manera también serán útiles a la conservación y el resguardo de las primeras o ulteriores copias de escrituras o primeros o ulteriores testimonios de protocolización, evitando los riesgos que implica su traslado físico a diversos lugares y por diversas personas, ya sea de pérdida, extravío, deterioro, hurto, adulteración, violación de la reserva de su contenido u otro que pueda suceder en el tránsito físico de dichos documentos.

La aparición de esta nueva copia notarial electrónica ha sido estudiada en la doctrina del notariado de tipo latino, especialmente en el notariado español, y algunos autores entienden que esta copia notarial electrónica viene a ser una especie de *copia simple* —lo que con la misma denominación circuló hace bastante tiempo también en el ámbito uruguayo, expedida en hoja blanca de papel que llevaba la firma y el sello del escribano—. Es decir, esta vendría a ser una especie de *copia simple electrónica,* útil para las gestiones notariales ante particulares y oficinas, pero que claramente no sustituye primeras copias ni primeros testimonios como título acreditante para realizar actos o negocios jurídicos.

Las modificaciones refieren exclusivamente a los documentos y firmas electrónicos que el escribano puede hacer en el ámbito electrónico, y lo que se regula son aspectos prácticos y relativos a los nuevos elementos técnico-informáticos, referidos muchos de ellos en la ley 18600. A las exigencias de la ley 18600, la acordada agrega algunas obligaciones reglamentarias que debe cumplir el escribano.

También la acordada agrega sanciones disciplinarias a las sanciones legales que se producen por incumplimientos de la ley y de alguna disposición especial de la acordada, como veremos.

De acuerdo a lo dispuesto por la ley 18600, el escribano deberá controlar en el acto de firma el uso legítimo, pertinente y adecuado de los elementos electrónicos correspondientes a las firmas electrónicas avanzadas de las partes, a saber: sus certificados electrónicos, su correspondencia con la identidad del titular, su vigencia y la capacidad para el acto en el momento de la firma, ya que el PSC realizó sus controles al darle el certificado electrónico, pero no posteriormente, durante todo el plazo de vigencia de dicho certificado.

Asimismo, deberá controlar en el caso de los poderes los requisitos que habitualmente controla: facultades suficientes para el acto, los certificados electrónicos que permiten firmar, si el poder habilita la representación electrónica y su vigencia, así como la del certificado electrónico del firmante en el momento en que la persona firma el documento electrónico respectivo. Además, en caso de que se trate de la firma electrónica de un representante de una persona física o jurídica en representación de otra persona física o jurídica, realizar los controles respectivos y los de la firma electrónica avanzada de las partes.

También deberá controlar el escribano el cumplimiento del resto de los elementos esenciales para actos y contratos, de modo que no adolezcan de nulidades absolutas, es decir, que no existan vicios del consentimiento

tales como error, violencia o dolo; deberá realizar el control de capacidad del firmante, no solo la capacidad general sino también con relación al acto específico de que se trate, y, cuando corresponda, el objeto lícito y suficientemente determinado y la causa lícita y suficiente que permita el otorgamiento de un contrato válido.

Las modificaciones refieren a la ampliación del ámbito de aplicación de la función e incumbencias notariales al ámbito electrónico, y permiten la redacción de documentos electrónicos, la certificación de firmas electrónicas avanzadas de las partes, comunicaciones, envío y recepción de documentos vía electrónica. Esto permitirá al escribano acompasar el movimiento general del país hacia el gobierno electrónico y la sociedad de la información y el conocimiento, acelerar sus trámites ante los organismos públicos y particulares, ahorrar tiempos, acelerar y mejorar la función pública que brinda, contribuyendo a descongestionar y perfeccionar el proceso burocrático en general y abaratando costos.

No se altera la función asesora, formativa y autenticante de la voluntad de las partes, cuyo contenido permanece incambiado, salvo la ampliación de la posibilidad de uso de estos medios electrónicos para realizar dicha función formativa y asesora a través de ellos, por el principio de equivalencia funcional y la libertad de formas que rige para dichos aspectos de la función notarial.

Es de hacer notar que las TIC ya son utilizadas para diversas actividades de su competencia profesional, en su relación con diversas oficinas públicas y privadas o particulares, incluso para el asesoramiento profesional a sus clientes, con gran utilidad, dada la facilidad que proporciona al escribano el acceso en línea a múltiples bases de datos jurídicas de todo el mundo, incluidas por supuesto las nacionales de legislación y decretos del Poder Legislativo, Presidencia y el Poder Judicial.[49] [50]

3. Regulación de uso de la firma electrónica avanzada notarial

El uso de la firma electrónica avanzada por el escribano se encuentra expresamente regulado por los artículos 291 a 296. Dicha regulación remite a su marco legal las restricciones y particularidades que se especifican en el capítulo I de la acordada.

49 Asimismo, el uso del sistema de domicilio electrónico obligatorio, recepción de notificaciones electrónicas y preingreso «vía web service» de expedientes en el Poder Judicial, sistema que constituye un importante aporte a la precisión, agilidad y efectividad del sistema judicial.

50 También el acceso a través de internet a artículos doctrinarios y jurisprudenciales, libros electrónicos, información sobre cursos de especialización a distancia, incluidos los que se dictan habitualmente desde la Asociación de Escribanos con difusión al colectivo de todo el país.

Por un lado se habilita el uso de la firma electrónica avanzada por el escribano, que, como vimos, es la firma electrónica que ofrece el mayor nivel de seguridad técnica y operativa (artículo 291). Por otro lado se restringe al escribano el uso de firma electrónica común, al disponer que la firma electrónica avanzada será «La única firma electrónica que podrá utilizar el Escribano Público en el ejercicio de su profesión».

El mencionado «ejercicio de su profesión» comprende los dos tipos de documentos notariales electrónicos admitidos por la acordada: traslados notariales electrónicos y certificados notariales electrónicos. Estos no podrán ser emitidos si no es en soporte electrónico notarial con firma electrónica notarial avanzada.

También quedan comprendidas en el uso obligatorio de la firma electrónica avanzada ciertas incumbencias notariales, por disposición expresa: «Cuando el Escribano deba remitir vía telemática documentos electrónicos a efectos de hacer segura la trasmisión el correo deberá ser firmado con su firma electrónica avanzada» (artículo 296).

En esta obligación de firmar el correo con firma electrónica avanzada que exige el artículo 296, cuando el escribano envía documentos electrónicos adjuntos, quedan comprendidos los envíos de traslados notariales electrónicos a que se refieren los artículos 304, 306 y 307, es decir, firmar con firma electrónica avanzada los correos electrónicos en los que se adjuntan respectivamente: a) las copias electrónicas de primeras o ulteriores copias expedidas en papel y testimonios de protocolizaciones electrónicas de primeros o ulteriores testimonios a enviar a distintos organismos mencionados en el artículo 304 (poderes del Estado, Tribunal de Cuentas, Tribunal de lo Contencioso Administrativo, etcétera) y personas que tengan interés legítimo a juicio del escribano; b) los testimonios por exhibición regulados por la ley 16266 (artículo 306), y c) los documentos electrónicos remitidos por vía telemática a los registros respectivos para la inscripción de los actos y negocios jurídicos en ellos contenidos (307).

La obligatoriedad del artículo 296 respecto al uso de firma electrónica avanzada en los correos electrónicos que tiene el escribano no incluye el caso de comunicaciones notariales que el escribano realice por correo electrónico en las que no se adjunten documentos notariales electrónicos, relacionadas con otras de sus incumbencias notariales, como comunicaciones sin documentos adjuntos con sus clientes u otras partes de actos y negocios jurídicos a través de correo electrónico, información de impuestos que corresponda pagar, tratativas, gestiones ante diferentes instituciones u oficinas.

Entendemos que esto no quiere decir que algunas actividades —por ejemplo, envío de comunicaciones a sus clientes o terceros, algunos tipos de tratativas u otros envíos por correo electrónico— no pueda realizarlas el escribano con su firma electrónica avanzada y solo pueda firmarlas con su firma electrónica común.

Pero si tales comunicaciones o tratativas pudieran aparejar conflictos posteriores que requirieran una prueba segura y fueran presentados los

correos electrónicos como medio de prueba, sin la firma electrónica avanzada no serían plena prueba, como sí lo serían si hubieran sido firmados con la firma electrónica avanzada, como ya se expresó.

Por tales motivos, y por la facilidad de que no hay límite en la cantidad de veces que se usa el dispositivo para firmar, siempre que se encuentre dentro de los límites de vigencia, posibilidades técnicas y demás requisitos, es que entendemos que, sin perjuicio de la posibilidad de que el escribano evalúe en ciertas oportunidades en que la firma electrónica avanzada del correo y sus adjuntos no le es exigida por ley, la acordada o el organismo o receptor, conviene el uso generalizado de este tipo de firma electrónica más segura.

Se debe cumplir con mantener un nivel de seguridad informática coherente con una profesión que tiene como uno de sus cometidos principales brindar seguridad preventiva en el ámbito jurídico. Por otra parte, dicha opinión resulta coherente con la obligación genérica establecida en el artículo 295, que comentaremos más adelante.

El artículo 292 reitera las obligaciones legales de cualquier persona que tiene un certificado electrónico que le permite firmar con firma electrónica avanzada: responsabilidad en el uso personal de su firma y del dispositivo electrónico que permite utilizar las claves criptográficas con las que firma documentos electrónicos.

El artículo 293 agrega a las obligaciones legales (artículo 26 ley 18600) de comunicar pérdida, uso indebido, deterioro, hurto o destrucción del dispositivo de firma, la obligación del escribano de comunicar además a la Suprema Corte y a la Caja Notarial «cualquier uso indebido, pérdida, hurto, destrucción o deterioro eventual del dispositivo que contiene su certificado electrónico, o cualquier otra circunstancia que pueda haber comprometido la clave privada y/o el uso del dispositivo detallando las circunstancias en que se produjo el hecho […]».

Todo ello sin perjuicio de las obligaciones de cualquier persona firmante o signataria, establecidas en el artículo 26, apartados B, D y E, de la ley 18600, que obligan a «B) Mantener el control exclusivo de los datos de creación de firma electrónica avanzada, no compartirlos e impedir su divulgación. […] D) Solicitar la revocación de su certificado reconocido al prestador de servicios de certificación acreditado ante cualquier circunstancia que pueda haber comprometido la privacidad de sus datos de creación de firma. E) Informar sin demora al prestador de servicios de certificación acreditado el cambio de alguno de los datos contenidos en el certificado reconocido que hubiera sido objeto de verificación».

Las graves sanciones disciplinarias que el artículo 294 agrega al escribano sujeto del incumplimiento de la observancia del anterior como falta muy grave y sancionada según el título V, capítulo II, del Reglamento Notarial, que refiere a suspensiones o inhabilitaciones, se corresponden con el tipo de obligación de que se trata y los perjuicios que puede ocasionar al propio titular del certificado o a terceros el no conocer a tiempo que el

dispositivo ha sido extraviado, hurtado o entregado a terceros y comunicada su contraseña de acceso por el escribano.

Si bien el sistema es seguro, las mencionadas situaciones podrían llegar a ocasionar el uso de la firma electrónica avanzada del escribano por un tercero, con graves consecuencias. Lo que requieren los artículos anteriores del escribano es realizar la denuncia inmediatamente ocurridos los hechos para poder revocar el certificado a tiempo. Denunciar de inmediato al PSC correspondiente permite la revocación inmediata del certificado, antes de que pueda ser usado por otras personas que no sean su titular.[51]

En caso de que el propio escribano sea quien dé el dispositivo y su contraseña, este es un acto de transgresión de normas legales y reglamentarias que debe ser sancionado por los mismos motivos anteriores, agravados por el acto voluntario del profesional.

En cuanto a la seguridad en la trasmisión telemática, el decreto 92/2014, anexo II en especial, en cumplimiento del decreto 452/2011, que establece el sistema de seguridad nacional, fija reglas para el envío de correos electrónicos seguros en el ámbito de la Administración Central, preservando la confidencialidad en la red, requerida por la ley 18331.

Mediante el uso de las claves criptográficas contenidas en el dispositivo de firma (*token*) es posible también *encriptar* el mensaje para impedir su lectura por terceros durante el tránsito en la red, de manera que solo pueda hacerlo el destinatario del correo electrónico.

El mismo fin persigue la trasmisión a través de un canal seguro, como es el sistema establecido por el Banco Central de acuerdo a la ley 19210, o el propio sistema de la Caja Notarial, en que el escribano realiza su documento notarial electrónico, o la instrumentación de algún método que se pudiera utilizar para lograr correos seguros, sin otro tipo de riesgos respecto a la recuperabilidad de la información.[52]

En ese sentido, el artículo 296, ya comentado, cumple y reafirma lo dispuesto en el artículo anterior al exigir en un caso concreto la remisión vía telemática de documentos electrónicos y ordenar que «a efectos de hacer segura su trasmisión el correo deberá ser firmado con su firma electrónica avanzada».

Esta actividad del envío, como mencionamos, no es parte de la función notarial estricta, pero se torna de gran relevancia en el medio electrónico.

51 Este aspecto, entre otros, está regulado detalladamente en las políticas de certificación de la UCE.

52 Dado el alto grado de desarrollo de la organización del notariado en el país a través de la Asociación de Escribanos del Uruguay, consideramos que este sería un tema a tener presente, sobre todo para coordinar y cooperar con el cumplimiento de esta norma en la implementación por el colectivo notarial, mediante acuerdos o convenios, aunque no son excluyentes. Nos parece que este enfoque beneficiará a todo el gremio, como lo han hecho otros notariados de distintos países. A nuestro juicio, la capacitación que al respecto se está desarrollando desde Asociación de Escribanos del Uruguay es una medida práctica adecuada al momento.

Requiere la participación notarial y las medidas técnicas de seguridad que se deben implementar, que sumadas al uso de firma electrónica avanzada por el escribano podrán aportar un nivel adecuado.

Es importante reiterar que el uso de la firma electrónica avanzada notarial será obligatorio en dos casos: documentos notariales electrónicos y correos en que el escribano realiza la remisión vía telemática de documentos electrónicos (297 y 296). Creemos que su uso adecuado podrá difundirse rápidamente con la comunicación a través de las redes telemáticas.

El aceleramiento de los procesos es un objetivo que permitirá facilitar las gestiones. Un caso frecuente de uso notarial como parte del proceso de cambio podría ser el envío de las minutas electrónicas a los Registros y las declaraciones juradas a presentar ante la Dirección General Impositiva, entre otras, para el pago del impuesto a las trasmisiones patrimoniales y el impuesto a la renta de las personas físicas firmados con firma electrónica avanzada notarial. El pago a través de dinero electrónico y este proceso acelerarían y facilitarían la realización de estas incumbencias notariales.

IV. Aspectos técnicos. Seguridad informática

1. Sistema informático

El artículo 295 contiene una previsión genérica importante para la actividad notarial que exige a los escribanos la implementación de «sistemas informáticos seguros y confiables» para la «emisión, comunicación, trasmisión, recepción, conservación y archivo» de los documentos notariales electrónicos que autoricen. Todo ello con «un nivel de seguridad tecnológica alineado al nivel de seguridad jurídica que aporta su intervención».

Al aumentarse los riesgos por el uso del medio telemático, se pretende que se utilice un nivel alineado a la función notarial, lo cual es aplicación del principio de equivalencia funcional que rige en materia de derecho informático, como lo establece la ley 18600.

La mayoría del gremio ya desde hace años utiliza las TIC en el ejercicio de su profesión, redacta documentos, que a veces guarda en la computadora o en memorias externas, los envía a las partes o a terceros, realiza gestiones y trámites vía internet y un amplio uso de las herramientas informáticas. Pero, dado el aceleramiento con que se han impuesto las TIC en el mundo, es público y notorio que las personas en general no han tomado precauciones respecto a la seguridad de estas herramientas.

Desde el punto de vista informático, «contar con sistemas seguros y confiables» requiere un alto nivel de seguridad, que implica tomar máximas medidas al respecto mediante políticas generales que establezcan los requisitos adecuados a la función. La acordada refiere expresamente a este nivel, ya que obliga a que los sistemas informáticos de los escribanos

«tengan un nivel de seguridad tecnológica alineado al nivel de seguridad jurídica que aporta su intervención».

La confianza a nivel informático está dada por una serie de elementos regulados por normas y estándares técnicos que refieren a las diferentes capas que lo integran, una de las cuales es la capa documental. El cumplimiento de los requisitos técnicos en cada capa del sistema y sus componentes implica la instrumentación y el uso de medidas de seguridad que deberán tomar los escribanos para cumplir la norma. Algunas de ellas ya se han ido tomando gradualmente, como la de los respaldos externos de los documentos notariales, y es preciso tener en cuenta la obsolescencia tecnológica natural, que ocasiona pérdidas importantes, y también la aplicación de los criterios archivológicos necesarios para la organización de los documentos notariales.

Dado que se trata del ejercicio de una función pública, entendemos que corresponde tener en cuenta los lineamientos de las políticas de seguridad de la Administración Pública a que refiere el decreto 452/2009 y sus disposiciones derivadas en lo atinente a documentación, metadatos, etcétera.

Respecto a la documentación específicamente, el decreto 83 del 2001, vigente a la fecha, es una disposición a tener en cuenta en lo que sea aplicable actualmente respecto a la conservación de documentos electrónicos.

También habrá que ir incorporando en el proceso normas técnicas internacionales relativas a los documentos electrónicos, cubriendo todo el proceso de vida de estos: recepción, almacenamiento, archivo, trasmisión y, en su caso, adecuada destrucción.

Teniendo en cuenta lo expuesto, contamos hoy con un elemento fundamental de seguridad informática preventiva: el denominado *soporte notarial electrónico,* creado especialmente y para uso exclusivo de los escribanos, excluyente de cualquier otro soporte para el ejercicio de la profesión en el ámbito electrónico, de cuya regulación, como hemos visto, se ocupa el capítulo II de la acordada 7831.

2. Soporte notarial electrónico

En lo que respecta a documentación en papel, la función notarial se realiza obligatoriamente en un papel especial, que hoy es el papel notarial nominativo de actuación. El escribano no puede usar otro tipo de papel para las actuaciones de dicha función, con excepción de las incumbencias tales como la presentación de escritos ante el Poder Judicial en los casos de jurisdicción voluntaria para los cuales está habilitado.

Este papel tiene altos niveles de seguridad física, que se han ido agregando a medida que los riesgos han aumentado, a los fines de evitar su adulteración. Es nominativo y numerado, controlado estrictamente en su producción y distribución por la Caja Notarial de Jubilaciones y Pensiones. Estos elementos, reunidos, individualizan al autor cierto de un modo seguro y confiable.

Desde la introducción del uso de las computadoras es habitual que se utilice un borrador o proyecto de documento notarial realizado en soporte electrónico, en computadora, antes de imprimir en el papel nominativo notarial de actuación, a fin de evitar errores u olvidos de momento, en especial en los documentos de mayor longitud. Este borrador o proyecto es un documento electrónico, aunque no puede ser un documento notarial electrónico en su definición estricta, por cuanto no está asentado en soporte notarial electrónico ni lleva la firma electrónica avanzada notarial del escribano, situación que habilita ahora la acordada.

Al autorizarse en la nueva acordada el uso de documentos electrónicos en la función notarial, se crea este soporte electrónico, a los efectos de conservar un nivel de seguridad tecnológico similar al que tiene el soporte papel y en cumplimiento del artículo 295 de la acordada, como sistema informático confiable, alineado a la seguridad jurídica que brinda la función notarial.

El soporte notarial electrónico es fruto de un programa de computación cuya creación estuvo a cargo de la División Informática de la Caja Notarial de Jubilaciones y Pensiones, como el equivalente del papel nominativo notarial de actuación. Este soporte está realizado en un formato especial no modificable, por lo cual el documento electrónico resultante, por sí mismo, es más seguro que el documento en papel, dado que evita posibles adulteraciones posteriores a su firma. Está regulado en el capítulo II de la acordada, que comprende los artículos 297 a 302.

Este soporte agrega niveles de seguridad importantes al documento electrónico notarial, que se suman a la seguridad brindada por el requisito imprescindible de la firma electrónica avanzada del escribano, que lo diferencian de otros documentos electrónicos mediante cuatro elementos principales: en primer lugar, por el hecho de su propia exclusividad, ya que solo los escribanos uruguayos podrán utilizarlo; en segundo lugar, por sus características de seguridad técnico-informáticas —entre otras, su diseño especial, incluso con un aspecto diferente, y el hecho de ser un soporte inmodificable luego de firmado—; en tercer lugar, porque todo el procedimiento de su realización se da dentro del sistema de la Caja Notarial, amparado en la protección de su sistema informático, y en cuarto lugar, por su conexión con la Suprema Corte de Justicia.

Este último elemento es una ventaja importante respecto a la posibilidad de que actúen escribanos que no estén habilitados por la Suprema Corte de Justicia por diferentes razones (jubilación, suspensión de actividades, sanciones), dado que existe conexión directa y en línea con la base de datos de la Suprema Corte que contiene dicha información. Esto asegura que el escribano está habilitado por la Corte al redactar y firmar el documento electrónico, pues ese control se realiza durante tres etapas del proceso de ingreso del escribano al sistema para realizar su documento notarial electrónico. Así también se controla el pago de los correspondientes aportes notariales, que podrán abonarse por medios electrónicos.

El procedimiento implementado y el uso de este soporte han sido explicitados ampliamente en los talleres que ha dictado la Caja Notarial al colectivo de escribanos, y son accesibles mediante un enlace desde el sitio de la propia Caja o desde el de la AEU, que redirige a la presentación. También la AEU, desde la promulgación de la acordada hasta la fecha, continúa ofreciendo diversos talleres presenciales en Montevideo y en el interior del país, que han sido difundidos a escala nacional a través del sistema *webex* y están disponibles a los socios en su sitio de internet.

Este soporte cumplirá la misma función que el soporte papel notarial de actuación, pero exclusivamente en el ámbito electrónico, mientras que el uso del papel nominativo de actuación permanecerá vigente para las actuaciones en papel.

Es obligatorio su uso para documentos notariales electrónicos, los que no podrán ser redactados en otros soportes electrónicos. Al igual que el soporte papel, es nominativo, numerado, de uso exclusivo del escribano a quien se adjudica, solo para el ejercicio de su función y solo puede ser utilizado para los documentos notariales electrónicos que autoriza la acordada (artículos 297, 298 y 300).

Al igual que el soporte papel, será la Caja Notarial de Seguridad Social la que administre, genere y emita el soporte electrónico. Así se mantiene el respaldo pertinente, a través de la implementación y el asesoramiento técnico-jurídico e informático de ese organismo (artículo 300).

El mismo artículo a continuación dispone: «La solicitud de emisión del Soporte Notarial Electrónico y la firma del documento notarial respectivo deberán hacerse dentro del mismo día».

Desde el punto de vista práctico, el escribano podrá preparar el borrador en la computadora hasta llegar a la versión definitiva o redactar el texto al acceder al sistema, a través de un enlace desde el mismo sitio en internet de la Caja Notarial que lo introduce en el programa. Previamente pagará sus aportes vía electrónica, de modo similar al pago de la tasa registral electrónica (*e-timbre*), copiará el documento que redactó en su computadora, lo *pegará* en el formato electrónico que le brindó la Caja Notarial y firmará el documento electrónico con su firma electrónica avanzada notarial, mediante su certificado electrónico reconocido.

La otra opción es redactar el documento dentro del sistema de la Caja, pero siempre debe tener en cuenta que una vez iniciado el procedimiento debe terminarlo y firmar electrónicamente el documento el mismo día. De lo contrario perderá lo hecho y deberá redactar el texto o agregarlo de nuevo, ya que el sistema de la Caja no guarda sus borradores. Conservará sí el aporte notarial realizado para una nueva actuación.

Tras redactar y firmar con su firma electrónica avanzada el documento, el escribano lo guardará en su computadora[53] y lo enviará a la oficina o

53 Entendemos que, si bien la guarda de los documentos es opcional, resulta muy conveniente, en especial en el caso de los documentos notariales electrónicos.

persona correspondiente adjuntándolo a un correo electrónico que deberá firmar también con su firma electrónica avanzada (artículo 296).

El artículo 301 limita el precio de venta del soporte notarial electrónico a los costos y exige rendición de cuentas periódica de la Caja a la Suprema Corte.

Se prohíbe a los escribanos y oficinas públicas admitir documentos en soporte notarial electrónico de los que no resulte el pago de aportes, lo que se cumple actualmente en el soporte papel (artículo 302).

Este soporte electrónico distinguirá claramente en el ámbito electrónico la actuación notarial de la actuación de cualquier otra persona, ya que será de exclusivo uso de los escribanos en ejercicio, con caracteres de seguridad especiales y, como dijimos, nominativo y numerado como el papel de actuación, con lo cual se advertirán fácilmente sus diferencias.

V. Documentos notariales electrónicos

1. Concepto. Legislación

Como expresa Couture, el documento es una representación de ciencia de una representación de conciencia. El documento electrónico cumple con estos atributos y así lo establece su propia definición legal en el artículo 2, inciso H, de la ley 18600: «Documento electrónico o digital: representación digital de actos o hechos, con independencia del soporte utilizado para su fijación, almacenamiento o archivo».

La definición legal responde al sentido estricto de documento electrónico, en la distinción realizada por Giannantonio entre sentido estricto y sentido amplio de documento electrónico. En el sentido estricto el documento electrónico o digital es el escrito en un lenguaje que solo entiende la máquina, que es el lenguaje de ceros y unos, es decir, dígitos binarios.[54] En el sentido amplio es toda comunicación de información en que se utilice el medio electrónico para su almacenamiento, conservación, envío o archivo.

Otros autores entienden que más que hablar de documento electrónico habría que referirse a *registro electrónico,* en tanto no es posible gestionar o utilizar el documento electrónico sin una serie de datos sobre él, denominados *metadatos,* y otros elementos, incluso requisitos de los aparatos físicos (*hardware*), en los que tiene que haber interoperabilidad a los efectos no solo de ubicarlo dentro del sistema, sino de poder acceder a él, verlo de manera inteligible.

Todo documento es un medio de trasmisión de una información a distancia a través del tiempo y del espacio. De los elementos que componen

54 Las máquinas utilizan para su comunicación un lenguaje especial: lenguaje binario, de ceros y unos. En este lenguaje está expresado el documento electrónico en sentido estricto. A los efectos de volcar la información en el periférico de salida —pantalla del computador— para que sea vista por el hombre, aquella es traducida a lenguaje humano.

la comunicación documental —autor, mensaje, canal de comunicación y receptor—, lo que cambia en el documento electrónico es el soporte material que lo contiene y el canal de comunicación. En lugar del papel se utiliza un soporte electrónico y los traslados físicos del papel por personas y transportes terrestres, marítimos o aéreos se sustituyen por las redes telemáticas que trasmiten la información de manera casi instantánea a todo el mundo, acelerando exponencialmente los procesos de comunicación.

Los documentos emitidos por el escribano en ejercicio de su función son documentos públicos regulados como tales en el artículo 1574[55] y siguientes del Código Civil uruguayo, por leyes y acordadas de la Suprema Corte, lo que es también aplicable a los documentos electrónicos notariales

El uso de documentos electrónicos en la función notarial está expresamente autorizado, como dijimos, por la ley 18600 en el artículo 7.

Este capítulo III de la acordada se divide en dos secciones: en la primera se regulan los traslados y en la segunda los certificados electrónicos, que son los documentos notariales electrónicos que la acordada habilita. Seguiremos en ese orden la exposición.

Es de tener en cuenta que de los documentos habilitados se encuentran operativos desde la vigencia de la acordada, el 1 de junio de 2015, los traslados por transcripción y los certificados de situaciones jurídicas o hechos conocidos por el escribano.

No se encuentran operativos a la fecha de redacción del presente los traslados de documentos electrónicos por imagen (escaneado u otro) ni la certificación del otorgamiento de actos y negocios jurídicos ante el escribano. El hecho responde a principios aplicables en la implantación de sistemas informáticos: gradualidad, escalabilidad, modularidad, en función de criterios de la seguridad y oportunidad requeridos según cada caso concreto.

2. Traslados notariales electrónicos

Los traslados notariales son instrumentos públicos: copias y testimonios, regulados por el capítulo III de la acordada 7533 vigente. Los traslados electrónicos que regula esta acordada 7831 no sustituirán los traslados notariales en papel originales, tales como primeras copias o testimonios de escrituras y protocolizaciones, ni podrán cumplir la misma función que estos, que seguirán siendo exigibles como acreditantes de derechos y

55 El artículo 1574 del Código Civil define los instrumentos públicos destacando la función (instrumental) que cumplen con relación a la realización de un fin, que no es el mismo documento sino el contenido que representa:
«Instrumentos públicos son todos aquellos que, revestidos de un carácter oficial, han sido redactados o extendidos por funcionarios competentes, según las formas requeridas y dentro del límite de sus atribuciones. Todo instrumento público es un título auténtico y como tal hace plena fe, mientras no se demuestre lo contrario mediante tacha de falsedad.
»Otorgado ante Escribano e incorporado en un protocolo o registro público, se llama escritura pública».

obligaciones, coexistirán con los documentos en papel y «Sin perjuicio de las copias de escrituras públicas, de los testimonios de protocolizaciones y de los testimonios por exhibición que los Escribanos Públicos expiden de acuerdo con lo dispuesto en el Decreto-Ley N.º 1421» (artículo 303).

El artículo 303 de la acordada 7831 autoriza de forma expresa a los escribanos a expedir copias de escrituras, testimonios de protocolizaciones y testimonios por exhibición en forma electrónica, en cuyo caso exige que deberán autorizarlos con su firma electrónica avanzada.

Como expresa el mismo artículo, estos traslados notariales electrónicos se expiden «con la sola finalidad de ser emitidos vía electrónica» y «sin perjuicio» de los documentos en papel mencionados. La función del documento notarial electrónico y su utilidad principal será facilitar y asegurar gestiones, mediante una circulación rápida y segura, a través de la red telemática, de la información que contienen, ante diferentes organismos que el artículo 304 de la acordada menciona, como poderes del Estado y municipios, entre otros, e incluye «cualquier persona con interés legítimo a juicio del Escribano».

Esta última opción constituye una apertura limitada al criterio estricto establecido al inicio del artículo 304 que se comenta; queda restringida a los casos en que exista «interés legítimo» según el criterio y bajo responsabilidad del notario interviniente, lo que resulta adecuado a fin de mantener algún control en la difusión de documentos que ameritan cierta reserva.

Será de gran utilidad para el envío —a solicitud de clientes, partes y de otras instituciones que las mencionadas— de certificados notariales electrónicos acreditantes de titularidad, gravámenes o afectaciones de bienes muebles o inmuebles, de conocimiento o estado patrimonial de las personas, así como copias electrónicas de escrituras matrices o de primeras copias o testimonios que pudieran requerirse por particulares, la Dirección General Impositiva para control de pago, el Banco de Previsión Social, la Asesoría Interna de la Nación, la Contaduría General de la Nación, etcétera.

No solo se aceleran los procesos de trasmisión de documentos en papel, tales como primeras copias y primeros testimonios de escrituras y actas, que siguen existiendo y teniendo su validez en soporte papel, sino que por esta vía se protegen estos documentos originales, evitando riesgos de extravío o deterioro, agilitando además trámites burocráticos.

La acordada ordena especialmente algunas limitaciones: no se autoriza a realizar un traslado electrónico «en cadena», para que el mismo documento electrónico circule en diversos organismos o personas, como el documento papel, ya que los documentos electrónicos referidos «sólo serán válidos para la concreta finalidad para los que fueron solicitados, lo que deberá hacerse constar expresamente en la refrendata o concuerda de cada documento indicando dicha finalidad» (artículo 305).

Otra limitación se establece para varios casos de las copias de escrituras, testimonios de protocolizaciones y testimonios por exhibición de escrituras públicas de la matriz que regula la ley 16266. La acordada 7831, en su

artículo 306, autoriza la expedición de estos testimonios en soporte electrónico, pero limita su expedición como documentos electrónicos y su remisión vía electrónica: «[…] deberán expedirse y remitirse electrónicamente con firma electrónica avanzada, sólo por el Escribano autorizante de la matriz». La ley 16266 modificó aspectos documentales de artículos del Código Civil, la Ley de Registros 10793 y el Código General del Proceso.

El artículo 310 de la acordada establece siete elementos que deberán contener los testimonios por exhibición electrónicos a que se refiere el artículo 306, expedidos al amparo de esta ley 16266,[56] entre los cuales el último es la firma electrónica avanzada del escribano.

En el artículo 307 de la acordada está previsto el envío de documentos electrónicos vía telemática a los Registros para la inscripción de actos y negocios jurídicos contenidos en ellos. Se expresa que «sólo deberán ser expedidos para la parte que beneficia la inscripción» y se remite a los artículos 220 a 224 de la acordada 7533, que regulan la cantidad de copias a expedirse por el escribano, para cada parte, por bienes y por contratos en su caso.

Esto no quiere decir que la copia electrónica de estos documentos sustituya las primeras copias o primeros testimonios en papel, sino que está prevista exclusivamente para el envío por medios telemáticos a los Registros, sin tener que presentar a estos la primera copia en papel.

En la práctica, la situación dispuesta por la acordada implica el envío al Registro respectivo de un correo electrónico, firmado con firma electrónica avanzada del escribano, que lleve adjunta la copia electrónica de la primera o ulterior copia o testimonio en papel, expedido previamente, que contiene el acto a inscribir. Quedarán en poder del escribano los documentos originales en soporte papel, es decir, la primera o ulterior copia o testimonio.

El escribano podrá ver la calificación registral en el sitio en internet del Registro. En caso de que haya observaciones, este artículo 307 prevé también la posibilidad de presentar al Registro documentos electrónicos complementarios, los cuales deberán ser copia del certificado notarial complementario en soporte papel que se agregará a la primera o ulterior copia o testimonio en papel y permanecerá en poder del escribano, quien realizará un nuevo envío con el certificado notarial electrónico complementario, el cual firmará con su firma electrónica avanzada y enviará adjunto a un

56 Esta ley agregó al artículo 1593 del Código Civil un inciso 4.º por el que, «Aunque no exista matriz hacen fe: […] 4.º. Los testimonios por exhibición de escrituras públicas, sacados de su matriz por el Escribano que las autorizó o por aquél a cuyo cargo se encuentra el Protocolo». También modifica esta ley los artículos 15 y 65 de la Ley de Registros (10793, de 1946), al admitir, en caso de pérdida o extravío del original del documento que acredita un derecho que no estuviera inscripto y sobre cuya base debe actuar el escribano, que pueda inscribirlo con testimonios de la matriz y certificado del registro respectivo, y también se prevé en caso de pérdida o extravío y para la inscripción en Registros de segundas o ulteriores copias de mandato judicial como lo hace habitualmente.

correo electrónico que también firmará con su firma electrónica avanzada y enviará al Registro.

Posteriormente, como expresa el mismo artículo 307 en su último inciso, una vez resuelta la situación anterior o si no hay necesidad de documentos complementarios, cuando el documento ya se inscribió de manera definitiva, el escribano recibirá una comunicación vía telemática, por correo electrónico, firmada con firma electrónica por el registrador, por la que se le comunicará la inscripción definitiva.

En ese momento el escribano debe certificar el hecho al pie del documento respectivo (primera copia o testimonio originales) que hubiera expedido en soporte papel, según lo establece el artículo 307 que se comenta. Al documento escrito (primera o ulterior copia o testimonio), al pie del cual deberá haber agregado su certificado notarial con los datos de la inscripción efectuada, podrá agregar, si lo considera conveniente, la copia en papel de la comunicación que le efectuó el Registro y de la cual estampó su certificado notarial al pie. Aun cuando podría parecer redundante, es una opción posible.

Todo este proceso previsto conlleva modificaciones importantes, no solo desde el punto de vista del ejercicio de la función notarial, sino por parte de los Registros, incluidas modificaciones tecnológicas y adaptaciones del personal, entre ellas la firma electrónica del registrador y un sistema de seguridad especial en las comunicaciones, todo lo cual seguramente se desarrollará con tiempo de adaptación y en etapas, como es lo normal en estas implementaciones.

Los artículos 308 a 310 reiteran para el documento electrónico los elementos que deben contener las copias y testimonios de protocolización según los artículos de la acordada anterior vigente, además del contenido literal de la matriz, las copias y testimonios de protocolizaciones electrónicos (308), los testimonios por exhibición electrónicos (309) y los testimonios por exhibición electrónicos expedidos al amparo de la ley 16266.

En todos los casos de estos artículos el documento electrónico notarial deberá tener la firma electrónica avanzada del escribano.

2.1. Certificados notariales electrónicos

La última sección de la acordada 7831, que abarca los artículos 311 al 316, se refiere a los certificados notariales electrónicos, documentos ampliamente requeridos por las Administraciones Públicas y empresas privadas para complementar su proceso general de informatización y también por particulares, para acelerar y facilitar trámites burocráticos. Probablemente sean de lo primero en implementarse y estar operativos.

Los certificados notariales electrónicos son documentos públicos que podrán tener diferentes finalidades, al igual que los certificados notariales en papel, que se especifican en el artículo 311, el cual reitera los incisos *a* a

c del artículo 248 de la acordada 7533,[57] relativo a los certificados en papel respecto al objeto de dichos certificados, que en la nueva acordada refiere a «documentos electrónicos» en lugar de documentos en papel:

> a) acreditar la existencia de situaciones jurídicas, actos o hechos, conocidos ciertamente por el autorizante o que le justifiquen mediante documentos públicos o privados que le exhiban o compulse;
>
> b) autenticar simultáneamente el hecho del otorgamiento y suscripción de documentos electrónicos.
>
> c) autenticar la ratificación del contenido de documentos electrónicos suscriptos electrónicamente con anterioridad. (Artículo 311)

De los posibles certificados notariales electrónicos mencionados se encuentra operativa a la fecha la opción establecida en el apartado *a,* y de las certificaciones habilitadas por esta opción *a* se encuentra operativa la de que el escribano certifique situaciones jurídicas o hechos conocidos, así como realice testimonios por exhibición de documentos escritos mediante transcripción del documento respectivo en el soporte electrónico notarial. No está operativo el testimonio por exhibición electrónico que pudiera realizarse por imagen (escaneado). Las demás opciones serán implementadas gradualmente.

Los requisitos de los tres tipos de certificados mencionados en los apartados *a* a *c* que preceden son similares a los de los certificados notariales en papel, por lo que esta acordada, en sus artículos 312 a 316, se remite a los artículos pertinentes del Reglamento Notarial vigente, que refieren a actuación a requerimiento expreso de parte que debe constar en el documento o en su certificación notarial.

Algunos requisitos se agregan debido a las características tecnológicas del soporte electrónico y como resultado de diferentes necesidades de seguridad, y otros se reiteran, como es el caso de la rogatoria expresa a efectos de su intervención.

Todo certificado notarial electrónico requerirá la firma electrónica avanzada del escribano (artículo 316). Este no es un agregado sino el equivalente a la firma escrita en el certificado en papel notarial. Aunque lo hemos mencionado, lo reiteramos por su importancia y para recordar

57 Acordada 7731: «Artículo 248. Certificado notarial es el instrumento público original autorizado por Escribano, con el objeto de:
»a) acreditar la existencia de situaciones jurídicas, actos o hechos, conocidos ciertamente por el autorizante, o que le justifican mediante documentos públicos o privados que le exhiban o compulse;
»b) autenticar simultáneamente el otorgamiento y firma de documentos privados suscritos en su presencia;
»c) autenticar la ratificación del contenido y el reconocimiento de firmas de documentos privados suscritos con anterioridad.
»Los certificados se expedirán en forma mecanografiada por cualquier medio mecánico o digital indeleble de impresión».

el tipo de firma electrónica que se requiere, la cual no puede ser firma electrónica simple.

2.2. Certificados notariales de autenticación

Según el artículo 311, apartado *b,* el escribano podrá «autenticar simultáneamente el hecho del otorgamiento y suscripción de documentos electrónicos» firmados electrónicamente por las partes en su presencia, con firma electrónica avanzada, cumpliendo los requisitos habituales de rogatoria, identificación, lectura y demás requeridos por la acordada vigente en los artículos 150 y siguientes (artículo 313).

Conviene en primer lugar tener presente que la firma electrónica avanzada no se encuentra dentro del dispositivo, llamado a veces *e-token* o *token*. Lo que se encuentra dentro de ese dispositivo son dos claves criptográficas que la persona titular, mediante su contraseña de acceso, puede usar, las puede activar, y le permiten firmar electrónicamente de un modo similar al que en el medio papel utiliza una lapicera de tinta comprada en determinado lugar. La firma no está *hecha* en el certificado sino que *se hace* en cada documento.

Más allá de que se trate de una tecnología segura y que Uruguay tiene seguridades jurídicas y técnicas, *autenticar la firma* no cambia su significado por la existencia de este procedimiento. La autenticación debe ser hecha en el momento en que se produce el acto de la firma. Lo que tiene la persona cuando dispone de un certificado electrónico de un PSC que le permite firmar con firma electrónica avanzada es un instrumento que puede utilizar o no, pero el PSC no está presente ni el sistema controla cada vez que se firma si lo hace esa persona u otra, en qué estado se encuentra el firmante ni bajo qué circunstancias.

El certificado notarial electrónico tiene diferente contenido y efectos jurídicos que el certificado electrónico que emite un PSC. El certificado electrónico, aun cuando sea emitido por un PSC acreditado, tiene la función de acreditar el vínculo entre la persona que adquirió ese certificado y las claves que están en determinado dispositivo. Esta función es esencial en lo que se denomina la *cadena de confianza* de un sistema de infraestructura de clave pública, que es el sistema informático creado para que sea posible realizar la identificación de las personas a distancia, de manera más segura desde el punto de vista técnico, lo que permite entre otras cosas combatir las suplantaciones de identidad en las comunicaciones electrónicas.

En nuestra opinión, esto no es lo mismo que la función notarial especificada en el artículo 248, inciso *b,* de la acordada 7533 vigente, y menos lo es del otorgamiento, que implica control de otros elementos esenciales, incluidos aquellos cuya falta ocasiona nulidades absolutas en los contratos. Por eso entendemos que el escribano podrá cumplir exactamente con lo establecido en el apartado *b* del artículo 311 y autenticar el otorgamiento y la suscripción de documentos electrónicos.

El PSC hace entrega a la persona, en un dispositivo que esta le trae o que el mismo PSC le proporciona, de unas claves que permiten a su titular firmar con su firma electrónica avanzada documentos electrónicos, por un tiempo determinado en el contrato que se otorga entre ambas partes (PSC y adquirente del certificado electrónico). Esa entrega no implica ni es lo mismo que *autenticar la firma* electrónica avanzada. Como dijimos, las claves se generan automáticamente por medio de un sistema informático creado por empresas dedicadas a tecnología, muchas de ellas especializadas en seguridad informática, que comercializan estos sistemas.

Los PSC no producen el sistema informático ni tienen conocimiento interno del sistema que adquieren de las empresas que lo producen. Este sistema incluye el programa de computación que permite generar esas claves y la posibilidad de generar los certificados electrónicos que las contienen, pero no por eso adquiere la facultad de *autenticar* ni la realiza. Lo que hacen los PSC es comercializar los certificados que contienen las claves criptográficas que crean mediante ese sistema. Su tarea fundamental es generar las claves y distribuir esos certificados de manera que cada persona tenga su par de claves único, y para ello otorgan contratos con los usuarios, que para estos son contratos de adhesión, en los que el PSC se obliga a mantener un sistema que comprende un sistema de información sobre el estado de los certificados, incluida su revocación cuando corresponda, mediante una lista de certificados revocados. Los PSC acreditados deberán cumplir todos los requisitos de la UCE, que lleva un registro actualizado de estos, sobre los cuales tiene controles técnicos y demás establecidos en el decreto 436/2011, que incluyen la potestad de revocar la autorización que tiene el PSC como acreditado ante UCE. Todo ese sistema genera la confianza en que la identificación a distancia es segura.

Pero dentro del sistema es necesario también contar con el usuario, que es quien decide firmar, y también tener en cuenta las circunstancias en que realiza dicha firma. En esta etapa es que efectivamente se puede realizar la autenticación de la firma, por ser el momento exacto en que la persona firma cada documento electrónico.

Es en esta etapa que se produce la autenticación del escribano, que no solo controla la vigencia del certificado electrónico del firmante, sus datos, además de las vigencias de certificados del PSC y del ACRN,[58] sino todas las circunstancias que permiten una verdadera autenticación del acto de la firma, lo que no se puede hacer antes ni después. Esto es, en el momento de la firma el escribano controlará el certificado electrónico del firmante —para lo cual deberá verlo en la pantalla de su ordenador, previa instalación de los correspondientes *drivers*—, la coincidencia con los datos de

58 Vigencias que, debido a cómo fue instrumentado el soporte electrónico notarial, son controladas también por la Caja Notarial al firmar el escribano el respectivo documento notarial, y en ese mismo momento se controla, además, la habilitación de este ante la SCJ.

identidad de su documento de identificación y del certificado electrónico del firmante, la vigencia del certificado respectivo PSC y su acreditación, así como el de la autoridad raíz correspondiente, en caso de documento extranjero, además de convenio vigente, poderes para la firma electrónica y demás controles notariales habituales, poderes para el acto en particular, generales o especiales si los hubiera, además de los elementos esenciales de capacidad, etcétera.

A nuestro entender, esta actividad extra que tendrá que realizar el escribano aparte de su función notarial típica complementa y cierra efectivamente el proceso de «autenticación» en el sistema de la infraestructura de confianza en un momento clave, cual es la autenticación en el momento de la firma, en especial para cierto tipo de actos y contratos que requieren mayor nivel de seguridad, sellando una etapa esencial en todo el proceso. Contribuye así al logro de la seguridad jurídica preventiva, base de la pacífica circulación de bienes y servicios, reduciendo los costos por recuperación de fraudes y suplantaciones de identidad.

2.3. Certificados notariales de ratificación

El escribano también podrá autenticar la ratificación de documentos suscriptos electrónicamente con anterioridad, los que las partes «deberán reconocer haber suscrito electrónicamente […] aplicando en lo procedente lo dispuesto en los artículos 150 y siguientes; […]» (311, inciso *c*).

Esta situación podría plantear diferentes casos al escribano. Las partes podrán estar reconociendo unas firmas electrónicas avanzadas que realizaron con un certificado electrónico que también esté vigente y emitido por un PSC hoy acreditado, en cuyo caso el escribano tendrá la posibilidad de verificar la vigencia de dichos certificados, así como la existencia y acreditación del PSC, en el momento en que se firmó el primer documento.

Podría además ocurrir que hoy el PSC no estuviera acreditado, lo cual podrá verificarse en la UCE, si lleva un Registro histórico de los PSC acreditados, con su fecha de acreditación y de cese, en cuyo caso entendemos que el escribano deberá verificar este extremo y dejar constancia de dicha verificación a efectos de que quede asentado que las firmas anteriores de las partes eran firmas electrónicas avanzadas.

También podría suceder que el PSC no hubiera estado acreditado al momento en que las partes firmaron el documento, aun cuando lo esté ahora. En este caso, de acuerdo a la ley uruguaya, esa firma tendría los efectos de una firma electrónica común, a pesar de basarse en un sistema de criptografía asimétrica.[59]

59 El sistema de criptografía asimétrica es aquel en que se basa la firma electrónica avanzada, pero esta, además, para considerarse tal, requiere en Uruguay la acreditación del PSC ante la UCE, como ya se expresó. Al no estar acreditado el PSC, la firma emitida con sus certificados, aun mediante criptografía asimétrica, tendrá, a los efectos legales y probatorios, el valor de una firma electrónica simple.

Podría caber la duda de si el escribano está también facultado para autenticar la ratificación de documentos suscritos electrónicamente con anterioridad con una firma electrónica común, no avanzada. Esta es una situación más compleja, que desde un punto de vista estricto se podría rechazar. Sin embargo, analizando el caso a la luz del principio de equivalencia funcional y de las disposiciones de la ley, podría considerarse que se trata de una situación amparada por la ley, ya que, de acuerdo a los artículos 4 y 5 de la ley 18600, el documento firmado con una firma electrónica simple tiene el valor probatorio de un documento escrito que, si además está firmado con firma electrónica común, si las partes lo aceptan, tiene validez de documento firmado. Si alguna de las partes firmantes lo desconoce, la otra parte deberá probar su validez.

En caso de que ambas partes de común acuerdo soliciten al escribano ratificar en su presencia este documento y lo hagan en un documento electrónico en el que estampan sus firmas electrónicas avanzadas, entendemos que el profesional debería certificar esa ratificación, salvo que otros elementos lo llevaran a concluir que hay algún indicio serio de que está ante una maniobra de ambas partes, por ejemplo, para perjudicar a un tercero.

Fundamentamos esta opinión en el principio de equivalencia funcional. De acuerdo a la ley uruguaya, en el ámbito papel es posible ratificar documentos firmados por las partes con anterioridad tras la declaración actual de las partes.

Con todo, habrá que estar al criterio que establezca la Suprema Corte a través de la Inspección de Registros Notariales.

Respecto de la fecha, debe tenerse en cuenta que el documento ratificado, aun firmado con firma electrónica avanzada, no acredita la fecha de la firma, como se expresó. En el caso del documento por el que se realiza la ratificación, adquirirá la fecha cierta dada la intervención notarial.

A los efectos de la firma electrónica avanzada de documentos por las partes y su correspondiente certificación notarial de firmas electrónicas avanzadas, el escribano, además de los controles habituales de documento de identidad del firmante y de representación y vigencia de la representación en su caso (poderes, estatutos, etcétera), deberá controlar los certificados electrónicos reconocidos de los firmantes, emitidos por PSC acreditados.

Para conocer si dichos certificados electrónicos de los firmantes son válidos, en primer lugar el escribano deberá obligatoriamente, por razones de su oficio y bajo responsabilidad profesional, seguir el procedimiento que cualquier persona que recibe documentos firmados con firma electrónica avanzada («tercero que confía») debe hacer, por su propia seguridad e intereses:

1. Ver el certificado en la pantalla de su computador para corroborar los datos contenidos en él. Debe constatar: a) PSC que lo emitió; b) tratándose de un PSC nacional, si está acreditado ante la UCE,

lo que surge del propio certificado; c) limitaciones que pudiera tener el certificado; e) tipo de certificado (para persona física, jurídica o representaciones); f) vigencia del certificado.

2. Verificar en el sitio en internet de UCE si está vigente la acreditación del PSC y si estaba vigente a la fecha en que se emitió el certificado.
3. Tratándose de PSC extranjero, verificar si hay convenio vigente, ante la autoridad raíz correspondiente, si el certificado del PSC está vigente, así como el de la raíz.
4. Verificar si la persona a quien se le emitió dicho certificado electrónico es la misma que la firmante, lo cual realizará en la forma habitual, viendo el documento de identidad vigente.
5. Corroborar si el certificado electrónico del firmante no se encuentra en la Lista de Certificados Revocados del PSC, lo que podrá realizar en el sitio en internet de este.

En la práctica, además de lo mencionado, el escribano leerá en presencia de las partes —y, si corresponde, los testigos— el documento electrónico respectivo; recabará su otorgamiento de manera reglamentaria, y en el caso de la ratificación recabará esta respecto al documento electrónico que se ratifica; las partes firmarán en su presencia con sus firmas electrónicas avanzadas, y el escribano finalizará su actuación de manera habitual y aplicando su firma electrónica avanzada a su certificación electrónica.

2.4. Tipos de certificados electrónicos

El escribano podrá encontrarse con diferentes tipos de certificados digitales o electrónicos que puedan tener las personas, según los casos. Tratándose de certificados electrónicos emitidos por un PSC uruguayo (que deberá estar acreditado ante la UCE), de acuerdo a las políticas de certificación actuales de la UCE, que pueden verse en su sitio de internet (www.uce.gub.uy) y la resolución 5/2012 de dicho organismo, de 15 de agosto de 2012, existen cinco tipos de certificados de personas, tres de persona física y dos de persona jurídica, a saber: a) certificado de persona física, b) certificado de persona física en representación de persona física, c) certificado de persona física en representación de persona jurídica, d) certificado de persona jurídica, e) certificado de persona jurídica en representación de persona jurídica.

Existe en dicha resolución otro tipo de certificados electrónicos de firma electrónica: los certificados de sitio web. Estos sirven para *identificar* con seguridad al sitio web. No son para identificar personas, como los restantes, y por lo tanto no sirven para que ninguna persona firme con su firma electrónica.

El primer caso (apartado *a*) es el común: la o las personas que solicitan al escribano la certificación de firmas comparecen ante él y cada una lleva su certificado reconocido, que les permitirá firmar el documento respectivo.

Los restantes casos mencionados (apartados *b* a *e* inclusive) refieren a representación, por lo cual el escribano deberá controlar dicha representa-

ción y su vigencia, como lo hace habitualmente, según el caso (documento de poder con facultades suficientes y vigente; en el caso de personería jurídica, control de la personería, de su vigencia, que el acto esté comprendido en el objeto social, que las facultades conferidas sean suficientes para el acto que otorga y vigencia en el cargo).

Por otro lado, suponemos que esa representación y esas facultades fueron controladas por el PSC al emitir el certificado reconocido que permite al representante realizar la firma electrónica avanzada, aunque esas facultades podrían no estar vigentes a la fecha de uso del certificado, lo que tendrá que controlar el escribano actuante, como lo hace habitualmente.

La referida resolución de UCE 5/2012, en su numeral 4, se remite a los artículos 1254 a 1257 del Código Civil, que corresponden a diferentes casos de representación en el ámbito de las obligaciones contractuales en general, sin especificar tipo de contrato.

Estos artículos del Código Civil contienen las normas jurídicas que regulan las obligaciones que se generan entre las partes intervinientes. El caso del artículo 1254 refiere a la actuación con poder de representación, contractual o legal, que no ofrece mayores problemas: surte los mismos efectos que si lo hubiera otorgado el representado. Los otros tres casos refieren a representación sin poder.

Los artículos 1255 a 1257 refieren a los casos de representación sin poder legal ni contractual, incluido el denominado *porte fort* o *estipulación para otro*.

El legislador prevé los casos en que se firma un contrato en representación de tercero sin poder o habilitación legal (1255), el caso que se pacta sin poder, una ventaja o provecho a favor de tercero sin dicha representación (1256) y el caso en que se pacta, también sin poder, una obligación que debe cumplir un tercero (1257).

En estos casos el escribano no podrá actuar, dado que es su obligación controlar los poderes suficientes para los actos en los que interviene.

Estos cuatro artículos del Código Civil están en el libro cuarto, «De las obligaciones», en sus «Disposiciones preliminares» tituladas «Causas eficientes de los contratos», primera parte, «De las obligaciones en general», capítulo I, «De los contratos en general», lo cual indica el ámbito de aplicación.

En estos casos hay un tiempo de espera o *pendencia* de las obligaciones, ya que, si bien el contrato «será nulo», como expresa el artículo 1255, puede llegar a existir si el tercero representado lo ratifica antes de que sea revocado, o si, en el caso del artículo 1256, el tercero acepta la ventaja o provecho pactado a su favor, o si, en el caso del 1257, el tercero asume la obligación que su representante sin poder se obligó a que asumiera.

Estas previsiones contractuales del Código son soluciones legales más aplicables para las necesidades de celeridad de los negocios, en el ámbito comercial (aunque no hay exclusión de otros ámbitos), si se decide correr los riesgos a fin de no perder oportunidades o tiempo de espera que puede significar también pérdidas económicas.

En principio, el que corrió el riesgo de firmar sin poder es el que paga, sujeto también a daños y perjuicios si el representado no ratifica a tiempo, según lo prevén las mismas normas, salvo el caso del artículo 1311, que contempla la situación de un gestor de negocios sin poder. En este caso, si una gestión «oficiosa» fue cumplida con diligencia, no se da derecho a percibir salario, pero sí deben reintegrarse los gastos necesarios y útiles e indemnizar al gestor de las obligaciones que asumió en su beneficio.

Estas situaciones generan inseguridades que pueden provocar perjuicios, cuyos reclamos están previstos en estas normas del Código, para restablecer el principio de justicia. En general se responsabiliza del pago de daños y perjuicios a quien corrió el riesgo, a favor del posible damnificado, en cada caso.

Todas estas situaciones, previstas expresamente por el Código, plantean inestabilidades propias de los riesgos asumidos, que pueden derivar en soluciones judiciales, por lo cual, si bien las partes, en ejercicio de su libre albedrío, pueden aceptarlas, el escribano, en ejercicio de su profesión, debe abstenerse de intervenir por no cumplirse los requisitos pertinentes a un contrato o declaración válidos y eficaces desde su otorgamiento.

En el caso de que el escribano no actuara en ejercicio de su profesión sino en calidad de representante o administrador de empresas o personas jurídicas titulares de certificados reconocidos —cuando representa sociedades y en el ámbito comercial, en que debe tener la responsabilidad de «un buen hombre de negocios», como lo establece la ley 16060—, su actitud en las situaciones planteadas en el Código podría ser diferente, y dependerá de lo establecido en el contrato o documento respectivo con relación a su facultad de representación o administración.

A los efectos del asesoramiento a sus clientes, el escribano deberá también tener en cuenta el artículo 27 de la ley 18600, que establece la responsabilidad de los representantes o administradores de las personas jurídicas que sean titulares del certificado reconocido de una persona jurídica por el incumplimiento de las obligaciones legales, así como las demás normas pertinentes.

VI. Valor probatorio de los documentos notariales electrónicos

Los traslados notariales electrónicos y los certificados notariales electrónicos son instrumentos públicos comprendidos en lo establecido por el artículo 1574 del Código Civil, al igual que estos mismos documentos emitidos en papel, porque reúnen todos los elementos establecidos en dicho artículo. Tienen la calidad de «instrumentos públicos» y son «redactados o extendidos por funcionarios competentes, dentro del límite de sus atribuciones».

Su valor probatorio se establece en el mismo artículo: «Todo instrumento público es un título auténtico, y como tal hace plena fe». También en el artículo 1575 del mismo código: «El instrumento público hace plena fe en cuanto al hecho de haberse otorgado y su fecha. En este sentido, la fuerza probatorio del instrumento público será la misma para todos».

Por lo tanto, el documento notarial electrónico —traslado o certificado notarial electrónico— no requiere el mencionado procedimiento técnico previsto por la ley de fechado electrónico para tener valor probatorio pleno también respecto a la fecha del documento. Tiene fecha cierta por sí, sin necesidad de sellado de tiempo u otro método tecnológico.

1. Actividad notarial en documentos electrónicos

La acordada 7831 abre la puerta a una importante actividad notarial al agregar a los documentos notariales en papel los que el escribano pueda realizar en el ámbito electrónico, no solo en lo relativo a los traslados y en los certificados previstos en el artículo 311, inciso *a,* como se ha visto.

Tal es el caso de otorgamiento de actos y contratos telemáticos habilitado por el artículo 311, inciso *b,* de la acordada 7831, así como la autenticación de ratificación del contenido de documentos suscriptos electrónicamente a que se refiere el inciso *c* del mismo artículo. Por razones tecnológicas, estas posibilidades no están operativas a la fecha, aunque se prevé su implementación en breve —siempre teniendo en cuenta las limitaciones en cada caso, como se verá, y la competencia territorial del escribano, que en el caso uruguayo no puede actuar fuera del territorio nacional—.

En el caso a que refiere el artículo 311 de la acordada 7831, inciso *b* («autenticar simultáneamente el hecho del otorgamiento y suscripción de documentos electrónicos»), el escribano deberá controlar como hasta ahora, al igual que en el soporte papel, todos los elementos formales y de contenido que requiere un acto o contrato válido, tales como la capacidad de los otorgantes —capacidad general y especial para el acto o contrato de que se trate: poderes, facultades suficientes, facultades especiales, vigencia—, consentimiento libre de vicios —error, violencia o dolo—, la licitud del objeto del contrato, en su caso, así como de su causa, y el cumplimiento de las solemnidades especiales u otros requisitos según los casos (certificados registrales o especiales de diferentes organismos, habilitaciones, según el objeto de documento, etcétera) que la ley requiere para cada acto.

Este control notarial permitirá dar mayor seguridad jurídica en el ámbito electrónico, ya que la falta de elementos esenciales en los contratos ocasiona su nulidad absoluta, y en otro tipo de declaraciones o respecto a certificados o elementos que no son esenciales pueden ocasionar perjuicios económicos, según los casos. En los documentos electrónicos en que actúa, el escribano deberá continuar controlando el cumplimiento de estos elementos y agregar los controles antes referidos respecto al otorgamiento mediante uso de firma y documentos electrónicos.

2. Intervención notarial en contratos a distancia

Los contratos por medios electrónicos entre partes que se encuentren en diferentes puntos del territorio nacional, incluso a nivel internacional, mediante propuesta y aceptación, hace tiempo que se realizan entre las partes

por medios electrónicos con plena validez jurídica al amparo de las normas vigentes del Código Civil y las normas internacionales, salvo los casos en que existan otros requisitos de solemnidad expresamente previstos.[60]

El contrato se perfecciona «en el lugar y en el acto en que la respuesta del que aceptó el negocio llega al proponente», dado que así lo establece el artículo 1265 del Código Civil, en el que de las cuatro teorías existentes al respecto en el ámbito jurídico internacional nuestro codificador aceptó la teoría de la recepción de la aceptación, que es la más segura. El artículo 1266 establece dos plazos diferentes de recepción de la respuesta por el proponente para el caso de comunicaciones a distancia, ya sea que ambos residan en la misma ciudad o no.

Esta posición es la del Código Civil, la de la Convención sobre Compraventa Internacional de Mercaderías —ratificada por nuestro país— y también la de la Convención de las Naciones Unidas sobre Mensajes de Datos en las Comunicaciones Electrónicas, de 2005, aún no ratificada por Uruguay.

Dada la ley 18600 y la acordada 7831, y de acuerdo a las disposiciones mencionadas del Código Civil, se abren diferentes posibilidades útiles de actuación notarial en el nuevo medio electrónico, que en algunos casos combinan en parte, como se verá, la actuación en el soporte papel con el uso de las herramientas electrónicas. Es así en los casos que requieren como solemnidad la escritura pública mediante dos escrituras, una de propuesta y otra de aceptación, en diferentes momentos, aun en diferentes lugares, ante diferentes escribanos, o los actos o contratos en que las partes decidan tomar mayores precauciones para lograr las ventajas del control de los demás requisitos de los contratos, a fin de prevenir fraudes y errores.

Será posible facilitar la contratación internacional que se realice por documento en papel, mediante la actividad concertada de las partes y sus respectivos notarios en diferentes lugares, siempre debiendo tener en cuenta la competencia territorial de la actividad notarial, por lo cual cada notario deberá actuar dentro del territorio donde tiene competencia, y las normas de derecho internacional. La comunicación internotarial vía electrónica podrá acelerar y facilitar este tipo de contratos, uniendo a la seguridad jurídica notarial la celeridad que brinda el medio electrónico.

Podrán también ser hechos por documento electrónico a distancia los contratos que requieren la solemnidad de documento privado con autenticación notarial. Si el documento es inscribible, habrá que esperar a que los respectivos registros adopten las nuevas tecnologías para hacer posible esta solución. Aun así, es necesario tener en cuenta que tampoco será posible utilizarla para casos en que los documentos deban ser protocolizados.

60 Hay múltiples ejemplos: compras en Mercado Libre, pasajes, Tienda Inglesa, etcétera.

VII. Conclusiones

Brevemente, lo expuesto permite concluir:

En los documentos electrónicos en que actúa, el escribano deberá continuar realizando sus controles habituales respecto a cada acto o contrato, a los que deberá agregar los controles que se requieren legal y reglamentariamente respecto al uso de firmas electrónicas en documentos electrónicos.

El soporte notarial electrónico otorga al documento electrónico notarial un elemento que a la seguridad jurídica que aporta el ejercicio de la función permite alinear la seguridad tecnológica en el ámbito electrónico, lo que constituye un valor agregado, y diferencia firma y documento notarial electrónico de otro tipo de documentos electrónicos.

El documento notarial electrónico *traslado* o *certificado notarial electrónico* acredita su fecha cierta por sí, sin necesidad de sellado de tiempo u otro método tecnológico.

La actuación notarial en el ámbito electrónico aportará mayor seguridad jurídica, controlando elementos esenciales o que, sin serlo, pueden ocasionar perjuicios incluso económicos.

Bibliografía

Arredondo Galván, Francisco Xavier. *Nuevas herramientas informáticas para el notario: La firma electrónica notarial y la copia certificada electrónica notarial.* México, D.F.: Asociación Nacional del Notariado Mexicano, 2012, pp. 87-124.

Baladán, Flavia; Rodríguez Acosta, Beatriz; Viega, María José. *Marco normativo del derecho informático.* Montevideo: Imprenta Digital, 2010.

Bouvier, Elisabeth (coord.); Cami Soria, Graciela; Ferreira Pina, Javier; Taruselli, Jesús. Asociación de Escribanos del Uruguay. Comisión de Derecho Informático y Tecnológico. *Nociones preliminares acerca de firma electrónica (simple y avanzada): Certificado electrónico y su aplicación inmediata: ley 18930 y decreto 247/042 - Manual».* En: Bouvier, Elisabeth; Cami Soria, Graciela; Ferreira Pina, Javier; Taruselli, Jesús. Talleres de Derecho Informático [cd-rom]. Montevideo: Asociación de Escribanos del Uruguay [videoconferencia], 4 set. 2012.

Delpiazzo, Carlos. *Lecciones de derecho telemático.* Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2004.

Gaete González, Eugenio Alberto. *Instrumento público electrónico.* 2.ª ed. Barcelona: Bosch, 2002.

Giannantonio, Ettore. «El valor jurídico del documento electrónico». En Altmark, Daniel Ricardo (dir.); Bielsa, Rafael A. (coord.). *Informática y derecho: aportes de doctrina internacional.* Buenos Aires: Depalma, 1987, pp. 93-129.

Madridejos Fernández, Alfonso. *La copia notarial electrónica.* Madrid: Actualidad, 2007.

Rodríguez Acosta, Beatriz; Viega Rodríguez, María José. *Documento y firma. Equivalentes funcionales en el mundo electrónico. Ley n.º 18600 – Decreto n.º 436/2011.* Montevideo: CADE, 2012.

Siri García, Julia. *El notariado en la era de la tecnología: la función notarial y los nuevos medios tecnológicos: en especial el documento informático.* Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2001.

(Aprobado por la Comisión de Revista el 1.º de setiembre de 2015.)

La conformidad posterior del cónyuge omitido como acto idóneo para subsanar una titulación

por Juan Pablo Villar

Resumen

Se plantea la situación en la cual un escribano realiza el estudio de títulos y detecta que en un antecedente dominial se omitió la conformidad del cónyuge no administrador para otorgar un acto que la requería.
Se cuestiona y analiza la viabilidad de obtener aquella conformidad conyugal omitida para poder subsanar la titulación.
Se realiza una valoración crítica de las diversas posturas elaboradas por la doctrina uruguaya, en especial de la posición que postula la nulidad absoluta del acto y se la replantea desde la teoría del negocio incompleto.
Luego se efectúa un análisis sobre el sentido de la conformidad expresa de ambos cónyuges, a partir de la interpretación contextual.
Con base en ello, se obtienen conclusiones y se brinda una respuesta a la cuestión planteada.

Sumario

I. Planteamiento. **II.** La discusión en torno a la naturaleza de la conformidad conyugal en la doctrina uruguaya. **III.** Crítica y replanteamiento de la posición de Gamarra. **IV.** Relevancia de considerar que el negocio es incompleto o completo con relación a la conformidad conyugal posterior. **V.** Análisis personal de la conformidad expresa de ambos cónyuges. **VI.** Conclusiones.

I. Planteamiento

Una de las obligaciones que asume el escribano en el ejercicio de su función es la de efectuar el llamado *estudio de títulos*.[61] Este consiste en un conjunto de actividades técnicas que tienen por finalidad constatar la existencia y la situación de un derecho, quién es su titular, quién está legitimado para disponer de él y, en general, si existen o no acciones jurídicas que puedan afectar al eventual adquirente.[62]

El estudio de títulos implica, entre otras actividades, verificar que, según la prueba documental, las trasmisiones dominiales efectivamente se han producido. Cuando una persona integra una sociedad conyugal y pretende enajenar un inmueble, tiene gran importancia determinar la naturaleza de propio o ganancial del bien, ya que, según el artículo 1971 del Código Civil, el inmueble ganancial no podrá ser enajenado ni afectado por derechos reales sin la conformidad expresa de ambos cónyuges.

Lo mismo sucede cuando se trata de enajenar una casa de comercio, un establecimiento agrícola o ganadero o una explotación industrial o fabril de carácter ganancial (artículo 1971 del Código Civil) o cuando se pretende enajenar o afectar con derechos reales un vehículo automotor de carácter ganancial comprendido en el régimen de la ley 16871 (artículo 27 de dicha ley).

Al estudiar una titulación, es posible detectar que en un negocio antecedente se omitió la conformidad del cónyuge no administrador exigida por los mencionados artículos. Eso puede suceder por diversas causas. A vía de ejemplo, ocurre si un cónyuge compra un inmueble pretendiendo que sea propio por subrogación, pero no cumple con todos los requisitos establecidos en los artículos 1957 y siguientes del Código Civil. Luego vende y otorga tradición en el entendido de que se trata de un bien propio, sin que el escribano interviniente detecte que la subrogación no operó. El error es advertido con posterioridad y tenemos un título antecedente con omisión de la conformidad del cónyuge no administrador.

La subsanación de un título, como la de cualquier problema, requiere dos pasos: identificar correctamente el problema y realizar la actividad

61 Se ha discutido si el estudio de títulos es o no una obligación del escribano. Actualmente, la discusión se centra en si se trata de una obligación de medios o de resultados.

62 Rubbo, Horacio. *Estudio de títulos*. 6.ª ed. Montevideo: Asociación de Escribanos del Uruguay, 2008, p. 15. «El estudio de la documentación que constituye en conjunto el "título de propiedad" de un inmueble, tiene dos finalidades específicas: 1) Constatar que quien pretende ser propietario, lo sea realmente, pues de ello depende su aptitud o legitimación para trasmitir el dominio al adquirente, nuestro cliente, en forma válida y plenamente eficaz (arts. 769 num. 1 y 775 inc. 1 del CC); 2) Constatar que ese derecho de propiedad está exento de vicios; es decir, que no se encuentre en los títulos la posibilidad de acciones que los terceros pudieren intentar útilmente, con posibilidades previsibles de éxito, que pudieran turbar la pacífica posesión del futuro comprador o que expusieren a éste a pagar sumas de dinero en su condición de poseedor actual del inmueble».

adecuada para solucionarlo. Por ello, cuando identificamos el problema de que en un título anterior se omitió la conformidad conyugal, debemos conocer cuál es la actividad idónea para solucionarlo.

Este trabajo se destina a analizar la posibilidad de obtener, con posterioridad a la celebración del acto, la conformidad conyugal omitida, como una actividad idónea para solucionar la situación.

II. La discusión en torno a la naturaleza de la conformidad conyugal en la doctrina uruguaya

Con relación a la naturaleza de la conformidad conyugal, podemos distinguir entre autores que consideran que debe diferenciarse la situación del cónyuge administrador del que no lo es, ya que solo el primero otorga el título y el modo, mientras que el segundo otorga su conformidad como un acto externo, y otros que sostienen que ambos cónyuges se encuentran en igual situación y por ello los dos deben consentir el título y el modo.

1. Posición que diferencia la situación del cónyuge administrador del que no lo es

Según Vaz Ferreira,[63] debe distinguirse el título y el modo. Solo para el modo la ley exige la conformidad de ambos cónyuges. Por ejemplo, una compraventa otorgada solo por el cónyuge administrador es válida. No es necesario que el otro cónyuge otorgue la compraventa; basta con que exprese su conformidad para la tradición. Esa conformidad puede otorgarla en cualquier forma, incluso verbalmente, más allá de las dificultades de prueba, porque la tradición no está sujeta a ningún requisito *ad solemnitatem*.[64]

Sostiene este autor que una cosa es enajenar y otra distinta dar la conformidad para una enajenación que otro realiza. El administrador es quien dispone del bien, mientras que el otro da su conformidad a la enajenación.

Ramos y Rivero[65] adhieren a la posición de Vaz Ferreira. También lo hace Carozzi,[66] quien considera que la posición de dicho autor es la que mejor armoniza con los principios generales del régimen matrimonial legal.

63 Vaz Ferreira, Eduardo. *Tratado de la sociedad conyugal.* 4.ª ed. act. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1997, pp. 506, 507 y 515.

64 Aclaro que la tradición no es solemne salvo la especie denominada *constituto posesorio,* prevista en el artículo 767 del Código Civil.

65 Rivero de Arhancet, Mabel; Ramos Cabanellas, Beatriz. *El concurso y su incidencia en el derecho de familia personal, la sociedad conyugal, la unión concubinaria y las sucesiones.* Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2009, p. 57.

66 Carozzi Failde, Ema. *Manual de la sociedad conyugal.* 6.ª ed., 2011. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, pp. 223 y 227.

Para esta autora, quien da su asentimiento no integra la parte contractual y, por lo tanto, no contrae las obligaciones ni los derechos que asume quien es parte del contrato.

En similar sentido, Miranda,[67] al analizar un caso concreto, sostenía que el poder para vender y enajenar radica en uno de los cónyuges (en ese caso, el marido) y la limitación consiste en que el otro (en ese caso, la mujer) debe consentir la enajenación. Este debe configurar y prestar su voluntad expresa, pero no ejercer el poder de enajenar, que no radica en él. Considera que es como un juez, que autoriza un acto pero no lo realiza; simplemente lo legitima.

Para Cafaro y Carnelli,[68] la conformidad implica estar de acuerdo con un negocio a concluir o ya concluido y emana de alguien que es ajeno al negocio. A efectos de su explicación, supongamos que el negocio a concluir es una venta de un inmueble ganancial. De acuerdo al pensamiento de estos autores, el cónyuge no administrador tiene interés en la compraventa por la existencia de la sociedad legal de bienes, pero cuando expresa su conformidad, esa voluntad no integra el consentimiento contractual, sino que constituye un negocio estructuralmente autónomo de carácter unilateral.

La conformidad conyugal puede ser anterior, simultánea o posterior al negocio.

Rubbo[69] sigue el pensamiento de Cafaro y Carnelli y opina que el cónyuge administrador vende y otorga la tradición, mientras que el cónyuge no administrador da su conformidad a todo el negocio dispositivo, pero no interviene en él.

Dicha conformidad es un requisito externo al acto de enajenación (título y modo); es una exigencia del derecho «agregada al acto» para proteger el interés legítimo y no el derecho subjetivo del cónyuge no administrador, cuya propiedad sobre la cosa está suspendida a la espera del acto o hecho condicional de la disolución de la sociedad conyugal.

La omisión de la conformidad del cónyuge no administrador no provoca la nulidad del acto sino la inoponibilidad de la enajenación frente al cónyuge no administrador, lo cual surge como consecuencia lógica de haberse omitido un requisito legal de eficacia, pero, además, porque así lo dispone el artículo 1974 del Código Civil, que determina cuál es el interés legítimo protegido y la inoponibilidad de la enajenación frente al cónyuge perjudicado.

67 Miranda, Fernando. *Derecho práctico y teórico. Algunas consultas*. Montevideo: Asociación de Escribanos del Uruguay, 1973, p. 11.

68 Cafaro, Eugenio, y Carnelli, Santiago. *Eficacia contractual*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1996, pp. 125 y 127.

69 Rubbo, Horacio. *Estudio de títulos*. 6.ª ed. Montevideo: Asociación de Escribanos del Uruguay, 2008, pp. 106, 107 y 109.

En la misma línea de pensamiento expuesta, Bagdassarian y Rasines del Campo[70] sostienen que el cónyuge no administrador no es enajenante.

En la jurisprudencia se encuentran varias sentencias que demuestran que en las últimas cuatro décadas diversos tribunales han seguido la postura planteada por los autores citados. Por ejemplo, en 2012 el Tribunal de Apelaciones de Familia de 2.º Turno expresó:

> La conformidad del cónyuge no administrador exigida por el Art. 1971 CC no integra el consentimiento contractual, a lo sumo lo que provoca dicha falta de conformidad es que dichos contratos le son inoponibles a los cónyuges […].[71]

En 2004, el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 1.er Turno, ante un caso en que se discutía la ganancialización de un bien —lo cual significaba la falta de consentimiento del cónyuge no administrador en la compraventa de un inmueble—, sostuvo que el bien era propio, y agregó:

> Aun de haber sido necesario ese consentimiento, la consecuencia no sería la nulidad absoluta que se postula por los apelantes. En opinión de Vaz Ferreira, seguida por parte de la jurisprudencia, la falta de consentimiento solo hace inoponible a la enajenación a la cónyuge, que es quien está legitimada para accionar contra los terceros adquirentes.[72]

En 1996, el Tribunal de Apelaciones de Familia 1.º, ante la venta de un establecimiento comercial realizada por la esposa sin intervención de su cónyuge, dispuso:

> […] no le es oponible a su marido, de lo que se deduce que debe entrar en el inventario de la sociedad conyugal. De acuerdo a lo establecido en el artículo 1974 del Código Civil en la redacción dada por la ley 16.603, «… toda enajenación o convenio sobre bienes gananciales que haga cualquiera de los cónyuges en contravención de la ley o en fraude de otro no perjudicará a este ni a sus herederos […].[73]

En 1982 el Tribunal de Apelaciones en lo Civil expresó:

> La consecuencia de la omisión de la conformidad de la cónyuge en la enajenación de un establecimiento agrícola o ganadero no importa la nulidad absoluta por ausencia de consentimiento, sino como dice Vaz Ferreira

70 Bagdassarian, Dora; Rasines del Campo, Mabel. *Temas vinculados al régimen matrimonial de bienes*. 2.ª ed. Montevideo: Asociación de Escribanos del Uruguay, 2002, p. 47.

71 Tribunal de Apelaciones de Familia de 2.º Turno. Sentencia 211/012-1, de 20 de junio de 2012 (Díaz Sierra, [red.], Bendahan Silvera y Baccelli Rossari), disponible en la base de datos CADE (accesible por suscripción).

72 Tribunal de Apelaciones en lo Civil 1.º. Sentencia 52, de 31 de marzo de 2004 (Castro Rivera [red.], Vázquez Cruz y Bello), suma publicada en el *Anuario de Derecho Civil Uruguayo,* tomo 35, p. 524.

73 Tribunal de Apelaciones de Familia 1.º. Sentencia 107, de 31 de julio de 1996 (Battistella [red.], Toscano Laguarda y Monserrat), suma publicada en el *Anuario de Derecho Civil Uruguayo,* tomo 27, p. 354.

(Tratado de la Soc. Conyugal 244) la inoponibilidad del acto a la cónyuge no compareciente en la enajenación, en virtud de la cual puede la misma actuar como si para ella el contrato no existiera, pero la enajenación tiene validez y eficacia entre las partes.[74]

2. Posición que coloca en pie de igualdad a ambos cónyuges

En la posición que sostiene que los dos cónyuges se encuentran en pie de igualdad encontramos a Gamarra y a Arezo, aunque con diferencias en sus interpretaciones.

Según Gamarra,[75] para formar el consentimiento en el contrato se requiere el concurso de las voluntades de ambos cónyuges, quienes forman una parte plurisubjetiva, en que las voluntades se unifican sobre la base de un interés común.

La ley coloca a ambos cónyuges en un plano de igualdad y sin el concurso de las dos voluntades el negocio es nulo, ya que el consentimiento no se forma si falta cualquiera de ellas. El concurso de voluntades sería un *acto colectivo* que funciona como si existiera un solo interés, el del grupo.

Este autor, si bien señala que la omisión de la conformidad de uno de los cónyuges provoca la nulidad, no expresa que esta sea absoluta, pero la doctrina así lo ha interpretado, ya que la causa de la nulidad estaría en la falta de consentimiento.[76]

Para Arezo, la transferencia dominial requiere un título y un modo, por lo cual el cónyuge no administrador debe otorgar ambos.[77] Los dos cónyuges son vendedores, permutantes, donantes, etcétera, y los dos son tradentes.[78]

En cuanto al negocio otorgado sin la conformidad del cónyuge no administrador, sostiene que el título oneroso (compraventa, permuta) en principio sería un acto válido, ya que la venta de cosa ajena es válida y se gobierna por el artículo 1681 del Código Civil, pero en aplicación del artículo 1974 del Código Civil sería inoponible al cónyuge omitido. Respecto

74 Tribunal de Apelaciones en lo Civil. Sentencia 326, de 29 de noviembre de 1982 (Burella, Catalurda y Alonso de Marco), suma publicada en el *Anuario de Derecho Civil Uruguayo,* tomo 13, p. 104.

75 Gamarra, Jorge. *Tratado de derecho civil uruguayo,* 5.ª ed. act. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2001, tomo 10, p. 205.

76 Ejemplo de autores que, si bien no coinciden con Gamarra, consideran que según dicho autor la nulidad es absoluta: Bagdassarian y Rasines del Campo, o. cit., p. 47; Carozzi Failde, o. cit., p. 221; Rivero de Arhancet y Ramos Cabanellas, o. cit., p. 57.

77 Arezo Píriz, Enrique. *Tratado de las particiones.* Montevideo: Asociación de Escribanos del Uruguay, 1997, tomo 2, p. 312..

78 Ídem, p. 315.

a la tradición, la equipara a una tradición de cosa ajena que no traslada el dominio.[79]

Con posterioridad, en otro trabajo, este autor precisó que entiende que no se trata de una pura venta de cosa ajena, sino que se puede recurrir analógicamente (artículo 16 del Código Civil) a la figura de la venta de cosa ajena y el cónyuge omiso puede ratificar la venta.[80]

Con relación al título gratuito, estima aplicables los artículos 1972, 1974 y 2003, inciso 2, del Código Civil, que hacen inoponible la enajenación al cónyuge no administrador.[81]

Se aprecia que, si bien Gamarra y Arezo coinciden en que los dos cónyuges deben otorgar el título y el modo, existen importantes diferencias entre ellos. Mientras para Gamarra los cónyuges forman una parte plurisubjetiva y la omisión de la conformidad de un cónyuge genera la nulidad del título —por ejemplo, una compraventa—, para Arezo esta es válida y se asimila a una compraventa de cosa ajena.

En el ámbito jurisprudencial, en 1982 el Tribunal de Apelaciones en lo Civil 4.º Turno[82] siguió la posición de Gamarra al sostener:

> El concurso de voluntad de ambos cónyuges que exige el art. 5 de la ley 10.783 para la enajenación de casa de comercio, forma el consentimiento de una parte plurisubjetiva, a cuya integración o concreción, ambas voluntades concurren con la misma relevancia jurídica y el mismo contenido, a tal extremo que el consentimiento no se forma, si falta cualquiera de ellas (Cfm. Gamarra Tratado … t X, p. 186) y se vicia el negocio por nulidad absoluta.

III. Crítica y replanteamiento de la posición de gamarra

De lo hasta aquí expuesto, se desprende que, con excepción de Gamarra, todos los autores citados consideran que el negocio otorgado sin la conformidad del cónyuge no administrador es válido, pero no se produce el efecto enajenación o gravamen, o al menos el efecto no es oponible al cónyuge omitido.

Si el negocio es válido y el problema radica en la eficacia, el consentimiento posterior del omitido subsana la situación, al igual que sucede en otros casos de validez pero ineficacia, como son el negocio representativo sin

79 Ídem, pp. 321 y 322.

80 Esa precisión la efectuó dicho autor en un informe realizado para la Comisión de Derecho Civil publicado en la *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay,* tomo 96, n.os 1-12, 2010, pp. 227-238.

81 Arezo Píriz, *Tratado de las particiones.* Montevideo: Asociación de Escribanos del Uruguay, 1997. tomo 2, pp. 321 y 322.

82 Tribunal de Apelaciones en lo Civil 4.º. Sentencia 81, de 31 de mayo de 1982 (Burella, Galagorri, Clavijo y Catalurda [d.]), suma publicada en el *Anuario de Derecho Civil Uruguayo,* tomo 13, p. 104.

poder (artículo 291 de la ley 18.362) o la compraventa (*rectius:* tradición) de cosa ajena (artículo 1681 del Código Civil). Desde esa perspectiva, sin lugar a dudas es viable otorgar la conformidad conyugal con posterioridad para subsanar una titulación.

Pero para Gamarra el vicio del negocio que genera la omisión de la conformidad de un cónyuge es estructural, ya que no se forma la parte plurisubjetiva que según él exige la ley, y como consecuencia sostiene que el negocio sería nulo.

Este autor, según veremos, deja abierta la posibilidad de que pueda admitirse una ratificación de acuerdo al artículo 1681 del Código Civil, si se cumple con el requisito de solemnidad previsto para el contrato que se ratifica.

Ese reconocimiento de la posibilidad de ratificar conduce a pensar que hay un error cuando se sostiene que, si los cónyuges forman una parte plurisubjetiva, la sanción por la omisión de la conformidad de un cónyuge es la nulidad absoluta.

Considero que si se siguiera esta posición (que no comparto, según expondré), en realidad la sanción no sería la nulidad absoluta, sino que estaríamos ante un negocio incompleto en vías de formación, que se perfecciona con la conformidad conyugal posterior.

A continuación, paso a desarrollar los fundamentos para sostener esta afirmación.

1. La categoría *negocio incompleto*

Enseña Betti[83] que existen negocios que consisten en un acto único (negocios simples) y otros que resultan de la fusión orgánica e inescindible de varios actos sin eficacia independiente (negocios complejos).

La complejidad es objetiva cuando todas las declaraciones encaminadas a regular la misma materia son del mismo sujeto, y subjetiva cuando las declaraciones o los comportamientos concernientes al mismo objeto son obra de dos o más sujetos. En este caso estamos ante un negocio subjetivamente complejo.

Explica también Betti que cuando estas declaraciones o comportamientos se hallan cronológicamente separados se tiene, además de un negocio complejo, un supuesto de formación sucesiva.

Por su parte, señala Díez Picazo[84] que, en los supuestos de formación progresiva de un contrato, este no es consecuencia de un solo acto, sino de una serie de actos producidos con un intervalo de tiempo, en los cuales

83 Betti, Emilio. *Teoría del negocio jurídico.* 2.ª ed. Madrid: ed. Revista de Derecho Privado, pp. 221-222.

84 Díez Picazo, Luis. *Fundamentos de derecho civil patrimonial.* 6.ª ed. Madrid: Thompson Civitas, 2011, vol. 1, p. 310.

pueden intervenir las mismas partes o también otras personas que coadyuvan a obtener la finalidad perseguida.

Sostiene dicho autor que en esta categoría pueden englobarse fenómenos diferentes, como aquellos casos en que al consentimiento de las partes debe añadirse para la perfección del contrato la declaración de un tercero, que actúa como presupuesto de eficacia o complemento de capacidad (asentimiento, autorización, etcétera).

De lo expuesto por los autores citados se deduce que los casos en que una de las partes del negocio se integra por dos personas que forman una voluntad colectiva son supuestos de negocios subjetivamente complejos y, además, si las voluntades se otorgan de manera progresiva estaremos ante un negocio de formación sucesiva.

Durante el intervalo que va da desde la emisión de la primera voluntad hasta que se otorga la última estamos ante un negocio incompleto, ya que todavía no se ha formado pero puede llegar a hacerlo.

2. La tesis de la parte plurisubjetiva y el negocio incompleto

Gamarra[85] desarrolla su posición de la siguiente manera:

> Si se trata por ejemplo de vender un bien inmueble ganancial, el consentimiento de la parte vendedora debe integrarse con las voluntades concordes de los dos cónyuges; *este es un caso de parte plurisubjetiva, donde las voluntades se unifican sobre la base de un interés común.*
>
> No se trata de la aprobación o autorización otorgada por uno de los cónyuges al contrato que realice el otro. Lo cual no es posible, porque la ley exige un concurso de voluntades («la conformidad expresa de ambos cónyuges) que se colocan en un mismo plano jurídico […].
>
> Por consiguiente, *el contrato es nulo sin el concurso de la voluntad de ambos cónyuges.* Las dos voluntades de los esposos concurren con la misma relevancia jurídica y tienen el mismo contenido. *El consentimiento no se forma si falta cualquiera de ellas.*
>
> Se trata de una parte plurisubjetiva (esto es integrada por varios sujetos que deben manifestar su propia voluntad) en la cual son comunes los intereses (de estos sujetos que forman la parte). *Para esta hipótesis la doctrina habla de acto colectivo. En realidad aquí es como si existiere un solo interés, que es el interés del grupo.* […].[86]

En lo escrito por Gamarra es posible observar que su pensamiento está focalizado en explicar el modo en que deben expresar su voluntad los cónyuges (ambos deben otorgar el título y el modo) y que si falta una conformidad el consentimiento contractual no se forma.

Pero Gamarra no se detiene a analizar la sanción que provoca la omisión de la conformidad de un cónyuge; solo dice que el contrato es nulo,

85 Gamarra, Jorge. *Tratado de derecho civil uruguayo,* 5.ª ed. act. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2001, tomo 10, p. 205.

86 Los destacados son del autor de este trabajo.

sin siquiera explicar de qué tipo de nulidad se trata. Al sostener que el consentimiento no se forma, la nulidad no puede ser relativa, por eso otros autores[87] han interpretado que, de acuerdo al pensamiento de Gamarra, la nulidad sería absoluta. En efecto, eso es lo que da a entender este autor cuando expresa que es nulo, y es ahí donde creo que hay una incoherencia en lo que ha escrito.

La tesis de la nulidad absoluta del acto implica un obstáculo que no se puede superar. Si fuera absolutamente nulo, el negocio no se subsanaría mediante ratificación (artículo 1581 del Código Civil). Pero ¿cómo es posible en un sistema coherente que una compraventa de cosa totalmente ajena pueda ratificarse por el dueño (artículo 1681 del Código Civil), pero cuando un cónyuge vende un bien ganancial que le pertenece con omisión de la conformidad del otro cónyuge no sea admisible la ratificación?

Gamarra[88] intenta eludir el obstáculo al manifestar que la situación no se debe comparar con la venta de cosa ajena porque una cosa es el régimen jurídico de ese contrato y otra muy distinta el de la situación que estamos analizando.

Sin embargo, en la interpretación de las normas debe buscarse la armonía de todas sus partes (artículo 20 del Código Civil), y es evidente que en un análisis lógico sistemático es incoherente sostener que la compraventa de cosa ajena pueda ratificarse y la compraventa de un bien ganancial por el cónyuge administrador no pueda ser ratificada por el otro.

Desde un punto de vista axiológico, considero que esa incoherencia surge porque se vulnera el principio de proporcionalidad, en su sentido de prohibición de la excesividad, que según Larenz[89] es un principio del derecho justo que deriva inmediatamente de la idea de justicia.

Es excesivo sostener que, a pesar de no existir norma expresa, el negocio otorgado sin la conformidad del cónyuge no administrador es absolutamente nulo, porque con ello se impediría que pueda ser ratificado, y eso sería una medida totalmente desproporcionada en un sistema en el cual la compraventa y tradición de una cosa ajena admite ratificación. La desproporción demuestra que la sanción sería injustificada.

Por eso el contexto del Código Civil no le deja a Gamarra otra opción que reconocer:

87 Véase la nota 76.

88 Gamarra, Jorge. *Tratado de derecho civil uruguayo,* 5.ª ed. act. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2001, tomo 10, p. 208: «Una cosa es la venta de cosa ajena, y su régimen jurídico y otra muy distinta el problema que estamos examinando. Aquí se trata de saber si el marido (o la esposa) puede celebrar por sí solo la venta de un inmueble ganancial, y si basta para operar el traspaso de la propiedad la ulterior conformidad del otro cónyuge a la tradición (conformidad que está libre de solemnidades, siendo suficiente con que sea expresa). Los argumentos que acaban de exponerse me inclinan a responder negativamente a esa pregunta».

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

> A lo sumo podría admitirse una ratificación de acuerdo al art. 1681, pero este acto, debe observar el requisito de solemnidad —la escritura pública— previsto para el contrato que se ratifica.[90]

Nótese que, ante el aprieto, lo que le importa a Gamarra es mantener su idea de que el consentimiento del cónyuge no administrador debe ser otorgado de igual manera que el del otro cónyuge, lo cual incluye cumplir con la solemnidad. Su tesis se centra en eso, no en la sanción, a tal punto que deja abierta la posibilidad de ratificar, lo cual en forma tácita significa una renuncia a considerar que la nulidad absoluta sea la sanción por la omisión.

Pero entonces, ¿cuál sería la sanción adecuada si se siguiera esta tesis?

Gamarra afirmó que las dos voluntades de los esposos concurren con la misma relevancia jurídica y que el consentimiento no se forma si falta cualquiera de ellas. La pregunta ahora es: ¿qué sucede si el consentimiento no se forma? La respuesta nos la da el mismo autor en otro de sus trabajos,[91] cuando expresa:

> Puesto que los elementos esenciales son los componentes del contrato mismo, el consentimiento es un elemento constitutivo, que no puede faltar nunca; vale decir, es un elemento que se requiere para que el contrato pueda perfeccionarse.

Es así que, según Gamarra, el consentimiento es un elemento que se requiere para que el contrato pueda perfeccionarse, lo cual significa que si no hay consentimiento el contrato no se ha perfeccionado.

Ahora, el contrato no perfeccionado ¿puede calificarse como nulo?

La respuesta también nos la da Gamarra,[92] cuando estudia los negocios en curso de formación y expresa:

> El contrato puede formarse progresivamente; en tanto que el proceso de formación no esté cumplido totalmente son improcedentes las calificaciones de validez o nulidad […] Se habla, entonces, de negocio incompleto, para referirse a un negocio que todavía no está formado, pero que puede llegar a formarse.
>
> Lo que distingue esta especie de los casos de nulidad absoluta (o de nulidad absoluta o inexistencia) es que en la nulidad absoluta o en la inexistencia la situación ya está definida por completo. […]. En cambio, en el llamado negocio incompleto media incertidumbre acerca del perfeccionamiento del contrato; no se sabe si éste llegará o no a formarse.

Luego de lo expuesto me pregunto: ¿puede haber alguna duda de que si seguimos la posición de Gamarra el negocio sería incompleto y no nulo?

90 Gamarra, o. cit., tomo 10, p. 208.

91 Ídem, 4.ª ed. amp., 2006, tomo 11, p. 239.

92 Ídem, 3.ª ed., 1990, tomo 16, p. 44.

¿Qué mejor ejemplo para diferenciar al negocio incompleto de la nulidad absoluta que esta situación? Ambos cónyuges forman una parte plurisubjetiva, pero se omite el consentimiento de uno de ellos; por lo tanto, el negocio todavía no se ha formado, pero puede llegar a formarse si se obtiene el consentimiento con posterioridad. La situación todavía no está definida; por eso el negocio no es absolutamente nulo ni inexistente. Por el contrario, el negocio es incompleto, porque media incertidumbre acerca de si llegará o no a formarse.

Es así que, *si se entiende,* como lo hace Gamarra, *que los dos cónyuges forman una parte plurisubjetiva y el consentimiento no se forma si falta una de esas voluntades, dicha omisión impide provisoriamente la formación del contrato, pero no estaremos ante un negocio nulo, sino ante un negocio en vías de formación, un negocio incompleto.*

Ubicando la sanción en el negocio incompleto, el pensamiento de Gamarra podrá compartirse o no, pero adquiere coherencia. Los cónyuges forman una parte plurisubjetiva; en caso de omisión de la conformidad del cónyuge no administrador el negocio es incompleto y puede completarse con la ratificación posterior del cónyuge omitido, la cual deberá cumplir el mismo requisito de solemnidad previsto para el acto que ratifica.

Aclaro: no estoy diciendo que la posición de Gamarra sea correcta, sino que, ubicada en el negocio incompleto, es coherente.

3. La analogía con el pensamiento de Mitteis respecto al negocio representativo sin poder

Si los cónyuges forman una parte plurisubjetiva y entre ambos realizan un acto colectivo, es posible ver una analogía entre esta situación y la del negocio representativo sin poder, desde la visión que defendió Gamarra con anterioridad a la vigencia de la ley 18362.

Antes de dicha ley se discutía si el negocio representativo sin poder era nulo, válido pero ineficaz o incompleto. La tesis de la nulidad era descartada por razones que no desarrollaré ahora,[93] pero la polémica se centraba en si se trataba de un negocio incompleto o de un negocio completo y válido pero ineficaz.

La tesis que exponía que el negocio era incompleto fue desarrollada por Mitteis, quien sostenía que en la formación del negocio representativo interviene tanto el representante como el representado. Se trataba,

93 Sánchez Fontans, José. *Capacidad y legitimación en derecho contractual.* Montevideo: Universidad de la República, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, 1953, p. 502: «Antes de la ratificación, el contrato es ineficaz pero no inválido. Evidentemente no se trata de una nulidad absoluta, porque ésta no es susceptible de ratificación, ni de una nulidad relativa o anulabilidad, porque el contrato anulable produce efectos, hasta tanto la nulidad sea judicialmente declarada».

según dicho autor, de una voluntad colectiva formada por dos voluntades singulares que conforman un acto jurídico complejo.

En el negocio representativo sin poder, para esa posición falta la voluntad del representado, que es una de las voluntades singulares necesarias para formar la voluntad colectiva, y en consecuencia el negocio no se completaba hasta que sobreviniera la ratificación del representado. El negocio se comienza a formar con la voluntad del representante, pero recién se formará una vez que el representado manifieste su voluntad.

Esta posición fue seguida por un autor italiano llamado Graziani, cuyo pensamiento siguió Gamarra.[94]

Es evidente la similitud entre la teoría de la voluntad colectiva formada por representante y representado, con la cual simpatizaba Gamarra, y su pensamiento con relación a la exigencia de la conformidad expresa de ambos cónyuges, y ahí es donde se puede apreciar la analogía en cuanto a la sanción por la omisión de un consentimiento.

Así como para la tesis que sostenía que representante y representado formaban una voluntad colectiva en el negocio representativo, y que en caso de omisión de la voluntad del representado el negocio no era absolutamente nulo sino que era incompleto y se perfeccionaba con la ratificación del representado, si se entiende que ambos cónyuges forman una parte plurisubjetiva, la omisión de la conformidad del cónyuge no administrador provocaría la misma sanción y solución: el negocio se encuentra incompleto y se perfecciona con la ratificación del cónyuge omitido.

El análisis comparativo nos conduce al mismo resultado al que llegamos antes: si fuera correcto que la ley coloca a los cónyuges en un plano de igualdad y que ambos forman una voluntad colectiva, el contrato otorgado con omisión de la conformidad del cónyuge no administrador no sería absolutamente nulo, sino un negocio incompleto que se perfecciona con la voluntad posterior del cónyuge omitido.

94 Gamarra expresa (*Tratado de derecho civil uruguayo,* tomo 15. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria 3.ª ed., 3.ª reimpr., 2004, tomo 15, p. 182): «En la primera edición del tomo I de este Tratado, se prefirió la posición de Graziani en la materia, que recibió la posterior adhesión de Russo de Cerame. Según Graziani, antes de la ratificación el negocio estaba incompleto; la ratificación aporta una de las declaraciones de voluntad que son necesarias para que el negocio llegue a existir; integra pues, un elemento esencial del negocio.

»Esta doctrina recoge la parte positiva de la tesis de la nulidad y permite, al mismo tiempo, salvar las objeciones que se le dirigen (supra 5). No estamos ante un caso de nulidad absoluta, puesto que si tal fuera, la ratificación resultaría improcedente, sino frente a un contrato al que le falta un elemento esencial para perfeccionarse. Cuando ese elemento esencial interno se agrega a los que ya están presentes, el negocio de gestión se forma».

4. Importancia de la crítica y replanteamiento de la posición de Gamarra

¿Por qué es importante la crítica y el replanteamiento realizado? Porque para todas las demás posiciones el negocio otorgado con la omisión de la conformidad del cónyuge no administrador es válido y sin dudas es posible subsanar la titulación obteniendo con posterioridad la conformidad omitida.

Pero la tesis de Gamarra generaba la duda porque, si bien dejaba entrever que la ratificación era posible, nos hablaba de nulidad y eso significaba una contradicción.

Ubicada la sanción en el negocio incompleto se supera esa contradicción, y queda claro —cualquiera sea la posición que se siga, incluso la del mencionado autor— que es posible subsanar la situación a través de la conformidad conyugal posterior.

IV. Relevancia de considerar que el negocio es incompleto o completo con relación a la conformidad conyugal posterior

De acuerdo con lo expuesto, ya sea que se considere que se trata de un negocio incompleto o de un negocio completo y válido aunque sin que se produzca el efecto enajenación o gravamen, es viable subsanar la titulación a través de la conformidad conyugal posterior.

Sin embargo, es relevante determinar si el acto celebrado es incompleto o completo y válido, entre otras cosas para conocer hasta qué momento es posible acudir a la conformidad posterior. Ello por cuanto los requisitos de validez de un negocio deben considerarse en el momento en que este se perfecciona.

Al respecto, Betti[95] explica que en el negocio subjetivamente complejo los presupuestos de validez de los singulares actos constitutivos deben persistir inalterados hasta la perfección de negocio complejo;[96] en cambio, en el negocio bajo condición algunos requisitos de validez, como la capacidad de obrar y la existencia del sujeto, deben existir en el acto por el que el negocio se realiza, y es irrelevante, en principio, su desaparición posterior. Ello se debe a que el primero es un negocio en devenir, mientras que el segundo es un negocio que se encuentra ya completo y solo son diferidos sus efectos.

95 Betti, Emilio. *Teoría del negocio jurídico.* 2.ª ed. Madrid: ed. Revista de Derecho Privado, p. 387.

96 Esta regla la podemos apreciar en el artículo 1268 del Código Civil, que dispone: «Será de ningún efecto la propuesta, si una de las partes falleciere o perdiere su capacidad de contratar: el proponente antes de haber sabido la aceptación y la otra parte antes de haber aceptado».

Aplicando lo expuesto al tema sometido a estudio, si se sostiene que se trata de un negocio incompleto y alguno de los sujetos que lo otorgaron fallece o se incapacita después de otorgada la compraventa pero antes de que sobrevenga la conformidad conyugal omitida, ese fallecimiento o incapacidad impediría que la conformidad conyugal posterior lo formara válido; por tanto, no lograría la eficacia.

En cambio, si el negocio ya se había perfeccionado y era válido pero se encuentra sujeto a condición el efecto enajenación o gravamen, una vez obtenida la conformidad conyugal adquiriría plena eficacia, aunque alguno de esos sujetos hubiera fallecido o se hubiera incapacitado.

Es por ello que debemos continuar la investigación, a los efectos de determinar si el negocio en el cual se omitió la conformidad conyugal es incompleto o completo y válido aunque con el efecto enajenación suspendido.

V. Análisis personal de «la conformidad expresa de ambos cónyuges»

1. No es posible que los dos cónyuges expresen su conformidad; deben expresar su voluntad

Según el *Diccionario* de la Real Academia Española,[97] la palabra *conformidad,* entre otras acepciones, significa «asenso, aprobación».

La palabra *asenso* significa «acción y efecto de asentir», y esta, «admitir como cierto o conveniente lo que otra persona ha afirmado o propuesto antes».

A su vez, la palabra *aprobación* significa «acción y efecto de aprobar», entre cuyas acepciones figuran «calificar o dar por bueno o suficiente algo o a alguien» o «asentir a una doctrina o una opinión».

Se aprecia que los términos coinciden en que todos son un acto de aceptación de lo que otro hace.

La ley exige la «conformidad expresa de ambos cónyuges», pero esa expresión contiene un error semántico, ya que, si la conformidad (aprobación-asentimiento) implica una aceptación de lo que otro hace, no es posible que los dos la otorguen. Alguno tiene que realizar ese acto al cual se adhiere la persona que otorga la conformidad.

El significado razonable del texto es que los dos cónyuges expresen su voluntad de enajenar o de gravar el bien, no que los dos otorguen la conformidad, ya que eso no es posible.

El tema a dilucidar es de qué manera deben expresar su voluntad. No surge del texto que la ley exija que la forma de expresar la voluntad de cada cónyuge deba ser igual, ni tampoco que los dos cónyuges formarán

97 Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española.* 23.ª ed., 2014. Disponible en ‹dle.rae.es›.

una parte plurisubjetiva. Tampoco surge en forma expresa que uno deba otorgar el título y el otro dar su conformidad como un acto externo. Todas esas interpretaciones son tan solo construcciones doctrinarias que intentan explicar el texto.

A continuación expondré mi visión sobre el tema.

2. La interpretación de las normas dentro de la regulación

Larenz[98] ha sostenido 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 la misma línea, Eros Grau ha enseñado que el derecho no se interpreta por partes sino en su totalidad, y que la norma no se interpreta aisladamente sino considerada en relación con la posición que ocupa en el conjunto del ordenamiento jurídico. También explica que la interpretación del derecho se desarrolla en tres contextos: el lingüístico, el sistémico y el funcional. En el contexto lingüístico se analiza la semántica de los enunciados, pero el significado normativo de cada texto solamente puede detectarse cuando se analiza en el contexto del sistema, para después afirmarse plenamente en el contexto funcional.[99]

Considero que lo expuesto es aplicable al derecho uruguayo, y su fundamento legal se encuentra en el artículo 20 del Código Civil, que 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».

Por eso, para comprender qué significa «la conformidad [voluntad] expresa de ambos cónyuges», debemos analizar el texto en la regulación en la cual el artículo se inserta, y especialmente cómo funcionaría cada una de las posiciones que la doctrina uruguaya expone, en el contexto de la sociedad conyugal.

Comenzaremos por analizar la naturaleza jurídica de la sociedad conyugal y, más concretamente, quién es el propietario de los bienes durante su vigencia.

3. ¿Quién es el propietario de los bienes gananciales?

El régimen económico que regula las relaciones patrimoniales entre los cónyuges puede surgir de la voluntad de estos, en caso de que hayan otorgado capitulaciones matrimoniales; de la ley, en caso de que no lo hayan

98 Citado por Anido Bonilla, Raúl. «De la eficacia del documento notarial». *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*. Tomo 89, n.os 1-12, 2003, p. 183.

99 Grau, Eros. *Interpretación y aplicación del derecho*. Madrid: Dykinson, pp. 110 y 111.

hecho, o a través de una sentencia judicial, como sucede con la separación judicial de bienes.

En este trabajo se analiza el régimen matrimonial legal.

Hay uniformidad en doctrina y jurisprudencia nacional en cuanto a que el régimen matrimonial legal uruguayo, desde la ley 10783, de 1946, es el llamado *de participación en los gananciales* o *comunidad diferida.*[100]

Este régimen se caracteriza por que durante la vigencia de la sociedad conyugal funciona como un régimen de separación de bienes y a partir de la disolución se liquida como un régimen de comunidad, para luego dividirse las ganancias por mitades.

Ello se desprende con claridad de los artículos 1970 y 1975 del Código Civil, los cuales consagran la administración y responsabilidad separada durante la vigencia de la sociedad conyugal, y del artículo 2010 del Código Civil, del cual surge que el fondo líquido de gananciales se dividirá por mitades.

Las diferentes posiciones doctrinarias surgen a la hora de señalar cuál es la naturaleza de la sociedad conyugal o, más concretamente, quién es el propietario de los bienes durante la vigencia de la sociedad conyugal.

Al respecto se destacan dos posiciones:

3.1. Teoría de la copropiedad desde la adquisición

Parte de la doctrina nacional sostiene que cuando un cónyuge adquiere un bien ganancial, desde la propia adquisición y en virtud de la sociedad conyugal que existe entre los cónyuges, este se encuentra en copropiedad entre ellos.

Según Vaz Ferreira, esta copropiedad se rige fundamentalmente por las reglas de la *comunidad de mano común,* de origen germano.[101]

Durante la vigencia de la sociedad conyugal, la copropiedad se caracteriza por la inexistencia de cuotas. Cada cónyuge no tiene una medida de participación determinada sobre cada uno de los bienes, sino que el derecho permanece uniforme.

A pesar de que ya existe la copropiedad, durante ese período el régimen funciona como si fuera de separación y los cónyuges tienen facultades de ad-

100 A vía de ejemplo: Vaz Ferreira, o. cit., pp. 111-112; Carozzi Failde, Ema, *Manual de la sociedad conyugal.* 3.ª ed. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1999, p. 28; Nicoliello, Nelson, *Régimen patrimonial y liquidación de los bienes de la sociedad conyugal,* Montevideo: Julio César Faira, p. 20; Trobo Cabrera, Gonzalo Mario, *Regímenes de sociedad de gananciales español y de la sociedad conyugal uruguaya,* Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2012, p. 77.

101 Vaz Ferreira, o. cit., p. 298, sostiene: «En nuestro derecho ambos cónyuges son copropietarios de todos los gananciales y sus derechos se rigen fundamentalmente por las reglas germanas de la copropiedad de mano común».

ministración y responsabilidad separadas. Sin embargo, para determinados actos importantes la ley exige la voluntad expresa de ambos cónyuges.

Los efectos prácticos más importantes de esta comunidad recién se van a poner de manifiesto al disolverse la sociedad conyugal, momento a partir del cual surgen las cuotas, la administración conjunta y el destino de liquidación, y es en ese sentido que se trata de un régimen de comunidad diferida. Esa situación justifica el término *indivisión poscomunitaria,* ya que la comunidad existía desde antes de la disolución.

3.2. Inexistencia de comunidad durante la vigencia de la sociedad conyugal

Otra parte de la doctrina nacional[102] sostiene que la sociedad conyugal funciona durante su vigencia como un sistema de separación; por tanto, cuando un cónyuge adquiere un bien de carácter ganancial, él es su propietario exclusivo.

El calificativo de *ganancial* no crea una comunidad jurídica inmediata sobre el bien. Sin embargo, produce una especie de limitación a la propiedad exclusiva del adquirente, que consiste en que, si ese bien continúa en su patrimonio al momento de la disolución de la sociedad conyugal, pasará a formar parte de la comunidad que surgirá en ese momento, y por lo tanto será copropiedad de ambos cónyuges.

De la misma manera que *deudor* es solo el cónyuge que contrae la deuda, sin perjuicio del calificativo de *propia* o *social* que esta tenga, *propietario* es el cónyuge que adquiere el bien, sin perjuicio del calificativo de *propio* o *ganancial* que este tenga.

El cónyuge no adquirente no tiene un derecho actual de copropiedad sobre el bien, sino que tiene una expectativa de ser copropietario en el futuro, si ese bien continúa en el patrimonio del cónyuge adquirente al momento de la disolución de la sociedad conyugal.

Rubbo[103] lo explica al manifestar que, vigente la sociedad conyugal, el título adquisitivo determina: a) la propiedad, pura y simple, del cónyuge adquirente, y b) la propiedad sometida a condición suspensiva del cónyuge no adquirente.

La propiedad exclusiva del adquirente es lo que justifica que exista un régimen de administración y responsabilidad separada. A su vez, esa expectativa del cónyuge no adquirente es lo que justifica que existan algunas

102 Entre los autores que sostienen que la comunidad nace recién con la disolución de la sociedad conyugal y no desde el momento mismo de la adquisición encontramos a Anido, Raúl, en el IV Ciclo de Encuentros Técnicos Regionales, Río Negro, 1996; Rubbo, o. cit., p. 103 ss.; Domínguez Gil, Daniel, «Responsabilidad de los cónyuges por deudas cuasicontractuales. Relevancia de la naturaleza jurídica de la sociedad conyugal», *Anuario de Derecho Civil Uruguayo,* tomo 31, p. 913.

103 Rubbo, o. cit,, p. 104.

limitaciones a las facultades de disposición del otro cónyuge con respecto a ciertos bienes que la ley consideró de alto valor.

Domínguez Gil[104] afirma que nuestra sociedad conyugal no solo *funciona,* sino que *es* un régimen de verdadera separación de bienes, sujeto sí a ciertas reglas de control de un cónyuge sobre la gestión del otro. Reglas que se justifican no porque exista una comunidad de bienes durante la vigencia del régimen, sino por el estado de indivisión que la propia ley crea al tiempo de la disolución.

Anido[105] sostiene que la indivisión que nace al momento de la disolución debería llamarse *comunidad posganancial* y no *indivisión poscomunitaria,* ya que la comunidad jurídica recién surge a partir de la disolución.

4. Análisis de la voluntad de ambos cónyuges en el funcionamiento de la sociedad conyugal si se sostiene que los dos son copropietarios

Señala Vaz Ferreira[106] que en la sociedad conyugal conviene distinguir cuatro grupos de bienes: propios de un cónyuge, propios del otro, gananciales administrados por un cónyuge y gananciales administrados por el otro. Arezo distingue cinco grupos de bienes, ya que incluye también los gananciales administrados por ambos.[107]

Si consideramos en forma global quién administra los bienes (artículo 1970 del Código Civil) y el régimen de persecución de los acreedores (artículo 1975) durante la vigencia de la sociedad conyugal, esos cinco grupos de bienes podemos clasificarlos en dos más generales: uno integrado por los subgrupos de propios y gananciales que administra un cónyuge, y otro integrado por los subgrupos de propios y gananciales que administra el otro.

Esto responde a que, como ha expresado el Tribunal de Familia 2.º,[108] durante la vigencia de la sociedad conyugal existen dos masas distintas, sometidas cada una a una administración independiente y que soportan

104 Domínguez Gil, o. cit., p. 913.

105 Anido, Raúl. «Contratos modernos: tiempo compartido y multipropiedad (clubes de campo, barrios residenciales, ley de centros poblados)». En: Anido, Raúl; Cedrés, Elba; Yglesias, Arturo. *Encuentro Técnico Regional de Río Negro.* Montevideo: Asociación de Escribanos del Uruguay, 1996, pp. 1-14. 6.º Ciclo de Encuentros Técnicos Regionales (Fray Bentos: 25 mayo 1996).

106 Vaz Ferreira, o. cit., p. 305.

107 Arezo Píriz, Enrique. «Sociedad conyugal: bienes propios y gananciales. Subrogación de propios», *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay,* tomo 89, n.os 1-12, 2003, p. 241.

108 Tribunal de Familia de 2.º Turno. Sentencia 179, 30 de julio de 2008 (Cantero [red.], Silbermann y Pérez Manrique), *Anuario de Derecho Civil Uruguayo,* tomo 39, p. 589.

un pasivo diferente. Explica dicho tribunal (siguiendo a Vaz Ferreira[109]) que durante la vigencia de esa sociedad la comunidad se descompone en dos masas, una confundida con el patrimonio de un cónyuge y la otra con el del otro, y las dos masas quedan separadas hasta el punto de hacerse posibles relaciones jurídicas entre ellas.

De lo expuesto se aprecia que, aunque se sostenga que ambos cónyuges son copropietarios de los bienes gananciales desde la propia adquisición, durante la vigencia de la sociedad conyugal el régimen funciona como uno de separación. Esto significa que funciona como si no existiera una masa común.

De ese funcionamiento separado es posible apreciar un principio: durante la vigencia de la sociedad conyugal la masa general de bienes propios y gananciales que administra un cónyuge es autónoma de la masa general de bienes propios y gananciales que administra el otro. Cada masa general tendrá un valor independiente de la otra.

En virtud de ese principio, aquel cónyuge que con el producido de la masa general de propios y gananciales que administra hace ingresar un bien con carácter de ganancial será quien lo administra (artículo 1970 del Código Civil) y, por tanto, también ese bien responderá frente a sus acreedores, y no frente a los acreedores del otro cónyuge (artículo 1975 del Código Civil).

Dentro de ese régimen procuramos comprender el significado de los artículos 1971 del Código Civil y 27 de la ley 16871.

Dicho esto, analizaremos cómo funcionaría la voluntad expresa de ambos cónyuges como parte plurisubjetiva dentro del funcionamiento de la sociedad conyugal.

Tomemos como hipótesis que un cónyuge, llamado A, enajena un bien propio a título oneroso y con el dinero obtenido adquiere otro que tendrá naturaleza ganancial; por ejemplo, una valiosa obra de arte.

Si observamos esa masa general de bienes compuesta de propios y gananciales administrados por el cónyuge A, advertiremos que el valor (propio) que salió de esa masa fue subrogado por un valor que ingresó (dinero ganancial), y este a su vez fue subrogado por el valor de la obra de arte comprada (ganancial), siempre permaneciendo en esa masa general de bienes.

Como consecuencia, la masa general mantuvo su valor, sin perjuicio de las modificaciones que se produjeron entre los subgrupos de propios y gananciales.[110] El cónyuge A administrará el bien que hizo ingresar y sus acreedores mantendrán el mismo valor patrimonial que garantizaba sus

109 Vaz Ferreira, o. cit., p. 299.

110 Esa modificación tendrá trascendencia al momento de la disolución y liquidación de la sociedad conyugal porque genera una recompensa a favor del cónyuge (artículo 1968 del Código Civil), pero eso no interesa a los efectos del tema analizado.

créditos, aunque se concreten en bienes distintos.[111] El funcionamiento de la sociedad conyugal como si fuera un régimen de separación permanece intacto.

Supongamos que ese cónyuge A luego enajena a título oneroso esa valiosa obra de arte (ganancial), para lo cual no necesita la conformidad de su cónyuge, y con el dinero que obtiene compra un terreno (ganancial).

De nuevo, el valor de la masa general de bienes compuesta por los propios y gananciales que administra A mantiene su valor. El cónyuge A administrará el bien que ingresó y sus acreedores mantendrán el mismo valor patrimonial que garantizaba sus créditos, aunque se concreten en bienes distintos. El régimen como si fuera de separación se mantiene.

Pero ¿qué sucede si luego A decide permutar ese terreno por otro?

En virtud del artículo 1971 del Código Civil, para enajenar el inmueble se requiere la conformidad expresa de ambos cónyuges.

Si a la voluntad de cada uno de los cónyuges le asignamos el mismo significado —esto es, que ambos deben consentir el título y el modo formando una parte plurisubjetiva, es decir, los dos permutan y los dos otorgan la tradición—, también los dos adquirirán el terreno que reciben a cambio.

De esta forma se destruye la autonomía del valor de la masa general de bienes propios y gananciales que administra un cónyuge con el valor de la masa del otro, y con ello se quiebra el funcionamiento de la sociedad conyugal como un régimen de separación.

Veámoslo con números.

Supongamos que cada uno de los terrenos permutados tenía un valor de 1000. Si los dos cónyuges otorgan la permuta como una parte plurisubjetiva, los dos se obligan a transferir un bien a cambio de que la contraparte les transfiera otro bien a los dos. Como consecuencia, de la masa de bienes que administraba A sale un valor de 1000, pero solo ingresa un valor de 500, mientras que de la masa de bienes que administraba el otro cónyuge (B) no sale ningún valor pero ingresan 500.

Incluso por esos 500, el cónyuge A ni siquiera tendría un crédito a favor de su masa de gananciales contra la de B, ya que, si la ley exige que los dos otorguen el título y el modo por ser ambos copropietarios, también permite que el valor del bien que ingresa a cambio lo haga por mitades.[112]

111 Ello sin perjuicio de las variaciones que se producen en la cotización de los bienes.

112 Aclaro esa situación porque, según explica Eduardo Vaz Ferreira (o. cit., p. 578), durante la vigencia de la sociedad conyugal pueden surgir créditos de los cónyuges contra la comunidad o viceversa, créditos del capital propio de cada cónyuge contra el capital del otro y créditos del capital ganancial administrado por un cónyuge contra el capital ganancial administrado por el otro. Un ejemplo de este último se da cuando, durante la vigencia de la sociedad conyugal, uno de los cónyuges presta dinero ganancial al otro. En el caso que expongo no se genera un crédito entre esas dos masas por la razón mencionada.

Este desbalance se produce por actuar como una parte plurisubjetiva y repercute en los bienes que administra cada cónyuge y en el derecho de persecución de los acreedores.

Si solo el administrador otorga el título y el modo, el bien que ingresa será administrado por él y podrá, por ejemplo, arrendarlo sin intervención del no administrador, con lo cual se mantiene la administración separada. En cambio, si los dos forman una parte plurisubjetiva, el bien que ingresa será administrado por ambos y la decisión de arrendar deberá ser tomada por los dos, con lo que se desvirtúa el funcionamiento de la sociedad.

La actuación como una *parte plurisubjetiva* también repercute en los acreedores.

Supongamos que el único bien que tenía A era el terreno que permutó y tenía una deuda de 800. Su acreedor antes de la permuta tenía como garantía de su crédito un valor de 1000 con el cual podía satisfacerlo, pero como resultado de sostener que los cónyuges forman una parte plurisubjetiva pasa a tener como garantía solo 500, lo cual es insuficiente para cobrarse.[113]

113 Un análisis similar al aquí planteado pero referido a una compraventa y no a una permuta efectúa Ema Carozzi para criticar la tesis de la parte plurisubjetiva (o. cit., 6.ª ed., pp. 225 ss., y *Ley de Unión Concubinaria. Reformas en el derecho de familia y sucesorio,* Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2008, pp. 110 y 111).
En su análisis, esta autora critica la tesis de la parte plurisubjetiva y explica que, si los dos cónyuges vendieran un bien integrando una misma parte, entonces el comprador debería el precio a los dos cónyuges, y ese precio ingresaría al patrimonio de cada uno de ellos en un porcentaje que se supone sería 50% para cada uno. Hasta ahí adhiero a lo expuesto por esta autora.
Pero luego considera que sostener esa posición indirectamente conduce a que se vulneren las normas sobre legitimación recepticia o poder normativo negocial entre cónyuges (o concubinos) por implicar una transferencia de bienes de un cónyuge al otro, o a una partición parcial y anticipada de bienes gananciales o concubinarios, o bien a que se adopte la anómala concepción de una parte contractual plurisubjetiva en la que ambos integrantes se obligan, pero solo uno de ellos contrae derechos.
Creo que el planteamiento es muy interesante y comparto su crítica a la tesis de la parte plurisubjetiva, pero no coincido en que sostenerla conduzca indirectamente a una partición parcial anticipada de bienes ni a una transferencia de bienes de un cónyuge al otro que vulnere las normas sobre legitimación recepticia o poder normativo negocial.
La razón es que la tesis de la parte plurisubjetiva solo puede tener viabilidad dentro de la teoría que sostiene que, si bien la sociedad conyugal funciona como separación, durante su vigencia los bienes son copropiedad de ambos (ya sea germana o romana).
Y si se sostiene que ambos son copropietarios, no puede hablarse de partición parcial anticipada, porque el bien que ingresa continúa en comunidad, aunque sea dinero. Tampoco puede hablarse de transferencia de bienes, ni siquiera en forma indirecta, porque ya ambos eran copropietarios del bien que sale.
Habría, sí, una modificación en la titularidad (pero no en la propiedad), en el sentido de que el titular del bien que sale era uno y del bien que ingresa son los dos, y esa modificación provoca una alteración en el régimen de administración de los bienes, contraria al funcionamiento de la sociedad conyugal, que repercute en los cónyuges y en los acreedores.
Es esa desarmonía (y no una supuesta partición parcial o transferencia de bienes) la que demuestra que la tesis de la parte plurisubjetiva es incorrecta.

Por otra parte, los acreedores de B, injustificadamente y en desmedro del acreedor de A, pasan a incrementar su garantía en un valor de 500.

Como se aprecia, el contexto funcional de la sociedad conyugal demuestra que, si el significado de la conformidad expresa de ambos cónyuges fuera que los dos formen una parte plurisubjetiva, se destruye el principio de que durante la vigencia de la sociedad conyugal el régimen funciona como separación.

Esto porque una parte del valor que estaba en la masa de bienes administrada por un cónyuge, y que salió en virtud del negocio otorgado, en el intercambio ingresa a la masa de bienes administrada por el otro, lo cual destruye la autonomía de ambas masas y repercute en el régimen de administración de los bienes y en el derecho de persecución de los acreedores.

Rivero y Ramos[114] han señalado que la interpretación de Vaz Ferreira guarda equilibrio con las normas de funcionamiento de la sociedad conyugal; en cambio, si se acepta que el cónyuge no administrador presta su consentimiento se podría desvirtuar la regla del artículo 1975, disminuyendo con ello la masa de gananciales del cónyuge administrador del bien.

Coincido con ello y agrego que, más que «podría desvirtuar la regla del artículo 1975», considero que efectivamente la desvirtúa, y lo mismo sucede con el derecho del cónyuge que administraba el bien que sale, a administrar en exclusividad el bien que ingresa.

La exigencia de la voluntad de ambos cónyuges para determinados actos no es un capricho del legislador para quebrar el funcionamiento de la sociedad conyugal y generar situaciones injustas. Su finalidad es simplemente que el cónyuge no administrador también decida si esos bienes se enajenan o se gravan debido al importante valor que tienen.

La necesaria armonía y coherencia del texto con el funcionamiento exige que a la vaga expresión «conformidad expresa de ambos cónyuges» se le adjudique un significado que respete el principio de separación mencionado, así como las expectativas de los cónyuges y de los acreedores.

Y ese significado se encuentra en que ambos cónyuges deben expresar su voluntad de enajenar, pero, debido a que durante la vigencia de la sociedad conyugal el régimen funciona como si fuera de separación, solo el consentimiento del cónyuge administrador integra el título y el modo, mientras que el consentimiento del otro no lo integra, sino que tiene una función externa de contralor.

De esta manera, el valor que ingresa lo hace a la masa de bienes del cónyuge que administraba el bien que se enajenó, con lo cual las masas administradas por uno y otro cónyuge conservan su autonomía, se respetan los derechos de los cónyuges y de los acreedores y se mantiene vigente el funcionamiento como régimen de separación.

114 Rivero de Arhancet y Ramos Cabanellas, o. cit., p. 57.

Concluyendo, si se entiende que ambos cónyuges son propietarios del bien, la norma ubicada en la regulación impide sostener que los cónyuges forman una parte plurisubjetiva. La armonía del texto con su contexto funcional se encuentra en que, mientras que la voluntad expresa del cónyuge administrador consiste en otorgar el título y el modo, la voluntad expresa del no administrador se concreta en consentir la enajenación otorgada por el otro.

5. Análisis de la voluntad de ambos cónyuges en el funcionamiento de la sociedad conyugal si se sostiene que solo el titular es propietario

Esta tesis sostiene que durante la vigencia de la sociedad conyugal cada cónyuge es propietario de los bienes que él hace ingresar, y por eso él los administra y con esos bienes responde por sus deudas. El otro solo tiene una expectativa de adquisición que se concretará si al momento de la disolución de la sociedad conyugal ese bien todavía no ha sido enajenado.

Desde esta posición, no se aprecia razón alguna para entender que el cónyuge no administrador deba otorgar el título y el modo. A lo ya dicho —esto es, que si así fuera se quebraría el funcionamiento separado que rige durante la vigencia de la sociedad conyugal— se debe agregar que si no es propietario no tiene relevancia que otorgue el título y el modo.

Lo expresa con total claridad Horacio Rubbo[115] cuando sostiene que la intervención del cónyuge no adquirente en el título es irrelevante por ser un negocio puramente obligacional (artículo 705, inciso 2, del Código Civil) y, con respecto a la tradición:

> […] el consentimiento del cónyuge no administrador no sólo debe considerarse irrelevante sino que simplemente no lo debe consentir, y si lo hace, ese consentimiento debe considerarse ineficaz, aún entre las partes, por la sencilla razón de que la tradición plenamente eficaz requiere solo y necesariamente del consentimiento del «dominus» y el cónyuge no adquirente no lo es (arts. 769 num. 1 y 775 del C.C.).

Incluso la desarmonía con el funcionamiento es aún mayor que si se sigue la posición de que ambos son copropietarios, ya que, además del injustificado desbalance en los valores de la masa administrada por uno y otro, ya explicado, en este caso también se aprecia una incongruencia más.

Es lógico que el cónyuge no administrador, si tenía solo una expectativa de adquisición sobre el bien ganancial que se va a enajenar, debería mantener la misma expectativa sobre el bien que ingresa. Sin embargo, si ambos cónyuges actúan como una parte plurisubjetiva, el cónyuge no administrador pasa a tener un derecho actual sobre el bien que ingresa.

115 Rubbo, Horacio. *Estudio de títulos*. pp. 106 y 107.

Ello se aprecia en el caso de la permuta analizada, porque el cónyuge no administrador que no era propietario del bien que se enajena, sino que solo tenía una expectativa de adquisición para el momento en que la sociedad conyugal se disolviera, adquiere el 50% del bien que ingresa, con lo cual pasa a ser copropietario actual del bien adquirido.

De esa manera se afecta el propio régimen jurídico que regula la sociedad conyugal, ya que la comunidad que debía surgir al momento de la disolución, con relación a ese bien surge con anterioridad.

Al analizar la voluntad de ambos cónyuges desde el punto de vista de esta posición la respuesta es muy clara. Si propietario del bien es solo el cónyuge titular, mientras que el otro tiene una expectativa de adquisición, quien otorga el título y el modo es únicamente el titular; el otro solo expresa su conformidad, aprobando o asintiendo la enajenación o el gravamen. Desde esta perspectiva, la tesis de la parte plurisubjetiva es insostenible.

6. Síntesis

Hemos visto que la expresión «conformidad expresa de ambos cónyuges» es semánticamente errónea y por ella debe entenderse *voluntad expresa* de los dos.

A efectos de comprender en qué consiste la voluntad de cada uno de ellos, interpretamos la norma dentro de la regulación de la que forma parte y observamos que, ya sea que se entienda que ambos cónyuges son copropietarios o que solo lo es el cónyuge titular, no es admisible la posición que sostiene que los cónyuges forman una parte plurisubjetiva. Como consecuencia, tampoco es aplicable la teoría del negocio incompleto.

Apreciamos que, con respecto al bien, la situación de cada uno de los cónyuges durante la vigencia de la sociedad conyugal es distinta. Anido[116] ha escrito:

> 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.

En ese precepto de justicia de tratar lo desigual desigualmente, encontramos el fundamento axiológico para llevar a cabo la diferenciación que requiere la valoración de la norma y sostener que, si la situación de cada uno de los cónyuges con relación al bien es diferente, entonces la voluntad expresa de cada cónyuge es distinta.

La interpretación de la norma en la regulación demuestra que el significado de la norma es que solo el cónyuge administrador otorga el título

116 Anido Bonilla, Raúl. «De la partición transaccional». *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay,* ene.-jun. 1999, n.os 1-6, pp. 46-47.

y el modo, mientras que el otro cónyuge presta su conformidad al efecto enajenación o afectación como un acto externo de contralor.

La crítica que realizan Gamarra[117] y Arezo,[118] referida a que cuando nuestra ley habla de *enajenación* comprende el título y el modo, por lo cual no es suficiente con otorgar la conformidad para la tradición, entiendo que es superada por el pensamiento de Cafaro y Carnelli ya citado. Esto es, la conformidad conyugal no integra el título ni el modo, sino que es un negocio estructuralmente autónomo, necesario para lograr el efecto enajenación.

Por lo tanto, la compraventa y la tradición otorgadas sin la conformidad del cónyuge no administrador son negocios completos y válidos, pero el efecto enajenación (al menos frente al cónyuge omitido) no se produce hasta que se obtenga la conformidad.

En caso de que se haya omitido la conformidad del cónyuge no administrador, es posible subsanar la titulación obteniéndola con posterioridad, incluso en los casos en que la contraparte o el otro cónyuge hubieran fallecido o se hubieran incapacitado, debido a que tanto el título como el modo otorgado ya se habían perfeccionado.

VI. Conclusiones

1. El negocio otorgado con omisión de la conformidad del cónyuge no administrador, analizado desde la teoría que sostiene que ambos cónyuges forman una parte plurisubjetiva, no debe incluirse como un supuesto de nulidad absoluta, sino como un negocio incompleto.
2. Refutada la tesis de la nulidad absoluta, queda claro que es posible subsanar la titulación mediante la conformidad conyugal posterior, cualquiera sea la posición que se siga. Sin embargo, si se considera que el negocio es incompleto, existen ciertas limitaciones para el caso de fallecimiento o incapacidad, por lo cual se continuó con la investigación a los efectos de conocer cuál es la tesis adecuada a nuestra regulación.
3. Analizada la tesis de la parte plurisubjetiva, debe rechazarse por ser incoherente con el contexto funcional de la sociedad conyugal, tanto si se sostiene que ambos cónyuges son propietarios como si se sostiene que propietario es solo el cónyuge administrador.
4. La conformidad expresa de ambos cónyuges significa voluntad expresa y se manifiesta de diferente forma: el cónyuge administrador otorga el título y el modo, mientras que el no administrador otorga su conformidad como lo que es: un acto externo.

117 Gamarra, o. cit., p. 206.

118 Arezo Píriz, o. cit., pp. 310 ss.

5. El título y el modo otorgados sin la conformidad del cónyuge no administrador son negocios completos y válidos, pero no logran el efecto enajenación o gravamen, al menos con relación al cónyuge omitido. La titulación se subsana mediante la conformidad posterior, sin las limitaciones que implicaría sostener que el negocio es incompleto.

Bibliografía citada

Anido, Raúl. «Contratos modernos: tiempo compartido y multipropiedad (clubes de campo, barrios residenciales, ley de centros poblados)». En: Anido, Raúl; Cedrés, Elba; Yglesias, Arturo. *Encuentro Técnico Regional de Río Negro.* Montevideo: Asociación de Escribanos del Uruguay, 1996, pp. 1-14. 6.º Ciclo de Encuentros Técnicos Regionales (Fray Bentos: 25 mayo 1996).

Anido Bonilla, Raúl. «De la eficacia del documento notarial». *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay,* ene.-dic. 2003, tomo 89, n.os 1-12, pp. 37-240.

Anido Bonilla, Raúl. «De la partición transaccional». *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay,* ene.-jun. 1999, tomo 85, n.os 1-6, pp. 23-66.

Anuario de Derecho Civil Uruguayo, tomos 13, 27, 35 y 39.

Arezo Píriz, Enrique. «Sociedad conyugal: bienes propios y gananciales. Subrogación de propios». *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay,* ene.-dic. 2003, tomo 89, n.os 1-12, pp. 241-252.

Arezo Píriz, Enrique. *Tratado de las particiones.* Montevideo: Asociación de Escribanos del Uruguay, 1997. Tomo 2.

Arezo Píriz, Enrique. Informe para la Comisión de Derecho Civil publicado en la *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay,* ene.-dic. 2010, tomo 96, n.os 1-12, pp. 227-238.

Bagdassarian, Dora; Rasines del Campo, Mabel. *Temas vinculados al régimen matrimonial de bienes.* 2.ª ed. Montevideo: Asociación de Escribanos del Uruguay, 2002.

Betti, Emilio. *Teoría del negocio jurídico.* 2.ª ed. Madrid: Revista de Derecho Privado, 2013.

Carnelli, Santiago; Cafaro, Eugenio. *Eficacia contractual.* Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1996.

Carozzi Failde, Ema. *Manual de la sociedad conyugal.* 6.ª ed. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2011.

Díez Picazo, Luis. *Fundamentos de derecho civil patrimonial: Introducción. Teoría del Contrato.* 6.ª ed. Madrid: Thomson Civitas, 2007. Tomo 1. ISBN 978-84-470-2665-4.

Domínguez Gil, Daniel. «Responsabilidad de los cónyuges por deudas cuasicontractuales. Relevancia de la naturaleza jurídica de la sociedad conyugal». *Anuario de Derecho Civil Uruguayo,* nov. 2001, tomo 31, pp. 909-923.

Gamarra, Jorge; Blengio, Juan E. «Doctrina general del contrato: elementos esenciales y presupuestos necesarios para la validez y eficacia de los contratos. Capacidad para contratar. Legitimación para contratar». En: Gamarra,

Jorge. *Tratado de derecho civil uruguayo.* 5.ª ed. act. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2001. Tomo 10.

Gamarra, Jorge. «Doctrina general del contrato: obligaciones». En: Gamarra, Jorge. *Tratado de derecho civil uruguayo.* 4.ª ed. ampl. act. mod. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2006. Tomo 11.

Gamarra, Jorge, *Tratado de derecho civil uruguayo,* tomo XV, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 3.ª ed., 2008.

Gamarra, Jorge. «Doctrina general del contrato: obligaciones». En: Gamarra, Jorge. *Tratado de derecho civil uruguayo.* 3.ª ed. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1990. Tomo 16.

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

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

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

Nicoliello, Nelson. *Régimen patrimonial y liquidación de los bienes en la sociedad conyugal.* Montevideo: Julio César Faira,1996. ISBN 9974-578-07-8.

Real Academia Española. *Diccionario de la lengua española.* 23.ª ed., 2014. Disponible en ‹dle.rae.es›.

Rivero de Arhancet, Mabel; Ramos Cabanellas, Beatriz. *El concurso y su incidencia en el derecho de familia personal, la sociedad conyugal, la unión concubinaria y las sucesiones,* Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2009. ISBN 978-9974-2-0729-5.

Rubbo, Horacio, *Estudio de títulos.* 3.ª ed. Montevideo: Asociación de Escribanos del Uruguay, 2008.

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

Trobo, Gonzalo. *Estudio comparativo de los regímenes de sociedad de gananciales español y de la sociedad conyugal uruguaya: su constitución, funcionamiento, disolución, liquidación y partición.* Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria; Universidad de la República (Uruguay). Facultad de Derecho, 2012. ISBN 978-9974-2-0851-3.

Vaz Ferreira, Eduardo. *Tratado de la sociedad conyugal.* 4.ª ed. act. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1997. ISBN 9974-2-0126-6.

Responsabilidad del escribano en operaciones sujetas a control de lavado de activos con la entrada en vigencia de la Ley de Inclusión Financiera

por Leonardo Artigas Abou-Nigm y Sebastián Ordóñez

Resumen

La lucha del Estado y la sociedad toda contra el lavado de activos ha llevado a cambios legislativos. Respecto a los escribanos, desde 2009 se encuentra vigente la ley 18494, y recientemente se ha aprobado la ley 19210. Ante ello, este breve estudio pretende dar una primera impresión sobre la ley 19210 y la responsabilidad de los escribanos —considerando el antecedente de la ley 18494—, la estrecha relación del espíritu de ambas normas, las herramientas con las que cuentan los escribanos, lo que la función notarial es en realidad y lo que el legislador pretende que sea.

Sumario

I. Introducción. 1. Función notarial. 2. Agente de control. 3. Obligación de informar. Control en la prevención del lavado de activos. 4. Inclusión financiera en el ejercicio profesional. **II.** Ley 19210 y la responsabilidad del escribano en operaciones sujetas a control de lavado de activos. **III.** Conclusiones

I. Introducción

Considerando la permanente evolución de la tarea notarial en el sistema vigente y el constante cambio en la tendencia al contralor en las operaciones dirigidas al lavado de activos, haremos un estudio de algunas perspectivas

con las situaciones previstas dentro de nuestro derecho, en el que el control *stricto sensu* puede carecer de determinada lógica. Sabido es que el marco de responsabilidades ha ido aumentando a lo largo del tiempo para los escribanos, con el alto costo de dar fe pública en el ejercicio profesional.

Las normas que han aumentado el diligenciamiento en el actuar profesional (las cuales han dado lugar a debates entre los propios profesionales) aumentan a su vez el marco de responsabilidad, sin que a menudo se cuente con los instrumentos legales y forenses para determinar o estar a la altura de los severos contralores que las disposiciones legales establecen. En cambio, otros organismos que integran la comercialización de las relaciones patrimoniales sí tienen instrumentos para controlarlas, lo que puede llevar a que haya un vacío para el escribano, determinado por la tarea a cumplir, por la falta de instrumentos jurídicos para proceder, por la vaguedad de determinadas normas que señalan disposiciones preceptivas y porque muchas veces estas no coinciden con la realidad que tienen los profesionales en el ejercicio.

A su vez, la tecnología hace que el desarrollo llegue al ejercicio profesional, que influya en el comercio de los hombres y que hasta la firma pueda ser realizada electrónicamente.[119] Lejos de configurar una encrucijada o de estar en yuxtaposición, los citados caracteres —la responsabilidad del escribano conjuntamente con el avance tecnológico— pueden llegar a ser complementarios, aunque en determinadas instancias parece que no es claro el contacto nítido con que algunas normas deben colindar con otras.[120]

1. Función notarial

En este espacio nos ocuparemos de analizar la definición y el contenido de la función notarial. Dicha función nos devela que el quehacer notarial y los límites que la ley impone a los escribanos en cada actuación —si bien todos conocemos o creemos tener una noción de lo que hace o debe hacer un escribano— pueden variar de acuerdo a cada derecho positivo, pero lo que hoy nos convoca es analizarlo a la luz de nuestra normativa vigente.

No podemos comenzar este breve capítulo sin citar la definición de *función notarial* del profesor Bardallo,[121] que hasta el día de hoy es enseñada en cada año y en cada aula de derecho notarial. Para este escribano, la función notarial «es una función pública de ejercicio privado, que tiene

119 Ley 18600, de 21 de setiembre de 2009.

120 Bouvier, Elisabeth (coord.); Cami Soria, Graciela; Ferreira Pina, Javier; Taruselli, Jesús. Asociación de Escribanos del Uruguay. Comisión de Derecho Informático y Tecnológico. *Nociones preliminares acerca de firma electrónica (simple y avanzada): Certificado electrónico y su aplicación inmediata: Ley 18.930 y Decreto 247/042* [en línea] Montevideo: Asociación de Escribanos del Uruguay, 2012.

121 Bardallo, Julio. Conf. «El escribano, autor de la forma auténtica». En *Cuaderno de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales,* n.º 10.

por objeto la forma jurídica y la autenticidad de los negocios y de los actos jurídicos no negociables con fines de prueba y conservación». Tomando como punto de partida esta definición, podemos ver que el escribano ejerce una función pública; más concretamente, es el encargado de dar fe pública. Ahora bien, esta potestad se la otorga la ley, conjuntamente con una serie de graves consecuencias en caso de que no sea ejercida debidamente, es decir, ajustada a derecho. En estos casos prima el interés colectivo sobre el interés individual, y el interés colectivo es el fin por el cual el Estado deposita en estos profesionales la potestad de dar fe pública. ¿Y qué consecuencias tiene que se pueda dar fe pública? Que los documentos o los actos en los que interviene el escribano se consideren auténticos, y esa autenticidad brinda seguridad al ordenamiento jurídico y al tráfico jurídico.

Pero no solo es de interés del Estado que los documentos o actos en los que intervenga el escribano sean considerados auténticos, es decir, que sean otorgados por las personas que verdaderamente participaron en ese acto, sino que también es de interés del Estado que esos documentos tengan la forma jurídica que la ley impone para cada acto o negocio.[122]

Por lo tanto, el escribano no solo da fe de quiénes intervinieron en determinado negocio o acto, sino que vela por la seguridad jurídica del acto, es decir, vela por que ese acto realmente sea válido y eficaz. Para que esto sea posible, debe ser conocedor de las normas de derecho aplicable al caso concreto —por ejemplo, en el caso de los contratos— y tener como base la capacidad, consentimiento, forma o solemnidad, objeto y causa, para luego, de acuerdo a la casuística, aplicar las leyes y reglamentos que correspondan. También puede negarse a actuar en caso de que las leyes prohíban expresamente el acto o negocio para el cual es solicitada su intervención. Para ello el escribano debe analizar ante el caso concreto las opciones que la ley ofrece, y asesorar a las partes sobre estas y sus posibles consecuencias. Ese análisis dependerá del objeto del negocio o acto en el cual es solicitada su intervención. El profesional del derecho debe ubicar al negocio o acto dentro de una categoría jurídica y analizar los efectos jurídicos que eso conlleva. Esta etapa es denominada *etapa de legalización*.

Por último, pero no menos importante, el escribano se encarga de darle forma al acto o negocio. Esto consiste en, mediante las técnicas notariales idóneas, desarrollar el cuerpo del negocio o acto en el que se vea reflejada la voluntad de las partes. Es importante en esta etapa que las partes tengan conocimiento del contenido y que si es necesario este les sea explicado por el profesional del derecho, porque lo que busca la ley es que se vea exteriorizada la voluntad de las partes, no la voluntad del escribano, ya

122 Molla, Roque. «La interpretación y aplicación del derecho como manifestación notarial creadora de derecho». *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay,* tomo 87, n.os 7-12, 2001, pp. 211-235.

que este no participa del negocio como parte, sino que es un auxiliar del derecho.[123]

Para que sea verdaderamente la voluntad de las partes la que se vea reflejada, el escribano debe transitar por dos etapas. Una es la de comprobación de los hechos, en la que él mismo, y nunca por terceros, comprueba mediante sus sentidos los hechos o declaraciones que hagan las partes. Es importante en esta etapa que el escribano sea consciente de la responsabilidad que conlleva la función que cumple. En la segunda etapa, llamada *de legalización*, nos remitimos a lo antes expresado.

«Con fines de prueba y conservación», cada escribano, además de lo expuesto, da fecha cierta a los actos en los que interviene, mediante los dos registros que debe llevar con toda la cautela y la responsabilidad que la ley le impone, lo que tiene como fin primordial servir de prueba y conservación, y podríamos agregar también *inalterabilidad*. Todo lo expuesto no se encuentra librado al azar, sino que existe un estricto control. Quien ejerce la superintendencia de la actividad notarial, tanto en su contenido, de forma y de fondo, es la Inspección General de Registro Notarial.[124]

2. Agente de control

Por intermedio de las distintas obligaciones que las disposiciones legales han establecido a los escribanos, se ha orientado y marcado una tendencia a un contralor mucho más severo a la hora de dar cuerpo jurídico a las voluntades de las partes o a los actos jurídicos no negociables.

Es notorio que por las características del ejercicio siempre existieron controles al profesional sobre la consecuencia de la fe pública, y además por ser garante en las obligaciones de resultado, pero esos controles se referían al aspecto técnico de fondo en la documentación relacionada con la certeza jurídica del ejercicio en sí mismo.

En cambio, en los controles en materia tributario-impositiva, electoral y otras, se han dado, incluso por definición de la ley, responsabilidades solidarias, atribuyendo al escribano en determinadas normas el carácter de agente de retención y percepción de ciertos impuestos, cuestiones que son externas a su función y que nada tienen que ver con los aspectos que comprende el ejercicio profesional.

Se entiende perfectamente que el Estado debe tener un control sobre las normas tributarias y financieras en el ámbito de los particulares y el escribano puede ser un fiel agente para ese cumplimiento, dado que comparte la función de control. Pero cuando se trata del ámbito de control en materia de lavado de activos, consideramos que es más imprecisa que

123 Olmos, Blanca. «La función notarial. Naturaleza jurídica. Consecuencias». *Revista CADE,* tomo 9, año 2, diciembre de 2010, pp. 77-83.

124 Castro, Sara Ethel. «La función notarial». *La Ley Uruguay,* año 3, n.º 1, ene. 2010, pp. 98-103.

el resto de las obligaciones encomendadas por el legislador. La tarea de control y fiscalización en esta área puede exceder las potestades de un profesional.

En este sentido, y en referencia al control y la prevención del lavado de activos, esa tarea entra en los llamados «servicios esenciales o necesariamente esenciales»[125] o de los denominados «cometidos esenciales»,[126] según veremos en el punto III.

Con esto ya estamos en condiciones de abordar el desarrollo de nuestro trabajo, debido a que el control del lavado de activos para los escribanos puede ser innecesario y hasta un tanto absurdo en determinadas circunstancias, si se considera la nueva implementación normativa en el ámbito de la Ley de Inclusión Financiera.

3. Obligación de informar. Control en la prevención del lavado de activos

Debe destacarse que la obligación de informar es una de las responsabilidades que más se han abordado en la última década y más controversias han generado entre los escribanos.

A finales de 2009 y principios de 2010 se desató una polémica muy grande, cuando el texto explícito de la ley 18494[127] expuso en su artículo 2.º las circunstancias especiales para esa obligación —además de las generales, dentro del artículo 1.º, que por remisión define al escribano como sujeto obligado a informar al Banco Central del Uruguay (BCU) de aquellas «transacciones, realizadas o no, que en los usos y costumbres de la respectiva actividad resulten inusuales, se presenten sin justificación económica o legal evidente o se planteen con una complejidad inusitada o injustificada», y también de aquellas «que involucren activos sobre cuya procedencia existan sospechas de ilicitud»—.

Todo ello revela una clara tendencia a evaluar más que nada aspectos subjetivos y sustantivos, carentes de elementos tangibles y con poco rigor técnico.

A pesar de que en muchas comunicaciones el BCU ha ido puliendo determinados conceptos y algunas prácticas que pueden llevar a una mayor eficiencia, el espíritu de la ley deja muchas cosas sin resolver para la actuación. Aquí no se discute que la finalidad de evitar el lavado de activos sea un buen síntoma, pero se dejan de lado las facultades y la falta de acceso a determinadas precisiones que tiene el escribano a la hora de actuar, que

125 Korzeniak, José. *Primer curso de derecho público constitucional.* 3.ª ed. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2005, p. 292.

126 Sayagués Laso, Enrique. *Tratado de derecho administrativo*, 8.ª ed. puesta al día en 2002 por Daniel Hugo Martins. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, Clásicos Jurídicos Uruguayos, tomo 1, p. 71.

127 Ley 18494, de 5 de junio de 2009.

puedan llegar a determinar la *inusualidad,* o que puedan llevar a evaluar que la procedencia sea *sospechosa de ilicitud.*

Por otro lado, la misma ley también establece la obligación de informar sobre lo antes citado a las personas físicas o jurídicas sujetas al control del BCU. Esto, ajustado a la ley 19210, que es posterior, alcanza a las entidades de intermediación financiera, así como a las emisoras de dinero electrónico, que están sujetas al control del BCU.

La ley 18494, en el artículo 2.º, numeral III, dedica un apartado específico para los escribanos en cuanto a la obligación de informar, más puntual y exclusivo que el resto de los sujetos obligados. Trataremos estas diferencias en la sección II.

4. Inclusión financiera en el ejercicio profesional

Con respecto a este apartado, y en sintonía con lo expresado, la ley 19210,[128] que refiere a la inclusión financiera, genera una extensión a la sociedad de los beneficios de estar a la vanguardia en el uso de los métodos electrónicos. Como su nombre explicita, refiere a la inclusión de todos por medio de pagos electrónicos, para así fomentar, además de la equidad, la seguridad financiera de la certeza y la transparencia en el pago y el cobro de prestaciones.

Es por eso mismo que la inclusión financiera marca un avance, en que el dinero billete dejará de ser el protagonista, para que otros medios —como el dinero electrónico, transacciones o cualquier otro medio electrónico, por intermedio de entidades financieras— pasen a ser parte de las negociaciones.

Por un lado debemos tener en cuenta que en el artículo 35 se establece el tope de 40.000 unidades indexadas, en cuanto a bienes o prestación de servicios, para que aplique preceptivamente el medio de pago electrónico, en el que «al menos una de las partes de la relación sea persona jurídica o persona física que actúe en calidad de titular de una empresa unipersonal, socio de una sociedad de hecho, sociedad irregular, sociedad civil o similar», una vez llegado el plazo para la vigencia.

A su vez, si puede haber algo que de una manera u otra, en cuanto al criterio subjetivo y/o cuantitativo, no entre en el presupuesto del párrafo anterior, por criterio residual ingresa en el propuesto en el artículo 36, que tiene un enfoque objetivo, donde el límite es de 160.000 unidades indexadas, sin importar qué personas intervengan. El pago será electrónico, por medio de cheques diferidos cruzados no a la orden o cheques cruzados no a la orden, según los plazos y condiciones que se prevean en la reglamentación (que de todas maneras supone la emisión por actividades bancarias), una vez entrada en vigencia.

128 Ley 19210, de 29 de abril de 2014.

Siguiendo este lineamiento, en cuanto a los bienes efectiva y exclusivamente para el ejercicio notarial, según el criterio establecido en los artículos 40 y 41 de la citada ley, para las «enajenaciones y otros negocios sobre bienes inmuebles», si estas operaciones superan las 40.000 unidades indexadas el pago de precio se hará «a través del medio de pago electrónico, cheques certificados cruzados no a la orden o letras de cambio cruzadas emitidas por una institución de intermediación financiera a nombre del comprador», y para «adquisiciones de vehículos motorizados» se ofrecen los mismos medios de pago establecidos para los inmuebles, pero además se agrega otra posibilidad de pago, en «cheques diferidos cruzados no a la orden».

Queda en evidencia que ninguna clase de negocio jurídico estará al margen de los cuatro artículos antes referidos si se supera el elemento cuantitativo de las contraprestaciones, y este texto normativo es abarcador, con limitadas excepciones.

Debe tenerse presente que el alcance de esta ley va a comprender a aquellos contratos en los que el medio de pago sea para el precio, y no para otras circunstancias en las que puede haber dinero pero no en el precio, en las cuales esta ley no regirá. Por tanto, de ahora en adelante téngase presente que, cuando nos referimos a los medios de pago electrónicos u otros que se describen para el cumplimiento de la Ley de Inclusión Financiera, se tratará del precio de los contratos.

De las consecuencias que genera el incumplimiento de las previsiones establecidas en los artículos 40 y 41 trataremos en la sección II.

II. Ley 19210 y la responsabilidad del escribano en operaciones sujetas a control del lavado de activos

En primer término es necesario formular dos precisiones:

1. Que la ley 19210, referente a la inclusión financiera, en nada modifica la obligación de informar que tienen los escribanos en materia de prevención del lavado de activos. Hemos elaborado este trabajo como ejercicio didáctico y como pretexto expositivo, que según las circunstancias de hecho y de derecho puede llevar a evaluar si debería operarse algún cambio en este sentido.

2. Que no es nuestro objetivo llevar adelante una campaña en demérito a las normas de prevención del lavado de activos, ni excusar las responsabilidades del escribano público en el control que realiza, a pesar de que en este tema puntual deberían aclararse cuestiones que son fundamentales.

Según el artículo 1.º de la ley 18494, la obligación de informar es genérica para las personas físicas y jurídicas sujetas al control del BCU.

Nótese que para el caso de los escribanos existen las mismas condiciones que las previstas en el artículo 1.º, por remisión del artículo 2.º del mismo texto legal, relacionadas con:

a. compraventa de bienes inmuebles;
b. administración de dinero, valores u otros activos del cliente;

c. administración de cuentas bancarias, de ahorro o valores;
d. organización de aportes para la creación, operación o administración de sociedades;
e. creación, operación o administración de personas jurídicas u otros institutos jurídicos, y
f. compraventa de establecimientos comerciales.

Siguiendo esta línea vemos que, en la gran mayoría de las cuestiones en que interviene el escribano, sus actuaciones están comprendidas en la normativa antes mencionada.

Entonces, la mayoría de las actuaciones establecidas en los anteriores numerales para el escribano van a estar comprendidas también por la Ley de Inclusión Financiera (con excepción de los contratos distintos a la compraventa de inmuebles, los automotores, derechos reales menores en inmuebles, etcétera), siempre que alcancen los ya citados límites cuantitativos y que el medio de pago sea para el precio.

A su vez, la ley 19210 prevé que el incumplimiento de lo establecido en los artículos 40 y 41 (pagos de precio por otro medio u omisión de individualización en escrituras o certificación de firmas) genera la nulidad de ese acto. A pesar de haber opiniones divididas en cuanto a si la nulidad es de la cláusula precio o si es del contrato en sí mismo, notoriamente existe una relación de causa-efecto cuyo resultado jurídico será condicionado por la vía instrumental de esta norma.

Si es nulidad del contrato, entiéndase que nos referimos a una nulidad absoluta, porque la ley, en el artículo 83, expresa que es una ley de orden público (aclaración innecesaria del legislador, dado que las leyes en materia financiera siempre son de orden público).

Según la posición del escribano Roque Molla, la nulidad absoluta refiere al contrato y no a la cláusula, porque el artículo 40 de la Ley de Inclusión Financiera es totalmente prohibitivo y expone:

> Los escribanos públicos no autorizarán escrituras ni certificarán firmas de documentos privados respecto de los actos antes relacionados que no cumplan con dicha individualización o cuyo medio de pago sea distinto a los previstos en el presente artículo [...].

A su vez, el solo hecho de concebir que un contrato sea en parte nulo y en parte válido y eficaz nos deriva a la idea de que, cuando se ha establecido que una cláusula sea nula y no el contrato en sí mismo, es la propia ley la que lo determina, como es el caso, por ejemplo, de la Ley de Usura, donde el pacto usurero es invalidado, pero el contrato no.[129]

129 Molla Camacho, Roque. «Ley de Bancarización. Inclusión financiera y uso de medios de pago electrónico por parte de la población. Ley 19210». En Molla Camacho, Roque, et al., *Ley de Bancarización. Inclusión financiera y uso de medios de pago electrónico por parte de la población. Ley 19210* [recurso en línea], Montevideo: Asociación de Escribanos del Uruguay, 2014. *Taller de primeras apreciaciones sobre Ley de Inclusión Financiera* (videoconferencia), Montevideo, 9 de junio de 2014.

Al generar la nulidad absoluta del contrato y apostando a esa parte dominante de la doctrina, nos encontramos con un requisito de forma, cuyo incumplimiento vicia el negocio jurídico y lo priva de validez y eficacia en sus consecuencias. Notoriamente hay una ley financiera que determina la vida de un negocio jurídico y su contenido de fondo de derecho sustantivo, en la que este medio de pago electrónico, a pesar de no ser un elemento técnico, adquiere autonomía como requisito en los contratos.[130]

Debido a la obligatoriedad de estas condiciones de pago, ¿puede pensarse que en la práctica, además del escribano autorizante, habrá otros sujetos intervinientes en los contratos a que refieren los artículos 40 y 41?

Si para cumplir con la validez y eficacia de los citados negocios jurídicos es necesario cumplir con los medios de pago que propone la ley, evidentemente las entidades de intermediación financiera, las emisoras de dinero electrónico y todas las cuestiones de actividad bancaria serán vitales para establecer en los contratos los medios de pago hábiles a fin de que no exista nulidad. Estas entidades no son sujetos activos en esta relación, pero sí quizás como auxiliares-instrumentales para crear ese acto jurídico. Porque será a través de ellas, como intermediarias de esa relación, que se cumplirán las obligaciones de pago que puedan asumir las partes.

Entonces, los requisitos establecidos en el artículo 2.º de la ley 18494, que refiere únicamente al escribano como interviniente solitario en esos contratos (mencionado con anterioridad, del numeral A al F), ¿no regirán también para estas entidades que ahora pasan a ser intervinientes en los medios de pago? O, mejor dicho, ¿no podría considerarse que el objetivo establecido para la sospecha de ilicitud del artículo 2.º de la referida ley se encuentra dirigido a las entidades que hacen pura y exclusivamente al medio de pago, cuya procedencia del dinero es la que determina el delito de lavado de activos, y no sobre el contenido del contrato, que es donde interviene el escribano?

Si la creación de la Ley de Inclusión Financiera tiene como uno de sus fundamentos el control de evasiones sobre el movimiento de dinero, ¿acaso esa infraestructura orientada al control de evasión no puede utilizarse para el fiel cumplimiento del control en materia de prevención de lavado de activos?

Se da por sobreentendido que la información que manejan estas instituciones es muy amplia. Cada usuario, cuando crea una cuenta, al igual que una caja de ahorros, está realizando un contrato con esa institución, que a su vez debe brindar documentos individualizantes de identidad, con la obligación de establecer «domicilio habitual, naturaleza de la actividad profesional o empresarial de sus clientes, origen de los fondos, ingresos promedio del dueño o beneficiarios de la cuenta, estructura de propiedad

130 Gamarra, Jorge. «Elementos esenciales, requisitos de validez y presupuestos del contrato». *Tratado de derecho civil uruguayo*, 4.ª ed,, 5.ª reimpr. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, tomo 10, 2013.

si se trata de una sociedad, y documentación que posibilite un cabal conocimiento del cliente».[131]

La Ley de Inclusión Financiera universalizó el alcance de estos mecanismos a todas las personas, para el cobro de salarios, como un derecho y como una obligación, o sea que todos van a tener cuentas bancarias, caja de ahorros u otros medios.

Los medios de pago electrónicos, como las transferencias, las tarjetas de crédito, de débito u otros análogos, requieren cuentas o cajas de ahorro. Asimismo, los cheques diferidos cruzados no a la orden, cheques cruzados no a la orden, cheques certificados cruzados no a la orden y letras de cambio cruzadas emitidas por una institución de intermediación financiera a nombre del comprador no son medios de pago electrónicos, pero son previstos para el pago en las distintas situaciones de la ley y además requieren tener cuenta —con excepción de aquellos cheques emitidos por quienes tienen autorización para girar en descubierto, que no es la situación establecida en la ley para estos medios de pago en el precio—. Por último, el dinero electrónico emitido por las entidades supone una relación contractual similar a las mencionadas.

Con este sistema en rigor, requerir que el escribano esté en equidad de condiciones con estas entidades (o por lo menos con mayores exigencias, como sucede hoy en día) en cuanto a la información que estas manejan con sus usuarios titulares es, como comúnmente se dice, hacer trampa al solitario. Es absurdo recaer en el escribano para exigirle que determine si hay inusualidad en las contrataciones o sospechas de ilicitud en los contratos cuando no cuenta con información de sus clientes (no tiene cómo ni por qué hacerlo, como se ha visto en la sección I.1), y pasar por alto el hecho de que en todas esas situaciones, hechos y actos jurídicos que tengan los presupuestos de la ley 19210 en que el escribano interviene también lo harán esas instituciones de intermediación financiera o las emisoras de dinero electrónico en el medio de pago para el precio en los contratos.

Serán estas entidades de intermediación financiera o las emisoras de dinero electrónico en las que intervenga el sospechoso las que tendrán la información sobre la procedencia del capital, el origen y la fuente de los ingresos, incluso los datos individualizantes de los titulares.

III. Conclusiones

Ya al finalizar nuestro trabajo —y habiendo evaluado los caracteres que nos orientan a discriminar la actuación preceptiva de las entidades que tanto hemos nombrado, en contraste con la actuación de los escribanos— es importante considerar que no debería haber un marco de responsabilidad

131 ‹http://www.bcu.gub.uy/Usuario-Financiero/Paginas/Cuentas_Corrientes.aspx›.

tan excesiva para los profesionales escribanos que dirima en materia de contrataciones una obligación como la que mantiene la ley 18494.

Nos basamos en que el escribano no tiene herramientas para sospechar o determinar ilicitud, lo que dependerá de su suspicacia, dado que no hay ninguna norma que obligue a los clientes a manifestar y expresar datos íntimos como el trabajo, el origen del dinero y otros, como sí las hay en el ámbito bancario, donde los usuarios (como se ha señalado) deben declarar sobre aspectos fundamentales que podrían coadyuvar en la determinación de esos presupuestos para la prevención de lavado de activos.

¿Por qué nuestra insistencia sobre este punto? Como hemos expresado, no es nuestro objetivo quitar obligaciones a los escribanos. Puede esto parecer un capricho infantil al referirnos a la obligación de informar, establecida en la ley 18494, pero no lo es. En una sociedad en la que hay una tendencia cada vez mayor a actividades delictivas, en el esfuerzo por combatirlas a veces se adoptan «soluciones» inmediatas que intentan calmar la alerta pública, pero que en nada ayudan a detener aquellas actividades.

La importancia de este punto es vital para nosotros. En primer lugar, porque el lavado de activos en nuestro ordenamiento jurídico, según los artículos 54 y siguientes del decreto-ley 14294, por intermedio de la ley 17016, consagra la autonomía del delito, formal y materialmente. Si bien la proveniencia de los valores es de origen delictivo, quienes intentan blanquear estos fondos generan la constitución de otro delito, porque estos no son accesorios en su regulación.

Esto lleva a que el lavado de activos no se entienda como desmembramiento del delito de encubrimiento o receptación, sino que tenga un tipo penal autónomo, a fin de proteger, además del bien jurídico de la *administración de justicia,* el bien jurídico del *orden socioeconómico.*[132]

Evidentemente nos referimos al delito de lavado de activos propiamente dicho, pero el mismo texto, en el artículo 57, pone su mira en quienes asistan o asesoren a los que realizan esta actividad, con un alcance totalmente amplio, y establecen para ellos una pena de doce meses de prisión a seis años de penitenciaría —sin considerar la obtención de un provecho para sí o para un tercero, que en el artículo 58 del citado texto normativo configura una circunstancia agravante, que puede elevar la pena en un tercio—.

Entendemos en este punto lo mismo que con la obligación de informar al BCU para los escribanos, dado que el profesional lo único que tiene a su alcance son los antecedentes jurídicos de los bienes y actos o hechos

132 Fleitas Villareal, Sandra. «El bien jurídico tutelado en el delito de lavado de activos: su regulación en la legislación uruguaya». *Revista de Derecho Universidad de Montevideo,* 2009, año 8, n.º 16, pp. 149-188.
Disponible en: ‹http://revistaderecho.um.edu.uy/wp-content/uploads/2012/12/Fleitas-Villarreal-El-bien-juridico-tutelado-en-el-delito-de-lavado-de-activos-su-regulacion-en-la-legislacion-uruguaya.pdf›.

jurídicos, de su relación de procedencia, pero no de las personas y las actividades que llevaron a cabo para obtenerlos.

Si se probara que hubo lavado de activos en una contratación determinada por actuación notarial, y que intervino una entidad de intermediación financiera o emisora de dinero electrónico a través del medio de pago, que además conocía todos los datos vertidos por los titulares —los personales y los relativos al dinero depositado en cuenta—, *sin informar* (debido a que las entidades no tienen esta obligación específica, a diferencia de los escribanos, según el artículo 2.º, ley 18494), y si se supusiera además que no hubo provecho para el escribano o para terceros, sino que simplemente no hubo sospecha de ilicitud ni de inusualidad de ese acto, *¿es coherente que el escribano pueda ser sancionado por lo previsto en la ley 18494 y a su vez por el delito del artículo 57 del decreto-ley 14294?*

Estamos al tanto de que ha habido manifestaciones políticas en sede parlamentaria, como la del representante nacional Jorge Gandini, que desde antes de la creación de la ley 19210 promueve el interés de reforma de la ley 18494 en cuanto a la responsabilidad de los escribanos:

> Los Escribanos quedarán exonerados de la obligación de reportar operaciones notariales solo en el caso en que los valores, fondos o medios de pago involucrados en la operación provengan o se hayan canalizado a través de instituciones financieras supervisadas por el Banco Central del Uruguay.[133]

Una vez creada la ley 19210, el representante prosigue con su trabajo, pero el proyecto no ha sido exitoso.

Como hemos visto en el punto I.2, el control y la prevención del delito de lavado de activos son tareas de policía, que refieren a la conservación del orden interno, las cuales son exclusivas de los «servicios esenciales o necesariamente esenciales» y «no se entienden cumplidas por los particulares sino por el Estado», al decir del profesor José Korzeniak.[134] Enrique Sayagués Laso sostiene que la seguridad en lo interior es un cometido esencial del Estado. Para este ilustre profesor, referente en el derecho administrativo, «[…] no se concibe que estos cometidos esenciales puedan estar a cargo de los particulares, ni aun en calidad de concesionarios. […] Esos cometidos son inherentes al Estado y deben ser ejecutados por el mismo, en forma directa».[135]

Es por ese motivo que las obligaciones y las cargas impuestas a los escribanos, según lo expuesto, exceden las potestades estatales. Pasan por alto, además, que el BCU —organismo estatal creado por la Constitución

133 Jorge Gandini, representante nacional, «Proyecto de ley de exoneración a los escribanos de informar operaciones que puedan encubrir lavado de activos, cuando se den determinadas circunstancias».

134 Korzeniak, o. cit., p. 292.

135 Sayagués Laso, o. cit., pp. 71-72.

de la República Oriental del Uruguay,[136] dotado de autonomía técnica, económica y financiera, a cuyo cargo está el control de todas las instituciones de intermediación financiera[137] y las emisoras de dinero electrónico, y que a su vez va a tener a disponibilidad la red informática de todas las negociaciones que se realicen en alcance de la ley 19210— es el que debería tomar el protagonismo y cumplir con la tarea de fiscalizador exclusivo, por intermedio de las entidades que van a operar para el pago de precio en las contrataciones, en vez de insistir en la persecución de profesionales.

Puntualmente debería ser este ente autónomo el que cumpla con los «servicios esenciales o necesariamente esenciales» o «cometidos esenciales», por ser estatal y tener a su alcance los poderes jurídicos[138] frente a las instituciones de intermediación financiera y las entidades emisoras de dinero, las cuales, una vez entrada en vigencia esa parte de la ley, actuarán en forma directa.

A nuestro entender, vemos que, ante la ineficiencia para encontrar respuestas a mecanismos que llevan a actividades delictivas, en el afán de buscar responsables, la solución en nuestro sistema jurídico parecería dirigir la mira a quien no tiene la posibilidad de determinar esa actividad. Sí van a tener esta posibilidad las entidades de intermediación financiera y emisoras de dinero electrónico.

Es sencillo delegar en el escribano más responsabilidades que son del Estado e infundir el temor en estos trabajadores particulares que ya tienen en su haber muchas funciones de servicio, de gestión, de control, etcétera, que si no fuera por ellos serían pura y exclusivamente del Estado.

(Aprobado por la Comisión de Revista el 15 de setiembre de 2015.)

136 Artículo 196 de la Constitución de la República.

137 Texto Ordenado de la Carta Orgánica del BCU, aprobada por ley 16696, de 30 de marzo de 1995, con las modificaciones introducidas por las leyes 18401, de 24 de octubre de 2008; 18494, de 5 de junio de 2009; 18643, de 9 de febrero de 2010; 18670, de 20 de julio de 2010, y 18996, de 7 de noviembre de 2012.

137 Sayagués Laso, o. cit., pp. 197-199.

Consultas técnicas

COOPERATIVAS DE VIVIENDA

Resumen

Disolución y liquidación de cooperativa de vivienda por imposibilidad de cumplir su objeto.

Informe: Cooperativo

Consulta

Hechos

1. La cooperativa de vivienda A fue constituida por acta del 19 de noviembre de 1999 e inscripta en el Registro de Personas Jurídicas el 15 de diciembre de 1999. Fue creada como una cooperativa de entrega inmediata por el sistema de ayuda mutua.

2. La cooperativa de vivienda B fue constituida por acta del 29 de diciembre de 1999 e inscripta en el Registro de Personas Jurídicas el 21 de enero de 2000. Fue creada como una cooperativa de entrega inmediata por el sistema de ayuda mutua.

3. El 29 de febrero de 2000 B firmó un contrato de asistencia técnica con el instituto D. Los integrantes de A dicen también haber firmado con el mismo instituto un contrato de asistencia técnica, del cual no tienen copia.

4. Según promesa inscripta el 24 de marzo de 2000 en el Registro de la Propiedad Inmobiliaria, A y B prometieron comprar en común proindiviso y por partes iguales un solar de terreno.

5. Según compraventa inscripta el 17 de octubre de 2001, A y B adquirieron común proindiviso y por partes iguales un solar de terreno.

6. Ambas cooperativas obtuvieron la aprobación de viabilidad del Banco Hipotecario del Uruguay en el 2000. Dicha aprobación fue para la construcción de 100 viviendas, finalidad que a la postre se tornó inviable por una resolución de la Intendencia Municipal del 2010 —que estableció que por cada vivienda habría 500 metros cuadrados de superficie—, dado que el terreno adquirido era de 1 hectárea y 50 metros cuadrados para construir 100 viviendas.

7. Ninguna de las dos cooperativas (A y B) cuenta con documentación original alguna —ni estatutos, ni libros, ni títulos de propiedad, etc.—. Según informan los integrantes de ambas cooperativas, esa documentación (excepto los títulos de propiedad, que estarían en el BHU) quedó en manos del instituto D, que nunca la devolvió.

8. Fusión con la cooperativa E. Según informan los integrantes de las cooperativas A y B, el instituto D las asesoró para hacer una fusión con la cooperativa E. No existe documentación probatoria de dicha fusión. Si se otorgó algún documento, no fue inscripto en el Registro Nacional de Comercio. Según documentación que se presentó en el MVOTMA en el último padrón, algunos miembros de A y B integran el padrón de socios de la cooperativa E.

9. A y B presentaron una denuncia en el MVOTMA en contra del instituto D, en virtud de las irregularidades que se fueron presentando. La resolución del MVOTMA concordó en que el instituto D hizo un mal manejo en el asesoramiento de estas cooperativas, reconoció que ya contaba con multas por otras cooperativas, que manejó mal los padrones y que no cumplió con los principios del cooperativismo. Actualmente el instituto D está suspendido y no ha sido posible ubicar a ninguno de sus representantes.

10. Las cooperativas estiman que el terreno del cual son propietarias hoy en día habría duplicado su valor, por lo cual nos encontraríamos ante un bien muy costoso.

Situación actual

El préstamo nunca fue otorgado por el BHU ni por ningún otro operador privado que se hubiera contactado con las cooperativas.

Las viviendas nunca se construyeron.

A y B son propietarias del inmueble padrón …4, según certificado del Registro de la Propiedad Inmobiliaria.

Los integrantes de las cooperativas no tienen la totalidad de la documentación probatoria formal de sus registros de socios, así como tampoco de los aportes que hayan hecho a las cooperativas y al instituto D. El aporte de los socios activos actuales se ha podido reconstruir casi en su totalidad.

Los miembros de las cooperativas siempre se han mantenido en contacto y han llevado un registro no formal de sus actuaciones y sus reuniones.

Se elaboró un acta de asamblea protocolizada convocando a elecciones y se efectuaron las publicaciones correspondientes, ya que no había autoridades vigentes. Se labraron las actas de votación y se realizó un acta protocolizada de la aceptación de los cargos de los miembros elegidos. Al día de hoy se ha hecho un padrón de socios actuales, y las cooperativas cuentan con autoridades vigentes: comisión directiva, comisión fiscal y comisión electoral.

Lo que ambas cooperativas desean es vender el inmueble del que son propietarias, recuperar la inversión hecha a lo largo de todos estos años y desligarse jurídicamente de las cooperativas.

Se consulta

– En qué condiciones jurídicas pueden estas cooperativas vender el inmueble de su propiedad, ya que legalmente (ley 18407 y su decreto reglamentario) tal facultad no se encuentra en su objeto, y disolverse por no haberse cumplido su objeto, que era la construcción de las viviendas.
– Dado que las cooperativas, si bien no han cumplido con su objeto social, han actuado como comunidad, como grupo, ¿se pueden considerar una *sociedad de hecho*?

Opinión de la consultante

El camino que marcan la ley 18407 y su decreto reglamentario para estos casos es la disolución y liquidación de ambas cooperativas por no haberse cumplido con su objeto, que era la construcción de las viviendas.

Informe de la Comisión de Derecho Cooperativo

Asiste razón a la escribana consultante, de acuerdo con la documentación aportada, en que corresponde en este caso la disolución y liquidación de ambas cooperativas por no haberse cumplido su objeto, que era la construcción de viviendas

Entendemos que, si bien lo realizado por las cooperativas y debidamente documentado por la escribana consultante en cuanto al cumplimiento de los aspectos estatutarios de las cooperativas (realización de asamblea y acto eleccionario) es correcto, a los efectos de proceder a la disolución y liquidación de las cooperativas y nombrar una comisión liquidadora para la futura enajenación de los bienes *debe realizarse un emplazamiento mediante publicaciones a todos los socios y demás personas (físicas y/o jurídicas) que pudieran tener intereses en la cooperativa, a los efectos de que se presenten a deducir sus posibles derechos, bajo apercibimiento de pérdida de estos.* Sería conveniente que se realizara en el *Diario Oficial,* en un diario de Montevideo y en el diario de la zona de ubicación de los inmuebles.

Es importante también establecer un domicilio y un teléfono de contacto en la referida publicación a los efectos de precaver cualquier posible acción y/o demanda que se presente por socios o exsocios, dado que existen irregularidades en el registro de los socios y demás documentos de las cooperativas.

Una vez realizado dicho emplazamiento, las cooperativas podrán llevar a cabo su asamblea de disolución y nombrar la comisión liquidadora, a los efectos de enajenar el inmueble y con el producido de este abonar lo que corresponda por partes sociales y demás deudas. Si existiera remanente,

según la normativa vigente (ley 18407 y modificativas), deberá ser entregado a INACOOP.

Por último, corresponde que la cooperativa realice su liquidación final sin que exista activo ni pasivo, y que inscriba la correspondiente acta de disolución y liquidación en el Registro de Personas Jurídicas a los efectos de la publicidad correspondiente.

Esc. Annaly Grande
Informante

Montevideo, 12 de diciembre de 2014. La Comisión de Derecho Cooperativo, con presencia de los escribanos Jorge Machado Giachero, Magalí Mauad, María Inés Parentini, Gabriela Bertazzi, Milagros Gómez Lassaga, Lorena Sánchez Pais, Richard Alejandro Rameau, Carmen Taborda, Graciela Fernández Parada, Wanda Baldassari, Silvana Bertoni, Alicia Moretto y María José Silva, aprueba por unanimidad el informe que antecede.

Escs. Graciela Fernández Parada
y Jorge Machado Giachero
Coordinadores

Aprobado por la Comisión Directiva Nacional de la AEU el 3 de marzo de 2015. Expediente 649/2014.

TIERRAS PÚBLICAS Y FISCALES. BIENES FISCALES. BIENES PÚBLICOS. TIERRAS MUNICIPALES. PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA

Resumen

El bien que motiva la consulta integra el dominio privado del Gobierno Departamental de Maldonado, sin perjuicio de estar dadas las condiciones para pretenderse por un particular la declaración de adquisición por prescripción adquisitiva, de acuerdo con lo dispuesto por las leyes 4272 y 13892.

Informes: Público y civil

Consulta

La presente consulta refiere a la calidad de *bien municipal, departamental o nacional* del terreno que se pretende adquirir, ubicado en el balneario …,

en la Rambla Costanera, padrón … Este terreno está a unos 70 metros del agua, viniendo del mar, pasando la rambla «abierta y pavimentada».

No he sabido contestar si se necesita *salida municipal* o *salida fiscal* a quien pretende adquirir este terreno, a pesar de haber consultado, entre otros trabajos, casi la totalidad de las *Revistas de la Asociación de Escribanos del Uruguay* que indican los índices, tras buscar por *tierras públicas, salida fiscal* y *salida municipal*.

Como ha indicado el profesor Julio R. Bardallo, y parece lógico, inicié el estudio por la legislación española y lo continué por nuestro Código Civil (1889), las leyes 4272, 12802, 13892, la Ley de Creación de los Municipios y Alcaldías (18567) y trabajos dedicados al tema de varios autores, como los escribanos Lanziano, Cambiasso y Molla, e incluso consulté un informe que se me proporcionó, elaborado por el escribano José L. Rapetti Tassano para ser presentado ante la Junta Departamental de Maldonado.

En Maldonado son notorias las consultas[1] respecto a un inmueble ubicado a pocas cuadras del que nos interesa, en la misma rambla (pero hacia el mar), así como el profundísimo estudio realizado por el escribano Bardallo respecto al padrón de Piedras del Chileno (de la rambla hacia el mar), que dio lugar a su publicación.[2] También consulté un informe del escribano Bardallo y la Comisión de Derecho Público de la AEU.[3] En estos casos se contaba con documentación que hacía de *títulos* de los correspondientes inmuebles.

Coincido con el comentario de la escribana Susana Cambiasso[4] cuando expresa que en Maldonado prácticamente no existen terrenos sin salida fiscal o municipal, y es la primera vez que me encuentro ante un inmueble ubicado frente a la rambla (no hacia el mar) del que no se conoce salida ni título alguno.

Mi apreciación de que el terreno es municipal tiene asidero en las normas que diré. De todos los informes resulta en general que si un terreno es del ejido de un departamento, es municipal; si es costa del Río de la Plata, es una franja fiscal, del Estado. Pero si nos guiamos por un plano de 1977 que incluye ese terreno, inscripto en Catastro, tendríamos que aceptar que, como allí dice, es de propiedad de «el Estado». Supongo que se partió de la base de que estaba ubicado dentro de los 250 metros del Río

1 Molla Camacho, Roque. Asociación de Escribanos del Uruguay. Comisión de Derecho Civil. Bienes privados del Estado. *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, ene.-jun. 1985, tomo 71, n.os 1-6, pp. 189-192.

2 Bardallo, Julio R. *Por el sur el Río de la Plata: estudio sobre riberas marítimas y fluviales*. Montevideo: Medamar, 1994. ISBN 9974-583-12-8.

3 Bardallo, Julio R. Asociación de Escribanos del Uruguay. Comisión de Derecho Público. «Ribera». *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, ene.-jun. 1993, tomo 79, n.os 1-6, pp. 127-143.

4 Cambiasso, Susana. «Sobre la dominialidad de las tierras que conforman la península de Punta del Este». *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, ene.-jun. 2000, tomo 86, n.os 1-6, pp. 123-155. 40.ª Jornada Notarial Uruguaya, Colonia, 5-7 nov. 1999.

de la Plata, sin tener en cuenta que existía rambla abierta y pavimentada (artículo 153 del Código de Aguas, ley 14859).

Normas

1. En 1988 el plano del ejido de Maldonado, del agrimensor A, comprendería este terreno, por lo que sería un territorio municipal. Lo que era fiscal o del Estado era la franja o faja junto al Río de la Plata (artículo 478, inciso 2, que se remite a leyes especiales). Este terreno está a unos 70 metros del agua, viniendo del mar, pasando la rambla «abierta y pavimentada».

2. Son normas aplicables: artículo 1194 y artículo 478, inciso 2 del Código Civil, las leyes 4272 y 12802, 13835, 13892, etcétera, y los artículos 36, 37 y 153 del Código de Aguas, decreto-ley 14859, de 1978, con vigencia desde el 1.º de marzo de 1979, que expresa:

> Artículo 153.
>
> Establécese una faja de defensa en la ribera del Océano Atlántico, el Río de la Plata y el Río Uruguay, para evitar modificaciones perjudiciales a su configuración y estructura.
>
> El ancho de esta faja será de doscientos cincuenta metros medidos hacia el interior del territorio, a partir del límite superior de la ribera establecido en los artículos 36 y 37 de este Código.
>
> Hacia el exterior, en las costas del Río de la Plata y Océano Atlántico, la faja se extenderá hasta la línea determinada por el Plano de Referencia Hidrométrico Provisorio (cero Wharton).
>
> En el río Uruguay el límite exterior de dicha faja será determinado por el Ministerio competente, en función de las cotas correspondientes a los ceros de las escalas hidrométricas, adoptadas como referencia para las diferentes zonas del río.
>
> Cuando existiesen rutas nacionales o ramblas costaneras abiertas y pavimentadas, a una distancia menor de doscientos cincuenta metros del límite superior de la ribera, el ancho de la faja de defensa se extenderá solamente hasta dichas rutas o ramblas.
>
> En los predios de propiedad fiscal o particular, las extracciones de arena, cantos rodados y rocas de yacimientos ubicados dentro de la faja de defensa, sólo podrán efectuarse a un nivel o cota superior, situado cincuenta centímetros por encima del límite superior de la ribera.

3. Dice el profesor Bardallo:[5]

> La ley 4272 consagró una solución para los pobladores de las ciudades, villas y pueblos que carecían de un título de propiedad legítima, emanado de las autoridades públicas competentes. La situación era entonces caótica. Miles de ocupantes o poseedores o carecían totalmente del título de salida fiscal o municipal o tenían un título provisorio o vicioso. Para todos los casos se dio una solución generosa, con el ánimo de dar certeza al derecho de

5 Bardallo, Julio R. *Por el sur el Río de la Plata: estudio sobre riberas marítimas y fluviales*. Montevideo: Medamar, 1994, p. 41. ISBN 9974-583-12-8.

> propiedad y proteger en esa forma el crédito inmobiliario. Esta conclusión resulta de los abundantes antecedentes que culminaron con la sanción de la ley 21 de octubre de 1912.

La ley 4272, de 1912, establece que terrenos del ejido de los departamentos se enajenan a sus poseedores pagando tantos 45 avos del valor real como años falten para completar 45 años de posesión (composición).

4. También apunta a que se trata de un terreno municipal el Informe de la Comisión de Derecho Público redactado por el escribano Emilio Biasco Marino.[6]

5. Un certificado registral de hace pocos años solamente arroja la inscripción de cesión de derechos posesorios de un particular a una sociedad.

Muchos años de trabajo me han enseñado que, por más que esté convencido de que el terreno es municipal, es fundamental tener la opinión de la Asociación de Escribanos para actuar en este caso tan poco común, de un bien del que nadie exhibe título alguno.

Primer informe de la Comisión de Derecho Público

En primer lugar, para conocer la naturaleza jurídica del bien es necesario determinar el ordenamiento jurídico aplicable, interpretando la normativa correspondiente.

Consideramos en este caso aplicable el inciso 4.º, literal *g,* del artículo 83 de la ley 18308 (Ley sobre Ordenamiento Territorial y Desarrollo Sostenible), en concordancia con el artículo 50 de la misma ley. En este caso la mentada norma dispone:

> En todo fraccionamiento de predios costeros, la faja de 150 (ciento cincuenta) metros determinada a partir de la línea superior de la ribera pasará de pleno derecho al dominio público.

En concordancia con ello, el artículo 50 prevé la protección de las zonas costeras en una franja de igual medida (150 metros).

De acuerdo con lo anterior, el predio objeto de esta consulta está dentro de la franja prevista y por lo tanto debe ser considerado un bien de dominio público.

Los bienes del dominio público del Estado están integrados por bienes corporales o incorporales, inmuebles o muebles, pertenecientes a cualquier entidad estatal, destinados al uso público. Las personas públicas tienen sobre estos bienes un derecho de propiedad pública, cuyo régimen jurídico difiere sensiblemente del derecho de propiedad privada. Ese régimen es el resultado lógico de la especial situación de indisponibilidad de dichos

6 Biasco Marino, Emilio. Asociación de Escribanos del Uruguay. Comisión de Derecho Público. «Tierras municipales». *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, ene.-dic. 1998, tomo 84, n.os 1-12, pp. 322-340.

bienes a causa del uso a que están destinados. De ahí que, a consecuencia de esa indisponibilidad, los bienes dominiales se caractericen por ser inalienables, inembargables e imprescriptibles y que su situación esté sometida a regímenes especiales, etc.

En cuanto a su inalienabilidad, como señala Sayagués, los bienes dominiales están destinados al uso público; por lo tanto, mientras subsista este destino no pueden ser enajenados, pues esa forma de utilización excluye la posibilidad de comercialización.[7] En nuestro derecho positivo, el artículo 477 del Código Civil se remite a los artículos 1193, 1194 y 1668 del Código Civil,[8] disposiciones que colocan a los bienes dominiales fuera del comercio de los hombres y por lo tanto los hace inalienables.[9] A su vez, el artículo 1282 del Código Civil, en su inciso 2, indica: «Pueden ser objeto de los contratos, las cosas o los hechos que no estén fuera del comercio de los hombres».

Como consecuencia de la inalienabilidad de los bienes dominiales, para que puedan ser objeto de un contrato deberán perder la calidad de tales. Para ello tendrían que ser desafectados del dominio público y por ende sustraerlos al uso público al que estaban destinados.

Veamos entonces cuáles son las vías por las que los bienes del dominio público del Estado dejan de serlo.

Dentro de los bienes dominiales tenemos: 1) bienes *naturales* declarados dominiales por ley y 2) bienes *artificiales* dominiales (como edificios u otras obras construidas por el ente). Los primeros, mientras existan, al haber sido declarados dominiales por ley, solo pueden perder la calidad de tales por acto legislativo que expresamente lo prevea.

7 Sayagués Laso, Enrique. *Tratado de Derecho Administrativo,* tomo 2, p. 221. Capitant, sin embargo, ha sostenido que los bienes dominiales pueden ser enajenados pero debiendo el comprador respetar su afectación, lo inalienable sería la afectación no el bien. Posición que según destaca Sayagués no tiene andamiento. (Ver nota en Sayagués, misma pág.).

8 «Artículo 477. Los bienes de propiedad nacional cuyo uso pertenece a todos los habitantes del Estado, se llaman bienes nacionales de uso público o bienes públicos del Estado.
»Los bienes de propiedad nacional cuyo uso no pertenece generalmente a los habitantes, se llaman bienes privados del Estado o bienes fiscales (Artículos 1193, 1194 y 1668)».
«Artículo 1193. Puede prescribirse todo lo que está en el comercio de los hombres, a no prohibirlo alguna ley especial».
«Artículo 1194. El Estado, respecto de los bienes susceptibles de propiedad privada, los establecimientos públicos y corporaciones, quedan sujetos a las mismas prescripciones que los particulares y pueden oponerlas como ellos.
»El poseedor de un campo u otro terreno que ha poseído por sí o por sus causantes, a título universal o singular, por espacio de treinta años, estará en todos los casos al abrigo de las pretensiones del Fisco, cumpliendo los requisitos establecidos por la legislación especial».
«Artículo 1668. Pueden venderse todas las cosas que están en el comercio de los hombres, salvas las prohibiciones o restricciones que resulten de leyes especiales».

9 Coincidimos con la afirmación de Guillot, quien admite que son inalienables pero dice que el Código Civil no lo establece expresamente.

En este caso, entendemos que se trata de bienes declarados dominiales por ley (ley 18308). Por la tanto, la única manera de que pierdan la calidad o naturaleza de bien dominial sería que otra ley así lo determine.

Conclusión

Conforme la normativa expuesta, el bien objeto de la consulta es un bien de dominio público del Estado y por lo tanto solo podrá ser objeto de traslación de dominio si primero es desafectado por ley.

Montevideo, 11 de mayo de 2012. Aprobado por los escribanos Claudio Barboza, Alma López, Daniel Zaíno y Ana Fontes.

Escs. Ana Fontes y Daniel Zaíno
Coordinadores alternos

Segundo informe de la Comisión de Derecho Público

Reunida la Comisión de Derecho Público en el día de la fecha, ha resuelto modificar el informe anterior.

Luego de un segundo análisis, la Comisión considera que la autoridad competente para determinar si el inmueble objeto de la consulta forma parte del ejido del departamento es la Intendencia Municipal de Maldonado.

Para el caso afirmativo, la Comisión se remite al Informe suscrito por el escribano Emilio Biasco Marino.[10]

Montevideo, 26 de octubre de 2012. Aprobado por los escribanos Claudio Barboza, Alma López, Daniel Zaíno y Ana Fontes.

Escs. Ana Fontes y Daniel Zaíno
Coordinadores alternos

Informe de la Comisión de Derecho Civil

La consulta

Se requiere la opinión de la Comisión de Derecho Civil de la Asociación de Escribanos acerca de la calidad de bien municipal, departamental o nacional de un terreno ubicado en Maldonado, en la Rambla Costanera, padrón … El terreno dista unos 70 metros del Río de la Plata, pasando la rambla «abierta y pavimentada».

10 Biasco Marino, Emilio. Asociación de Escribanos del Uruguay. Comisión de Derecho Público. «Tierras municipales». *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, ene.-dic. 1998, tomo 84, n.os 1-12, pp. 322-340.

Informe

Consideraciones previas

El presente informe se realizará partiendo del presupuesto de la existencia de tierras que integran el dominio privado de los departamentos (tradicionalmente denominadas *tierras municipales*).

La doctrina se ha manifestado en forma casi unánime en el sentido indicado. El escribano Raúl Rial expresa:[11]

> El patrimonio privado del Municipio, está integrado por todos aquellos bienes que le pertenecen en propiedad y cuyo uso no pertenece, generalmente, a todos los habitantes del departamento.

El autor citado, en su trabajo[12] sostiene:

> […] la tierra pública municipal (no hay ningún inconveniente en llamarla así) juega —en el orden comunal— el mismo rol que la tierra pública nacional. Está destinada al fomento de la población y de la industria; está definida en la ley: la agricultura. Entonces, la tierra municipal es la que pertenece originariamente a la comuna o al lugar. Por esto está también relevado el Municipio de probar título material. Posee en virtud de un título ideal. Pero no puede decirse que posee en virtud de un título eminente. La comuna o el municipio —aun dentro de un sistema autonómico o semifederativo como el nuestro—, no son soberanos: reconocen sobre sí un poder jurídico superior: el Estado. De manera que poseen por una delegación del Estado: tienen un derecho delegado, pero de tan amplias proyecciones que se confunde con el dominio mismo. Pero quiere decir entonces, que debe haber un orden de legalidad que establezca qué parte de la tierra pública está delegada, asignada o atribuida a un municipio y que pasa —por consecuencia— a la calidad de tierra municipal. Desde luego que las primeras que hacen esa asignación son las Leyes de Indias. Los títulos 7, 12 y 3 del libro 4.º de la Recopilación de Indias contienen un conjunto de leyes que determinan las diversas zonas que debían fijarse en la fundación de un pueblo, villa o ciudad.

El escribano Julio R. Bardallo[13] expresa:

> […] la delimitación material de las tierras públicas atribuidas a los municipios y convertidas en tierras municipales, fue realizada en ciertos casos, por los actos de fundación de la ciudad, villa o lugar, cuando éstos determinaban los límites de su jurisdicción, como por ejemplo, en el caso de la ciudad de Montevideo (cuyas tierras fueron luego nacionalizadas por la ley N.º 41 de 17-3-1831), pero en la gran mayoría de los casos, no se hizo

11 Rial Barbé, Raúl. *Régimen legal de las tierras públicas y fiscales*. Montevideo: Sureda, 1936, p. 36.

12 Rial Barbé, Raúl. «Régimen de enajenación de los bienes inmuebles del Estado y de los Municipios». *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, ene.-feb. 1939, tomo 25, n.os 1-2, p. 9.

13 Bardallo, Julio R. «Régimen legal de las tierras municipales». *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, mar.-abr. 1952, tomo 38, n.os 3-4, p. 108.

> la delimitación, originando la confusión que aún persiste, respecto de los límites de las tierras municipales de las ciudades, villas o lugares, fundadas de conformidad con el derecho Indiano.

El escribano Emilio Biasco sostiene:[14]

> En el Uruguay, los Departamentos constituyen entidades territoriales, originarias, y necesarias en las que el territorio constituye un presupuesto esencial, inherente a su propia existencia […] La existencia de tierras departamentales, no es una cuestión de creencias, sino de Derecho objetivo: y deriva de las normas establecidas en la Constitución y la legislación acorde […].

Biasco,[15] conteste con la opinión de Rial y Bardallo, manifiesta que en las tierras departamentales se distinguieron: A) las tierras comunales, afectadas al uso general de todos los habitantes: a) el ejido, destinado al ensanche del pueblo e ínterin a usos comunes; b) las dehesas o *tierras de pan llevar;* c) los abrevaderos y montes comunes; d) etc., que integran el dominio público departamental. B) Las tierras destinadas al fomento de la población (no comunales): a) solares, b) quintas, c) huertos, d) chacras, e) etc., que integran el dominio privado departamental. Mientras que Montevideo perdió las tierras departamentales desde la vigencia de la ley de 17 de marzo de 1831, los departamentos del interior contaron con las tierras denominadas *chacras del ejido,* zona circundante a la ciudad, destinada precisamente al emplazamiento de las chacras.

El escribano Washington Lanziano es quien se ha manifestado en forma contraria a los autores mencionados. El nombrado jurista manifiesta:[16]

> Disiento con la doctrina imperante, de la que son expresión las ideas de los autores nombrados —no obstante estar en sus resultados avalada por la praxis—, por entender que no se ajusta a derecho, por ser contradictoria, incoherente e imprecisa y porque las normas en que se sustenta, no tienen el sentido y alcance que se les atribuye.

Por nuestra parte, participamos de la posición mayoritaria:[17]

> […] el Ejido de la ciudad de Maldonado no comprende la zona de ribera del Río de la Plata. Los bienes nacionales de uso público son originariamente del Estado y derivadamente municipales. El pasaje del Poder Central al Municipal de dichos bienes requiere acto expreso.

14 Biasco Marino, Emilio. Asociación de Escribanos del Uruguay. Comisión de Derecho Público. «Tierras municipales». *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay,* ene.-dic. 1998, tomo 84, n.os 1-12, p. 339.

15 Ídem, p. 338.

16 Lanziano, Washington. *El mito de las llamadas tierras públicas municipales*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2000, p. 162. ISBN 9974-39-238-1.

17 Molla Camacho, Roque. Asociación de Escribanos del Uruguay. Comisión de Derecho Civil. «Bienes privados del Estado». *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, ene-jun. 1985, tomo 71, n.os 1-6, p. 192.

La calidad de bien privado departamental del inmueble referido

La calidad de bien privado departamental —y, en consecuencia, enajenable y prescriptible—[18] surge inequívocamente por estar incluido en el plano del ejido de Maldonado del agrimensor A, de noviembre de 1888, a instancias de la Junta Económico-Administrativa de Maldonado, aprobado el 31 de diciembre del mismo año por el ministro secretario de Gobierno, Julio Herrera y Obes, previa conformidad de la Dirección Nacional de Obras Públicas. Los límites del ejido se establecieron en la sierra de la Ballena por el oeste, en camino vecinal que lleva al arroyo Maldonado y la sierra de los Leones por el norte, por el este el arroyo Maldonado hasta su desembocadura y por el sur el océano Atlántico y el Río de la Plata.

Se comparte la muy fundada posición del consultante acerca de que la ubicación dentro de los 250 metros de la faja de defensa establecida por el Código de Aguas en su artículo 153 en nada incide en la determinación de bien municipal asignado al terreno de marras, por cuanto, en primer lugar, la referida faja de defensa no priva de la propiedad a sus titulares y, en segundo lugar, en el caso el ancho de la faja de defensa se extiende solamente hasta la rambla abierta y pavimentada, como surge de lo ordenado por el inciso 5 del artículo 153 referido.

La ley 18308 no es de aplicación en el caso planteado

El inciso 4.º, literal *g,* del artículo 83 de la ley 18308 (Ley de Ordenamiento Territorial y Desarrollo Sostenible) establece:

> En todo fraccionamiento de predios costeros, la faja de 150 (ciento cincuenta) metros determinada a partir de la línea superior de la ribera pasará de pleno derecho al dominio público.

Consideramos exento de mayores desarrollos sostener que la norma transcripta se aplica a los fraccionamientos que se pretendieren realizar con posterioridad a la vigencia de la referida norma.

Conclusión

El terreno descripto en la relación de hechos está comprendido en el ejido de Maldonado; por lo tanto, integra el dominio privado del Gobierno Departamental de Maldonado, sin perjuicio de estar dadas las condiciones para pretenderse la declaración de adquisición por prescripción por un particular, de acuerdo con lo dispuesto por las leyes 4272 y 13892.

Roque Molla
Redactor

18 Rial Barbé, Raúl. *Régimen legal de las tierras públicas y fiscales*. Montevideo: Sureda, 1936, p. 49.

Montevideo, 19 de diciembre de 2014. La Comisión de Derecho Civil, integrada por los escribanos Fernando Alonso, Miguel Burdín, Carlos Groisman, María Paola Igoa, Maximiliano Mauri, Roque Molla, Javier Parga, María Alejandra Portillo, María Ritacco, Diego Seré, Adriana Silva, Gonzalo Trobo, Verónica Ubillos y Juan Pablo Villar, aprueba el informe que antecede.

Escs. Roque Molla y Juan Pablo Villar
Coordinadores

Aprobados por la Comisión Directiva Nacional de la AEU el 3 de marzo de 2015. Expediente 1080/2011.

INHIBICIONES DEL ESCRIBANO. PARENTESCO

Resumen

La escribana AA no se encuentra inhibida para intervenir en contratos tales como la adquisición de bienes a título oneroso por una sociedad anónima con acciones al portador cuyo único director y representante, BB, es su concuñado (está casado bajo el régimen legal de bienes con la cuñada de AA).

Informe: Notarial

Consulta

Se consulta acerca del alcance de la inhibición de la escribana (AA) para intervenir en contratos como la adquisición de bienes a título oneroso en los que intervenga como parte adquirente una sociedad anónima (XX) con acciones al portador cuyo único director y representante (BB) es concuñado de la escribana AA. BB está casado, bajo el régimen legal de bienes, con la cuñada de la escribana.

Normativa aplicable

El decreto-ley 1421, en su artículo 65, numeral 1, establece el alcance legal de la inhibición:

> Está prohibido a los Escribanos: 1) Autorizar escritura alguna en que intervengan sus parientes consanguíneos dentro del cuarto grado o los afines dentro del segundo.

La acordada 7533, del 22 de octubre de 2004, en su artículo 25, literal *b,* reglamenta la citada norma legal, y expresa:

> Existen inhibiciones en los siguientes casos: […] b) Por razón de familia y parentesco, los Escribanos no podrán intervenir en forma alguna en actos ni contratos en que sean otorgantes, por derecho propio o en representación de terceros, su cónyuge y parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad y demás miembros de su familia (v. g. hijos adoptivos, padres adoptantes). La inhibición de que trata este literal no alcanza a los actos en que intervengan personas casadas con el cuñado o cuñada del Escribano, salvo los actos en que estas personas estuvieren interesadas (v. g. adquisición de bienes a título oneroso durante la vigencia de la sociedad conyugal).

Ley 16060, artículo 2.º, dispone:

> La sociedad comercial será sujeto de derecho desde la celebración del contrato social y con alcance fijado en esta ley.

Y la ley 18930, artículo 5.º:

> (Obligación de guardar secreto). La información a que se refieren los artículos 1.º, 2.º, 6.º y 7.º de la presente ley será de carácter secreto. El acceso a la misma estará restringido a los siguientes organismos […].

Opinión de la consultante

Con base en la normativa expresada y en los argumentos que se exponen a continuación, la consultante entiende que no existe inhibición para intervenir en la situación objeto de esta consulta.

1. Está claro que la inhibición no alcanza a la persona casada con la cuñada de la escribana; por lo tanto, esta escribana puede intervenir, cuando su concuñado sea otorgante a nombre propio, y con más razón cuando actúe en representación de terceros.

El Reglamento Notarial plantea una salvedad a lo expresado, que se configura cuando la cuñada/o del escribano tiene interés en el acto a celebrarse.

En los actos sujetos a consulta, el interés es de la sociedad anónima en cuanto parte adquirente de los bienes.

2. Por otra parte, una sociedad anónima es persona jurídica diferente de sus socios (artículo 2.º de la ley 16060). En consecuencia, es irrelevante que el representante de la sociedad anónima adquirente (concuñado del escribano) sea o no sea titular de las acciones.

3. Esto es aún más claro si se tiene en cuenta que en este caso dichas acciones son al portador.

Si bien la titularidad de las acciones al portador debe comunicarse al BCU de acuerdo con la ley 18930, dicha información es de carácter reservado, y el acceso a ella está limitado a situaciones concretamente previstas por la ley. Por ende, queda fuera del alcance del conocimiento preciso y

formal con que debe manejarse el escribano interviniente en un acto o negocio jurídico (artículo 5.º de la Ley 18930).

El escribano que interviene en un acto o contrato en el cual es sujeto del interés una sociedad anónima con acciones al portador no tiene forma conocer cabalmente a quién corresponde en ese preciso momento la titularidad de las acciones.

El conocimiento personal que se pueda tener sobre la titularidad de las acciones dada la relación de familiaridad no es constatable ni demostrable.

El libro de accionistas refleja un instante y es solo un principio de prueba. Es como una fotografía de la realidad que luego puede cambiar, dada la forma de transmisión de las acciones al portador.

En definitiva, a juicio de la consultante, el escribano no tiene cómo ni por qué conocer la titularidad de las acciones, dado que el sujeto del interés en el negocio jurídico en el cual está llamado a intervenir es una sociedad anónima.

Informe de la Comisión de Derecho Notarial y Técnicas Notariales

El tema de la inhibición del escribano ha sido objeto de variadas consultas a esta comisión, la que ha ido evolucionando en su posición en cuanto a los efectos sobre los documentos provocados por la inhibición.

En la función redactora del documento, asesora y autenticante, la imparcialidad del notario implica sujeción a la ley, y no a los intereses de los sujetos intervinientes en el negocio. Este instituto no solamente se dirige a buscar y mantener el equilibrio entre las partes, sino también a prevenir que el escribano pueda ser sospechado de favorecer intereses de una de las partes, razón por la cual constituye una defensa para su propia imagen profesional.

A modo de síntesis, siguiendo a Bardallo, decimos:

> Las inhibiciones constituyen una de las limitaciones más justas al ejercicio de la fe pública, pues tienden a evitar que el agente se encuentre en conflicto entre su deber y su interés y, por lo tanto, en peligro de inclinarse por el último, quebrantando la estricta imparcialidad en que debe estar invariablemente colocado.[19]

Tanto la Ley Orgánica Notarial como su acordada reglamentaria distinguen las inhibiciones por razones de coexistencia de funciones públicas, familia y parentesco, contenido de los actos y buen orden administrativo.

19 Bardallo, Julio R. *Lecciones de derecho notarial*. Montevideo: Centro de Estudiantes de Notariado, 1951.

La actual normativa vigente en el derecho nacional dispone:
Decreto-ley 1421:

> Artículo 24. Es igualmente incompatible el oficio de Escribano con el ejercicio simultáneo de Juez o Alguacil no pudiendo autorizar ni permitir que se autorice en su protocolo acto ni contrato alguno relativo al asunto o asuntos en que intervengan miembros de su familia o parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad.
>
> Artículo 65. Es prohibido a los escribanos:
> 1) Autorizar escritura alguna en que intervengan sus parientes consanguíneos, dentro del cuarto grado o los afines dentro del segundo […].

A su vez, el Reglamento Notarial contenido en la acordada 7533 (con la modificación de la acordada 7566) indica:

> Artículo 25. Existen inhibiciones en los siguientes casos:
> a) Por razón de coexistencia de funciones públicas, los Escribanos que fueren Presidente de la República, Ministros de Estado, Senadores, Representantes, miembros de los Directorios de Entes Autónomos o Servicios Descentralizados o del Tribunal de Cuentas, están inhibidos de la función notarial en la medida prevista en la Constitución vigente (artículos 122, 125, 171, 178, 200 y 208). Asimismo, a los Escribanos que fueren empleados de despachos y oficinas internas de la Suprema Corte de Justicia, Tribunales y Juzgados, les está prohibido tramitar o intervenir en asuntos judiciales, en la medida prevista en el artículo 252 de la Constitución.
> b) Por razón de familia y parentesco, los Escribanos no podrán intervenir en forma alguna en actos ni contratos en que sean otorgantes, por derecho propio o en representación de terceros, su cónyuge y parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad y demás miembros de su familia (v. g. hijos adoptivos, padres adoptantes). La inhibición de que trata este literal no alcanza a los actos en que intervengan personas casadas con el cuñado o cuñada del Escribano, salvo los actos en que estas personas estuvieren interesadas (v. g. adquisición de bienes a título oneroso durante la vigencia de la sociedad conyugal).
> c) Por razón del contenido, y con excepción de los actos referidos a la custodia de documentos confiados por las partes al Escribano y los actos secretos o reservados en que éste desconoce la voluntad del otorgante, los Escribanos no podrán autorizar escrituras públicas, actas, certificados o traslados, relacionados con ellos, sus cónyuges, sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad y demás miembros de su familia. Quedan también comprendidos en esta inhibición los testamentos solemnes abiertos que contengan disposiciones en su favor, de su cónyuge, de cualquiera de sus parientes dentro del cuarto grado, demás miembros de su familia o de sus dependientes asalariados.
> d) Por razón de buen orden administrativo, los Escribanos que fueren Intendentes o miembros de las Juntas Departamentales o Locales, no podrán autorizar documento notarial alguno en cuyo contenido el organismo en el que desempeñan funciones tuviere algún interés o ellos hubieren participado en la sustanciación del expediente respectivo.

> En general, se recomienda a los escribanos no autorizar acto alguno en que tengan interés personas privadas de quienes ellos o sus cónyuges dependan a sueldo o con quienes tengan sociedad.

Del claro tenor literal de las normas transcriptas resulta que en los casos planteados por la consultante no existe inhibición, y por lo tanto la escribana AA podrá intervenir cuando su concuñado sea otorgante a nombre propio, y con más razón cuando actúe en representación de terceros.

La salvedad que plantea el Reglamento Notarial se configura cuando la cuñada de la escribana tenga interés personal en el acto a celebrarse.

Coincidimos con la consultante en que, en las situaciones planteadas genéricamente en estos obrados, el interés es de la sociedad anónima en cuanto parte adquirente de los bienes. Esta es una persona independiente de sus socios, accionistas o representantes.

En consideración de lo antedicho, carece de relevancia indagar acerca del hecho de si el concuñado de la escribana AA es accionista de la sociedad. Las normas que establecen limitaciones o restricciones citadas en este informe deben ser interpretadas y aplicadas en forma estricta.

Conclusiones

En las situaciones que plantea la consultante no se configura una situación de inhibición para la escribana actuante.

Esc. Carlos del Campo García
Redactor

Montevideo, 5 de diciembre de 2014. Aprobado el precedente informe por la Comisión de Derecho Notarial y Técnicas Notariales, integrada por los escribanos Bettina Berena, Gabriela Bouvier, Susana Chao, Carlos del Campo, Ana Stella Mouro, María Vanessa Oberti, Blanca Olmos, María Inés Sapriza y Gabriela Silva.

Esc. Susana Chao Peña
Coordinadora Alterna

Aprobado por la Comisión Directiva Nacional de la Asociación de Escribanos del Uruguay el 3 de marzo de 2015. Expediente 696/2014.

PRUEBAS. ESCRITURA JUDICIAL. REMATE JUDICIAL. PRECIO

Resumen

Parte del expediente judicial extraviado / acreditación de integración de precio de remate.

La escrituración judicial requiere la prueba de haberse integrado el total del precio de la adquisición en remate judicial, entre otros extremos. No es suficiente la mera aseveración de su integración por quien resultó el mejor postor en el remate.

Informes: Civil y procesal

Consulta

Relación de hechos

1. El 4 de octubre de 2007, por escritura calificada como cesión de derechos de mejor postor autorizada por la escribana MM, X SA cedió a favor de BB, casada en primeras nupcias con CC y separada de bienes por capitulaciones matrimoniales, los derechos de mejor postor que le correspondían en el remate judicial efectuado según consta en el expediente caratulado «DD y otros Administración de Acervo Hereditario ficha …/…» y «Sucesión EE, Remate Anticipado de inmueble ficha …/…», donde se subastaron tres inmuebles, entre los que se encontraba el padrón …1 por un precio de USD 80.000.

De la cláusula primera de antecedentes de la escritura resulta que la sociedad adquirente depositó en concepto de seña el 33 % del precio ofertado en el acto de remate, «y el saldo en el plazo de 60 días».

2. En el informe de la Oficina Actuaria —adjunto—, se procedió a reseñar los siguientes hechos:

- Que se extravió la segunda pieza del expediente —que se está reconstruyendo—, donde debería constar la integración del total del precio del remate.
- Que el remate celebrado consistió en tres inmuebles, lo que se llevó a cabo en forma separada.
- Que el remate del padrón …1 se efectivizó el 13 de diciembre de 1999.
- Que el precio del remate se determinó en la suma de USD 80.000.
- Que se presentó en el expediente la escritura de cesión de derechos de mejor postor.
- Que consta en expediente la letra de cambio emitida por la sociedad mejor postora por la suma de USD 33.088 en concepto de seña. No obstante, no resulta la prueba la integración del saldo de precio.

– Que la oficina actuaria solicitó que se oficiara a la Asociación de Escribanos del Uruguay acerca de los pasos a seguir para la escrituración solicitada.
– Que se ofició al BHU a los efectos de controlar los depósitos efectuados que justificaran la integración del precio.
– Que de los proyectos de escritura presentados, los montos de los precios de las subastas fueron: padrón …1: USD 80.000; padrón …2 USD 41.337 y padrón …3: USD 71.450, por lo que el total de los precios ascendió a USD 192.787.

Del oficio enviado por el BHU respecto de los movimientos existentes en la cuenta que se abrió a dichos efectos resultan dos depósitos: uno por la suma de USD 57.079,30, del 23 de diciembre de 1999, y otro por la suma de USD 43.375, lo que totaliza la suma de USD 100.454,30.

Consecuentemente, la aseveración efectuada en la cláusula de antecedentes de la escritura no resulta corroborada en el expediente judicial existente —sin perjuicio de que pudiera obrar en el expediente extraviado—, y tampoco puede colegirse de los depósitos existentes en la cuenta del BHU, donde la sumatoria de los montos no corresponde al total de los precios de los inmuebles subastados.

Consulta

Se consulta acerca del procedimiento que debe seguirse para efectuar la escrituración judicial solicitada.

Informe de la Comisión de Derecho Civil

1. En la escritura pública autorizada por la escribana MM el 4 de octubre de 2007 entre X SA y BB, casada y separada de bienes, se procedió a otorgar una cesión de derechos de mejor postor del remate del inmueble padrón …1.

2. Como se expresó en la cláusula de antecedentes, la sociedad adquirente de los derechos declaró que abonó la seña del remate, y en el plazo de 60 días el saldo de precio.

3. Dicha aseveración, que tuvo como protagonista a X SA, aparece como una declaración, que la colega autorizante de la escritura no corroboró con el expediente judicial ni con documentación alguna, y tampoco resulta de los movimientos informados de la cuenta del BHU.

4. Asimismo, no resulta relación alguna del expediente judicial en las constancias, lo que no descalifica por sí la aseveración de X SA.

5. No obstante, el contexto documental —y de manera coadyuvante el precio del negocio de cesión de derechos de mejor postor: USD 20.000— no autoriza a concluir en la exigibilidad de la escrituración solicitada hasta determinar objetivamente la consignación del total del precio de la com-

pra respecto del bien padrón …1, todo lo cual deberá establecerse como antecedente en el otorgamiento del negocio definitivo.

Por lo expuesto, se concluye:

De la documentación aportada no surge la integración total del precio, lo que deberá probarse para la escrituración solicitada del bien padrón …1.

Esc. Carlos Groisman
Informante

Montevideo, 9 de diciembre de 2014. La Comisión de Derecho Civil, integrada por los escribanos Fernando Alonso, Ana Paula Bianchimano, Alicia Cancela, María Inés Casatroja, Daniella Cianciarulo, Mónica Curbelo, Silvia García Paz, Adriana Goldberg, Carlos Groisman, María Paola Igoa, Mónica Jover, Maximiliano Mauri, Roque Molla, Javier Parga, María Ritacco, Mildred Secondo, Diego Seré, Adriana Silva Fierro, Verónica Ubillos y Juan Pablo Villar, aprueba el informe que antecede.

Escs. Roque Molla y Juan Pablo Villar
Coordinadores

Informe de la Comisión de Técnica Notarial Procesal

El juzgado consultante solicita informe respecto a si la primera copia de la escritura de cesión de derechos de mejor postor es prueba suficiente a los efectos de acreditar la integración del precio en el remate de autos, por no constar con el acta respectiva.

Se agregan fotocopias simples de un testimonio por exhibición de la escritura referida y del informe de la oficina actuaria sin firma.

En opinión de esta comisión, la primera copia de la escritura de cesión de derechos de mejor postor podría llegar a tener algún valor probatorio en vía judicial, pero no es suficiente para tener por integrado el precio del remate del bien padrón …1.

Asimismo, debe tenerse presente que no se cuenta con el acta de remate; no surge claramente de los depósitos efectuados en el BHU cuál corresponde a cada uno de los tres inmuebles sacados a subasta, ni se han acreditado los montos que correspondería descontar del precio por concepto de contribución inmobiliaria, etc.

Esc. Gabriela Hormaizteguy
Informante

La Comisión de Técnica Notarial Procesal, integrada por los escribanos Cristina Lamela, Virginia Ortellado, Sylvia Garmendia, Mariela Decaro y Gabriela Hormaizteguy, aprueba el informe que antecede.

Esc. Mariela Decaro
Coordinadora alterna

Aprobado por la Comisión Directiva Nacional de la AEU el 3 de marzo de 2015. Expediente 502/2014.

COMPRAVENTA. VALIDEZ DE LOS CONTRATOS. EFICACIA. MANDATO VERBAL

Resumen

El negocio de gestión representativo otorgado en 1954 debe considerarse válido y eficaz, en virtud de lo dispuesto por el artículo 291 de la ley 18362.

Aun si tomáramos como hipótesis que el negocio de gestión fue válido pero ineficaz por no existir el poder verbal (posición que no se comparte), igualmente surge de los hechos expresados que los sucesores del representado ratificaron el negocio representativo.

Los señores LAC y GC están legitimados para iniciar el proceso de desalojo.

Informe: Civil

Consulta

Relación de hechos

Año 1954 - El 26 de enero, la persona jurídica P SA enajenó un bien inmueble por título compraventa y modo tradición al señor AGF, casado en únicas nupcias con AH, representado en ese acto por la escribana A, por *mandato verbal*. Dicha escritura fue inscripta en el Registro de Traslaciones de Dominio el 6 de febrero.

Año 1990 - El 10 de setiembre falleció la señora AH. Se declaró heredera a su hija legítima AGH, sin perjuicio de los derechos del cónyuge supérstite, AGF.

Año 1991 - El 24 de enero falleció el señor AGF y se declaró única y universal heredera a su hija legítima AGH.

Año 1999 - El 8 de agosto falleció la señora AGH. Se declararon únicos y universales herederos a los señores LAC y GC, hermanos naturales de la causante. Se agregó el bien de referencia en la relación de bienes.

Los herederos llevaron adelante un proceso judicial de desalojo del bien, en el que el demandado opuso falta de legitimación, argumentando que, en el momento en que el señor AGF adquirió el bien, actuó un tercero por mandato verbal y posteriormente no hubo ratificación de aquella compraventa.

La señora juez hace referencia a la ley 18362 en cuanto a la improcedencia del mandato verbal y afirma que dicha compraventa debería ratificarse por los herederos.

Al consultante le queda claro que en la época de la compraventa era de estilo actuar por mandato verbal, pero también sostiene que en forma posterior las partes debieron ratificar la compraventa, cosa que nunca se hizo. Se trata de una compraventa válida pero ineficaz.

Hoy los únicos presentes son los declarados herederos, señores LAC y GC, y en consecuencia consulto qué es posible hacer a efectos de sanear el título.

Informe de la Comisión de Derecho Civil

Marco normativo

Artículo 291 de la ley 18362:

> El negocio de apoderamiento para negocio de gestión solemne deberá otorgarse indistintamente por escritura pública o por documento privado con firmas certificadas notarialmente.
>
> Aquellos poderes que confieren facultades para otorgar negocios jurídicos solemnes y los registrables, que se otorguen por documento privado con firmas certificadas deberán ser protocolizados en forma previa o simultánea a su utilización.
>
> Si se omiten los requisitos a que refiere el inciso primero, el negocio de gestión será válido pero ineficaz.
>
> El registro no inscribirá negocios jurídicos en los que se haya actuado invocando poderes otorgados por documento privado con firmas certificadas hasta tanto no se acredite notarialmente su protocolización.
>
> Para los poderes provenientes del extranjero, de tratarse de documento privado, se exigirá la doble formalidad de certificación notarial de firmas en origen y posterior protocolización en nuestro país, y de tratarse de documento público, se exigirá esta última; sin perjuicio, en ambos casos, de su previa legalización y traducción en legal forma, de corresponder.
>
> Los actos celebrados con anterioridad a la entrada en vigencia de este artículo son eficaces aunque el poder utilizado, incluyendo los verbales, no se hubiere otorgado con la solemnidad requerida. Se exceptúan aquellos casos en los cuales haya recaído sentencia firme.

Sobre la exigencia de la ratificación del poder verbal para considerar al negocio de gestión válido y eficaz

En el caso consultado, la señora jueza interpreta el inciso final en estos términos:

> Así las cosas, debe entenderse que la escritura de compraventa de marras es válida pero no es eficaz, y ello porque habiendo comparecido la compradora invocando poder verbal y no habiendo mediado posterior ratificación del Sr. GF ni de sus sucesores no pueden imputarse a este los efectos del contrato.
>
> Debe interpretarse el artículo 291 *in fine* citado, en el sentido de que resultan válidos y eficaces los negocios de gestión celebrados con anterioridad a la entrada en vigencia del mentado artículo cuando se hubieren utilizado poderes que no hubieren respetado las formas que hoy se exigen siempre que surja acreditada la existencia de los mismos, sea por no haberse otorgado en escritura pública pero sí por escrito aunque sin certificación de firmas y/o protocolización concomitante o anterior, o por haberse ratificado oportunamente el verbal, ya que no puede sostenerse válidamente que la norma citada tenga la virtualidad de sustituir el consentimiento de GF y/o sus sucesores.

Se aprecia que, según dicha interpretación, «resultan válidos y eficaces los negocios de gestión celebrados con anterioridad […] siempre que surja acreditada la existencia de [estos] […] por haberse ratificado oportunamente el verbal […]». La acreditación de la existencia del poder verbal se eleva mediante su ratificación como requisito para que el negocio de gestión pueda considerarse eficaz.

Debido a que no fue ratificado el poder verbal, no surge acreditada la existencia del poder y, por lo tanto, la señora jueza entiende que el negocio celebrado en 1954 es válido pero ineficaz.

No es compartible dicha interpretación.

En la representación directa, la actividad consiste en celebrar un acto en nombre e interés de otra persona.

La eficacia representativa consiste en que el negocio representativo produzca efectos y que estos radiquen directamente en el patrimonio del representado sin pasar por el patrimonio del representante.[20]

Para que se produzca la eficacia representativa directa, es necesario que se realice una actividad representativa (acto en nombre e interés del representado) y, además, que exista una fuente de eficacia representativa.

Dicha fuente de eficacia representativa puede originarse en la voluntad del representado o en la ley.

20 Como expresa Sayagués Areco en *La Justicia Uruguaya,* tomo 55, «El contrato de remate», p. 93: «[…] llamaremos eficacia representativa a la producción de la nueva situación jurídica, surgida del negocio celebrado por el representante, directa y exclusivamente para el representado».

La voluntad del representado como fuente de eficacia representativa se puede manifestar antes o después de celebrado el acto representativo (artículos 1254 y 1255 Código Civil):

– Cuando se manifiesta antes se llama *negocio de apoderamiento.*
– Cuando se manifiesta después se llama *negocio de ratificación.*

El apoderamiento y la ratificación cumplen la misma función: permitir la eficacia representativa. Las diferencias entre uno y otro surgen por el hecho de que el apoderamiento es anterior al acto representativo y la ratificación es posterior.

La ratificación aporta al negocio lo que le faltaba: la voluntad del sujeto del interés del negocio representativo, que como acto celebrado en ejercicio de la autonomía privada permite la eficacia de aquel.[21]

El negocio de ratificación se presenta también fuera del ámbito representativo; por ejemplo, cuando se dispone de una cosa ajena en nombre e interés propio y el titular del bien pretende dar eficacia al negocio de tradición permitiendo el efecto dispositivo.

El patrón común que presentan los diversos supuestos de negocios ratificables es el de la intromisión sobre el patrimonio ajeno realizada sin la autorización del titular, y a través del negocio ratificación se pretende justificar esa intromisión permitiendo la eficacia del acto.

Es así que, en términos generales, la ratificación es un negocio que tiene por función permitir la eficacia de un acto que carece de ella por no haber sido consentido por el sujeto legitimado.

El ámbito de aplicación del negocio de ratificación es el de los negocios válidos[22] pero ineficaces.

No es admisible la ratificación de un negocio absolutamente nulo, ya que así lo dispone el artículo 1561 Código Civil.

21 Con relación a la ratificación del negocio representativo:
Doctrina española: Luis Diez-Picazo y Antonio Guillón Ballesteros, *Sistema de derecho civil,* volumen I, 4.ª ed., Madrid, Tecnos, 1982, p. 632: «[…] el principal puede a posteriori aceptar la actuación del gestor o asumir sus consecuencias. La actuación del gestor se transforma entonces en actuación plenamente representativa y despliega, en el orden de la representación, todos sus efectos […]. La ratificación es a posteriori lo mismo que la concesión de poder es a priori».
Doctrina italiana: Bianca, citado por Colás Escandón, *La ratificación,* Granada, Comares, 2000, p. 362, conceptúa la ratificación como aquel negocio unilateral mediante el cual un sujeto hace eficaz para sí la actividad de alguien no autorizado.
Doctrina argentina. Jorge Mosset Iturraspe, *Contratos.* Buenos Aires: Ediar, 1988, p. 186: «La ratificación no es la convalidación o confirmación del negocio anulable; es más bien una autorización *ex post facto* "que tiene el mismo efecto que la autorización previa y le da derecho para exigir el cumplimiento del contrato", artículo 1162, primera parte. La ratificación es un negocio integrativo».
Doctrina chilena. Alessandri Rodríguez, *De los contratos,* Santiago de Chile, Temis, 1990, p. 134: «La ratificación es el acto por el cual el representado hace suya la declaración de voluntad ejecutada por el representante en nombre del representado».

22 También se habla de *ratificación* para los negocios incompletos, los cuales técnicamente no serían negocios válidos ni nulos.

Con relación a los negocios relativamente nulos, si bien el artículo 1570 del Código Civil habla de *ratificación,* técnicamente no estaríamos ante un caso de ratificación —ya que el negocio relativamente nulo es eficaz,[23] al menos provisoriamente—, sino ante una figura jurídica afín llamada *confirmación,* que tiene por función lograr que los efectos provisorios se conviertan en definitivos.[24]

El negocio a ratificar debe ser ineficaz, porque la función de la ratificación es permitir su eficacia.[25]

La ley 18362 dispuso la eficacia del negocio de gestión solemne celebrado con anterioridad a su vigencia, en el cual se hubiera utilizado un poder verbal.

El negocio de gestión solemne —esto es, el negocio representativo solemne utilizando un poder verbal— es eficaz y, por lo tanto, no requiere ratificación.

Si el negocio representativo es eficaz, ello se debe a que el apoderamiento verbal fue eficaz, ya que el poder que surge del apoderamiento es un requisito de eficacia del acto representativo.

Siendo eficaces tanto el apoderamiento verbal como el negocio representativo, no hay lugar para ratificación alguna.

En consecuencia, técnicamente no corresponde otorgar un negocio de ratificación, por lo cual no se comparte la exigencia de que dicho negocio se hubiera otorgado oportunamente.

La pretendida exigencia judicial de que se hubiera ratificado oportunamente el poder verbal para acreditar la existencia del negocio no es otra cosa que la exigencia de que se hubiera documentado una declaración del representado en la cual este admitiera o reconociera que realmente había conferido el poder verbal alegado en el negocio de gestión.

Dicha figura jurídica no sería técnicamente un negocio de ratificación, sino una declaratoria en reconocimiento de un hecho pasado: haber otorgado poder verbal con facultades suficientes para otorgar el negocio de

23 Howard, Walter. *Modos de adquirir*. Montevideo: Universidad de Montevideo, 2002, p. 295: «La nulidad absoluta impide la formación del negocio y por consiguiente que despliegue sus efectos, mientras que la relativa, también denominada anulabilidad, es un estado de invalidez pendiente; el negocio existe y produce efectos, pero puede ser impugnado y declarada aquella nulidad, o bien puede ser subsanado el vicio por el transcurso del tiempo o por la confirmación. El negocio absolutamente nulo es inválido e ineficaz; el anulable es inválido y eficaz, por lo menos temporalmente».

24 Carnelli, Santiago; Cafaro, Eugenio B. *Eficacia contractual.* Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria. 2.ª ed. 2003, p. 125: «La confirmación consiste en una declaración de voluntad por la que un sujeto, legitimado para obtener la anulación de un negocio, renuncia a ejecutar dicha prerrogativa, quedando, por ello, asegurada la eficacia permanente de aquél».

25 Carnelli, Santiago; Cafaro, Eugenio B. *Eficacia contractual.* Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria. 2.ª ed. 2003, p. 125: «[…] en la ratificación, el negocio alcanza la eficacia que los contratantes quisieron; su omisión, como ocurre con la falta de poder de disposición, determina la ineficacia, es decir, que no se obtienen los fines prácticos perseguidos».

gestión en el cual se utilizó, con la finalidad de constituir prueba de la existencia y suficiencia de dicho poder.

La finalidad de dicha declaratoria no sería permitir la eficacia de un acto, sino obtener una prueba documental de la existencia y suficiencia del poder verbal.

Aun con ese significado, no se comparte esa opinión, ya que eleva a requisito de eficacia del negocio de gestión el hecho de que se haya documentado una declaratoria reconociendo haber otorgado poder verbal, y ese requisito no surge de la letra y mucho menos del espíritu de la ley.

La situación que pretendió regular la norma y la interpretación de esta en consideración a su finalidad

No hay duda de que el último inciso del artículo 291 de la ley 18362 admite la forma verbal de negocio de apoderamiento para otorgar un negocio de gestión solemne.

Admitida la forma verbal, el problema que presenta el poder verbal es el de la prueba de su existencia y suficiencia, por lo que se debe analizar el alcance de la norma en ese punto.

Para interpretar correctamente el significado de la norma, es necesario conocer cuál era la situación anterior, para así comprender cuál es su razón de ser.

Al no estar regulados expresamente por la ley, en virtud del principio de libertad de formas, durante décadas se otorgaron muchos negocios jurídicos solemnes utilizando poderes verbales.

La doctrina discutía la validez de un poder verbal para otorgar un negocio jurídico solemne, y así la posición que se tomara repercutía en la eficacia o ineficacia del negocio de gestión.

Dicha discusión doctrinaria fue creciendo con el tiempo, lo cual llevó a que paulatinamente fuera disminuyendo la práctica de utilizar poderes verbales, pero subsistió el problema de si esa titulación podía o no ser admisible en el tráfico jurídico.

Albín y Molla[26] sintetizan la situación doctrinaria anterior en forma clara:

> Algunos autores, por diferentes fundamentos, han sostenido que el poder debe revestir la misma forma que el negocio de gestión, v. gr. para otorgar compraventa de inmuebles, el poder debe ser conferido en escritura pública (Miranda Fernando, Gamarra Jorge). Para los citados civilistas, se asiste a un caso de forma reglada impuesta por la solemnidad del negocio de gestión.

26 Molla Camacho, Roque; Albín, Federico. «Ley 18.362 de Rendición de Cuentas 2007: análisis de los artículos 290 y 291». *La Pluma*, mayo 2009, año 12, n.º 31, p. 41.

> Para Molla en cambio, aunque la forma de emisión de la declaración de voluntad es libre, la autenticidad, seriedad e inmutabilidad de las relaciones jurídicas relativas a bienes inmuebles luego de concluido el negocio final, impone la prueba solemne del negocio de apoderamiento, cuya ausencia lo torna inútil. En un segundo desarrollo de su tesis, a partir de la vigencia de la ley 16603, de 19 de octubre de 1994, que actualizó el Código Civil, con las normas contenidas en el Código General del Proceso, dicha prueba solemne podría ser cumplida asimismo por un poder otorgado en documento privado con firmas certificadas y fecha cierta respecto de terceros.
>
> Otros autores por el contrario consideran que no hay solemnidad alguna establecida por la ley para el negocio de apoderamiento. No hay forma sin materia (Hegel), no es posible el trasvasamiento intercontractual de la forma requerida para un tipo negocial a otro distinto, la escritura pública está impuesta para la compraventa de inmuebles, pero no para el otorgamiento del poder para tal fin. En consecuencia la forma es libre ya sea tanto para la adquisición como para la enajenación (Caumont, Arturo; Mariño, Andrés; y Gnazzo, Teresa).

Es en ese contexto fáctico que debemos analizar el artículo 291 de la ley 18362 y particularmente, por lo que refiere al caso consultado, su último inciso.

La situación de hecho que la ley consideró para admitir el poder verbal en el último inciso es toda esa titulación que existe, y que es mucha, en la que se celebraron negocios jurídicos solemnes, especialmente compraventas de inmuebles, con base en poderes verbales.

La razón por la cual la ley dispone la eficacia de los actos representativos celebrados con anterioridad a su vigencia, a pesar de haberse utilizado un poder verbal, admitiendo para esos casos la libertad de forma, consiste en sanear el problema que en los hechos se había presentado en el tránsito jurídico con relación a esa titulación.

Es en función de esa razón que la norma debe ser interpretada.

Exigir como prueba de la existencia del poder una declaratoria del representado en ese sentido significaría hacer depender la eficacia del acto de la mera arbitrariedad del representado, ya que este podría, según su conveniencia, negar haber otorgado poder verbal cuando en realidad sí lo había otorgado, y de esa manera quitarle eficacia a un acto que ya la tenía.

Por otro lado, gran parte de la titulación en la que se utilizó un poder verbal fue otorgada hace muchos años y actualmente no es posible obtener una declaratoria del representado, con lo que se frustra la finalidad de la norma.

Si limitamos el significado de la norma al mero aspecto formal, la disposición legal casi no tiene utilidad en los hechos, ya que la exigencia de la prueba de la existencia del apoderamiento verbal otorgado muchos años atrás es imposible en el tráfico jurídico, lo cual hace la ley inaplicable.

Expresa Larenz[27] que «Aprehender una ley de un modo pleno de sentido quiere decir entenderla tal como debe ser entendida en consideración a su fin, a las soluciones que con ella se persiguen» y añade:

> […] cada disposición legal ha de ser interpretada de tal manera que (dentro del marco del sentido literal posible y de la conexión de significado posible) se realice, si es factible, el fin que se pueda reconocer que ha sido el querido por el legislador —si este no se puede reconocer, el fin a deducir razonablemente del contenido de la regulación— y se eviten las decisiones contrarias a tal fin.

Y es justamente la comprensión de la norma en consideración a su fin, dentro del sentido literal posible, lo que me lleva a entender que, si la admisibilidad legal de la forma verbal para las situaciones anteriores a su vigencia se realizó con una finalidad tuitiva del tráfico jurídico, su significado no es meramente formal, sino que la admisibilidad del poder verbal contiene también una presunción legal de su existencia. Solo así la norma logra el fin para el cual fue creada.

En virtud de ello, entiendo que los negocios de gestión solemnes celebrados antes de la vigencia de la ley 18362 utilizando un poder verbal se presumen realizados con un poder existente y suficiente, y el negocio representativo debe considerarse válido y eficaz.

En el caso concreto, debe considerarse que el negocio otorgado en 1954 fue válido y eficaz, sin necesidad de que se haya documentado una declaratoria de reconocimiento del otorgamiento del poder verbal.

En la hipótesis de que el negocio de gestión fue válido pero ineficaz

Aun en la hipótesis de que el negocio de gestión fue válido pero ineficaz, igualmente surge de los hechos que los sucesores del representado ratificaron el negocio representativo con anterioridad a la ley 18362.

Referí anteriormente que la función de la ratificación del negocio representativo es la misma que la del apoderamiento, y que las diferencias se originan en el hecho de que el apoderamiento es anterior y la ratificación posterior al negocio representativo.

Esa diferencia provoca que cuando el representado va a ratificar se encuentra en una mejor situación que el poderdante cuando va a apoderar, ya que el primero, por ser posterior, conoce el contenido del negocio representativo, mientras que el segundo, por ser anterior, todavía no lo conoce.

En lo que refiere a la forma de la ratificación de un negocio representativo, antes de que se dictara la ley 18362 podía discutirse si la ratificación de un negocio representativo solemne debía cumplir con la misma solemnidad que este, en términos similares a los de la discusión que existía en cuanto

27 Larenz, Karl. *Metodología de la ciencia del derecho.* Barcelona: Ariel, 1966, p. 263.

a si el apoderamiento para un negocio de gestión solemne debía cumplir o no la misma solemnidad que este.

Sin embargo, dicha situación cambió una vez creada la ley 18362.

A la hora de analizar la forma del negocio de ratificación, no existe norma expresa que exija solemnidad.

Si por vía analógica se pretendiera exigir alguna forma (tema de por sí discutible), esta no sería la del negocio representativo sino la del apoderamiento, por ser la situación análoga prevista legalmente.

En consecuencia, la discusión a partir de la ley 18362 no debe basarse en si la ratificación de un negocio representativo debe cumplir con la misma solemnidad que el negocio de gestión, sino en si dicha especie de ratificación debe cumplir la misma solemnidad que el apoderamiento.

Al respecto, podrá discutirse si requiere la misma forma que el apoderamiento o si su forma es libre, pero creo que es claro que la exigencia formal no puede ser mayor que la del apoderamiento.

Si la ley admite la eficacia de los actos celebrados con anterioridad a la entrada de su vigencia, a pesar de que el apoderamiento no haya cumplido con la solemnidad alternativa que consagra, con mayor razón aún debe admitirse la ratificación otorgada con la misma anterioridad que no cumpla con dicha solemnidad, debido a la mejor situación en que se encuentra el ratificante en comparación con el poderdante, por conocer el contenido del negocio representativo.

La admisibilidad legal de libertad de forma del apoderamiento para las situaciones anteriores a la vigencia de la ley implica también la admisibilidad legal de la consensualidad de la ratificación del negocio representativo realizada con la misma anterioridad.

En el caso sometido a consulta, la ratificación surge de los propios hechos ocurridos.

Se adjunta certificado de resultancias de autos ampliatorio expedido por el escribano B el 20 de junio de 2008, del cual surge que a fojas 31 del expediente de las sucesiones del representado AGF y de su cónyuge AH se presentaron GC y LAC. Según expresaron, habiendo llegado a su conocimiento la existencia de dos nuevos bienes en las referidas sucesiones de los causantes AGF y AH, denunciaban su existencia incluyendo en la sucesión de AH la mitad indivisa del padrón objeto de esta consulta, y en la sucesión de AGF la otra mitad. El juez competente proveyó con la conformidad del Ministerio Público tener presente la ampliación de bienes.

Además de ello, se procedió a la inscripción de la ampliación de los bienes quedados al fallecimiento de AGF (representado), AH y también a la inscripción de la ampliación de los bienes quedados al fallecimiento de AGH en el Registro de la Propiedad, inscripción realizada el 15 de julio de 2008, incluyendo el bien objeto de esta consulta.

La presentación de GC y LAC (años después de haber sido declarados herederos de AGH y de que esta, a su vez, había sido declarada heredera de AGF y AH) en el expediente judicial solicitando la inclusión del bien en

las correspondientes sucesiones es un dato objetivo que revela la existencia de un acto de ratificación de la compraventa otorgada en 1954, ratificación que no requiere el cumplimiento de solemnidad alguna por ser anterior a la vigencia de la ley 18362.

Además, posteriormente procedieron a la inscripción registral, para así darlo a conocer a los terceros.

En virtud de lo expuesto, aun en el caso de que se entendiera que la compraventa de 1954 fue válida pero ineficaz, adquirió eficacia por haber sido ratificada por los sucesores del representado.

Conclusiones

1. El negocio de gestión representativo otorgado en 1954 debe considerarse válido y eficaz, en virtud de lo dispuesto por el artículo 291 de la ley 18362.

2. Aun si tomáramos como hipótesis que el negocio de gestión fue válido pero ineficaz por no existir el poder verbal, igualmente surge de los hechos expresados que los sucesores del representado ratificaron el negocio representativo.

Los señores LAC y GC están legitimados para iniciar el proceso de desalojo.

Esc. Juan Pablo Villar
Informante

Montevideo, 9 de diciembre de 2014. La Comisión de Derecho Civil, integrada por los escribanos Fernando Alonso, Ana Paula Bianchimano, Alicia Cancela, María Inés Casatroja, Daniella Cianciarulo, Mónica Curbelo, Silvia García Paz, Adriana Goldberg, Carlos Groisman, María Paola Igoa, Mónica Jover, Maximiliano Mauri, Roque Molla, Javier Parga, María Ritacco, Mildred Secondo, Diego Seré, Adriana Silva Fierro, Verónica Ubillos y Juan Pablo Villar, aprueba el informe que antecede.

Escs. Roque Molla y Juan Pablo Villar
Coordinadores

Aprobado por la Comisión Directiva Nacional de la AEU el 3 de marzo de 2015. Expediente 659/2014.

COMPRAVENTA. AUTOMOTORES. SALDO DE PRECIO. PAGA. PRENDA. EJECUCIÓN DE PRENDA

Resumen

La existencia de una compraventa de vehículo automotor con precio integrado y el otorgamiento de una prenda por las mismas partes y el mismo día en garantía del saldo de precio que se determina, requiere interpretar los negocios ubicando el sentido válido que determine, en lo posible, la vigencia de ambos negocios.

Informe: Civil

Consulta

Relación de hechos

El 25 de mayo de 2012 una cliente compró un auto por el precio de USD 5000, los cuales, según se acordó, se integrarían de la siguiente forma: a) USD 500 se pagaron antes de la compraventa; b) el saldo de USD 4500 se pagaría en 15 cuotas mensuales y consecutivas. Como garantía del saldo de precio se otorgó una prenda del auto vendido por la suma de USD 4500. En el contrato de compraventa se dio carta de pago por la totalidad del precio pactado. Ambos contratos fueron inscriptos en el registro correspondiente.

La compradora pagó las cuotas de junio, julio y agosto de 2012 y luego dejó de pagar, por lo que quedó adeudando la suma de USD 3.500. El abogado patrocinante de la parte vendedora se comunicó conmigo y me manifestó que, como se había dado carta de pago en el contrato de compraventa, no se podía ejecutar la prenda.

Casos precedentes

Busqué en las consultas y los trabajos publicados por la Asociación de Escribanos del Uruguay y ninguna de las 36 disponibles trata un caso como el planteado.

Fundamentación

Considero que otorgar carta de pago (artículo 1734 del Código Civil) hace que el título sea definitivo, por lo que el vendedor pierde la posibilidad de iniciar una acción resolutoria (artículo 1731 del Código Civil); el contrato queda firme; no se resuelve frente al incumplimiento del comprador, pero eso no afecta la ejecución de la prenda.

El que sea un negocio accesorio significa que tiene una causa en otro contrato principal (un préstamo, un saldo de precio, etcétera) y que sigue la suerte de este. En el presente caso la compraventa no ha sido declarada nula o inexistente, sino que se trata de un título definitivo. La deudora reconoció la deuda en la prenda, donde se estableció una financiación detallada, y pagó cuatro de esas cuotas.

Derecho aplicable

Artículos 2292 y siguientes del Código Civil, y ley 12367.

Informe de la Comisión de Derecho Civil

Se consideran aplicables al caso las disposiciones de los artículos 1289 y 1300 del Código Civil.

El artículo 1289 dispone:

> El contrato será válido aunque la causa en él expresada sea falsa con tal que se funde en otra verdadera (Artículo 788).

A su vez, el artículo 1300 expresa:

> Las cláusulas susceptibles de dos sentidos, del uno de los cuales resultare la validez y del otro la nulidad del acto, deben entenderse en el primero.
>
> Si ambos dieren igualmente validez al acto, deben tomarse en el sentido que más convenga a la naturaleza del contrato y a las reglas de la equidad.

Consecuentemente, la interpretación que debe tratar de efectuarse es la que permita mantener la validez de los dos negocios con el sentido «que más convenga a la naturaleza del contrato y a las reglas de la equidad», tal como se expresa en el artículo 1300 del Código Civil.

En ese sentido, si simultáneamente a la compraventa del vehículo automotor —en la que se dio carta de pago por la totalidad del precio estipulado— se otorgó prenda sobre el mismo vehículo —en la que se relacionó el acto que ese mismo día se suscribió— y se expresó, contradictoriamente con la enajenación, que el precio se abonaría en las condiciones estipuladas, con la garantía prendaria del mismo bien, solo puede interpretarse que ambos negocios son válidos, puesto que:

El precio de la compraventa no se integró en su totalidad, sino que lo que se pretendió fue renunciar a la acción resolutoria por el saldo de precio vigente, tal como se documentó en la garantía prendaria constituida el mismo día.

De modo coadyuvante, la constitución de la garantía prendaria con posterioridad a la enajenación del vehículo automotor, otorgada por las

mismas partes, constituye finalmente una modificación de la cláusula del precio establecida en la compraventa del vehículo.

Por lo expuesto, la ejecución de la prenda —en su caso— es viable.

Esc. Carlos Groisman
Informante

Montevideo, 9 de diciembre de 2014. La Comisión de Derecho Civil, integrada por los escribanos Fernando Alonso, Ana Paula Bianchimano, Alicia Cancela, María Inés Casatroja, Daniella Cianciarulo, Mónica Curbelo, Silvia García Paz, Adriana Goldberg, Carlos Groisman, María Paola Igoa, Mónica Jover, Maximiliano Mauri, Roque Molla, Javier Parga, María Ritacco, Mildred Secondo, Diego Seré, Adriana Silva Fierro, Verónica Ubillos y Juan Pablo Villar, aprueba el informe que antecede.

Escs. Roque Molla y Juan Pablo Villar
Coordinadores

Montevideo, 17 de diciembre de 2014. El Consejo del Instituto de Investigación y Técnica Notarial aprueba el informe realizado por la Comisión de Derecho Civil, sin perjuicio de considerar que la forma en que se redactó el negocio no es técnicamente correcta; esto es, debió haberse consignado en la compraventa que existía saldo de precio, y que, o se renunciaba a la resolución del contrato por incumplimiento, o se otorgaba novación por cambio de objeto de causa, según la posición doctrinaria que se tome al respecto.

Esc. Daniella Cianciarulo
Coordinadora

Aprobado por la Comisión Directiva Nacional de la AEU el 3 de marzo de 2015. Expediente 454/2014.

COMPRAVENTA ENTRE PADRES E HIJOS. NULIDAD RELATIVA. NULIDAD ABSOLUTA. MENOR. LEGITIMACIÓN PARA CONTRATAR. PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA

Resumen

La compraventa de padres a hijos menores de edad (quien en este caso adquiere el bien con dinero de su peculio) es inexistente por falta de poder normativo negocial; se encuentra viciada de nulidad absoluta por falta de legitimación recepticia o se encuentra viciada de nulidad relativa (según las diferentes posiciones doctrinarias). En el caso, han transcurrido más de 30 años desde el otorgamiento de dicha escritura, por lo cual no sería necesario tramitar la prescripción, pues dicha sentencia es necesaria ante ausencia de prueba documental idónea.

Informe: Civil

Consulta

Hechos

Año 1976 - Compraventa-tradición (inscripta): 1) BB, CC, DD y EE venden la nuda propiedad de un inmueble a FF (menor de 14 años de edad, representada por sus padres legítimos en ejercicio de la patria potestad). DD, una de las vendedoras, es la madre legítima de FF. 2) BB, CC y DD ceden a EE los derechos de usufructo que les corresponden sobre ese inmueble, durante toda la vida de la adquirente (EE).

Nota sobre aspectos de la compraventa de 1976 no mencionados en la consulta: Las partes manifestaron en la escritura que el dinero abonado por la menor FF correspondía a su propio peculio, por ser producto de pequeñas dádivas recibidas de sus familiares.

Año 1990 - Fallece EE (usufructuaria).

Año 2012 - Promesa de compraventa (inscripta). FF (mayor de edad y divorciada) promete vender la nuda propiedad del inmueble a GG y el usufructo a HH (ambos cónyuges entre sí).

Año 2013 - Compraventa (inscripta), en cumplimiento de la promesa relacionada.

Consulta

Se consulta si la escritura de compraventa de 1976, que no cumple con lo dispuesto por el artículo 1676 del Código Civil, es absoluta o relativamente nula y si debe ser valorada de diferente forma por haber sido autorizada fuera de los últimos 30 años.

Opinión del consultante

El consultante entiende que, por haber transcurrido casi 40 años —lapso superior a los 30 años exigidos por la norma legal (y por la mayoría de las opiniones doctrinarias), la situación estaría comprendida en el artículo 1561 del Código Civil, y que, por consiguiente, se sanearon los vicios de que adolecía. Los derechos que adquirió en esa escritura la parte adquirente —quien siempre estuvo en posesión del bien— están protegidos por la prescripción adquisitiva, y un eventual reclamante vería extinguidos sus derechos a reclamar por prescripción extintiva de sus acciones.

Informe de la Comisión de Derecho Civil

Compraventa de padres a hijos menores de edad

Sobre la compraventa de padres a hijos menores de edad mucho han escrito diversos autores, y el tema fue ampliamente desarrollado por el escribano Enrique Arezo en el tomo 75 de la *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, de 1989.

Sin pretender realizar una exposición minuciosa sobre el tema —pues nos remitimos al trabajo mencionado, que recogió las posiciones de destacados juristas—, expondremos sintéticamente las posiciones al respecto.

Para la posición desarrollada por Cafaro y Carnelli, el artículo 1676 del Código Civil consagra una situación de falta de poder normativo negocial. El poder normativo negocial es la posibilidad que tiene todo sujeto de derecho de crear normas jurídicas para autorregular sus intereses mediante los negocios jurídicos. Es un presupuesto del negocio, un elemento externo, anterior y ajeno a él, cuya falta (impuesta por ley) impide que dicho negocio exista jurídicamente, razón por la cual será inexistente.[28]

Para la posición sustentada por el doctor Gamarra, el artículo 1676 del Código Civil consagra una hipótesis de nulidad absoluta por falta de legitimación recepticia. Dicho jurista entiende que las incapacidades especiales o prohibiciones de contratar (entre las que ubica al artículo 1676 del Código Civil, como aplicación concreta a la compraventa del principio general formulado por el artículo 1281 del Código Civil) se ubican en la esfera de la legitimación (y no de la capacidad), y dentro de la legitimación corresponden a la clase de la legitimación recepticia.

Esta refiere a la idoneidad para ser sujeto activo o pasivo de la relación jurídica concreta que el negocio deberá constituir. Se trata de un presupuesto de validez, cuya ausencia determina la nulidad absoluta del contrato

28 Carnelli, Santiago; Cafaro, Eugenio B. *Eficacia contractual*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2003, pp. 13-20.

(nulidad absoluta por causa ilícita). El fundamento de la prohibición, en el caso del artículo 1676, se basa en el conflicto de intereses.[29]

Para el escribano Miranda, la prohibición establecida en el artículo 1676 del Código Civil configura una situación de «falta de capacidad jurídica específica para el acto o contrato, cuya incapacidad es relativa en virtud de tratarse de un menor adulto». Miranda entiende en este caso que la ley, al proteger el interés de las partes, sanciona el acto con nulidad relativa, y no lo sanciona con nulidad absoluta por no afectarse la moral, las buenas costumbres o la ley, con base en los artículos 1560 y 1561 del Código Civil.[30]

Prescripción

Sin perjuicio de las diferentes opiniones doctrinarias expuestas, en el caso en consulta hay otro elemento de relevancia, que es el tiempo transcurrido desde la celebración del negocio (año 1976) hasta hoy. De esta forma, cualquiera sea la posición que se adopte respecto a la compraventa de 1976 —incluso la que entiende que se configuró una hipótesis de inexistencia o la que entiende que se trató de un caso de nulidad absoluta—, han transcurrido más de 30 años desde que se otorgó dicho negocio en una escritura pública que documentó la transmisión de la posesión. Por lo tanto, existe prueba documental de la posesión por el plazo exigido por la ley, y por dicho motivo no sería necesario obtener una sentencia declarativa de prescripción adquisitiva.[31]

Conclusión

En virtud de lo manifestado, se comparte lo expresado por el consultante. El título no es observable, pues los derechos de la adquirente se encuentran protegidos por el instituto de la prescripción adquisitiva treintenaria.

Escs. Miguel Burdín Pérez
y Ana Lucía Realini Invernizzi
Informantes

Montevideo, 19 de diciembre de 2014. La Comisión de Derecho Civil, integrada por los escribanos Fernando Alonso, Miguel Burdín, Carlos Groisman, María Paola Igoa, Maximiliano Mauri, Roque Molla, Javier Parga, María Alejandra Portillo, María Ritacco, Diego Seré, Adriana Silva,

29 Gamarra, Jorge. *Contratos.* Tomo 3, vol. 1. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2003, pp. 180-204.

30 Miranda, Fernando. *Derecho práctico y teórico,* Montevideo: Asociación de Escribanos del Uruguay, 1973, pp. 131-132.

31 Molla, Roque, «La prescripción adquisitiva abreviada: un modo originario de adquirir», *Anuario de derecho civil uruguayo,* tomo 23, 1993, pp. 603-609.

Gonzalo Trobo, Verónica Ubillos y Juan Pablo Villar, aprueba el informe que antecede.

Escs. Roque Molla y Juan Pablo Villar
Coordinadores

Aprobado por la Comisión Directiva Nacional de la AEU el 10 de marzo de 2015. Expediente 517/2014.

COMPRAVENTA. PROMESA DE COMPRAVENTA. PROPIEDAD

Resumen

El eventual conflicto por la propiedad de un bien entre un titular de derechos personales y el titular de un derecho real, propietario poseedor de buena fe, se resuelve a favor de este.

Desde el punto de vista registral, no existen observaciones que formular a la titulación en estudio, dado que se dio cumplimiento a los principios de prioridad, cognoscibilidad, oponibilidad y tracto sucesivo.

Informe: Civil y registral

Consulta

Relación de hechos

Año 1981 - Según documento privado del 6 de noviembre, C SA prometió vender al señor DD la futura unidad de propiedad horizontal número …8 del padrón …0 de Maldonado. El precio pactado fue abonado totalmente con anterioridad. El documento no tiene certificación notarial de firmas y no fue inscripto.

Año 1986 - El edificio del que forma parte la unidad …8 fue habilitado en el régimen de propiedad horizontal de la ley 10751 el 22 de setiembre.

Año 1995 - Según escritura autorizada el 16 de junio, cuya primera copia fue inscripta en el Registro de la Propiedad, C SA enajenó por compraventa y tradición la misma unidad …8 a otra persona, el señor HH, casado con II. Se pactó el mismo precio que en la promesa referida, que también fue abonado totalmente con anterioridad. En la cláusula sexta se establece: «Con este otorgamiento se da por cumplida la Promesa de Compraventa celebrada el 6 de noviembre de 1981».

Año 2005 - Según escritura autorizada por la escribana consultante, el 26 de junio los cónyuges HH-II enajenaron la unidad …8 a los cónyuges MM-NN.

Observación del título

En dos oportunidades se ofreció en venta la unidad …8 relacionada (años 2012 y 2014) y en ambas ocasiones los escribanos de los interesados observaron la titulación sosteniendo que en 1995 se enajenó el bien a persona distinta del promitente comprador de la promesa de 1981.

Opinión de la consultante

La consultante no comparte las observaciones relacionadas. Sostiene lo siguiente:

- Analizó en su momento el compromiso de compraventa relacionado y constató que el promitente adquirente no era el adquirente en la compraventa de 1995.
- Obtenida la información registral, no surgió inscripto el compromiso de compraventa, por lo que hizo caso omiso a este. Además, resultaron inscriptos correctamente los antecedentes dominiales correspondientes a los años 1995 y 1954, oportunidad esta última en que C SA adquirió el terreno donde construyó el edificio.
- La promesa de compraventa es válida y eficaz entre las partes desde su otorgamiento y oponible a terceros desde su inscripción (artículo 54 de la ley 16871), cosa que no sucedió con la promesa del 6 de noviembre de 1981.
- La compraventa de 1995, debidamente inscripta, respeta el tracto sucesivo (artículo 57 de la ley 16871) y es su antecedente registral.
- La compraventa autorizada en 2005 fue inscripta en el Registro de la Propiedad sin haber tenido objeción alguna.

Finalmente, solicita se emita informe respecto de esta titulación.

Informe de la Comisión de Derecho Civil

La documentación objeto de consulta tiene características que llaman a confusión y cuya lectura inicial genera dudas.

En primer lugar, en el legajo de la titulación que recibe la colega consultante se incluye la promesa de compraventa fechada el 6 de noviembre de 1981, en la que el promitente adquirente *no* es el comprador de la compraventa otorgada a continuación en 1995.

En segundo lugar, el precio pactado es el mismo en ambos negocios.

En tercer lugar, en la cláusula sexta de esta compraventa se establece que «se da por cumplida la promesa de compraventa celebrada el 6 de noviembre de 1981».

Intentando ofrecer una respuesta lógica podríamos asumir que los derechos de promitente comprador fueron cedidos al adquirente de 1995, pero esta hipótesis no encuentra respaldo en el texto de la compraventa subsiguiente ni en el hecho de que esta supuesta cesión no está agregada al legajo de la titulación.

También podríamos suponer que el mismo día —6 de noviembre de 1981— la sociedad titular del bien otorgó dos promesas de compraventa a dos personas distintas y por el mismo precio… Esta hipótesis se debilita por cuanto a la compraventa de 1995 se agregó el ejemplar de la promesa otorgada con el otro promitente comprador.

Se impone pues el abandono de estos supuestos y transitar por un camino de certezas propio de nuestra función notarial.

La titulación de este bien generó inquietud y dudas en los colegas llamados a intervenir, las que llevaron a que se frustraran dos intentos de comercializarlo. En los hechos es como si este inmueble quedara fuera del comercio de los hombres.

El conflicto entre el titular de un derecho personal y el titular de un derecho real

Lo que está planteado, pues, es el conflicto que se podría generar por una reclamación del promitente comprador de 1981, señor DD, a los propietarios del bien, hoy los cónyuges MM-NN.

¿Qué derechos tiene el promitente comprador DD, otorgante de un documento privado sin firmas certificadas y sin inscripción registral?

Dice el artículo18 de la ley 8733:

> Las promesas no inscriptas que consten en documento público o privado, sólo producirán acción personal y se regirán por los principios del derecho común.

El Código Civil expresa:

> Artículo 473. Derechos personales son los que sólo 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.
>
> Artículo 474. Los derechos y acciones se reputan muebles o inmuebles, según la naturaleza de la cosa que es su objeto. Así […].
>
> Artículo 475. Los hechos que se deben se reputan muebles. La acción […].
>
> Artículo 1664. […] 4) No obstante, la promesa de compraventa de inmuebles hecha en instrumento privado da acción para reclamar el resarcimiento de daños y perjuicios en caso de no cumplimiento. Los contratos previstos en la Ley N.º 8.733 de 17 de junio de 1931 y sus ampliatorias, quedan sujetos a las normas respectivas.

Aplicando estas normas y asumiendo como presupuesto necesario que se pruebe la autenticidad de las firmas que lucen en el documento, se

puede concluir claramente que el promitente comprador DD es titular de un derecho personal, de naturaleza mueble, que consiste en reclamar a la sociedad C SA una obligación de hacer: otorgar la compraventa prometida. Y ello será posible siempre y cuando hubiera configurado suspensión o interrupción del plazo que impidiera la prescripción extintiva de esta acción personal, dado el tiempo transcurrido.

¿Qué derechos tienen los actuales propietarios del bien, los cónyuges MM-NN?

Los actuales propietarios adquirieron en 2005 el dominio del bien de los cónyuges HH-II, quienes a su vez lo habían adquirido en 1995 —en cumplimiento de promesa de compraventa— del mismo sujeto de derecho que también lo había prometido en venta a un tercero, DD, en 1981. Si bien llama a confusión el que se invoque que con esta compraventa de 1995 se está dando cumplimiento a una promesa que tiene la misma fecha y el mismo precio que los pactados en la otra promesa, deben tenerse en cuenta estos importantes puntos:

- En todo caso se trata de dos promesas con la misma fecha, y al respecto solo cabe valorar que debe prevalecer aquella que fue cumplida por una compraventa que se inscribió en el Registro de la Propiedad. Promesa y compraventa son dos negocios autónomos en su estructura, pero fatalmente vinculados desde el punto de vista funcional por su causa (artículo 1337 del Código Civil).
- La sociedad vendedora era la titular del dominio, según resulta de su título de propiedad y de la información registral.
- Al otorgarse la compraventa —que fue autorizada por el mismo escribano cuyo nombre aparece invocado como el colega al que se le solicita la certificación notarial de firmas de la promesa de venta de 1981 que está agregada a la titulación—, se confirió la posesión al adquirente, señor HH.

Luego, en 2005, al intervenir la colega consultante para el otorgamiento de esta segunda compraventa a favor de los cónyuges MM-NN, de la información registral obtenida no resultó inscripción alguna que obstara al otorgamiento de la compraventa; en especial, no surgió inscripta la relacionada promesa de venta a DD.

Estos argumentos fortalecen la buena fe de estos adquirentes, cuyo dudoso punto débil resultaría de reparar en el hecho de que al legajo de la titulación aparece hoy agregada la promesa de compraventa que la sociedad C SA otorgó con el otro promitente comprador (DD) y no resulta su propia promesa. Convengamos que la simple agregación de esta promesa al legajo de la titulación no significa necesariamente que ya lo estuviera al momento de otorgarse la compraventa de 1995.

Sin perjuicio de esta posible debilidad —cuya verdadera existencia debería probarse—, es muy importante valorar que en la compraventa de 1995 ambas partes declaran expresamente que están dando cumplimiento a otro negocio preliminar y es en su mérito que la otorgan. El hecho de que

no luzca agregada a la titulación no implica dudar de su existencia, dada la expresa invocación que las partes hacen de ella. Véase que se trata de una manifestación contenida en la parte expositiva de una escritura pública, lo que le da una relevancia jurídica superior a la que emana de un documento privado sin fecha cierta y sin certificación notarial de firmas (la promesa a favor de DD).

Otra circunstancia no menos importante es que han transcurrido 33 años y no resulta que la promesa otorgada a DD se hubiera cumplido, ni tampoco acciones judiciales que hubieran provocado la pérdida de la posesión del bien a los actuales propietarios.

Los cónyuges MM-NN son los únicos titulares de un derecho real de dominio respecto del bien en cuestión en mérito a la compraventa que otorgaron en 2005 con HH y su cónyuge II, y tienen la posesión del bien en calidad de propietarios dotados de buena fe.

Por ello, los derechos de DD resultan inoponibles a los cónyuges MM-NN.

Establece el artículo 1430 del Código Civil:

> Sea la cosa mueble o inmueble, el cumplimiento de la condición no podrá hacer que se resuelvan los derechos conferidos a terceros poseedores de buena fe. En este caso, a salvo queda al acreedor el derecho de demandar a la persona obligada por el pago de lo equivalente y la indemnización de daños y perjuicios.

En este caso los derechos de DD tienen «un límite impuesto por razones de política legislativa para amparar a determinados terceros cuando estos tengan simultáneamente la condición de poseedores y poseedores de buena fe», afirman Carnelli y Cafaro, y añaden:[32]

> 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.[33]

¿Cómo se resuelve un eventual conflicto entre DD y los cónyuges MM-NN?

Digamos en primer lugar que, en teoría, siempre existe la posibilidad de que cualquier persona plantee accionamientos judiciales en un juzgado cuestionando la bondad de un título de propiedad. Cosa muy distinta es que el planteo sea procedente. Ello no puede generar en los profesionales del derecho un temor tal que nos lleve a rechazar títulos de propiedad sin un fundamento jurídico para ello.

En el caso que nos ocupa, un eventual accionamiento judicial de DD contra los actuales propietarios del bien sería improcedente y como tal no

32 Carnelli, Santiago; Cafaro, Eugenio B. *Eficacia contractual*. 2.ª ed. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2003.
33 Ídem.

debería prosperar en sede judicial. En efecto, luego de 33 años de haber otorgado dicha promesa —la que no se inscribió—, el mismo promitente vendedor (propietario desde 1954) enajenó el bien a HH en 1995, en cumplimiento de otra promesa de compraventa de la misma fecha, y luego el bien se volvió a enajenar en 2005 a los actuales propietarios. Ambos negocios fueron debidamente inscriptos y la posesión fue conferida en forma real en 1995 y mantenida hasta el presente por los actuales propietarios. En todo caso sería un intento más que inútil de DD, porque la calidad de propietarios que tienen los cónyuges MM-NN está consolidada, fuera de dudas y le resulta inatacable.

En segundo lugar, ¿qué puede hacer DD?

En rigor, si se diera un conflicto, el adversario de DD no pueden ser los propietarios del bien. Si su derecho —de naturaleza personal y mueble— no se extinguió por prescripción, su adversario será aquel promitente vendedor de 1981, la sociedad C SA Y, dado el otorgamiento de la compraventa de 1995, la sociedad C SA no podrá cumplir con su obligación de escriturarle, por lo que solo cabe esperar su incumplimiento. De acuerdo con los artículos 1338 y 1664 (numeral 1) del Código Civil, DD solo podrá reclamar daños y perjuicios a la sociedad C SA.

Conclusiones

Los derechos de propiedad de los cónyuges MM-NN respecto del bien en cuestión están a salvo de cualquier eventual reclamación de DD, y esta, en caso de ser planteada, sería improcedente.

Si no se extinguió por prescripción su derecho, el señor DD solo tiene acción para reclamar daños y perjuicios a la sociedad C SA.

El hecho de que la promesa de compraventa a DD esté agregada al legajo de la titulación no es fundamento jurídico para observar la bondad de estos títulos.

Esc. Fernando Alonso Fernández
Informante

Montevideo, 19 de diciembre de 2014. La Comisión de Derecho Civil, integrada por los escribanos Fernando Alonso, Miguel Burdín, Carlos Groisman, María Paola Igoa, Maximiliano Mauri, Roque Molla, Javier Parga, María Alejandra Portillo, María Ritacco, Diego Seré, Adriana Silva, Gonzalo Trobo, Verónica Ubillos y Juan Pablo Villar, aprueba el informe que antecede.

Escs. Roque Molla y Juan Pablo Villar
Coordinadores

Informe de la Comisión de Derecho Registral

La promesa de compraventa del 6 de noviembre de 1981 —promesa simple, sin inscribir— no genera las consecuencias de la ley 8733, modificativas y concordantes, por lo que no tiene derecho real preferente ni oponibilidad frente a terceros.

Del certificado de propiedad inmueble agregado en obrados no surge demanda, promesa de compraventa inscripta ni reclamación de especie alguna a la fecha de expedición del certificado referido.

La promesa de compraventa no fue inscripta; por tanto, el señor DD solo podrá reclamar acciones personales contra la empresa C SA.

El tracto sucesivo desde el punto de vista registral es correcto, y no surge inscripción que afecte la unidad …8.

La promesa de compraventa de 1981 actualmente no se puede inscribir porque no reúne los requisitos necesarios para ello.

La compraventa otorgada el 16 de junio de 1995 expresa en la cláusula tercera: «Como tradición C SA se desprende del pleno dominio de la unidad vendida a favor del adquirente, quien toma la posesión de la misma en este acto».

Las compraventas de 1995 y de 2005 se encuentran inscriptas en el Registro de la Propiedad Inmueble.

Los cónyuges en únicas nupcias MM y NN son los últimos titulares registrales (compraventa de 2005 matriculada) y tienen la legitimación registral para enajenar.

Conclusión

Por todo lo expuesto, desde el punto de vista registral se dio cumplimiento a los principios de prioridad, cognoscibilidad, oponibilidad y tracto sucesivo, por lo que no existen observaciones que formular a la titulación en estudio.

Esc. Inés Rodríguez Sarmiento
Informante

Montevideo, 19 de noviembre de 2014. Aprobada por los escribanos Cristina Anzuela, Susana Cambiasso, Gerardo Cardozo, Daniel Ramos, Carlos Milano, Carlos del Campo y Mercedes Azar.

Esc. Mercedes Azar
Coordinadora

Aprobado por la Comisión Directiva Nacional de la AEU el 10 de marzo de 2015. Expediente 641/2014.

PROPIEDAD. PROPIEDAD PÚBLICA. RIBERA

Resumen

Un bien de propiedad privada no pasa al dominio público por el hecho de lucir como tal en un plano de mensura. El cambio de naturaleza jurídica debe realizarse de acuerdo con las disposiciones legales que rijan la materia.

La franja que se encuentra —según el plano del agrimensor OB— entre la ruta …0 y la zona fiscal frente al océano Atlántico pertenece a los herederos de LB y CS.

Consulta

Hechos

LB y CS adquirieron los inmuebles padrones …1, …2, …3, …4, …5, …6 y …7, según compraventas de 1938 y 1939.

Dichos inmuebles fueron fraccionados de acuerdo con el plano del agrimensor OR de julio y agosto de 1938, inscripto en la Dirección de Avalúos el 26 de octubre de 1938.

Como resultado del fraccionamiento al sur de la ruta …0, quedó un área de 5 hectáreas y 8438 metros cuadrados que corresponde a un remanente entre la zona denominada *playa* … y la denominada *rambla costanera* en el referido plano del agrimensor OR.

La existencia del remanente referido en el literal anterior queda suficientemente acreditada en el plano del agrimensor JB del 9 de mayo de 2012.

El citado inmueble (área de 5 hectáreas y 8438 metros cuadrados), que está aún sin empadronar, fue parte de las fracciones rurales empadronadas en mayor área con los números …1, …2, …3, …4, …5, …6 y …7. Estas fracciones fueron enajenadas a LB y CS hasta el límite sur del Río de la Plata.

No existe escritura ni acto jurídico alguno en virtud del cual LB haya cedido el remanente a algún tercero.

Producido el fallecimiento de LB y CS, les sucedieron sus herederos J, C, M, G y P.

Por documento privado del 25 de setiembre de 2012, PR y AC reservaron para su compra, de los herederos de LB, un solar baldío sito en el balneario …, con una superficie total de 5 hectáreas y 8438 metros cuadrados (plano del agrimensor JB mencionado).

Consulta

En virtud de haber surgido discrepancias con respecto al objeto de las compraventas de 1938 y 1939, se solicita opinión de la Asociación de Es-

cribanos del Uruguay acerca de si LB adquirió todas las áreas a que se refiere el plano del agrimensor OR de julio de 1938.

En caso afirmativo, se solicita opinión sobre si el área indicada en el plano del agrimensor JB se encuentra comprendida dentro del objeto de las compraventas en favor de LB.

Opinión del consultante

El consultante opina que el inmueble referido, de 5 hectáreas y 8438 metros cuadrados, es de propiedad de los sucesores de LB y CS, por las siguientes razones:

Dicho inmueble, que se encuentra pendiente de empadronamiento, fue parte de los inmuebles enajenados a favor de LB según escrituras del 6 de julio y el 3 de setiembre de 1938 y el 10 de octubre de 1939.

En esas escrituras las fracciones se describieron:

1. Fracción de campo con sus alambrados y mejoras ubicados en …, empadronada en mayor porción con el número …3. Dicha fracción está indicada con la letra B en el plano de OR de julio de 1938.

2. Fracción ubicada en el mismo paraje, con sus alambrados y mejoras, empadronada en mayor porción con el número …2. Dicha fracción se señala con la letra C en el plano de OR mencionado.

3 y 4. Las fracciones señaladas en ese plano con las letras D y A se describen, la primera como parte del padrón …1 y lindando… al sur en … metros con terreno fiscal al Río de la Plata, y la segunda compuesta a su vez por seis fracciones empadronadas con los números …7, …8, …9 y …10, lindando …

La manifestación de voluntad expresada en las escrituras es clara en cuanto a que el objeto de la compraventa fueron las fracciones descritas con las áreas comprendidas en los límites referidos.

En especial con respecto al límite sur, en todas las fracciones este es la zona fiscal al Río de la Plata.

Por otra parte, el fraccionamiento que originó el balneario … no significó el pasaje de pleno derecho del área en cuestión al dominio municipal, porque a la fecha de aprobación del plano de fraccionamiento del balneario referido no existía ordenanza municipal que dispusiera en el sentido indicado por el decreto 15430.

Sobre un tema similar se expidió la Asociación de Escribanos del Uruguay en 2008.[34]

34 Molla Camacho, Roque. Asociación de Escribanos del Uruguay. Comisión de Derecho Civil. «Ribera». *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, jul.-dic. 2009, tomo 95, n.os 7-12, pp. 297-304.

Informe de la Comisión de Derecho Civil

Como bien manifiesta el consultante, este tema fue tratado en consulta anterior evacuada por la Comisión de Derecho Civil en 2008, por lo cual las informantes se remitirán básicamente a lo manifestado en aquella consulta.

El punto en análisis radica en quién es el propietario de la fracción que tiene una superficie de 5 hectáreas 8438 metros cuadrados, la cual, según el plano del agrimensor JB de 2012, luce como una fracción que se encuentra entre la ruta …0 y la denominada *zona fiscal* que da frente al océano Atlántico.

Teniendo en cuenta lo que surge de las escrituras citadas en la relación de hechos, todas las fracciones comprendidas en esa enajenación tenían como límite el Río de la Plata.[35]

Como también se manifiesta en esta consulta, «un bien de propiedad privada no pasa al dominio público por el hecho de lucir como tal en un plano de mensura. El cambio de naturaleza jurídica debe realizarse de acuerdo con las disposiciones legales que rijan la materia».

Es preciso agregar que del plano levantado por el agrimensor JB no surge que esa fracción sea de dominio público, sino que eso es lo que aparentemente se pretende discutir.

De las escrituras reseñadas surge claramente que la voluntad de las partes fue incluir en el objeto de las compraventas las franjas señaladas, por lo cual no se puede sino interpretar que esa fracción pertenece a los herederos de LB y CS, pues, como se ha dicho, no se cambia el dominio privado a público por lo que en apariencia surja de un plano —aunque a nuestro entender eso no surge en este caso—.

Respecto a los conceptos de *ribera marítima, determinación de la línea superior de la ribera* en el Código Civil y en el Código de Aguas y demás términos que puedan servir también para el desarrollo de este tema, las informantes se remiten a la consulta publicada en el tomo 95 de la *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay,* páginas 299 y siguientes.

Conclusión

La franja que se encuentra —según el plano del agrimensor JB— entre la ruta …0 y la zona fiscal frente al océano Atlántico pertenece a los herederos de LB y CS.

Escs. Laura Parnas
y Daniella Cianciarulo
Informantes

35 Como se manifiesta en la consulta evacuada por esta comisión en 2008, se trae aquí a colación la misma explicación, en el sentido de que en el plano de 1938 se estableció en forma errónea que el límite era el Río de la Plata, cuando debió ser el océano Atlántico.

Montevideo, 24 de febrero de 2015. La Comisión de Derecho Civil, integrada por los escribanos Fernando Alonso, Silvana Beker, Américo Bianchi, Jorge Carneiro, María Inés Casatroja, Daniella Cianciarulo, Sandra Cipriani, Gustavo Echavarría, Silvia García Paz, Adriana Goldberg, Alicia González Bilche, Mariana González Bonaudi, María Paola Igoa, María del Rosario Marchese, Maximiliano Mauri, Laura Parnás, Margarita Puertollano, Estela Sarachu, Diego Seré, Verónica Ubillos, Jimena Viana y Juan Pablo Villar, aprueba el informe que antecede.

Esc. Juan Pablo Villar
Coordinador

Informe de la Comisión de Derecho Público

Montevideo, 16 de marzo de 2015. Reunidos los coordinadores de la Comisión de Derecho Público, escribanos Ana Fontes y Daniel Zaíno, resuelven adherir en todos sus términos a las conclusiones arribadas por la Comisión de Derecho Civil en el informe que antecede.

Escs. Daniel Zaíno y Ana Fontes
Coordinadores

Aprobado por la Comisión Directiva Nacional de la AEU el 7 de abril de 2015. Expediente 518/2014.

ERROR. PADRÓN. COMPRAVENTA. DECLARATORIA. NEGOCIO DE FIJACIÓN

Resumen

Luego de una nueva caracterización urbana, ¿se puede proceder a rectificar el número de padrón y toda la descripción del inmueble mediante el otorgamiento de una escritura de declaratoria, o corresponde hacer dos compraventas, respecto de cada uno de los inmuebles involucrados?

Informe: Civil

Consulta

Relación de hechos

DG y JA, cónyuges entre sí en únicas nupcias, en la actualidad son propietarios del padrón …1, señalado como solar 5B, que al norte linda con el solar 5A (hoy padrón …2).

A su vez, los citados fueron titulares del padrón número …2, señalado como solar 5A, que linda con el solar 5B (hoy padrón …1).

Vale decir que, ambos han sido propietarios de los inmuebles padrones …1 y …2, linderos entre sí.

Sobre el padrón …2 citado se emplaza una casa bien construida que al día de hoy se encuentra alquilada.

En determinado momento DG y JA decidieron enajenar el inmueble padrón …1, en el cual no hay una casa.

En dicha oportunidad, los intermediarios que intervinieron en la operación inmobiliaria proyectada expresaron al matrimonio que había un error en los padrones, que la casa estaba emplazada en el padrón …1 y que el padrón …2 citado era baldío; que en consecuencia era necesario realizar una caracterización urbana que reflejara la realidad, de la que surgiera que el padrón …2 no tenía construcciones.

Vale señalar que la voluntad del matrimonio nunca fue enajenar la citada casa emplazada en el padrón …2, sino el padrón …1, que no tenía ninguna casa.

Con la intervención de un arquitecto se confeccionó una caracterización urbana en el padrón …2 que a la postre resultó errónea, ya que de ella surge que el inmueble es baldío, cuando en realidad hay una sólida casa en él, según surge de la cédula catastral.

Con posterioridad a la caracterización urbana, luego de aceptada la propuesta de un interesado, el 14 de enero de 2013 se autorizó la compraventa del inmueble padrón …2 —por la cual la señora PP pretendía

adquirir un terreno baldío y los propietarios pretendían venderlo—, la que se inscribió en el Registro correspondiente. Vale decir que la voluntad de la adquirente nunca fue comprar una casa y la voluntad del matrimonio enajenante nunca fue enajenar una casa.

Tras una sumatoria de errores de diferentes sujetos, es claro que se enajenó un inmueble que no fue el querido por los otorgantes de la escritura de compraventa.

Actualmente las partes han advertido el error y pretenden subsanarlo.

Consulta

Se consulta si, una vez realizada una nueva caracterización urbana en el padrón …2, se puede proceder a rectificar el número de padrón y toda la descripción del inmueble mediante el otorgamiento de una escritura de declaratoria, o si, en cambio, corresponde hacer dos compraventas, respecto de cada uno de los inmuebles involucrados.

Opinión de la consultante

Entiendo que es posible proceder a otorgar una escritura de declaratoria a efectos de subsanar lo ocurrido, detallando que el objeto de la escritura era el padrón …1 y no el padrón …2, de acuerdo con lo que dispone el artículo 1292 del Código Civil.

Informe de la Comisión de Derecho Civil

Se dan por reproducidos los antecedentes, por lo que es menester analizar el negocio desde el punto de vista de la voluntad de las partes al momento del otorgamiento. Dicha voluntad, como se expresa en la consulta formulada, fue otorgar una compraventa de terreno baldío.

Como dice el escribano Fernando Miranda,[36] «para configurar un negocio jurídico es necesario no solo la voluntad negocial […] el querer consciente, sino también la voluntad de la manifestación, es decir, querer la manifestación de la voluntad».

Puede ocurrir que ese proceso de formación de voluntad se encuentre viciado por error o dolo. El vicio por error o dolo en dicho proceso se traduce en un *error en la declaración,* pero ese error en la declaración puede no incidir en la voluntad negocial, es decir, se quiere el negocio y su resultado. En el caso que nos ocupa se quieren ambas cosas (negocio y resultado que se traducen en que las partes quisieron vender y comprar un terreno baldío).

36 Miranda, Fernando. *Derecho práctico y teórico: algunas consultas*. Montevideo: Asociación de Escribanos del Uruguay, 1973, pp. 135-139.

En cuanto a los *efectos* que produce el error, la doctrina ha distinguido entre el *error vicio* y el *error obstáculo*. En el error vicio hay una incidencia en el proceso formativo de voluntad, pero no la excluye, ya que la voluntad del contenido se forma correctamente, aunque por error se encuentra viciada la voluntad de la declaración. En cambio, en el error obstáculo se excluye la voluntad misma debido a que el error se encuentra en la identidad del objeto sobre el que recae el negocio. En el caso que se nos plantea, existiría error obstáculo si la voluntad de los vendedores hubiera sido vender un terreno baldío y la voluntad de la compradora adquirir una casa.

Sobre el error obstáculo la doctrina ha tomado distintas posiciones. Gamarra[37] entiende que el error en la identidad del objeto produce como efecto una nulidad absoluta, porque en definitiva no existe realmente un acuerdo de voluntades; fundamenta su postura en el artículo 1271, numerales 1.º y 2.º. Miranda [38] dice:

> Cabe agregar que entre los casos de error obstáculo, deben incluirse los de error en la especie de contrato, artículo 1271 Código Civil inciso 1ro y aun el que recae sobre la identidad específica del objeto, inciso 2do, […] pues impide u obsta a la formación del contenido (si uno cree consentir préstamo y el otro donación, uno comprar predio A y el otro vender el predio B ya que no hay acuerdo). No obstante todos estos casos, como los de error vicio, están sancionados por la nulidad relativa (artículos 1270, 1271, 1560 y 1568 Código Civil).

Explica Miranda que la razón de la nulidad relativa es que el vicio o la antijuridicidad solo interesan en esos casos a los particulares, sin que estén en juego el orden legal ni el orden público.

Estamos aquí ante una incertidumbre producida por una divergencia entre lo real y lo declarado respecto del objeto del negocio, que como tal sería subsanable por medio de lo que la doctrina ha llamado *negocio de fijación* o *accertamento*. El negocio de fijación se entiende que es un negocio de segundo grado, ya que supone «una relación jurídica preexistente que necesariamente, además, requiere una actividad de quienes participaron en ella con el fin de despejar una incertidumbre».[39]

Por su parte, el profesor Miranda[40] hace referencia a que la causa del negocio de fijación es la «eliminación de la incerteza». Ambos autores están de acuerdo en que se trata de un negocio declarativo que no genera

37 Gamarra, Jorge. *Tratado de derecho civil uruguayo*. 3.ª ed. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1979, Tomo 13, p. 27.

38 Miranda, Fernando. *Derecho práctico y teórico: algunas consultas*. Montevideo: Asociación de Escribanos del Uruguay, 1973, p. 137.

39 Molla Camacho, Roque. Asociación de Escribanos del Uruguay. Comisión de Derecho Civil. «Negocio de fijación». *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, ene.-dic. 1996, tomo 82, n.os 1-12, pp. 49-50 y 56.

40 Miranda, Fernando. *Derecho práctico y teórico: algunas consultas*. Montevideo: Asociación de Escribanos del Uruguay, 1973, p. 138.

obligaciones ni constituye derechos, sino que fija, adecua la situación a la realidad.

Si acudimos a nuestro ordenamiento jurídico, encontramos que el artículo 1294 del Código Civil (que regula el mutuo disenso) permite que las partes puedan «extinguir obligaciones creadas por los contratos» y, por tanto, se entiende que pueden también *fijar* o *asertar* el contenido de su voluntad, eliminando así la incertidumbre.

Conclusión

En el caso planteado, en realidad estamos ante una situación de divergencia entre la voluntad declarada y la real. No podemos decir que existe ausencia de consentimiento, ya que los cónyuges G-A quisieron vender un terreno baldío y la señora PP consintió en comprarlo —de hecho, la compradora *ocupa* el inmueble que pretendió comprar—, y por divergencia entre lo declarado y lo real resultó una venta de otro padrón con distinto deslinde y superficie, lo que acarrea la necesidad de una revisión en la liquidación de determinados impuestos, como se verá.

No cabe duda de que las partes quisieron y quieren los efectos jurídicos del negocio otorgado, lo cual admite que puedan, por medio del otorgamiento del *negocio de fijación, asertar* el contenido del negocio original, el que se halla menguado por una situación de incertidumbre. Ese es el rol que cumplirá este negocio: desaparecer o eliminar esa incertidumbre, adecuando la situación a la realidad al hacer coincidir la voluntad real y la declarada.

Sin perjuicio de lo expuesto se debe tener presente que, en caso de que hubiera derechos adquiridos por terceros de buena fe, estos no pueden verse vulnerados, ya que el negocio de fijación es retroactivo para las partes, no así para los terceros, para quienes será oponible una vez inscripto en el registro correspondiente.

Concretamente, para encaminar la situación los cónyuges G-A con PP deben otorgar una escritura de declaratoria, compareciendo todos ellos, por la que se *rectifique* lo declarado en el sentido de que el correcto padrón que debió venderse en la escritura del 14 de enero de 2013 es el …1 solar 5B (especificando correctamente los datos que le corresponden) y no el que se consignó por error, a saber, el padrón …2 solar 5A. En cuanto a la tradición efectuada en la referida escritura, se debe *rectificar* lo declarado, dejando muy en claro que se realiza por el padrón …1 solar 5B. La declaratoria debe también inscribirse en el Registro de la Propiedad, Sección Inmobiliaria.

¿Qué se consigue con esta declaratoria? Despejar esa incertidumbre que medra toda la situación, aclarar dudas y establecer cuál es la verdadera situación, *asertando* finalmente esa incertidumbre jurídica que existía entre la voluntad real y la que finalmente declararon. Se debe *asertar* también la liquidación de ITP e IRPF, ya que seguramente los valores reales no

son los mismos, por cuanto difieren las superficies, como se advierte del croquis agregado.

Escs. Adriana Gancio y Sandra Cipriani
Informantes

Montevideo, 7 de abril de 2015. La Comisión de Derecho Civil, integrada por los escribanos María Jesús Almandoz, Fernando Alonso, Silvana Beker, Américo Bianchi, María Inés Casatroja, Sandra Cipriani, Alicia González Bilche, Mariana González Bonaudi, Carlos Groisman, Adriana Inciarte, Mónica Jover, María del Rosario Marchese, Maximiliano Mauri, Roque Molla, Margarita Puertollano, María Ritacco, Estela Sarachu, Mildred Secondo, Diego Seré, Gonzalo Trobo, Verónica Ubillos, Jimena Viana y Juan Pablo Villar, aprueba el informe que antecede.

Escs. Roque Molla y Juan Pablo Villar
Coordinadores

Aprobado por la Comisión Directiva Nacional de la AEU el 21 de abril de 2015. Expediente 734/2014.

POSTOR. REMATE JUDICIAL. EMBARGO. EMBARGO GENÉRICO. CESIÓN DE DERECHOS DE MEJOR POSTOR. PUBLICIDAD REGISTRAL

Resumen

El embargo genérico no alcanza a los derechos de mejor postor. La observación a la titulación basada en ese embargo carece de fundamento.

Informe: Civil, registral y procesal

Consulta

Hechos

El compareciente fue titular del boleto de mejor postor en remate judicial realizado sobre el inmueble padrón …7, con precio total integrado.

En tal calidad cedió dicho boleto al señor A, quien se presentó en sede judicial para realizar la escrituración judicial de dicho inmueble.

El señor A manifestó su conocimiento de la existencia de embargos que afectaban dicho inmueble y estuvo conforme en hacerse cargo de ellos.

Asimismo, el compareciente cedente de los derechos de mejor postor se encuentra afectado por un embargo genérico.

El artículo 380.2 de la ley 19090 (Código General del Proceso) establece: «El embargo genérico comprenderá los bienes registrables del embargado […]».

Entiende el compareciente que el Registro *no inscribe boletos de mejor postor*. Conforme a la jurisprudencia sobre el punto, el boleto de mejor postor tan solo importa una obligación de hacer, que no atribuye titularidad alguna sobre el inmueble en cuestión.

Consulta

En virtud de lo expresado, se consulta:

- Si el boleto de mejor postor es inscribible ante los registros públicos.
- Si no fuera así, si puede ser alcanzado por embargo genérico.
- Si tal situación impide en alguna forma que la sede judicial proceda a la escrituración del bien inmueble subastado judicialmente, dado que, además, el cesionario, señor A, hará constar en la escritura a otorgarse que tiene conocimiento de los embargos trabados sobre dicho inmueble e inclusive sobre los que recaen sobre el cedente.

La presente consulta se realiza a requerimiento del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil de … Turno, que para formalizar la escrituración correspondiente estará pendiente del dictamen de la Comisión de Derecho Civil.

Informe de la Comisión de Derecho Civil

Montevideo, 24 de marzo de 2015. La Comisión de Derecho Civil, integrada por los escribanos Américo Bianchi, María Inés Casatroja, Daniella Cianciarulo, Sandra Cipriani, Alicia González Bilche, Carlos Groisman, Adriana Inciarte, María del Rosario Marchese, Maximiliano Mauri, Ana Lía Méndez, Roque Molla, Adriana Pereyra, María Alejandra Portillo, Estela Sarachu, Mildred Secondo, Diego Seré, Adriana Silva, Verónica Ubillos, Jimena Viana y Juan Pablo Villar, comparte la opinión del consultante respecto a que el embargo genérico, con la nueva redacción dada por la ley 19090, artículo 380.2 del Código General del Proceso, no afecta a los derechos de mejor postor, por no tratarse de un bien registrable.

Escs. Roque Molla y Juan Pablo Villar
Coordinadores

Informe de la Comisión de Derecho Registral

En referencia a la consulta formulada, nos remitimos a las consultas publicadas en la *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, tomos 98 (2012), páginas 410 y siguientes, y 71 (1995), páginas 435 y siguientes.

Compartimos las conclusiones de la Comisión de Derecho Civil y las de las consultas mencionadas, en cuanto a que las previsiones legales consagran la ineficacia de las enajenaciones de los bienes embargados posteriores a los embargos, dejando fuera de su alcance los derechos de mejor postor.

La observación a la titulación con base en el embargo al titular (cedente) de los derechos de mejor postor carece de fundamento legal, por lo que la sede judicial puede proceder a la escrituración del bien subastado, y en la escritura a otorgarse es innecesaria la referencia a los embargos que recaen sobre el cedente titular de los derechos de mejor postor.

Esc. Mercedes Azar
Informante

Montevideo, 25 de marzo de 2015. Aprobado por la Comisión de Derecho Registral, integrada por los escribanos Susana Cambiasso, Andrea Yarruz, Karin Perdomo, Carlos Milano, Daniel Ramos, Enrique Marna y Carlos del Campo.

Esc. Mercedes Azar
Coordinadora

Informe de la Comisión de Técnica Notarial Procesal

Se comparte la posición de las comisiones de Derecho Civil y Registral en cuanto a que el embargo genérico, con la nueva redacción dada por el artículo 380.2 del Código General del Proceso, ley 19090, no afecta los derechos del mejor postor, por no tratarse de un bien registrable.

No obstante, debemos además determinar la naturaleza jurídica de los derechos de mejor postor.

Cuando se acepta la oferta y se levanta y firma el acta en el remate, queda perfeccionado un contrato que para parte de la doctrina es una promesa simple de compraventa y para otros un contrato innominado.

El objeto de ese contrato es la celebración de la compraventa a favor del mejor postor; es una obligación de hacer, y los derechos del mejor postor son de carácter personal y mueble (artículos 473 y 474 del Código Civil).

Por esta razón no quedan comprendidos en el embargo genérico, sino que deberá solicitarse embargo específico sobre los derechos.

Esc. Mariela Decaro
Informante

Montevideo, 15 de abril de 2015. Se aprueba la consulta que antecede por los escribanos Mariela Decaro, Sylvia Garmendia, Martín Sosa Valerio, Virginia Ortellado y Claudia Fernández Echeverry.

Esc. Mariela Decaro
Coordinadora alterna

Aprobado por la Comisión Directiva Nacional de la AEU el 21 de abril de 2015. Expediente 781/2015.

ERROR. PARTICIÓN. COMPRAVENTA

Resumen

En la partición de 1957, los solares fueron adjudicados en la siguiente proporción: A-B: 50 %, C-D: 25 %, E-F: 25 %.

En la compraventa de 1965 y la de 1988, los porcentajes consignados no coinciden con los porcentajes que les correspondían a los vendedores, pero ello no afecta la titulación porque de ambos negocios surge que la voluntad contractual es enajenar la totalidad de sus derechos, de modo que el error en la consignación no impide el efecto real de la totalidad. En la compraventa de 1992 lo consignado difiere mínimamente de lo que correspondía, y esa diferencia es irrelevante.

El negocio rotulado como partición en 1988 debe calificarse como un negocio mixto partición-permuta, idóneo para obtener el resultado buscado por las partes. Hubo adjudicaciones declarativas pero también adjudicaciones dispositivas, tradición mediante. El hecho de que una certificación notarial agregada establezca una proporción de derechos de propiedad y derechos de promitente comprador diferente a la que les correspondía es irrelevante.

Sobre el objeto de consulta, se puede concluir que el 100 % del bien fue adquirido por MSA en la compraventa de 2011.

Informe: Civil

Consulta

Relación de hechos

Año 1946 - Compraventa de fecha 13 de diciembre. Adquieren los cónyuges que se relacionan, en la siguiente proporción: 1) A y B el 42,195875 %; 2) C y D el 21,099375 %; 3) E y F el 21,099375 %, y 4) G y H el 15,608250 %.

Año 1957 - División parcial de fecha 26 de marzo. Se adjudica el inmueble a los siguientes cónyuges: 1) A y B; 2) C y D, y 3) E y F. Los cónyuges G y

H salen del condominio y se les adjudica otro bien. Surge de la escritura de división parcial, en la cláusula cuarta, literal *b:* «Se les adjudica en pago de su cuotas y en común y proindiviso».

Año 1965 - Compraventa de fecha 2 de diciembre. Enajenan los cónyuges 1) A y B, y 2) E y F. Adquiere 1) J, casado con K, el 50 %. La cláusula primera de la compraventa dice: «[…] compran en común proindiviso y por partes iguales, la propiedad y posesión de todas las cuotas partes que pertenecen a los vendedores […]». La cláusula segunda consigna: «Corresponde a los vendedores, […], las cuotas partes siguientes: 1) A y B el 42,195875 % y 2) E y F el 21,099375 % […]», por lo que el porcentaje mencionado en venta es el 63,29 %.

La mención del porcentaje se reitera en las constancias de la escritura, cuyo literal I dice: «Los valores bases son: a) Manzana I, … pero lo que se enajena son los sesenta y tres con dos millones novecientos treinta y ocho mil ciento veintiocho con diez millonésimos (63,2938125) por ciento, de dicha manzana …; b) Manzana II, … pero lo que se enajena son las cuotas partes indicadas en la letra a) de esta constancia […]».

En esta compraventa está consignado el porcentaje que vende cada uno de los cónyuges, y en conjunto venden el 63,29 % del inmueble.

Año 1979 - Promesa de compraventa, de 13 de diciembre. Prometen en venta los cónyuges C y D el 25,0015 % (porcentaje mencionado en certificación). Prometen comprar: 1) I, soltero, el 50 %; 2) J, divorciado de K, el 25 %; 3) K, divorciada de J, el 25 %.

Dicha promesa se cumple con el otorgamiento de la compraventa judicial en cumplimiento del 26 de marzo de 1992.

En la cláusula primera de esta promesa se menciona: «[…] prometen comprar […] todas las cuotas partes indivisas que les corresponden o pudieran corresponderles […]».

En la certificación realizada al pie de la certificación de firmas de la promesa, se menciona: «Corresponde a los vendedores en los bienes que se prometen enajenar […] las cuotas partes siguientes: A) el veinticinco con quince diez milésimas (25,0015 %) […]».

Año 1985 - Cesión de promesa de compraventa, de fecha 29 de marzo. Se ceden los derechos emergentes de la promesa de compraventa del 13 de diciembre de 1979, anteriormente relacionada. Las referidas promesa y cesión de promesa se cumplen con el otorgamiento de la compraventa judicial en cumplimiento del 26 de marzo de 1992. La cedente es K, divorciada de J. El cesionario es L, soltero.

Año 1992 - Compraventa judicial de fecha 26 de marzo de 1992, en cumplimiento de promesa de compraventa del 13 de diciembre de 1979, en cumplimiento de cesión de promesa del 29 de marzo de 1985 y de partición que se relacionará. Enajenan los cónyuges C y D el 25,15 %. Adquieren J, divorciado de K, y L, soltero.

Año 1985 - Promesa de compraventa de fecha 29 de marzo. Promete en venta K, divorciada de J. Promete comprar L, soltero. En la cláusula

primera de dicha promesa dice: «[…] promete comprar, la propiedad y posesión de las cuotas indivisas que le corresponden o pudieran corresponderles a la misma […]».

Dicha promesa se cumple con el otorgamiento de la compraventa en cumplimiento del 29 de noviembre de 1988.

Año 1988 - Compraventa de fecha 29 de noviembre, en cumplimiento de promesa de compraventa del 29 de marzo de 1985 y de partición que se relacionará. Enajena K, divorciada de J, el 26,665 % (porcentaje mencionado en la compraventa en Constancias, literal F). Adquieren J, divorciado de K, y L, soltero.

Cláusula primera: «[…] vende …, quienes en tales conceptos adquieren la propiedad y posesión de las cuotas partes indivisas que les corresponden […]».

En Constancias, literal F, se lee: «[…] la cuota ava parte prometida en venta por la enajenante en el compromiso referido en la cláusula sexta de la presente, comprende a un dieciséis coma seiscientos sesenta y cinco diez milésimas por ciento (16,665 %)».

Año 1988 - Partición de fecha 30 de agosto. Se adjudica el inmueble de la siguiente forma:

— A J e I se les adjudican y dan en pago los derechos de propiedad y posesión y derechos de promitentes compradores.

— El señor I sale del condominio y se le adjudican otros bienes.

En esta escritura, por certificación agregada, se menciona la siguiente proporción: porcentaje de *propiedad* y posesión adjudicados: 49,995 %; *derechos de promitente comprador* adjudicados: 50,005 %.

De los antecedentes relacionados no surge que los copartientes llegaran con el indicado porcentaje de propiedad y derechos de promitente comprador sobre los inmuebles.

Año 2010 - Sucesión. Fallece el señor J. Se incluye la mitad indivisa del inmueble. Se declara heredero a su hijo legítimo L.

Año 2011 - Compraventa de fecha 1 de junio. Enajena L. Adquiere M SA.

Conclusión

La consultante concluye que, a partir de la escritura de división parcial del 26 de marzo de 1957, los colegas que actúan en las enajenaciones subsiguientes interpretan de diferente manera los porcentajes resultantes de cómo se realizaron las adjudicaciones y, en consecuencia, a posteriori hay divergencia en los porcentajes enajenados.

En los documentos de venta se observan diferentes redacciones y consignación de porcentajes. La consultante entiende que en cada enajenación realizada la parte enajenante tuvo ánimo de vender *toda* la cuota parte que le correspondía en el bien.

Consulta

Dado que en el proceso dominial se observa que luego de la escritura de división parcial de 1957 se realizaron enajenaciones, promesas, partición, etc., que hacen referencia a porcentajes de cuotas partes que difieren, ¿cómo se entiende que se adjudica el bien a cada matrimonio y en qué proporción?

En las escrituras de compraventa de 1965, 1992 y 1988 se consigna que se enajena un porcentaje de las cuotas partes del bien menor que el porcentaje que es propiedad de cada uno de los vendedores, y asimismo se consigna que se enajenan «todas las cuotas partes» y/o «las cuotas partes indivisas que le corresponden».

En la escritura de partición de 1988 se menciona que se adjudica un porcentaje tanto de propiedad como de derechos de promitente comprador que no concuerda con lo que resulta de antecedentes.

De la adecuada interpretación de todos los contratos que conforman el proceso dominial ¿se puede llegar a concluir de que el 100 % del bien es enajenado y adquirido por M SA en la escritura de compraventa del 1 de junio de 2011 y por ende se han saneado los títulos de propiedad?

Opinión de la consultante

Entiendo que en cada enajenación realizada (independientemente de los diferentes porcentajes mencionados de cuotas avas partes enajenadas) la parte enajenante tuvo la intención, el ánimo de vender toda la cuota parte que le correspondía en el bien. He llegado a dicha conclusión aplicando las *reglas legales de interpretación,* es decir, los principios de interpretación de los contratos previstos en los artículos 1297 a 1307 del Código Civil.

Principio de la primacía de la intención sobre la expresión (artículo 1298). La intención de las partes fue enajenar todas las cuotas partes que les correspondían. Los documentos indican que compran «todas las cuotas partes que pertenecen a los vendedores» o que «prometen comprar las cuotas partes indivisas que les corresponden o pudieran corresponderles». El artículo 1298 prevé que en caso de ambigüedad debe atenderse a la intención común más bien que al sentido literal de los términos.

Según menciona el doctor Jorge Gamarra:[41]

> 1.º) La interpretación literal del contrato debe ceder ante una interpretación sistemática. Vale decir, que no solo el intérprete debe examinar la declaración en sentido estricto (el texto del contrato) sino, además, la declaración en sentido amplio, que comprende el comportamiento (anterior, concomitante y posterior de las partes) […] O sea, que todos los datos o elementos de la interpretación han de someterse a un análisis global y totalizador y de esta operación compleja es que debe deducirse la voluntad

41 Gamarra, Jorge. *Tratado de derecho civil uruguayo*. 3.ª ed. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1992, tomo 18, pp. 229 y ss.

> contractual. Con este criterio el artículo 1298 no es más qua una aplicación concreta del principio de la interpretación integral (principio de la totalidad o coherencia) plasmado por el artículo 1299, que aquí se aplica a la declaración o manifestación de la voluntad, tal como fue entendida […].
>
> 2.º) La interpretación literal es una de las etapas del proceso lógico de la interpretación, pero no la única […]. El artículo 1298 es la norma fundamental de toda la interpretación y lo es en un doble aspecto. En primer lugar, en cuanto señala que la finalidad misma de la interpretación consiste en reconstruir la común intención o voluntad contractual. Luego porque describe el proceso lógico de la interpretación indicando sus elementos (textuales y extratextuales) y valora los métodos interpretativos (interpretación gramatical o literal, que recae sobre el texto e interpretación sistemática que va más allá de éste). Pero no hay, en sustancia, ninguna contraposición entre letra e intención […] la regla de la interpretación literal no es el único método interpretativo y el texto no agota, por sí solo, toda la materia de la interpretación. […]
>
> A mi juicio, entonces, sería más correcto hablar aquí de un principio de la totalidad o coherencia.

Principio de la interpretación sistemática (artículo 1299). Cuando existen cláusulas equívocas o ambiguas, estas han de interpretarse por medio de otras cláusulas del mismo contrato, buscando el sentido que les corresponde de acuerdo con el contexto general del negocio.

Principio de la conservación del contrato (artículo 1300). Cuando la cláusula pueda entenderse en dos sentidos diversos, ya sea por la validez o por la nulidad, el artículo 1300 manda que deba entenderse por la primera.

Respecto a la *valoración del comportamiento de los contratantes,* el artículo 1301 menciona: «[…] 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». Es decir, manda tomar en cuenta los hechos posteriores de los contrayentes para explicar su intención al tiempo del perfeccionamiento del negocio. Dicha norma es un complemento del gran principio mencionado en el artículo 1298, según el cual la interpretación tiene por cometido reconstruir la intención común de las partes.

En cuanto a lo mencionado en dicho artículo sobre las enajenaciones del proceso dominial, objeto de la presente consulta, no constan actuaciones de los enajenantes que indiquen una voluntad diferente a la de haber enajenado la totalidad de la participación que en el inmueble poseían.

Las referencias a distintos porcentajes de las cuotas avas partes de propiedad del inmueble nos muestran un error. Existe una errónea apreciación de cuál era la participación de las partes en la propiedad del inmueble. De acuerdo con lo preceptuado en el artículo 1270 del Código Civil, este error padecido por las partes es irrelevante.

Considero que los errores mencionados son saneados mediante la aplicación de los principios generales de interpretación de los contratos y que debe entenderse que se enajenó la totalidad de las cuotas avas partes que

les correspondían a los vendedores en la propiedad del inmueble, más allá de la mención de un porcentaje.

Informe de la Comisión de Derecho Civil

Primera pregunta

Con respecto a la escritura de división parcial otorgada en 1957, ¿cómo se entiende que se adjudica el bien a cada matrimonio y en qué proporción?

Los cónyuges A-B, C-D, E-F y G-H habían adquirido en 1946 una fracción de campo por título compraventa y modo tradición, que según la cláusula sexta de esa escritura correspondía a los adquirentes en las siguientes proporciones:

- A-B: 42,195875 %
- C-D: 21,099375 %
- E-F: 21,099375 %
- G-H: 15,608250 %

En 1954 se efectuó la mensura y división del inmueble en solares, según plano que fue inscripto en la oficina correspondiente de Catastro en 1955.

Se adjudicaron a los esposos G-H, en pago del 15,608250 %, diversos solares que se detallan en la escritura.

A los esposos A-B, C-D y E-F se les adjudicaron, en pago de sus cuotas y en común y proindiviso, diversos solares que se detallan en la escritura, entre los que se encuentran los que son objeto de esta consulta.

La cláusula de adjudicación no indica en qué proporción se adjudicaron los solares a cada pareja de cónyuges; sin embargo, ello se desprende del contexto intratextual.

Según la cláusula quinta, A, B, C, D, E, F, G y H declararon que cada uno de los adjudicatarios se comprometía a contribuir al pago de los gastos que demandara la apertura de calles, rellenos, construcción de rambla sobre la costa, urbanización, instalación de distintos servicios, etc., en la proporción que establecía la cláusula segunda. Y la cláusula segunda era una cláusula de antecedentes que decía que la compra la habían efectuado los nombrados esposos en los porcentajes ya mencionados en este informe.

De esta manera, para determinar la contribución a los gastos con relación a la totalidad del fraccionamiento, se tomó como base el porcentaje que cada pareja de cónyuges tenía sobre la totalidad, y eso demuestra que lo adjudicado a los cónyuges A-B, C-D y E-F se realizó tomando en cuenta la proporción que tenían.

Para saber la cuota que corresponde a cada pareja en lo que les fue adjudicado, debemos tomar esa misma proporción, pero no teniendo como referencia la totalidad de los solares, sino solo la totalidad de los solares que les fueron adjudicados, esto es, el 84,39175 % de los solares (100 % menos 15,608250 %).

De esta manera:

- Si a los cónyuges A-B les correspondía un 42,195875 % sobre el total de los solares, entonces les corresponde un 50,2321 % sobre el total de los solares adjudicados (42,195875 por 100 dividido 84,39175).
- Si a los cónyuges C-D les correspondía un 21,099375 % sobre el total de los solares, entonces les corresponde un 25,001703 % sobre el total de los solares adjudicados (25,001703 por 100 dividido 84,39175).
- Si a los cónyuges E-F les correspondía un 21,099375 % sobre el total de los solares, entonces les corresponde un 25,001703 % sobre el total de los solares adjudicados (21,099375 por 100 dividido 84,39175).

Por consiguiente, si partimos de los porcentajes mencionados en la compraventa de 1946 y los trasladamos a los inmuebles adjudicados a los cónyuges A-B, C-D y E-F en la partición de 1957, los porcentajes adjudicados fueron los siguientes:

- A-B: 50,2321 %
- C-D: 25,001703 %
- E-F: 25,001703 %

Nótese que, si sumamos los porcentajes, 50,2321 más 25,001703 más 25,001703 da un resultado de 100,23551, cuando debería dar 100, lo cual demuestra que hay un error aritmético.

En mi opinión, el error aritmético es originado en la compraventa de 1946, cuando establecen que los porcentajes que corresponden a los cónyuges son:

- A-B: 42,195875 %
- C-D: 21,099375 %
- E-F: 21,099375 %
- G-H: 15,608250 %

La suma de estos números da como resultado 100,00288, cuando debería dar 100.

Considero que el error se encuentra en que en la compraventa de 1946, en el porcentaje de los cónyuges A-B, se estableció 42,195875 % cuando en realidad correspondía 42,19875 (se digitó un 5 de más), y en el porcentaje de los cónyuges G-H se estableció 15,608250 % cuando en realidad correspondía 15,6025 % (se digitó un 8 de más).

¿Por qué pienso que hubo un error en la digitación? Porque la proporción de C-D y E-F era de 21,099375 cada pareja, y si multiplicamos dicho número por 2 el resultado es 42,19875.

Sería razonable que la pareja A-B hubiera aportado el doble que C-D y E-F y por eso tenía esa proporción.

Por otra parte, si a 100 le restamos la suma de 42,19875 más 21,099375 más 21,099375, el resultado es 15,60250.

Si hacemos la suma con estos porcentajes los números son exactos:

Proporciones en la compraventa de 1946:

- A-B: 42,19875 %
- C-D: 21,099375 %

– E-F: 21,099375 %
– G-H: 15,60250 %
– Total: 100 %.

Si ahora, con base en estos números, calculamos el porcentaje que le corresponde a cada pareja de cónyuges luego de la partición, de la misma forma que lo hicimos anteriormente, tenemos:

– A los cónyuges A-B les corresponde el 50 % de los inmuebles adjudicados (42,19875 por 100 dividido 84,3975).
– A los cónyuges C-D les corresponde el 25 % de los inmuebles adjudicados (21,099375 por 100 dividido 84,3975).
– A los cónyuges C-D les corresponde el 25 % de los inmuebles adjudicados (21,099375 por 100 dividido 84,3975).

Respuesta a la primera pregunta

Si partimos de los porcentajes establecidos en la compraventa de 1946, los solares adjudicados a A, B, C, D, E y F corresponden a los mencionados cónyuges en la siguiente proporción: A-B: 50,2321 %; C-D: 25,001703 %; E-F: 25,001703 %.

Pero, según creo haber demostrado, hubo un error en la digitación de los porcentajes correspondientes en la compraventa de 1946, los cuales, rectificados, dan como resultado que los solares adjudicados corresponden a los mencionados cónyuges en esta proporción: A-B: 50 %, C-D: 25 % y E-F: 25 %.

En conclusión, los solares fueron adjudicados a los cónyuges A-B en un 50 %, C-D en un 25 % y E-F en un 25 %.

Segunda pregunta

En las compraventas de 1965, 1998 y 1992 se expresa que se enajenan «todas las cuotas partes» y/o «las cuotas partes que les corresponden», pero se consigna un porcentaje menor que el que les corresponde.

Compraventa de 1965

En la compraventa de 1965, las parejas de cónyuges A-B y E-F enajenaron por título compraventa y modo tradición a I, soltero, el 50 % y a J, casado con K, el 50 %, la propiedad y posesión de todas las cuotas partes que pertenecían a los señores A, B, E y F en diversos solares.

Surge de la cláusula segunda que a los esposos A-B les correspondió en diversos solares de los enajenados (entre los que se encuentran los objeto de consulta) el 42,195875 % y a los esposos E-F el 21,0979375 (se aprecia otro error al digitar: evidentemente se quiso establecer 21,099375, que era lo que le correspondía de acuerdo con lo que había adquirido en la compraventa de 1946).

Según lo explicado, sobre los bienes adjudicados en la partición de 1957 correspondió a los cónyuges A-B el 50 % y a los cónyuges E-F el 25 %.

Los cónyuges A-B y E-F declararon enajenar todas las cuotas partes que les pertenecían, pero al consignar los porcentajes establecieron uno menor.

Ello se explica porque, al no haberse discriminado en la partición antecedente los porcentajes que correspondían a cada uno de los adjudicatarios, por error se consignó el porcentaje que les correspondía a los cónyuges A-B y E-F sobre la totalidad de los solares antes de la partición, y no el porcentaje que les correspondía sobre la totalidad de los solares adjudicados.

De acuerdo con el artículo 1070 del Código Civil:

> La ignorancia de la ley o el error de derecho en ningún caso impedirán los efectos legales del contrato.
>
> El error material de aritmética sólo da lugar a su reparación.

La interpretación contextual (artículo 1299 del Código Civil) nos debe llevar a un resultado coherente. Ese resultado lo encontramos en que claramente la voluntad contractual fue enajenar todas las cuotas que tenían los enajenantes provenientes de la partición de 1957, y eso fue lo que transfirieron.

Si al consignar el porcentaje hubo un error de aritmética, causado evidentemente por establecer el porcentaje anterior a la partición de 1957 y no el posterior, dicho error no influye sobre la eficacia real del negocio.

En conclusión, en la compraventa de 1965 los cónyuges A-B y E-F enajenaron todas las cuotas que tenían, esto es, según lo explicado: A-B el 50 % y E-F el 25 % de los solares indicados.

Compraventa de 1988

Según vimos, J, casado con K, había adquirido el 50 % de las cuotas partes que pertenecían a los señores A, B, E y F en diversos solares. Como a estos cuatro correspondía un 75 %, el señor J, casado con K, adquirió el 37,5 % de los solares.

El 29 de marzo de 1985, K, divorciada de J, prometió vender a L, soltero, la propiedad y posesión de las cuotas partes indivisas que le correspondían o pudieran corresponderle.

Dicha promesa se cumplió el 29 de noviembre de 1988, por la cual K, divorciada de J, enajenó a L, soltero, y J, divorciado de K (este último en virtud de la partición que más adelante se analizará), la propiedad y posesión de las cuotas partes indivisas que le correspondían en diversos solares.

Surge de la constancia notarial que, de acuerdo con los antecedentes dominiales que tuvo a la vista la escribana, la cuota ava parte prometida en venta por la enajenante en el compromiso fue un 16,0665 %.

A mi entender, en indivisión poscomunitaria se encontraba el 37,5 %, por lo cual, si el derecho de K se estima en la mitad, sería un 18,75 %.

Al igual que en el caso anterior, surge con claridad que K enajenó todos sus derechos, por lo cual el error aritmético cometido no impide la eficacia real de la enajenación de todas sus cuotas avas partes.

En conclusión, K en la compraventa de 1988 enajenó todas las cuotas que tenía, esto es, el 18,75 %.

Compraventa judicial de 1992

La señora juez, de acuerdo con lo actuado en el expediente de escrituración judicial de promesa de compraventa, en representación de C y D, enajenó a favor de J y L la propiedad y posesión de las cuotas partes indivisas que se referirán sobre diversos solares, y luego dice el 25,0015 %.

En la promesa, otorgada el 3 de diciembre de 1979 por certificación notarial, se había dejado constatado que el porcentaje prometido en venta de los bienes objeto de esta consulta era de 25,0015.

Si bien en mi criterio existe una pequeña diferencia aritmética, ya que lo que les correspondía a los cónyuges C-D era el 25 % y no el 25,0015 %, es una diferencia irrelevante, ya que se transfirió el 25 % que les correspondía.

En conclusión, los cónyuges C-D enajenaron a través de la compraventa judicial de 1992 el 25 % de los solares indicados.

Tercera pregunta

En la partición otorgada el 30 de agosto de 1988, entre I, soltero; J, divorciado de K, y L, soltero, se incluyeron los solares objeto de esta consulta y se adjudicaron a J y a L los derechos de propiedad y posesión y los derechos de promitente comprador sobre ellos.

Se consulta:

- si es correcta o no la adjudicación realizada mediante un porcentaje de derecho de propiedad y derechos de promitente comprador;
- la relevancia o no de que por certificación notarial agregada se establezca que lo adjudicado es el 49,995 % de propiedad y posesión y el 50,005 % de los derechos de promitente comprador, cuando no es ese el porcentaje que les correspondía.

Lo primero que nos preguntamos es: ¿las partes otorgaron un negocio de partición u otro negocio? Para responder debemos comenzar por diferenciar entre la interpretación de un negocio y su calificación.

Interpretar un negocio como actividad es realizar un conjunto de operaciones tendientes a comprender su significado.[42]

42 Según Jorge Gamarra. *Tratado de derecho civil uruguayo.* 4.ª ed. act. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2006, tomo 18, p. 218: «[…] objeto de la interpretación es la voluntad; la interpretación tiene por finalidad constatar el significado de la voluntad de los contratantes, saber lo que aquellos quisieron».
Para Mariño López (*Anuario de derecho civil uruguayo,* tomo 28, p. 605): «[…] no es la

La calificación de un negocio es aquella operación destinada a determinar que este se adecua a un determinado tipo previsto legalmente, o incluso que no se adecua a ninguno y se trata de un negocio atípico o un negocio mixto.

La calificación es un acto posterior a la interpretación del negocio y nos permite saber qué normas le son aplicables, para a partir de ahí poder analizar los requisitos de existencia, validez y eficacia.[43]

En virtud de lo expuesto comenzaré por interpretar el negocio y luego procederé a calificarlo, para así saber cuál es la normativa aplicable y si se alcanzó el fin buscado.

Interpretación del negocio

En los últimos años nuestra doctrina ha destacado el valor de la semiótica como herramienta hermenéutica, señalando su evolución desde el estudio de los signos hacia el estudio de los sistemas de significación, de lo que se ocupa la semiótica discursiva.

De acuerdo con la semiótica discursiva, el significado de un signo (ejemplo: *cláusula*) solo puede comprenderse en interrelación con su contexto interno o endógeno (las demás cláusulas) y con su contexto externo o exógeno (marco de referencia o circunstancias en que dicho signo se ha manifestado), en busca de un significado global del discurso que deberá ser necesariamente coherente.[44]

Una correcta interpretación del negocio requiere tener en cuenta no solo el aspecto semántico (qué significan las palabras: artículo 1297 del

voluntad de los contratantes el objeto de la interpretación del contrato sino el propio texto contractual».

Para Rodríguez Russo (*La interpretación del contrato,* primera edición, Fundación de Cultura Universitaria, p. 141): «[…] entendemos que si el contrato es creador de normas jurídicas, la interpretación tendrá por objeto esa norma jurídica privada y por fin la determinación de su significado».

43 Rodríguez Russo, Jorge. *La interpretación del contrato.* Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2006, p. 70: «La denominada calificación del contrato consiste en ubicar a los contratos dentro de categorías generales definidas por la ley, como también dentro de las elaboradas por la doctrina. Probada la existencia del contrato y esclarecido su significado, procede su calificación jurídica; así pues, la construcción dogmática del hecho resultará ser un posterius respecto de la interpretación en sentido estricto».

«[…] 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. […] A través de la calificación se determina el tipo de contrato realmente otorgado por las partes, de donde se sigue el encaje en una concreta reglamentación jurídica, si el contrato es típico, o el criterio de selección de las disposiciones aplicables, si es un contrato atípico» (p. 71).

44 Sobre este tema se recomienda la lectura de los artículos publicados por Gerardo Caffera y Andrés Mariño (entre ellos, «Elementos básicos de semiótica jurídica. Aplicación práctica a algunas cuestiones de derecho civil», *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay* 1995 1-6) y Arturo Caumont (entre ellos, «Interpretación de los contratos: de la semiosis del signo a la semiosis del discurso», *Revista Crítica de Derecho Privado,* n.º 1-2004.

Código Civil) y sintáctico (la coordinación de las diferentes partes entre sí: artículo 1299 del Código Civil), sino también el pragmático, esto es, qué significado tiene según las personas intervinientes.

Desde la pragmática, un aspecto importante para interpretar el negocio es saber qué vínculo tenían los otorgantes con los inmuebles objeto del negocio, lo cual nos permitirá comprender qué significado tienen las declaraciones de voluntad para las personas que la declararon.

Al respecto debemos decir que, en el momento de otorgar la partición, los solares objeto del negocio pertenecían a C-D en un 25 %, a I en un 37,5 %, a J en un 18,75 % y a K en un 18,75 %.

A su vez, I, J y L eran cotitulares de derechos de promitente comprador sobre el 25 % de los derechos de copropiedad de C y D en la proporción del 50 % el primero y 25 % cada uno de los otros dos.

L era titular exclusivo de los derechos de promitente comprador sobre el 18,75 % de los derechos de copropiedad de K.[45]

El negocio de marras es otorgado por I, soltero; J, divorciado de K, y L, soltero, es decir que no es otorgado por los copropietarios C-D y K, quienes ya habían prometido vender sus respectivas partes a los otorgantes de este negocio.

En la cláusula primera establecen el cuerpo general de bienes, en el cual incluyen los solares objeto de consulta.

Si leyéramos esta cláusula descontextualizada, podríamos creer que el negocio recae sobre el 100 % de la propiedad y posesión de esos solares; sin

45 A esa conclusión llegamos con base en el siguiente esquema:
26/3/1957. *División de condominio.* Como consecuencia de esta partición los solares objeto de esta consulta pertenecían a los cónyuges A-B: 50 %; C-D: 25 %, y E-F: 25 %.
2/12/1065. *Compraventa.* A, B, E y F enajenaron sus derechos (es decir, el 75 %) a I, soltero, y J, casado con K, quienes adquirieron por mitades. En ese momento los solares pertenecían a C-D: 25 %; a I: 37,5 %, y a J, ganancial con K, el otro 37,5 %.
22/12/1965. *Divorcio.* Se divorcian J y K. En ese momento los solares pertenecen a C-D: 25 %; I: 37,5 %; J: 18,75 %, y K: 18,75 %.
13/12/1979. *Promesa de compraventa.* Los cónyuges C-D prometen vender sus derechos sobre los solares (es decir, el 25 %) a I, soltero; J, divorciado de K, y K, divorciada de J, quienes prometieron adquirir en la proporción de un 50 % I, un 25 % J y un 25 % K. En ese momento los solares pertenecen a:
– Propiedad - C-D: 25 %; I: 37,5 %; J: 18,75 %, y K: 18,75 %.
– Derechos de promitente comprador sobre el 25 % de C y D - I (50 %), J (25 %) y K (25 %).
29/3/1985. *Cesión de derechos de promitente comprador.* K, divorciada de J, cede a L, soltero, los derechos de la promesa de 1979 relacionada. En ese momento los solares pertenecen a:
– Propiedad - C-D: 25 %; I: 37,5 %; J: 18,75 %, y K: 18,75 %.
– Derechos de promitente comprador sobre el 25 % de C y D - I (50 %), J (25 %) y L (25 %).
29/3/1985. *Promesa de compraventa.* K, divorciada de J, promete vender a L, soltero, la propiedad y posesión de las cuotas partes indivisas que le corresponden o pudieran corresponderle en los solares objeto de esta consulta. En ese momento los solares pertenecen a:
– Propiedad - C-D: 25 %; I: 37,5 %; J: 18,75 %, y K: 18,75 %.
– Derechos de promitente comprador sobre el 25 % de C y D - I (50 %), J (25 %) y L (25 %).
– Derechos de promitente comprador sobre el 18,75 % de K - L (100 %).

embargo, ubicada en su contexto interno (aspecto sintáctico), se comprende su verdadero significado.

Al respecto, de la cláusula tercera, relativa a las adjudicaciones, surge:

– A I se le adjudican y dan en pago los derechos de propiedad y posesión y derechos de promitente comprador sobre determinados solares.
– A J y L se les adjudican y dan en pago los derechos de propiedad y posesión y derechos de promitente comprador sobre los solares objeto de consulta.

El hecho de que las adjudicaciones se realicen parte en propiedad y posesión y parte en derechos de promitente comprador demuestra inequívocamente que el negocio no recae sobre el 100 % de los derechos de propiedad y posesión.

La pregunta en este momento es: ¿a qué derechos de propiedad y posesión y derechos de promitente comprador se refieren?

La respuesta, desde la semiótica, comenzamos a encontrarla en el aspecto pragmático: se están refiriendo a los derechos de propiedad y posesión y a los derechos de promitente comprador que a ellos les corresponden, lo cual es confirmado desde el aspecto semántico en la cláusula cuarta, cuando señalan que los derechos de propiedad y posesión provienen de la compraventa de 1965, ya relacionada, y los derechos de promitente comprador provienen de la promesa de 1979, la cesión de 1985 y la otra promesa de 1985, ya relacionadas.

Entonces, una vez analizada la situación desde los aspectos semántico, sintáctico y pragmático, llegamos a una conclusión coherente. Los derechos incluidos en el negocio son los que ellos tenían, es decir:

– El 37,5 % de la propiedad y posesión sobre la totalidad de los solares que corresponde a I.
– El 18,75 % de la propiedad y posesión sobre la totalidad de los solares que corresponde a J.
– Los derechos de promitente comprador sobre el 25 % de la propiedad y posesión de la totalidad de los solares que corresponde C y D, derechos que pertenecen a I (50 %), J (25 %) y L (25 %).
– Los derechos de promitente comprador sobre el 18,75 % de la propiedad y posesión de la totalidad de los solares que corresponde a K, derechos que pertenecen exclusivamente a L.

Una vez determinado qué derechos fueron incluidos en el negocio, debemos analizar cuál es la voluntad negocial.

Se aprecia que los otorgantes del negocio tienen derechos de diferente naturaleza sobre los solares incluidos (cuotas de propiedad y derechos de promitente comprador).

La voluntad negocial es reunir en una masa común todos esos derechos y realizar adjudicaciones en proporción al valor de lo aportado por cada uno, con la finalidad de que a cada adjudicatario le corresponda sobre los solares adjudicados la totalidad de los derechos de diferente naturaleza que entre todos tenían y ningún derecho sobre los solares adjudicados a otros de los otorgantes.

El resultado buscado por las partes a través del negocio celebrado es el siguiente:

- Que respecto a los solares que se les adjudican, a J y L les corresponda el total de los derechos de propiedad y posesión que entre ellos tienen (esto es, el 56, 25 %) y el total de los derechos de promitente comprador sobre la parte de C y D y sobre la parte de K. De esta manera, una vez que C, D y K cumplan con las promesas relacionadas con esos solares, J y L serán titulares del 100 % de la propiedad sobre ellos.
- Que a I le corresponda, respecto a los solares que se le adjudican, el total de los derechos de propiedad y posesión que entre ellos tienen y el total de los derechos de promitente comprador sobre la parte de C y D y sobre la parte de K. De esta manera, una vez que C, D y K cumplan con las promesas relativas a esos solares, I será titular del 100 % de la propiedad sobre ellos.

En virtud de lo expuesto llego al siguiente resultado interpretativo:

Estamos frente a un negocio por el cual las partes reunieron en una masa común todos los derechos de diferente naturaleza que les corresponden sobre determinados solares. Entre dichos derechos encontramos algunos en los cuales todos los otorgantes tienen participación, otros en los cuales solo algunos otorgantes tienen participación y también derechos pertenecientes exclusivamente a uno de los otorgantes.

Luego de ello, procedieron a realizar adjudicaciones en proporción al valor de lo aportado por cada uno con el objetivo de que a cada adjudicatario le correspondiera, sobre los solares adjudicados, la totalidad de los derechos de diferente naturaleza que entre todos tenían y ningún derecho sobre los solares adjudicados a otros de los otorgantes, esto es:

- a I todos los derechos reunidos con relación a determinados solares;
- a J y L todos los derechos reunidos con relación a otros solares.

Calificación

Como dijimos, la calificación de un negocio es aquella operación destinada a determinar que este se adecua a determinado tipo previsto legalmente o incluso que no se adecua a ninguno y se trata de un negocio atípico o un negocio mixto.[46]

46 La doctrina ha destacado que la calificación se deduce del contenido negocial y no del nombre elegido por las partes para rotularlo.
Rodríguez Russo, Jorge. *La interpretación del contrato*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2006, p. 681: «La calificación es necesaria para establecer la naturaleza jurídica del negocio y corresponde al ámbito de los efectos donde la voluntad de las partes no cuenta; éstas no son dueñas de la calificación jurídica, que se deduce del contenido negocial y no del nomen iuris elegido para rotular el contrato».

Los negocios típicos son aquellos que ya tienen una regulación legal específica.[47] Los negocios atípicos son aquellos que carecen de regulación legal específica, y la normativa aplicable depende de lo dispuesto por las partes, de las normas generales aplicables a los negocios y especialmente de las normas específicas previstas para negocios típicos análogos.

Los negocios mixtos son aquellos que contienen elementos pertenecientes a más de un tipo negocial, pero que están ligados de tal manera que constituyen una unidad.

La causa, entendida como función económica (sea social, sea individual) de un negocio, es un elemento clave para distinguir un tipo negocial de otro y, a su vez, para calificar a un negocio.

La causa del tipo negocial *partición* consiste en eliminar total o parcialmente un estado de comunidad mediante la adjudicación de bienes por un valor proporcional al de la cuota del copartiente.[48]

Si bien del negocio surgen elementos que nos acercan al tipo partición, ya que se realizan adjudicaciones por un valor proporcional a lo aportado por cada uno, el negocio no puede calificarse como una partición pura, porque su función no es realizar adjudicaciones en proporción a sus cuotas en una determinada comunidad. A tal punto que en el cuerpo general de bienes se incluyen los derechos de promitente comprador sobre el 18,75 % de K que pertenecen exclusivamente a L, cuando no existe comunidad sobre ellos. A su vez, a L se le adjudican cuotas de propiedad, cuando no es copropietario de ningún solar.

Por otra parte, surge del negocio en estudio que L se desprende de los derechos de promitente comprador sobre el 18,75 % de K que tenía en exclusividad con relación a algunos de los solares, y al mismo tiempo recibe cuotas de derecho de propiedad sin ser antes copropietario, lo cual nos acerca a una permuta.

Lo expuesto me lleva a concluir que estamos ante un negocio mixto, con características que lo acercan a una partición, por existir adjudicaciones de derechos en los cuales eran cotitulares los adjudicatarios, y aspectos que lo

47 Lacruz Berdejo, José Luis; Sancho Rebullida, Francisco de Asís; Luna Serrano, Agustín; Delgado Echeverría, Jesús; Rivero Hernández, Francisco. «Parte general del derecho civil: el derecho subjetivo». En: *Elementos del derecho civil*. Barcelona: Bosch, 1990. Tomo 1, vol. 3, p. 259: «Dícese negocio típico al que se halla regulado explícita y directamente por el ordenamiento positivo; el que goza de una específica disciplina normativa […]. Negocio atípico es, por el contrario, aquél que, aunque lícito y admisible, carece de regulación legal concreta, de disciplina normativa propia […]».

48 En tal sentido, el escribano Anido (*Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, ene.-jun. 1999, tomo 85, n.os 1-6, p. 30) ha señalado: «[…] el mismo Moscarini escribe que la función de la partición no consiste en la mera extinción de la comunidad sino en la disolución de la comunidad a través de la formación de porciones de valor proporcional a las cuotas de los copartientes. Lo que le conduce a sostener que el contenido —y por consiguiente la causa— del negocio divisorio debe hacerse constar en dos momentos: la eliminación del estado de comunión, a través de la correspondencia proporcional de lo adjudicado en la comunidad (lo que él llama "l'apporzionamento")».

acercan a una permuta, por existir adjudicaciones de derechos de los cuales no eran cotitulares los adjudicatarios a cambio del aporte que hicieron.

Logro de la finalidad buscada

Según dijimos, la finalidad del negocio fue realizar adjudicaciones en proporción al valor de lo aportado por cada uno, con el objetivo de que a cada adjudicatario le corresponda, sobre los solares adjudicados, la totalidad de los derechos de diferente naturaleza que entre todos tenían y ningún derecho sobre los solares adjudicados a otros de los otorgantes, esto es:

– a I todos los derechos reunidos sobre determinados solares;
– a J y L todos los derechos reunidos sobre otros solares.

¿Se logró el resultado buscado?

La normativa aplicable a este negocio mixto surge de la combinación de la regulación legal de ambos tipos adaptada a la finalidad compleja y unitaria del negocio, es decir, a la causa mixta.[49]

Por ello, entiendo que, con relación a las adjudicaciones de derechos en las cuales el adjudicatario era cotitular, estamos ante un negocio declarativo; sin embargo, con relación a los derechos en los cuales el adjudicatario no era cotitular, estamos ante un negocio dispositivo, que para que se produzca el efecto traslativo buscado requiere el modo tradición.

A través del negocio mixto celebrado, las partes lograron el resultado buscado:

– en cuanto a los derechos adjudicados sobre los cuales eran cotitulares, a través del aspecto declarativo del negocio;
– en cuanto a los derechos adjudicados sobre los cuales no eran cotitulares, a través del título y el modo.

El título es el negocio mixto celebrado, del cual surge la causa que justifica la disposición de determinados derechos a favor del adjudicatario que no era titular.

El modo es la tradición, la cual surge de la cláusula quinta, cuando expresa: «Todos los adjudicatarios han recibido y están en posesión efectiva de los bienes que les comprendieron en sus respectivas hijuelas habiéndose efectuado la tradición real de los mismos».

Como consecuencia de este negocio mixto, J y L son titulares del 56,25 % de la propiedad y son titulares de derechos de promitente comprador sobre el 25 % de C y D y sobre el 18,75 % de K.

49 Anido, Raúl (*Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay,* ene.-jun. 1999, tomo 85, n.os 1-6, p. 51): «Es así que Ortega Pardo entiende que en estos casos más que de absorción debe hablarse de exclusión. Pero en vía de principio el criterio general que debe aceptarse es el de la combinación: el contrato mixto exige combinar varios órdenes de normas, siempre y cuando éstas no sean incompatibles con el fin específico del negocio único».
Ahora, como señala Ortega Pardo, «[…] la combinación de regulaciones que se dará en el negocio mixto no ha de ser puramente mecánica, sino que debe estar presidida por una valoración del fin complejo del contrato, habiendo de excluir aquellas normas que no sean compatibles con dicho fin».

En relación con la consulta de que por certificación notarial agregada se establece que la adjudicación es 49,995 % de propiedad y posesión y 50,005 % de derechos de promitente comprador, dado que no es ese el porcentaje que les correspondía, considero que es irrelevante por no coincidir con lo que surge de la titulación.

Como conclusión, entiendo que el negocio debe calificarse como un negocio mixto partición-permuta, idóneo para obtener el resultado buscado por las partes, y que se han producido adjudicaciones declarativas pero también adjudicaciones dispositivas, tradición mediante.

El hecho de que una certificación notarial agregada establezca una proporción de derechos de propiedad y derechos de promitente comprador diferente a la que les correspondía es irrelevante.

Cuarta pregunta

De la adecuada interpretación de todos los contratos que conforman el proceso dominial ¿se puede llegar a concluir que el 100 % del bien es adquirido por MSA en la compraventa de 2011 y por ende se han saneado los títulos de propiedad y la bondad de estos?

Entiendo que sí, con la aclaración de que este informe, así como todos los demás, analiza el caso exclusivamente en relación con el objeto consultado y no con cualquier tipo de irregularidad de que los títulos eventualmente adolezcan, ya que ello excede el cometido de esta comisión.

Esquematizando la situación podemos decir:

En virtud del negocio mixto partición-permuta otorgado en 1988, los solares objeto correspondían:

- a J y L el 56,25 % de la propiedad, a C y D el 25 % y a K el 18,75 %;
- a su vez, J y L tenían derechos de promitente comprador sobre el 25 % de C y D y sobre el 18,75 % de K.

29 de noviembre de 1988 - Compraventa. K, divorciada de J, enajena a L, soltero, y a J, divorciado de K, la totalidad de sus derechos en los solares objeto de consulta.

En ese momento los solares pertenecen a C-D (el 25 %) y a J y L (el 75 %).

Los derechos de promitente comprador sobre el 25 % de C y D pertenecen a J y L (25 %).

26 de marzo de 1992 - Compraventa judicial. C y D enajenan a L, soltero, y J, divorciado de K, el 25,0015 % de los solares objeto de la consulta.

En ese momento los solares pertenecen a J y L en un 100 %.

18 de agosto de 2010 - Sucesión de J. Se incluye la mitad indivisa del inmueble. Se declara único y universal heredero a L.

En ese momento el inmueble objeto de consulta pertenece a L (propio) en un 100 %.

1 de junio de 2011 - Compraventa. L, casado con Z, enajena el inmueble a M SA.

En ese momento el inmueble objeto de consulta pertenece a M SA en un 100 %.

Conclusiones

1. Los solares adjudicados a los mencionados cónyuges en la partición de 1957 lo fueron en la siguiente proporción: A-B: 50 %; C-D: 25 %; E-F: 25 %.

2. En la compraventa de 1965 y la de 1988, los porcentajes consignados no coinciden con los que les correspondían a los vendedores, pero ello no afecta la titulación porque de ambos negocios surge que la voluntad contractual es enajenar la totalidad de sus derechos, y el error en la consignación no impide el efecto real de la totalidad. Con relación a la compraventa de 1992, lo consignado difiere de lo que correspondía en una proporción irrelevante.

3. El negocio rotulado como *partición* en 1988 debe calificarse como un negocio mixto partición-permuta, idóneo para obtener el resultado buscado por las partes. Se han producido adjudicaciones declarativas pero también adjudicaciones dispositivas, tradición mediante.

El hecho de que una certificación notarial agregada establezca una proporción de derechos de propiedad y derechos de promitente comprador diferente de las que correspondían es irrelevante.

4. Con relación al objeto de consulta, se puede concluir que el 100 % del bien fue adquirido por M SA en la compraventa de 2011.

Esc. Juan Pablo Villar
Informante

Montevideo, 17 de marzo de 2015. La Comisión de Derecho Civil, integrada por los escribanos Fernando Alonso, Silvana Beker, Américo Bianchi, Sandra Bochard, Miguel Burdín, Jorge Carneiro, María Inés Casatroja, Daniella Cianciarulo, Adriana Gancio, Alicia González Bilche, Silvana González Perdigón, Carlos Groisman, María Paola Igoa, Rossana Ivanier, Fátima Izaguirre, Mónica Jover, María del Rosario Marchese, Maximiliano Mauri, Roque Molla, María Alejandra Portillo, Margarita Puertollano, María Ritacco, María Alejandra Robaina, Mildred Secondo, Diego Seré, Virginia Sergio, Gonzalo Trobo, Verónica Ubillos, Jimena Viana y Juan Pablo Villar, aprueba el informe que antecede.

Escs. Roque Molla y Juan Pablo Villar
Coordinadores

Aprobado por la Comisión Directiva Nacional de la AEU el 21 de abril de 2015. Expediente 508/2014.

ESCRITURA JUDICIAL. PROMESA DE COMPRAVENTA. ERROR. COMPARECENCIA. PODER. REPRESENTACIÓN

Resumen

Cuando a una promesa no compareció un cónyuge y no es posible tener la certeza de si el inmueble es propio o ganancial, se debe atender a lo certificado por el escribano, quien manifiesta claramente que el apoderado comparece por ambos cónyuges y que el inmueble es ganancial.

Informe: Civil

Consulta

Hechos

Se solicita escrituración judicial del padrón …5 de … contra EJH, en virtud de promesa de compraventa del 20 de marzo de 1953.

Del documento de promesa agregado surge: «Por una parte el doctor EJH, casado con doña AMD, […] representado por el doctor BS en carácter de apoderado, y por otra parte: […]».

De la cláusula quinta de la promesa surge que el inmueble lo hubo el vendedor por compra a N SA, según escritura otorgada por el escribano JD en Montevideo.

De la certificación extendida por el escribano JD en dicha promesa surge:

> […] las que fueron puestas por el Dr. BS como apoderado de los esposos en primeras y únicas nupcias Dr. EJH y AMD de H, ésta argentina y con el mismo domicilio que su esposo […] Hago constar que […] el bien prometido en venta es de carácter ganancial y que la representación del Dr. BS emana del poder que le otorgó el Dr. EH ante mí el 12 de febrero de 1951, en el que le sustituyó el que le confirió su esposa el 6 de diciembre de 1947 también ante mí […].

Por providencia …/2014 se dispuso la escrituración judicial con citación de la parte vendedora.

Luego de efectuada la citación de excepciones a EJH, se presentó la parte actora solicitando que se citara también de excepciones a la cónyuge, AMD, y estableciendo que esta, junto con su cónyuge, EJH, son los promitentes vendedores.

Del escrito de demanda no surge que se haya denunciado a la señora AMD como integrante de la parte demandada, dado que se solicitó la citación de excepciones tan solo al señor EJH.

No surge del texto de la promesa ni del control de la procedencia que el bien pudiera haber sido ganancial. Sí en la certificación notarial el es-

cribano menciona —como ya se dijo— que el bien era ganancial y que el apoderado representaba a ambos cónyuges.

La sede advierte que de la minuta registral que parecería corresponder a la inscripción del testimonio al amparo de la ley 16266, como segunda copia para servir de título al padrón …5, surge que el señor EJH, casado con AMD, adquirió de N SA el bien citado, por lo que este sería ganancial.

Consulta

Se solicita a la Asociación de Escribanos del Uruguay se sirva asesorar a la sede respecto al otorgamiento de la escritura judicial en cumplimiento de promesa, atento a los hechos narrados.

Informe de la Comisión de Derecho Civil

De los hechos referidos y del contenido de la promesa no es posible saber si el bien prometido en venta era propio o ganancial.

La señora AMD no compareció a la promesa.

Existe un específico control del escribano certificante, quien certifica que el apoderado comparece por ambos cónyuges y además deja constancia de la sustitución de poder realizada por EJH del poder que a su vez le había otorgado su cónyuge.

Si bien desde el punto de vista técnico hay un error en la promesa, pues en la comparecencia el apoderado debió hacer referencia a que comparecía por ambos y también debió establecerse en el documento en qué estado civil adquirió el inmueble el promitente vendedor, entiende la informante que, dado que existe un control notarial al respecto, es menester estar a lo que dijo el profesional actuante.

Esto es, el profesional certifica claramente que el bien es ganancial y que el apoderado compareció por los dos (más allá de que no invoca a la cónyuge).

En consecuencia, el bien de referencia debe considerarse de carácter ganancial, y en virtud de ello deberá citarse de excepciones también a la cónyuge AMD.

Conclusión

Al existir una promesa a la que no compareció un cónyuge y respecto a la cual no es posible tener la certeza de si el inmueble es propio o ganancial, se debe atender a lo certificado por el escribano, quien manifiesta claramente que el apoderado comparece por ambos cónyuges y que el inmueble es ganancial.

Esc. Daniella Cianciarulo
Informante

Montevideo, 17 de marzo de 2015. La Comisión de Derecho Civil, integrada por los escribanos Fernando Alonso, Silvana Beker, Américo Bianchi, Sandra Bochard, Miguel Burdín, Jorge Carneiro, María Inés Casatroja, Daniella Cianciarulo, Adriana Gancio, Alicia González Bilche, Silvana González Perdigón, Carlos Groisman, María Paola Igoa, Rossana Ivanier, Fátima Izaguirre, Mónica Jover, María del Rosario Marchese, Maximiliano Mauri, Roque Molla, María Alejandra Portillo, Margarita Puertollano, María Ritacco, María Alejandra Robaina, Mildred Secondo, Diego Seré, Virginia Sergio, Gonzalo Trobo, Verónica Ubillos, Jimena Viana y Juan Pablo Villar, aprueba el informe que antecede.

Escs. Roque Molla y Juan Pablo Villar
Coordinadores

Aprobado por la Comisión Directiva Nacional de la AEU el 5 de mayo de 2015. Expediente 629/2014.

PROMESA DE COMPRAVENTA. CESIÓN DE PROMESA DE COMPRAVENTA. COMPRAVENTA. USUFRUCTO. NUDA PROPIEDAD

Resumen

Prometida la compraventa de la propiedad plena, es posible, desmembrando el dominio en usufructo y nuda propiedad en posterior cesión de derechos, cumplir aquella en los términos pactados en esta, porque nuestro ordenamiento jurídico admite la existencia de un derecho sobre otro derecho y por el agotamiento de los distintos intereses económicos.

Informe: Civil

Consulta

Hechos

23 de marzo de 1995. A SA prometió vender a B y C, casados con D y E respectivamente, la propiedad y posesión de la unidad …5 de un edificio que se levanta en un terreno sito en …

16 de setiembre de 1999. Los promitentes compradores otorgaron partición de bienes adjudicando dicha unidad a los esposos B y D.

23 de diciembre de 1999. Los mencionados adjudicatarios cedieron sus derechos a favor de F SA.

28 de noviembre de 2000. F SA otorgó cesión de dicha promesa, y en la cláusula segunda del referido documento se estableció:

> F SA cede libre de todo gravamen todos los derechos y obligaciones de la promesa relacionada con respecto a la unidad …5, a favor de las señoras G y H, quienes en tal concepto adquieren, el usufructo de los mismos para G y la nuda propiedad de ellos para H. El usufructo de la Sra. G lo será por toda la extensión de su vida.

Por el precio se otorgó carta de pago total y por tradición se trasmitieron los derechos.

13 de febrero de 2001, A SA otorgó un documento mediante el cuya cláusula segunda y luego de la relación de todos los hechos, se establece:

> Por este instrumento A SA consiente en todos sus términos la cesión últimamente operada, y en especial el desmembramiento de dominio por ella documentada.

Año 2005. Se traba embargo genérico a la usufructuaria.

20 de octubre de 2012. Fallece la usufructuaria, G.

Consulta

Se desea conocer la opinión de la Asociación de Escribanos del Uruguay porque la escribana de H, la promitente vendedora (cedente) en el negocio que se proyecta, afirma que el usufructo se ha consolidado con la nuda propiedad, que H puede ceder todos los derechos y que el embargo se ha extinguido conjunta y simultáneamente con el usufructo.

Opinión del consultante

Entiende que, al producirse el fallecimiento de la usufructuaria, el usufructo volvió al anterior titular y se requiere el consentimiento de este para prometer la cesión del 100 % de los derechos que se pretende adquirir. Considera que no opera la consolidación a favor de la promitente compradora de la nuda propiedad (cesionaria); ello ocurriría si efectivamente pudiera el cedente desmembrar el dominio, pero tal cosa no ocurre pues no tiene la propiedad plena. Por tanto, concluye que no se podrá escriturar en cumplimiento de esa promesa, al menos sin el consentimiento del anterior cedente.

Informe de la Comisión de Derecho Civil

La situación planteada ya fue analizada en consulta similar cuyo estudio y conclusión, de las escribanas Rosa Giuliano, Rosana Ivanier y Jimena

Viana, fueron publicados en la *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay,*[50] a la cual nos remitimos. Esta Comisión mantiene el criterio allí manifestado y ocioso sería repetir los argumentos dados por las informantes.

La comisión se afilia, por una parte, a la posición que admite la existencia de un derecho sobre otro derecho; entiende que el cedente constituye sobre su derecho de promitente comprador al cederlo un derecho de usufructo y de nuda propiedad. Se agrega a lo dicho la consideración de que el dominio se puede transferir en la forma pactada en la cesión, con base en el agotamiento del interés económico. Una vez satisfechos los derechos del promitente vendedor originario (propietario) y del promitente comprador hoy cedente, se procederá a otorgar la compraventa en la forma pactada en la cesión, agotando el interés final del cesionario.

Se conviene que no se altera la promesa original, dado que el promitente vendedor (propietario) se comprometió a transferir el dominio total; la diferencia es que hoy lo hace en forma desmembrada. Téngase presente que en el caso planteado el promitente vendedor (propietario), al notificársele la cesión operada, consintió el desmembramiento (declaratoria del 13 de febrero de 2001, cláusula segunda). Dicha conformidad se interpreta en el sentido de aceptar la modificación del compromiso de compraventa.

En concordancia con el análisis efectuado, dado el fallecimiento de la usufructuaria de los derechos de promitente comprador, el derecho de esta se consolidó con la nuda propiedad ostentada por la cesionaria. El usufructo no vuelve al cedente, porque este ya no es titular de los derechos de promitente comprador, y tampoco se dirige al propietario de la cosa, porque el usufructo no recaía sobre la cosa, sino sobre los derechos de promitente comprador (cesionario de la nuda propiedad). Una vez extinguido el usufructo, son los derechos de este último los que adquieren plenitud.

Como corolario de ello, se debe escriturar la propiedad plena a favor de H.

Conclusión

Es posible, según lo dicho en este y en anteriores informes, otorgar la compraventa en cumplimiento de la promesa de compraventa conforme al interés de las cesionarias establecido en la cesión. Dado el fallecimiento de la usufructuaria, se enajenará la propiedad plena a quien en la cesión adquirió los derechos a la nuda propiedad.

Esc. Mildred Secondo
Informante

50 Ivanier, Rossana; Viana Ferber, Jimena; Giuliano Giuliano, Rosa. Asociación de Escribanos del Uruguay. Comisión de Derecho Civil. «Promesa de compraventa». *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, ene.-dic. 2003, tomo 89, n.os 1-12, pp. 352-358.

El suscrito aprueba lo informado por existir aceptación del promitente vendedor (propietario), que se traduce en modificación del compromiso original.

Esc. Roque Molla
Coordinador

Montevideo, 24 de marzo de 2015. La Comisión de Derecho Civil, integrada por los escribanos Américo Bianchi, María Inés Casatroja, Daniella Cianciarulo, Sandra Cipriani, Alicia González Bilche, Carlos Groisman, Adriana Inciarte, María del Rosario Marchese, Maximiliano Mauri, Ana Lía Méndez, Roque Molla, Adriana Pereyra, María Alejandra Portillo, Estela Sarachu, Mildred Secondo, Diego Seré, Adriana Silva, Verónica Ubillos, Jimena Viana y Juan Pablo Villar, aprueba el informe que antecede.

Escs. Roque Molla y Juan Pablo Villar
Coordinadores

Aprobado por la Comisión Directiva Nacional de la AEU el 5 de mayo de 2015. Expediente 695/2014.

CERTIFICADO REGISTRAL ERRÓNEO. PODER. PUBLICIDAD REGISTRAL

Resumen

Se consulta sobre: a) prevalencia de certificado registral erróneo o el asiento registral; b) solución a la circulación del título.

Informe: Registral

Consulta

Relación de hechos

En octubre de 2010, el señor LGB adquirió un vehículo cero quilómetro, lo empadronó, pero no otorgó título de propiedad.

El 3 de noviembre de 2010, LGB otorgó carta poder a la escribana JB para —entre otras facultades— enajenar un automotor, incluyendo las facultades del artículo 2070 del Código Civil.

El 20 de noviembre de 2013 se solicitó información al Registro Nacional de Actos Personales respecto del titular del automotor (Sección Interdicciones y Universalidades) y por un poder del 21 de octubre de 2009 (Sección Mandatos y Poderes).

El 21 de noviembre de 2013, en su calidad de mandataria y conforme las facultades otorgadas en el poder del 3 de noviembre de 2010, JB en representación de LGB enajenó a su favor el automotor en documento privado certificado por la escribana consultante. El documento fue protocolizado y su primer testimonio fue inscripto en el Registro de la Propiedad correspondiente el 25 de noviembre siguiente. No consta la solicitud de reserva de prioridad.

El 18 de diciembre de 2013 se solicitó ampliación del certificado, la que fue expedida a la hora de cierre de recepción de documentos de ese mismo día. De ella surge la revocación de los poderes de 21 de octubre de 2009 (por el que había sido solicitado el certificado) y del 3 de noviembre de 2010 (fecha mal citada en el ítem V de la consulta), que fue presentada e inscripta en el Registro Nacional de Actos Personales el 30 de octubre de 2013, sin observaciones, en carácter de inscripción definitiva.

Consulta

Se consulta si de la documentación que se adjunta (poder, certificado registral erróneo, título de propiedad y ampliación de certificado registral) resulta que el propietario del vehículo automotor es el señor LGB o la escribana JB, esto es, si debe prevalecer el certificado registral erróneo o el asiento registral de la revocación no informada.

En caso de que se entienda que debe prevalecer el certificado erróneo, y que en consecuencia el vehículo es propiedad de la escribana JB, ¿qué debería hacerse para que ese título circulara sin observaciones?

Opinión de la consultante

Sin duda estamos en presencia de un certificado registral erróneo. En efecto, el certificado registral obtenido inicialmente no arrojó la información correspondiente a la revocación de poder; dicha revocación solo fue informada luego del otorgamiento del título de propiedad a nombre de JB, en oportunidad de solicitarse una ampliación del mismo certificado registral erróneo.

JB no fue notificada de tal revocación y, según manifiesta, tampoco tenía conocimiento de la existencia de dicho acto, por lo que sería el caso de un tercero de buena fe.

Debe resolverse si prevalece el certificado registral erróneo o el asiento registral de revocación de poder.

En opinión de la consultante, prevalece el certificado registral erróneo. LGB podría iniciar un proceso contra el Registro si entiende que se le causaron perjuicios.

Nuestra jurisprudencia considera, en forma unánime, que el certificado registral erróneo prevalece respecto del asiento registral.

> La función de la publicidad del registro como tal se exterioriza a través de los certificados, en tanto el público no tiene acceso directo al asiento registral. Si los certificados perdieran credibilidad la totalidad del sistema registral entraría en crisis, pues la seguridad de la operación dependería de la verdad de un asiento registral incomprobable (Sentencias N.os 107/93, 145/93 y 166/95).[51]

La doctrina es unánime en igual sentido. Por ejemplo, Juan E. Blengio expresó:

> En la actualidad prevalece claramente la tendencia que hace primar la situación de quien se determinó a contratar haciendo confianza en los datos aportados en el certificado registral erróneo.[52]

La situación está resuelta en los artículos 73, 77 y 61 de la ley 16871. También se aplica el principio de apariencia, porque tutela la seguridad del tráfico jurídico y determina que deba protegerse la realidad aparentada en la que se creyó de buena fe.

Informe de la Comisión de Derecho Registral

Se formulan dos consultas referentes al mismo caso: 1) sobre la prevalencia del certificado registral erróneo o del asiento registral de la revocación no informada, y 2) en caso de prevalencia del certificado erróneo, cómo debería procederse para que el título circulara sin observaciones.

En la consulta 1 se citan opiniones doctrinarias y jurisprudenciales a favor de la prevalencia del certificado registral erróneo sobre el asiento registral, tema que en el caso pierde relevancia por cuanto la solicitud de certificado fue formulada respecto de un poder del 21 de octubre de 2009, cuando el que debió solicitarse era del 3 de noviembre de 2010. No se ha configurado el nexo causal entre la solicitud formulada y la compraventa otorgada: el certificado refiere a otro poder.

En cuanto a la consulta 2, en el momento de otorgarse la compraventa del automotor no se obtuvo el certificado correspondiente al poder del 3 de noviembre de 2010. La mandataria actuó con un poder que le fue revocado.

El proceso inscriptivo en la Sección Mandatos y Poderes, hasta la fecha, se realiza en forma similar a la de los demás Registros. La particularidad de la registración es que el asiento informático solo refiere a mandante/s

51 Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 4.º Turno. «Sentencia 7/2005». *Anuario de derecho civil uruguayo*, 2006, tomo 36, pp. 61-62.

52 Blengio, Juan E. «Certificado registral erróneo: conflicto entre la realidad registral y la extrarregistral. Apariencia. Incidencia de los principios constitucionales». *Doctrina y Jurisprudencia de Derecho Civil*, 2014, año 2, tomo 2, pp. 205-212.

y la fecha de los poderes que se revocan, sustituyen, limitan o suspenden, o que son objeto de renuncia por parte de el/los mandantario/s. El certificado que se expide —en los casos en que hay inscripciones— incluye la fotocopia del asiento registral, ficha registral o minuta registral (según la fecha de su inscripción). El asiento informático hasta el presente no transcribe los datos del acto registrado sino solamente mandante/s y fecha del/de los poder/es.

El documento portante del acto o los actos a inscribir dará lugar a una única inscripción y un único asiento. En tanto la Sección Mandatos y Poderes emita el certificado mediante fotocopia de la minuta, en ella pueden aparecer informados otros actos por los que no se formuló la solicitud, pero eso no lo transforma en un certificado erróneo.

En el caso de la consulta ocurre que el mandante de los poderes de 21 de octubre de 2009 y de 3 de noviembre de 2010 revocó ambos en un mismo instrumento que dio lugar a una sola inscripción, con una sola minuta y un mismo asiento informático. Al solicitar información respecto de un poder —en el caso, del 21 de octubre de 2009—, la fotocopia de la minuta comprendió el otro poder, del 3 de noviembre de 2010, que no fue objeto de la solicitud de certificado. Tal como expresa la nota de expedición del certificado, este refiere solo a lo solicitado por el usuario, con la extensión y las limitaciones que la misma nota indica.

En conclusión: La consultante actuó con un certificado referido a un poder distinto del que se controló en la certificación de la compraventa. Pudo tener conocimiento de la revocación si se hubiera solicitado el certificado al Registro Nacional de Actos Personales por el mandante y la fecha del poder utilizado para el caso.

Esc. Enrique Marna
Informante

Aprobada el 18 de marzo de 2015 por la Comisión de Derecho Registral, integrada por los escribanos Mercedes Azar, Susana Cambiasso, Álvaro Garbarino, Robert Melo, Carlos Milano y Karin Perdomo.

Escs. Mercedes Azar y Álvaro Garbarino
Coordinadores alternos

Aprobado por la Comisión Directiva Nacional de la AEU el 5 de mayo de 2015. Expediente 729/2014.

GARAJE. PROPIEDAD HORIZONTAL. PROMESA DE COMPRAVENTA. COMPRAVENTA. ERROR. REGLAMENTO DE COPROPIEDAD

Resumen

Por ser la promesa de compraventa, y la posterior compraventa en cumplimiento de aquella, integrantes de un proceso negocial que deberá interpretarse en conjunto, a la unidad …1 le asiste el derecho al uso exclusivo del lugar número 7 en el garaje, al cual se puede hacer referencia en posteriores negocios jurídicos respecto de dicha unidad. A fin de solucionar la situación de la unidad …2 se procederá a modificar el reglamento de copropiedad por la unanimidad de propietarios o, en su defecto, por las mayorías especiales establecidas por el artículo 7 de la ley 14560, con inclusión de la unidad afectada.

Informe: Civil

Consulta

Relación de hechos

1. Boleto de reserva. El 2 de julio de 1993, el señor CK, de estado civil soltero, adquiere todos los derechos y obligaciones emergentes del boleto de reserva por documento privado del 6 de mayo de 1992, celebrado entre A SA y el señor EL, cuyo objeto era la unidad …1 del edificio P y el uso exclusivo del garaje número 7.

2. Compromiso de compraventa. En igual fecha que la cesión del boleto de reserva antes referida, el 2 de julio de 1993, se celebra compromiso de compraventa, el cual se encuentra debidamente inscripto en el Registro General de Inhibiciones, Sección Promesas de Enajenación de Inmuebles a Plazos, el 29 de julio de 1993. En él la sociedad A SA, representada por el señor DB, promete vender al señor CK, soltero, quien se obliga a comprar la propiedad y posesión de la unidad de propiedad horizontal padrón …/…1 del edificio P, de cuya cláusula objeto surge: «Corresponde asimismo a la unidad el uso exclusivo de un lugar en el garaje señalado con el número 7».

Surge del acta de entrega que dicha unidad y el uso exclusivo del garaje fueron entregados el 2 de mayo de 1996.

El 3 de junio de 1998, la sociedad A SA otorgó carta de pago por el total del precio estipulado en el compromiso de compraventa, por lo que las obligaciones de la parte promitente compradora fueron cumplidas en su totalidad.

3. Plano de mensura, fraccionamiento y propiedad horizontal, ley 10751. Elaborado en junio de 1996 por el agrimensor O, fue inscripto en la Dirección Nacional de Catastro —Cotejo y Registro de Planos— el 22 de marzo

de 2002. Consta de tres láminas. Del plano surge que el edificio se compone de 10 pisos, en los cuales se distribuyen 33 apartamentos, un local comercial y tres garajes, E, M y P, con 3, 6 y 4 lugares respectivamente.

4. Reglamento de copropiedad del 20 de agosto de 2002, autorizado y debidamente inscripto. De él surge lo siguiente:

a. El edificio se construyó de acuerdo con las normas de la Ley de Propiedad Horizontal, 10751, modificativas y concordantes.
b. A SA era propietaria del terreno y en él construyó el edificio, el cual fue habilitado el 22 de noviembre de 2001.
c. Cláusula PRIMERO, literal A. Bienes privados. Se describen conforme al plano relacionado, unidad …1, con una superficie de …, al cual le corresponde el uso exclusivo de las terrazas I4 y K4 (bienes comunes).
d. Cláusula PRIMERO, literal B. Bienes comunes. De ella surge que en planta baja se encuentran los garajes E, M y P.
e. Cláusula SEGUNDO, numeral 1. Destino:

> Los vehículos deberán ubicarse en los lugares señalados con los números uno a diez en el plano de mensura y fraccionamiento […] El derecho a uso exclusivo de cada uno de los referidos lugares corresponderá a quienes se conceda tal derecho en las respectivas escrituras que A SA otorgue […]. El uso exclusivo de los lugares de garajes referidos a los distintos Departamentos, que no hubieren sido enajenados será asignado unilateralmente por A SA

5. Compraventa. Por escritura autorizada por el escribano B (hoy fallecido), del 28 de noviembre de 2002, inscripta en el Registro de la Propiedad Inmueble el 12 de diciembre de 2002, la sociedad A SA, representada por el señor DB, vende al señor CK, casado con KG, quienes compran la propiedad y posesión de la unidad padrón …/…1. Esta, según el plano de mensura y fraccionamiento horizontal del agrimensor O de junio de 1996, antes referido, consta de una superficie de …, se señala como departamento …1 y le corresponde el uso exclusivo de las terrazas I4 y K4 (bienes comunes). Nada se dice con respecto al garaje.

Según surge de la cláusula QUINTO de la compraventa, esta se otorga en cumplimiento de la promesa de compraventa otorgada por las referidas partes el 2 de julio de 1993 e inscripta en el Registro General de Inhibiciones, Sección Promesas de Enajenación de Inmuebles a Plazos, el 29 de julio de 1993, por lo cual se identifica en la escritura de compraventa en forma certera el compromiso al cual se remite.

El edificio fue habilitado por la autoridad municipal el 22 de noviembre de 2001, por lo que se trató de primera venta luego de construido.

Al momento de poner en venta dicho inmueble, los propietarios advirtieron que en la compraventa de dicha unidad no se había incluido referencia alguna respecto al garaje, y que el lugar 7 del garaje (lugar que prometieron adquirir) lo ocupa la unidad …2, mientras la unidad …1 utiliza el número 8.

Consulta

Se solicita informe de la Asociación de Escribanos del Uruguay respecto a:

a. la posibilidad de los actuales propietarios de la unidad …1 de incluir en la enajenación de la unidad el uso exclusivo del lugar número 7 en el garaje sin realizar trámite alguno para tal inclusión, en cumplimiento de promesa inscripta;
b. si la unidad de referencia, …1, tiene mejor derecho que la unidad …2, en razón del principio de prioridad en el tiempo, al tener una promesa de compraventa anterior y debidamente inscripta;
c. qué derecho asiste a la unidad …2 frente a tal situación.

Análisis de la situación

Por un lado, el compromiso de compraventa se refiere a «un lugar en el garaje señalado con el número 7 (siete)», lo cual al momento de otorgarse la escritura de compraventa no se incluyó.

Por otro lado, el lugar 7 está ocupado por los propietarios de la unidad …2, mientras que el lugar 8 lo ocupan los propietarios de la unidad …1, la que amerita la presente consulta.

Por motivos que el consultante desconoce, el escribano autorizante de la escritura de compraventa, actualmente fallecido, no incluyó el derecho al uso exclusivo del lugar 7 del garaje, el cual sí estaba previsto en el compromiso.

Frente a la imposibilidad de contactar al profesional actuante, se procedió a cotejar la matriz con la primera copia, a fin de eliminar la posibilidad de discordancia entre ambas.

No habiendo encontrado errores en la expedición de la primera copia, se trató de resolver el conflicto analizando el permiso de construcción, el plano de mensura y fraccionamiento, y el reglamento de copropiedad, así como las reglamentaciones posteriores que pudieran haberse otorgado en referencia a los derechos sobre los garajes.

Se cotejó el permiso de construcción con los planos y se constató la coincidencia entre ambos.

Luego se cotejó el plano proyecto con el plano definitivo, para corroborar la correspondencia entre lo que se había proyectado construir —sobre lo cual se estableció el objeto de la promesa de compraventa— y lo efectivamente construido, y se encontró una concordancia absoluta.

Del análisis del plano y el reglamento de copropiedad no surge la individualización de los bienes comunes de uso exclusivo, pero sí que en el reglamento de copropiedad el propietario de todo el edificio (A SA) se reservó el derecho a conceder el uso de los lugares de garaje a aquellas unidades en cuyos títulos de adquisición se hubiera mencionado este derecho. Del cotejo de ambos documentos (plano y reglamento) surge una discordancia en el número de lugares en el garaje: el plano indica que son 13 lugares y el reglamento que son 10, dato que no incide en este análisis.

Se consultó a la administración de gastos comunes del edificio P sobre la existencia de algún reglamento interno que regulara las unidades propietarias de garajes. Esta respondió que de los libros de actas de asambleas no surge información al respecto, y que la propiedad no tiene reglamento interno. Con respecto a los garajes, envió respuesta por correo electrónico, a la que adjuntó un archivo del cual surge qué unidades pagan expensas extraordinarias por ser «propietarias» de un garaje. Más allá de su informalidad, esta información resultó de utilidad para descartar conflictos sobre el número de lugares y sus respectivas asignaciones entre los copropietarios del edificio, a fin de enfocar el análisis en el ámbito jurídico únicamente, puesto que en la práctica el edificio P no presenta conflictos entre copropietarios por tal concepto.

En reunión de la consultante con la administración de gastos comunes y la comisión de copropietarios, se extrajo que tanto la copropiedad como la administración reconocen a la unidad …1 el derecho a un lugar en el garaje, el cual siempre ha sido el número 8, utilizado en forma pacífica e ininterrumpida desde que ocuparon el edificio, en 1996.

Pese a la posesión pacifica, pública e ininterrumpida del lugar 8 en el garaje G y del pago de expensas extraordinarias en los gastos comunes por la «propiedad» de un lugar en él, todo lo cual se ha dado desde 1996 hasta el presente, se descarta la acción de prescripción, puesto que los usos exclusivos de los bienes comunes no son prescriptibles.[53]

Se descarta asimismo la posibilidad de celebrar un negocio de fijación, el cual tendría por finalidad eliminar la incertidumbre producida por la compraventa, puesto que la vendedora, A SA, ha desaparecido en los hechos. Se contactó al representante, señor DB, quien sostiene que se desvinculó de la sociedad hace más de diez años y carece de información sobre su actividad. La escribana que llevaba la sociedad anónima está jubilada y no se ha podido localizarla.

En informes de la *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay* que tratan de situaciones similares se estudia el instituto de los negocios coligados, situación similar a la planteada en el presente, que coincide en la falta de inclusión del garaje en la compraventa, a pesar de haberse establecido en los negocios preliminares correspondientes, es decir, en el boleto de reserva y la promesa de compraventa.

El informante sostuvo:[54]

> […] en la relación promesa-compraventa definitiva, las partes celebran dos negocios autónomos en forma sucesiva, que presentan entre sí un nexo

53 Cianciarulo, Daniella. Asociación de Escribanos del Uruguay. Comisión de Derecho Civil. «Garaje». *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, jul.-dic. 2011, tomo 97, n.º 2, pp. 474-477.

54 Villar, Juan Pablo. Asociación de Escribanos del Uruguay. Comisión de Derecho Civil. «Negocio de fijación». *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, ene.-dic. 2012, tomo 98, pp. 145-165.

> basado en la finalidad de alcanzar un resultado económico unitario que permite que un negocio incida sobre otro.

Mediante la promesa de compraventa las partes no solo se comprometen a celebrar un nuevo contrato de compraventa, sino que predeterminan los elementos esenciales de este, entre los que se encuentran el objeto y el precio. Por ello, el objeto de la compraventa debe ser el mismo que el de la promesa, y no otro o parte de este.

De lo expuesto concluyo que, al haberse otorgado compraventa en cumplimiento de promesa, según surge de la cláusula SEGUNDO, el objeto establecido en la compraventa se extiende a todo lo predeterminado en el compromiso. En conclusión, el objeto de la compraventa comprende el derecho al uso exclusivo a un lugar en el garaje, y por lo tanto, en opinión de la consultante, se podría incluir dicha mención en el objeto de la compraventa.

Para fundamentar aún más tal inclusión, se extrae lo expuesto en la consulta de la Asociación de Escribanos del Uruguay,[55] en la cual se establece:

> Sin perjuicio de que en caso de corresponder por estatuto un derecho de uso exclusivo a un garaje, en los negocios que se realicen sobre la unidad se debe mencionar el mismo al determinar el objeto. Esta mención puede tener otra función; es frecuente encontrar, tanto en promesas como en compraventas, que se comprenda en el objeto el derecho de uso exclusivo de un lugar en el garaje, el que necesariamente deberá designarse no solo por una cuestión de determinación del objeto —podría ser obligación de género limitado— sino y, principalmente, porque esta estipulación le estaría dando contenido a una norma estatutaria en blanco. Pero, para que esto sea posible es imprescindible que dicha norma estatutaria, el reglamento de copropiedad contenga la reserva a favor del promotor de la facultad de darle contenido, designando en la promesa o en la primera enajenación a aquellas unidades a las que corresponderá el uso exclusivo de los lugares de garaje. Y así, no es el contrato —promesa, compraventa, etc.— el que establece a qué unidad corresponde sino que es el propio reglamento que lo hace.

Frente a la imposibilidad de acceder a documentación de la sociedad anónima propietaria original del edificio y al desconocimiento de los hechos por parte del administrador, se concluye, con base en el análisis de los hechos y documentos, que el error en la asignación de los lugares en el garaje surge a raíz de que A SA prometió vender a dos unidades el mismo garaje y, advertida dicha situación, optó por salvar el error mediante la asignación verbal del lugar 8 a la unidad …1, sin dejar plasmada dicha modificación en ningún documento, al menos que haya llegado al conoci-

55 MACHADO GIACHERO, Jorge Julio. ASOCIACIÓN DE ESCRIBANOS DEL URUGUAY. COMISIÓN DE DERECHO CIVIL. «Propiedad horizontal». *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, ene.-jun. 2002, tomo 88, n.os 1-6, pp. 155-158.

miento de la consultante. Ello coincidió con la omisión del escribano al no incluirlo en la compraventa.

El propietario de la unidad …2 exhibió la promesa de compraventa y la primera escritura de compraventa de su unidad, y en ambas se hace mención expresa al derecho al uso exclusivo del lugar 7 del garaje. La respectiva promesa de compraventa es del 23 de noviembre de 1993 y la de la escritura de compraventa es del 7 de noviembre de 2005. Es importante aclarar que se solicitó información registral de la Asociación de Escribanos del Uruguay, de la cual no surgió información sobre la inscripción de la promesa antes referida, y se solicitó certificado en la Dirección General de Registros, el cual se adjunta a la presente.

Tanto la unidad …1 como la …2 celebraron promesa de compraventa por sus respectivas unidades con inclusión del derecho al uso exclusivo del lugar número 7 del garaje, documentos que fueron otorgados el 2 de julio de 1993 y el 23 de noviembre de 1993 respectivamente, pero solo surge información registral de la inscripción de la promesa de la unidad …1. La unidad …1 otorgó compraventa el 28 de noviembre de 2002, y la unidad …2 lo hizo el 7 de noviembre de 2005, y ambas escrituras están correctamente inscriptas.

Según los principios de derecho registral, *prior tempore potior iures* ('primero en el tiempo, primero en el derecho'), principio que otorga prioridad a la inscripción registral y se encuentra consagrado en el artículo 15 de la ley 8733:

> La promesa de enajenación de inmuebles a plazos, desde la inscripción en el Registro, confiere al adquirente, derecho real respecto de cualquier enajenación o gravamen posterior, y, cuando se haya pagado o se pague toda la prestación y se hayan cumplido las obligaciones estipuladas, le acuerda acción para exigir la transferencia y entrega del bien que constituye el objeto de la prestación. La fecha será la de la inscripción.

De la documentación analizada surge que la parte promitente compradora ha cumplido con el pago del total del precio estipulado y no tiene obligaciones pendientes.

Por otro lado, según lo que expresa el escribano Machado:[56]

> […] a los efectos de determinar quiénes adquieren el derecho al uso exclusivo del lugar de garaje se tomarán aquellos que estén primero en el tiempo, sin importar que sean otorgantes de contratos de promesa, o compraventas; así se haya padecido error técnico, al realizarse la reserva haciéndose referencia únicamente al negocio compraventa.

La consultante llega a la postura de que en la siguiente enajenación de la unidad …1 del edificio P se debe incluir el uso exclusivo de un lu-

56 Machado Giachero, Jorge Julio; González Bilche, Alicia. *Teoría y práctica de la propiedad horizontal*. 3.ª ed. ampl. Montevideo: Asociación de Escribanos del Uruguay, 2007, p. 114.

gar en el garaje señalado con el número 7 consignado en la promesa de compraventa. Se considera que es la solución más adecuada, por tratarse de negocios coligados entre sí, uno celebrado en cumplimiento del otro, y además por ser imprescindible a la hora de determinar el objeto y para darle contenido a una norma en blanco.

Frente a la problemática con la unidad …2, se considera que es de aplicación el principio *primero en el tiempo, primero en el derecho,* tomando en cuenta la fecha posterior de la promesa de compraventa de la unidad …2 en comparación con la de la unidad …1, y la falta de inscripción de esa promesa por la unidad …2.

Y frente a la situación de la unidad …2, se considera que solamente le asiste el derecho de eventual reclamación contra quien le vendió un bien del que en realidad no disponía, o, en su defecto, obtener la aprobación de la copropiedad, mediante asamblea de copropietarios, para que se le reconozca el uso del lugar 8 antes mencionado.

Informe de la Comisión de Derecho Civil

En el caso planteado nos encontramos con una compraventa precedida por un compromiso de compraventa en el cual se fija el objeto del negocio acordado, el que consiste en una unidad habitacional (…1), y se establece expresamente en la misma cláusula del compromiso que la describe que «Corresponde asimismo a la unidad el uso exclusivo de un lugar en el garaje señalado con el número 7».

En la compraventa nada se dice respecto al uso del lugar en el garaje. Se indica sí que se otorga en cumplimiento de la promesa de venta otorgada el 2 de julio de 1993 y se hace referencia a su inscripción en el Registro General de Inhibiciones, Sección Promesas. Nosotros agregamos que la inscripción data del 29 de julio del mismo año.

Esta comisión ya manifestó su opinión al respecto en anteriores informes.[57] Conforme se expresó en el último, la compraventa es un negocio de cumplimiento que se integra «a un proceso que comenzó con el otorgamiento del compromiso de compraventa que constituye su fundamento y determina el alcance y cualidades del objeto y los derechos que sobre el mismo se ejercen». De suyo, debemos interpretar la voluntad de las partes intervinientes en un todo compuesto por promesa y compraventa, y de este análisis resulta el querer de las partes, su voluntad real, que era

57 Secondo, Mildred. Asociación de Escribanos del Uruguay. Comisión de Derecho Civil. «Garaje». *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, jul.-dic. 1999, tomo 85, n.os 7-12, pp. 436-440; Parnás Goldfarb, Jacqueline; Goldberg, Adriana. Asociación de Escribanos del Uruguay. Comisión de Derecho Civil. *Responsabilidad profesional*. 2000. Exp. 20629/00.

trasmitir la unidad …1 y los derechos al uso exclusivo del lugar número 7 en el garaje.

No podemos omitir otra consideración al respecto —y no menor, por cierto—, que es la referente al valor económico del objeto. En el compromiso de compraventa se le otorgó un precio que comprendía la unidad más los derechos al uso exclusivo de un lugar señalado en el garaje, el cual no fue modificado en la compraventa, lo que habría ocurrido si el valor del objeto hubiera disminuido por excluir tales derechos. El precio en ambos negocios es el mismo, y si a esto se añade la manifestación plasmada en la compraventa con la cual se da cumplimiento a la promesa de compraventa, como elementos que se suman a la interpretación de la voluntad real de las partes, se concluye que el objeto en uno y otro negocio se encuentra incambiado.

Por otra parte, vista la cláusula segunda del reglamento de copropiedad que hace relación al destino y el uso de los bienes que conforman el edificio —«el uso exclusivo de cada uno de los referidos lugares corresponderá a quienes se conceda tal derecho en las respectivas escrituras que A SA otorgue como enajenante de los departamentos que integran el inmueble»—, la referencia a la enajenación se debe interpretar, como se manifestó en anteriores consultas, en sentido amplio. No se puede desconocer el proceso de integración de los negocios, teniendo en cuenta lo que surja de las respetivas promesas.

Por todo lo manifestado, y considerando que la promesa de compraventa de la unidad …1 se otorgó con anterioridad a la promesa de la unidad …2, que también tiene el uso del lugar número 7 en el garaje, reafirmada su prelación por la fecha cierta que le concedió su protocolización realizada en el mismo día y su posterior inscripción, entendemos —dada la interpretación de los negocios en forma global, insertos en un proceso— que el lugar número 7 corresponde a la unidad …1, y no hay obstáculo a que en posteriores negocios se haga referencia al uso exclusivo que esta tiene en el garaje.

Respecto a la unidad …2, consideramos que, pese a que en la promesa de compraventa y posterior compraventa a ella referida se le asignó el derecho al uso exclusivo del lugar número 7 en el garaje, no le asiste derecho sobre este por haberse otorgado ambos negocios con posterioridad a los que le confirieron ese lugar a otra unidad (…1). De todas formas se tendrá en cuenta, como también se manifestó respecto de la unidad …1, que en el precio se englobó el valor de usar exclusivamente un lugar en el garaje y por tanto sus adquirentes pagaron por ello, lo que se deberá considerar en la resolución de su situación.

La solución estaría dada en la modificación del reglamento de copropiedad por la que se asigne un lugar de uso exclusivo en el garaje, aprobada por todos y cada uno de los propietarios de la unidades que conforman el edificio o, en su defecto, con las mayorías especiales del artículo 7 de la ley 14560, en las que deberá estar incluida la unidad afectada (…2).

Aunque no fue objeto de consulta, sería dable, además, aclarar en dicha modificación la cantidad de lugares en que deberán ubicarse los vehículos, pues del reglamento vigente surge que estos son diez, en tanto del plano resultan trece.

Conclusión

Dado que la promesa de compraventa y la posterior compraventa en cumplimiento de aquella integran un proceso negocial que deberá interpretarse en conjunto, a la unidad …1 le asiste el derecho al uso exclusivo del lugar número 7 en el garaje, y puede hacerse referencia a este en posteriores negocios jurídicos respecto de dicha unidad. A fin de solucionar la situación de la unidad …2 se procederá a modificar el reglamento de copropiedad en la forma expresada en este informe.

Esc. Mildred Secondo
Informante

Montevideo, 21 de abril de 2015. La Comisión de Derecho Civil, integrada por los escribanos María Jesús Almandoz, Silvana Beker, Américo Bianchi, Sandra Bochard, Jorge Carneiro, Daniella Cianciarulo, Stefania Della Mea, Gustavo Echavarría, Adriana Goldberg, Alicia González Bilche, Mariana González Bonaudi, Carlos Groisman, María Paola Igoa, Adriana Inciarte, Mónica Jover, María del Rosario Marchese, Maximiliano Mauri, Roque Molla, Laura Parnás, Adriana Pereyra, Margarita Puertollano, Diego Seré, Verónica Ubillos, María Beatriz Vázquez, Jimena Viana y Juan Pablo Villar, aprueba el informe que antecede.

Escs. Roque Molla y Juan Pablo Villar
Coordinador

Aprobado por la Comisión Directiva Nacional de la AEU el 12 de mayo de 2015. Expediente 574/2014.

DONACIÓN

Resumen

La donante no está en condiciones de revocar la donación en aplicación de lo dispuesto por el artículo 1620 del Código Civil, porque la donataria ya la aceptó expresamente y lo hizo conocer a la parte donante en el mismo acto.

Informe: Civil

Consulta

Relación de hechos

Año 1981. AAC, casada con ER, hubo mitad indivisa del inmueble padrón …4 por título compraventa y modo tradición de DH y otros, según escritura otorgada el 15 de noviembre, cuya primera copia fue inscripta en el Registro de Traslaciones de Dominio el 28 de diciembre del mismo año.

Año 1994. AAC hubo la mitad indivisa del bien relacionado de ER, ambos divorciados entre sí, por título compraventa y modo tradición, según escritura otorgada el 30 de abril, cuya primera copia fue inscripta en el Registro de la Propiedad, Sección Inmobiliaria, el 7 de junio del mismo año.

Año 2006. Por escritura de donación del 19 de enero, AAC donó a su hija AIRA la «propiedad y posesión» del inmueble relacionado y se reservó el derecho de habitación vitalicio. Dicha escritura fue inscripta en forma definitiva en el Registro de la Propiedad Inmueble el 3 de junio del mismo año.

Hechos que motivan la consulta

Hoy la donante desea revocar la donación de 2006.

En la cláusula primera de la escritura de donación mencionada se establece que la donante, AAC, dona a favor de su hija mayor de edad (el parentesco no surge de la escritura; le fue declarado al consultante) AIRA la propiedad y posesión del inmueble descrito. En la cláusula segunda la donante se reserva el derecho de habitación sobre el mencionado bien durante toda su vida.

De acuerdo con lo expuesto, se notan dos errores en dicha escritura: 1) hay un error en el objeto, ya que en una cláusula la donante enajena todo el bien y en la otra se reserva la habitación de forma vitalicia; 2) no surge del cuerpo de la escritura aceptación de la donación por la donataria, y este es el principal detalle que motiva esta consulta.

Nota: Si bien se encontró una consulta a la Asociación de Escribanos del Uruguay que podría considerarse análoga a la presente, el consultante

no la considera aplicable al caso en virtud de las diferencias sensibles en cuanto a la formación del consentimiento en las donaciones solemnes.[58]

Formación del consentimiento

El artículo 1619 del Código Civil, en su primer inciso, establece: «No valdrá la donación entre vivos de cualquier clase de bienes inmuebles, si no es otorgada por escritura pública […]».

El artículo 1621 del mismo cuerpo, en su primer inciso, dispone: «Las donaciones de que habla el inciso 1.º del artículo 1619 deben ser aceptadas por el donatario en la misma escritura […]».

El artículo 1613 del Código Civil habla expresamente de que el donante se desprende del objeto donado a favor del donatario que lo acepta.

El doctor Gamarra afirma claramente que en las donaciones solemnes (como la que motiva la consulta) «no puede haber cuestión en cuanto a la naturaleza expresa o tácita de la aceptación, porque en este caso la voluntad sólo puede manifestarse válidamente (en forma expresa) a través de la forma prescripta por la ley (la escritura pública, en el caso)».[59]

Resulta claro para el consultante que este último artículo otorga especial relevancia a la aceptación, relevancia que, salvo para algún contrato aislado, el Código no suele otorgar, y que no sería mencionada si en el contrato de donación la aceptación no tuviera una importancia especial.

En nuestro Código Civil prima el principio de la recepción, esto es, que el contrato, según el artículo 1265, se perfecciona en el lugar y en el acto en que la respuesta del que aceptó el negocio llega al proponente. El concepto de *recepción* ha sido precisado doctrinariamente refiriéndolo «al momento a partir del cual el destinatario está en condiciones de poder conocer la respuesta», evidenciando según la ley que se prescinde del conocimiento (propiamente dicho) de la aceptación para el perfeccionamiento del contrato en general.[60]

Por excepción, el Código Civil consagra el sistema del conocimiento en el contrato de donación en el artículo 1620 (entre otros), que contempla la posibilidad de que el donante revoque la donación mientras el donatario no acepta y se le ha hecho saber esa aceptación, esto es, conoce la aceptación.

Este tema es de vital importancia para el perfeccionamiento del contrato. Se fundamenta así la necesidad de que la aceptación sea de carácter

58 Albín, Federico. Asociación de Escribanos del Uruguay. Comisión de Derecho Civil. «Consentimiento». *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, ene.-dic. 2012, tomo 98, pp. 382-388.

59 Gamarra, Jorge; Venturini Camejo, Beatriz; Cores, Carlos de; Gamarra, Raúl; Araujo, Laura (colab.); Tabakian, Marcela (colab.). *Contratos*. En: Gamarra, Jorge. 3.ª ed. act. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2004. Tomo 6.

60 Gamarra, Jorge. *Tratado de derecho civil uruguayo*. 4.ª ed. ampl. act. mod. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2006. Tomo 11.

expreso. Por consiguiente, es necesario precisar el momento en que el contrato de donación se perfecciona.

El consentimiento no se integra únicamente por declaraciones de voluntad coincidentes; se requiere que las partes se hayan propuesto esa coincidencia y hayan emitido sus declaraciones para esa finalidad. Por lo tanto, la propuesta debe dirigirse y llegar al aceptante, y el mismo principio rige para la aceptación, que el oferente debe conocer. La aplicación práctica de la teoría del conocimiento precisa el momento de la formación del consentimiento, lo que fijaría el momento en que el donante pierde la posibilidad de revocar la donación válidamente.

En Uruguay, en oportunidad de examinar el consentimiento, se estudian sus formas: expresa y tácita. En la voluntad expresa, la intención emerge directa e inmediatamente del medio empleado, en tanto que en la voluntad tácita se infiere de las circunstancias. En la voluntad tácita es menester recurrir a un procedimiento lógico de deducción que, interpretando la conducta asumida por el sujeto, deduzca de ella su intención. Este plus que no se encuentra en la voluntad expresa otorga cierta inseguridad a esta forma de expresión.[61]

Para saber si una voluntad es expresa o tácita es necesario prescindir de los medios empleados, ya que, como observa Bekker, hay declaraciones expresas en forma de silencio y hay declaraciones tácitas por medio de palabras. Por lo general el consentimiento expreso se exterioriza por medio de palabras y el tácito se deduce de un comportamiento que no emplea palabras para manifestar la voluntad, pero ningún medio de expresión revela por sí solo la naturaleza expresa o tácita del consentimiento. Existe voluntad expresa cuando la intención del declarante se deduce directamente del comportamiento que este asume, y existe voluntad tácita cuando la intención se deduce indirectamente del comportamiento mediante razonamiento lógico.

Consulta

El consultante solicita saber si la señora AAC, donante, aún está en condiciones de revocar dicha donación (en aplicación del artículo 1620 del Código Civil) o si esta ya ha quedado perfecta aunque de la referida escritura no surja claramente si la donataria la aceptó.

Opinión del consultante

El consultante toma en cuenta la excepción y aplicación de la teoría del conocimiento en el contrato de donación, y la delicada línea que no permite determinar con exactitud si hubo o no perfeccionamiento del contrato. Si bien del cuerpo de la escritura surgen ciertas declaraciones de la donataria,

61 Gamarra, Jorge. *Tratado de derecho civil uruguayo*. 4.ª ed. ampl. act. mod. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2006. Tomo 11.

como sería, en su cláusula segunda, «que en esos conceptos adquiere», o la propia firma de la escritura, adquirir y aceptar son conceptos diferentes. Y si bien hay que tener en cuenta la intención de las partes, no es posible obviar los requisitos legales (artículo 1621 del Código Civil). En consecuencia, el consultante opina que es posible revocar dicha donación.

Informe de la Comisión de Derecho Civil

El consultante solicita la opinión de esta comisión sobre si la donante AAC aún está en condiciones de revocar la donación otorgada el 19 de enero de 1994 en aplicación de lo dispuesto por el artículo 1620 del Código Civil.

Dice el referido artículo:

> Mientras la donación no ha sido aceptada y se ha hecho conocer la aceptación al donante, podrá éste revocarla a su arbitrio.

El artículo 1619, inciso 1, del Código Civil dispone:

> No valdrá la donación entre vivos de cualquier clase bienes inmuebles, si no es otorgada por escritura pública (artículo 1664).

Y el artículo 1621 del mismo cuerpo establece:

> Las donaciones de que habla el inciso 1.º del artículo 1619 deben ser aceptadas por el donatario en la misma escritura. Si estuviera ausente, por otra escritura de aceptación que se hará saber en forma auténtica al donante.

Cuando ambas partes están presentes, como sucede en el caso consultado, la donación del inmueble se perfecciona en el momento en que se produce el acuerdo de voluntades solemnizado en escritura pública.

La doctrina ha discutido si, con carácter general, la aceptación del donatario debe ser expresa o es admisible la aceptación tácita.

Sin embargo, dicha discusión no se plantea en la donación de inmuebles, ya que, al ser un negocio solemne, la doctrina ha entendido que la voluntad debe ser expresa. Al respecto señala Jorge Gamarra, refiriéndose al artículo 1621 del Código Civil y a la donación solemne:

> No puede haber cuestión en cuanto a la naturaleza expresa o tácita de la aceptación, porque en este caso la voluntad sólo puede manifestarse válidamente (en manera expresa) a través de la forma prescripta por la ley (la escritura pública, en el caso). [62]

62 Gamarra, Jorge; Venturini Camejo, Beatriz; Cores, Carlos de; Gamarra, Raúl; Araujo, Laura (colab.); Tabakian, Marcela (colab.). *Contratos*. 3.ª ed. act. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2004. Tomo 6, p. 69.

Partiendo de esa premisa —esto es, que la aceptación de la donación de un inmueble debe ser expresa—, el consultante cuestiona el perfeccionamiento de la donación, por entender que no hay voluntad expresa de aceptar.

Si bien no comparto la aseveración de que la exigencia de solemnidad implica necesariamente exigencia de voluntad expresa, considero que, aunque tomemos como premisa que la aceptación del donatario debe ser expresa, ello no impide que en el caso concreto se haya perfeccionado el contrato, porque el donatario aceptó expresamente.

En referencia al criterio para distinguir la voluntad expresa y la voluntad tácita, Gamarra sostiene:

> Existe voluntad expresa cuando la intención del declarante se deduce directamente del comportamiento que éste asume; hay voluntad tácita cuando la intención se deduce indirectamente del comportamiento mediante un razonamiento lógico.
>
> La declaración es directa cuando según la común experiencia el comportamiento está destinado a dar a los terceros la exacta percepción de la voluntad; la declaración expresa es apta para representar la intención en vía directa e inmediata; para Carbonnier hay una acción realizada con la finalidad de llevar la voluntad a conocimiento de otro sujeto.
>
> A diferencia de la expresa, la tácita o indirecta requiere deducciones […] o ilaciones más complejas […].[63]

A criterio del informante, no hay lugar a dudas de que el donatario aceptó la donación en forma expresa, ya que, según la común experiencia, su comportamiento está destinado a dar a los terceros la percepción de su voluntad de aceptar.

Y ello surge de la cláusula primera, que dice:

> AAC dona con la reserva que se expresará a AIR, quien en esos conceptos adquiere, la propiedad y posesión del siguiente bien inmueble: […].

Si la parte donataria manifiesta que «adquiere», está manifestando su aceptación de manera expresa.

No debe confundirse voluntad expresa con la exigencia de que en la escritura figure la palabra *aceptar*. Según el diccionario de la Real Academia Española, el adjetivo *expreso* significa «claro, patente, especificado».

Cuando se exige la «aceptación expresa», se la exige en su sentido natural y obvio, esto es, como voluntad clara y evidente.

Esa voluntad de aceptar el donatario de manera clara y evidente —es decir, *expresa*— surge en el caso planteado de la cláusula primera.

Agrego que el hecho de que la parte donataria haya aceptado de manera expresa la donación, de acuerdo con lo que resulta de la cláusula primera, tiene fuerza de verdad impuesta, ya que el escribano actuante, en un acto

63 Gamarra, Jorge. *Tratado de derecho civil uruguayo*. 4.ª ed. ampl. act. mod. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2006. Tomo 11, p. 260.

de dación de fe, dejó constatado: «Leído que fue lo que antecede, los comparecientes así lo otorgaron y firman conmigo con sus firmas habituales», y ambas partes firmaron la escritura.

Ante la consulta planteada, la respuesta es que la donante no está en condiciones de revocar la donación otorgada el 19 de enero de 1994, porque la donataria ya la aceptó expresamente y lo hizo conocer a la parte donante en el mismo acto.

Para finalizar, el consultante también sostiene que hay un error en el objeto, ya que en una cláusula la donante enajena todo el bien y en la otra se reserva el derecho de habitación en forma vitalicia.

No se puede compartir dicha afirmación. En la cláusula de objeto dice «dona con la reserva que se expresará […]» y en la cláusula segunda: «La donante se reserva el derecho de habitación sobre el bien descripto durante toda su vida».

La situación no merece observaciones.

Conclusión

La donante no está en condiciones de revocar la donación en aplicación de lo dispuesto por el artículo 1620 Código Civil, porque la donataria ya la aceptó expresamente y lo hizo conocer a la parte donante en el mismo acto.

Esc. Juan Pablo Villar Domínguez
Informante

Montevideo, 21 de abril de 2015. La Comisión de Derecho Civil, integrada por los escribanos María Jesús Almandoz, Silvana Beker, Américo Bianchi, Sandra Bochard, Jorge Carneiro, Daniella Cianciarulo, Stefania Della Mea, Gustavo Echavarría, Adriana Goldberg, Alicia González Bilche, Mariana González Bonaudi, Carlos Groisman, María Paola Igoa, Adriana Inciarte, Mónica Jover, María del Rosario Marchese, Maximiliano Mauri, Roque Molla, Laura Parnás, Adriana Pereyra, Margarita Puertollano, Diego Seré, Verónica Ubillos, María Beatriz Vázquez, Jimena Viana y Juan Pablo Villar, aprueba el informe que antecede.

Escs. Roque Molla y Juan Pablo Villar
Coordinadores

Aprobado por la Comisión Directiva Nacional de la AEU el 12 de mayo de 2015. Expediente 740/2015.

PROPIEDAD HORIZONTAL. REGLAMENTO DE COPROPIEDAD. PERMISO DE CONSTRUCCIÓN. HABILITACIÓN MUNICIPAL. INCORPORACIÓN A PROPIEDAD HORIZONTAL. ESTADO HORIZONTAL. PARTICIÓN

Resumen

Propiedad horizontal. La habilitación concedida posteriormente saneó los documentos que fueron otorgados sin ella.

Informe: Civil

Consulta

Relación de hechos

El 14 de octubre de 1952, JM y HO adquieren el padrón …3.

Según plano habilitado el 7 de agosto de 1953, construyen un edificio por el régimen común. Posteriormente se realizan nuevas obras de acuerdo con el permiso de 10 de diciembre de 1957.

Las construcciones y ampliaciones se realizan con préstamos garantizados con hipoteca sobre el bien a favor del BHU.

JM fallece el 27 de abril de 1961 y son declarados herederos sus hijos legítimos A, B y C, sin perjuicio de los derechos de la cónyuge supérstite por los gananciales.

Se realizan adaptaciones en el inmueble y este se incorpora al régimen de PH de la ley 10751, de lo que resultan las unidades 001 y 002. El plano de 17 de diciembre de 1968 y el reglamento de copropiedad fueron otorgados por la cónyuge supérstite y herederos el 3 de enero de 1969.

El plano utilizado en el reglamento para la descripción del terreno es del agrimensor W. En dicho reglamento se dispuso que «Los inmuebles están habilitados para operar de acuerdo con la Ley 10751, según resolución de la IMM de 23 de diciembre de 1968».

Del expediente de construcción, en opinión de la consultante, no surge a esa fecha habilitación municipal. El edificio y sus unidades se describen de acuerdo con el plano de fraccionamiento cotejado por la Dirección de Edificación de la IMM el 23 de diciembre de 1968, inscripto en la Dirección de Catastro el 27 del mismo mes.

En el Reglamento se dispone que el propietario de la unidad 002 se reserva en el futuro el derecho de realizar construcciones en el fondo D.

Ese mismo día, 3 de enero de 1969, se otorga una escritura de división y adjudicación y se adjudica a HO (viuda) y a sus hijos B y C la unidad 001 y a A la unidad 002.

En la misma fecha se otorga una escritura de préstamo hipotecario con el BHU, por la que este concedió préstamo a A para la realización de obras con destino a vivienda propia, e hipotecó la unidad 002 que le fue adjudicada. También en esta escritura de hipoteca, la viuda HO y sus hijos B y C manifiestan que mantienen la vigencia de la hipoteca existente a favor del banco sobre la unidad 001. La hipoteca que fue novada por la unidad 001 había sido constituida sobre el padrón matriz.

Se obtiene nuevo permiso de regularización de obras de adaptación de 8 de agosto de 1988.

La habilitación del edificio, dentro del régimen de PH, es del 21 de setiembre de 1989.

Se confecciona un plano de mensura y fraccionamiento horizontal por el agrimensor R, inscripto en Catastro el 14 de noviembre de 1989, del cual resulta un sello que indica: «Se deja constancia que el presente plano corresponde al edificio ejecutado dentro del régimen común de construcciones según plano de los años 1952 y 1958 y adaptado a la ley 10751 según plano concedido el 17/12/1968 y habilitado el 21/9/1989 y plano (regularización) aprobado el 8/8/1988 y habilitado el 21/9/1989».

El 22 de setiembre de 1993 fallece B (uno de los hijos). Lo heredan sus hijos legítimos M y G.

El 3 de febrero de 1995 se otorga una modificación del reglamento de copropiedad por todos los copropietarios del edificio: HO y C-S y A-N, cónyuges entre sí en únicas nupcias, M y G (hijos del prefallecido B).

En este reglamento se relaciona un nuevo plano de mensura y modificación inscripto en la Dirección General de Catastro el 13 de abril de 1994 para regularizar diferencias con planos anteriores, y aquí aparecen tres unidades: la 001, la 002 y la 101.

El 30 de octubre de 1995 la viuda HO y los cónyuges C-S (hija y esposo), los cónyuges A-N (hijo y esposa) y los menores G y M (hijos del prefallecido C) otorgan una declaratoria. En esta escritura se hace referencia al préstamo hipotecario de 5 de febrero de 1993 por el que el BHU concedió préstamo a los cónyuges C-S con destino a la construcción de una unidad en régimen de PH que pasó a ser la 101. La referida unidad se incorporó al régimen de PH según plano de mensura inscripto en Catastro el 13 de abril de 1994.

Asimismo, en esta escritura de declaratoria se estableció que la unidad 001 es propiedad de HO en un 50 %, C con un 25 %, los hermanos M y G en representación de su prefallecido padre B (25 %). Los antes nombrados como propietarios de la unidad 001 y los cónyuges C-S y los cónyuges A-N (propietarios de la unidad 002) reconocen el derecho de propiedad sobre la unidad 101 que corresponde a quienes la construyeron, señores C y S, cónyuges entre sí.

La viuda HO fallece intestada el 12 de junio de 2014. La suceden sus hijos A y C y sus nietos M y G en representación de su padre B.

El 2 setiembre de 2014, A y los hermanos G y M prometen vender a los cónyuges C-S el 60 % indiviso de la unidad 001.

Consulta

Se consulta a la Comisión:

1. Si la titulación adolece de algún vicio jurídico, en virtud de haberse otorgado el reglamento de copropiedad bajo el régimen de la ley madre (10751) y la partición de las unidades en forma previa a la habilitación municipal del edificio en propiedad horizontal, o si, en cambio, puede considerársela regular, por estar amparados dichos actos en el régimen de *prehorizontalidad* que establecen los artículos 14, 15 y 29 de la ley 10751, en la redacción dada por el artículo 9.º de la ley 12358, de 3 de enero de 1957.

2. En caso de considerársela irregular, de qué vicios jurídicos adolece, y si estos pueden entenderse subsanados por el cumplimiento posterior de los requisitos omitidos (habilitación municipal y plano definitivo), por la ratificación tácita de los otorgantes (implícita en los instrumentos otorgados con posterioridad a la habilitación) y/o por el mero transcurso del tiempo (lapso superior a treinta años).

3. De lo contrario, cuál es la forma más adecuada de subsanarlos y qué instrumentos notariales y/o judiciales corresponde otorgar a tales efectos.

4. Si se entiende necesario reotorgar la partición de 1969, si también lo será rectificar las cuotas partes incluidas en las dos sucesiones posteriores, o si estas se considerarían automáticamente saneadas por el efecto retroactivo propio de dicho contrato.

Opinión de la consultante

La suscrita se inclina por afirmar la bondad de los títulos de propiedad en examen, atento a los siguientes fundamentos:

1. Los artículos 14, 15 y 29 de la ley 10751, en la redacción dada por el artículo 9.º de la ley 12358, constituyen el antecedente del posterior régimen del capítulo III del decreto-ley 14261, dado que permiten por primera vez hipotecar «un piso de departamento que ha de construirse» (artículo 14), así como inscribir promesas con el mismo objeto (artículo 15), y además conceden facultades extraordinarias al Banco Hipotecario del Uruguay para «facilitar» tanto «la construcción y adquisición de inmuebles destinados a ser divididos en pisos o departamentos» como «la adquisición aislada de uno o más departamentos o pisos de un edificio» (artículo 29).

Si bien no está claro el alcance legal de estas prerrogativas conferidas al BHU, es evidente que, en el caso concreto en análisis, dicho organismo interpretó que le daban la potestad de autorizar el otorgamiento de las escrituras de hipoteca y partición de las unidades cuando el edificio aún estaba en régimen de prehorizontalidad, es decir, antes de su habilitación municipal en el régimen de la ley 10751.

Ello se deduce tanto de la lectura del informe de la Sección Estudio Gráfico del BHU del 23 de octubre de 1968 como del sello de cotejo municipal que luce el plano proyecto de fraccionamiento, ya que el primero de ellos dice expresamente que «deberá presentarse plano proyecto de fraccionamiento inscripto, previo a la fecha de escrituración», y el segundo aclara que el cotejo de dicho plano proyecto se realiza solo con base en la «autorización» conferida por la IMM según permiso de construcción del 17 de diciembre de 1968 y «al solo efecto de la inscripción por primera vez en el Registro de Traslaciones de Dominio de los títulos de propiedad».

Por lo tanto, si bien la redacción del reglamento de copropiedad puede resultar confusa o ambigua en cuanto parece referirse erróneamente a una habilitación municipal inexistente en los hechos, la realidad es que no existió confusión alguna, ya que se sabía que se actuaba con base en un plano proyecto de fraccionamiento horizontal, que todavía no existía habilitación municipal en el régimen de la ley 10751, y que el «cotejo» del plano por la Intendencia se había realizado a los solos efectos de permitir «la inscripción de los primeros títulos de propiedad» de las unidades.

2. Aun cuando la interpretación del BHU de las normas antes citadas sea discutible y no se participe de ella, existen argumentos jurídicos de mayor peso que autorizan a sostener la validez y eficacia, al día de hoy, de todos los contratos otorgados.

En primer lugar, está el alcance del inciso 2.º del artículo 30 de la ley 10751, que establece que «no podrá autorizarse escritura alguna de traspaso de dominio o de hipoteca, sobre la propiedad de un departamento o piso de un edificio, ni podrá ser inscripta en los registros respectivos, sin que se haga expresa constancia de la declaración municipal que antecede», con lo que se hace referencia a la habilitación municipal del edificio en propiedad horizontal, tal como se deduce del inciso 1.º del mismo artículo.

De esta norma de carácter prohibitivo se deriva, en opinión de la doctrina mayoritaria, la nulidad absoluta de todo acto de enajenación o gravamen que refiera a una unidad de un edificio carente de habilitación municipal, si nos situamos dentro del régimen de la ley 10751 (puesto que existen otros regímenes posteriores que sí lo permiten).

Pero, precisamente, en el caso en examen lo otorgado no fue una escritura *traslativa* de dominio, sino una escritura *declarativa* de partición, en virtud de la cual la propiedad de las unidades no fue desplazada a un tercero, sino distribuida entre quienes ya eran sus propietarios, con el efecto adicional retroactivo propio de la partición, que supone considerar a los condóminos no adjudicatarios como si nunca hubieran tenido parte en el bien (artículo 1151 del Código Civil).

Por lo tanto, respecto de la escritura de partición en análisis, entendemos que no se aplica la norma prohibitiva antes mencionada, sino que, por el contrario, rige y debe aplicarse la norma general contenida en el artículo 1283 del Código Civil, que establece: «No sólo las cosas que existen pueden ser

objeto de los contratos, sino las que se espera que existan; pero es necesario que las unas y las otras estén determinadas en cuanto a su género».

En consecuencia, en opinión de la suscripta, la partición otorgada sobre las unidades de un edificio carente aún de habilitación municipal constituye un contrato válido pero con objeto futuro, cuya eficacia queda simplemente supeditada a que dicho objeto llegue a existir. En el caso concreto, esto ocurrió en el momento mismo en que se obtuvo la habilitación municipal del edificio en propiedad horizontal, y a partir de entonces automáticamente empezó a surtir sus efectos, con la retroactividad propia de la partición.

3. En cuanto al reglamento de copropiedad, cabe la misma apreciación anterior, salvo respecto de la cláusula de hipoteca recíproca, que puede ser considerada nula por contravenir la prohibición expresa de gravamen contenida en la precitada norma.

Sin embargo, en el caso en análisis dicha cláusula puede entenderse reotorgada por la escritura de modificación de reglamento de copropiedad de 1995, posterior a la habilitación del edificio en propiedad horizontal y modificativa, entre otros aspectos, del monto de la hipoteca recíproca.

Pero además, y fundamentalmente, no debe perderse de vista que el reglamento de copropiedad ni siquiera es un instrumento esencial dentro del régimen de la ley 10751, por lo que podría incluso faltar sin que ello afectase la validez ni la eficacia de los títulos de propiedad.

4. Aun quienes sostuvieran la nulidad absoluta de los actos otorgados con anterioridad a la habilitación municipal no podrían cuestionar la bondad de los títulos, porque a la fecha han transcurrido más de treinta años desde dicho otorgamiento y, por ende, ha caducado cualquier acción judicial de nulidad en su contra. No admiten ser impugnados.

Rige en tal sentido el artículo 1561 del Código Civil, que establece: «La nulidad absoluta […] no puede subsanarse por la ratificación de las partes ni por un lapso de tiempo que no pase de treinta años».

5. Finalmente, incluso si se entendiera que dichos actos adolecen del vicio máximo de inexistencia, cabría señalar, una vez más, que puede considerárselos reotorgados por virtud de las escrituras de modificación de reglamento y declaratoria de 1995.

6. En conclusión, sea cual fuere la postura que se adopte respecto de la existencia, validez y/o eficacia inicial de los contratos otorgados, no puede discutirse la bondad de los referidos títulos de propiedad en el presente, lo que hace innecesario proceder al reotorgamiento de cualquiera de dichos actos.

Relación de casos similares

1. Dice un informe de la Asociación de Escribanos:

> En el régimen de la ley 10751 la falta de habilitación municipal impide que el bien inmueble sea considerado bien presente. No es posible el otorgamiento de la compraventa, tanto voluntaria como forzadamente. Se requiere

> asimismo la existencia de plano de fraccionamiento inscripto y estar paga la Contribución Inmobiliaria.[64]

Las diferencias con el caso objeto de nuestra consulta son:

a. que el contrato en examen no era una partición, sino una compraventa, y
b. que al momento de dicha consulta aún no había sido otorgado, mientras que en nuestro caso han transcurrido más de treinta años desde su otorgamiento.

2. En otro informe se expresó:

> Una Partición otorgada antes del Reglamento de Copropiedad de un inmueble incorporado por la Ley 14261, es nula o inexistente ya que el inmueble no ingresó al estado de propiedad horizontal. [65]

Las diferencias con el caso objeto de nuestra consulta son:

a. que al momento de dicha consulta aún no habían transcurrido treinta años desde el otorgamiento del contrato viciado, y
b. que no había existido ningún acto posterior que pudiera interpretarse como un reotorgamiento del contrato viciado.

Informe de la Comisión de Derecho Civil

La habilitación, de acuerdo con el artículo 30, inciso 2, de la ley 10751, indica el momento preciso en que un edificio ingresa al régimen de propiedad horizontal. Como consecuencia, a partir de entonces se pueden otorgar documentos en condiciones de ser inscriptos en el Registro de la Propiedad Inmueble. Hasta ese momento, por imperio de la propia ley, no «podrá autorizarse ninguna escritura de traslación de dominio ni de hipoteca sobre la propiedad de un departamento, piso o edificio y no podrá ser inscripta […] en los Registros respectivos sin que se haga expresa constancia de la declaración municipal».

La ley 12358, de 3 de enero de 1957, modificó el artículo 29 de la ley 10751, el que quedó redactado de la siguiente forma:

> Artículo 29. La construcción y adquisición de inmuebles destinados a ser divididos en pisos o departamentos pertenecientes a distintos dueños, así como la adquisición aislada de uno o más departamentos o pisos de un edificio podrán ser facilitados por el Banco Hipotecario del Uruguay, mediante la concesión de préstamos en las condiciones generales establecidas en su Ley Orgánica, para los préstamos comunes y de construcciones, y en

64 Molla Camacho, Roque. Asociación de Escribanos del Uruguay. Comisión de Derecho Civil. «Propiedad horizontal». *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, jul.-dic. 1988, tomo 74, n.os 7-12, pp. 345-346.

65 Asociación de Escribanos del Uruguay. Comisión de Derecho Civil. «Partición». *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, ene.-jun. 1999, tomo 85, n.os 1-6, pp. 202-204.

> las diversas leyes especiales de vivienda. En los préstamos de construcción, los propietarios —aun los que no hubieran operado con el Banco y la empresa constructora— deberán obligarse conjunta y solidariamente a realizar sin interrupción alguna y dentro de los plazos que el Banco fije, la construcción hasta la habilitación definitiva. En caso de incumplimiento, el Banco tendrá opción para ejecutar el inmueble hipotecado, en un solo lote o fraccionado, por la totalidad de lo que se le adeuda por todos los préstamos concedidos, o para disponer la realización de las obras y trabajos necesarios para su terminación. Quedan afectadas a este fin las cuotas de construcción y los depósitos que el Banco exija en cada caso para concertar la operación, quedando facultada la Institución acreedora para disponer de ellos, sin autorización ni diligencia alguna a efecto de destinarlos al fin al que fueron afectados. Los contratos que hubiera vigentes con la empresa constructora incursa en mora, podrán ser administrativamente rescindidos por el Banco, que estará facultado para contratar la prosecución de las obras a nombre de los propietarios. Igualmente se entiende implícitamente incluida en las cesiones de cuotas que hubieran hecho los mutuarios, la cláusula resolutoria de las mismas por la mora de los propietarios o de la empresa, en la terminación de las obras dentro del plazo que fije el Banco. La mora se producirá de pleno derecho, por el solo vencimiento de los términos, sin necesidad de diligencia alguna.

A partir de la vigencia de esta disposición, el BHU quedó habilitado para conceder préstamos para la construcción y adquisición de inmuebles en régimen de propiedad horizontal, aun en ausencia de habilitación final. En uso de esta facultad, el Banco hipotecó las unidades basándose en planos proyectos de fraccionamiento horizontal.

Los escribanos Miranda y Curbelo Urroz distinguen entre el estado de la cosa en propiedad horizontal y el régimen de propiedad horizontal.

Para que el edificio «construido o a construirse» tenga aptitud para ser tratado dentro de las normas de la propiedad horizontal, debe reunir las exigencias de la ley. Los citados doctrinos consideran que el artículo 30 de la ley 10751 debe interpretarse en el sentido de que la declaración que realiza la autoridad municipal refiere al permiso de construcción y no a la habilitación final. Entienden que el inmueble podría haber accedido al estado horizontal aun en el caso de no enajenarse ninguna de las unidades. El estado horizontal nace para ellos a partir de la concesión del permiso de construcción con carácter provisional, y una vez que sobreviene la habilitación final la situación es definitiva.

De acuerdo con esta posición, no existiría la «prehorizontalidad». De haberse seguido esta posición, habrían resultado innecesarios el capítulo III de la ley 14261 y las leyes 16760 y 18795.

El artículo 34 de la ley 14261 siguió la posición contraria a la de Miranda y Curbelo Urroz, en el sentido de que es la habilitación final la que inaugura la propiedad horizontal.

El escribano Roque Molla, en oportunidad de dictar la conferencia «Financiación de instituciones del sistema financiero privado para la

construcción de edificios en régimen de propiedad horizontal, ley 16760», de 18 de setiembre de 1997, manifestó:

> La doctrina y jurisprudencia se ha volcado por entender que lo que marca el ingreso de un inmueble al estado de propiedad horizontal es la habilitación que otorgan las Intendencias. […] Esta posición tuvo en solitario, la opinión contraria de Miranda y Curbelo, a la que nosotros nos permitimos en su momento adherir, porque la lectura de la ley 10751 no era —y aquí me aparto de Curbelo y Miranda, sobre todo del último— tan lineal como para sostener enfáticamente, o unánimemente y sin temor a dudas, que era esa habilitación final, esto es, luego de terminado el edificio, la que permitía hablar de propiedad horizontal.

Miranda decía que es la concesión del permiso para construir un inmueble de acuerdo con la Ley de Propiedad Horizontal lo que marca el ingreso de este al estado de propiedad horizontal.

La posición del escribano Molla cambió desde la entrada en vigencia de la ley 14261, cuyo artículo 34 dispuso:

> Al solo efecto de tales préstamos de financiación y siempre que ellos sean acordados y la construcción fiscalizada por el Banco Hipotecario del Uruguay, se entenderá que existe propiedad horizontal.

Luego de promulgada la ley 14261, Miranda no varió su posición. Para él no era necesario el capítulo III de la ley 14261, porque el artículo 30 de la ley 10751 permitía lo que este capítulo traía como innovación.

Según Molla, la exigencia del plano proyecto de fraccionamiento horizontal inscripto y reglamento de copropiedad (capítulo III de la ley 14261 y ley 16760) brindan certeza en cuanto al objeto y a los poderes de actuación sobre las distintas áreas del inmueble, más comúnmente llamados *bienes propios* y *bienes comunes*.

En el caso objeto de análisis, es dable entender la actuación del Banco Hipotecario al tenor de lo dispuesto por el artículo 9 de la ley 12358, modificativo del artículo 29 de la ley 10751, al tratar al inmueble en construcción en régimen de propiedad horizontal.

Sin perjuicio de ello, la habilitación final del edificio fue concedida el 21 de setiembre de 1989 y con posterioridad a esa fecha se modificó el reglamento de copropiedad y se realizó una declaratoria fijando los derechos de propiedad de los distintos integrantes del condominio en las diversas unidades que componen el edificio.

La posterior obtención de la habilitación del edificio da por cerrado el ciclo, y el inmueble funciona en régimen de propiedad horizontal.

El otorgamiento de una modificación del reglamento de copropiedad y declaratoria con posterioridad a la habilitación no hace sino confirmar los actos anteriores, realizados sin la obtención de esta, fijando los derechos de los interesados sobre las unidades. Al tratarse la declaratoria de un negocio de fijación, referente a una anterior partición a la que retrotrae sus efectos, no hace sino confirmar los derechos de los copartientes. La

partición desde la que han transcurrido más de 30 años, por lo que ha operado la prescripción adquisitiva, hace inoperante y enerva cualquier pretensión de nulidad.

Esc. Rosario Marchese
Informante

Montevideo, 21 de abril de 2015. La Comisión de Derecho Civil, integrada por los escribanos María Jesús Almandoz, Silvana Beker, Américo Bianchi, Sandra Bochard, Jorge Carneiro, Daniella Cianciarulo, Stefania Della Mea, Gustavo Echavarría, Adriana Goldberg, Alicia González Bilche, Mariana González Bonaudi, Carlos Groisman, María Paola Igoa, Adriana Inciarte, Mónica Jover, María del Rosario Marchese, Maximiliano Mauri, Roque Molla, Laura Parnás, Adriana Pereyra, Margarita Puertollano, Diego Seré, Verónica Ubillos, Ma. Beatriz Vázquez, Jimena Viana y Juan Pablo Villar, aprueba el informe que antecede.

Escs. Roque Molla y Juan Pablo Villar
Coordinadores

Aprobado por la Comisión Directiva Nacional de la AEU el 12 de mayo de 2015. Expediente 654/2014.

COOPERATIVAS DE VIVIENDA. ADJUDICACIÓN DE BIENES. DISOLUCIÓN DE LA SOCIEDAD CONYUGAL. HEREDERO. SUCESIONES

Resumen

Adjudicación a quien no es socio por efecto de partición en la que no se le adjudicó, constituyendo pago de lo indebido. Falta de tradición en el documento, que de existir real deberá el escribano autorizante probar.

Informe: Cooperativo

Consulta

Hechos

Año 1970. Con fecha 21 de enero, la señora MDSP contrajo matrimonio con el señor JJLS.

Año 1986. De dicho matrimonio, el 26 de junio de 1986 nació la única hija, MLS.

Año 1990. Ante el Juzgado Letrado de Familia de … Turno, se tramitaron los autos caratulados «S, MD c / LS, JJ - Disolución y liquidación de sociedad conyugal». Por auto del 1.º de agosto se decretó la disolución y liquidación de la sociedad conyugal existente entre los esposos JJLS y MDSP. Se libró oficio al Registro General de Inhibiciones y se efectuaron las publicaciones en el *Diario Oficial* y en el diario *La Justicia Uruguaya.* El 8 de abril de 1991 la actuaria adjunta del referido juzgado expidió certificado de mandato judicial.

Año 1990. Con fecha 27 de diciembre, los esposos JJLS y MDSP otorgaron partición de los bienes habidos durante el matrimonio, los que estaban en indivisión. Entre ellos se encontraban «los derechos de socio en la cooperativa de vivienda I (unidad cooperativa de usuarios), debidamente constituida, registrada e inscripta, por la cual se aceptó el ingreso a la referida cooperativa del socio JJLS, a quien correspondió el derecho de uso y goce de la actual unidad de propiedad horizontal padrón …».

En la referida partición se incluyeron otros bienes y se expidió una hijuela para cada adjudicatario. A la señora MDSP se le adjudicaron y dieron en pago los derechos de socia en la cooperativa de viviendas I. Dicha hijuela no fue inscripta en virtud de que los derechos de socios de cooperativa no son actos registrables.

Año 1992. Escritura de *disolución parcial de cooperativa* y *adjudicación,* autorizada el 26 de junio, cuya primera copia fue inscripta en el Registro de Traslaciones de Dominio, celebrada entre la cooperativa de viviendas I y, entre otros, los cónyuges en únicas nupcias JJLS y MDSP. En virtud de haberse cumplido el objeto social, se procedió a la disolución parcial de la sociedad y a la adjudicación de las unidades de acuerdo con lo resuelto en las asambleas generales extraordinarias, controladas en el citado documento, y se adjudicó a los esposos JJLS y MDSP la unidad …1, todo conforme se describe en la citada escritura.

Por escritura del 26 de junio de 1992, cuya primera copia fue inscripta en el Registro de Hipotecas el 3 de julio de 1992, el Banco Hipotecario del Uruguay —en virtud del préstamo conferido oportunamente a la cooperativa I, y del cambio del régimen por el cual el referido préstamo hipotecario pasó a regirse por las disposiciones de la ley 10751, concordantes, decretos reglamentarios y disposiciones pertinentes del Banco, habiéndose acordado el cambio de régimen de la referida operación— configuró nuevo gravamen respecto al inmueble, entre otras la unidad …1, padrón ya referido, cuyos deudores eran los cónyuges JJLS y MDSP.

Año 2004. El señor JJLS falleció intestado en la ciudad de Montevideo el 15 de mayo, casado en únicas nupcias con MDSP, de la cual se encontraba separado judicialmente de bienes.

Año 2005. De la sucesión tramitada ante el Juzgado Letrado de Familia de … Turno, en autos caratulados «LS, JJ - Sucesión», se expidió certificado

de resultancias de autos el 19 de mayo, en el cual se incluyeron los únicos bienes que tenía el causante a su muerte, los cuales eran de naturaleza *propia*. No se incluyó el inmueble padrón …1 por cuanto se entendió que era propiedad de la señora MDSP, debido a la partición de bienes oportunamente celebrada. El referido certificado de resultancias de autos fue debidamente inscripto ante los registros correspondientes.

Por auto de 2 de mayo, se declaró herederas de JJLS a sus hijas MLS y MVLA, quienes aceptaron la herencia bajo beneficio de inventario.

En virtud de lo expuesto, se procura una solución al grave problema que causa la situación planteada de que un inmueble propiedad de la señora MDSP figure con una calidad que no tiene ante el Banco Hipotecario del Uruguay y en la información registral que se obtenga.

Informe de la Comisión de Derecho Cooperativo

Se puntualiza que se trata de una participación social en una cooperativa de vivienda de origen ganancial, que una vez disuelta la sociedad conyugal se le adjudica por partición a uno de los cónyuges y por error se adjudica a ambos la unidad. Fallecido quien no era titular, existe un eventual conflicto con los herederos.

Se trata de una cooperativa de vivienda originariamente de usuarios que, habiendo iniciado los trámites de transformación por imperio del decreto-ley 15501, derogado el mismo completo la misma dando cumplimiento a las exigencias de la ley 15853 y en especial de su artículo cuarto, resolvió en asamblea extraordinaria permanecer en régimen de cooperativa de vivienda de propietarios.

Habiéndose separado judicialmente de bienes los cónyuges titulares de la participación social en la asociación cooperativa —separación de fecha 1.º de agosto de 1992, debidamente publicada e inscripta, según asegura la consultante—, la participación en la asociación cooperativa cuya administración correspondió al marido durante la vigencia de la sociedad conyugal pasó a integrar la indivisión poscomunitaria.

El 27 de diciembre de 1990 se procedió en forma válida y eficaz a la partición de los bienes quedados a la disolución de la sociedad conyugal a la mujer en exclusividad. La participación social no se inscribió por no corresponder, conforme a la ley.

Por escritura de adjudicación del 26 de junio de 1992 (mal llamada «Disolución parcial de cooperativa de vivienda…»), se procedió a adjudicar unidades de propiedad horizontal a parte de los socios, en pago del crédito que les correspondía por su calidad de tales. En esta escritura se cometieron tres errores graves, a saber:

1. Se disolvió —aunque sea en forma parcial— la cooperativa, lo que no corresponde, ya que conforme a la ley se debe adjudicar en cumplimiento

del objeto social y no, como se hizo, en rescate de la participación social. El artículo 161 de la ley 13728, hoy derogado pero vigente a la fecha de la escritura de adjudicación, es muy claro al respecto en cuanto sostiene que los socios después de la adjudicación resolverán si la cooperativa continúa o no. Téngase presente que adjudicar vivienda no es el único objeto de este tipo de cooperativas.

Este error reiterado, aunque no por eso menos grave, proviene de confundir a las cooperativas de vivienda de propietarios con las sociedades civiles de propiedad horizontal, ya que estas últimas sí se deben disolver para luego adjudicar en etapa de liquidación, por así preverlo la ley que las regula. Por otra parte, de tal disolución no se controla la pertinente resolución de asamblea extraordinaria, como habría correspondido para ser tal, ni la obtención de las autorizaciones por contralores vigente en la época.

Esta comisión entiende que, por aplicación del principio de conservación del negocio jurídico previsto por el artículo 1300 del Código Civil, debe admitirse la validez y eficacia de la escritura en cuestión, sin perjuicio de lo que se dirá con respecto a la tradición en lo que sigue, y por tanto las mismas en cuanto acierto y determinación final de la obligación de adjudicar la unidad de propiedad horizontal por la cooperativa al socio.

2. Falta la tradición. Todo socio de una cooperativa de vivienda, entre los derechos que le corresponden, tiene un crédito contra la cooperativa a que le sea adjudicada una vivienda del número de dormitorios previamente acordado y sobre cuya base se determina su participación en la integración de capital. En las de entrega inmediata, a las que se asimila la del caso de marras, corresponde la transferencia dominial una vez habilitadas, con el nacimiento de la propiedad horizontal. En la escritura de adjudicación —acto cooperativo que se realiza en cumplimiento del objeto social—, se da cumplimiento a obligaciones que emergen de la ley y del estatuto, y por tanto solo se determina la unidad y se hace tradición.

Por tanto, siendo un negocio de cumplimiento, una paga la parte medular de la escritura es el negocio jurídico tradición. Este requiere necesariamente consentimiento de ambas partes para su perfeccionamiento, lo que en el caso no se produce porque en la cláusula cuarta solo se manifiestan los adjudicatarios, sin que exista declaración alguna de la cooperativa. Parecería que se quiso establecer la tradición del artículo 766 del Código Civil (tradición por mero consentimiento o *brevi manus*), pero no fue bien formulada, además de que le falta el consentimiento de la cooperativa. Esta cláusula expresa: «Cuarto: Los comparecientes aceptan la adjudicación efectuada en la cláusula anterior y se confirman recíprocamente en señal de tradición en la posesión que ya tienen tomada de las unidades de referencia».

Los socios de las cooperativas ocupan las viviendas en calidad de usuarios, derecho semejante al del arrendatario, pero en ningún caso tienen posesión, la que corresponde a la cooperativa. Por tanto, la expresión de

que «ya [la] tienen tomada» es un error técnico-jurídico que se aprovecha a aclarar por ser muy comúnmente cometido. Este artículo 766 del Código Civil refiere a la situación de estar el bien en poder del adquirente por cualquier título no traslativo de dominio y, por consentimiento dado por el enajenante, transformar esa tenencia en posesión.

No obstante, lo grave es la falta de consentimiento de la cooperativa enajenante. La cláusula parece de una partición, interpretación inaceptable estando vigente a esa fecha la ley 16060 y en especial el hoy derogado artículo 515, que hacía aplicables las normas de la Ley de Sociedades a las cooperativas, ley que se pronunció por considerar enajenación y no partición el rescate de acciones o participaciones sociales. Sin duda, conforme a lo expresado, de la escritura relacionada no surge tradición, lo que no quiere decir que no la haya habido, ya que seguramente existió tradición real. La existencia de tal tradición ha de ser probada, en especial por ser negocio jurídico, con consentimiento de partes. Puede solucionarse por certificado notarial que acredite tales extremos si al escribano actuante le consta fehacientemente el perfeccionamiento de tal negocio de tradición real.

3. El problema quizás más grave, si es que se prueba que hubo tradición real, es que se adjudicó a ambos cónyuges, cuando la titularidad del crédito correspondía en calidad de propio a uno solo de ellos, por habérsele adjudicado en la partición en forma exclusiva.[66]

Esta situación de pago de lo indebido, conforme al artículo 1312 del Código Civil, en lo que refiere a la mitad indivisa trasmitida al marido que ya no era titular de la participación social, se complica aún más con el fallecimiento de este y la existencia de dos hijas, y por tanto herederas legitimarias, una común del matrimonio y otra natural solo del fallecido.

De acuerdo a la ley, la señora titular del 100 % de la participación social en forma exclusiva podrá reclamar de la cooperativa el 50 % indiviso que no se le trasmitió, y la cooperativa podrá actuar en consecuencia conforme a los artículos 1312, 1314, 1315 y 1316 del Código Civil, demandando a las herederas a efectos de repetir lo pagado indebidamente. Sin duda, la cooperativa no ha culminado la liquidación por quedar por lo menos en su patrimonio el crédito y la deuda antes relacionados, y quizás ni siquiera esté disuelta, por ser error de derecho el expresado en la escritura de adjudicación.

Podrá también la titular del crédito solicitar al juez subrogar a la cooperativa de conformidad con el artículo 1295 del Código Civil, ser autorizada por este a sustituir a la cooperativa y accionar en lugar de ella contra las herederas de quien recibió el pago indebido la repetición pertinente, para

66 Llama también la atención que en ninguna parte de la escritura se haga referencia a la separación judicial de bienes operada —la que, según indica la consultante, se había inscripto—, ya que en situación de no haber operado esta habría correspondido adjudicar solo al socio de la cooperativa y no a su cónyuge, pero si realmente existía la separación de bienes y la partición con la adjudicación al otro cónyuge, lo planteado en la escritura está aún más lejos de la realidad jurídica.

luego exigir de esta el pago de las cuotas a las que tiene derecho y que no se le ha cumplido.

Conclusiones

La disolución referida en la escritura de adjudicación no corresponde a derecho.

La tradición no surge de la escritura, por lo que la existencia de tradición real ha de ser probada. Si esto no es posible, se deberá otorgar hoy la tradición a todos los adjudicatarios, en cuyo caso debe tenerse presente que la traslación dominial se producirá en la actualidad y por tanto habrá de atenderse a la posible existencia de embargos a la cooperativa. Si alguno de los adjudicatarios, dado tal supuesto, hubiese enajenado su unidad, deberá la cooperativa ratificar la venta de cosa ajena para subsanar.

En lo que respecta al pago de lo indebido, corresponde accionar contra las herederas de quien lo recibió en la forma antes referida si estas, en conocimiento de lo sucedido, no reconocen el derecho de la cónyuge única titular de la participación social en la asociación cooperativa y no trasmiten voluntariamente las cuotas de dominio en la unidad de propiedad horizontal que indebidamente se encuentran en su patrimonio.

Esc. Jorge Machado
Informante

Montevideo, 24 de abril de 2015. Reunida la Comisión de Derecho Cooperativo con la presencia de los escribanos Silvana Bertoni, Lorena Sánchez, María de los Milagros Gómez, Jorge Machado, Graciela Fernández Parada, Annaly Grande y Wanda Baldassari, aprueba por unanimidad el informe que antecede.

Escs. Jorge Machado
y Graciela Fernández Parada
Coordinadores

Aprobado por la Comisión Directiva Nacional de la AEU el 12 de mayo de 2015. Expediente 786/2015.

HIPOTECA. NULIDAD ABSOLUTA. EMBARGO. CADUCIDAD. COMPRAVENTA JUDICIAL. DERECHO DE PREFERENCIA. ACREEDOR. PUBLICIDAD REGISTRAL

Resumen

El contrato de hipoteca con plazo. El contrato de hipoteca con relación al cumplimiento de los requisitos establecidos en el Código Civil atinentes a la accesoriedad y a la especialidad. La preferencia de los acreedores del causante y los acreedores de los herederos en los bienes de la herencia. La caducidad del embargo que motiva la ejecución después del remate y antes del otorgamiento de la escritura judicial.

Informes: Civil y procesal

Consulta

Relación de hechos

Año 1982. El 21 de octubre, los cónyuges DA y EG hubieron el padrón …/003.

Año 1988. El 15 de enero falleció EG.

Año 1996. El 4 de julio, DA y DRCC suscribieron un vale a favor del señor RC por USD 6.000, pagadero en 60 cuotas mensuales, iguales y consecutivas de USD 100 cada una, la primera de las cuales vencía el 4 de agosto de 1996 y la última el 4 de julio de 2001.

Año 1996. Por escritura del 5 de julio, RC otorgó un crédito hipotecario a favor de los señores DA y DRCC, en cuya cláusula primera se dispone: «DA y DRCC son deudores del señor RC, según así resulta de documentos firmados con anterioridad, por la cantidad y condiciones que en estos se determinan», y en cuya cláusula tercera se conviene: «Esta hipoteca se otorga hasta el día cinco de julio de dos mil uno, y por un monto de seis mil dólares estadounidenses». La hipoteca se constituyó sobre la mitad indivisa del padrón …/003.

Año 2000. El 6 de mayo falleció el deudor DA, y el 20 de octubre de 2000 el acreedor RC inició acción ejecutiva cambiaria contra DA, por el saldo adeudado a ese momento, de USD 4.700.

Año 2001. El 16 de febrero se trabó el embargo general de derechos y acciones sobre DA, y el 9 de agosto de 2001 se trabó embargo específico sobre el padrón …/003.

Años 2003-2004. El 23 de diciembre de 2003, RC solicitó a la sede judicial se ratificaran en todos sus términos los actos procesales en cuestión, y el 20 de febrero de 2004 el juez hizo lugar a dicha solicitud. El 13 de octubre de 2004 se dispuso el tracto procesal a seguir y se ordenó que dichos obra-

dos pasaran a la Oficina Actuaria a los efectos de proceder de conformidad con el artículo 386.4 del Código General del Proceso.

Año 2006. Por resolución del 17 de mayo se ofició la reinscripción del embargo específico, la que se verificó en el Registro respectivo el 16 de junio.

Año 2010. El 15 de diciembre tuvo lugar el remate.

Año 2011. El 16 de junio caducó la inscripción del embargo específico que dio lugar a la ejecución, y el 22 de diciembre de 2011 se otorgó la compraventa judicial.

La Oficina Actuaria consulta

1. Sobre la vigencia de la hipoteca en atención a la cláusula tercera de dicho contrato.

2. Sobre el contenido de la hipoteca respecto al cumplimiento de los requisitos establecidos en el Código Civil atinentes a la accesoriedad de dicho contrato, y si puede considerarse que en ella se encuentra determinada la obligación garantizada, o si los títulos valores que se presenten a esta ejecución se encuentran garantizados por la hipoteca de referencia.

3. Sobre la preferencia o no de los acreedores del fallecido titular del bien frente a los acreedores de los sucesores, teniendo en cuenta que no se tramitó la sucesión de aquel.

4. Sobre la problemática planteada del ejecutante en cuanto a que el embargo caducó antes del otorgamiento de la escritura.

Informe de la Comisión de Derecho Civil

Consideraciones previas

Respecto a la validez del contrato de hipoteca con plazo nos remitimos a lo dispuesto por el artículo 2326, inciso 1.º, del Código Civil, que establece que la hipoteca podrá otorgarse bajo condición y desde o hasta cierto día, y a lo dispuesto por el artículo 2347, inciso 2.º, del Código Civil, que dispone que la hipoteca se extingue, entre otros motivos, por la llegada del día hasta el cual fue constituida.

Principios esenciales de la hipoteca: la accesoriedad y la especialidad[67]

La accesoriedad como principio esencial de la hipoteca deriva de su función de garantía de la satisfacción de un crédito. La definición legal de la

67 Gamarra, Jorge; Caumont, Arturo; Molla Camacho, Roque; Cores, Carlos de; Mariño López, Andrés; Caffera, Gerardo. *Tratado de derecho civil uruguayo*. 4.ª ed. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2003. Tomo 2, vol. 2.

hipoteca dada por el artículo 2322 del Código Civil olvida este carácter esencial, y lo hace solo en cuanto a su naturaleza como derecho real. No obstante, el artículo 2334, en su inciso 2.º, alude a la función de garantía del contrato de hipoteca, al exigir para su inscripción la determinación de la fecha y la naturaleza del contrato al cual accede. La existencia de un crédito, cuya satisfacción la hipoteca tiende a asegurar, es un elemento constitutivo de esta (o requisito de validez), que debe colocarse en el mismo plano del título (contrato de hipoteca en escritura púbica), el objeto idóneo (bien inmueble, de regla) y la publicidad (inscripción en el Registro). La ausencia de cualquiera de estos elementos impide que el derecho real de hipoteca pueda nacer (perfeccionarse) y determina la nulidad absoluta o inexistencia del contrato.

La especialidad como principio esencial de la hipoteca está consagrada en el citado artículo 2334 del Código Civil, y tiene por finalidad prohibir las llamadas *hipotecas generales* u *ocultas*. Dicho artículo refiere a la especialidad de la hipoteca en cuanto a su objeto en el numeral 3.º, donde dispone que debe contener la situación de la finca hipotecada y de sus linderos, y al crédito que garantiza en sus numerales 2.º y 4.º, donde dispone que la hipoteca debe contener la fecha y la naturaleza del contrato a que accede y la suma determinada a que se extiende.

Preferencia o no de los acreedores del titular del bien fallecido frente a los acreedores de los sucesores

El artículo 766 del Código Civil señala que la sucesión o herencia, modo universal de adquirir, es la acción de suceder al difunto y representarlo en todos sus derechos y obligaciones que no se extinguen por la muerte, y el artículo 777 del Código Civil establece que la palabra *herencia* puede significar también la masa de bienes y derechos que deja una persona después de su muerte, deducidas las cargas.

Así pues, la herencia, aceptada pura y simplemente (artículo 1069 del Código Civil), es el conjunto de relaciones activas y pasivas que se trasmiten por causa de muerte, por el fallecimiento del causante a sus herederos, las que a efectos de su trasmisión y para determinados fines —como la petición de herencia y la cesión de derechos hereditarios— son consideradas unitariamente, perdiendo su autonomía. Las relaciones jurídicas de los acreedores del causante y de los acreedores del heredero, con aceptación pura y simple de la herencia, se confunden en el patrimonio del heredero. Para determinar la preferencia de unos o de otros hay que estar a lo dispuesto por el artículo 59 de la ley 16871, que establece que la prioridad entre dos o más inscripciones registrales está dada por la fecha y la hora de presentación de los actos, negocios jurídicos y decisiones judiciales y administrativas en el Registro competente.

El hecho de que la sucesión del causante no se haya tramitado es irrelevante a los efectos de determinar la preferencia de los acreedores del causante y los del heredero en los bienes de la herencia.

Caducidad del embargo con anterioridad al otorgamiento de la escritura judicial

La caducidad del embargo antes del otorgamiento de la escritura judicial tendrá diferentes efectos según estemos frente a una ejecución hipotecaria o a un juicio ejecutivo común o cambiario.

Si la ejecución fuera hipotecaria, el acreedor preferente se verá protegido por el derecho real de hipoteca desde la fecha y hora de la presentación de la escritura de hipoteca en el Registro competente, a menos que dicha publicidad hubiera cesado o caducado por el transcurso del plazo de 30 años —excepto en las hipotecas con el BHU, que nunca caducan—, y gozará del derecho de privilegio para el cobro de su crédito frente a los demás acreedores, aun si el embargo hubiera caducado antes de la escritura judicial.

Si el juicio fuera ejecutivo común o cambiario, el acreedor sí se verá afectado por la caducidad del embargo con anterioridad a la escritura judicial. El artículo 389.3 del CGP reza:

> 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. El embargo o interdicción subsistirán sobre el precio de la enajenación.

Es decir, si bien se levanta el embargo sobre el bien rematado, se mantiene sobre el precio obtenido en el remate, y sobre ese precio acudirán los distintos acreedores, en el orden de sus respectivas inscripciones. En lo que respecta a la preferencia entre los acreedores embargantes en cuanto al cobro, es de aplicación el artículo 380 CGP, numerales 1 y 7: cobrarán en el orden de preferencia que tienen. La única fecha cierta y que marca de modo definitivo el grado de cada uno de los acreedores es el levantamiento oficioso de los embargos e interdicciones, porque desde ese momento afectarán el precio, y no puede afectar el precio aquel embargo que al levantamiento no se hallaba vigente, razonamiento aplicable cualquiera sea su rango. Dicho embargo subsistirá en el precio de la enajenación, pero no afectará el bien en cuestión, y ello sin importar si el embargo que dio origen a la ejecución realizada se hallaba vigente o no a la fecha de la escrituración judicial, ya que la única consecuencia de su no reinscripción será, para el acreedor ejecutante, la pérdida de su derecho de preferencia al momento del cobro de su crédito frente a los restantes acreedores.[68]

68 Giuliano Giuliano, Rosa. Asociación de Escribanos del Uruguay. Comisión de Derecho Civil. «Embargo». *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, ene.-dic. 2013, tomo 99, pp. 234-244.

Conclusiones

La hipoteca del 5 de julio de 1996 es absolutamente nula o inexistente por no cumplir con los principios de accesoriedad y especialidad exigidos por nuestro ordenamiento jurídico para que pueda nacer, debido a que en ella no se relacionan la suma determinada a que se extiende ni la fecha y la naturaleza del contrato al cual accede. Si hubiera sido válida, se habría extinguido por la llegada del día hasta el cual fue constituida.

En consecuencia, al carecer el acreedor ejecutante del derecho de preferencia que le concedería la hipoteca y su respectiva inscripción, pierde su privilegio al cobro de su crédito frente a los demás acreedores con inscripciones vigentes en el momento de la escritura judicial.

Los acreedores del causante y los acreedores de los herederos deberán estar, para el cobro de sus créditos, a la prioridad que les conceden sus respectivas inscripciones registrales.

Escs. Jimena Viana y Rossana Ivanier
Informantes

Montevideo, 12 de mayo de 2015. La Comisión de Derecho Civil, integrada por los escribanos Federico Albín, Américo Bianchi, Sandra Bochard, María del Carmen Cabrera, Alicia Cancela, Jorge Carneiro, María Inés Casatroja, Daniella Cianciarulo, Gabriela Di Matteo, Adriana Goldberg, Mariana González Bonaudi, Carlos Groisman, María Paola Igoa, Adriana Inciarte, Rossana Ivanier, Mónica Jover, Elizabeth Kalemkerian, Joaquina Machado, María del Rosario Marchese, María Paula Marchese, Maximiliano Mauri, Roque Molla, Javier Parga, Margarita Puertollano, Ana Lucía Realini, María Ritacco, Mildred Secondo, Diego Seré, Adriana Silva, Verónica Ubillos, María Beatriz Vázquez, Jimena Viana y Juan Pablo Villar, aprueba el informe que antecede.

Esc. Roque Molla y Juan Pablo Villar
Coordinadores

Informe de la Comisión de Técnica Notarial Procesal

El artículo 389.1 del Código General del Proceso reza: «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».

El artículo 389.2 establece: «El embargo o interdicción subsistirá sobre el precio de la enajenación, deducidos todos los gastos del proceso, incluidos los del remate, costas y costos. […]».

De lo expuesto resulta que debemos tener presente la vigencia de la inscripción de los embargos para proceder a su levantamiento en forma simultánea o posteriormente a la escrituración. Será ese momento el que fijará la prelación de los embargos.

En la trascendencia del certificado del Registro se basaba la obligatoriedad de la protocolización dispuesta por el artículo 44 de la ley 10793.

Estamos ante un tema discutible, ya que los litigantes olvidaron reinscribir los embargos y pretenden presentarse al cobro con una prelación caduca. El momento eje es cuando se procede a la escrituración del bien, pero deberá cumplirse con el levantamiento de los embargos e interdicciones cuando quede firme la providencia que lo disponga, la que podrá cumplirse siempre y cuando se encuentren agregados a los autos los correspondientes certificados registrales. Sería ese el momento en que el embargo subsistirá en el precio de la enajenación, como indica el Código.

Se sustituye una inscripción registral por un embargo en dinero. Para poder realizar esa sustitución la inscripción debe estar vigente.

Hay quienes entienden que el precio queda fijado en el momento del remate y para poder cobrar alcanzaría con que el embargo estuviera vigente en ese momento. Esto nos crea una inseguridad, por cuanto el hecho de que se haya realizado el remate no implica necesariamente el otorgamiento de la venta y menos la integración del precio. Tampoco garantiza el hecho de que se encuentre aprobado el remate. Recién se podrá disponer del precio cuando se escritura y otorga carta de pago.

Si la caducidad del embargo se produce en el lapso transcurrido entre la escritura y el levantamiento de los embargos, deberá tenerse presente igualmente a los efectos de la prelación, por haber estado vigente en el momento de la escrituración.

El acreedor ejecutante perdió su privilegio por no haber reinscrito el embargo, pero no dejó de ser acreedor. Hoy debe solicitar la traba de embargo sobre el remanente y, una vez deducidos los gastos del remate, costas y costos, y de acuerdo con los certificados registrales, si no hay acreedores privilegiados, se librará la orden de pago.

Los posibles herederos se emplazaron por edictos, y al no haber comparecido nadie se les nombró defensor de oficio.

Tampoco el hijastro del demandado que presentó escrito manifestó si conocía la existencia de herederos. En consecuencia, no sabemos si hay acreedores de estos, por lo que, si aparecieran en algún momento, tendrán las acciones pertinentes para accionar.

También se deben proteger los derechos de los acreedores al cobro de lo adeudado, por lo que, una vez que se acredite que no existen otros acreedores privilegiados, se podrá librar orden de pago.

Esc. Mariela Decaro
Informante

Montevideo, 20 de mayo de 2015. Aprobado por la Comisión por los escribanos presentes: Mariela Decaro, Sylvia Garmendia, Claudia Fernández Echeverry y Martín Sosa Valerio.

Esc. Mariela Decaro
Coordinadora alterna

Aprobados por la Comisión Directiva Nacional de la AEU el 2 de junio de 2015. Expediente 114/2013.

ASOCIACIÓN CIVIL. EMBARGO. PUBLICIDAD REGISTRAL. REMATE JUDICIAL. COMPRAVENTA JUDICIAL

Informe: Civil y registral

Resumen

La resolución del Ministerio de Educación y Cultura que revoca la personería jurídica de la asociación civil es inidónea para operar per se *la traslación del dominio de los bienes sociales a favor del beneficiario designado en el estatuto social. Es necesario que el liquidador designado al efecto, en representación de la asociación civil en liquidación, otorgue la transferencia de la propiedad.*

La prioridad de un embargo está dada por la fecha de su inscripción.

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 (artículo 57 de la Ley de Registros).

Consulta

Hechos

Año 1929. Compraventa. Titular dominial: S, asociación civil sin fines de lucro.

Año 2003. AS ocupa el bien, en estado de abandono. Efectúa construcciones.

Año 2006. En noviembre la IMM inicia juicio ejecutivo por cobro de impuesto de contribución inmobiliaria. Con fecha 15 de noviembre se decreta el embargo específico sobre el bien.

Año 2007. El 30 de abril se inscribe el embargo específico en el Registro de la Propiedad Inmueble.

Año 2011. El 29 de noviembre se efectúa la cancelación de la personería jurídica de la asociación civil, la cual se inscribe en el Registro de Personas Jurídicas el 11 de enero de 2012.

Año 2012. El 30 de abril caduca la inscripción registral del embargo específico. El 3 de mayo se decreta nuevo embargo y se inscribe con fecha 23 de mayo.

Año 2013. El 4 de febrero se decreta la subasta. El 19 de marzo AS (ocupante) presenta incidente de nulidad, denunciando que el bien es estatal. No se hace lugar. El 20 de marzo se reconoce judicialmente la calidad del Ministerio de Educación y Cultura - Ministerio de Turismo y Deporte como sucesor de la asociación civil demandada. El 21 de marzo se remata el bien.

Consulta

Se consulta sobre la validez del remate y, por consiguiente, de la compraventa judicial del bien, con base en la vigencia del embargo específico de 2012 como reinscripción del efectuado en 2007, y el hecho de que el Estado, a través del Ministerio de Turismo y Deporte, es el sucesor de la asociación civil cuya personería jurídica fue cancelada.

Dado que los bienes del Estado son inembargables, se pregunta si correspondía la continuidad del proceso judicial y, en particular, que haya sido objeto de ejecución judicial por cobro de impuestos.

La consulta es, en definitiva, si la compraventa judicial adolece de nulidad.

Opinión de la consultante

A juicio de la consultante, el remate efectuado y, por consiguiente, la compraventa judicial son absolutamente nulos por tratarse de un bien estatal. El Estado no puede estar sujeto a medidas de ejecución en sus bienes para el cumplimiento de deudas. En este caso, al ser el Estado sucesor de una asociación civil que mantenía deuda por contribución inmobiliaria, podría la Intendencia utilizar la vía establecida en el artículo 400 del CGP y cobrar su crédito sin necesidad de rematar bien.

La consultante no ha encontrado casos de igual tenor a estudio del Instituto de Investigación y Técnica Notarial. En cuanto a la vigencia de la inscripción registral de embargos, debe aplicarse el artículo 86 de la ley 16462, el cual establece que el plazo de las reinscripciones se computará desde el día siguiente al del vencimiento del plazo original o de las sucesivas prórrogas que corrieran.

Dado que los embargos caducan a los cinco años de efectuados, salvo que se solicite reinscripción, y no pueden reinscribirse por un plazo mayor de 30 años desde la inscripción primitiva, se entiende que, habiéndose

presentado la reinscripción el 23 de mayo de 2012 (fuera del plazo de cinco años de la inscripción original, que vencía el 30 de abril de 2012), se trataría de nueva inscripción, y por ende el bien ya se encontraba en la esfera estatal, con las consecuencias ya expuestas.

Informe de la Comisión de Derecho Civil

1. En Uruguay, las asociaciones civiles y fundaciones carecieron de legislación que las regulara, salvo lo dispuesto por el artículo 21 del Código Civil, en el cual Narvaja, afiliándose a la teoría de la ficción, estableció: «Se consideran personas jurídicas y por consiguiente capaces de derechos y obligaciones civiles, el Estado, el Fisco, el Municipio, la Iglesia y las corporaciones, establecimientos y asociaciones reconocidas por la autoridad pública». Asimismo, el artículo 37 de dicho Código refiere al domicilio de las asociaciones reconocidas por la autoridad pública, y el 835, numeral 2.º, establece que son incapaces para adquirir por testamento las asociaciones o corporaciones no permitidas por las leyes (artículo 21, inciso 2.º).

2. Sabido es que toda asociación civil requiere para su existencia una pluralidad de personas, la ausencia total de ánimo de lucro de sus integrantes y, necesariamente, ser «reconocida por la autoridad pública»; esto es, un acto jurídico de la autoridad administrativa por el cual le reconoce su «personalidad» jurídica y en consecuencia le confiere la aptitud de ser sujeto de derechos y obligaciones.

3. Recién en 1980 se sancionó el decreto-ley 15089, el cual, si bien no aporta mayormente en cuanto a la regulación de las asociaciones civiles en sí mismas, dispone que corresponde al Ministerio de Educación y Cultura ejercer la «policía administrativa» de las asociaciones civiles y fundaciones, y, en consecuencia, controlará su creación, su funcionamiento y su disolución y liquidación. Asimismo, regula las sanciones a aplicar cuando estas asociaciones incurran en infracciones y la facultad de disponer la intervención como medida cautelar.

4. En el caso en consulta, la asociación civil S obtuvo el reconocimiento de su personería jurídica y la aprobación de sus estatutos por resolución del Ministerio de Justicia e Instrucción Pública del 26 de julio de 1915, la cual fue revocada por el Ministerio de Educación y Cultura por resolución del 29 de noviembre de 2011. En dicha resolución el Ministerio también designó liquidador de la asociación civil S a la escribana AT, a efectos de determinar el destino de los bienes.

5. Corresponde entonces delimitar el alcance y el efecto jurídico de esta resolución revocatoria del Ministerio de Educación y Cultura.

Va de suyo que la asociación, luego de la resolución revocatoria, no puede ser más un centro de imputación como el referido en el numeral 2 de este informe; por lo tanto, se extingue como tal. En consecuencia, no puede continuar desarrollando su objeto social en forma normal, como lo venía haciendo, y solo se considerará existente a los efectos de su liquidación.

En la resolución revocatoria de la personería jurídica, el Ministerio de Educación y Cultura procedió a nombrar el liquidador, quien como representante de la asociación en liquidación efectuará los actos necesarios para la realización del activo y la cancelación del pasivo, y finalmente dará cumplimiento a lo establecido en el estatuto social en cuanto al destino de los bienes sociales. En el caso en consulta, el artículo 83 del estatuto de la asociación previó que los bienes «[…] sin excepción alguna, se destinarán para la Comisión Nacional de Educación Física» (hoy Ministerio de Turismo y Deporte), lo cual también fue recogido y tenido en cuenta en la resolución ministerial pluricitada.

6. Esta comisión ya se ha expedido respecto de la forma en que deberá realizarse esa transferencia de la propiedad,[69] al establecer que «en nuestro ordenamiento la sucesión a título universal por acto entre vivos no encuentra apoyo legal». Siguiendo a Pérez Fontana,[70] sostuvo:

> […] en nuestro derecho es inadmisible la sucesión universal entre personas jurídicas, por lo que, en el caso de fusión de sociedades, la trasmisión de los patrimonios debe hacerse siempre en base a un título que es el contrato de fusión y el modo de adquirir será siempre la tradición. Y esta transferencia deberá hacerse teniendo en cuenta las formas establecidas por la ley, por ejemplo, para los bienes inmuebles, escritura pública e inscripción en el Registro de Traslaciones de Dominio [hoy de la Propiedad Inmueble].

No obstante ello, con el advenimiento de la ley 16060, a texto expreso se previó la fusión de sociedades comerciales y la trasmisión de sus patrimonios a título universal (artículos 115 y siguientes, en especial artículo 122).

7. Conforme a lo expuesto, en el caso planteado corresponde al liquidador designado por el Ministerio de Educación y Cultura proceder a la transferencia de la propiedad de todos los bienes a favor del Ministerio de Turismo y Deporte, mediante un título hábil para transferir el dominio y modo tradición.

8. Así arribamos a la primera conclusión respecto de uno de los cuestionamientos de la consultante, cuando afirma que «[…] el Estado, a través del Ministerio de Turismo y Deporte, es el sucesor de la asociación civil cuya personería jurídica fue cancelada».

La resolución del Ministerio de Educación y Cultura que revoca la personería jurídica de la asociación civil produjo —como se dijo— la extinción de la personalidad jurídica de esta y es inidónea para operar *per se* la traslación del dominio de los bienes sociales a favor del beneficiario designado en el estatuto social. Para ello es necesario que el liquidador designado, en representación de la asociación civil S en liquidación, realice la transferencia del dominio de dichos bienes, siendo el título el estatuto

69 Asociación de Escribanos del Uruguay. Comisión de Derecho Civil. «Sucesión a título universal por acto entre vivos». *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, ene.-jun. 1992, tomo 78, n.os 1-6, p. 111.

70 Pérez Fontana, Sagunto. *Fusión de sociedades*. Montevideo: Letras, 1970, pp. 89 y ss.

de la asociación civil y el modo tradición. En definitiva, el padrón aún continuaba en el patrimonio de la asociación civil S en liquidación a la fecha del remate realizado.

9. El embargo específico trabado con fecha 23 de mayo de 2012 (luego de haber caducado la inscripción original del 30 de abril de 2012) no genera ningún tipo de duda en cuanto a que se trata de una nueva inscripción y no de una reinscripción, como bien lo apunta la consultante, y no surge de la documentación agregada o del expediente de ejecución ningún indicio de que hubiese sido tratado como reinscripción, lo cual habría sido un error.

10. Lo que no compartimos con la consultante y consideramos el principal yerro del planteo es la afirmación de que el bien inmueble en cuestión «ya se encontraba en la esfera estatal» (léase, ya era propiedad del Estado) cuando se produjo la nueva inscripción del embargo genérico. De ahí deviene la errónea conclusión de que el remate es absolutamente nulo y también la compraventa otorgada a favor del mejor postor.

11. En lo que hace al trámite judicial por el cual se llevó a remate el padrón —considerando la documentación aportada por la consultante—, no se percibe nulidad alguna, así como tampoco respecto de la escrituración judicial otorgada el 10 de junio de 2014 a favor de la señora V, en que fueron debidamente emplazados el Ministerio de Turismo y Deporte y el Ministerio de Educación y Cultura.

Conclusiones

Conforme lo expuesto, se concluye:

1. La resolución del Ministerio de Educación y Cultura que revoca la personería jurídica de la asociación civil provoca la extinción de esta, y solo se considerará existente a los efectos de su liquidación.
2. Dicha resolución es inidónea para operar *per se* la traslación del dominio de los bienes sociales a favor del beneficiario designado en el estatuto social. Para ello es necesario que el liquidador designado al efecto, en representación de la asociación civil en liquidación, otorgue la transferencia del dominio.
3. El padrón aún continuaba en el patrimonio de la asociación civil en liquidación a la fecha de la nueva inscripción del embargo específico y, por ende, a la fecha del remate realizado.
4. No se advierte nulidad alguna, por cuanto fueron debidamente emplazados el Ministerio de Turismo y Deporte y el Ministerio de Educación y Cultura. El remate referido fue realizado correctamente y también la escritura judicial otorgada a favor de la mejor postora, señora V.

Esc. Gustavo Echavarría Trabadelo
Informante

Montevideo, 26 de mayo de 2015. La Comisión de Derecho Civil, integrada por los escribanos Alicia Cancela, Jorge Carneiro, María Inés Casatroja,

Daniella Cianciarulo, Stefania Della Mea, Gustavo Echavarría, Adriana Goldberg, Carlos Groisman, María Paola Igoa, José Pedro Illia, Mónica Jover, Maximiliano Mauri, Roque Molla, María Alejandra Portillo, Margarita Puertollano, Virginia Rodríguez Zabala, Estela Sarachu, Diego Seré, Adriana Silva, Mariella Spagnolo, Gonzalo Trobo, Verónica Ubillos, María Beatriz Vázquez y Juan Pablo Villar, aprueba el informe que antecede elaborado por el escribano Gustavo Echavarría.

Escs. Roque Molla y Juan Pablo Villar
Coordinadores

Informe de la Comisión de Derecho Registral

Nos referiremos a los aspectos registrales planteados:

- Embargo específico inscripto en el Registro de la Propiedad, Sección Inmobiliaria, el 30 de abril de 2007.
- Embargo específico inscripto en el Registro de la Propiedad, Sección Inmobiliaria, el 23 de mayo de 2012.
- Compraventa judicial autorizada el 10 de junio de 2014, por la cual S vende a la señora V el bien de referencia, inscripta la primera copia en el Registro de la Propiedad el 23 de junio de 2014.

1. El embargo específico inscripto en el Registro de la Propiedad el 30 de abril de 2007 no surge del certificado agregado, debido justamente a que caducó.

2. El embargo específico inscripto en el Registro de la Propiedad el 23 de mayo de 2012 fue inscripto nuevamente como resultado del mismo expediente judicial relacionado en el punto 1.

En ninguna instancia refiere el certificado registral que esta sea una reinscripción del embargo anterior, como menciona la consultante, sino que es una nueva inscripción.

La Ley Registral 16871, en su artículo 79, numerales 1.3 y 1.7, establece la caducidad quinquenal de los embargos específicos y genéricos. El artículo 80 regula la posibilidad de reinscribir en forma sucesiva por hasta 30 años dichas medidas cautelares.

El artículo 81 de la ley dice que, una vez verificada la caducidad de la inscripción, se extinguen de pleno derecho sus efectos, y en el inciso 2.º reafirma que la reinscripción fuera de término se considera nueva inscripción, con los efectos resultantes sobre la prioridad de la medida.

Este principio está recogido en los artículos 54, 59 y 93 de la ley 16871 y en los artículos 380.7 y 388.2 del CGP. La fecha de presentación del acto será la fecha de su inscripción, y esta le otorgará la prioridad de rango.

El principio registral de prioridad determina la forma de graduar distintos derechos y establece un rango entre ellos cuando son compatibles, como es el caso de los efectos de las medidas cautelares objeto de la consulta.

En el caso planteado, el Registro procedió a una nueva inscripción del embargo específico y no a su reinscripción en virtud de que la inscripción original había caducado.

3. En referencia a la inscripción de la compraventa judicial autorizada el 10 de junio de 2014, por la cual S vende a V el bien de referencia, la primera copia fue inscripta en el Registro de la Propiedad el 23 de junio de 2014.

Conforme a la documentación agregada y a la procedencia del bien referido, este no se encontraba matriculado en el Registro.

La compraventa judicial fue el primer acto en ingresar al Registro después de la entrada en vigencia de la ley 16871; por lo tanto, el Registro debió proceder a matricularlo conforme al artículo 11, inciso 2, de la ley 16871: «La presentación de un acto o negocio jurídico para registrar […] importan por sí solas solicitud de matriculación respecto de los inmuebles que aún no estén incorporados al sistema».

Al solicitarse la inscripción de un acto o contrato, el registrador deberá calificarlo conforme al artículo 65 de la ley 16871, y uno de los elementos a calificar es el tracto sucesivo.

El artículo 57 establece: «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 […]». Por lo tanto, el registrador deberá controlar el tracto sucesivo en los actos o contratos que se presentan para la registración, y no puede proceder a la inscripción definitiva cuando aquel no se cumpla.

En el caso a estudio y respecto del padrón …, se cumple con tal requisito, ya que, conforme al certificado agregado, no surge inscripción por ser esta anterior a 1947. No obstante, y conforme al estudio del título, el titular registral es el actual enajenante.

Conclusiones

1. El embargo específico del caso planteado es una nueva inscripción y no su reinscripción, en virtud de haber caducado la inscripción original.

2. Conforme a la Ley Registral, la inscripción de la compraventa judicial referida en el numeral cumplió con el principio de tracto sucesivo. No surge de la documentación aportada transmisión al Estado.

Informante
Esc. Mercedes Azar

Aprobado por los escribanas Susana Cambiasso, Cristina Anzuela, Enrique Marna y Gerardo Cardozo.

Esc. Mercedes Azar
Coordinadora

Aprobados por la Comisión Directiva Nacional de la AEU el 2 de junio de 2015. Expediente 675/2014.

PROPIEDAD HORIZONTAL. BIENES COMUNES. ASAMBLEA DE COPROPIETARIOS. REGLAMENTO DE COPROPIEDAD

Resumen

Se comparten las consideraciones expuestas por el consultante en aplicación de las disposiciones del decreto ley 14560 (artículos 2 y 16), sin perjuicio de su armonización con lo dispuesto en el reglamento de copropiedad.

Informe: Civil

Consulta

Hechos

El 25 de enero de 2015, se realizó la asamblea anual ordinaria de la copropiedad del complejo A. En el orden del día, entre otros, se trató el siguiente punto: 10. «Habilitar la cancha de pádel para actividades multideportivas (fútbol, básquetbol y pádel) dentro del horario autorizado».

El complejo A consta de 96 unidades de propiedad horizontal. El registro de asistencia fue de 20 propietarios en representación de 25 unidades, con un total de 5 poderes. Dicho punto fue aprobado por mayoría de presentes en la asamblea: 17 votos a favor, 7 en contra y 1 abstención.

El reglamento del complejo, autorizado por el escribano C, dice en su artículo séptimo:

> Destino. El destino de los departamentos será exclusivamente vivienda. Los locales SS 101 y SS 102 podrán ser destinados también a comercio (excepto autoservicio, verdulería, carnicería, panadería o pescadería) o consultorio de profesionales. Queda autorizada la colocación de carteles anunciadores, en tanto sean discretos y mantengan la estética del complejo. Queda prohibida la colocación de cajones o estanterías en el frente de los mismos. Los lugares en los espacios denominados «cocheras y circulaciones» están destinados exclusivamente para el estacionamiento de un vehículo de dimensiones regulares, quedando prohibido invadir espacios ajenos. El ingreso a los mismos debe hacerse con moderación y especial cuidado de personas y bienes. Respecto de la piscina, sala de juegos, servicios, cancha de tenis, cancha de pádel, parrilleros en terreno común de la copropiedad u otros que se construyan en el futuro (bienes comunes) se comete a la comisión o la comisión administradora la confección de un reglamento interno para el uso de los mismos, el que deberá ser aprobado por la asamblea ordinaria. Los boxes y los bauleros serán destinados a almacenar objetos no perecederos y que no produzcan malos olores o sean peligrosos.

El 8 de febrero del 2015 se realizó una nueva asamblea general extraordinaria de la copropiedad del complejo A con el siguiente orden del día:

«Reconsiderar lo aprobado en la asamblea general ordinaria celebrada el 25 de enero pasado, respecto al uso ampliado en cuanto a las actividades multideportivas autorizadas a realizar en la cancha construida en el complejo con la finalidad del deporte del pádel». En la asamblea se impugnó la decisión porque no cumplía con los requisitos jurídicos exigidos en el reglamento de acuerdo con la Ley de Propiedad Horizontal 10751, en cuanto a la ampliación del destino y las mayorías especiales.

Al no llegarse a un acuerdo se decidió llevar la consulta a la Asociación de Escribanos del Uruguay y la asamblea pasó a un cuarto intermedio.

Legislación aplicable

Según lo dispuesto en el artículo 12 de la ley 10751 (texto dado por el artículo 2.º del decreto-ley 14560, del 19 de agosto de 1976): «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 los que alteren su aspecto arquitectónico, deberán ser resueltos 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 ¾ del valor del edificio, fijado por la Dirección General del Catastro Nacional o quien haga sus veces».

En primer lugar debemos señalar que la ley 14560 introdujo un cambio sustancial en el funcionamiento del régimen de propiedad horizontal al instituir el régimen de mayorías, en sustitución del régimen anterior, que disponía la unanimidad.

Conforme a lo sostenido por el escribano Roque Molla,[71] la norma citada fija un nuevo principio rector para la actuación en los bienes comunes o zonas de poder compartidos: el poder lo tiene la asamblea de copropietarios, de acuerdo con el régimen de quórums y mayorías con carácter de orden público y vigencia intemporal establecido en dicha norma.

Véase lo dispuesto en el artículo 16 de la ley 14560 citada: «Declárase que son de orden público los quórums y mayorías establecidas por los diversos regímenes que regulan la propiedad horizontal».

Asimismo, sostiene Molla en su informe[72] que el poder mencionado de la asamblea de copropietarios no podrá afectar los derechos adquiridos de los copropietarios, lo cual es confirmado en el artículo 15 *in fine* de la ley 16871 (Ley de Registros Públicos): «Las mutaciones del régimen horizontal previstas en el presente artículo y en el artículo anterior, serán

71 Molla Camacho, Roque. Asociación de Escribanos del Uruguay. Comisión de Derecho Civil. «Asamblea de copropietarios». *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, ene.-dic. 1998, tomo 84, n.os 1-12, pp. 279-287.

72 Molla Camacho, Roque. «Régimen de las mayorías en la propiedad horizontal». *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, jul.-dic. 1994, tomo 80, n.os 7-12, p. 251-263. Ciclo de Conferencias, Montevideo, 7 abr. 1994.

inoponibles a los terceros con derechos vigentes registrados, perjudicados por los cambios relacionados, que no lo hubieran consentido».

En tal sentido, la nueva norma privilegió el interés colectivo sobre el individual. Sin perjuicio de ello, como lo sostuvo la escribana Teresa Gnazzo,[73] deberá mantenerse el respeto de los derechos adquiridos.

En virtud de ello, la doctrina sostiene que los cambios producidos en los bienes constituyen una redistribución de los poderes de actuación sobre el inmueble. De acuerdo con la normativa citada, deberá otorgarse una modificación en el reglamento de copropiedad y en el plano de fraccionamiento horizontal, con los quórums y mayorías requeridos a dichos efectos.

Consulta

Se consulta a la Asociación de Escribanos del Uruguay si lo realizado por la asamblea anual ordinaria cumplió con lo dispuesto por la Ley de Propiedad Horizontal, a los efectos de ampliar el destino asignado en el artículo séptimo a la cancha de pádel, al faltar las mayorías exigidas de 2/3 de los 96 copropietarios que al menos representen las 3/4 partes del valor catastral de las unidades.

Opinión del consultante

Al haberse modificado el destino de la cancha de pádel, se debe efectuar la modificación del reglamento de copropiedad con las mayorías legales exigidas, condición que no se ha cumplido. La comisión administradora puede realizar un reglamento interno de uso, que establezca horarios, calzado o tarifas, pero no ampliar el destino fijado en el reglamento. En consecuencia, el consultante considera que no se ha cumplido con la previsión legal y por tanto no es válido lo aprobado en la asamblea anual ordinaria respecto de este punto.

Informe de la Comisión de Derecho Civil

Análisis

La suscrita comparte en términos generales lo expresado por el consultante, excepto respecto a lo siguiente:

a. La referencia al artículo 15 de la ley 16871, por cuanto la situación contemplada en dicha norma difiere del caso de marras, que se circunscribe a la hipótesis de desafectación de bienes (de comunes a individuales o viceversa).

73 Gnazzo, Teresa G. «Propiedad horizontal: el poder de las mayorías en las decisiones de asambleas». *Anuario de derecho civil uruguayo*, nov. 1997, tomo 27, pp. 533-538.

b. El reglamento de copropiedad en su cláusula 19, numeral 8, dispone en su acápite: «Queda expresamente prohibido: […] 8) practicar juegos de pelota en el jardín del complejo, salvo en los lugares en que la comisión administradora señale al efecto».

En consecuencia y armonizando las disposiciones que rigen materia de propiedad horizontal y en especial lo dispuesto por los artículos 2 y 16 del decreto-ley 14560 y las cláusulas del reglamento de copropiedad (cláusula 11, numeral 8), para cambiar el destino de la cancha de pádel y usarla como cancha de fútbol o básquetbol procede:

1. o bien que se apruebe por las mayorías especiales (2/3 de los copropietarios que representen las 3/4 partes del valor catastral de todas las unidades) en asamblea extraordinaria celebrada a tales efectos y posteriormente se modifique el reglamento de copropiedad,

2. o bien que la comisión administradora, en uso de las facultades conferidas en el reglamento de copropiedad, autorice el juego en la cancha de pádel, siempre que se respeten los derechos adquiridos de los copropietarios linderos a la cancha, limitando y reglamentando su uso de forma tal de no perjudicar su tranquilidad, conforme a lo dispuesto por el artículo 9, inciso *b,* de la ley 10751.

Conclusión

Se comparte lo expuesto por el consultante, con las consideraciones expuestas (artículos 2 y 16 del decreto ley 14560, artículo 9 inciso *b* de la ley 10751 y reglamento de copropiedad del edificio, cláusula 11, numeral 8).

Esc. Laura Parnas Faig
Informante

Montevideo, 12 de mayo de 2015. La Comisión de Derecho Civil, integrada por los escribanos María Jesús Almandoz, Fernando Alonso, Alicia Cancela, Jorge Carneiro, María Inés Casatroja, Daniella Cianciarulo, Stefania Della Mea, Gustavo Echavarría, Alicia González Bilche, Silvana González Perdigón, Carlos Groisman, Adriana Inciarte, Mónica Jover, Maximiliano Mauri, Roque Molla, Margarita Puertollano, María Daniela Rey, María Ritacco, Virginia Rodríguez, Mildred Secondo, Diego Seré, Adriana Silva, Verónica Ubillos, María Beatriz Vázquez, Jimena Viana y Juan Pablo Villar, aprueba el informe que antecede.

Escs. Roque Molla y Juan Pablo Villar
Coordinadores

Aprobado por la Comisión Directiva Nacional de la AEU el 16 de junio de 2015. Expediente 762/2015.

BIEN PROPIO. BIEN GANANCIAL. NATURALEZA JURÍDICA. SOCIEDAD CONYUGAL. PROMESA DE COMPRAVENTA. CAUSA

Resumen

«Los bienes adquiridos durante la sociedad conyugal, cuando la causa o título ha precedido al matrimonio, son propios. El contrato preliminar de una compraventa constituye la causa o título porque de él nacen los derechos subjetivos cuyo cumplimiento tiene lugar en la compraventa posterior al nacimiento de la sociedad conyugal, en especial cuando surge claramente la conexión genética existente» (artículo 1961 del Código Civil).

Informe: Civil

Consulta

PCDP, divorciado de sus primeras nupcias con EISG, y CFDP, casado en primeras nupcias con NSC, proyectan otorgar partición de los siguientes bienes: fracciones de campo con las mejoras que le acceden sito en la sección catastral del departamento de …, zona rural, empadronadas con los números …1 (fracción A), …2 (fracción B) y …3 (fracción C), antes en mayor área con el número …4.

A los efectos de la realización del negocio proyectado, se desea saber la opinión de la comisión sobre la naturaleza propia o ganancial de la cuota parte que le corresponde al copropietario PCDP en los referidos inmuebles.

Relacionado de documentación antecedente

26 de setiembre de 1996. Por documento privado sin certificación de firmas, suscrito en la ciudad de … el 26 de setiembre de 1996, los cónyuges entre sí en únicas nupcias PDC y HDPF prometieron vender libre de obligaciones y gravámenes a PCDP y CFDP, solteros, quienes prometieron comprar en común, proindiviso y en partes iguales, la fracción de campo ubicada en la … sección judicial del departamento de …, empadronada con el número …4. Se estableció que el precio de la compraventa prometida se integraría al momento de otorgarse la escritura de compraventa definitiva.

23 de octubre de 1996. Del certificado expedido en la fecha y su correspondiente ampliación, surge que se relacionó la promesa de compraventa referida en el numeral anterior y se certificó que la toma de posesión del referido inmueble se realizó por los promitentes adquirentes con fecha 26 de setiembre de 1996 (suscripción del contrato preliminar). El certificado fue presentado en su original ante el BPS, donde se encuentra fechado y adjunto al expediente de la empresa rural de los promitentes adquirentes.

14 de febrero de 1997. PCDP contrajo matrimonio con EISG, tal como surge del testimonio de partida de matrimonio.

10 de junio de 1997. Por documento privado de promesa de compraventa del 10 de junio de 1997, inscripto en el Registro Departamental de Traslaciones de Dominio con fecha 12 de junio de 1997, los cónyuges entre sí en únicas nupcias PDC y HDPF prometieron nuevamente vender el inmueble ya reseñado a PCDP y CFDP, quienes prometieron comprarlo en iguales condiciones.

En dicho documento se padeció error en el estado civil de PCDP; se consignó que era soltero y, como se señaló, había contraído nupcias.

En la cláusula segunda del referido documento se expresó que el precio de la compraventa prometida había sido integrado en su totalidad antes de ese acto, y a tales efectos los vendedores otorgaron carta de pago total.

En la cláusula quinta se expresa por error que la ocupación del bien se otorgó en esa fecha, cuando, como se ha visto, se verificó el 26 de setiembre de 1996.

Asimismo, al final de la mencionada cláusula se relaciona el contrato privado de promesa de compraventa del 26 de setiembre de 1996.

24 de julio de 2008. Según primera copia de escritura de compraventa de esa fecha, inscripta en el Registro de la Propiedad, Sección Inmobiliaria, la cual quedó definitiva el 1.º de agosto de 2008, se otorgó compraventa en cumplimiento de las promesas reseñadas siendo ambos adquirentes de estado civil casados.

En la constancia E de dicho documento se relaciona la promesa de compraventa originaria, es decir, la otorgada el 26 de setiembre de 1996.

23 de enero de 2009. El padrón referido es dividido según plano de mensura y fraccionamiento del agrimensor B de octubre de 2008, inscripto en la Dirección Nacional de Catastro el 23 de enero de 2009. Resultan tres fracciones individualizadas con los números de padrón …1 (fracción A), …2 (fracción B) y …3 (fracción C).

12 de febrero de 2009. Por escritura pública de compraventa de esa fecha, inscripta en el Registro de la Propiedad, Sección Inmobiliaria, la cual quedó definitiva el 2 de junio de 2009, PCDP, casado en primeras nupcias con EISG, le vendió libre de obligaciones y gravámenes a NSC, casada en primeras nupcias con CFDP, la mitad indivisa que le correspondía en el padrón …3 (antes en mayor área padrón …4), de la … sección judicial y catastral del departamento de …

12 de febrero de 2009. Por escritura pública de compraventa de esa fecha, inscripta en el Registro de la Propiedad, Sección Inmobiliaria, el 21 de mayo de 2009, CFDP, casado en primeras nupcias con NSC, le vendió libre de obligaciones y gravámenes a EISG, casada en primeras nupcias con PCDP, la mitad indivisa que le correspondía en el padrón …2 (antes en mayor área padrón …4), de la … sección judicial y catastral del departamento de …

30 de noviembre de 2010. Tal como surge de la anotación marginal del testimonio de partida de matrimonio que se agrega, por sentencia dictada en esa fecha por el Juzgado Letrado de primera Instancia de … Turno, en autos caratulados *SG, E c/ DP, P - Divorcio por riñas y disputas,* se declaró disuelto el vínculo existente entre PCDP y EISG.

Posiciones doctrinarias. Artículo 1961 del Código Civil

El motivo de la consulta es descifrar la naturaleza propia o ganancial de la cuota parte que le corresponde al copropietario PCDP en los inmuebles empadronados actualmente con los números …1 (fracción A), …2 (fracción B) y …3 (fracción C), antes en mayor área con el número …4, sito en la … sección judicial del departamento de …

Para ello resulta fundamental analizar lo dispuesto por los artículos 1955, 1961 y 1962 del Código Civil, donde se preceptúa sobre el capital respectivo de los cónyuges y haber de la sociedad conyugal.

En especial el artículo 1961 expresa que «no se reputará ganancial la especie adquirida durante el matrimonio, aun a título oneroso, cuando la causa o título de la adquisición ha precedido a él».

Sintetizaremos el tratamiento doctrinario que ha tenido la mencionada disposición a los efectos de determinar cuál es el verdadero alcance que ha de tener la expresión *causa o título de adquisición* y conocer en el caso planteado la naturaleza de tales bienes y por consiguiente el régimen legal aplicable.

Tesis restrictiva. Vaz Ferreira sostiene que el término *título* tiene un alcance totalmente restringido y que solamente revisten tal calidad aquellos que son hábiles para transferir el dominio (artículo 705.2 y artículo 769.3 del Código Civil). Ello lleva a concluir que toda vez que de un contrato se deriven obligaciones de hacer o no hacer, pero no de dar, específicamente cuando el propietario no se obliga a la transmisión de la propiedad, no hay un verdadero título en el sentido del artículo 705, razón por la cual no será aplicable la regla del artículo 1961 del Código Civil.

Daniel Domínguez Gil[74] expresa que para Vaz Ferreira el término *causa* abarca tan solo a la *causa posessonis* propia de adquisiciones originarias. El profesor Iglesias adhiere a esa tesis.

Tesis media. Cafaro parte de la diferenciación entre el concepto genérico de *título* y el específico de *título hábil para transferir el dominio*. Expresa que, en virtud de la inexistencia de definición legal, hemos de partir del sentido natural y obvio que por imperio del artículo 18 del Código Civil ha de darse a las palabras contenidas en la ley, por lo que no es posible dar a tal expresión un sentido restrictivo.

74 Domínguez Gil, Daniel. «Determinación de la naturaleza propia o ganancial de los bienes de acuerdo al título o causa de su adquisición». *Anuario de derecho civil uruguayo*, oct. 2002, tomo 32, pp. 699-712.

El término *título* es entendido por el profesor como la razón de ser o el fundamento jurídico de la adquisición de un derecho real o personal, mueble o inmueble, corporal o incorporal.

Por su parte, el término *causa* se identifica como *causa eficiente* o *fundamento de un derecho*.

Tal como expresa Domínguez Gil, para Cafaro *causa* y *título* son dos términos que refieren a un mismo concepto, esto es, al fundamento o la razón de ser de un derecho.

Dicha concepción tiene como consecuencia principal que tanto el activo como el pasivo de cada cónyuge anterior al matrimonio continuará siendo propio de cada uno de ellos. Tal principio es una aplicación del régimen general de legitimidad, en virtud de la cual toda enajenación requiere imprescindiblemente de la voluntad del titular del derecho que se dispone.

Solo excepcionalmente un bien propio deviene ganancial por un hecho superviniente, tal como sucede en el caso de edificación en suelo propio de alguno de los cónyuges.

Todo cambio en la titularidad de un bien solo puede operar por negocio jurídico (en el que resulta imprescindible la voluntad de su titular) o por una disposición legal que en forma excepcional habilita tal mutación.

Queda claro que dentro del elenco de los hechos supervinientes que contempla la norma no se encuentra el hecho de haber contraído matrimonio. Por el solo hecho del matrimonio no hay mutación de la naturaleza de los bienes. Siempre es necesaria la realización de algún acto voluntario de su titular o una ley que excepcionalmente lo habilite, ya que contraría el principio general.

Se concluye que los derechos de crédito derivados de un contrato preliminar celebrado antes del matrimonio y del que solo resultan obligaciones de hacer no perderán su naturaleza de propios durante la vigencia de la sociedad conyugal. El contrato definitivo en cumplimiento de aquel resulta tan solo un acto de paga o cumplimento de una obligación preexistente. No estamos ante un acto libre, sino necesariamente condicionado por un hecho anterior, tanto en cuanto al nacimiento de tal obligación como también en cuanto a las condiciones y circunstancias de su cumplimiento.

Concluye Cafaro que, verificada que sea en el patrimonio de los cónyuges con antelación al matrimonio una situación de derecho subjetivo, es decir, intereses jurídicamente protegidos, existirá causa eficiente o título de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 1961 del Código Civil.

Tesis amplia. Es la que sigue mayoritariamente nuestra jurisprudencia, así como también profesores como Varela de Motta y Arezo Píriz.

A diferencia de la tesis intermedia, considera que para que se verifique «causa o título» no se requiere la existencia de una situación jurídica de derecho subjetivo, sino que se configura aun cuando antes del matrimonio se haya comenzado a cumplir con los hechos o actos necesarios para adquirir derechos en la cosa o a la cosa, reales o personales, así como al conjunto de circunstancias que tengan la suficiente trascendencia jurídica como

para dejar al futuro cónyuge en condiciones de adquirir los bienes, lo que abarca incluso situaciones de mera expectativa, tales como circunstancias que podrían generar, en forma eventual o contingente, el nacimiento de un derecho.

Daniel Domínguez Gil, en el trabajo citado, expresa en este mismo sentido que el artículo 1961 del Código Civil no es una norma de excepción al régimen general, sino que plantea una regulación especial a una situación de igual carácter.

Expresa que, de regla, la causa o título que justifica el ingreso de los bienes al activo de un sujeto se suceden de inmediato y dentro de una misma coyuntura negocial. En la mayoría de los casos título y modo se verifican casi simultáneamente.

El artículo 1961 del Código Civil viene a regular aquellas hipótesis en las que causa o título y modo de adquisición se verifican en momentos diferentes. Dispone que la titularidad de los bienes adquiridos en tales circunstancias corresponde a quien haya tenido previamente una causa jurídica que fundamente tal adquisición.

Se concluye, por tanto, que los artículos 1955 y 1961 tienen un ámbito de aplicación diferente. El artículo 1961 no constituye una excepción a la regla del artículo 1955.

Domínguez Gil aboga por una noción de causa o título amplia en el sentido expresado por Cafaro, y entre otros argumentos menciona la estricta separación entre derechos propios y gananciales que establece nuestro Código.

Tratamiento doctrinario de las promesas de compraventa

Abordaremos ahora el tratamiento doctrinario que ha tenido el estudio de la naturaleza de las compraventas realizadas en la vigencia de la sociedad conyugal en cumplimiento de promesas de compraventa otorgadas antes del matrimonio.

Ema Carozzi[75] expresa que será propio el bien adquirido durante la vigencia de la sociedad conyugal en virtud de promesa celebrada con anterioridad al matrimonio, sea aquella pura o anómala, inscripta o no.

El profesor Cafaro[76] asimila el concepto de *título* al de *causa adquirida*. De ello se desprende que los bienes que pertenecían a cada cónyuge antes del matrimonio no modifican su carácter por dicho acto. La mutación de su naturaleza solo puede operar por ley. En consecuencia, el derecho emanado de la promesa de compraventa con anterioridad al matrimonio conserva su carácter de propio.

75 Carozzi Failde, Ema. *Manual de la sociedad conyugal*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1996. ISBN 9974-2-0076-8, p. 119.

76 Cafaro, Eugenio B. «Promesa de compraventa y sociedad conyugal». *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, jul.-set. 1982, tomo 68, n.os 7-9, pp. 214-215.

Por su parte, Vaz Ferreira y Arturo Iglesias incluyen dentro de la noción de título del artículo 1961 del Código Civil tan solo las promesas de enajenación de inmuebles a plazo regidas por la ley 8733, por cuanto dicho régimen establece que, una vez inscriptas, el vendedor se obliga a transferir la propiedad, lo que hace aplicable el concepto de título de los artículos 705, inciso 2, y 769, numeral 3, del Código Civil.

Oponibilidad a terceros de la promesa de compraventa otorgada el 26 de setiembre de 1996

Los artículos 1291 a 1293 del Código Civil establecen como principio general que el contrato produce sus efectos en la esfera obligacional entre las partes y que, por lo tanto, no produce efectos respecto de terceros.

Como expresa el profesor Gamarra, el contrato tiene un efecto relativo y no absoluto, en tanto su eficacia se circunscribe a los sujetos que lo formaron: las partes contratantes.

El principio de autonomía de la voluntad, que explica la fuerza vinculante del contrato, justifica también el de relatividad del contrato. La autonomía privada es el poder darse a sí mismo sus propias reglas, que se ve expresado en materia de acuerdo de voluntades, acuerdo que garantiza a cada sujeto que su esfera jurídica no será modificada por la decisión unilateral de otro sujeto, sin su voluntad.

El segundo aspecto del principio de relatividad del contrato refiere a la ineficacia respecto de terceros. «Los contratos no pueden oponerse a terceros, ni invocarse por ellos, sino en los casos de los artículos 1254 y 1256». Esta norma refiere a la eficacia obligacional del contrato. Puesto que el contrato produce sus efectos entre las partes que lo formaron, va de suyo que no produce efectos respecto de terceros.

El contrato, en nuestro derecho, genera derechos personales, los cuales no son absolutos y, por tanto, carecen de irradiación *erga omnes*. En consecuencia, los contratos de por sí no pueden oponerse a terceros.

La noción de inoponibilidad guarda relación con el principio de relatividad del contrato, ya que cuando se habla de inoponibilidad no está en consideración el efecto obligacional del contrato, sino la situación jurídica que el contrato produce, que repercute en diversas formas y puede afectar de distintas maneras a terceros.

La inoponibilidad al tercero hace referencia a la ineficacia relativa del contrato. El contrato resulta inoponible cuando no es eficaz respecto a ciertos terceros, en el sentido de que no se puede hacer valer frente a estos terceros; para ellos todo sucede como si el contrato no hubiera existido nunca. La consecuencia es que ciertos terceros pueden desconocer la existencia misma del contrato y actuar como si para ellos no hubiera existido.

El artículo 1587 del Código Civil establece desde cuándo los contratos y documentos devienen oponibles a terceros. El numeral 1 de dicho artículo expresa: «La fecha de un instrumento privado no se contará respecto de

terceros, sino: 1.º) Desde el día de su exhibición en juicio o en cualquiera repartición pública, cuando quedase allí archivado».

Autenticidad y oponibilidad son conceptos diversos. No obstante, la certeza de la autoría y fecha de tal clase de documentos es claramente compatible con su oponibilidad a un tercero, tal como dispone el artículo mencionado.

Por lo tanto, el documento privado deviene oponible a terceros desde su presentación, entre otras hipótesis, ante cualquier repartición pública cuando quedase allí archivado.

No es la certificación de firmas lo que da fecha cierta a un documento, sino que dicho efecto se tiene por imperio de lo dispuesto por el artículo 1587 del Código Civil.

El artículo 248 del Reglamento Notarial (acordada 7533, del 22 de octubre de 2004), en su primer literal, expresa que el «certificado notarial es el instrumento público original autorizado por escribano, con el objeto de: a) acreditar la existencia de situaciones jurídicas, actos o hechos, conocidos ciertamente por el autorizante, o que le justifican mediante documentos públicos o privados que le exhiban o compulse […]».

En nuestro derecho, la facultad de *acreditar* ha sido conferida al escribano por imperio de la Ley Orgánica Notarial (decreto 1421, del 31 de diciembre de 1878) en su artículo 1.

La *autorización bajo su fe* constituye un elemento intrínseco de la función notarial, y significa que lo expresado en el documento debe ser aceptado y valorado obligatoriamente —porque lo reconoce y lo ordena la ley— como una expresión de verdad, como una representación auténtica de la realidad.

Para que ese valor de plena prueba se configure, el certificado notarial debe reunir las condiciones previstas para los instrumentos públicos de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1574 del Código Civil.

El certificado notarial expedido el 23 de octubre de 1996 cumple con las condiciones formales, sustanciales y materiales y se encuentra correctamente expedido desde los aspectos legales y reglamentarios. Por imperio de lo dispuesto por el artículo 1587 numeral 1 del Código Civil, lo relacionado en dicho documento deviene oponible a terceros, quienes no pueden desconocer el otorgamiento de la promesa relacionada ni la toma de la posesión en dicho momento.

Opinión de la consultante

A la luz de lo analizado, la escribana consultante adhiere a la tesis amplia mencionada, por la cual se expresa que para que se verifique *causa* o *título* no se requiere la existencia de una situación jurídica de derecho subjetivo, sino que se configura aun cuando antes del matrimonio se haya comenzado a cumplir con los hechos o actos necesarios para adquirir derechos en la cosa o a la cosa, reales o personales, así como al conjunto de circunstancias

de hechos que tengan la suficiente trascendencia jurídica como para dejar al futuro cónyuge en condiciones de adquirir los bienes, lo que abarca aun situaciones de mera expectativa, tales como circunstancias que podrían generar, en forma eventual o contingente, el nacimiento de un derecho.

Coincidentemente con lo expresado por Carozzi, la consultante considera que, de acuerdo con las normas citadas, será propio el bien adquirido durante la vigencia de la sociedad conyugal en virtud de promesa celebrada antes del matrimonio, sea esta pura o anómala, inscripta o no.

En el caso de los bienes objeto de la presente consulta ha de agregarse que el otorgamiento de dicha promesa y la entrega de posesión de los bienes referidos fue objeto de certificación notarial, que dicho certificado fue presentado ante el BPS y se verificaron los extremos exigidos por el artículo 1587, numeral 1, del Código Civil, por lo cual dicha circunstancia deviene oponible a terceros.

Asimismo, en todos y cada uno de los otorgamientos posteriores se relacionó la promesa suscrita el 26 de setiembre de 1996, incluso en la escritura por la cual EISG, casada en primeras nupcias con PCDP, adquirió la mitad indivisa del padrón …2 (antes en mayor área padrón …4).

Es claro que en ninguna ocasión el titular expresó consentimiento de especie alguna que legitimara la mutación de la naturaleza propia en ganancial de los bienes referidos. En cada uno de los documentos (incluidos aquellos en los que se enajenaron cuotas partes a las cónyuges de los adquirentes) se dejó constancia de que los bienes eran de naturaleza propia y que habían tenido origen en el documento relacionado.

Por ello entiendo que la promesa de compraventa suscrita el 26 de setiembre de 1996 reúne las condiciones exigidas por el artículo 1961, numeral 1.º, del Código Civil para ser título de adquisición anterior al matrimonio, tener fecha cierta y ser oponible a terceros de acuerdo con el artículo 1587, numeral 1.º, del Código Civil.

En consecuencia, en virtud de la intangibilidad de las esferas jurídicas patrimoniales, la cuota parte que le corresponde al señor PCDP en los bienes referidos es de naturaleza propia, con excepción del cincuenta por ciento del padrón …2, que es ganancial en virtud de la compraventa que se le hiciera a favor de EISG estando vigente la sociedad conyugal.

En conclusión, la consultante sostiene que en la partición que se proyecta respecto de los padrones números …1 (fracción A), …2 (fracción B) y …3 (fracción C), antes en mayor área con el número …4, deben comparecer tan solo PCDP y CFDP, por ser los bienes referidos de naturaleza propia.

Informe de la Comisión de Derecho Civil

La consulta se examina viendo en primer lugar el punto sobre el cual se pregunta, a efectos de contestar en forma clara. La consultante señala que PCDP (divorciado de EIS) y CFDP (casado con NS) proyectan otorgar parti-

ción sobre las fracciones de campo con las mejoras que le acceden, sito en la tercera sección catastral del departamento de …, zona rural, empadronadas con los números …1, …2 y …3, y a esos efectos «desea saber la opinión de la Comisión sobre la naturaleza propia o ganancial de la cuota parte que le corresponde al copropietario PCDP en los referidos inmuebles». Opina que «a la partición que se proyecta respecto de los padrones números …1, …2, y …3 deben comparecer tan solo PCDP y CFDP».

El suscrito entiende que PCDP y CFDP desean otorgar partición de los bienes padrones …1, …2, y …3 citados. No obstante, la consulta sobre la naturaleza propia o ganancial de la cuota parte que corresponde a PCDP abre interrogantes.

Si volvemos a la premisa de que se desea partir los tres padrones indicados, es necesario examinar: a) cuál es la indivisión que existe en ellos, y si existe más de una; b) quiénes son los sujetos que integran la indivisión o indivisiones, y c) si no desean mantener indivisión alguna, quiénes deben otorgar en negocio jurídico partición.

Situación jurídica de los padrones que se pretende partir

El suscrito se dispone a trazar su interpretación de qué efectos provoca cada una de las operaciones documentadas cuya copia se adjunta.

En el documento del 26 de setiembre de 1996, PDC y HDPF, casados entre sí en únicas nupcias, prometieron vender a PCDP y CFDP, solteros, quienes prometieron adquirir una fracción de campo padrón …4 (antecedente de los tres padrones que se pretende partir). Dicho negocio no fue objeto de resolución voluntaria, ni se conoce que haya habido sentencia ejecutoriada que así lo hubiera resuelto.

PDC y HDPF prometieron vender a CFDP, soltero, y a PCDP, casado, de quienes se dice que son solteros, el inmueble padrón …4.

Entiendo que el inmueble tiene dos condóminos y ambos lo tienen en carácter de propio: CFDP por ser soltero al momento de la adquisición y PCDP por haber adquirido luego de nacida la sociedad conyugal por una causa o título anterior a su nacimiento.[77]

PDC y HDPF enajenaron por compraventa y tradición a PCDP y CFDP, casados respectivamente con EIS y NS, quienes adquirieron el inmueble referido precedentemente (entonces padrón …4).

El 12 de febrero de 2009, PCDP enajenó por compraventa y tradición a NS, casada con CFDP, la mitad indivisa en el padrón …3, antes padrón …4 en mayor área, que tiene naturaleza jurídica de bien propio por haber operado subrogación de inmueble por inmueble, como se ha indicado.

77 Cafaro, Eugenio B. «Promesa de compraventa y sociedad conyugal». *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, jul.-set. 1982, tomo 68, n.os 7-9, pp. 211-233.

Entiendo que PCDP enajena la mitad indivisa de un bien propio a NS, casada con CFDP, habiendo operado subrogación, lo que hace que dicha indivisa sea propia de NS y la otra mitad indivisa es propia de CFDP.

El 12 de febrero de 2009, CFDP vendió a EIS, casada con PCDP, la mitad indivisa que le corresponde en el padrón …2.

Entiendo que CFDP vende a EIS, casada con PCDP, la mitad indivisa del bien padrón …2, por lo que dicha mitad indivisa se convierte en ganancial y la otra mitad es propia de PCDP.

Luego se produjo la disolución de la sociedad conyugal que integraban PCDP y EIS, en virtud del divorcio decretado y ejecutoriado, por lo que el bien padrón …2 en su mitad indivisa es propio de PCDP y la otra mitad es de la indivisión poscomunitaria que integran los excónyuges DP-S.

El bien padrón …1 está en condominio por mitades indivisas entre CFDP y PCDP, en carácter de bien propio.

El bien padrón …2 es mitad propio de PCDP y mitad en indivisión poscomunitaria entre PCDP y EIS.

El bien padrón …3 es mitad propio de CFDP y mitad propio de NS, por subrogación.

En consecuencia, el padrón …1 y las mitades indivisas de los padrones …2 y …3 que corresponden a CFDP y PCDP constituyen un condominio de origen contractual, como bienes propios de los citados.

La mitad indivisa del bien padrón …2 integra la indivisión poscomunitaria de la disuelta sociedad conyugal de la que formaban parte PCDP y EIS.

La mitad indivisa del bien padrón …3 es bien propio de NS.

Fundamento de la naturaleza jurídica de bien propio de la cuota parte adquirida por PCDP

Esta posición ha sido sostenida en el seno de la Comisión de Derecho Civil, que recoge especialmente los desarrollos del Prof. Eugenio Cafaro.

Cafaro entiende que el Código Civil no define legalmente el título, y apela al sentido natural y obvio (artículo 18 del Código Civil). El título es la razón de ser o el fundamento jurídico de la adquisición de un derecho real o personal, mueble o inmueble, corporal o incorporal.

Para este autor, el término *causa* se identifica como causa eficiente o fundamento de un derecho.

En el caso de marras se presenta un contrato preliminar, reconocido por las partes en documentos posteriores, como origen de la adquisición que se verifica luego de contraído matrimonio por uno de los otorgantes de la compraventa.

Para Cafaro, a cuya posición adherimos, dicho contrato preliminar produce el nacimiento de obligaciones de hacer. Estas obligaciones son cumplidas en el contrato de compraventa prometido, en carácter de acto debido. Este derecho subjetivo que nace del contrato preliminar es la causa o título a que alude el artículo 1961 del Código Civil.

En la especie nos encontramos con una promesa de compraventa otorgada el 26 de setiembre de 1996, que es la causa o título a que alude el artículo 1961 del Código Civil, por encontrarse en conexión genética con los actos posteriores suscritos por las mismas partes en los que reiteradamente hacen mención de ella.

Otorgantes de partición

En la especie puede plantearse partición que involucre todas las cuotas de los tres padrones citados, tal como se señala en la consulta.

Los otorgantes deben ser CFDP y PCDP, por sus cuotas (mitades indivisas) propias en el padrón …1; PCDP, por su mitad indivisa (bien propio) en el padrón …2; CFDP, por su mitad indivisa (bien propio) en el padrón …3; EIS y PCDP, por la mitad indivisa que se encuentra en indivisión poscomunitaria por su mitad indivisa en el bien padrón …2 (exganancial) y sin perjuicio de la liquidación de tal indivisión, y NS, por su mitad indivisa (propia) en el bien padrón …3.

Conclusión

Si el objeto de partición es exclusivamente el padrón …1, la división debe ser otorgada por CFDP y PCDP.

Si se parte solo el padrón …2, el otorgamiento debe ser dado por PCDP (mitad indivisa, bien propio) y por EIS y PCDP, por su parte en la mitad indivisa que pertenece a la indivisión poscomunitaria que integran.[78]

Si se parte solamente el padrón …3, el otorgamiento debe expresarse por CFDP (mitad indivisa, bien propio) y por NS (mitad indivisa, bien propio).

Esc. Gonzalo M. Trobo
Informante

Montevideo, 12 de mayo de 2015. La Comisión de Derecho Civil aprueba por mayoría el informe elaborado por el escribano Gonzalo Trobo, con los votos de los escribanos Mildred Secondo, Adriana Silva, Mónica Jover, Carlos Groisman, Gustavo Echavarría, Diego Seré, Juan Pablo Villar, Alicia Cancela, Roque Molla, Jorge Carneiro, Maximiliano Mauri y María Ritacco.

Escs. Roque Molla y Juan Pablo Villar
Coordinadores

Aprobado por la Comisión Directiva Nacional de la AEU el 16 de junio de 2015. Expediente 650/2014.

78 Previa liquidación de la sociedad (artículo 2010 del Código Civil).

LEGÍTIMA. LEGADOS. ENTREGA DE LEGADO. TRANSACCIÓN. PARTICIÓN TRANSACCIONAL. BIEN GANANCIAL

Resumen

Las partes realizaron un acuerdo transaccional complejo o mixto, que tiene por objeto la entrega del legado y que se proyecta en la partición de la comunidad posganancial. En ejecución de este acuerdo, las dos legitimarias entregaron el legado a la legataria y los tres sujetos mencionados otorgaron la partición de la comunidad posganancial. Se adjudicaron a las legitimarias los dos inmuebles referidos y declaró la cónyuge supérstite que considera satisfechas sus pretensiones con la entrega del legado y que renuncia a cualquier reclamación ulterior, lo cual, por inducción necesaria de sus palabras (artículo 2159 del Código Civil), comprende la renuncia a la soulte *que le correspondía.*

Informe: Civil

Consulta

Relación de hechos

1. JNF otorgó testamento solemne abierto el 20 de abril de 1992, siendo casado en únicas nupcias con OMR. Instituyó herederas de la parte de libre disposición a sus dos hijas legítimas, AMNM y SENM, y legó a favor de OMR (esposa) el inmueble padrón …1 rural (bien ganancial).

2. JNF falleció testado el 29 de noviembre de 1992, siendo casado en únicas nupcias con OMR. Tramitada su sucesión, fueron declaradas únicas y universales herederas sus hijas legítimas, AMNM y SENM, sin perjuicio de los derechos de la cónyuge supérstite y del legado instituido a favor de su esposa.

En la declaración de bienes presentada, se incluyeron los siguientes: a) un automotor marca …, b) inmueble padrón …3 rural, superficie de 101 hectáreas; c) inmueble rural padrón …1 (2000 en mayor área, superficie de 85 hectáreas).

3. Por escritura de entrega de legado y partición de los bienes quedados al fallecimiento de JNF, autorizada por el escribano A y otorgada por OMR, AMNM y SENM, todas mayores de edad, resultó lo siguiente:

- Entrega de legado: AMNM y SENM entregan a OMR el inmueble padrón …1, de 85 hectáreas.
- Partición: Incluyen los siguientes bienes: dos fracciones de campo, cada una con una superficie de 50 hectáreas y 5000 metros cuadrados, integrantes del inmueble padrón …3 rural en mayor área, superficie total de 101 hectáreas, las cuales se identifican como fracción A (a la

cual se le adjudicó el mismo padrón …3) y fracción B (padrón …4). En dicha escritura se incluye la siguiente cláusula:

> Teniendo en cuenta que el valor del bien adjudicado a la cónyuge supérstite es mucho mayor que el restante, las partes convienen de común acuerdo, que en la presente partición no se adjudicarán bienes a la cónyuge supérstite, quien considera satisfechas sus pretensiones con la entrega de legado que se efectuó y renuncia a cualquier reclamación ulterior por cualquiera de estos conceptos.

Adjudicaciones:
– Hijuela de AMNM, padrón …4.
– Hijuela de SENM, padrón …3.

Valores iguales.

La señora OMR no hace parte de la partición.

4. AMNM falleció intestada el 19 de noviembre de 2012, siendo casada en únicas nupcias con HSMN, dejando como únicos presuntos herederos a sus dos hijos legítimos, ALMN y MJMN. Su sucesión está en trámite.

5. A la fecha se solicitan mis servicios profesionales porque SENM pretende vender la totalidad del padrón …3.

Observaciones a la partición

En la escritura de partición relacionada se adjudicó a cada una de las hijas legítimas del causante el 100 % de un bien ganancial, dado que la cónyuge supérstite no partió (solo recibió el legado en dicha escritura) y tampoco hizo paga por entrega de bienes por la diferencia de valores, compensando a las dos hijas legítimas con la mitad indivisa de esos bienes que le correspondía por sus gananciales. Ahí tenemos la primera observación a la partición, ya que solo la mitad indivisa de los padrones …4 y …3 integraba el haber sucesorio del causante.

Si la intención de las partes fue que cada hija se quedara con la totalidad del padrón adjudicado, ello no fue bien reflejado en dicha escritura, para lo que se debería haber acudido a otras figuras jurídicas, como la paga por entrega de bienes, para compensar la diferencia de valores.

Si, por el contrario, la intención de las partes fue que la cónyuge supérstite OMR recibiera el legado (la mitad indivisa del padrón …1) y cada hija la mitad indivisa de los padrones …4 y …3, respectivamente, opino que habría que haber estimado también el valor del bien legado, para así poder hacer los cálculos y verificar que no se hubiera sobrepasado la parte de libre disposición con la entrega del legado. Y aun en esta segunda opción hay otra contradicción, ya que en el testamento el testador dispuso como herederas de la parte de libre disposición a sus dos hijas legítimas, AMNM y SENM, y legó a favor de su cónyuge el padrón …1.

Consulta

1. Validez de esta partición.
2. En caso de considerarse que existe algún vicio, cómo se subsanaría.

Opinión de la consultante

A pesar de todas las contradicciones presentes en la escritura de partición y entrega de legado, entiendo que la voluntad de las partes fue que la cónyuge supérstite recibiera la mitad indivisa del padrón …1, completando así el 100 % de este, y que a cada hija se le adjudicara el 100 % de los padrones …4 y …3 respectivamente, compensando la señora OMR la diferencia de valores con su mitad indivisa de estos dos padrones (que le correspondía por sus gananciales).

Los errores que veo son: 1) que no se le adjudicó valor al bien legado y 2) que la señora OMR no hizo la entrega y tradición de las mitades indivisas de esos bienes, no los transfirió por título y modo. Esta es mi opinión y lo que las señoras OMR y SENM me manifestaron en la actualidad: que fue esa la intención y lo que creyeron firmar, y que el escribano A (hoy jubilado) había padecido error al reflejarlo.

Entiendo que el no haberle dado valor en dinero al bien legado no hace que la partición sea nula. Debemos tener en cuenta lo dispuesto en la cláusula quinta, literal B, citada en el punto 3 de la relación de hechos. Además, que OMR no haya intervenido en la partición no hace el legado nulo, ya que el legatario de legado de eficacia real no tiene por qué intervenir en la partición.

También entiendo que, contrariamente a la voluntad de las partes, la mitad indivisa de los padrones …4 y …3 no salió del patrimonio de OMR, ya que esta no enajenó esa mitad indivisa a sus hijas por ningún título y modo. Sin embargo, considero que la entrega de legado sí debe considerarse válida, ya que del documento se desprende claramente la intención de las partes. Existiría una deuda de OMR a AMNM y SENM para compensar la diferencia de valores y que ese legado no sobrepase la parte de libre disposición del patrimonio del causante.[79]

La solución, a mi entender, sería que hoy OMR se desprenda de la mitad indivisa de los padrones …4 y …3, que aún está en su patrimonio, mediante título y modo, ya sea por medio del instituto de la paga por entrega de bienes (artículo1490 del Código Civil) o mediante una donación, y la transfiera a sus dos hijas legítimas para así compensar los valores. Dado que AMNM falleció y su sucesión está en trámite, pienso que, una vez terminada dicha sucesión, puede hacerse la transferencia a favor de sus herederos.

79 Arezo Píriz, Enrique. Asociación de Escribanos del Uruguay. Comisión de Derecho Civil. «Sucesiones». *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay* , ene.-dic. 2005, tomo 91, n.os 1-12, p. 209.

No puede hacerse un reotorgamiento, ya que AMNM falleció.

Debemos tener en cuenta que en materia de partición extrarregistral rige el principio de autonomía de las partes en cuanto a la estimación de los bienes (artículo 1127 del Código Civil).

Equivalencia subjetiva

La acción rescisoria por causa de lesión en la partición prescribió a los cuatro años de efectuada esta (artículo1162 del Código Civil).[80]

Aspecto registral

En materia registral, la partición inscribió en el Registro de Traslaciones de Dominio el 18 de agosto de 1994, por el padrón …3 como el 100 %. Figura como adjudicataria SENM y copartiente AMNM; OMR no aparece como copartiente aquí tampoco, pero sí surge el 100 % del bien adjudicado a SENM. Entiendo que el registrador también incurrió en error al inscribirla.

Informe de la Comisión de Derecho Civil

Consideraciones previas

Sobre las legítimas y la reforma del testamento

La legítima, en el derecho uruguayo, es una de las asignaciones forzosas, junto con la porción conyugal, el derecho real de habitación y uso del cónyuge supérstite —o el concubino supérstite, en su caso— y los alimentos que se deben por ley a ciertas personas.

El artículo 884 del Código Civil dispone:

> Llámase legítima la parte de bienes que la ley asigna a cierta clase de herederos, independientemente de la voluntad del testador y de que éste no puede privarlos, sin causa justa y probada de desheredación. Los herederos que tienen legítima se llaman legitimarios o herederos forzosos.

De manera que, según la definición legal, *legítima* es la parte de bienes que la ley señala que corresponde a cierta clase de herederos y de la que el causante no puede privarlos sin causa justa y probada de desheredación.

El causante puede respetar las legítimas y además atribuir su contenido mediante legados (artículo 1102 del Código Civil), señalando las especies con que ha de pagarse la legítima (artículo 895 del Código Civil), o incluso mediante donaciones imputables a la legítima (artículo 1101 del Código Civil), o puede respetarlas sin atribuir su contenido, simplemente

80 Bagdassarian, Dora; Rasines del Campo, Mabel. *Partición extrajudicial.* 2.ª ed. Montevideo: Asociación de Escribanos del Uruguay, 2003, p. 184.

no vulnerándolas mediante disposiciones testamentarias o donaciones que excedan la parte de libre disposición.

Pero el causante también puede no respetar las legítimas, al realizar disposiciones testamentarias o donaciones que excedan la parte de libre disposición. En tal caso la ley no impone la legítima sancionando a las donaciones o las disposiciones testamentarias que vulneren las legítimas con nulidad o ineficacia. Por el contrario, esas disposiciones son válidas y eficaces, pero ante esa situación la ley concede a los legitimarios la facultad de iniciar las acciones tendientes a obtener el contenido de esas legítimas a través de la reforma de testamento (artículos 1006 y siguientes del Código Civil) y la reducción de donaciones inoficiosas (artículos 1639 y siguientes del Código Civil).

La expresión legal de que el testador *no puede privar a los legitimarios de su legítima sin causa justa y probada de desheredación* no significa que el testador (o donante) esté impedido de realizar disposiciones testamentarias o donaciones que excedan a la parte de libre disposición, sino que, en caso de realizarlas, no puede impedir que los legitimarios inicien las correspondientes acciones de reforma o reducción que la ley les concede, tendientes a reclamar su legítima.

El legitimario podrá hacer uso de ese derecho o no (por ejemplo, renunciando a él), e incluso podrá dejar transcurrir el plazo que la ley establece para iniciar estas acciones sin demandarlas. De este modo, el derecho personal a reclamar el contenido de la legítima prescribirá o caducará, y esas disposiciones testamentaras excesivas, así como esas donaciones inoficiosas —que eran válidas y eficaces, pero reformables o reducibles respectivamente— ya no podrán ser reformadas ni reducidas.

Sobre el legado de una especie ganancial (artículo 1973 del Código Civil)

Dispone el artículo 1973 del Código Civil:

> Ninguno de los cónyuges puede disponer por testamento sino de su mitad de gananciales.
>
> Si uno de los cónyuges ha legado una especie que pertenece a la sociedad, no puede el legatario reclamarla, a no ser que por la partición, dicha especie caiga en el lote de los herederos. Si no cayere, se abonará el valor de la especie con la parte de gananciales correspondiente al testador y con los bienes particulares de éste.

En virtud de este artículo, el objeto del legado de una especie ganancial depende del resultado de la partición de la indivisión posganancial, lo cual es coherente con el efecto retroactivo de la partición que dispone el artículo 1151 del Código Civil.

La retroactividad de la partición se produce hasta el comienzo de la comunidad, que en este caso se genera con el fallecimiento del testador.

Si el bien legado se adjudica a los herederos, entonces, en virtud del efecto retroactivo de la partición, todo el bien legado estará incluido entre los bienes dejados por el causante a su fallecimiento, y por tal razón el legatario podrá reclamar toda la especie legada.

En cambio, si el bien legado se le adjudica al cónyuge supérstite, el bien no estará incluido entre los bienes dejados por el causante a su fallecimiento. Por tal razón, el legatario no podrá reclamar la especie legada, y la ley dispone que en lugar de ello podrá reclamar el valor de la especie con la parte de gananciales correspondiente al testador y con los bienes particulares de este.

Se aprecia que el valor del bien legado es siempre el mismo; lo que varía es el contenido de ese valor.

Si el legado cae dentro del lote de los herederos, el contenido del valor de la especie legada es la propia especie legada.

En cambio, si la especie legada cae dentro del lote del cónyuge supérstite, el contenido del valor de la especie legada deberá componerse con la parte de gananciales correspondiente al testador y con los bienes particulares de este.

Esto significa que, independientemente de en qué lote caiga la cosa legada, lo que se debe imputar a la parte de libre disposición es la totalidad del valor del bien legado, no la mitad.

Sobre la transacción

El artículo 2147, inciso 1, del Código Civil establece:

> La transacción es un contrato por el cual, haciéndose recíprocas concesiones, terminan los contrayentes un litigio pendiente o precaven un litigio eventual.

De la definición formulada por el Código Civil se desprenden los dos elementos característicos de la transacción: 1) su función de poner fin a un litigio pendiente o precaver un litigio eventual, 2) mediante concesiones recíprocas.[81]

El litigio es el conflicto de intereses que se presenta por la pretensión de uno de los interesados y la resistencia del otro. Puede estar pendiente o ser un litigio eventual.[82]

Esa controversia jurídica que provoca el otorgamiento de la transacción recae sobre una regulación ya dada, pero las partes desisten de obtener la

81 Al respecto dice Raúl Anido, «De la partición transaccional». *Revista de la Asociación de Escribanos de Uruguay,* ene.-jun. 1999, tomo 85, n.os 1-6, p. 26: «Superar la lite constituye la función esencial de la transacción; lo hace que en ella se concrete, junto a las recíprocas concesiones, la causa que nos permite identificarla».

82 Gamarra, Jorge. *Tratado de derecho civil uruguayo*. 4.ª ed. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1989. Tomo 1, p. 71. Señala que «la terminología legal no es totalmente correcta, porque cuando dice "litigio eventual", es el proceso lo eventual, no el litigio que ya existe».

solución de acuerdo con la regulación y optan por autocomponer el conflicto mediante recíprocos sacrificios.[83]

A su vez, esas concesiones recíprocas que caracterizan al tipo de transacción permiten distinguirlo de otros mecanismos de autocomposición de intereses, como el desistimiento y el allanamiento.[84]

Expresa Gamarra:[85]

> Hay dos formas de transacción. La llamada simple, donde cada litigante abandona parte de sus pretensiones originarias. Ej. A y B, contienden sobre la propiedad del bien X; la transacción puede pactarse reconociendo que ambos son propietarios de una parte del bien. Pero la transacción puede ser compleja, y agrega entonces, un elemento ajeno a la materia litigiosa. B, renuncia en forma total (no parcial) a su pretensión sobre el bien, pero a cambio de una suma de dinero que A deberá pagar. Esta compensación (que exorbita el *thema litigioso*) puede revestir cualquier forma obligacional: dar, hacer o no hacer.

La situación de hecho que Gamarra califica como *transacción compleja* es analizada con matices diferenciales por Carnelli, quien refiriéndose a la transacción mixta expresa:[86]

> La transacción será mixta cuando, junto a un elemento propio de la transacción típica se incluyan, en forma principal y no subordinada, ni

83 Gamarra, Jorge. *Tratado de derecho civil uruguayo*. 4.ª ed. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1989. Tomo 1, p. 87: «En materia de transacción hay una relación (o situación) jurídica (que llamaremos verdadera), la cual, en un momento dado se vuelve conflictual (litigiosa). El litigio echa un velo de subjetividad sobre la situación verdadera; si las partes recurren al proceso, resolverá el juez, que posee el monopolio de la función jurisdiccional.

»Pero si las partes prefieren acudir a la autocomposición, precluyen ya toda búsqueda de la verdad, solucionan sus diferencias (transan) mediante recíprocos sacrificios, cuya función es pacificar, esto es, terminar con el litigio. […]. Finalidad de la transacción —dice Liebman— es poner fin a la controversia y al proceso que ha derivado de ella, pero, con ella, se resuelve la controversia sin tener en cuenta aquella que hubiera sido la solución en base a la ley, mientras que el proceso consiste en la actuación del derecho».

84 Carnelli, Santiago. «La transacción y los medios de tutela». *Anuario de derecho civil uruguayo*, nov. 1997, tomo 27, p. 438 expresa: «[…] es posible jurídicamente que una de las partes renuncie por entero a su derecho propio y lo reconozca "in totum" al contrario, pero este fenómeno no es calificable legalmente, desde el punto de vista de nuestro derecho positivo, como transacción, y por consiguiente no está sometido en forma directa a su disciplina legal.

»En estos casos estaremos ante otros fenómenos jurídicos distintos de la transacción, y por consiguiente, sometidos a un régimen diferente a la misma, como el allanamiento de la pretensión contraria, o el desistimiento de la pretensión propia si el derecho subjetivo contestado se ha introducido en un proceso, o ante el abandono, renuncia, remisión, o abdicación de un derecho propio o la aceptación o reconocimiento del derecho ajeno en caso que la divergencia acerca de la existencia o inexistencia del derecho no se haya planteado como controversia en un juicio».

85 Gamarra, Jorge . *Tratado de derecho civil uruguayo*. 4.ª ed. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1989, p. 72.

86 Carnelli, Santiago. *Anuario de derecho civil uruguayo,* tomo 27, «La transacción y los medios de tutela», p. 442.

accesoria, contenidos correspondientes a otros tipos negociales, coexistiendo bajo una forma negocial unitaria, componentes que son característicos de otros contratos.

Por ejemplo, la renuncia del derecho propio, y el reconocimiento del derecho ajeno controvertido, realizado por una parte contra, no de una recíproca concesión de la otra parte, sino de la constitución, modificación o extinción por esta de un derecho extraño al controvertido, configura una situación calificable de transacción mixta.

Ello acontece con el abandono y el reconocimiento del derecho controvertido, contra la asunción de una obligación, contra el pago de una suma de dinero, contra la dación de una cosa, contra la prestación de un hacer o no hacer, contra la liberación de la otra parte de una deuda.

Al igual que en la transacción típica con inclusión de una cosa (derecho) extraña a la situación controvertida (1.ª parte artículo 1702 del Código Civil), en la transacción mixta hay incorporación de una cosa (derecho) de las mismas características (ajeno a la situación controvertida) y en la misma forma (constitución, modificación o extinción), pero faltan en ese tipo mixto, las recíprocas concesiones, porque solo una de las partes sacrifica por entero el derecho contestado, contra la constitución, modificación o extinción de un derecho ajeno al controvertido.

Sólo la primera, que denominamos transacción típica, es realmente transacción y se le aplica en forma directa la disciplina legal propia de ese tipo; en cambio, el régimen normativo de la transacción mixta dependerá de la teoría que se acepte: de la absorción, de la combinación o de la analogía.

Análisis del caso concreto

Hechos

Primeramente, debemos tener en cuenta que tanto el inmueble legado como los dos inmuebles adjudicados en la partición eran, al momento del fallecimiento del causante, de naturaleza ganancial entre el difunto y la legataria.

Surge de la escritura pública autorizada el 2 de agosto de 1994 que se adjunta, bajo el membrete «Entrega de legado y partición», que comparecieron la cónyuge supérstite y legataria, OMR, y las herederas legitimarias AMNM y SENM.

Según la cláusula segunda, las herederas legitimarias, AMNM y SENM, cumpliendo con lo dispuesto por el testador y de acuerdo con el artículo 938 del Código Civil, entregan a la legataria OMR el inmueble legado.

Surge de la cláusula quinta que declaran las comparecientes (esto es, las herederas AMNM y SENM y la cónyuge supérstite OMR) que, encontrándose en las condiciones del artículo 1127 del Código Civil, otorgan y solemnizan por el presente instrumento la partición de los bienes quedados al fallecimiento del señor JNF, y en el activo del cuerpo general de bienes se incluyen dos fracciones de campo.

Del literal B de la cláusula quinta surge:

> Teniendo en cuenta que el valor del bien adjudicado a la cónyuge supérstite es mucho mayor que el restante, las partes convienen de común acuerdo, que en la presente partición no se adjudicarán bienes a la cónyuge supérstite, quien considera satisfechas sus pretensiones con la entrega de legado que se efectuó y renuncia a cualquier reclamación ulterior por cualquiera de estos conceptos.

De la cláusula quinta, literal C, surge que se adjudica a cada una de las heredaras legitimarias por su legítima una fracción de campo.

Aplicación de lo expuesto en las consideraciones previas a los hechos que surgen del caso concreto

Para comprender el significado de este negocio, es importante señalar que no estamos ante una entrega de legado y una partición independiente y desvinculada, sino, como veremos, ante dos actos conexos otorgados en ejecución de un acuerdo transaccional, y como tales deben interpretarse teniendo presente la finalidad económica unitaria que persiguen.[87]

87 Si bien en el caso no estamos ante contratos conexos, sí estamos ante actos conexos, por lo cual considero aplicables las siguientes referencias.
En la doctrina española Díez-Picazo Ponce de León, Luis. *Fundamentos del derecho civil patrimonial: Introducción. Teoría del Contrato*. 6.ª ed. Madrid: Civitas, 2007. Tomo 1, p. 502, ha señalado: «En la interpretación de los contratos, tiene gran importancia lo que Betti llamó el "canon hermenéutico de la totalidad", o interpretación sistemática del contrato, que nuestro código recoge en el artículo 1295. Según él, las cláusulas de un contrato "deben interpretarse las unas por las otras atribuyendo a las dudosas el sentido que resulte del conjunto de todo".
»[…].
»El criterio sistemático es una consecuencia lógica del contrato e impone la evitación o superación de contradicciones y antinomias y la determinación de las disposiciones de carácter principal frente a las accesorias. No entra en juego sólo en relación de las diversas cláusulas de un mismo contrato, sino que puede y debe aplicarse también a la relación que varios contratos puedan tener dentro de una unidad negocial compleja, cuando todos ellos se celebren para conseguir una finalidad económica unitaria».
En el mismo sentido, en nuestra doctrina se ha manifestado Rodríguez Russo, *La interpretación del contrato*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2006, p. 197, que dice:
«En materia de contratos conexos se ha señalado que la interpretación debe operar a partir de la consideración y examen en forma conjunta de los contratos vinculados, estableciendo en qué medida la conexión existente, por sí o conjuntamente con otras circunstancias, tiene o puede tener relevancia jurídica, determinando el contenido integral de la efectiva vinculación existente, sus alcances, y la concreta interdependencia que se verifica entre todos los negocios. En ese marco debe tenerse especialmente en consideración la finalidad económica unitaria perseguida a través del conjunto de contratos, sin la cual ellos no se hubieran otorgado. En situaciones de discordancia entre las disposiciones de los distintos contratos conexos, o siendo admisible la asignación de diversos significados, deberá entenderse en el sentido más adecuado a la finalidad del conjunto, procurando conciliar las declaraciones y finalidades particulares de los unos por medio de los otros».

De la documentación que se adjunta surge que el inmueble legado a la cónyuge supérstite era de naturaleza ganancial.

Como vimos, de acuerdo con el artículo 1973 del Código Civil, independientemente de en qué lote caiga la cosa ganancial legada, lo que se debe imputar a la parte de libre disposición es la totalidad del valor del bien legado, no la mitad. En el caso concreto, lo que debe imputarse a la parte de libre disposición es el valor de la totalidad del inmueble legado.

Si el legado excede a la parte de libre disposición, ello no significa que sea nulo, pero sí que los legitimarios podrían iniciar la acción de reforma de testamento tendiente a reducir el legado para que sus legítimas no sean vulneradas.

Según expresaron las propias partes, el valor del bien legado es mucho mayor que el valor de las fracciones que se adjudican a las legitimarias en la partición, de lo cual se deduce que el legado excedía a la parte de libre disposición, ya que no existían otros bienes en la sucesión, salvo un vehículo automotor.

Como consecuencia de ello, frente a la pretensión de la legataria de que se le entregue el legado, las legitimarias podían resistirse e iniciar una acción de reforma de testamento.

Esta situación nos coloca frente a un supuesto de *litigio eventual*, que tiene por objeto la entrega del legado y esclarece la razón por la cual las partes llegan a un acuerdo y lo incluyen en el literal B de la cláusula quinta.

¿Qué significa ese *común acuerdo*? Es una transacción compleja o mixta a través del cual las partes «precaven un litigio eventual» con relación a la entrega del legado, pero que al mismo tiempo se proyecta respecto a la partición sobre la comunidad posganancial.

El acuerdo transaccional consiste en que las herederas aceptaron entregar el legado renunciando a iniciar la acción de reforma del testamento, pero a cambio de ello la legataria aceptó que, en la partición que otorgarían sobre los restantes inmuebles que tienen en comunidad, estos se adjudicaran en forma exclusiva a las legitimarias. Con la entrega del legado consideró satisfechas sus pretensiones y renunció a cualquier reclamación posterior.

¿Qué significa que la cónyuge considera satisfechas sus pretensiones con la entrega del legado y renuncia a cualquier reclamación posterior?

Para comprender esa declaración debemos tener presente que el hecho de que en la partición se adjudiquen los bienes a las legitimarias y no a la cónyuge supérstite implica que se genere una soulte total a favor de esta última.

La manifestación de la cónyuge supérstite en cuanto a que considera satisfechas sus pretensiones con la entrega del legado y renuncia a cualquier reclamación posterior significa que, en virtud de la transacción realizada, su sacrificio a cambio de que se le entregara el legado consiste en la renuncia a esa soulte total, o bien, si se prefiere, su sacrificio consiste

en que considera pagada la soulte por el hecho de que se le haya entregado el legado.

Dicho en otros términos, el acuerdo consiste en que las legitimarias entregarán el legado al margen de si vulnera o no las legítimas, pero a cambio, en la partición de la comunidad posganancial, a ellas se les adjudicarán los restantes inmuebles, y la cónyuge supérstite renunciará a la soulte total que le correspondería, o bien, si se prefiere, considerará pagada la soulte por la entrega del legado.

Esta transacción puede calificarse de *compleja* en términos de Gamarra o *mixta* en términos de Carnelli, de acuerdo con lo referido en las consideraciones previas, porque a la materia litigiosa, que es la entrega del legado, se agrega un elemento ajeno que opera como contraprestación, el cual en este caso consiste en la renuncia a la soulte total que se genera a favor de la cónyuge supérstite en la partición, o, desde otra perspectiva, el elemento ajeno consiste en que se considere pagada la soulte total por el hecho de que se haya entregado el legado.

En ejecución de dicho acuerdo transaccional, las dos legitimarias entregan el legado a la cónyuge legataria y los tres sujetos mencionados otorgan la partición de la comunidad posganancial.

Destaco que la cónyuge supérstite también otorga la partición, lo cual surge de la cláusula quinta, cuando se expresa: «declaran las comparecientes que encontrándose en las condiciones del artículo 1127 del Código Civil otorgan y solemnizan por el presente instrumento la partición de los bienes quedados al fallecimiento del señor JNF».

En dicha partición, las dos fracciones que formaban el cuerpo general de bienes fueron adjudicadas una para cada legitimaria.

Como consecuencia de ello, se generó una soulte total a favor de la cónyuge supérstite, pero esta declaró que considera satisfechas sus pretensiones con la entrega del legado y que renuncia a cualquier reclamación ulterior, lo cual, por inducción necesaria de sus palabras (artículo 2159 del Código Civil), comprende la renuncia a la soulte que le correspondía, o, si se prefiere, la aceptación de que considera pagada la soulte por la entrega del legado.

Conclusión

A través de la actividad hermenéutica realizada se llegó al siguiente resultado interpretativo:

Las partes realizaron un acuerdo transaccional complejo o mixto, que tiene por objeto la entrega del legado y que se proyecta en la partición de la comunidad posganancial.

En ejecución de ese acuerdo, las dos legitimarias entregaron el legado a la legataria y los tres sujetos mencionados otorgaron la partición de la comunidad posganancial, adjudicando a las legitimarias los dos inmuebles referidos, y habiendo declarado la cónyuge supérstite que considera

satisfechas sus pretensiones con la entrega del legado y que renuncia a cualquier reclamación ulterior, lo cual, por inducción necesaria de sus palabras (artículo 2159 del Código Civil), comprende la renuncia a la soulte que le correspondía o, si se prefiere, la aceptación de que considera pagada la soulte por la entrega del legado.

Como efecto de dichos actos, la legataria es propietaria exclusiva del inmueble legado y las herederas son propietarias exclusivas de los inmuebles respectivamente adjudicados.

A entender del informante, la situación no merece observaciones.

Esc. Juan Pablo Villar
Informante

La mayoría de esta comisión entiende que, en el caso, más que de una transacción mixta se trata de una partición transaccional, ya que, estando los bienes en indivisión posganancial, los coindivisarios en forma unánime determinaron la manera de poner fin a la indivisión, adjudicando a la cónyuge supérstite el bien que se le había legado y a las legitimarias las restantes fracciones de campo. A través de esta interpretación se arriba al mismo resultado al que se llega en el informe desarrollado, esto es: como efecto de dicho acto la cónyuge supérstite legataria es propietaria exclusiva del inmueble legado y las herederas legitimarias son propietarias exclusivas de los inmuebles respectivamente adjudicados, sin que dicha situación merezca observaciones.

Montevideo, 12 de mayo de 2015. La Comisión de Derecho Civil, integrada por los escribanos María Jesús Almandoz, Fernando Alonso, Alicia Cancela, Jorge Carneiro, María Inés Casatroja, Daniella Cianciarulo, Stefania Della Mea, Gustavo Echavarría, Alicia González Bilche, Silvana González Perdigón, Carlos Groisman, Adriana Inciarte, Mónica Jover, Maximiliano Mauri, Roque Molla, Margarita Puertollano, María Daniela Rey, María Ritacco, Virginia Rodríguez, Mildred Secondo, Diego Seré, Adriana Silva, Verónica Ubillos, María Beatriz Vázquez, Jimena Viana y Juan Pablo Villar, aprueba el informe que antecede.

Escs. Roque Molla y Juan Pablo Villar
Coordinadores

Aprobado por la Comisión Directiva Nacional de la AEU el 16 de junio de 2015. Expediente 762/2015.

DISOLUCIÓN DE SOCIEDAD ANÓNIMA. DISOLUCIÓN DE SOCIEDAD. COMERCIAL. BIEN INMUEBLE RURAL. ACCIONES AL PORTADOR. LIQUIDACIÓN DE SOCIEDAD ANÓNIMA. LIQUIDACIÓN DE SOCIEDAD COMERCIAL

RESUMEN

La sede debe representar a la sociedad disuelta, dado que el inmueble se encuentra en su patrimonio y que aquella conserva su personería jurídica a los efectos de su liquidación, sin perjuicio de los contralores registrales aplicables para la inscripción del acto.

Informe: Comercial

Consulta

Relación de hechos

En 1997 se constituyó P SA, con acciones nominativas.

En 1998 la sociedad constituyó hipoteca a favor del banco M, sobre una fracción de terreno rural.

En octubre de 2002 la sociedad modificó las acciones de nominativas al portador.

En setiembre de 2002 el banco M promovió judicialmente la ejecución de la garantía hipotecaria mencionada.

La oficina actuaria respectiva observó los títulos y solicitó a la escribana consultante que aclare la situación prevista por las leyes 18092, 18172 y 18638, dado que la sociedad tiene sus acciones al portador y, en atención a la consecuencia establecida por la ley 19288 —disolución de pleno, aplicable a las sociedades anónimas con acciones al portador que no cumplieron con ciertos requisitos—, la actuaria quiere saber si la sede debe representar a la sociedad anónima disuelta o a sus accionistas.

Opinión de la consultante

Es opinión de la consultante que la normativa citada por la oficina actuaria de la sede, así como la ley 19288, recién entrada en vigencia, y su decreto reglamentario, no alteran *ipso jure* de forma alguna la titularidad del inmueble a ejecutar, con base en los argumentos que se exponen.

Las leyes 18092, 18172 y 18638, y sus respectivos decretos reglamentarios, establecieron el régimen de titularidad para inmuebles rurales declarando que ello es de interés general. En el inciso 2 del artículo 1 de la ley 18092 se establecía:

> Las sociedades anónimas y en comandita por acciones comprendidas en la ley 16060 de 4 de setiembre de 1989 podrán ser titulares de los inmue-

> bles rurales y de las explotaciones agropecuarias siempre que la totalidad de su capital accionario estuviere representado por acciones nominativas pertenecientes a personas físicas.

Sin perjuicio de ello, se disponía que podía existir autorización del Poder Ejecutivo.

Como sanción a quienes no adecuaban su capital, las sociedades se considerarían «disueltas de pleno derecho a todos los efectos legales».

Similar solución es planteada por la reciente ley 19288 en su artículo 1.º.

La normativa citada nos parece suficientemente clara en lo que respecta a que el incumplimiento por la sociedad de los requisitos exigidos no altera de forma alguna la titularidad de esta sobre los bienes que se encuentren en su patrimonio, así como no constituye una supresión de la personalidad jurídica.

Las disposiciones citadas tienen en común que el incumplimiento de la sociedad trae aparejada como sanción la disolución *ipso jure*. Es decir que, acaecido el elemento temporal que fija la ley sin que se verifique el cumplimiento, la sociedad incumplidora entra en proceso de liquidación, el cual culminará con la extinción de la sociedad.

Disolución no es sinónimo de *extinción*. Por el contrario, la disolución es un camino que llevará a la extinción de la sociedad, pero es solo el comienzo del camino.

Lo dispuesto por las normas a estudio no puede ser interpretado en forma aislada, sino que se ha de tener en cuenta el cúmulo de disposiciones que rigen en materia de sociedades, tales como los artículos 167 a 183 de la ley 16060, en especial el artículo 168, que expresa claramente:

> (Personería jurídica). 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.

Es así que el artículo 164 de la ley 16060 expresa que los administradores de la sociedad en liquidación solo podrán atender los asuntos urgentes y deberán adoptar las medidas necesarias para iniciar la liquidación. Pero aun si atendieran cualquier operación ajena a esos fines, serán responsables ilimitada y solidariamente respecto a los terceros y a los socios, sin perjuicio de la responsabilidad de estos.

Es decir, la sanción por actuar fuera de los límites establecidos no es la nulidad de los actos, sino la responsabilidad ilimitada y solidaria del administrador.

Ante una sociedad anónima que se encuentra dentro de los supuestos de las normas citadas, se debe, de acuerdo con el artículo 169 de la ley 16060, modificar la denominación social agregando tan solo la mención «en Liquidación», y dicha omisión en cualquier acto hará solidariamente responsables a los administradores y liquidadores por los daños y perjuicios que de ella se deriven frente a los socios y terceros. Aquí tampoco se

sancionan con nulidad los actos otorgados por la sociedad sin anunciar su nuevo estado.

Igual solución es la que se plantea en la órbita de la ley 19288. La única diferencia entre las leyes 18092, 18172, 18638 y 19288 es que en el primer conjunto normativo los terceros no cuentan con ninguna herramienta que les permita saber si estamos en presencia o no de una sociedad disuelta por no cumplir con tales requisitos.

Es decir que la inoperancia de los accionistas o administradores en proceder a la liquidación queda en el anonimato. Ello hace extremar los cuidados del profesional interviniente cada vez que nos encontremos ante una sociedad anónima con acciones al portador que posee un inmueble rural, o que aun en un inmueble urbano o suburbano desarrolla actividad tipificada como agropecuaria.

Sin embargo, en la órbita de la ley 19288 contamos con otra protección para los terceros, en virtud de que se dispone que la DGI y el BPS identificarán en el RUT y en el registro de contribuyentes y empresas respectivamente a las sociedades disueltas en virtud del artículo 1 como sociedades en liquidación, con especial mención a la ley. La DGI comunicará a la DGR 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 y 8 de la presente ley, la DGI comunicará los referidos datos a la DGR a los efectos de la cancelación de oficio de la inscripción registral de aquellas (artículo 19 ley 19288).

Es decir, para las sociedades disueltas de pleno derecho por la ley 19288 se cuenta con la comunicación al Registro, lo que nos permite tener certeza de que dichas sociedades se encuentran en proceso de liquidación.

La sociedad en estudio se encuentra en proceso de liquidación desde el 1 de junio de 2009, por lo que no la alcanzan las disposiciones de la ley 19288.

Conclusión de la consultante

Por los fundamentos vertidos, la opinión de la consultante es que no se afecta en nada la titularidad del inmueble rural a ejecutar. La propietaria de dicho inmueble continúa siéndolo; es irrelevante individualizar a los accionistas o solicitar información registral por las personas que suscribieron el acta de constitución de la sociedad.

La única modificación que introducen las mencionadas leyes es que, al momento de proceder a la escrituración judicial del bien, la sede comparecerá en representación de P SA en Liquidación.

Informe de la Comisión de Derecho Comercial

Régimen jurídico aplicable a las sociedades anónimas disueltas

Corresponde en primera instancia precisar el régimen jurídico aplicable a las sociedades anónimas disueltas, para lo cual, dado el tenor de la consulta, distinguimos tres situaciones:

Régimen aplicable a las sociedades anónimas disueltas conforme a lo establecido por los artículos 159 a 183 de la ley 16060, de 4 de setiembre de 1989 (régimen general)

Son efectos de la disolución de una sociedad anónima disuelta por aplicación del régimen general de la ley 16060, los siguientes:

La sociedad conserva su personería jurídica (artículos 166 y 168).

Aun disuelta —y fuera de los casos de los numerales 7 y 10 del artículo 159 de la ley 16060—, pueden los socios decidir su reactivación (artículo 166).

En caso de duda sobre la existencia de una causal de disolución, se estará a favor de la subsistencia de la sociedad (artículo 165).

Artículo 164:

> Los administradores sólo podrán atender los asuntos urgentes y deberán adoptar las medidas necesarias para iniciar la liquidación. Cualquier operación ajena a estos fines, es plenamente válida y eficaz, siendo éstos responsables ilimitada y solidariamente respecto a los terceros y a los socios sin perjuicio de la responsabilidad de éstos (artículo 39).

La sociedad entra en liquidación (artículo 167).

El proceso de liquidación, regulado por la ley 16060 en los referidos artículos, tiene la finalidad de extinguir la totalidad del pasivo social y adjudicar la totalidad de los activos remanentes a los socios, por concepto de reembolso de capital (artículo 181, con la redacción dada por el artículo 19 de ley 19288). Puede al efecto garantizarse debidamente el pago de las obligaciones no exigibles o de aquellas que por justa causa no pudieran ser canceladas (artículo 178), y/o consignarse judicialmente los bienes no reclamados (artículo 180).

A la denominación social se agregará la mención «en Liquidación» (artículo 169).

La liquidación estará a cargo de los administradores o los liquidadores designados (artículo 170).

Representan a la sociedad los administradores o los liquidadores, quienes «deberán obrar conjuntamente, salvo pacto en contrario. Si alguno o algunos de los liquidadores no quisiera o no pudiera actuar, el o los restantes podrán hacerlo hasta la designación del o de los sustitutos» (artículo 173).

Los liquidadores o los administradores —si no se hubiera nombrado liquidador— están facultados para celebrar todos los actos necesarios para la realización del activo y la cancelación del pasivo.

Artículo 175:

> Deberán concluir las operaciones sociales que hayan quedado pendientes al tiempo de la disolución y no podrán iniciar nuevos negocios, salvo que sean necesarios para la mejor realización de la liquidación. Se hallan sujetos a las instrucciones impartidas según el tipo de sociedad.

El nombramiento de liquidador debe ser inscripto en el Registro de Personas Jurídicas, sección Registro Nacional de Comercio, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 170, con la redacción dada por el artículo 14 de la ley 17904, de 7 de octubre de 2005, y el artículo 86, con la redacción dada por el artículo 13 de la ley 17904, para hacer oponible el acto o contrato de que se trate.

Régimen aplicable a las sociedades anónimas disueltas de pleno derecho conforme a las disposiciones de la ley 18092, de 7 de enero de 2007 —con la redacción dada por el artículo 349 de la ley 18172 de 31 de octubre de 2007—, normas concordantes y modificativas.

Aplican en este caso iguales efectos que los reseñados en el numeral anterior, salvo lo establecido en el literal *c,* donde expresamente la ley dispone que no es de aplicación dicha norma de interpretación, al entender que no hay duda respecto a la disolución operada (artículo 2, inciso 2).

Por tanto, las sociedades anónimas con acciones al portador, obligadas conforme lo establecido por el artículo 1 de la referida ley, que al 30 de junio de 2011 —en mérito a lo dispuesto por el artículo 1 de la ley 18368, de 28 de diciembre de 2009, que modifica lo preceptuado por el artículo 1 de la ley 18461, de 8 de enero de 2009— no hubieren adecuado su capital, «[…] se considerarán disueltas de pleno derecho a todos los efectos legales».

En consecuencia, resulta disuelta de pleno derecho la sociedad obligada por dicha ley que al término del plazo indicado no hubiera adecuado su capital de las distintas formas posibles: a) habiendo obtenido la autorización del Poder Ejecutivo que contempla la norma; b) habiendo culminado (publicaciones legales) el trámite de reforma de las acciones de al portador a nominativas o escriturales; c) habiendo culminado (publicaciones legales) el trámite de transformación de sociedad anónima a sociedad de responsabilidad limitada, o d) cambiando la titularidad de las acciones nominativas o escriturales de persona jurídica a persona física.

No obstante, en consonancia con lo expuesto en el numeral precedente, dichas sociedades pueden resolver su reactivación en el mismo acto en que se configura la hipótesis por la que optaron para salir de la causal (pasan-

do las acciones de al portador a nominativas, si fuera el caso, resolviendo ambos extremos en la misma asamblea).

Si la sociedad hubiera decidido salir de la causal a través de la reforma del tipo de acción, podría recurrir, a partir de la entrada en vigencia de la ley 18930, al régimen dispuesto por su artículo 17 —sin conformidad administrativa—, o bien requerir la conformidad administrativa del órgano estatal de control —si dicha reforma no consistiera únicamente en la sustitución de la totalidad del capital representado por acciones al portador por acciones nominativas o escriturales por el mismo valor nominal—.

Régimen aplicable a las sociedades anónimas disueltas de pleno derecho conforme a las disposiciones de la ley 19288, de 26 de setiembre de 2014, y su decreto reglamentario 346/014, de 27 de noviembre de 2014

Aplican en este caso iguales efectos que los reseñados en el numeral 1 de este informe, salvo lo establecido en los literales *b* y *c*.

Por tanto, y en atención a lo establecido por la ley 19288, las sociedades anónimas con acciones al portador, a que refiere el artículo 1 de la ley 18930, de 17 de julio de 2012, que no hubieran cumplido con la obligación de información sobre los titulares que representen al menos el 50 % de su capital integrado, de acuerdo con los artículos 6 y 7 de la referida ley (18930), al 29 de enero de 2015 se encuentran disueltas de pleno derecho y no se pueden reactivar.

Adicionalmente a lo expuesto, en forma comparativa con las dos situaciones que se distinguieron en los precedentes numerales, corresponde precisar ciertas particularidades del régimen de disolución de pleno derecho de la ley 19288:

En consonancia con la finalidad perseguida por la norma de depuración del padrón de las sociedades inactivas en el país, la ley establece un plazo para que las sociedades disueltas por efecto de esta ley se liquiden: 29 de mayo de 2015 (artículo 3).

Asimismo, preceptúa una consecuencia para el caso de que no se dé cumplimiento a dicho precepto: multa del 50 % del valor del activo de la sociedad (artículo 4).

Finalmente, corresponde tener en cuenta algunas disposiciones que aplican al caso objeto de consulta:

Lo establecido por el artículo 3 del decreto 247/012, con la redacción dada por el artículo 1 del decreto 24/014:

> Las entidades en liquidación y los titulares de participaciones patrimoniales al portador en las mismas, se encuentran obligados por las disposiciones de la ley que se reglamenta, hasta la cancelación de su personería jurídica […].

Lo previsto por el decreto 346/014, artículos 1 y 9, que especifican las entidades comprendidas por las disposiciones de la ley 19288:

– Artículo 1 (entidades comprendidas), inciso final:

> Las entidades residentes emisoras total o parcialmente de participaciones patrimoniales o cuota partes al portador, que a la entrada en vigencia de la ley que se reglamenta, se hayan disuelto o extinguido en virtud de otras leyes o por aplicación del régimen general establecido por la ley 16060, de 4 de setiembre de 1989, se encuentran comprendidas en el presente artículo.

– Artículo 9 (liquidación de la sociedad) inciso final:

> Quedan comprendidas en el presente artículo, las sociedades referidas en el inciso anterior, emisoras total o parcialmente de participaciones patrimoniales al portador, que a la entrada en vigencia de la ley que se reglamenta, se encuentren disueltas en virtud de otras leyes o por aplicación del régimen general establecido por la ley 16060.

Por lo tanto, a las sociedades anónimas disueltas por efecto de la ley 18092 que no hubieran cumplido con la comunicación al Banco Central del Uruguay como lo dispone el artículo 1 de la ley 19288 (al menos el 50 % de su capital integrado), les aplican las disposiciones de la ley 19288 y tienen plazo para liquidarse hasta el 29 de mayo de 2015; de lo contrario serán pasibles de una multa equivalente al 50 % del activo propiedad de la sociedad a esa fecha.

– Artículo 36 del decreto 346/014, que establece los contralores registrales exigibles en la inscripción registral de los actos y negocios jurídicos de las sociedades disueltas por aplicación de la ley 19288, que señala el artículo 1 del referido decreto.

Análisis del caso

Teniendo en cuenta lo expuesto, considerando que el objeto de la consulta es una sociedad anónima con acciones al portador, disuelta de pleno derecho por efecto de la ley 18092, normas concordantes y modificativas, a la que le aplican las disposiciones de la ley 19288 por no haber cumplido con la comunicación al Banco Central del Uruguay dispuesta por la ley 18930 en los términos previstos por el artículo 1 de la ley 19288, conforme a lo preceptuado por el inciso final del artículo 1 del decreto 347/014, y teniendo en cuenta lo establecido por el artículo 3 del decreto 247/012, así como el régimen general de disolución y liquidación dispuesto por la ley 16060, la situación jurídica de la sociedad es la siguiente:

La sociedad en liquidación conserva plenamente su personería jurídica, por lo que corresponde su actuación a través de sus representantes legales o, en su caso, a través del juez que deba firmar en su representación la compraventa judicial, como es el supuesto objeto de consulta.

No corresponde, pues, de ninguna forma la consideración de su actuación a través de sus accionistas, lo que sería incorrecto. En efecto, en virtud de lo que establece la ley 16060 en sus artículos 167 y siguientes, y hasta tanto se culmine la liquidación —lo que implica la cancelación del activo y

pasivo social y comprende, entre otros actos, la desapropiación de los bienes (que en el caso se traduce en la compraventa judicial)—, la personería jurídica se mantiene. Solo una vez cumplidos los extremos establecidos por el artículo 181 de la ley 16060 (con la redacción dada por el artículo 19 de la ley 19288) se cancela la inscripción y la personería jurídica se extingue. Nunca estando vigente la persona jurídica puede considerarse posible que por el solo hecho de estar disuelta la sociedad el patrimonio social pase a los accionistas o socios fundadores.

La sociedad debe liquidarse y, como parte de ello, desapropiarse de su activo, y la venta de un inmueble de una sociedad en liquidación es un típico acto de liquidación de su activo.

En forma complementaria a lo señalado, y atendiendo razones de índole práctica, se destaca lo dispuesto por el artículo 36 del decreto 346/014, que establece los contralores registrales aplicables a las entidades en liquidación comprendidas en su artículo 1, dados el plazo y la multa dispuestos al efecto.

Conclusión

La sede debe representar a la sociedad disuelta, dado que el inmueble se encuentra en su patrimonio y que la sociedad conserva su personería jurídica a los efectos de su liquidación, sin perjuicio de los contralores registrales aplicables para la inscripción del acto.

Esc. Inés Cobas Messinger
Informante

Montevideo, 25 de mayo de 2015. La Comisión de Derecho Comercial, integrada por los escribanos Mónica González, Adriana Porcires, César Coll, Gabriela Fernández, Javier Carneiro, Jacqueline Reymunde, Paola Igoa, Stefania Della Mea, Reina Gatti, Ema Klaczko, Adriana Tuzman, Mariana Cerrutti, Adriana Amado, Daniella Cianciarulo e Inés Cobas, aprueban el informe que antecede.

Escs. Daniella Cianciarulo
y Adriana Amado
Coordinadoras alternas

Aprobado por la Comisión Directiva de la AEU el 7 de julio de 2015. Expediente 820/2015.

GARAJE. PROPIEDAD HORIZONTAL

Resumen

A quién pertenece un baño sito en una unidad garaje de propiedad horizontal y que ocupa parte de un lugar de estacionamiento, cuyo uso no fue adjudicado en el plano y reglamento a ninguna unidad.

Informe: Civil

Consulta

Relación de hechos

El conjunto habitacional A se encuentra compuesto por seis bloques de edificios con 242 apartamentos destinados a vivienda, 3 locales comerciales, 11 unidades destinadas a garajes (que a su vez se subdividen en cocheras) y una sala de reuniones.

El complejo se describe según los planos de fraccionamiento del agrimensor C, inscripto en la Dirección General de Catastro el 21 de abril de 1983, y se rige por el reglamento de copropiedad autorizado el 20 de julio de 1983 por la escribana D.

Se consulta

¿A quién le corresponde el baño que se encuentra en la unidad de propiedad horizontal garaje …1?

En la asamblea de copropietarios hay tres opiniones:

- al propietario cuya cochera se ve disminuida por la existencia del baño;
- a todos los copropietarios de las cocheras que integran la misma unidad garaje;
- a todos los copropietarios del complejo habitacional.

Opinión de la consultante

En los planos de mensura y fraccionamiento, así como en el reglamento de copropiedad, nada se menciona sobre los baños aludidos. Dichos baños fueron construidos dentro de las unidades de propiedad horizontal garaje, más específicamente en el área de una determinada cochera.

Su uso corresponde al propietario de dicha cochera con acceso directo al baño, el que por ello ve reducido su espacio útil de guardado del vehículo.

Informe de la Comisión de Derecho Civil

En el régimen general sobre garajes, sea que estén comprendidos en el régimen de propiedad común o sean unidades horizontales, estos deben estar señalizados.

Con relación al complejo habitacional A, nos remitimos a lo relacionado precedentemente en cuanto a su plano y reglamento.

En el complejo hay once unidades de propiedad horizontal con destino a garaje. Cada una de esas unidades da derecho a guardar automóviles. La unidad garaje …1 da lugar a guardar cuatro vehículos.

En la fotocopia del croquis de ubicación de lugares de garaje, del agrimensor C, surge en el garaje …1 la ubicación del baño y cómo se distribuyen los cuatro lugares del garaje. Ese croquis indica la ubicación de cada cochera y en líneas punteadas marca el lugar que tiene cada una, y allí se observa que el lugar 3 es el más pequeño y el baño quedó fuera de los lugares de las cuatro cocheras.

El plano de fraccionamiento del citado agrimensor, debidamente inscripto en la Dirección General de Catastro, describe la unidad de propiedad horizontal …1 y en él no figura el baño.

En el reglamento de copropiedad, al describirse a la unidad garaje …1, no se hace mención alguna al baño. Tampoco surge a quién corresponde ese baño de otras disposiciones del reglamento de copropiedad.

En la escritura de compraventa, autorizada el 28 de setiembre de 2010, se establece que los señores HBM y ERS adquirieron la cuarta ava parte indivisa de la unidad garaje …1, que les corresponde el lugar individualizado como 3, de un total de cuatro, de acuerdo con el croquis de estacionamiento vehicular suscrito por el agrimensor C en julio de 1982. Por consiguiente, en la referida compraventa quedó claramente determinado el lugar que ocuparían en el garaje.

En esta situación, esa unidad garaje se encuentra regulada por las disposiciones del Código Civil en lo que respecta al condómino. Los condóminos tienen cuotas abstractas, cuotas indivisas que no se concretan en un lugar determinando en la cosa, sino que cada condómino va a tener derecho al todo y cada uno puede utilizar la cosa sin determinación de parte. En el derecho uruguayo, a diferencia de otros derechos, el condominio es indiviso, es decir que no se puede afirmar que un condómino tenga una parte del bien; a todos les corresponde el todo. A lo que sí habilita nuestro derecho es a realizar acuerdos entre los condóminos sobre cómo se va a utilizar el bien.

Al establecerse en la escritura de compraventa que se adquiere la cuarta ava parte indivisa y que se utilizaría el lugar señalado con el número 3, hay un reconocimiento de ese acuerdo de uso de la unidad garaje, y el comprador acepta usar ese lugar.

Conclusión

Al no surgir del plano y reglamento a quién le corresponde el uso del baño ubicado en la unidad garaje …1 y encontrarse este dentro de una unidad de propiedad horizontal en la cual hay varios condóminos, rige el Código Civil y el baño les corresponde a todos los copropietarios de la unidad garaje …1.

Esc. Rossana Ivanier Gottesman
Informante

Montevideo, 9 de junio de 2015. La Comisión de Derecho Civil, integrada por los escribanos Sandra Bochard, Miguel Burdín, Alicia Cancela, Adriana Goldberg, Alicia González Bilche, Carlos Groisman, María Paola Igoa, Adriana Inciarte, Rossana Ivanier, Mónica Jover, María del Rosario Marchese, Maximiliano Mauri, Roque Molla, Margarita Puertollano, María Ritacco, Estela Sarachu, Diego Seré, Adriana Silva, Mariella Spagnolo, Gonzalo Trobo y Juan Pablo Villar, aprueba el informe que antecede.

Escs. Roque Molla y Juan Pablo Villar
Coordinadores

Aprobado por la Comisión Directiva Nacional de la AEU el 14 de julio de 2015. Expediente 370/2013.

SOCIEDAD ANÓNIMA. REPRESENTACIÓN. ACCIONES AL PORTADOR

Resumen

Se puede considerar suplida la autorización que requiere el artículo 84 de la ley 16060, cuando existe la prueba de que el titular del capital accionario de una sociedad es una sola persona, quien a su vez es presidente del directorio.

Informe: Civil

Consulta

Hechos

Con fecha 6 de agosto de 1993, los cónyuges AS y JG enajenaron por título compraventa y modo tradición a D SA el inmueble …

En 1996 D SA lo enajenó por título compraventa y modo tradición a NK, quien era entonces presidente del directorio de dicha sociedad, por escritura que autorizó la escribana NRM.

No se controló el artículo 84 de la ley 16060 porque la colega autorizante entendió que, al ser el único accionista y director, no era necesario confeccionar el acta respectiva.

La sociedad tenía acciones al portador y hoy está disuelta por la ley 19288.

Se presenta certificado notarial y contable que acredita dicha circunstancia.

Opinión del consultante

Cita un caso resuelto por la Comisión de Derecho Comercial, que trataba de una compraventa entre el presidente de la sociedad y la persona jurídica sin haberse controlado los supuestos de los artículos 84 y 388 de la ley 16060.[88] La única diferencia era que en aquel caso se trataba de acciones nominativas y en este se trata de acciones al portador, pero a su juicio la conclusión es la misma.

En aquella oportunidad la comisión entendió que:

- Aunque se trate de un solo accionista, la asamblea debe realizarse igualmente.
- Si los supuestos del artículo 84 no fueron constatados en un antecedente, el profesional actuante debe comprobar certeramente que la totalidad del capital accionario se encuentra en manos de una sola persona, controlar las acciones y realizar la debida compulsa del libro de registro de acciones.
- Ante esa eventualidad no se puede ir contra el acto propio del accionista que actuó en representación de la sociedad y por sí.

En este caso las acciones son al portador y la colega autorizante certifica que la calidad de único accionista surgía del libro de actas de accionistas controlado en la escritura, por lo que entiende que debería aprobarse la titulación.

Informe de la Comisión de Derecho Comercial

Como manifiesta la consultante, esta comisión ha sostenido que, aunque el accionista sea uno solo, debe realizarse una asamblea que autorice el acto en las condiciones de los artículos 84 y 388.

88 Rocca Bustos, José Osvaldo. Asociación de Escribanos del Uruguay. Comisión de Derecho Comercial. «Titulación». *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, ene.-dic. 2012, tomo 98, pp. 265-268.

También ha sostenido que en algunas oportunidades, cuando se tiene certeza de que el accionista era solo uno y a su vez presidente del directorio, sin perjuicio de que fuera necesaria la autorización, no se puede ser tan severo con dicha exigencia. Esto porque esa persona que es el único accionista no podría intervenir en la escritura en un sentido y pretender que no está autorizando el acto.

Tal como manifiesta la consultante, así fue sostenido en la consulta que cita, con la diferencia de que en aquella oportunidad las acciones eran nominativas y por lo tanto era más fácil aseverar que se trataba de un accionista, que a su vez era el presidente.

Todo se reduce a una cuestión de prueba. O sea, se aplica a este caso la misma solución del anterior, pero, como también se dijo en aquella oportunidad, en el caso de que se trate de acciones al portador es más difícil tener la certeza de quién realmente es el titular de las acciones.

Se adjunta un certificado notarial que así lo consigna y debe suponerse que la escribana certificante conocía dicho extremo.

En este sentido, si quien actuó como presidente del directorio y como comprador era el único accionista, se debe considerar que existió autorización para dicho acto, por lo cual el título no sería observable.

Conclusión

Se puede considerar suplida la autorización que requiere el artículo 84 de la ley 16060 cuando existe la prueba de que el titular del capital accionario de una sociedad es una sola persona, quien a su vez es presidente del directorio.

En ese sentido la titulación no es observable.

Esc. Daniella Cianciarulo
Informante

Montevideo, 8 de junio de 2015. La Comisión de Derecho Comercial, integrada por los escribanos Reina Gatti, Mónica González Sánchez, Gabriel Curi, Soledad Cappetta, César Coll, Inés Cobas, Adriana Porcires, María Ritacco, Jenifer Alfaro, Ana Varela, Ana Paula Bianchimano, Mariana Cerrutti y Dayanna Vaz, aprueba por unanimidad el informe que antecede.

Esc. Adriana Amado
y Daniella Cianciarulo
Coordinadoras

Aprobado por la Comisión Directiva Nacional de la AEU el 14 de julio de 2015. Expediente 847/2015.

RÉGIMEN MATRIMONIAL. DOMICILIO CONYUGAL. DIP. BIEN PROPIO

Resumen

Cualquiera sea la interpretación que se siga en cuanto a quién adquirió en la compraventa de 1963 y a la naturaleza propia o ganancial de dicha adquisición, a partir del 30 de agosto de 2015 la titulación será aceptable por haber transcurrido 30 años desde la compraventa otorgada el 30 de agosto de 1985.

Informe: Civil e internacional

Consulta

Relación de hechos

Con fecha 6 de abril de 1963 los cónyuges W-B enajenaron a los esposos RKF (argentina) y GSM (brasilero), EAK (polaco) y CG (argentina), y SLK (argentina) y JMB (argentino), quienes compraron en común proindiviso y por partes iguales el padrón …5.

En la cláusula aditiva se estableció que el RKF, EAK y SLK declararon que compraban con dinero propio, y los respectivos esposos aceptaron que la compra era bien propio exclusivo de los adquirentes.

Según escritura otorgada el 30 de agosto de 1985, RKF, EAK y SLK enajenaron dicho inmueble a favor de JD. En dicha escritura los cónyuges RKF y GSM, EAK y CG y SLK y JMB declararon que la unidad enajenada tenía naturaleza de bien propio de los vendedores y que no se habían hecho reformas de carácter ganancial.

Consulta

Determinar si se aplica la ley argentina al régimen de bienes en el matrimonio de los señores RKF y GSM, EAK y CG y SLK y JMB.

Informe de la Comisión de Derecho Civil

La ley que regula el régimen de bienes del matrimonio en lo referente a la naturaleza de propios o gananciales es la del primer domicilio matrimonial, punto de conexión previsto tanto en el artículo 41 del Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo, de 1889, y el artículo 16 del Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo, de 1940, como en el artículo 2397 del Apéndice del Código Civil.

La determinación de cuál es el primer domicilio matrimonial genera dificultades prácticas, ya que no siempre se pueden obtener pruebas conclu-

yentes que lo demuestren, especialmente cuando la actuación surge de un antecedente dominial. Importantes indicios son los elementos probatorios señalados en el informe realizado por la Comisión de Derecho Internacional Privado respecto a esta consulta.[89]

Si el primer domicilio matrimonial es en la República Argentina, regirá dicha ley, y se debe tener presente que, por el sistema de subrogación amplio que dicha ley dispone en el artículo 1266 del Código Civil argentino,[90] lo adquirido con dinero propio tiene naturaleza propia. En cambio, si el primer domicilio matrimonial es en Uruguay, un bien adquirido con dinero propio durante la vigencia de la sociedad conyugal es de naturaleza ganancial, salvo que se cumpla con los requisitos de subrogación establecidos en los artículos 1957 y siguientes del Código Civil uruguayo o se trate de una de las situaciones previstas en su artículo 1961.

En la escritura de 1963 mencionada en la relación de hechos, de la cláusula de objeto surge que quienes adquirieron el inmueble fueron los esposos RKF y GSM, EAK y CG, SLK y JMB.

Sin embargo, por aditiva surge que RKF, EAK y SLK declararon que compraban con dinero propio, y los respectivos esposos aceptaron que esa compra era bien propio exclusivo de los adquirentes.

De ello surge la pregunta: ¿quiénes están adquiriendo?, ¿las tres parejas de cónyuges o solo los cónyuges que manifiestan comprar con dinero propio?

La importancia de la respuesta radica en que, si quienes están adquiriendo son las tres parejas de cónyuges, la compraventa de 1985 habría requerido el consentimiento de las seis personas, independientemente del régimen legal aplicable; en cambio, si quienes adquirieron son solo los cónyuges que manifestaron comprar con dinero propio, la determinación de si en la compraventa de 1985 se requería o no la conformidad conyugal dependerá de si la ley aplicable es la argentina o la uruguaya.

A criterio de esta comisión, la interpretación global del contrato conduce a entender que mediante la aditiva están rectificando la cláusula de objeto, en el sentido de que quienes adquieren no son las tres parejas de cónyuges, sino solo quienes manifestaron comprar con dinero propio,

89 Señala dicho informe: «La prueba del primer domicilio conyugal en determinado Estado, podrá realizarse a través de la exhibición de documentos tales como el testimonio de la partida de matrimonio (aunque obviamente no resulta concluyente), un contrato de arrendamiento de una casa habitación, constancia de afiliación a una Caja de Seguridad Social, un seguro de salud, etc. En defecto de prueba documental habrá de recurrirse a la testimonial. Las declaraciones de las partes son relativas aunque tienen el valor de presunciones».

90 Artículo 1266 del Código Civil argentino. «Los bienes que se adquieren por permuta con otro de alguno de los cónyuges, o el inmueble que se compre con dinero de alguno de ellos, y los aumentos materiales que acrecen a cualquier especie de uno de los cónyuges, formando un mismo cuerpo con ella por aluvión, edificación, plantación, u otra cualquier causa, pertenecen al cónyuge permutante, o de quien era el dinero, o a quien correspondía la especie principal».

pues de lo contrario carecería de sentido que los esposos hayan declarado «aceptando los respectivos esposos que esta compra es bien propio, *exclusivo de los adquirentes*».

Partiendo de esa base, si el régimen legal aplicable fuera el argentino, el bien sería de naturaleza propia del adquirente y la situación actualmente no merecería observaciones. Si, por el contrario, el régimen legal aplicable fuera el uruguayo, el bien sería de naturaleza ganancial, por lo que su enajenación requeriría la conformidad expresa de los respectivos cónyuges.

Al respecto, parte de esta comisión ha señalado que, si bien del texto de la escritura no surge en términos literales la conformidad conyugal expresa, se debe tener presente que la comparecencia de los respectivos cónyuges no administradores a la escritura de compraventa en clara señal de conformidad con la enajenación del bien es, como mínimo, un acto propio que les impediría alegar la inoponibilidad de la compraventa (artículo 1974 del Código Civil), lo cual conduciría a considerar que la titulación es aceptable.

Pero, al margen de cualquier resultado interpretativo a ese respecto, esta comisión destaca que el 30 de agosto de 2015 se cumplirán 30 años de otorgado el negocio por el cual RKF, EAK y SLK vendieron el inmueble, habiendo comparecido los respectivos cónyuges y declarado que la unidad enajenada tiene naturaleza de bien propio de los vendedores y que no se hicieron reformas de carácter ganancial, por lo cual, ya sea que en la compraventa de 1963 hubieran comprado las tres parejas de cónyuges o solo quienes manifestaron comprar con dinero propio, y ya sea que la adquisición hubiera sido propia o ganancial según la ley aplicable, a partir de esa fecha la titulación será aceptable en todo caso. En efecto, aunque se entendiera que el título de 1985 merece observaciones, cualquier acción que eventualmente se iniciara contendría una pretensión tardía, frente a la cual el actual titular del bien, o quien lo suceda, podrá oponer la prescripción adquisitiva del bien como excepción y, en consecuencia, sus derechos no se verán afectados.

Conclusión

Cualquiera sea la interpretación que se siga con relación a quién adquirió en la compraventa de 1963 y a la naturaleza de propio o ganancial del bien adquirido, a partir del 30 de agosto de 2015 la titulación será aceptable por haber transcurrido 30 años desde la compraventa otorgada el 30 de agosto de 1985.

Esc. Juan Pablo Villar
Informante

Montevideo, 9 de junio de 2015. La Comisión de Derecho Civil, integrada por los escribanos Sandra Bochard, Miguel Burdín, Alicia Cancela, Adriana

Golberg, Alicia González Bilche, Carlos Groisman, María Paola Igoa, Adriana Inciarte, Rossana Ivanier, Mónica Jover, María del Rosario Marchese, Maximiliano Mauri, Roque Molla, Margarita Puertollano, María Ritacco, Estela Sarachu, Diego Seré, Adriana Silva, Mariella Spagnolo, Gonzalo Trobo y Juan Pablo Villar, aprueba el informe que antecede.

Escs. Roque Molla y Juan Pablo Villar
Coordinadores

Informe de la Comisión de Derecho Internacional Privado

Conforme al artículo 1.º de la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado, ante un caso iusprivatista internacional, debemos recurrir primeramente a las normas de derecho internacional privado (DIP) de fuente supranacional ratificada por los ordenamientos jurídicos involucrados, y en defecto de estas aplicaremos las normas de DIP de fuente nacional.

Para determinar los órdenes jurídicos involucrados en el caso y así comprobar la existencia de norma de fuente convencional o no, deben considerarse elementos de extranjería relevantes para el DIP. La nacionalidad de los involucrados no lo es, pero sí lo será el domicilio de las partes. En tal sentido, no queda claro de la información proporcionada por la consultante dónde se encuentra el domicilio de los involucrados ni su domicilio matrimonial. De todas formas, las tres posibles fuentes normativas establecen la misma solución. La ley reguladora de la categoría *régimen de bienes en el matrimonio* es la del Estado del primer domicilio matrimonial. Dichas fuentes son el artículo 41 del Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo, de 1889, el artículo 16 del Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo, de 1940, y el artículo 2397 del Apéndice del Código Civil.

Por tanto y en primer lugar, será imprescindible determinar dónde se realizó este punto de conexión, es decir, dónde los respectivos matrimonios tuvieron sus primeros domicilios matrimoniales.

La prueba del primer domicilio conyugal en determinado Estado podrá realizarse a través de la exhibición de documentos tales como el testimonio de la partida de matrimonio (aunque obviamente no resulta concluyente), un contrato de arrendamiento de una casa habitación, constancia de afiliación a una caja de seguridad social, un seguro de salud, etcétera. En defecto de prueba documental habrá de recurrirse a la testimonial. Las declaraciones de las partes son relativas, aunque tienen el valor de presunciones. En tal sentido, las partes declararon en la escritura de compraventa del 6 de abril de 1963 que tenían domicilio de tránsito en Buenos Aires. Por tanto, el profesional actuante deberá exigir prueba concluyente de la constitución

del primer domicilio matrimonial para determinar cuál ley regulará el caso, o, de lo contrario, la comparecencia de los todos los cónyuges. Sin embargo, como ha señalado la Asociación (consulta 362.47), no debe llegarse a crear conflictos entre las partes con exigencias desmesuradas por el solo prurito de quedar a salvo de responsabilidades ulteriores.

En segundo lugar, y para el caso en el que el escribano actuante pudiera comprobar que el primer domicilio matrimonial se materializó en la República Argentina, el proceder de los sujetos contratantes ha sido el correcto, puesto que el ordenamiento jurídico argentino no ha tratado en forma directa la subrogación de bienes propios dentro del matrimonio, ni le ha impuesto las rigurosas exigencias que ha establecido el derecho uruguayo.

Como hemos expresado, la subrogación no tiene una regulación expresa y detallada 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 de compra se exprese el ánimo de subrogar». La disposición aplicable es el artículo 1267 de la república hermana, que establece:

> […] la cosa adquirida durante la sociedad, no pertenece a ella aunque se haya adquirido a título oneroso, cuando la causa o título de adquisición le ha precedido y se ha pagado con bienes de uno de los cónyuges.

Bastaría, entonces, la prueba del negocio causal por cualquier medio lícito de acuerdo con el derecho argentino, para que la situación no merezca discusión alguna.

Escs. Ruben Santos Belandro
y María Laura Capalbo
Informantes

Aprobados por la Comisión Directiva Nacional de la AEU el 28 de julio de 2015. Expediente 636/2014.

CONSENTIMIENTO. OBLIGACIÓN SOLIDARIA

Resumen

El pacto de solidaridad pasiva tuvo por consecuencia que el negocio de cumplimiento celebrado operó la transferencia de la totalidad del inmueble a favor del adquirente, con irrelevancia de la falta de consentimiento de la que había sido titular de la 1/40 ava parte indivisa del inmueble.

Informe: Civil

Consulta

Relación de hechos

Resulta del informe de la Oficina Actuaria del Juzgado de Paz Departamental de … turno de la capital la promoción de la escrituración forzosa de la 1/40 ava parte del padrón …8, perteneciente a MP, en virtud de los siguientes antecedentes:

Compraventa-tradición autorizada el 30 de agosto de 1995, en cumplimiento de la promesa de compraventa de 16 de enero de 1962, en la que concurrieron —según el informe de la actuaria— todos los integrantes de la parte enajenante a excepción de MP.

El registro no detectó la falta de ese consentimiento e inscribió la primera copia de la compraventa-tradición en el Registro de Traslaciones de Dominio.

Resulta del testamento otorgado por MP (integrante de la parte promitente vendedora) y del testimonio del certificado de resultancias de autos agregado al expediente, que a partir de su fallecimiento, el 10 de setiembre de 1991, se declararon únicos y universales herederos a sus hermanos legítimos, JP y DP. En dicho certificado no se incluyó la ava parte que le correspondía a MP.

Por consiguiente:

- Faltan en la escritura los consentimientos de los sucesores de la causante MP.
- Se detecta la omisión de la inclusión de la 1/40 ava parte del padrón en la sucesión de MP.

En virtud de esas observaciones, la actuaria consideró pertinente consultar a la Asociación de Escribanos del Uruguay.

Informe de la Comisión de Derecho Civil

La autonomía privada, como ámbito exclusivo y excluyente del sujeto, requiere protección legal como expresión de libertad que supone la imposibilidad —en principio— de la admisión de afectaciones al derecho de propiedad sin la voluntad de su titular.

Consecuentemente, la tradición, como modo de adquirir el dominio, requiere, según el artículo 769 del Código Civil, que se haga por su dueño (numeral 1).

Sin embargo, parte de nuestras angustias profesionales se generan porque nuestro carácter de mortales incide sobre las relaciones obligatorias y su cumplimiento, de tal forma que es habitual convenir en los negocios algunas cláusulas que pretenden minimizar las consecuencias de la muerte en el cumplimiento de los contratos.

En el caso planteado se optó por el camino del otorgamiento de la compraventa-tradición el 30 de agosto de 1995, en cumplimiento de la promesa de compraventa del 16 de enero de 1962, y el colega autorizante intentó obtener en ella todos los consentimientos necesarios para lograr el efecto de la trasmisión del dominio, pero se obvió la comparecencia de los herederos de la señora MP.

Ante esa falta, se procedió a la solicitud de escrituración forzada de la 1/40 ava parte indivisa que correspondía a la causante en el inmueble objeto de esta consulta.

Corresponde seguidamente ubicar la consulta efectuada en su contexto.

La promesa de compraventa del 16 de enero de 1962, en la que compareció el banco C como mandatario de JP y otros, a favor de CC y otras, establece: «Las obligaciones acordadas son activas y pasivamente solidarias».

Este ejercicio del poder normativo negocial por parte de los otorgantes de la promesa tiene en cuenta la facilitación del cumplimiento de las obligaciones contraídas tanto por la parte promitente vendedora como por la promitente compradora.

En efecto, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 1390 del Código Civil:

> La solidaridad de las obligaciones puede ser activa o pasiva, según se considere respecto de los acreedores o con relación a los deudores.
>
> La solidaridad activa o entre los acreedores de una misma cosa, es el derecho que cada uno tiene de reclamar el pago en su totalidad.
>
> La solidaridad pasiva o entre los deudores, es la obligación impuesta a cada uno de ellos de pagar solo, por todos, la cosa que deben en común.

Dispone el artículo 1398 del Código Civil:

> Los efectos de la solidaridad pasiva son:
>
> 1.º Que el acreedor tiene el derecho de pedir la totalidad del crédito al deudor que eligiere, el cual está obligado a pagarlo por entero» (transcripción parcial).

Esta virtualidad del vínculo tiene determinadas características que es conveniente destacar:

- A pesar del pacto de solidaridad, y aun debiéndose una misma cosa, existirán tantos vínculos solidarios como personas integrantes de la misma parte (artículo 1393 del Código Civil).
- La incapacidad de uno de los deudores no afecta a los otros vínculos solidarios (artículo 1394 del Código Civil).
- La solidaridad, al tener su fundamento en la persona respecto de la cual se constituye, no se transmite a los herederos (artículos 1395 y 1403 del Código Civil).

Por ello, uno de los deudores solidarios que contrajo la obligación con esta modalidad, cuando comparece puede y debe pagar por todos la deuda contraída.

Por consiguiente, la solidaridad es un instrumento de tutela del crédito para el acreedor.

En virtud de ello, cuando se otorga la escritura de «compraventa en cumplimiento de promesa y cesión» y en ella comparece el señor JMGO en representación de varios de los promitentes vendedores que suscribieron la promesa del 16 de enero de 1962, debe entenderse que el ejercicio del poder de representación respecto de un deudor solidario basta para la obtención del resultado enajenación, por lo que la transferencia del dominio de la totalidad del inmueble encuentra su fundamento en la solidaridad pasiva constituida para facilitar el negocio final otorgado.

Por tanto, el procedimiento impetrado ante el juzgado de paz resulta improcedente, puesto que el derecho de propiedad radica actualmente en su totalidad en la parte adquirente, en virtud de la compraventa-tradición otorgada el 30 de agosto de 1995.

Consiguientemente, el título de propiedad en lo referente a la consulta formulada no merece observaciones.

Esc. Carlos Groisman
Informante

Montevideo, 28 de julio de 2015. La Comisión de Derecho Civil, integrada por los escribanos Federico Albín, María Jesús Almandoz, Américo Bianchi, Miguel Burdín, Alicia Cancela, Jorge Carneiro, Daniella Cianciarulo, Mónica Curbelo, Stefania Della Mea, Adriana Goldberg, Carlos Groisman, María Paola Igoa, Adriana Inciarte, Rossana Ivanier, Fátima Izaguirre, Mónica Jover, Maximiliano Mauri, Roque Molla, Laura Parnás, Margarita Puertollano, María Ritacco, Virginia Rodríguez, Estela Sarachu, Mildred Secondo, Diego Seré, Adriana Silva y Juan Pablo Villar, aprueba el informe que antecede.

Escs. Roque Molla y Juan Pablo Villar
Coordinadores

Aprobado por la Comisión Directiva Nacional de la AEU el 1.º de septiembre de 2015. Expediente 652/2014.

PARTICIÓN. ERROR. LESIÓN

Resumen

Ausencia del común denominador en la compraventa de 2003 y declaratoria de 2008. Error en la valoración o error en la cuota. Diferencia en la valoración de bienes y, de acuerdo con esos valores, falta de correspondencia entre las adjudicaciones y las cuotas de los adjudicatarios.

Informe: Civil y notarial

Primera consulta

Relación de hechos

Año 2003. Por escritura autorizada el 7 de agosto del 2003 por la escribana consultante, X SA enajenó a RB, casado y separado judicialmente de bienes; a MC, soltera; a CS, casado y separado judicialmente de bienes; a OS, divorciada, y a NB, casado en primeras nupcias con IS, una fracción de campo. Dicho padrón fue adquirido en las siguientes proporciones: 1) RB: trece avas partes indivisas; 2) MC: veintisiete avas partes indivisas; 3) CS y OS: treinta y cinco avas partes indivisas, y 4) NB: dieciocho avas partes indivisas, lo que suma noventa y tres avas partes.

Según escritura de declaratoria autorizada en la ciudad de … el 16 de setiembre de 2008 por la suscrita escribana, los mencionados comparecientes rectificaron las avas partes que se enajenaron en la compraventa antes mencionada. Las correctas son las siguientes: 1) RB: catorce con cuarenta avas partes indivisas; 2) MC: veintiocho con cuarenta avas partes indivisas; 3) CS y OS: treinta y seis con cuarenta avas partes indivisas, y 4) NB: veinte con ochenta avas partes indivisas, lo que hace un total de 100 avas partes.

Año 2008. Según plano de mensura y fraccionamiento inscripto en Catastro en agosto, los copropietarios procedieron a la división del padrón referido en seis fracciones. Según escritura de partición, autorizada por la suscrita escribana el 14 de octubre, todos los copropietarios procedieron a la adjudicación de las seis fracciones en las que se dividió el padrón. Cada una de las cuatro hijuelas quedó conformada por un padrón individual y por una parte indivisa de otro.

Se realizaron las estimaciones pertinentes de acuerdo con el criterio adoptado por los copropietarios en la valoración de los bienes, pues por su ubicación les adjudicaron el mismo valor aunque tienen superficies diferentes. Ese fue el criterio empleado en la compraventa: se compraron partes desiguales que estaban valoradas por los copropietarios en la misma suma

con total equidad. De hecho, al momento de la compraventa del 2003 se había realizado entre los copropietarios un compromiso de adjudicación de los padrones que resultarían una vez aprobado el plano proyecto existente en ese momento.

Consulta

En oportunidad de estar en curso el estudio de la titulación para una próxima enajenación, fue observada por un colega la partición relacionada por no coincidir las partes adquiridas en la compraventa del 2003 y posterior declaratoria del 2008 con las proporciones adjudicadas en la partición del 2008. A su criterio, para aceptar el título debe subsanarse el error.

Opinión de la consultante

La consultante considera que hay que tener en cuenta varios puntos y prescripciones legales:

1. El negocio jurídico *partición* está regido por el principio de la autonomía de la voluntad; el artículo 1127 del Código Civil establece:

> Si todos los interesados tienen la libre administración de sus bienes y concurren por sí o por legítimo representante, podrán de común acuerdo partir la herencia extrajudicialmente, en el modo y forma en que convengan.

2. No obstante, este principio se enfrenta a otro fundamental del derecho: el de la equidad, que está en la base de la noción de justicia y que en el caso específico de la partición se traduce en el principio de la igualdad o equivalencia de valores. La plena autonomía de los interesados está limitada por la equidad y, para el caso de que no se mantenga ese principio, la ley, en el artículo 1161 del Código Civil, da derecho a la reparación del perjuicio, admitiendo la lesión.

> Todas las demás particiones pueden ser rescindidas por causa de lesión en más de la cuarta parte, atendiendo el valor de las cosas cuando fueron adjudicadas.

Y en el artículo 1162 el Código establece:

> La acción rescisoria por causa de lesión prescribirá en cuatro años contados desde que fue hecha la partición.

De ello se desprende que, en virtud de no haber ejercido en el plazo establecido la acción por lesión, no era voluntad de los copartientes ejercerla, porque de hecho habían partido como de común acuerdo lo decidieron, y aun cuando se hubieran considerado lesionados, al no haber ejercido su derecho en tiempo y forma, tal posibilidad prescribió.

3. En la partición que nos ocupa, en el numeral III de la cláusula quinta de *declaraciones,* los copartientes declararon que prestaban «total conformidad con las adjudicaciones efectuadas, por lo que manifiestan que nada

tienen que reclamarse recíprocamente por ese concepto, ni por frutos, rentas o intereses de los bienes divididos».

4. De acuerdo con el artículo 1277, «La lesión por sí sola no vicia los contratos»; por tanto, considero que no existe posibilidad de accionar contra la partición, porque los únicos que tenían derecho a hacerlo —o sea, los copartientes— no lo usaron en tiempo y forma.

5. El negocio jurídico *partición* es esencialmente declarativo; por consiguiente, cada uno de los copartientes se reputa propietario de los bienes adjudicados desde el momento de la compraventa, en el caso que nos ocupa. Dice el 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 (artículo 2330).

5. En síntesis, a mi criterio no es observable la partición referida. A ninguno de los copartientes se le adjudicó un bien en el que no tuviera derecho, y la posibilidad de entablar la acción rescisoria por lesión prescribió. Es más, cada uno recibió lo que de común acuerdo habían establecido por unanimidad, más allá de las cifras.

Segunda consulta

Se consulta sobre la regularidad de cuatro escrituras públicas que no cumplen con el artículo 124 del Reglamento Notarial y sobre la forma de solucionar la futura circulación pacífica de dichos documentos.

Relación de hechos y otorgamientos

Año 2003. Por escritura de compraventa del 7 de agosto, autorizada por la escribana que formula la primera consulta, S SA vendió un inmueble, ubicado en zona rural, a favor de varios adquirentes, quienes adquirieron cuotas partes muy diferentes, de la siguiente manera: 1) RB: *las trece avas partes indivisas;* 2) CC: *las veintisiete avas partes indivisas;* 3) en conjunto, los hermanos CS y OS *las treinta y cinco avas partes indivisas,* y 4) NB *las dieciocho avas partes indivisas*. Lo destacado aparece textual en la escritura luego del nombre de cada adquirente, sin ninguna otra referencia de denominador ni cosa parecida.

Año 2008. En escritura de declaratoria autorizada por la misma escribana el 16 de setiembre, la sociedad vendedora y todos los compradores manifestaron que se había padecido error en las avas partes que a cada uno de los compradores le correspondían, y en la cláusula segunda los comparecientes declararon que las avas partes correctas que se habían enajenado eran las siguientes: 1) a RB, las catorce con cuarenta avas

partes indivisas; 2) a CC, las veintiocho con cuarenta avas partes indivisas; 3) a CS y OS, las treinta y seis con cuarenta avas partes indivisas, y 4) a NB, las veinte con ochenta avas partes indivisas. Quedaron por tanto rectificadas.

Previa incorporación del bien a suburbano, según plano de mensura y fraccionamiento inscripto en Catastro el 22 de agosto del 2008, los copropietarios procedieron a la división del padrón … suburbano, coincidente con el otrora padrón rural, en seis fracciones, numeradas del 1 al 6 inclusive.

Según escritura de partición autorizada por la misma escribana el 14 de octubre de 2008, los condóminos procedieron a la partición y adjudicación de las fracciones 1 a 6, empadronadas con los números …1 al …6 inclusive, en las que se dividió el antiguo padrón suburbano. Cada una de las cuatro hijuelas quedó conformada por un padrón individual y por una parte indivisa del padrón …6.

En la cláusula primera se estimaron los valores en $ 800.000 las fracciones 1, 2, 3 y 6, en $ 768.000 la fracción 4 y en $ 32.000 la fracción 5, y en la cláusula tercera se estableció como «haber global la suma de $ 4.000.000; en consecuencia, a cada parte copartiente correspondía la suma de $ 800.000».

En la cláusula cuarta se adjudica a RB, a quien ahora dice le corresponden $ 1.000.000, la fracción 2, padrón …2, estimada en $ 800.000, y la 1/5 parte indivisa de la fracción 6, padrón …6, estimada en $ 200.000; lo mismo para CC: la fracción 3, padrón …3, en $ 800.000 y 1/5 indiviso del padrón …6 en $ 200.000; a los hermanos CS y OS las fracciones 4 y 5, padrones …4 y …5, en $ 768.000 y $ 32.000, y 1/5 del padrón …6 en $ 200.000, y finalmente a NB, a quien también dice le corresponden $ 1.000.000, se le adjudica la fracción 1, padrón …1, en $ 600.000 y 2/5 de la fracción 6, padrón …6, en $ 400.000.

Año 2009. Por otra escritura de partición, autorizada por la misma escribana el 22 de diciembre, los condóminos se dividieron y adjudicaron las cinco manzanas con 68 solares resultantes del fraccionamiento del padrón …6. En la cláusula segunda se estimaron los valores de las manzanas D, I y O en $ 100.000 cada una y las manzanas E y J en $ 150.000 cada una. En la cláusula tercera se estableció el haber global en $ 600.000, y se adjudicaron en común por sus 3/5 a RB, CC, CS y OS, en conjunto, las manzanas D, I y O por un total de $ 300.000, y a NB por sus 2/5 las manzanas E y J por $ 300.000.

Circulación documental y negocios concretados

Las primeras copias de todas las escrituras fueron inscriptas, en general con observaciones menores, en el Registro de la Propiedad Inmueble. Al día de hoy se ha vendido una cantidad de solares que la consultante no puede precisar exactamente, pero tal vez sean cincuenta o más, con la intervención de decenas de escribanos, y en el fraccionamiento se han levantado edificaciones y hay muchas en proceso de construcción.

Intervención del consultante y observaciones realizadas

A fines de junio de 2014 una inmobiliaria de la zona pactó la venta de parte de los inmuebles de NB a favor de un cliente del consultante —este, pese a estar radicado y haber desarrollado toda su actividad en esa ciudad, nunca había recibido documentación del referido fraccionamiento—. Primero una colega y luego el consultante quedaron asombrados de las irregularidades e incoherencias de la documentación relacionada.

El consultante se puso en contacto con colegas que habían tenido participación en el manejo de contratos en este fraccionamiento y, para su sorpresa, nadie dio importancia a los errores; a lo sumo alguien manifestó que tal vez fuera conveniente realizar una declaratoria o algo similar, aunque lo consideraba innecesario. Todos manifestaron que no existía lesión en ámbito de partición porque había transcurrido el plazo de cuatro años.

Finalmente la escribana autorizante hizo una consulta a la Comisión de Derecho Civil de Asociación de Escribanos del Uruguay (expediente 613/2014). Según consideró, el negocio jurídico partición se rige por el principio de la autonomía de la voluntad y el de equidad, que está en la base de la noción de justicia y en el caso específico de la partición se traduce en el principio de la igualdad o equivalencia de valores. Para el caso de que no se mantenga ese principio, la ley, en el artículo 1161 del Código Civil, da derecho a la reparación del perjuicio, admitiendo la lesión.

Para la escribana autorizante esto era justificación suficiente, pese a la existencia de documentación intrínsecamente incoherente, lo que finalmente motivó al suscrito a presentar esta consulta, aunque estima evidente la respuesta y también la solución que propondrá.

Observaciones relevantes de las escrituras

Las cuotas partes de los adquirentes se mencionan en la escritura de 2003 como «avas partes indivisas», sin referencia a ningún denominador que indique en cuánto se ha dividido la unidad. En la escritura no hay referencia a denominador alguno, como tampoco la hay en la escritura de declaratoria del 2008, en la que, complicando aún más la redacción, se habla de unidades con decimales. Generosamente podría suponerse que se está refiriendo a porcentajes, pero mantiene la expresión «avas partes indivisas», ahora con decimales, algo ilógico e incoherente.

La partición del 2008 nunca menciona las cuotas partes que los condóminos han adquirido en la compraventa. Se rectifica en la declaratoria, en ese entonces de muy reciente otorgamiento, con claras diferencias entre ellos, pero ahora sin ninguna variación fáctica intermedia. En la cláusula tercera, sobre un haber global de $ 4.000.000, se establece que a cada copartiente corresponden $ 800.000, como si fueran cinco partes, pero en las adjudicaciones los $ 800.000 estimados del padrón …6 se transforman en $ 200.000 cada quinta parte, lo que haría que el padrón valiera $ 1.000.000

y no $ 800.000. Por otro lado, el padrón …1 reduce su valor de $ 800.000 a $ 600.000 más $ 400.000 de los 2/5 del padrón …6, lo que hace un total adjudicado de $ 1.000.000 y no $ 800.000 como dijo que le correspondía en la cláusula tercera, pero en cada una de las adjudicaciones de la cláusula cuarta dice que les corresponde $ 1.000.000 a cada uno de los adjudicatarios. En fin, algo ni claro ni preciso como lo establece el artículo 124.

Algo similar ocurre con la partición del 2009, en que en la división sobre 3/5 para RB, CC, CS y OS y 2/5 para NB se adjudican valores con un haber global de $ 600.000, de los cuales la mitad, $ 300.000, se entrega a los titulares de los 3/5, que es un poco más de la mitad, e igual suma $ 300.000, la mitad, a NB por sus 2/5.

En conclusión, es totalmente incoherente e inexplicable el manejo de quebrados que no lo son, que siguen con decimales, presumiblemente como porcentajes aunque se expresan como quebrados, que tampoco lo son porque carecen de denominador, pero que en la partición siguiente no se toman en cuenta y da lo mismo que sean cuatro o cinco partes y que en una cláusula se estime un valor y en otra, otro.

En los presentes documentos no se está cumpliendo con el artículo 124 del Reglamento Notarial, acordada 7533, que exige que las escrituras públicas se redacten con estilo claro y preciso. Esa es la norma vulnerada, que requiere un nuevo documento para que ello se cumpla.

Posible solución sugerida por el consultante

Para que las incoherencias y contradicciones referidas se aclaren y la titulación sea correctamente presentada, a juicio del consultante es necesario que todos los condóminos o excondóminos —RB, CC, NB, CS y OS— otorguen una declaratoria en la que se establezcan correctamente las cuotas partes adquiridas manteniendo el haber global de ambas particiones, modificando las estimaciones erróneas y, en consecuencia, los números de las adjudicaciones, de la siguiente manera:

Compraventa y declaratoria: las avas partes en centésimos corresponden al común denominador 250 y los respectivos numeradores son 36 para 14,40/100, 52 para 20,80/100, 71 para 28,40/100 y 91 para 36,40/100.

O sea, en la compraventa del 2003, con la declaratoria del 2008, a RB corresponden 36/250, a NB 52/250, a CC 71/250 y a los hermanos CS y OS, en conjunto, 91/250, lo que hace la unidad 250/250.

En la partición del 2008 deben modificarse los valores adjudicados en función de esos quebrados, por lo que, manteniendo el total partible en $ 4.000.000, los valores de los padrones …1 al …6 serán $ 512.00, $ 416.000, $ 976.000, $ 1.200.000, $ 96.000 y $ 800.000.

Los valores de adjudicación a NB son $ 512.000 (padrón …1) más $ 320.000 (2/5 del padrón …6), total $ 832.000; a RB son $ 416.000 (padrón …2) más $ 160.000 (1/5 del padrón …6), total $ 576.000; a CC $ 976.000 (padrón …3) más $ 160.000 (1/5 del padrón …6), total $ 1.136.000; y a los

hermanos CS y OS, en conjunto, $ 1.296.000 (padrones …4 y …5) más $ 160.000 (1/5 del padrón …6), total $ 1.456.000; lo que hace un valor total de $ 4.000.000.

En la partición del 2009, el total partible es de $ 600.000. Corresponde 1/5 a RB, CC y CS y OS ($ 120.000 a cada uno, total $ 360.000) y a NB $ 240.000 por sus 2/5, por lo que los valores de cada manzana deberían ser $ 120.000 cada una, todas iguales, y las adjudicaciones cerrarían con $ 120.000 a cada uno con una manzana y $ 240.000 a NB con sus dos manzanas.

Informe de la Comisión de Derecho Civil

Primera consulta

En la compraventa de 2003 y la declaratoria de 2008 se menciona que los compradores adquieren X avas partes indivisas cada uno, pero no se establece el común denominador.

Respuesta

Si bien asiste razón al consultante en cuanto a que se omitió mencionar expresamente el común denominador, de la interpretación global de la compraventa de 2003 y la declaratoria de 2008 se desprende sin dificultades que el común denominador es 100, ya que la vendedora vende la totalidad del bien, y las mencionadas cuotas avas partes indivisas que se adquieren suman 100.

Si se pretende subsanar la omisión de no haber mencionado expresamente el común denominador, las partes pueden otorgar una declaratoria a través de la cual aclaren que el común denominador es 100, o, si se prefiere, para que los números sean exactos, utilizar el común denominador 250 que propone el consultante.

Sin embargo, consideramos que es tan claro que el común denominador utilizado es 100 que ni siquiera se justifica el otorgamiento de una declaratoria.

Segunda consulta

En la partición de 2008 no se mencionan las cuotas partes que los condóminos han adquirido en la compraventa de 2003, rectificada en 2008.

Respuesta

Si bien esa mención en la escritura de partición le brinda mayor claridad al texto y facilita su comprensión, no es un requisito necesario, dado que del estudio de títulos surgen las cuotas partes que corresponden a cada uno de los condóminos.

Tercera consulta

En la partición de 2008 existen diferencias en las valoraciones de los bienes y, de acuerdo con esos valores, las adjudicaciones no se corresponden con las cuotas de los adjudicatarios.

Respuesta

Se comparte lo expuesto por el escribano consultante en cuanto a que, para que exista coherencia con las cuotas correspondientes, si el total partible era $ 4.000.000, los valores de los padrones …1 al …6 podrían haber sido los que él señala en la consulta.

El origen de esta incoherencia pudo haber sido una errónea valoración de los bienes o un error en la determinación de las cuotas correspondientes a cada copartiente.

Si se trató de un error en la valoración de los bienes, debemos tener presente que, ante la eventualidad de que hubiera existido lesión en más de la cuarta parte, atendiendo al valor objetivo de los bienes cuando fueron adjudicados, la acción rescisoria por causa de lesión (artículo 1161 del Código Civil) prescribe cuatro años después de la partición (artículo 1162 del Código Civil), por lo que en el caso planteado ya habría prescripto.

Si, por el contrario, el error ocurrió en la determinación de las cuotas correspondientes a cada copartiente, la situación se resuelve de la misma manera.

Al respecto Vaz Ferreira expresa:

> Si el error recayó sobre la cuota de los bienes hereditarios, por ejemplo, admitiendo que era heredero por un tercio quien en realidad sólo lo era por un cuarto, Marcade dice que la partición es nula por falta de causa: no encontramos tal opinión fundada, y entendemos que solo corresponde la rescisión si tal error causó lesión de más de un cuarto (lo cual no ocurría en el ejemplo de Marcade, pues el exceso de lo atribuido a un heredero no llega a causar a los otros una lesión que rebase el límite legal).[91]

En el mismo sentido, Arezo manifiesta:

> Si el error recayó sobre la cuota de los bienes hereditarios, admitiéndose por ejemplo, que tenía un tercio aquél a quien sólo correspondía la cuarta parte, existe, según Marcade, ausencia de causa en la partición y todas las obligaciones sin causa son nulas y tendría lugar a declarar que la partición no tuvo lugar. Entendemos, con la doctrina nuestra que sólo procede la rescisión por causa de lesión siempre que tal lesión exceda de una cuarta parte, […].[92]

91 Vaz Ferreira, Eduardo. *Tratado de las sucesiones.* Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1991. Tomo 6, vol. 2, p. 300.

92 Arezo Píriz, Enrique. Tratado de las particiones. Montevideo: Asociación de Escribanos del Uruguay, 1997. Tomo 2, p. 393.

También el escribano Anido ha escrito:

> Es por ello que nosotros entendemos que el error en la cuota sólo puede determinar una causa de anulabilidad —o rescindibilidad— de la partición, que en nuestro Código Civil se concreta en la denominada «acción rescisoria por causa de lesión», la que caduca a los cuatro años contados desde que fue hecha la partición conforme al artículo 1162.
>
> […] Es por ello que entendemos que el caso del error en la cuota, en cuanto no afecta ninguno de los presupuestos de la partición, hallará su regulación en la disciplina de la rescisión por lesión.[93]

En el caso concreto, habiendo transcurrido más de cuatro años desde el otorgamiento de la partición, la acción rescisoria por causa de lesión ya prescribió, por lo cual el error en la cuota actualmente no afecta a la titulación.

En consecuencia, ya sea que se trate de un error en la valoración o de un error en la cuota, si eventualmente hubiera existido la posibilidad de iniciar una acción rescisoria por causa de lesión, esta ya prescribió. Por esta razón, la titulación no es observable en ese sentido.

Cuarta consulta

Algo similar ocurre con la partición del 2009, donde en la división sobre 3/5 para RB, CC, CS y OS y 2/5 para NB se adjudican valores con un haber global de $ 600.000, de los cuales se entrega la mitad, $ 300.000, a los titulares de los 3/5, que es un poco más de la mitad, e igual suma, $ 300.000, a NB por sus 2/5, un poco menos de la mitad.

Respuesta

Igual que en el caso anterior, ya sea que se trate de un error en la valoración o de un error en la cuota, si eventualmente hubiera existido la posibilidad de iniciar una acción rescisoria por causa de lesión, esta ya prescribió, por lo que no es observable la titulación en ese sentido.

Conclusiones

1. Con relación a que no se estableció en la compraventa de 2003 y la declaratoria de 2008 el común denominador, es posible otorgar una declaratoria que lo exprese, como manifiesta el consultante. Sin embargo, como ello se desprende con facilidad de la lectura de los textos mencionados, consideramos que se puede prescindir de esa declaratoria y aceptar la titulación en los términos actuales.

2. Respecto a que en la partición de 2008 no se mencionan las cuotas partes que los condóminos habían adquirido en la compraventa de 2003,

93 Anido, Raúl. «Del favor partitiones al error en cuota en la partición». *Revista Crítica de Derecho Privado,* oct. 2007, n.º 4, p. 690.

rectificada en 2008, si bien su mención en la escritura de partición brindaría mayor claridad al texto, entendemos que no es un requisito necesario, ya que ello surge del estudio de títulos.

3. En cuanto a los errores padecidos en las escrituras de partición de 2008 y 2009, ya sea que se trate de un error en la valoración o de un error en la cuota, si eventualmente hubiera existido la posibilidad de iniciar una acción rescisoria por causa de lesión, esta ya prescribió. Por tanto, la titulación en ese sentido no es observable.

Esc. Américo Bianchi
Informante

Montevideo, 11 de agosto de 2015. La Comisión de Derecho Civil, integrada por los escribanos María Jesús Almandoz, Fernando Alonso, Américo Bianchi, Miguel Burdín, Daniella Cianciarulo, Mónica Curbelo, Stefania Della Mea, Adriana Goldberg, Alicia González Bilche, Mariana González Bonaudi, Carlos Groisman, María Paola Igoa, Adriana Inciarte, Rossana Ivanier, Mónica Jover, María del Rosario Marchese, Maximiliano Mauri, Roque Molla, Javier Parga, Margarita Puertollano, María Ritacco, Estela Sarachu, Mildred Secondo, Diego Seré, Adriana Silva, Mariella Spagnolo, Gonzalo Trobo, Verónica Ubillos, María Beatriz Vázquez y Juan Pablo Villar, aprueba el informe que antecede.

Escs. Roque Molla y Juan Pablo Villar
Coordinadores

Informe de la Comisión de Derecho Notarial y Técnicas Notariales

Montevideo, 26 de setiembre de 2014. La Comisión de Derecho Notarial y Técnicas Notariales entiende pertinente acordonar los expedientes 613/2014 y 628/2014, los cuales se remitieron a la Comisión de Derecho Civil en virtud de tratarse del mismo asunto. La consulta es sobre derecho de fondo, y las escrituras no merecen observaciones en cuanto a la forma notarial (artículo 124 del Reglamento Notarial).

Esc. Susana Chao
Coordinadora

Aprobados por la Comisión Directiva Nacional de la AEU el 15 de septiembre de 2015. Expedientes 613/2014 y 628/2014.

REGISTRO ÚNICO DE PROVEEDORES DEL ESTADO. ESCRIBANOS. FUNCIÓN NOTARIAL. HONORARIOS. FUNCIONARIOS PÚBLICOS

Resumen

El decreto 155/2013 no exige calidad de funcionario público para el rol de validación de documentos notariales. El rol o la actividad de validación de documentos notariales integra las incumbencias de la función notarial y, en cuanto a los honorarios a generar, se regula en el artículo 16 del arancel oficial de la Asociación de Escribanos del Uruguay.

Informe: Notarial y público

Consulta

El Servicio Notarial del Banco de la República Oriental del Uruguay plantea que en las sucursales del interior del país no tiene profesionales escribanos entre sus recursos humanos propios, sino que estos son contratados bajo el régimen de arrendamiento de obra y no revisten la calidad de funcionarios públicos.

Se consulta si la función descrita en el artículo 13 del decreto 155/2013, asignada a «escribanos públicos que tengan el rol de validación», debe ser necesariamente realizada por escribanos que además sean funcionarios públicos o se trata de una nueva incumbencia notarial, y, en tal caso, cuál sería el honorario a percibir.

Informe de la Comisión de Derecho Notarial y Técnicas Notariales

El decreto 155/2013 reglamenta el funcionamiento del Registro Único de Proveedores del Estado (RUPE), en el cual deben inscribirse obligatoriamente quienes quieran contratar con organismos públicos estatales.

El capítulo II presenta en su articulado la mención de determinadas tareas de control que deben cumplirse en el procedimiento de inscripción:

a. la verificación de la fidelidad de las copias electrónicas, con los documentos originales;
b. la validación de documentos notariales, en su forma y contenido;
c. la verificación de otros documentos y datos incorporados al RUPE;
d. finalmente, cumplidas las etapas anteriores, se realizará la activación o inscripción del proveedor en este registro.

Para la primera tarea de control se destina expresamente un funcionario público, debidamente acreditado. Exige la conjunción de dos condiciones: la calidad de funcionario público y que además reciba la asignación de esa tarea de verificación.

Para la segunda tarea de control se designa a escribanos públicos, pero también se agrega un plus: que tengan el rol de validación. Vuelven a imponerse dos requisitos: revestir la calidad de escribano público y tener asignado por el organismo contratante el rol de validación.

Antes del desarrollo del tema, cabe realizar una precisión que arroja luz sobre el fondo del problema y surge de la propia página web de la Agencia de Compras y Contrataciones del Estado (ACCE), la cual tiene por cometido «desarrollar y mantener el Registro Único de Proveedores del Estado al servicio de las administraciones públicas estatales y de las empresas proveedoras del mismo».[94] Respondiendo una consulta sobre el procedimiento de la inscripción, allí se señala lo siguiente:

> Habiendo cumplido con todos los requisitos de inscripción según su tipo de empresa, estando verificados los datos y documentos correspondientes, un escribano del Estado perteneciente al organismo con el cual realizará la contratación procederá a validar los documentos y activarlo. A partir de ese momento Ud. quedará habilitado para contratar con el Estado.[95]

Analizando desde el punto de vista del derecho notarial este rol, cabe señalar:

El término *validación* en «su sentido natural y obvio», como señala el artículo 8 del Código Civil, se define como la acción y efecto de validar, dar firmeza, fuerza, seguridad o subsistencia a algo.

En el caso que nos ocupa, el rol de validación se circunscribe a la comprobación de un conjunto de formalidades y requisitos exigidos por el RUPE en la presentación de actuaciones notariales. Es una especie de control administrativo sobre los documentos notariales presentados en soporte papel y digitalizados, que asegura el cumplimiento de los requisitos exigidos en la *Guía para escribanos*. No es una función notarial típica, por cuanto no involucra la fe pública.

El escribano realiza en el ejercicio de la profesión múltiples intervenciones en las que no involucra la fe pública de la que está investido: el asesoramiento, gestiones ante oficinas públicas, liquidación de impuestos, etc. Aun en casos de redacción de documentos, su intervención puede ser, al decir de Larraud, *inaparente*. Este autor distingue como documentos notariales inaparentes aquellos en cuya creación ha intervenido un escribano, pero en los cuales esa intervención no aparece de manifiesto ni constituye un elemento formal que los caracterice.[96] El caso en consulta estaría dentro de este tipo de intervención notarial.

La incorporación de nuevas tecnologías origina soportes documentales nuevos que deben ser controlados y aprobados, como los documentos digitalizados.

94 Artículo 82 de la ley 18362, en la redacción dada por el artículo 14 de la ley 18834.
95 Véase ‹www.comprasestatales.gub.uy/inicio/compradores/rupe›, «Preguntas frecuentes».
96 Larraud, Rufino. *Curso de Derecho Notarial.* Buenos Aires: Depalma, 1966, p. 202.

El rol validador que la reglamentación asigna al escribano no parece basarse en su condición de agente de la función pública, sino en que es un profesional experto en el conocimiento de las formas y los contenidos de los documentos notariales que debe controlar. Si además debe revestir la calidad de funcionario público, es un elemento que debe ser definido por el organismo al que le toca aplicar la reglamentación, es decir, la Agencia de Compras y Contrataciones del Estado.

Para el caso de que la condición de funcionario público no constituyera un requisito y se pudiera asignar a escribanos independientes, se considera, a los efectos del pago de honorarios, que dicha intervención podría quedar amparada en el artículo 16 del arancel oficial.

Conclusiones

El decreto 155/2013 no exige calidad de funcionario público para el rol de validación de documentos notariales.

La ACCE ha interpretado, según publica en su web, que sí debe serlo.

Debe determinarse en vía administrativa si esta interpretación tiene carácter de resolución vinculante y, en tal caso, si puede ser recurrida.

El rol o la actividad de validación de documentos notariales integra las incumbencias de la función notarial y, en cuanto a los honorarios a generar, se regula en el artículo 16 del arancel oficial de la AEU.

Esc. Gabriela Silva Pedragosa
Informante

Montevideo, 20 de junio de 2014. La Comisión de Derecho Notarial y Técnicas Notariales, integrada por los escribanos Ana Mouro, Carlos del Campo, Eduardo Sochaczewski, Vicente Ubbriaco, Gabriela Silva Pedragosa, Susana Chao Peña, Gabriela Bouvier y María Inés Sapriza, aprueba el informe que antecede.

Esc. Susana Chao Peña
Coordinadora alterna

Informe de la Comisión de Derecho Público

Montevideo, 3 de setiembre de 2015. Los coordinadores de la Comisión de Derecho Público adhieren en todos sus términos al informe aprobado por la Comisión de Derecho Notarial y Técnicas Notariales.

Escs. Daniel Zaíno y Ana Fontes
Coordinadores alternos

Aprobados por la Comisión Directiva Nacional de la AEU el 22 de septiembre de 2015. Expediente 538/2014.

SOCIEDAD COMERCIAL. REPRESENTACIÓN. MANDATO. CONSENTIMIENTO. CÓNYUGE. ADMINISTRADOR DE SOCIEDAD COMERCIAL. COMPRAVENTA

Informe: Comercial y civil

Resumen

Con relación a la autorización prevista por el artículo 84 de la ley 16060 y siguiendo el criterio de esta comisión en dictámenes anteriores,[97] se entiende que en el caso se ha cumplido con la autorización previa de los socios exigida por la referida norma, atento a que los dos únicos socios de la sociedad concurrieron al otorgamiento de la correspondiente escritura de compraventa, por lo que su otorgamiento presupone el previo conocimiento y consentimiento. Sin perjuicio de ello, no se advierte en el caso que se haya configurado la hipótesis prevista en el artículo 2070 del Código Civil.

Consulta

Relación de hechos

Año 1983. Los cónyuges LT y MF venden a M SA el inmueble padrón …5, según escritura autorizada el 23 de agosto.

Año 1996. Declaratoria otorgada el 26 de marzo, de donde surge que M SA Se transformó en limitada (integrada solamente por los cónyuges T-F).

Año 1998. Compraventa. M Limitada, representada por MF, según mandato, vende a su esposo, LT, en escritura autorizada el 16 de noviembre. En el poder no tiene la autorización del artículo 2070 del Código Civil. Asimismo, el esposo es socio administrador de M (artículo 84 de la ley 16060). M Limitada está constituida por los cónyuges LT y MF.

Año 2010. M Limitada volvió a transformarse en sociedad anónima y el presidente es LT.

En síntesis, tenemos:

1. Una SRL integrada por dos socios (matrimonio) es titular de un inmueble.

2. La SRL le dio poder para enajenar el inmueble a la socia, quien lo enajenó a su marido, que es a su vez administrador de la sociedad. Faltaría la autorización del artículo 2070.

3. No existe aprobación expresa de la sociedad para que la mandataria enajene a su esposo, con quien se encuentra en régimen de sociedad conyugal.

97 Asociación de Escribanos del Uruguay. Comisión de Derecho Comercial. «Consentimiento». *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, jul.-dic. 2011, tomo 97, n.º 2, p. 557.

4. Tampoco existe constancia de la autorización previa de los socios de la SRL para que el administrador adquiera un inmueble de esta.

Opinión de la consultante

La falta de autorización del artículo 2070 en el poder se subsanaría con una ratificación dada por la actual M SA (antes M SRL), ya que lo único que cambió es la naturaleza jurídica.

Situación diferente plantea el artículo 84 de la ley 16060 para el caso de la adquisición realizada por el administrador de la sociedad (cónyuge de la mandataria), pues dicha norma señala en su parte final que los actos celebrados en violación de dicho artículo serán absolutamente nulos y ello trae como consecuencia:

a. que no serán subsanables;
b. que si el negocio es absolutamente nulo será ineficaz la tradición realizada con causa en él, por lo que el bien en cuestión seguiría en el patrimonio de la sociedad y solo esta podría enajenarlo.

Asimismo, los que deberían haber aprobado la venta son los únicos socios (el matrimonio) que intervienen en el negocio. Dicha autorización del artículo 84 podría considerarse implícita en la compraventa.

Conclusiones

Para solucionar el problema, M SA (antes M SRL) debería otorgar una ratificación para subsanar la falta de autorización del artículo 2070 en el poder.

Con relación a la falta de autorización del artículo 84 de la ley 16060, al consultante se le plantea la siguiente disyuntiva: a) vendería el actual titular registral y M SA ratificaría dicha venta y haría también la tradición, o b) consideraría que la autorización fue dada implícitamente en la compraventa ya que comparecieron los dos únicos integrantes de la SRL.

¿Son viables estas opciones a los efectos de lograr que la titulación quede subsanada? Si no lo son, ¿existe alguna otra?

Informe de la Comisión de Derecho Comercial

Corresponde a esta comisión pronunciarse únicamente respecto de los aspectos comerciales consultados (falta de autorización del artículo 84 de la ley 16060), dado que los aspectos civiles serán informados por la comisión correspondiente. Sin perjuicio de ello, no se advierte en el caso que se haya configurado la hipótesis prevista en el artículo 2070 del Código Civil.

Con relación a la autorización prevista por el artículo 84 de la ley 16060, y siguiendo el criterio de esta comisión en dictámenes anteriores,[98] se entiende que en el caso se ha cumplido con la autorización previa de los socios exigida por la referida norma, atento a que los dos únicos socios de la sociedad concurrieron al otorgamiento de la correspondiente escritura de compraventa, por lo que ese otorgamiento presupone el previo conocimiento y consentimiento.

Si bien MF comparece como mandataria, está presente en el acto, por lo cual no podría decir que desconoce el otorgamiento y no lo autorizó. En consecuencia, la autorización expresa en calidad de socia no es necesaria.

Téngase presente que la autorización previa no sería exigible en caso de que los administradores o representantes celebren con la sociedad contratos que se relacionen con su actividad normal en las mismas condiciones que los terceros, lo que deberían comunicar a los socios. En el caso, esto no ha sido planteado por la consultante.

Esc. Marcelo Lasowski
Informante

Montevideo, 29 de junio de 2015. La Comisión de Derecho Comercial, integrada por los escribanos Adriana Amado, Gabriel Curi, Cesar Coll, Reina Gatti, Sandra Aquines, Carmen López, Jacqueline Reymunde, Stefania Della Mea, Paola Igoa, Daniella Cianciarulo y Marcelo Lasowski, aprueban el informe que antecede.

Esc. Daniella Cianciarulo
Coordinadora

Informe de la Comisión de Derecho Civil

Montevideo, 1.º de setiembre de 2015. La Comisión de Derecho Civil, integrada por los escribanos María Jesús Almandoz, Fernando Alonso, María del Carmen Cabrera, María Inés Casatroja, Daniella Cianciarulo, Stefania Della Mea, Gustavo Echavarría, Alicia González Bilche, María Paola Igoa, Adriana Inciarte, Mónica Jover, María del Rosario Marchese, Maximiliano Mauri, Roque Molla, Laura Parnás, Adriana Pereyra, Margarita Puertollano, María Ritacco, Virginia Rodríguez Zabala, Estela Sarachu, Diego Seré, Adriana Silva, Verónica Ubillos y María Beatriz Vázquez de León, comparte las consideraciones formuladas por la Comisión de Derecho Comercial en informe.

98 Asociación de Escribanos del Uruguay. Comisión de Derecho Comercial. «Consentimiento». *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, jul.-dic. 2011, tomo 97, n.º 2, p. 557.

El escribano Juan Pablo Villar, si bien comparte la decisión de la Comisión de Derecho Civil de que la titulación no es observable, disiente en los argumentos.

Escs. Roque Molla y Juan Pablo Villar
Coordinadores

Aprobado por la Comisión Directiva Nacional de la AEU el 22 de septiembre de 2015. Expediente 817/2015.

COMPRAVENTA. PAGA. PRECIO. NOVACIÓN

Informe: Civil

Resumen

Eficacia de la cláusula de precio en cuanto a la extinción de la obligación de pagar el precio de la compraventa, teniendo en cuenta lo dispuesto por la cláusula aditiva en dicha escritura.

La carta de pago extinguió la obligación de pagar el precio. Operó la novación, según el escribano Roque Molla, por sustitución de causa, y al operar la novación no se puede ejercer la acción causal.

De la consulta no surge que el girado haya pagado las letras de cambio. Se presume que así lo ha hecho. En caso contrario, el tenedor de estas estaría en condiciones de ejercitar la acción cambiaria. Podría estar en condiciones de ejercitar la acción cambiaria, pero no la acción causal, por haberse ya extinguido. Así, el título no es observable en cuanto al punto consultado.

Consulta

Relación de hechos

Según escritura autorizada en 2013, la sociedad Y vendió a la sociedad B un bien inmueble, con la siguiente cláusula de precio:

> El precio de la presente compraventa asciende a la suma de dólares estadounidenses ciento cuarenta mil (USD 140.000) que la parte compradora paga en este acto a la parte vendedora, por lo que ésta le otorga a aquélla total, formal y eficaz carta de pago por el precio convenido.

En dicha escritura, por cláusula aditiva se expresa:

> En este estado se hace constar que: El precio se abonó con letras de cambio serie … número …1 por la suma de USD 126.000 y número…2 por la suma de USD 14.000, ambas emitidas por el banco T. Se lee y otorga este agregado.

Consulta

Se solicita el dictamen de la Asociación de Escribanos del Uruguay acerca de la eficacia de la cláusula de precio en cuanto a la extinción de la obligación de pagar el precio de la compraventa, teniendo en cuenta lo dispuesto por cláusula aditiva en dicha escritura.

Opinión de la consultante

La consultante entiende que la cláusula de precio y lo dispuesto por la cláusula aditiva son eficaces y la obligación de pagar el precio quedó completamente extinguida.

En la escritura se consigna que la vendedora otorga total carta de pago a la compradora por el precio convenido.

En la práctica usual, el comprador no comparece con el efectivo para pagar el precio de la compraventa, sino que en la mayoría de los casos entrega una letra de cambio, la cual asegura al vendedor la existencia de los fondos y este la recibe como si se tratara de dinero en efectivo.

La cláusula aditiva tiene en este caso por objeto precisar el medio de pago, pero en ningún momento pretende modificar lo dispuesto anteriormente en cuanto a la extinción de la obligación de pago del precio de la compraventa mediante el otorgamiento de la carta de pago.

Es claro que la voluntad de las partes fue dar por integrado el precio, lo que hace innecesario que el vendedor declare con posterioridad que cobró las referidas letras de cambio.

El artículo 1530 del Código Civil expresa:

> La novación no se presume: es necesario que se declare la voluntad de verificarla o que resulte claramente del acto por la incompatibilidad de las obligaciones o en otra manera inequívoca, aunque no se use de la palabra novación.

Esto quiere decir que la novación no se presume pero puede probarse por cualquier medio de prueba.

Cuando el vendedor otorga «total carta de pago», la voluntad es la de extinguir la obligación de pagar el precio de la compraventa. Existe novación aunque no se utilice dicha palabra expresamente, con lo que cesa la obligación.

Se da cumplimiento asimismo al pacto expreso previsto por el artículo 25 de la ley 14701.

Tal como se consigna en un informe de la Asociación de Escribanos del Uruguay:[99]

> […] el animus novandi debe vincularse a la referida expresión «carta de pago», es decir, como acto de autonomía privada dirigido a la extinción de una obligación preexistente y la creación de una obligación nueva.

99 Molla Camacho, Roque. Asociación de Escribanos del Uruguay. Comisión de Derecho Civil. «Novación». *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, abr.-jun. 1984, tomo 70, n.os 4-6, pp. 447-452.

Por lo expuesto concluyo:
- El precio de la compraventa se extinguió por novación, lo que se documentó en dos letras de cambio.
- El título es perfecto; no resulta pasible de observación con respecto al punto consultado.

Informe de la Comisión de Derecho Civil

El artículo 1466 del Código Civil dice que «la paga desde el momento en que se verifica extingue la obligación principal y las accesorias», lo que lleva a sostener que la total, formal y eficaz carta de pago bastaría para hacer operar la novación, pues obraría como medio de prueba de que esta operó.

Couture define la carta de pago como un recibo de pago que implica la cancelación de una obligación. Es decir, dar carta de pago no es otra cosa que dar recibos por una obligación que queda extinguida.[100]

El artículo 1530 del Código Civil establece que la novación no se presume, sino que es necesario que se declare la voluntad de verificarla o que resulte claramente del acto, por la incompatibilidad de las obligaciones o de otra manera inequívoca, aunque no se use la palabra *novación.*

El *animus novandi* se relaciona con la carta de pago en cuanto al hecho de la autonomía privada dirigido a la extinción de una obligación preexistente y la creación de una nueva, por lo que operaría en este sentido. La finalidad de la carta de pago es dar por integrado el precio; el comprador cumple con su obligación principal y el vendedor afirma que no tendrá más nada que reclamar por este concepto.

El artículo 25, inciso, 1 del decreto-ley 14701 establece que la creación o la transmisión de un título valor por sí sola no implica extinción de la obligación; se requiere pacto expreso. Para que la compraventa quede firme, que no se pueda solicitar la resolución, se debe pactar la novación, que es una forma de extinguir las obligaciones establecida en el Código Civil y en el Código de Comercio, con las características de cada uno de ellos.

En realidad, la novación es una de las maneras de que quede firme, pero también podría quedarlo aunque no se novara, manteniendo la acción cambiaria y la acción causal (por no haber otorgado carta de pago), pero renunciando a la acción resolutoria del contrato.

Siguiendo al escribano Molla,[101] es novación por cambio de causa, no por cambio de objeto, porque el objeto sigue siendo el mismo: prestar una

100 Couture, Eduardo J.; Peirano Facio, Jorge (rev.); Sánchez Fontans, José (rev.). *Vocabulario jurídico: con especial referencia al derecho procesal positivo vigente uruguayo.* 2.ª ed. Buenos Aires: Depalma, 1976.

101 Cianciarulo, Daniella. [Ponencia]. Asociación de Escribanos del Uruguay. *[Versión taquigráfica].* Montevideo: Asociación de Escribanos del Uruguay, 2005, 45.ª Jornada Notarial Uruguaya, Tacuarembó, 28-30 oct. 2005.

suma de dinero a la cual se ha obligado el comprador. La causa no va a ser más la compraventa, sino las letras de cambio. La novación debe pactarse a efectos de que no se pueda ejercer la acción causal.

Para Gorfinkiel,[102] otorgar carta de pago en caso de que una obligación se haya documentado en título valor no implica novación, pues la manifestación causal está indicando que no hay novación.[103]

Según el escribano Molla,[104] la carta de pago dada por el acreedor cuando la obligación fue documentada en un título valor implica novación. El acreedor no tiene nada más que exigir y esa obligación se ha extinguido.[105]

En la consulta, la cláusula aditiva no enerva lo que se establece en la cláusula de precio; simplemente se manifiesta el medio de pago. La cláusula aditiva no contradice ni modifica el contenido de la cláusula de precio, sino que viene a detallar el medio de pago utilizado (letras de cambio) al establecer su serie, número y banco emisor. Se entiende como una reafirmación de la voluntad de extinguir las obligaciones.

Al otorgar el acreedor carta de pago se está haciendo novación, aunque no se emplee la palabra *novación*. En materia de cheques, el decreto-ley 14412, en su artículo 46, establece lo mismo que el artículo 25 del decreto-ley 14701 para los otros títulos valores.

Conclusión

La carta de pago extinguió la obligación de pagar el precio. Operó la novación, según el escribano Molla, por sustitución de causa, y al operar la novación no se puede ejercer la acción causal, posición a la cual el suscrito adhiere.

De la consulta no surge el hecho de que el girado haya pagado las letras de cambio. Se presume que lo ha hecho. En caso contrario, según el artículo 99 del decreto-ley 14701, el tenedor estaría en condiciones de ejercitar la acción cambiaria. Eventualmente estaría en condiciones de ejercitar la acción cambiaria —ya que no se sabe si se extinguió o no—, pero no la acción causal, por haberse ya extinguido. Por lo tanto, el título no es observable en cuanto al punto consultado.

Esc. Maximiliano Mauri
Informante

102 Ídem.

103 Gorfinkiel, Isaac José. «Sobre las excepciones causales en la ejecución cambiaria». *La Justicia Uruguaya,* 1983, tomo 87, pp. 45-52, sección Doctrina.

104 Cianciarulo, Daniella. [Ponencia]. Asociación de Escribanos del Uruguay. *[Versión taquigráfica].* Montevideo: Asociación de Escribanos del Uruguay, 2005, 45.ª Jornada Notarial Uruguaya, Tacuarembó, 28-30 oct. 2005.

105 Molla Camacho, Roque. Asociación de Escribanos del Uruguay. Comisión de Derecho Civil. «Novación». *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, abr.-jun. 1984, tomo 70, n.os 4-6, pp. 447-452.

Montevideo, 11 de agosto de 2015. La Comisión de Derecho Civil, integrada por los escribanos María Jesús Almandoz, Fernando Alonso, Américo Bianchi, Miguel Burdín, Daniella Cianciarulo, Mónica Curbelo, Stefania Della Mea, Adriana Goldberg, Alicia González Bilche, Mariana González Bonaudi, Carlos Groisman, María Paola Igoa, Adriana Inciarte, Rossana Ivanier, Mónica Jover, María del Rosario Marchese, Maximiliano Mauri, Roque Molla, Javier Parga, Margarita Puertollano, María Ritacco, Estela Sarachu, Mildred Secondo, Diego Seré, Adriana Silva, Mariella Spagnolo, Gonzalo Trobo, Verónica Ubillos, María Beatriz Vázquez y Juan Pablo Villar, aprueba el informe que antecede.

Escs. Roque Molla y Juan Pablo Villar
Coordinadores

Aprobado por la Comisión Directiva Nacional de la AEU el 13 de octubre de 2015. Expediente 881/2015.

INHIBICIONES DEL ESCRIBANO. PARENTESCO

Resumen

En el caso de la consulta, no estamos ante una inhibición. No existió contravención a disposición legal ni reglamentaria alguna.

Informe: Notarial

Consulta

Relación de hechos

El señor HGL, siendo soltero, adquirió por título compraventa y modo tradición de sus padres, JG y ML, el padrón …8.

El señor HGL otorgó testamento, por el cual designó como heredero testamentario al señor GBC.

Su sucesión fue tramitada ante el Juzgado de Familia de … Turno, en expediente «GL, H e I - Sucesión», donde fue declarado heredero del causante el señor GBC. Dicha sucesión fue tramitada por la doctora escribana Z, quien actuó en su función de abogada.

El certificado de resultancias de autos de la mencionada sucesión fue expedido por la oficina actuaria el 13 de setiembre de 2000 e inscripto en el Registro de la Propiedad Inmueble de …

A los efectos de cumplir con los requisitos formales para su inscripción, el 17 de junio de 2003 se realizó la certificación de los datos del heredero, así como la procedencia de los bienes y contribución inmobiliaria, por la escribana Z, sobrina del heredero testamentario, GPC.

Consulta que se plantea

Del relato de los hechos surge que el 17 de junio de 2003 la escribana Z expidió un certificado notarial referente a un certificado de resultancias de autos de una sucesión en la que su tío fue declarado heredero testamentario del causante.

La duda planteada es si la actuación de la escribana certificante podría encuadrarse dentro del concepto de inhibición que establecen el decreto-ley 1421 y la acordada 7533, vigentes en ese momento.

Si así fuera, se consulta si existe nulidad de la totalidad del documento certificado o tan solo de la certificación realizada, y, en su caso, en qué tipo de nulidad se encuadraría.

En caso negativo, si tan solo se refiere a una responsabilidad funcional de la escribana Z que no afecta la documentación del padrón referido, y en virtud de que la presente titulación será presentada ante una institución bancaria, se informa respecto de la seguridad de la existencia de un título perfecto y no observable.

Derecho aplicable

Toda la temática de la inhibición de los escribanos se encuentra regulada por el artículo 65 de la Ley Orgánica Notarial (decreto-ley 1421) y el artículo 25 de la acordada 7533 de la Suprema Corte de Justicia, así como los artículos 8, 1562 y 1568 del Código Civil.

El artículo 65 de la Ley Orgánica Notarial, bajo el acápite «Es prohibido a los Escribanos», establece en sus ocho incisos prohibiciones de otorgar escrituras públicas.

La consultante considera que el tema se podría encuadrar en el artículo 25 de la acordada citada, incisos *b* y *c,* así como el párrafo final, bajo el acápite «Existen inhibiciones en los siguientes casos».

El artículo 8 del Título Preliminar del Código Civil establece que lo hecho contra las leyes prohibitivas es nulo.

El artículo 1562 del Código Civil establece:

> La nulidad relativa no puede ser declarada por el Juez sino a instancia de parte ni puede ser alegada por el Ministerio Público ni por otros individuos que aquéllos en cuyo beneficio la han establecido las leyes o por sus herederos o cesionarios; y puede subsanarse por el lapso de tiempo o por la ratificación de las partes.

El artículo 1568 dispone:

> El plazo para pedir la anulación durará cuatro años, contándose, en caso de violencia, desde el día en que hubiere cesado; en el caso de error o de dolo, desde el día de la celebración del acto o contrato; y en el caso de incapacidad legal, desde el día en que haya terminado esta incapacidad […].

Opinión de la consultante

La suscrita opina que la actuación de la escribana Z, en el caso planteado, no provoca nulidad del certificado de resultancias de autos ni afecta su validez jurídica.

Con base en el derecho aplicable, solo podría analizarse el caso dentro de los parámetros planteados por los incisos *b* y *c* del artículo 25 de la acordada 7533, ya que el artículo 65 es aplicable tan solo a la autorización de escrituras públicas y asimilable a la incorporación de documentos al Registro de Protocolizaciones.

El inciso *b* establece la inhibición por razón de familia y parentesco. Este podría ser aplicable también, pero habla de casos en que familiares (dentro de los grados descritos) otorguen actos o contratos. En el caso planteado, el certificado de resultancias de autos fue expedido por la actuaria del juzgado y su tío no participó.

El inciso *c* establece la inhibición por razón del contenido. Este también podría ser aplicable, aunque tampoco se ajusta al caso planteado porque se refiere a que el contenido de los contratos, escrituras o actas provoque un beneficio económico al escribano, en este caso, la escribana Z.

En el caso en concreto, el señor GBC no está otorgando un acto que beneficie económicamente a la escribana Z, ni viceversa; simplemente se certifica un documento expedido por una actuaria de un juzgado y a los solos efectos de cumplir requisitos formales para su inscripción. Cabe aclarar que el documento fue inscripto por el Registro sin ninguna observación al respecto.

A pesar de las diferencias con el caso planteado, la redacción, certificación y protocolización realizada por un escribano inhibido no aparejó nulidad del contrato; sí generó una nulidad relativa de la actuación, por la protocolización realizada en esas condiciones, lo que abre la posibilidad de una sanción contra el escribano actuante por responsabilidad funcional.

En caso de plantearse una nulidad relativa, es importante examinar el daño causado a terceros, que sería reclamable.

Respecto de la consulta planteada, la actuación de la escribana Z no ha causado perjuicio ni daño a terceros, por lo que no se configuraría la nulidad del acto. Aun si se opinara en contrario, ello ya se habría subsanado por el transcurso del tiempo, aunque subsistiría la responsabilidad funcional de la escribana certificante.

Informe de la Comisión de Derecho Notarial y Técnicas Notariales

En primer lugar, se advierte que la consulta se informa según criterios técnicos. De ninguna manera puede entenderse vinculante respecto a las personas e instituciones ante quienes se presente.

La consulta versa sobre la eventual inhibición que afecta a la escribana por razón de parentesco, tema reiterado de estudio de la Comisión de Derecho Notarial.

Las inhibiciones obligan al escribano a abstenerse, pese al requerimiento de partes. Como toda norma que impone una restricción, en virtud del artículo 10 de la Constitución,[106] los artículos 24 y 65 de la Ley Orgánica Notarial deben aplicarse en forma estricta.

El decreto-ley 1421 dispone en su artículo 24:

> […] Es igualmente incompatible el oficio de Escribano con el ejercicio simultáneo de Juez o Alguacil no pudiendo autorizar ni permitir que se autorice en su protocolo acto ni contrato alguno relativo al asunto o asuntos en que intervengan miembros de su familia o parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad.

Artículo 65:

> Es prohibido a los escribanos:
> 1) Autorizar escritura alguna en que intervengan sus parientes consanguíneos, dentro del cuarto grado o los afines dentro del segundo […].

En el caso concreto, la actuación no enmarca en una situación de inhibición prevista en la Ley Orgánica Notarial ni en el Reglamento Notarial. Se trata de un documento de 2003, fecha en la cual era aplicable la acordada 4716, que en su artículo 31 disponía:

> Existen inhibiciones en los siguientes casos:
> […]
> b) por razón de familia y parentesco, los escribanos no podrán intervenir en actos en que sean otorgantes por derecho propio o en representación de terceros, su cónyuge y parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad […].
> c) por razón del contenido de los actos, los escribanos no podrán autorizar:
> I) actos en que se constituyan, reconozcan, modifiquen, transmitan o extingan derechos en su favor o en su contra, de su cónyuge, de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad […].
> En general, se recomienda a los escribanos no autorizar acto alguno en que tengan interés personas privadas, de quienes ellos o sus cónyuges dependan a sueldo o tengan sociedad.

106 «Las acciones privadas de las personas que de ningún modo atacan el orden público ni perjudican a un tercero, están exentas de la autoridad de los magistrados.
»Ningún habitante de la República será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe».

En el caso consultado, ni el tío de la escribana otorgó documento alguno, ni el certificado notarial de contralor de procedencias y complemento de datos personales trasmite o reconoce derechos en favor del interesado.

La transmisión de los bienes operó por el simple hecho del fallecimiento del causante (artículo 1039 del Código Civil), y esto fue consignado en el certificado de resultancias de autos sucesorios expedido por la oficina actuaria.

En síntesis, en el caso de la consulta no estamos ante una inhibición. No existió contravención a disposición legal ni reglamentaria alguna.

Esc. Carlos del Campo García
Informante

Montevideo, 4 de agosto de 2015. La Comisión de Derecho Notarial y Técnicas Notariales, integrada por los escribanos, Susana Chao, Silvia Carballo, Vanessa Oberti, Eliane D'Andrea, Silvana Rodríguez, Lucía García, Blanca Olmos, Gabriela Bouvier y Adriana Debenedetti, aprueba el informe que antecede.

Escs. Susana Chao Peña
y María Inés Sapriza
Coordinadoras alternas

Aprobado por la Comisión Directiva Nacional de la AEU el 13 de octubre de 2015. Expediente 911/2015.

EMBARGO. SOCIEDAD COMERCIAL. SOCIEDAD EN FORMACIÓN. PERSONA JURÍDICA

Resumen

Al momento de la adquisición del inmueble, G SA (en formación) era persona jurídica, ya que se constituyó de acuerdo con las normas del Código de Comercio, posición que ha sustentado reiteradamente la Comisión de Derecho Comercial de la Asociación de Escribanos del Uruguay.

No se requiere ratificación, pues los actos y contratos celebrados por la sociedad son válidos.

En consecuencia, habiendo ingresado el inmueble al patrimonio social, el embargo de uno de los socios fundadores no lo afecta.

Informe: Comercial

Consulta

Hechos

1. Constitución de G SA por acta de 23 de julio de 1980. De acuerdo con el artículo 27 del estatuto social, el primer directorio queda constituido con los fundadores.

2. Compraventa. El 30 de diciembre de 1980, «A SRL vende a G SA (en formación)», la que comparece representada por los socios AB, AS y GM, «únicos integrantes fundadores de dicha sociedad». No se realiza control en la escritura de la sociedad en formación.

3. Dación en pago. El 18 de mayo de 1993 comparecen los tres socios fundadores de «G SA (en formación)» y en nombre y representación de la sociedad se da en pago el inmueble de referencia al señor AO, casado con NF.

Se controla la sociedad anónima en formación:

> G SA (en formación) es persona jurídica. Se constituyó por acta del 23 de julio de 1980, por parte de los señores AB, AS y GM cuyas firmas fueron certificadas por el escribano AB de acuerdo con lo establecido por el artículo séptimo «la sociedad será representada y administrada por un Directorio compuesto de tres a siete miembros, que deberán ser accionistas». De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 27 de los estatutos «el primer Directorio quedará constituido con los fundadores». En consecuencia, los señores AB, AS y GM representan hábilmente a la sociedad enajenante.

4. Compraventa. El 3 de setiembre de 1993, AO y NF compran a C SA.

5. Reserva. El 27 de abril de 2015, C SA reserva para la venta a ED el inmueble.

6. No surge inscripción de G SA

7. Surge un embargo genérico sobre AS y GM, inscripto el 17 de octubre de 1991.

Consulta

El embargo genérico trabado sobre dos de los socios fundadores de G SA (en formación) afecta la enajenación proyectada, en virtud de que se trata de una sociedad irregular cuya personería no se puede acreditar, por no tener a la vista el acta de constitución.

Se puede acreditar la existencia de la sociedad, y en consecuencia descartar los embargos trabados a dos de sus fundadores exclusivamente por el contralor realizado por los escribanos intervinientes.

Opinión de la consultante

Entiende que el embargo trabado es descartable por tratarse de una sociedad en formación (artículos 19 a 21 de la ley 16060).

Informe de la Comisión de Derecho Comercial

G SA (en formación) es una sociedad constituida con anterioridad a la vigencia de la ley 16060, por lo cual en su constitución y en la secuencia de hechos se regía por el Código de Comercio, artículos 387 y siguientes.

Personalidad jurídica de las sociedades comerciales

El tema relevante de la consulta es puntualmente determinar quién adquirió en 1980 el bien inmueble, ya que de la posición adoptada dependerá la forma de actuar en el tráfico jurídico. El centro de la discusión es *en qué momento las sociedades comerciales se consideran personas jurídicas.*

Durante la vigencia del Código de Comercio, hubo dos grandes momentos con respecto al tema de la personalidad jurídica de las sociedades comerciales, ya que el citado Código no se pronunciaba respecto de si estas eran o no personas jurídicas. La situación pretendió ser saneada con la ley 10793, de 25 de setiembre de 1946, que en su artículo 19 indicó:

> Declárase a las Sociedades Comerciales constituidas de acuerdo a las disposiciones del Código de Comercio, personas jurídicas de interés privado.

Con esta disposición finalizó la discusión sobre si las sociedades comerciales son o no personas jurídicas y comenzó una nueva: cuál es el momento en el que nace dicha personalidad, si ello ocurre con el acuerdo de voluntades o una vez que se hayan cumplido las exigencias del tipo adoptado.

Ha habido distintas teorías durante la vigencia del Código de Comercio y luego de la vigencia de la ley 10793.

Para la existencia de un acto jurídico se requiere, entre otros elementos esenciales, que haya un sujeto de derecho capaz de enajenar y un sujeto de derecho capaz de adquirir. Desde luego, una persona jurídica que no existe no puede ser parte.

¿Desde cuándo existe esa persona jurídica? Ello se fundamenta en el principio de la naturaleza de las personas jurídicas. En esto encontramos dos grandes posiciones doctrinarias:

1. *Teoría de la realidad.* Las sociedades comerciales son tales desde el momento de su constitución; la ley solo regula su funcionamiento, pero no es la que les atribuye personalidad. La sociedad nace a la vida jurídica desde el acuerdo de voluntades, y por ende es desde este momento sujeto de derecho.

Como indica el escribano Hebert Curbelo Urroz:

> […] al decir que «La compañía o Sociedad es un contrato por el cual dos o más personas se unen poniendo en común sus bienes e industria, o alguna

> de estas cosas, con ánimo de partir el lucro que pueda resultar», el Código caracteriza el instituto, lo configura y lo individualiza, diferenciándolo de los demás.[107]

Citando a Saleilles, afirma:

> […] puede decirse en forma pacífica, que las sociedades comerciales en general, constituían sujetos de derechos independientes de los socios que la componen.[108]

> […] lo que está en formación, una vez constituido el contrato de sociedad, en su consideración genérica, tanto civil con forma comercial o simplemente comercial, es el tipo o especie de sociedad, y no la Sociedad misma, que nace como tal, con el contrato o de hecho, con el acuerdo de voluntario exteriorizado (artículo 401 Código de Comercio).[109]

Es decir, siguiendo lo que se indicó más arriba, la sociedad nace con el acuerdo de voluntades o desde su constitución. Como indicó Figa Faura:[110]

> […] el problema objeto de la presente ponencia es artificial en el sentido de que es originado no por la espontaneidad social, sino por el propio ordenamiento jurídico. […] La afirmación de que una Sociedad Anónima no inscripta no exista a pesar de llevar años funcionando […] es para el comerciante absolutamente incomprensible. Y si el jurista no quiere perder el contacto con la realidad hará bien en pensar como el comerciante. Tanto más cuando el problema de la existencia o inexistencia de lo inscripto deriva de una especial doctrina —la de la personalidad jurídica— y de una desgraciada invención de los juristas —la inscripción constitutiva […].

El mencionado autor, quien hace un extenso estudio de derecho comparado, cita a Manuel de la Cámara,[111] quien «afirma que la constitución de la Sociedad tiene lugar antes de la inscripción. No solamente esto, sino que es excesivo afirmar que la falta de inscripción suponga sin dudas de ninguna clase, falta de personalidad jurídica». Es decir, a lo largo de su trabajo se aprecia el principio de la primacía de la realidad, y respecto del registro indica que no se debe perder de vista que este opera como requisito de publicidad de las «cosas existentes con anterioridad a ella —la

107 Curbelo Urroz, Hebert. «Situación y actuación de las llamadas sociedades en formación». *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay* , abr.-jun. 1981, tomo 67, pp. 317-332. 19.ª Jornada Notarial Uruguaya, Melo, 9-12 oct. 1976.

108 Saleilles, R, *De la persoanlité juridique: histoire et théories*. París: Rousseau, 1910. p. 45, citado por Curbelo Urroz, o. cit.

109 Ídem.

110 Figa Faura, Luis. «La validez de los actos y contratos otorgados por las sociedades mercantiles antes de su inscripción en el Registro Mercantil». *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, oct.-dic. 1978, tomo 64, n. os 10-12, p. 970. 14.º Congreso Internacional del Notariado Latino, Guatemala, 5-13 nov. 1977.

111 Cámara Álvarez, Manuel de la. *Estudios de Derecho Mercantil*. Madrid: Centro de Estudios Tributarios, 1972, vol. 1, pp. 115 y ss.

inscripción—, cuyo conocimiento interesa para la seguridad del tráfico mercantil».

Roque Molla Camacho[112] se pronunció respecto al tema indicando:

> […] corresponde realizar un somero análisis de cuáles son los elementos que integran el concepto, para intentar desentrañar en qué casos, en nuestro sistema, estamos en presencia de una sociedad jurídica.

Los elementos que se mencionan son:

- Una organización, entendida como una asociación de personas que, como «unidad diferente de sus miembros, puede ser titular de derechos y de obligaciones».
- Un patrimonio autónomo, diferente del de cada socio particular: «patrimonio exclusivo de la sociedad y excluyente de los socios».
- El reconocimiento, que «es un elemento externo a la organización».

> La decisión de Derecho puede ser tácita o expresa. En el llamado reconocimiento tácito el ordenamiento desde ya consagra la categoría a determinadas organizaciones, sin más trámite que la constatación del cumplimento de determinados requisitos, en el reconocimiento expreso se requiere de un acto especial, legal o administrativo. En nuestro artículo 19 de la ley 10793, declaró que las Sociedades constituidas de acuerdo a las disposiciones del Código de Comercio son personas jurídicas. […] Esta declaración de la ley debe de entenderse como un juicio de valor positivo para este tipo de sociedades, que sin reconocimiento formal (expreso) son personas jurídicas.

En un informe realizado por la Comisión de Derecho Comercial[113] se expresó:

> […] la sociedad en formación, desde la manifestación del acuerdo de voluntades existe y si cumple las solemnidades exigidas por la ley, adquirirá el tipo social. […] tiene personalidad jurídica desde su constitución y por tanto el bien es propiedad de la Sociedad.

2. *Teoría de la ficción.* La sociedad, para ser persona jurídica, tiene como corolario la necesidad del acto público de autoridad constitutivo o atributivo de la personería.

Para esta parte de la doctrina, una sociedad, para ser sujeto de derecho, debe haber cumplido las etapas del iter constitutivo. Considera que la personalidad de las sociedades comerciales es una ficción del legislador que solo adquiere relevancia jurídica cuando la autoridad pública expresa de modo formal su voluntad de otorgarla. Establece que mientras no hay

112 Molla Camacho, Roque. «Sociedades de hecho y regulares». *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, oct.-dic. 1983, tomo 69, n.os 10-12, pp. 611-628. 25.ª Jornada Notarial Uruguaya, Paysandú, 7-10 oct. 1983.

113 Cianciarulo, Daniella. Asociación de Escribanos del Uruguay. Comisión de Derecho Comercial. «Sociedad comercial». *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay,* jul.-dic. 2000, tomo 86, n.os 7-12, pp. 463-465.

reconocimiento tampoco hay capacidad de derecho, porque la persona jurídica no existe.

Pascual Quagliata[114] dice, citando a Suburú:

> […] los actos practicados por los fundadores, para fundar la Sociedad, no son actos ni de los suscriptores ni de la Sociedad, son actos de los fundadores que obran por sí aunque en interés de la Sociedad futura […] si la Sociedad se constituye el hecho de la constitución es una tácita ratificación de la gestión de los fundadores […].

Y citando a Vivante indica:

> […] expone los diversos fundamentos que se han dado a la función de los promotores: «se ha dicho que al promover la constitución de la Sociedad actúan como representantes de la misma […]; como gestores de negocios […] o en la calidad del que estipula a favor de un tercero […]».

Formaba parte de la discusión si el contrato celebrado por una sociedad en el período de formación requería una ratificación posterior una vez culminados los trámites de inscripción y publicación del contrato social.

El Banco Hipotecario del Uruguay (resolución el 2 de mayo de 1963) formó con sus dictámenes parte en ese proceso de discusión con dos tesis extremas que se dieron en el transcurso de varias décadas (el doctor Cibils Hamilton por la validez del contrato y el doctor Brum por la nulidad). En definitiva, en un informe de la Gerencia General del 5 de diciembre de 1961, expresó:

> […] aunque esta Gerencia General comparte el criterio de que la escritura de ratificación es innecesaria […], por razones de seguridad en la contratación, aconseja mantener la práctica de exigir su otorgamiento con la comparecencia de los representantes legítimos […] de la sociedad definitivamente habilitada por el Poder público para actuar como anónima.

En las Jornadas Notariales celebradas en 1976 en Melo, las escribanas Alicia Presto y Lydia Paradell concluyeron:

> […] los contratos celebrados por la sociedad en formación son válidos y no requieren ratificación, en virtud de que la personalidad jurídica nace con el otorgamiento del contrato constitutivo o del acta fundacional.[115]

114 Quagliata, Pascual. «¿Puede una sociedad anónima en formación adquirir inmuebles?». *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, ago. 1946, tomo 32, n.º 8, p. 349.

115 Presto Lausarot, Alicia; Paradell Brusa, Lydia. «La validez de los actos y contratos por las sociedades mercantiles antes de su inscripción en el Registro Mercantil». *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, ene.-feb. 1978, tomo 64, n.os 1-2, pp. 25-41. 19.ª Jornada Notarial Uruguaya, Melo, 9-12 oct. 1976.

Posición de la Comisión de Derecho Comercial

Siguiendo la posición sustentada por la Comisión de Derecho Comercial de la Asociación de Escribanos del Uruguay en diferentes dictámenes,[116] entendemos que la sociedad nace a la vida jurídica desde el momento del acuerdo de voluntades. Es a partir de su constitución sujeto de derecho. Por lo tanto, en el caso que nos ocupa, el inmueble adquirido en 1980 es propiedad de G SA (en formación) y no de sus socios fundadores.

La sociedad como tal tiene un patrimonio propio. Los fundadores actúan en nombre y representación de la sociedad; es la forma natural y obvia de manifestarse, a través de sus órganos sociales. La sociedad no debe ratificar ningún acto.

Por tanto, se entiende que los actos otorgados y contratos celebrados por la sociedad en formación eran válidos y no requerían ratificación posterior.

Personalidad jurídica de las sociedades comerciales luego de la ley 16060

Con la ley 16060, de 4 de setiembre de 1989 (vigente desde el 5 de enero de 1990), el problema quedó saneado ya que en su artículo 2 la norma indica: «será sujeto de derecho desde la celebración del contrato social». En consecuencia, son personas jurídicas todas las sociedades, incluso aquellas en formación, de hecho e irregulares.

La ley 16060, por ende, puso fin a la discusión en cuanto al comienzo de la personalidad jurídica, que nace con el acuerdo de voluntades. Luego la sociedad obtendrá el tipo social, si cumple con las formalidades requeridas, o será una sociedad irregular.

No compartimos el criterio de la consultante en cuanto fundamenta su opinión en la normativa referente a las sociedades en formación (artículos 19 a 21 de la ley 16060), pues al momento de entrar en vigencia la ley 16060 la sociedad en cuestión era una sociedad irregular, cuyas normas son otras (artículos 36 y siguientes).

Conclusión

1. Al momento de la adquisición del inmueble, G SA (en formación) era persona jurídica, ya que se constituyó de acuerdo con las normas del Có-

116 Serván Bauzón, Guillermo; Schwartz, Julio. Asociación de Escribanos del Uruguay. Comisión de Derecho Comercial. «Presupuesto de validez». *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay,* jul.-dic. 1989, tomo 75, n.os 7-12, pp. 445-448; Serván Bauzón, Guillermo. Asociación de Escribanos del Uruguay. Comisión de Derecho Comercial. «Presupuesto de validez». *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay,* jul.-dic. 1989, tomo 75, n.os 7-12, pp. 446-448; Cianciarulo, Daniella. Asociación de Escribanos del Uruguay. Comisión de Derecho Comercial. «Sociedad comercial». *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay,* jul.-dic. 2000, tomo 86, n.os 7-12, pp. 463-465.

digo de Comercio. Esta es la posición que ha sustentado reiteradamente la Comisión de Derecho Comercial de la Asociación de Escribanos del Uruguay.

No se requiere ratificación, pues los actos y contratos celebrados por la sociedad son válidos.

En consecuencia, habiendo ingresado el inmueble al patrimonio social, el embargo de uno de los socios fundadores no lo afecta.

2. En cuanto a si se puede acreditar la existencia de la sociedad, y en consecuencia descartar los embargos trabados a dos de sus fundadores exclusivamente por el contralor realizado por los escribanos intervinientes, se concluye que el control de la sociedad en formación fue realizado por los escribanos que intervinieron en los contratos de traslación de dominio, y por tanto se debe tener presente la fe pública emanada de quien autorizó dichos documentos.

Esc. Stefania Della Mea
y Adriana Porcires
Informantes

Montevideo, 5 de octubre de 2015. La Comisión de Derecho Comercial, integrada por los Escribanos Gabriel Curi, Mónica González, Sandra Aquines, Soledad Capetta, Gabriela Fernández, Marcelo Lasowski, Patricia Doglio, Jacqueline Reymundes, Carmen López, Mariana Cerruti, Paola Igoa, Daniella Cianciarulo y Adriana Amado, aprueba el informe que antecede.

Escs. Adriana Amado
y Daniella Cianciarulo
Coordinadoras

Aprobado por la Comisión Directiva de la AEU el 3 de noviembre de 2015. Expediente 923/2015.

DISOLUCIÓN DE SOCIEDAD COMERCIAL. PERSONA JURÍDICA. MANDATO. DECLARATORIA. ERROR

Resumen

La sociedad comercial disuelta conserva su personería jurídica hasta concluir con su liquidación, o sea, hasta la total extinción de su activo y pasivo.

Los mandatos otorgados por una sociedad comercial que luego se disuelve continúan vigentes hasta su revocación, sin perjuicio de lo establecido en la ley 19288, artículo 2.

El número de padrón es uno de los elementos que permiten identificar un bien, pero, no obstante su importancia, el error padecido al establecerlo de ninguna manera puede señalarse como vicio del consentimiento. En consecuencia, si de los demás elementos que coadyuvan a la determinación del bien surge en forma indubitable su individualidad, la titulación no merecerá observaciones. La declaratoria otorgada para rectificar el número de padrón tiene efecto retroactivo entre las partes a la fecha de otorgamiento de la compraventa, pero no puede afectar derechos adquiridos por terceros de buena fe.

Informes: Comercial y civil

Consulta

Titulación

Año 1970. El 12 de octubre, ante el escribano JMMT, B SA enajenó por compraventa y tradición a L SA dos solares contiguos, padrones: …1 y …2, solares C y D de la manzana 16 respectivamente, cuya primera copia fue inscripta en el Registro de Traslaciones de Dominio.

Año 1999. Por escritura de declaratoria autorizada el 2 de marzo por el escribano N, B SA, representada por su mandatario EG, según poder especial en escritura autorizada el 5 de junio de 1968 por el escribano R, y L, transformada de SA a SRL, declararon que en la compraventa anterior se padeció error al establecer el número de padrón del solar D de la manzana 16, y rectificaron que el número de padrón correcto de ese solar vendido no era …2 sino …3. La primera copia fue inscripta en el Registro citado el 10 de marzo.

En esta escritura:

1. El poder referido es mandato especial del 5 de junio de 1968 ante el escribano R, para otorgar, ratificar, etcétera, escrituras traslativas de dominio. No ha sido revocado ni modificado según certificado del Registro de Poderes.
2. B SA estaba «disuelta» a la fecha del otorgamiento, según surge de nota al pie de la primera copia de la escritura, firmada por el escribano R.
3. El Registro Público de Comercio de Montevideo certificó que la sociedad se constituyó el 26 de mayo de 1946 por un plazo de cincuenta años, es decir que el 26 de mayo de 1996 quedó disuelta por vencimiento de plazo (causal de disolución del artículo 159 de la ley 16060).
4. De los certificados del Registro Público de Comercio solicitados desde 1946 hasta 1960 y desde 1960 hasta 2014 no surge que la sociedad haya cancelado su personería jurídica.

Año 2002. En escritura autorizada el 18 de febrero por el escribano ECDG, L SRL enajenó los padrones …1 y …3, solares C y D de la manzana 16 del plano referido, por compraventa y tradición, a AHOZ, divorciada. La primera copia fue inscrita en el Registro citado el 25 de febrero de 2002.

AHOZ falleció intestada el 24 de octubre de 2002, en igual estado civil. La sucesión fue tramitada en el Juzgado Letrado de Familia de … Turno, ficha … Se presentó relación jurada de bienes con inclusión de los padrones …1 y …3, solares C y D de la manzana 16 del plano referido. Por auto del 14 de abril de 2004, de conformidad fiscal, fue declarado único heredero su hijo legítimo, JACO. Se inscribió el certificado de resultancias de autos sucesorios en el Registro citado el 10 de mayo de 2004.

Año 2003. JACO, casado y separado de bienes, prometió en venta a FKJ, soltero, los padrones …1 y …3, solares C y D de la manzana 16 del plano referido, en escritura autorizada el 5 de diciembre por la escribana M. La primera copia fue inscripta en el Registro citado el 11 diciembre de 2003.

Año 2004. En cumplimiento de dicha promesa, el 18 de junio, ante la misma escribana, se otorgó la compraventa de los padrones …1 y …3, solares C y D de la manzana 16 del plano referido. La primera copia fue inscrita en el Registro citado el 24 de junio de 2004.

Año 2005. En escritura autorizada el 28 de febrero de 2005 por la escribana F, FKJ, soltero enajenó los padrones …1 y …3, solares C y D de la manzana 16 del plano referido, por compraventa y tradición, a LJF, casada en primeras nupcias y separada de bienes con DK. La primera copia fue inscrita en el Registro citado el 11 de marzo de 2005.

Hechos

Por los dos padrones referidos se firmó reserva de venta en mayo de 2014, que fue rescindida a solicitud del escribano S, designado por los reservantes como futuros compradores, quien no aceptó el título por entender que:

a. Se padeció error en el número del padrón de la compraventa, al mencionarse el …2 en vez del …3.
b. En la declaratoria de rectificación de 1999 el otorgamiento de B SA no es válido por haber estado la sociedad disuelta a esa fecha. En su opinión, la declaratoria solo es válida como declaración unilateral de la sociedad compradora.
c. Según el escribano S, para validez de esa declaratoria frente a terceros, tenía que haber comparecido por B SA su liquidador designado o sus administradores actuando en calidad de liquidadores. No aceptó como representante válido de la sociedad al mandatario según mandato otorgado cuando la sociedad era una SA regular.
d. Para asegurar a su cliente que B SA no hubiera vendido a un tercero el padrón …3, el escribano S solicitó a la consultante buscar información registral por el nombre del vendedor B SA por el padrón …3, y también por el solar y manzana que le corresponden en el plano

—solar D de la manzana 16, aunque se hubiera vendido con otro número de padrón—, desde la fecha de existencia del padrón, esto es, 1961 (año de inscripción del plano de fraccionamiento, del agrimensor G), información que el Registro no proporciona. El Registro proporcionó información desde 1975, por el padrón errado y también por búsqueda especial, que corroboran que el padrón no es el enajenado, sino otro.

Se consulta

1. La declaratoria de 1999 ¿es válida entre las partes y para terceros? Esta pregunta comprende:

a. B SA, disuelta pero sin cancelar su personería jurídica, ¿existía como persona jurídica a la fecha de la declaratoria de 1999?
b. El mandato otorgado por B SA en 1968, cuando era SA común, ¿sigue siendo válido una vez que la SA entra en liquidación?

2. La rectificación del número de padrón realizada en 1999, ¿se considera que tiene fecha de la compraventa rectificada, es decir, 1970?

3. ¿Se puede decir que está justificada la bondad de los títulos del padrón …3 desde 1970, año de la primera compraventa ante el escribano J, dado que:

a. el número de padrón no es el único elemento con el cual se individualiza el bien, y
b. han pasado más de 30 años desde la compraventa cuestionada?

Opinión de la consultante

Sobre la primera consulta

La consultante entiende que esa declaratoria es válida entre las partes y para terceros, por las siguientes consideraciones:

a. B SA estaba disuelta a la fecha de ese otorgamiento, por vencimiento del plazo. Sin embargo, una sociedad anónima disuelta se mantiene como persona jurídica, ya no como SA sino como SA en Liquidación (artículo 168 de la ley 16060). La omisión de la mención «en Liquidación» a continuación del nombre de la sociedad no le quita validez a la escritura (artículo 169 de la ley 16060).

b. La personería jurídica de la sociedad no fue cancelada antes del otorgamiento de la escritura de declaratoria de 1999 (artículo 181 de la ley 16060). No surge cancelación de la personería jurídica de la nombrada sociedad del texto de la escritura de declaratoria ni tampoco de los certificados del Registro Público de Comercio.

Por lo tanto, la consultante entiende que B SA (en liquidación, aunque esta mención se haya omitido) era persona jurídica hábil para otorgar la

declaratoria de rectificación en 1999. En igual sentido se pronunció la consulta 14.654/95, para sociedades anteriores a la ley 16060:

> Para el Código de Comercio el vencimiento del plazo contractual de una sociedad significaba la disolución total de la misma de pleno derecho, sin requerir inscripción registral ni publicidad de prensa. Pero ello no aparejaba la inexistencia de la sociedad sino que ella se mantiene para finalizar los negocios pendientes, para su liquidación.

Sobre la consulta 1b

La transformación de forma jurídica de la sociedad (de SA en SA en Liquidación) no es una de las formas de acabar el mandato, las que están a texto expreso establecidas en el artículo 2086 del Código Civil.

La consultante entiende que los mandatos otorgados por la sociedad mientras era SA no quedan cancelados por la transformación en SA en Liquidación, porque la persona jurídica sigue existiendo. El mandatario continúa representando válidamente a la persona jurídica existente.

Sobre la segunda consulta

Considera que la rectificación de 1999 corrige el error de número de padrón, con validez desde 1970, fecha de la compraventa, ya que fue otorgada entre las mismas partes otorgantes de la compraventa y no hay terceros involucrados que pudieran verse afectados.

Sobre la tercera consulta

a. La consultante entiende que la declaratoria de 1999 rectifica un número de padrón, que no es el único dato para individualizar el inmueble.[117] El inmueble enajenado en las compraventas en cuestión y en las siguientes siempre fue y sigue siendo el solar D de la manzana 16 en el plano de fraccionamiento del agrimensor G, ya que no hubo error en el deslinde realizado en la escritura y, por lo tanto, no hubo error en el objeto.

b. Opina que la titulación relacionada en el apartado «Titulación», dado que han pasado más de treinta años desde la compraventa cuestionada, justifica la bondad de los títulos del padrón …3 desde 1970, año de la primera compraventa ante el escribano J.

117 Asociación de Escribanos del Uruguay. Comisión de Derecho Civil. «Error». *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay,* ene.-dic. 2012, tomo 98, pp. 166-170.

Informe de la Comisión de Derecho Comercial

Esta comisión se expedirá sobre el objeto de la consulta que concierne al derecho comercial, por cuanto en lo que atañe al derecho civil se expedirá oportunamente la Comisión respectiva.

En la consulta se formulan las siguientes interrogantes:

– La declaratoria de 1999 ¿es válida entre las partes y para terceros?

– ¿Continúa existiendo la personería jurídica de B SA al momento de otorgarse la escritura de declaratoria, el 2 de marzo de 1999, luego de haberse disuelto por expiración del plazo? (artículo 159, numeral 2).

El artículo 168 de la Ley de Sociedades Comerciales, 16060, en sede de disolución, 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.

En sede de liquidación, el artículo 181, en su redacción vigente al momento del otorgamiento de la declaratoria —es decir, en su redacción anterior a la que le daría la ley 19288—, en su artículo 19 establecía:

> (Cancelación de la inscripción). Terminadas las operaciones descritas en el artículo anterior, los liquidadores formularán una declaración en la que constarán las trasferencias efectuadas, así como la extinción del activo y pasivo sociales y solicitarán al Registro Público de Comercio la inscripción de ese documento.

De la lectura de ambos artículos se infiere que la sociedad comercial disuelta conservará su personería jurídica a los efectos de su liquidación. Asimismo, de acuerdo con la posición sostenida por la Comisión informante, su personería jurídica finalizará con la extinción del activo y el pasivo social, y luego se procederá con la cancelación de la inscripción en el Registro Público de Comercio —hoy Registro de Personas Jurídicas, Sección Registro Nacional de Comercio—. Sin perjuicio de ello, y aunque su inscripción registral haya sido cancelada, mientras haya activo y/o pasivo social su personería jurídica seguirá existiendo.

Operada la disolución, el ámbito de actuación de la sociedad se ve limitado, y ello se desprende del artículo 168 cuando dice «conservará su personería jurídica a los efectos de su liquidación». En tal sentido, el artículo 164 restringe el actuar de los administradores cuando dice que «sólo podrán atender los asuntos urgentes y deberán adoptar las medidas necesarias para iniciar la liquidación». Para el caso de que los administradores realicen operaciones ajenas a esos fines, se establece la responsabilidad ilimitada y solidaria respecto a los terceros y a los socios. Por lo tanto, solamente podrán realizar actos preparatorios y conducentes a la liquidación de la sociedad.

Dicho esto, la Comisión de Derecho Comercial entiende que, si a criterio de la Comisión de Derecho Civil es necesario el otorgamiento de la declaratoria por la sociedad en liquidación, por existir una obligación pendiente, la personería jurídica no se habría extinguido, y el otorgamiento de la declaratoria sería una consecuencia del acto que se está rectificando, o sea, la compraventa otorgada en 1970.

Como sostiene la consultante, la omisión del agregado «en liquidación» a la denominación social en la escritura de declaratoria no afecta la validez de esta, y la única consecuencia es que los administradores o liquidadores serán solidariamente responsables por los daños y perjuicios que de ella se deriven frente a los socios y terceros (artículo 169 de la ley 16060).

Por lo tanto, la respuesta a la primera interrogante, en cuanto a si la escritura de declaratoria es válida pese a haber sido otorgada por una sociedad comercial disuelta y en liquidación, es afirmativa.

La segunda interrogante es si el mandato otorgado por B SA en 1968 sigue siendo válido una vez que la sociedad anónima entra en liquidación.

De acuerdo con lo expresado, la sociedad en disolución conserva su personería jurídica hasta concluir con su liquidación (extinción de activo y pasivo). Conserva por tanto todos los derechos y obligaciones inherentes a aquella, es decir, los que sea capaz de generar por el hecho de ser una persona jurídica, y los contratos que hubiera otorgado se mantienen vigentes, como ocurre en este caso con el mandato objeto de la consulta.

Esta interpretación se ve reforzada con la sanción de la ley 19288, que en su artículo 2 establece:

> Sin perjuicio de los efectos de la disolución previstos en la ley 16060, operada la disolución de las entidades por la causal prevista en el artículo anterior, resultarán rescindidos o revocados, por imperio de la ley, todos los mandatos y poderes que la sociedad hubiera otorgado hasta ese momento.

Dicha norma es únicamente aplicable a las sociedades comprendidas en su artículo 1.º, o sea, aquellas sociedades anónimas y en comandita por acciones, con acciones al portador, que no hayan cumplido en tiempo y forma con la comunicación de sus titulares accionarios al Banco Central del Uruguay (ley 18930).

Por consiguiente, la respuesta a la segunda interrogante planteada es también afirmativa. El mandato sigue plenamente vigente aunque la sociedad mandante se disuelva y se encuentre en etapa de liquidación.

Si bien no está comprendido en el objeto de la consulta, es conveniente realizar una aclaración respecto de un punto que resulta confuso. Dice la consultante: «La transformación de forma jurídica de la sociedad (de SA en SA en Liquidación) no es una de las formas de acabar el mandato, las que están a texto expreso establecidas en artículo 2086 del Código Civil», y también: «[…] los mandatos otorgados por la sociedad mientras era SA no quedan cancelados por la transformación en SA en Liquidación».

Las sociedades no se transforman cuando se disuelven, sino que entran en otra etapa, la de liquidación. El instituto de la transformación únicamente opera cuando una sociedad regularmente constituida adopta otro tipo social (artículo 104 de la ley 16060).

Conclusión

La sociedad comercial disuelta conserva su personería jurídica hasta concluir con su liquidación, o sea, hasta la total extinción de su activo y pasivo.

Los mandatos otorgados por una sociedad comercial que luego se disuelve continúan vigentes hasta su revocación, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 2 de la ley 19288.

Esc. Soledad Cappetta
Informante

Montevideo, 10 de agosto de 2015. La Comisión de Derecho Comercial, integrada por los escribanos Gabriel Curi, Marcelo Lasowski, César Coll, Stefania Della Mea, Paola Igoa, Selva Siri, Reina Gatti, Silvana Beker, Blanca Fernández, Jacqueline Perdomo, Jacqueline Reymunde y Daniella Cianciarulo, aprueba el informe que antecede.

Escs. Adriana Amado
y Daniella Cianciarulo
Coordinadoras

Informe de la Comisión de Derecho Civil

Las consultas planteadas por la consultante en los numerales 1a y 1b fueron informadas por la Comisión de Derecho Comercial.

En cuanto a las interrogantes planteadas por la consultante en los numerales 2 y 3, cabe considerar lo siguiente.

Estamos ante un supuesto de error en uno de los diversos elementos para la correcta individualización de un bien inmueble. Se indica en forma errónea el número de padrón, pero este no es el único elemento a través del cual se logra la individualización de un bien inmueble, sino que se cuenta con otros, como pueden ser los datos del plano, el número de solar y la manzana, etcétera, respecto de los cuales en este caso no existió error.

En el caso, existe un error en la declaración, pero no un error en el consentimiento (acuerdo de voluntades) como elemento del contrato; por lo tanto, no hay vicio del consentimiento. El negocio es válido y eficaz porque

el acuerdo de voluntades se formó y tanto la propuesta como la aceptación referían al mismo bien.

El error en la declaración se encuentra en que se equivocan ambas partes al señalar uno de los elementos identificatorios del bien, que es el número de padrón. Y ese error es lo que corresponde rectificar mediante una declaratoria (o negocio de fijación), a través de la cual se rectifica la declaración originaria adecuándola a la voluntad real de las partes.

En el caso concreto, a pesar del error en el número de padrón, de los demás elementos identificatorios mencionados surge con claridad cuál es el inmueble sobre el que se está negociando. Sin embargo, la declaratoria por la que se rectifica el error en la declaración tiene la utilidad de despejar cualquier duda interpretativa al respecto.

Dicha declaratoria tiene relevancia, además, en el ámbito registral, y específicamente en la oponibilidad del acto frente a terceros, ya que el error en el número de padrón provocó que el asiento registral se realizara con base en un padrón equivocado y por tanto corresponde su rectificación. Dispone el artículo 71 de la ley 16871: «Respecto de los terceros que hubieran consultado la información registral, las rectificaciones de los asientos registrales sólo les serán oponibles desde la fecha en que se realizan». Con el otorgamiento de una declaratoria se logra adaptar la realidad registral a la realidad extrarregistral.[118]

Esta declaratoria tiene efecto retroactivo entre las partes, pero no puede afectar los derechos adquiridos por terceros de buena fe. Por lo tanto, se retrotrae en sus efectos a la fecha de otorgamiento de la compraventa tan solo en las relaciones entre las partes; respecto a los terceros, solo es oponible a partir de su inscripción en el Registro.

En este sentido, el escribano Carlos del Campo García, en informe de la Comisión de Derecho Notarial y Técnica Notarial, tratando una situación en la cual se había producido un error en la mención del número de padrón, expresó:

> Si los actos que deben ser inscriptos, no lo son, o lo son de forma tal que no pueden informarse, tal como en el caso, al proporcionar una llave de acceso al sistema registral inidónea, como es un número de padrón erróneo, no podrán oponerse a otros registrados en tiempo y forma.[119]

118 En tal sentido puede verse Asociación de Escribanos del Uruguay. Comisión de Derecho Civil. «Error». *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay,* ene.-dic. 2012, tomo 98, pp. 166-170; Azar, Mercedes. Asociación de Escribanos del Uruguay. Comisión de Derecho Registral. «Error». *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay,* ene.-dic. 2012, tomo 98, pp. 170-172.

119 Campo García, Carlos del. Asociación de Escribanos del Uruguay. Comisión de Derecho Notarial y Técnicas Notariales. «Error». *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay,* jul.-dic. 2011, tomo 97, n.º 2, p. 583.

Respuestas a las preguntas planteadas

La rectificación del número de padrón realizada en 1999, ¿se considera que tiene fecha de la compraventa rectificada, es decir, 1970?

La declaratoria otorgada por la que se rectifica el número de padrón tiene efecto retroactivo entre las partes a la fecha de otorgamiento de la compraventa, pero no puede afectar derechos adquiridos por terceros de buena fe.

¿Podemos decir que está justificada la bondad de los títulos?

El objeto de esta comisión es dictaminar sobre las situaciones concretas que se plantean y no sobre la bondad de los títulos en términos genéricos.

Con relación a la situación consultada, el error padecido en el número de padrón no afecta la individualización del bien, que puede ser identificado mediante los restantes elementos en los cuales no se padeció error.

El acuerdo de voluntades se formó en relación con el solar D de la manzana 16 en el plano del agrimensor G de diciembre de 1960, inscrito en la Dirección Departamental de Catastro el 10 de abril de 1961. El error en la declaración del número de padrón no afecta la validez ni la eficacia del negocio.

Dicho error se subsanó precisamente mediante la declaratoria otorgada por las partes en 1999, por la que rectificaron la errónea declaración, la cual fue inscripta en el Registro correspondiente.

Al no existir en el caso terceros de buena fe que hayan adquirido derechos con anterioridad a la inscripción de la declaratoria, se concluye que la situación no merece observaciones.

Esc. María Jesús Almandoz
Informante

Montevideo, 29 de setiembre de 2015. La Comisión de Derecho Civil, integrada por los escribanos Fernando Alonso, Américo Bianchi, Sandra Bochard, Miguel Burdín, Alicia Cancela, Jorge Carneiro, Stefania Della Mea, Gustavo Echavarría, Alicia González Bilche, Adriana Inciarte, María del Rosario Marchese, Maximiliano Mauri, Roque Molla, Laura Parnás, Margarita Puertollano, María Ritacco, Estela Sarachu, Mildred Secondo, Diego Seré, Adriana Silva, Gonzalo Trobo, Verónica Ubillos y Juan Pablo Villar, aprueba el informe que antecede elaborado por la escribana María Jesús Almandoz.

Escs. Roque Molla y Juan Pablo Villar
Coordinadores

Aprobados por la Comisión Directiva Nacional de la AEU el 10 de noviembre de 2015. Expediente 815/2015.

ESCRIBANOS. ARRENDAMIENTO DE SERVICIOS. HONORARIOS. FUNCIÓN NOTARIAL. ARANCEL NOTARIAL

Resumen

Uno de los principios rectores del ejercicio de la función notarial responde a la no dependencia jerárquica en la prestación de funciones. La función notarial queda comprendida dentro del ejercicio de una profesión libre e independiente, lo que sostiene la esencia de la imparcialidad en el quehacer diario del escribano.

Informe: Notarial

Consulta

Situación

Se consulta sobre las actuaciones comprendidas en un contrato de arrendamiento de servicios notariales, el reajuste a la retribución estipulada y a las pautas aplicables al caso.

El consultante expone que en el ejercicio liberal de sus profesiones universitarias (abogado y escribano) tomó contacto con un estudio jurídico, cuya forma legal es una sociedad de hecho, donde mediante un vínculo contractual —verbal— de arrendamiento de servicios pasó a desempeñarse primero como abogado y luego también como escribano, y que se convino una retribución mensual y el régimen de exclusividad del trabajo notarial.

Consulta

¿Qué actuaciones resultan comprendidas en el objeto del contrato de arrendamiento de servicios notariales?

En ausencia de convención expresa entre las partes, ¿qué pautas resultan aplicables para el reajuste mensual de la prestación notarial brindada?

En la situación planteada respecto de los actos ajenos al objeto del contrato de arrendamiento de servicios ¿resultan de aplicación los parámetros establecidos por el arancel notarial?

Informe de la Comisión de Derecho Notarial y Técnicas Notariales

La Comisión de Derecho Notarial y Técnicas Notariales considera imprescindible realizar una aclaración en cuanto a las características, el sentido y la finalidad *de la función notarial*.

Dentro del notariado nacional existe casi unanimidad en cuanto a considerar al escribano como un profesional de derecho que inviste una función

de carácter esencialmente público, en virtud de las facultades que delega en él el Estado y de que tiene por objeto dotar de seguridad, valor y permanencia de hecho y de derecho al documento notarial y a su contenido.

Creemos necesario exponer lo establecido por nuestra Ley Orgánica Notarial (LON), decreto-ley 1421, en su primer artículo:

> 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 éstos y toda clase de personas jurídicas.

Al decir del maestro Rufino Larraud:[120]

> […] él se debe en igual medida al cliente habitual, que al accidental; al que lo elige, como al que lo acepta; al que le paga y al que se beneficia de su actividad sin erogación alguna.

Pues bien, el escribano lo es del negocio, de las partes y de ninguna en particular; preside las relaciones de los particulares y, desde su sitial equidistante de los diversos interesados, debe dotar de certeza jurídica al negocio para el que fue requerido, conforme a las necesidades del tráfico y de su prueba eventual.

El primer Congreso de La Unión Internacional del Notariado Latino, reunido en la ciudad de Buenos Aires en 1948, definía al notario como:

> El profesional de Derecho encargado de una función pública consistente en recibir, interpretar y dar forma legal a la voluntad de las partes, redactando los instrumentos adecuados a este fin y confiriéndoles autenticidad, conservar los originales de éstos y expedir copias de su contenido.[121]

El notario, a la vez que ejerce una función pública, necesariamente es un profesional de derecho, que tiene una actividad asesora y autenticadora en su parte más importante.

Independientemente de las teorías acerca de la naturaleza jurídica de su función, podemos manifestar que esta reúne tres caracteres básicos: la imparcialidad, la no dependencia jerárquica en la prestación de funciones y la eficacia que le impone el sistema de libre clientela.

La función notarial queda comprendida dentro del ejercicio de una profesión libre y que, como toda profesión de trascendencia social, se encuentra especialmente reglamentada.

Que el notario sea imparcial como titular de una función pública no parece algo muy especial, porque es lo que se espera de todo funcionario público —aunque la realidad puede ser diferente si se tiene en cuenta que todos ellos están sujetos a jerarquía, lo que podría alterar el concepto estricto de imparcialidad—. El notario, como se ha dicho, no está sujeto

120 Larraud, Rufino. *Curso de derecho notarial.* Buenos Aires: Depalma, 1966, p. 140.

121 Trabajo de la delegación española en *[Trabajos: tema 4. Comprobación notarial de hechos]* (1969). Montevideo: Asociación de Escribanos del Uruguay. Tomo 6, pp.45-46. Presentado en 10.º Congreso Internacional del Notariado Latino (Montevideo: 20-27 oct.1969).

a jerarquía, sino a contralor de legalidad, y como profesional de derecho también está estructurado legalmente como obligado a una prestación de servicios en forma imparcial.

El notario debe ser, en todos los casos, asesor imparcial de las partes intervinientes y redactor imparcial de los documentos que le corresponde «redactar, extender y autorizar», según señala acertadamente nuestra LON. Estas imparcialidades se produjeron en ese mismo orden en la historia del notariado latino, si tenemos en cuenta que el notario fue primero redactor y mucho después autenticador.

Escribió el español Manuel González Enríquez: «[…] el notario debe hacer algo más que asesorar a las partes y recoger fielmente su voluntad o sus manifestaciones, debe además buscar para los problemas que ante mí se planteen las soluciones que estime más justas y convenientes»,[122] con el agravante de considerar que, si los otorgantes insisten en su posición, aunque esta sea lícita, pero el notario la considera injusta para alguna de las partes, puede denegar su intervención, lo que en cierto modo lo convierte «en juez de las relaciones jurídicas de los particulares».[123]

La LON, en su artículo 16, establece que antes de ser «investido» el aspirante a ejercer la función notarial presta juramento de «desempeñar bien y fielmente el cargo, respetar y cumplir la Constitución y las leyes y no desmerecer jamás la confianza debida al carácter de esa profesión». A todo esto se obliga el aspirante bajo juramento antes de que se lo invista, o sea, antes de que se le conceda la posibilidad de ejercer una función pública, la función notarial.

¿Y a quién o a quiénes prestará esa función? También lo dice la LON en su artículo 60: «Es deber de los Escribanos autorizar todos los actos y contratos para los que fuesen llamados, a no ser que tengan un legítimo impedimento».

De acuerdo con esta disposición, el profesional escribano debe ser llamado por alguien; convocado, requerido (principio de requerimiento) por alguien interesado en el acto o contrato a celebrarse, alguien que se beneficiará con el producto (documento) resultante del ejercicio de la función pública notarial. En ningún momento se habla de que el escribano deba ser llamado por un tercero para prestar ese servicio. No se supone la intervención de un tercero que haya convenido con el escribano un arrendamiento de servicios.

Además, es de lógica pura que una función pública no puede arrendarse por particulares, como ocurre en la situación planteada. Diferente es el caso de escribanos que a la vez son funcionarios públicos de un ente o servicio estatal o municipal, donde muchas veces deberán actuar ejerciendo la función notarial.

122 Ídem.

123 Redactado por Manuel González Enríquez con la colaboración de Francisco Manrique Romero y Juan Antonio Molleda Fernández.

O sea que, al intervenir en la autorización de documentos para los que no fue requerido por el interesado sino propuesto por un tercero, el profesional está violando el principio de requerimiento establecido en el artículo 60 de la LON, y con ello el de legalidad que juró respetar, según el artículo 16 de la misma ley, del que resulta además que la función pública notarial se desarrolla en dos planos, el jurídico, como hemos visto hasta ahora, y el ético («[…] y jamás […]»).

El VII Congreso Nacional de Escribanos, celebrado en la ciudad de Minas en 1989, aprobó el Código de Ética Notarial, que por resolución de la Comisión Directiva de la Asociación de Escribanos del Uruguay del 11 de julio 1989 entró en vigencia el 1.º de enero de 1990.

Su contenido se divide en secciones, y en la sección I, que trata de los deberes del escribano en el ejercicio de su investidura, como norma concreta de deontología notarial establece:

> 3. Debe prestar su ministerio a requerimiento de todo interés legítimo salvo la existencia de impedimento legal o razonable.

Esto no es más que reiterar lo dispuesto por el artículo 60 de la LON.

> 18.4. No debe instalar oficina notarial o despacho, en locales de empresas inmobiliarias, automotoras o gestorías ni estar vinculado en forma permanente a estas para la prestación de servicios a terceros.

La enumeración del objeto de las empresas contratantes se ha hecho a vía de ejemplo, no es taxativa.

> 22. El Escribano debe ejercer la función notarial en régimen de profesión liberal. Sólo admitirá la sociedad con otros colegas. Debe abstenerse de cualquier forma de asociación con otros profesionales.
>
> En caso de intervenciones interprofesionales cada participante percibirá los honorarios que determine su Arancel Profesional.

Como enseñaba el profesor Hugo Pérez Montero: no nos engañemos, no basta la autenticidad para el logro de un buen resultado jurídico; habrá que recorrer todo un proceso de formación y fijación de cada acto jurídico, más o menos largo y más o menos complejo, según los casos, para unir a ella la eficacia jurídica garantizada del negocio.[124]

Amén de lo expresado, es evidente que la clientela ha ido cambiando con los años. Antes era más variada, más individualista, y las relaciones con el notario eran muy personalizadas, muy *intuitu personae,* casi de carácter familiar, o por lo menos muy amistosas. Ahora, un solo cliente puede ser una gran empresa y llevar al notario a todos los que contratan con ella, hasta el punto de constituir, en muchas ocasiones, la espina dorsal de los rendimientos de la escribanía.

124 Curso de posgrado Derecho Notarial Internacional. Catedrático Pérez Montero (Universidad Notarial argentina).

Asimismo, la estructura administrativa que el notario debe organizar para atender a ese *gran cliente* ha variado. El escribano pasa muchas veces a formar parte de un engranaje multidisciplinario dentro de un estudio con otros profesionales. La información, el asesoramiento y aun el consejo necesarios para un negocio jurídico a realizar comprende muchas veces distintas disciplinas profesionales, lo que nada tiene que ver con la posibilidad de considerar el ejercicio de la función notarial tercerizado o como «arrendamiento de servicios». La variante a considerar es si esa multiplicidad de disciplinas alrededor del mismo caso no se cumpliría mejor por medio de una «asociación colectiva», sin perjuicio de respetar la responsabilidad personal derivada de la autorización final del documento.

El cliente es el primero que toma conciencia de esa situación y puede exigir desde parcialidad en las opiniones técnicas del notario hasta ventajas económicas en la reducción de los honorarios que debe pagar.

En sí mismo, este hecho no sería trascendente si el notario cumpliese puntualmente su deber de informar y auxiliar al contratante más débil; pero existe el riesgo —que la práctica confirma— de que el escribano, ante el temor de perder una fuente importante de trabajos, no extreme su diligencia en orden al cumplimiento del deber de informar y hasta de autorizar. No hace falta encarecer hasta qué punto la pérdida de imparcialidad del notario puede deteriorar su imagen ante la sociedad.

La actividad notarial está en constante movimiento, ya que va acompasando el tiempo y tiene que ir enriqueciéndose en forma permanente con los cambios sociales, económicos y tecnológicos. Es pues en el devenir de los tiempos un soporte de previsión y cautela para el espontáneo cumplimiento del derecho, porque es el notario el que puede prevenir y precaver los riesgos frente a las incertidumbres jurídicas.

Conclusión

De acuerdo con lo expuesto, la normativa señalada y trabajos realizados por la doctrina notarialista, uno de los principios rectores del ejercicio de la función notarial responde a la no dependencia jerárquica en la prestación de funciones.

La función notarial queda comprendida dentro del ejercicio de una profesión libre e independiente, lo que sostiene la esencia de la imparcialidad en el quehacer diario del escribano.

Por lo tanto, no corresponde a esta Comisión de Derecho Notarial y Técnicas Notariales expedirse en cuanto tenga que ver con el contrato de arrendamiento de servicios ni con las pautas que resulten aplicables para el reajuste mensual de la prestación notarial expuesta por el consultante.

Esc. Gabriela Bouvier Zeballos
Informante

Montevideo, 15 de mayo de 2015. Aprobado el informe precedente por la Comisión de Derecho Notarial y Técnicas Notariales, que suscriben los escribanos presentes: Susana Chao, Carlos del Campo García, Eliane D'Andrea, Gabriela Silva, Bettina Berena, Andreina de Benedetti, Vanessa Oberti, Silvana Rodríguez González y Gabriela Bouvier.

Aprobado por la Comisión Directiva Nacional de la AEU el 10 de noviembre de 2015. Expediente 776/2015.

GARAJE. PROPIEDAD HORIZONTAL. PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA. BUENA FE

Resumen

La titulación de la cuota ava parte indivisa del garaje no es aceptable en su actual estado. Las posibles soluciones son: a) que la sociedad promotora enajene la cuota parte indivisa del inmueble al actual usuario; b) que el usuario continúe poseyendo el lugar del garaje a efectos de prescribir la cuota ava parte indivisa correspondiente cuando se cumplan 30 años; c) la viabilidad de la aplicación del instituto de la prescripción abreviada depende de la posición que se tome respecto a si en el caso hay buena fe o no, lo cual es discutible por tratarse de un error de derecho. En consecuencia, consideramos que para que la titulación sea aceptable con base en este instituto se torna necesario que una sentencia judicial así lo declare.

Informe: Civil

Consulta

Hechos

1. Por escritura de compraventa-tradición del 8 de mayo de 1981, debidamente inscripta, A, casada con B, vendió a C SRL un inmueble en régimen de propiedad común …

2. Por promesa de compraventa del 8 de mayo de 1981, inscripta en el Registro de Inhibiciones, Sección Promesas, C SRL prometió vender a A, casada con B, el apartamento padrón …/1002, según plano proyecto de mensura y fraccionamiento horizontal, al que le correspondía el uso exclusivo de las terrazas D10 y E10 (bienes comunes).

3. Por escritura de compraventa-tradición del 21 de mayo de 1987, en cumplimiento de la promesa de 1981, C SRL vendió a A y B la unidad

1002, conforme plano de mensura y fraccionamiento horizontal, al que le correspondía el uso exclusivo de la terraza E 10 (bien común).

4. Por documento privado de 18 de diciembre de 1991, sin firmas certificadas, C SRL cedió a A y B el uso exclusivo de la cochera. La citada cochera forma parte del garaje 001, parte A, del plano de mensura y fraccionamiento de 1985. Se abonó en calidad de precio la suma USD 4.200. Del mismo documento surge la descripción del terreno y el edificio.

5. Por escritura del 18 de mayo de 1993, A y B enajenaron por compraventa-tradición a D, divorciada, la unidad 1002, a la que correspondía el uso exclusivo de la terraza E10 y el uso exclusivo de la cochera número 3 del garaje 001.

6. Por escritura del 25 de junio de 1997, D, divorciada, enajenó por compraventa-tradición a E la unidad 1002, a la que correspondía el uso exclusivo de la terraza E10 y el lugar en el garaje 001.

7. E falleció el 17 de diciembre de 1997, se declaró heredero a F y se incluyó la unidad 1002 y el lugar 3 en el garaje del edificio como bien común.

8. El edificio del cual forman parte la unidad y el garaje relacionados se describe: a) en la etapa constructiva, según plano proyecto de mensura y fraccionamiento horizontal de 1981, y b) una vez habilitado, según plano de mensura y fraccionamiento horizontal de 1985, ambos debidamente inscriptos, y se regula por las disposiciones de escrituras: a) de reglamento de copropiedad, del 8 de mayo de 1981, y b) de modificación de reglamento, del 15 de abril de 1986. A esta última escritura comparece C SRL en calidad de propietaria del edificio y los señores G, soltero, y los cónyuges H e I, quienes según la información registral obtenida son los titulares de la unidad 302, según escritura de compraventa del 23 de agosto de 1985. En la parte dispositiva se describen y deslindan el terreno, edificio, unidades y bienes comunes, conforme al plano definitivo de fraccionamiento horizontal citado, y en las constancias, luego de controlar la procedencia del inmueble y la personería de C SRL, se deja constancia de que «los otros comparecientes [G y los cónyuges H e I] en este acto concurren al mismo en su carácter de adquirentes de cuota indivisa del garaje 001, siendo junto a la sociedad citada los únicos propietarios del referido garaje». No surge de la información registral la inscripción de la enajenación de la cuota indivisa que corresponde a dichos comparecientes.

De la compulsa de los planos proyecto y definitivo de mensura y fraccionamiento horizontal relacionados y de la escritura de reglamento de copropiedad, surge sin lugar a dudas que el garaje del edificio es propiedad individual, empadronada con el número …/001, la cual, según el artículo 4 del reglamento de copropiedad, tiene destino garaje. En consecuencia, la cuota parte del garaje que le corresponde a la unidad 1002 debió trasmitirse a través de venta de cuota parte indivisa del referido padrón y no a través de una cesión de derechos de uso, en lo que asiste razón a la profesional que formula la observación.

9. De la información registral solicitada resulta que se otorgaron compraventas de sextas partes indivisas en las que la parte enajenante fue C SRL y los adquirentes los titulares de las unidades 102, 202 y 1001, así: la sexta parte indivisa que corresponde a la unidad 102, por escritura del 23 de octubre de 1986, por el precio de USD 2.500; la sexta parte indivisa que corresponde a la unidad 202, por escritura del 24 de marzo de 2008, por el precio de USD 8.500, y la sexta parte indivisa que corresponde a la unidad 1001, por escritura del 8 de abril de 1991, por el precio de USD 4.200.

Opinión de la consultante

De la compulsa de los planos y de las escrituras de reglamento de copropiedad y modificación de reglamento surge sin lugar a dudas que el garaje 001 es propiedad individual, con número de padrón y con destino garaje según el artículo 4 del reglamento. Por tanto, la cuota parte de garaje que le corresponde a la unidad 1002 debió trasmitirse a través de venta de cuota parte indivisa del referido padrón y no a través de una cesión de derecho de uso, como señala la profesional que formula la observación del título.

Cabe concluir, en consecuencia, que dicha cuota ava parte indivisa permanece en el patrimonio de la sociedad que construyó el edificio.

Se impone entonces analizar las consecuencias de la situación que se plantea y su posible solución.

1. La solución obvia es otorgar un negocio según el cual se declare que se padeció error en el documento de 1991 y en consecuencia se rectifique lo otorgado vendiendo la cuota parte y otorgando la tradición. Para ello se requiere la voluntad de C SRL, que, esté o no disuelta a la fecha, permanece en liquidación mientras existan bienes en su activo.

En el presente es imposible dicho otorgamiento ya que la sociedad vendedora no existe en los hechos, y quienes fueron sus últimos representantes, según la información registral obtenida, han fallecido.

2. Si bien han transcurrido 23 años de posesión continua, ininterrumpida y pacífica de la cochera número 3, no es de aplicación el instituto de la usucapión, ya que no se alcanza el plazo legal.

3. Sin perjuicio de ello, los sucesivos titulares de la unidad 1002 y de la cochera 3 usaron y gozaron el mencionado garaje y fueron reconocidos como condóminos de dicho bien por los restantes copropietarios.

Dado que desde 1991, en virtud del documento privado, y a partir de 1993, por el otorgamiento de sucesivas escrituras —y, en especial, la compraventa de la unidad 1002, en la que los originales titulares del derecho de uso exclusivo lo enajenaron por escritura pública—, ¿podría considerarse que existe justo título (escritura de 1993) a efectos de acortar el plazo de la prescripción de la cuota ava parte indivisa, en el entendido de que la aplicación de este instituto es la solución al problema planteado?

A su vez, aplicando las normas de interpretación de los contratos, podría concluirse que la intención de las partes fue enajenar cuota parte de la unidad garaje en tanto bien de propiedad individual, y no el uso exclusivo que refiere sin duda a bien de propiedad común.

Nótese:

1. Que las enajenaciones otorgadas en fechas cercanas pactaron como precio sumas similares, en uno de los casos idéntica.

2. Que se enajenaron sextas partes indivisas, tres con inscripción registral, una cuarta según la constancia de la escritura del reglamento de copropiedad a los titulares de la unidad 302, y la quinta bien puede interpretarse que es la cochera número 3, ya que, según el plano-croquis que se adjunta al documento de cesión de uso de 1991, surgen cinco cocheras, individualizadas con los números 1 a 5.

3. Se entiende que estamos ante una situación que no acarrea consecuencias jurídicas ni económicas, ya que la empresa vendedora-constructora no podrá reivindicar el bien, ni aun en la hipótesis de que se trata de una cesión de derechos de uso, precisamente porque no podría realizar un acto contrario a su propia conducta anterior.

4. Más allá de los términos literales empleados por las partes, entre ellas hubo intercambio de contraprestaciones de cosa por precio, lo cual tipifica en sustancia un contrato de compraventa. Siendo propietario el enajenante, su acto de disposición comporta la traslación de la propiedad en razón de lo dispuesto por el artículo 1732 del Código Civil, por el cual se prohíbe la reserva del dominio.

Se consulta si es necesario tramitar la prescripción o será viable interpretar la voluntad de los otorgantes de la cesión de derechos de uso como venta de cuota parte indivisa.

Informe de la Comisión de Derecho Civil

La sociedad promotora no transfirió la cuota parte indivisa del garaje

El estudio de títulos consiste en la realización de un conjunto de actividades técnicas que tienen por finalidad, entre otras, constatar la existencia y la situación de un derecho, quién es su titular y quién está legitimado para disponer de él.

Dicho estudio implica, entre otras actividades, verificar, según la prueba documental, que las trasmisiones dominiales efectivamente se hayan producido, lo cual requiere verificar que aquellos sujetos que dispusieron del bien se hallaban legitimados para hacerlo.

En el caso sometido a consulta, debemos analizar quién es el actual titular de la cuota parte indivisa del garaje, para saber quién es el sujeto

legitimado para disponer de ella. El tema central se encuentra en el hecho de que, según el texto del negocio otorgado en 1991, la sociedad promotora concedió el uso de un lugar en el garaje al propietario de una unidad en lugar de otorgar la correspondiente compraventa-tradición de cuota parte indivisa por ser el garaje una unidad de propiedad horizontal y no un bien común.

Es posible analizar el negocio otorgado en 1991 desde dos perspectivas, que conducen a un mismo destino: la sociedad promotora no transfirió la cuota parte indivisa del garaje objeto de consulta.

Desde una primera perspectiva, basada principalmente en un análisis literal del texto, se trató de una cesión de uso, por lo que la sociedad promotora conservó la titularidad de esa cuota parte indivisa.

Los posteriores negocios con referencia al lugar en el garaje, aun interpretando que la voluntad de los otorgantes hubiera sido transferir la cuota parte indivisa sobre el garaje, tampoco transfirieron esa cuota parte, por carecer de poder de disposición sobre ella.

Consecuentemente, al día de hoy dicha cuota parte indivisa del garaje continúa perteneciendo a la sociedad promotora.

Desde una segunda perspectiva, es posible interpretar que la voluntad negocial consistió en trasferir la cuota parte indivisa del garaje y no en ceder su uso, y que existió un error en la declaración, por cuanto el negocio se debía calificar como venta de cuota parte indivisa.

Esta vía interpretativa seguramente es mucho más acorde a la voluntad real de las partes, pero presenta un problema: esa compraventa de cuota parte indivisa de inmueble no cumplió con el requisito de solemnidad exigido por el artículo 1664 del Código Civil, ya que la voluntad se manifestó a través de un documento privado y no en escritura pública. Por lo tanto, dicho negocio es absolutamente nulo por falta de solemnidad (artículo 1560 del Código Civil) y como tal no produce efectos civiles (artículo 1252 del Código Civil).

Como consecuencia de ello, el comprador no adquirió la cuota parte indivisa, la cual permanece en el patrimonio de la sociedad promotora.

Los posteriores negocios con referencia al lugar en el garaje, aun interpretando que la voluntad de los otorgantes hubiera sido transferir la cuota parte indivisa, tampoco la transfirieron, por carecer de poder de disposición sobre ella.

Se aprecia que desde los dos puntos de vista se llega a un mismo resultado: la sociedad promotora no transfirió la cuota parte indivisa del garaje.

De lo hasta aquí expuesto, podemos decir que la titulación de la cuota ava parte indivisa del garaje no es aceptable en su actual estado, y que, para sanear la titulación, la sociedad promotora deberá enajenar la cuota parte indivisa del inmueble al actual usuario, o este continuar poseyendo el lugar del garaje a efectos de prescribir la cuota ava parte indivisa correspondiente cuando se cumplan 30 años.

La opción de la prescripción adquisitiva abreviada

Según el artículo 1204 del Código Civil: «La propiedad de los bienes inmuebles u otros derechos reales se adquiere por la posesión de diez años entre presentes y veinte entre ausentes, con buena fe y justo título (artículo 693)».

De esta manera, si una persona posee un inmueble en forma continua, no interrumpida, pacífica, pública, no equívoca y en concepto de propietaria (artículo 1196 del Código Civil), podrá adquirirlo por prescripción en el plazo abreviado que dicho artículo establece, si existe justo título y buena fe.

El artículo 1208 Código Civil expresa: «Entiéndese por justo título el legal y capaz de transferir la propiedad. El título para la prescripción ha de ser verdadero y válido. El error, sea de hecho o de derecho, no bastará para subsanar la falta de ninguna de estas dos cualidades».

En el caso planteado, consideramos que existe justo título para adquirir la cuota parte indivisa del inmueble unidad garaje, que por supuesto no sería el de 1991, por haberse otorgado en documento privado, sino el de 1993 y el siguiente.

El tema presenta mayores dificultades al analizar el requisito buena fe. El artículo 1207, inciso 1, del Código Civil expresa:

> 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.

Y el artículo 693 dispone:

> Se llama poseedor de buena fe, el que lo es en virtud de un título traslativo de dominio, cuyos vicios ignora.
>
> Es poseedor de mala fe, aquel a quien consta la falta de título para poseer o que el que tiene es vicioso o insuficiente.

Esta comisión ha debatido la posibilidad de que exista buena fe en el caso concreto.

Algunos integrantes realizan una interpretación estricta de los artículos mencionados y sostienen que el actual titular no tendría buena fe, ya que, si el negocio otorgado en 1991 fue una compraventa absolutamente nula por falta de solemnidad, quien adquirió en 1993 no ignoraba los vicios de la titulación, que surgían de la propia documentación. De seguirse esta interpretación, no procedería la prescripción adquisitiva abreviada.

Otros integrantes realizan una interpretación extensiva de dichos artículos y entienden que en el caso existe buena fe, aunque por argumentos diversos, por lo cual los subdividiremos en dos.

a. Por un lado, partiendo de la recalificación del negocio de cesión de uso en una compraventa absolutamente nula por falta de solemnidad, algunos sostienen que la sociedad promotora cumplió una obligación natural emergente de este (artículo 1442.2 del Código Civil), y que dicho cumplimiento generó en el comprador una posesión irreivindicable que provoca que el

tercero tenga la calidad de buena fe, ya que la sociedad no puede reivindicar el bien, en virtud de que el artículo 1445 del Código Civil consagra la irrepetibilidad del pago de la obligación natural.

En consecuencia, su buena fe se basa en la irrepetibilidad del pago realizado.

b. Por otro lado, y desde otro enfoque, también se ha alegado que la buena fe del comprador no puede medirse por aspectos técnicos, pues es una ficción considerar que conoce el vicio de la titulación y a pesar de ello compra. En los hechos, el comprador desconoce cómo debe instrumentarse el negocio y contrata creyendo estar adquiriendo un lugar en el garaje, sin que deba afectar su buena fe el error de derecho en que incurrió el profesional actuante.

La mayoría de los integrantes de esta comisión comparten la interpretación estricta mencionada, sin perjuicio de reconocer que se trata de un tema discutible.

Por tal razón, dado que la viabilidad de la aplicación del instituto de la prescripción abreviada depende de la posición que se tome en cuanto a si en el caso existe o no buena fe, consideramos que, para que la titulación de la cuota ava parte indivisa del garaje sea aceptable a través de este instituto, se torna necesario que una sentencia judicial así lo declare.

Conclusiones

1. La titulación de la cuota ava parte indivisa del garaje no es aceptable en su actual estado.

2. Posibles soluciones:

a. que la sociedad promotora enajene la cuota parte indivisa del inmueble al actual usuario;

b. que el usuario continúe poseyendo el lugar del garaje a efectos de prescribir la cuota ava parte indivisa correspondiente cuando se cumplan 30 años;

c. la viabilidad de la aplicación del instituto de la prescripción abreviada depende de la posición que se tome respecto a si en el caso hay buena fe o no, lo cual es discutible por tratarse de un error de derecho. En consecuencia, consideramos que, para que la titulación sea aceptable con base en este instituto, se torna necesario que una sentencia judicial así lo declare.

Esc. Juan Pablo Villar
Informante

Montevideo, 1.º de setiembre de 2015. La Comisión de Derecho Civil, integrada por los escribanos María Jesús Almandoz, Fernando Alonso, Américo Bianchi, María del Carmen Cabrera, María Inés Casatroja, Stefania Della Mea, Gustavo Echavarría, Alicia González Bilche, María Paola

Igoa, Adriana Inciarte, Mónica Jover, María del Rosario Marchese, Maximiliano Mauri, Roque Molla, Laura Parnás, Adriana Pereyra, Margarita Puertollano, María Ritacco, Virginia Rodríguez Zabala, Estela Sarachu, Diego Seré, Adriana Silva, Verónica Ubillos, María Beatriz Vázquez de León y Juan Pablo Villar, aprueba el informe que antecede elaborado por el escribano Juan Pablo Villar. En discordia los escribanos Federico Albín y Carlos Groisman.

Escs. Roque Molla y Juan Pablo Villar
Coordinadores

Aprobado por la Comisión Directiva Nacional de la AEU el 10 de noviembre de 2015. Expediente 580/2014.

AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD. HIPOTECA. USURA. INTERESES MORATORIOS

Resumen

Préstamo hipotecario anterior a la ley 18212, de Intereses y Usura. El tema de si los intereses moratorios y penas por incumplimiento estaban alcanzados o no por las disposiciones del decreto-ley 14887, sobre usura, vigente a la fecha del contrato, dividió a la doctrina y la jurisprudencia. En ambos terrenos la posición ampliamente mayoritaria sostuvo la aplicación del referido decreto-ley, más allá de la discutida diferenciación entre ambas categorías. En el subexámine, las penas pactadas, por lo excesivo de sus montos, son nulas, ya sea por aplicación de la posición mayoritaria o por ser contrarias a las buenas costumbres.

Al no existir incapacidad legal del otorgante ni vicios del consentimiento, rige en todos sus términos el principio de autonomía de la voluntad.

Informe: Civil y notarial

Consulta

Relación de hechos

Por escritura autorizada el 9 de enero de 2001 por la escribana S, los señores LEGC y BGLP dieron en préstamo a FRANB, y esta tomó en ese concepto, la suma de USD 15.000, que la deudora se obligó a devolver en una sola partida en el plazo de un año a contar de la referida fecha, con opción a otro año más.

En la escritura relacionada se estableció, entre otras disposiciones:

a. Intereses compensatorios a la tasa del 2 % sobre saldos deudores, pagaderos mensualmente en el domicilio de los acreedores o donde estos indicaran. La primera cuota vencería el 9 de febrero de 2001 y así sucesivamente.
b. Para el caso de que no se abonara la cuota pactada en el plazo estipulado, se pactó una multa de USD 30 por cada día de atraso y hasta que se hiciera efectivo el pago correspondiente.
c. La caducidad de los plazos en caso de falta de pago de dos cuotas mensuales consecutivas o alternadas, o por incumplimiento de la deudora de cualquiera de las obligaciones que el contrato le impuso.
d. Una pena equivalente al 20 % de la suma total establecida en el contrato, exigible conjuntamente con el cumplimiento de la obligación, en caso de incumplimiento de la deudora.

Consulta

El Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil de … Turno libró oficio a la Asociación de Escribanos del Uruguay para que dé su opinión sobre la escritura relacionada, la violación de los derechos que pudiera contener y consulta si una persona en sus facultades normales hubiera firmado tal negocio. Asimismo, solicita informe sobre suspensiones o inhabilitaciones de la escribana S.

Informe de la Comisión de Derecho Civil

Consideraciones previas

En primer lugar, cabe expresar que el presente informe versará sobre el régimen jurídico aplicable al préstamo hipotecario relacionado, por cuanto no corresponde a las comisiones técnicas de la Asociación de Escribanos del Uruguay emitir opinión acerca de cuestiones de hecho. Como expresa Karl Larenz, «el Juez juzga en base a alegaciones de las partes y a la práctica de la prueba».[125] En ese sentido, se comparten las consideraciones de la Comisión de Derecho Notarial y Técnicas Notariales vertidas a propósito de la misma consulta.

En segundo lugar, el informe partirá del supuesto de no estar el préstamo hipotecario regido por la Ley de Relaciones de Consumo (17250), esto es, que no se trata de una relación entre proveedores (los acreedores) y consumidor (la deudora). En consecuencia, el desarrollo que sigue anali-

125 Larenz, Karl. *Metodología de la ciencia del derecho*. 2.ª ed. Barcelona: Ariel, 2001, p. 304.

zará el contrato a la luz de las disposiciones del Código Civil y del decreto-ley 14887, que regulaba, a la sazón, lo relativo a intereses y usura.

En tercer lugar, no se tratará la eventual aplicación de la regla del duplo (artículo 2333 del Código Civil) por no constar el valor de los inmuebles hipotecados. No obstante, dado el monto del préstamo y los intereses, luce razonable entender que se ha infringido dicha norma.

Contradicciones del texto en estudio

La cláusula primera de la escritura relacionada instrumenta el préstamo por la suma de USD 15.000. Se observa una contradicción en la cláusula mencionada, dado que, por un lado, se establece que la deudora se obliga a devolver la suma prestada en una sola partida en el plazo de un año a contar de la fecha de la escritura, suma que devenga el interés del 2 % sobre saldos deudores, pagadero mensualmente, y, por otro lado, se dispone que la primera cuota vence el 9 de febrero siguiente.

La cláusula quinta también hace alusión a cuotas. En efecto, se estipula:

> […] si la parte deudora no abonase a su vencimiento dos cuotas mensuales, consecutivas o alternadas o faltase al cumplimiento de cualquiera de las obligaciones que el presente contrato lo impone, se considerarán caducos los plazos y sus respectivas actualizaciones, intereses, tributos, gastos judiciales, extrajudiciales y honorarios profesionales.

El presente informe se inclina por aplicar el artículo 1304, inciso 1.º, del Código Civil:

> En los casos dudosos que no puedan resolverse según las bases establecidas, las cláusulas ambiguas deben interpretarse a favor del deudor.

No escapa a la decisión tomada que se está en presencia del último peldaño en materia de interpretación, ya en el terreno de las reglas de interpretación objetiva. La justificación de recurrir a la regla mencionada abreva en la imposibilidad de superar la contradicción expuesta en la norma creada por el contrato. Larenz expresa:

> La interpretación complementaria del contrato no es interpretación de declaraciones de voluntad en particular y de su significado normativo, sino interpretación de la regulación objetiva creada con el contrato. Se asemeja a la interpretación de la ley en que intenta averiguar el sentido de una norma o de un complejo de normas, pero se diferencia de ella en que el contrato a interpretar no puede considerarse como parte de un orden normativo amplio, sino que es una regulación parcial válida sólo entre las partes y, si exceptuamos las condiciones generales de contratación, sólo para un estado de cosas o evento concretos.[126]

126 Larenz, Karl. *Derecho civil: parte general.* Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1978, pp. 744 y ss.

Jorge Rodríguez Russo, por su parte, respecto a la mencionada regla manifiesta:

> Señala la doctrina que la norma en cuestión es una verdadera regla final, la última ratio de la interpretación, pues supone la previa utilización de los demás principios o reglas sin que su empleo haya dado resultado. Como consecuencia del fracaso de los métodos indicados en los artículos precedentes el caso es dudoso, porque justamente la oscuridad o ambigüedad no ha podido ser eliminada. Para Messineo no se trata solamente de una discordancia entre letra y espíritu, ni tampoco de dudas o ambigüedades, sino de algo más: el contrato no es inteligible. Para superar ese obstáculo la norma consagra dos reglas finales de asignación objetiva de significado a la norma contractual. El principio favor debitoris es un principio fundamental que inspira numerosas disposiciones, no sólo del nuestro, sino de la mayoría de los Códigos Civiles. Por ello señala Lorenzetti que es un rasgo destacable del subsistema jurídico latinoamericano en materia contractual la viva presencia del favor debitoris y de la persona como centro del ordenamiento. Indica Gamarra que dos son los fundamentos que se invocan para justificar a esta regla: uno procesal y otro sustancial, en su aspecto procesal aparece como una lógica consecuencia de los principios que rigen la carga de la prueba: incumbe probar la existencia de la obligación al sujeto que alega su existencia (artículo 1573 del Código Civil). En rigor no habría aquí, según el reputado tratadista compatriota, favor debitoris, sino simplemente no puede reclamarse el cumplimiento de una obligación cuya existencia no ha sido probada. En el plano sustancial se dice 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; para que suceda lo contrario debe mediar la voluntad del propio sujeto o una norma legal que disponga la asignación de un efecto obligacional sobre la esfera jurídico-patrimonial del mismo. Pero aun 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.[127]

La aplicación de la regla objetiva de interpretación *favor debitoris* determina que la suma debe devolverse al año del préstamo y que el interés compensatorio pactado es del 2 % anual, pagadero mensualmente. Cabe precisar que bajo el régimen del decreto-ley 14887 era viable el pacto de intereses en la forma establecida en el contrato, a diferencia del régimen actual, ley 18212, en el que, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 4.º, las tasas de interés deben expresarse, o bien en términos efectivos anuales en porcentaje y con al menos dos decimales, o bien mediante tasas de interés variables, en cuyo caso debe establecerse una tasa de referencia (la más común es LIBOR), la que podrá ser una tasa nominal o efectiva anual,

127 Rodríguez Russo, Jorge. *La interpretación del contrato*. 2.ª ed. act. ampl. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2008, pp. 228 y ss.

y, si correspondiera, el margen pactado sobre la tasa de referencia. Este último se expresará en porcentajes con al menos dos decimales.

Intereses compensatorios, moratorios y penas por atraso. Posiciones en doctrina y jurisprudencia. El límite de las buenas costumbres

La interpretación expuesta en el numeral que antecede permite afirmar sin hesitaciones que la tasa del 2 % anual no ubica al contrato en la zona de la usura civil. La situación es diferente en el plano del incumplimiento y de la aplicación de las penas pactadas.

El contrato prevé en su cláusula tercera:

> Para el caso de no abonarse la cuota pactada en el plazo estipulado, se pacta un multa diaria de USD 30 (treinta dólares americanos) por cada día de atraso y hasta que se haga efectivo el pago correspondiente.

Por su parte la cláusula novena reza:

> En caso de cualquier incumplimiento y sin perjuicio de exigirse conjuntamente con el cumplimiento de la obligación, el deudor deberá abonar a la acreedora el veinte por ciento (20 %) de la suma total establecida en este contrato, en concepto de pena.

La configuración de usura por aplicación de intereses moratorios y penas dividió a la doctrina bajo la vigencia del decreto-ley 14887. En cambio, en la actualidad, bajo el régimen de la ley 18212, el tema está expresamente resuelto, en el sentido de que la normativa sobre usura se aplica tanto para los intereses moratorios como para las penas.

Bajo el régimen del mencionado decreto-ley 14887, Isaac Gorfinkiel[128] anotaba:

> […] algunos autores —Berdaguer, Molla— y numerosos fallos que se afilian a la posición negativa, entienden que no hay limitación para la tasa convencional de interés, no sólo en los moratorios —para lo cual alcanzaba con el primer argumento o sea su exclusión de las facultades bancocentralistas (artículo 6 Dec. 450/979)— sino tampoco en los compensatorios luego de emitida la Circular 990 citada.
>
> Esta posición —y sus propulsores lo aclaran enfáticamente— es válida para la materia civil (y comercial) pues hacen la salvedad que la usura penal subsiste tal como la define el artículo 7 de la ley 14095 en la redacción dada por el decreto-ley 14887: cuando —y sólo en los préstamos de dinero y no «en otras operaciones financieras» y siempre que se dé el referente subjetivo del aprovechamiento de la necesidad, ligereza o inexperiencia de una persona— se superan «en más de un 75 % las tasas medias del mercado…», comprendidos en dicho tope los intereses de mora, se comete el delito.
>
> Otro sector doctrinario —con apoyo de una jurisprudencia mayoritaria—

128 Gorfinkiel, Isaac José. *Los intereses de mora en las obligaciones civiles y comerciales*. Montevideo: Del Foro, 2000, pp. 26-29.

entendió en cambio que aun sin tasas máximas fijadas por el Banco Central, la usura civil subsistía y en ella se incurría cuando en los préstamos de dinero se pactaran intereses que superaran el «plafond» que establece la norma penal,[129] quedando divididos a su vez entre quienes incluían en dicho tope los intereses moratorios y los que, con apoyo en la primer vertiente argumental analizada, los excluían tratándose de materia no penal.[130]

Una posición que podría calificarse de intermedia adoptó Larrañaga: la usura civil debía calcarse de la penal, por lo que no sólo requería el referente objetivo (intereses que superen en más del 75 % las tasas medias del mercado) sino también el subjetivo (aprovechamiento de la necesidad, etc.); sólo si se dan ambos elementos se configura la usura civil (que, para este autor, se aplica también a los intereses moratorios).[131]

Más adelante, Gorfinkiel agrega:[132]

C) Efectos del pacto de intereses de mora usurarios.

Sólo quienes admiten que la limitación alcanza a los intereses moratorios deben afrontar el tema de las consecuencias que provoca el haber convenido intereses de este tipo superiores al tope legal.

Nos referiremos escuetamente sólo a los efectos civiles de la usura civil, o sea cuando la violación al tope máximo de interés no trasciende al ámbito penal y se plantea como excepción o defensa en un proceso civil.

Aunque por distintas vías, todos coinciden en reconocer que el pacto de intereses usurarios —fuera de la hipótesis de la usura penal— queda reducido al límite o tope de intereses permitido, sea por considerar que la violación tiene como única sanción la establecida en el artículo 2 del decreto-ley 14887 («Los jueces no darán trámite a ejecuciones en que se persiga el cobro de intereses u otros cargos superiores a los máximos que haya fijado por el Banco Central…»), sea por tratarse de una nulidad parcial, que solo afecta el exceso de los intereses.

Ello puede producirse tanto por renuncia voluntaria que efectúe el acreedor al exceso, reclamando intereses hasta el límite permitido, o porque, aun cuando no hubiese actuado así, acreditado en el proceso el exceso, los reduzca el tribunal, limitando la ejecución al máximo de intereses moratorios legalmente autorizados.[133]

D) Intereses de mora convencionales, liquidación anticipada de daños y perjuicios y cláusula penal (multa e intereses punitorios).

Un tema estrechamente vinculado al que acabamos de desarrollar: el de la distinción —si es que la hay— entre los intereses de mora, la liquidación

129 Ramade, Gustavo. «La usura civil y el mutuo fructífero en la ley 14.887». *Anuario de derecho civil uruguayo*, 1983, tomo 14, p. 196.

130 Juzgado Letrado en lo Civil de 12.º Turno. «C. 587». *Anuario de derecho civil uruguayo*, 1988, tomo 18, p. 103.

131 Larrañaga Alfaro, Luis. «Intereses, reajuste y usura civil». *Anuario de derecho civil uruguayo*, 1993, tomo 23, p. 586.

132 Gorfinkiel, Isaac José. *Los intereses de mora en las obligaciones civiles y comerciales*. Montevideo: Del Foro, 2000, pp. 31 y ss.

133 Mata Queiruga, Carlos Abel; Gómez Tedeschi, Alfredo; Preza Restuccia, Dardo. Tribunal de Apelaciones en lo Penal de 2.º Turno. «Suma 115.003». *La Justicia Uruguaya*, 1997.

anticipada de daños y perjuicios y la cláusula penal, considerando dentro del concepto de estas últimas las multas y los intereses punitorios.

Existe una íntima vinculación o paralelismo entre estos institutos, ya que todos ellos son accesorios de una obligación principal y tratan de cumplir similares funciones económicas, a saber, indemnizatorias de daños y perjuicios ocasionados al acreedor por el incumplimiento de una obligación principal, y punitorias, o sea gravamen o castigo para el deudor, con un doble propósito, conminatorio —para presionarlo o disuadirle al cumplimiento— y represivo, sancionando su conducta ilícita, lo que explica que existan opiniones doctrinarias que asimilan el pacto de intereses de mora a la liquidación anticipada de daños y perjuicios o a la cláusula penal: para quienes así opinan, el problema que trataremos de resolver en este parágrafo ni siquiera se podría plantear pues la limitación en los intereses moratorios que lícitamente se pueden estipular —en las obligaciones pecuniarias a las que alcanza la misma— regiría también para estos otros institutos, ya que, dada la asimilación que postulan, se trataría de «más de lo mismo».

Creemos, no obstante, que existen diferencias, no solo formales sino también sustanciales, entre los intereses moratorios y estos otros institutos jurídicos paralelos que persiguen el similar propósito: a más de la que estos últimos se aplican a todo tipo de obligación, cualquiera sea la naturaleza del incumplimiento, y se expresan en una suma fija o determinada (aunque también puede ser porcentual o proporcional al precio o monto contractual de la prestación, v. g. artículo 47 ley 8.733) mientras que los intereses de mora rigen sólo en las obligaciones pecuniarias, pretenden resarcir el incumplimiento temporal, y siempre son de una cuantía indeterminada que representa una tasa o porcentaje de la obligación principal proporcional al tiempo que dure el atraso o falta de cumplimiento del deudor —esto es, «la proporcionalidad al capital-tiempo»— existen diferencias conceptuales, como lo son, en el caso de la liquidación anticipada de daños y perjuicios, el hecho de que en ésta debe probarse la existencia del perjuicio, mientras que en los intereses de mora, este se presume «iuris et de iure» y, con la cláusula penal, que ésta sólo puede acumularse al cumplimiento de la obligación principal si así lo han pactado expresamente las partes (artículo 1367 inciso 2.º C. Civ.) mientras que los intereses de mora, por definición, son siempre anexos o complementarios del crédito principal.

Los intereses de mora pueden acumularse a estos otros institutos: así, a la cláusula penal accesoria a una obligación de dar cosa que no sea dinero, hacer o no hacer, se le pueden adicionar intereses de mora proporcionales al tiempo que demore su pago,[134] que aparecen como rubro diferente con el que se trata de sancionar o indemnizar el retardo en pagar la propia sanción punitiva.

Lo mismo ocurre en la liquidación convencional de daños y perjuicios: el importe de la indemnización por los daños y perjuicios acreditados, puede aumentarse con los intereses de mora por retardo en el pago de dicha obligación resarcitoria; los franceses utilizan, en lugar de «daños y perjuicios», el vocablo compuesto «dommages-intérêts» que expresa más gráficamente la combinación de ambos institutos.

134 Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 6.º Turno. «C. 118». *Anuario de derecho civil uruguayo,* 1989, tomo. 20, p. 40.

> Ahora bien, tratándose de obligaciones puramente dineradas, la cuestión no aparece tan sencilla: existe identidad entre el objeto de la obligación principal y el de la obligación accesoria, y el único daño que el acreedor puede sufrir es el moratorio, que se ha de tratar de resarcir con los intereses del mismo nombre, por lo cual toda suma de dinero que se pacte como liquidación anticipada de daños y perjuicios o como multa o pena, puede traducirse en los mismos términos en que se expresa el interés moratorio, o sea, un porcentaje del capital proporcional a éste y al tiempo que transcurra hasta la satisfacción de la obligación principal.
>
> Es por tal motivo —y para evitar la forma más simple de eludir la limitación de los intereses de mora que es adicionarles otra suma, pero llamándola pena o multa, o bajo la forma y denominación de interés punitorio— que los ordenamientos positivos ya citados —incluso el nuestro— han establecido que el término interés es comprensivo de todo lo que debe pagar el deudor de una suma de dinero a su acreedor, cualquiera sea el nombre que se le dé.
>
> Pero, como ya lo hemos señalado, aun cuando el legislador no lo dijere expresamente, debe reputarse que esa es la regla común o la solución de principio, ya que las normas que reprimen la usura son leyes prohibitivas que vedan un resultado, cualquiera sea la forma jurídica empleada para obtenerlo.
>
> El tema se plantea en todos los regímenes en que la limitación de intereses existe pues, de no tener tope los mismos (o se sostenga, como en nuestro país —erróneamente a nuestro entender—, que no existe para los moratorios), la cuestión es intrascendente, ya que resulta indiferente jurídicamente que se perciban las correspondientes sumas de dinero bajo un nombre u otro, como interés de mora o como liquidación de daños y perjuicios o multa o pena.
>
> Existiendo en cambio límite también para los intereses de mora, la pretensión de percibir bajo un rubro o denominación distinta una cantidad adicional que exceda al tope legal, no es admisible aún sin un texto expreso como el que existía en la ley Sánchez: en esto creo que no debería haber discrepancia y, por tanto, tratándose de préstamos de dinero u otras operaciones financieras —que son los negocios jurídicos en los que, según la opinión a la que adherimos, se ha limitado la tasa de interés incluso de mora— la multa, cláusula penal o intereses punitorios que a aquellos acceda tiene el mismo tratamiento que los intereses moratorios y por tanto no puede sobrepasar —adicionada a estos últimos— el máximo legal.

Cabe acotar que la ley 18212, en su artículo 10, ordena la inclusión de los intereses moratorios y penas para la determinación de la usura civil.

De adoptarse el criterio sostenido por la posición mayoritaria expuesto por Gorfinkiel, no cabe dudar de la existencia de usura civil en el caso sometido a consulta, dado lo elevado de las penas impuestas.

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 del decreto-ley 14887, esto es, que las penas establecidas serían nulas —por ilicitud del objeto, en la posición de Cafaro-Carnelli, o de la causa, para la posición tradicional— y por ende insusceptibles de ejecución. La obligación principal se mantendría válida de acuerdo con lo dispuesto por el artículo1364, inciso 2, del Código Civil: «La nulidad de ésta [se refiere a la cláusula penal] no importa la de la obligación principal».

Conclusiones

1. En el subexámine, en aplicación de la regla sentada en el artículo1304, inciso 2, del Código Civil, la suma prestada debía devolverse al año del préstamo. La referida obligación generó intereses a la tasa del 2% anual pagaderos mensualmente.

2. Las penas pactadas para el caso de incumplimiento son nulas por ilicitud del objeto o de la causa, de acuerdo con lo expuesto.

Esc. Roque Molla
Informante

Montevideo, 20 de octubre de 2015. La Comisión de Derecho Civil integrada por los escribanos María Jesús Almandoz, Sandra Bochard, Miguel Burdín, María Inés Casatroja, Daniella Cianciarulo, Stefania Della Mea, Alicia González Bilche, Adriana Goldberg, Carlos Groisman, María Paola Igoa, Adriana Inciarte, Rossana Ivanier, Mónica Jover, Maximiliano Mauri, Roque Molla, Estela Sarachu, Mildred Secondo, Diego Seré, Adriana Silva, Mariela Spagnolo, Gonzalo Trobo, Verónica Ubillos, María Beatriz Vázquez y Juan Pablo Villar, aprueba el informe que antecede.

Escs. Roque Molla
y Juan Pablo Villar
Coordinadores

Informe de la Comisión de Derecho Notarial y Técnicas Notariales

1. En primer lugar, debemos precisar que no constituye cometido de las comisiones técnicas que integran el Instituto de Investigación y Técnicas Notariales emitir opinión acerca de lo que puede otorgar o no una persona con «facultades normales», ni función del escribano que es requerido juzgarlo.

El principio de la autonomía de la voluntad rige en cada caso particular, por encima de posibles situaciones de urgencia u otros motivos materiales o morales que obligan a una persona a contratar en situación desfavorable.

Las obligaciones del escribano en todo caso consisten en asegurarse de que los otorgantes gozan de capacidad de obrar y que están prestando su consentimiento en forma voluntaria y libre de vicios, y en asesorarlos detenidamente acerca del alcance de las obligaciones que contraen y las consecuencias de su incumplimiento, tomando las precauciones necesarias para que el otorgante comprenda su significación, en particular si las condiciones pueden llegar a considerarse de carácter leonino. En caso contrario, si llegara a la convicción de que existe abuso de una parte sobre la otra, o incapacidad o indefensión de alguna de ellas, el escribano debe abstenerse de autorizar la escritura.

2. El contenido del contrato de préstamo e hipoteca deberá ser estudiado en el contexto de las leyes de usura vigentes al momento del otorgamiento, a cuyos efectos sugerimos el pase de esta consulta a la Comisión de Derecho Civil.

3. En cuanto a la existencia de suspensiones o inhabilitaciones de la escribana S (acerca de la cual hacemos notar que no es la autorizante de la escritura de hipoteca, sino de un testimonio por exhibición de su primera copia), informamos que corresponde elevar la consulta a la Inspección de Registros Notariales de la Suprema Corte de Justicia, que es la competente a tales efectos.

Asimismo, informamos que en la Secretaría de la Asociación de Escribanos no consta que haya ninguna denuncia a su respecto.

Conclusiones

Cuando no existe incapacidad legal del otorgante o vicio del consentimiento, rige en todos sus términos el principio de autonomía de la voluntad.

El contrato de préstamo e hipoteca deberá ser estudiado a la luz de las leyes de usura.

Las suspensiones o inhabilitaciones de los escribanos son informadas por la Inspección de Registros Notariales de la Suprema Corte de Justicia.

Esc. Susana Chao Peña
Informante

Montevideo, mayo 16 de 2014. La Comisión de Derecho Notarial y Técnicas Notariales, integrada por los escribanos Susana Chao, Carlos del Campo García, Ana Mouro, María Inés Sapriza, Gabriela Silva, Eduardo Sochaczewski y Vicente Ubbriaco, aprueba el informe que antecede.

Escs. Susana Chao
y María Inés Sapriza
Coordinadoras

Aprobados por la Comisión Directiva Nacional de la AEU el 17 de noviembre de 2015. Expediente 483/2014.

CONTROLES NOTARIALES. FUNCIÓN NOTARIAL. DOMICILIO CONYUGAL

Resumen

Es obligación ínsita en la función notarial del escribano autorizante de un negocio jurídico valerse de los documentos acreditantes que doten al contrato de total validez y le den eficacia plena en cuanto a la legitimación de los otorgantes. Estos extremos se han cumplido en el caso planteado.

Informe: Notarial

Consulta

Hechos

En la documentación se encuentra una escritura de 3 de julio de 1958 por la cual la sociedad anónima L SA adquiere el bien objeto del presente.

Luego, con fecha 30 de diciembre de 1976, hay una escritura de disolución y adjudicación en pago. L SA se disolvió y se pagó a 10 accionistas con diferentes estados civiles (y nacionalidades):

1. TES, uruguaya, soltera.
2. MLC, italiana, soltera.
3. APC, italiana, soltera.
4. MEB, italiana, casada con GB.
5. MAB, italiana, casada con CB.
6. MTR, italiana, soltera.
7. ER, italiana, casada con JDR.
8. MR, italiana, casada con LG.
9. GR, italiana, casada con AR.
10. AS, uruguayo, casado con MMG.

Las personas identificadas con los numerales 4, 5, 7, 8, 9 y 10 son casadas al adquirir. AS (10) es uruguayo y el bien se ganancializa sin lugar a dudas. Para los restantes se genera el siguiente planteamiento:

Se otorga una escritura de reglamento de copropiedad el 3 de setiembre de 1991. La otorgan los propietarios solteros y los propietarios que adquirieron siendo casados (o sus herederos, como el caso de la heredera de AS, que fue la señora MMG). Pero en este último caso solo la otorgan los administradores del bien (es decir, aquellos de los cónyuges que lo hicieron ingresar a la sociedad conyugal) y no sus cónyuges (salvo el caso de ER, que es casada con JDR y este también la otorga).

La interrogante se plantea porque la escribana autorizante, en la cláusula *h* de las constancias, expresa que, según el artículo 2397 del Código

Civil —que dice: «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»—, el bien es de carácter propio para MEB, MAB, MR y GR.

Ello se debe, en palabras de la escribana, al hecho de «haber contraído matrimonio en Italia y haber constituido allí su primer domicilio conyugal, [dado que] de acuerdo a la ley italiana existe separación de patrimonios entre los cónyuges».

Esta documentación fue estudiada por una escribana cuyo cliente tuvo interés en comprar el bien. Se observó la documentación porque la escribana que autorizó la escritura de reglamento de copropiedad dejó constancia de haber verificado los hechos expresados (la naturaleza propia del bien), pero no dejó documento probatorio (quedó sí documento probatorio por dos de ellos y faltó por dos más, los cuales fueron realizados en idioma italiano y traducidos al español).

La primera consulta es si basta la constancia notarial para hacer fe o se requiere además prueba por escrito de lo expresado.

En opinión de la consultante, basta la constancia notarial, pues el escribano da fe pública. No es posible localizar 18 años después un documento privado que no quedó en un registro de protocolizaciones ni en un registro público porque ello no era exigencia legal. El escribano hace plena fe y da fecha cierta, autenticidad y fuerza probatoria a los documentos (artículos 1574 y 1575 del Código Civil).

Por otro lado, los solteros firmaron todos y la casada ER firmó también junto con su marido, JDR (es correcto, pues esta última no dice en ningún lugar dónde se casó y tuvo su primer domicilio).

Pero también estaba MEB, que era casada con GB. GB no firma (si bien la escritura dice en la comparecencia que ella es de estado civil casada, la propia documentación de este título evidencia que GB ya había fallecido el 22 de setiembre de 1989, y tras la tramitación de su sucesión fueron declaradas herederas dos hijas, FB y AMB, las cuales tampoco firman). Esto parece acorde con lo expresado por la escribana en la cláusula *h*, en cuanto a que el bien es propio de MEB.

Lo que no es acorde es que dentro de la documentación está la sucesión de GB, fallecido el 22 de setiembre de 1989, y en la declaratoria de herederos se nombra a ambas hijas y luego se expresa: «sin perjuicio de los derechos de la cónyuge supérstite por su mitad de gananciales». Si hay gananciales, entonces no rige la separación de bienes expresada por la escribana con base en documentación que tuvo a la vista y de la cual no quedó copia para corroborar.

Si esta documentación no estuviera a la vista en la carpeta, podría pensarse que no habría manera de saber de esa sucesión, porque, basándose en la constancia *h,* ya no se procuraría localizarla. Pero el problema es que al pedir un certificado registral por el inmueble surge por la sucesión de GB

cuota parte de este padrón (de la que no se identifica porcentaje y se pone: «los derechos que por el padrón número … pudieren corresponder»).

¿El bien era ganancial y falta el consentimiento de un cónyuge, por lo que el reglamento no cuenta con todos los consentimientos, o debe asumirse la posición de que es meramente declarativo?

En opinión de la consultante, el reglamento debe ser otorgado por sus propietarios, y, si el bien es ganancial, tiene ese carácter aquel de los cónyuges que lo hizo ingresar a la sucesión y aquel que no.

Hasta aquí el bien es propio de las cuatro señoras nombradas, con una sucesión que tuvo un error u omisión.

Finalmente, hay una escritura de compraventa del 16 de diciembre de 1993 que también genera dudas.

Da la impresión de que el escribano vio estas contradicciones y entonces hizo firmar a:

a. aquellas personas que habían adquirido solteras: APC, MLC y MTR;

b. aquella persona que consideraba había ganancializado el bien al adquirir casada, caso de ER, ya que firmó su marido, JDR;

c. aquellas personas que heredaron por testamento, caso de AS, que al fallecer heredó su cónyuge y al fallecer esta heredaron por testamento SG, JLG, IP, MCG y CG;

d. aquellas personas que habían adquirido casadas, aunque de la constancia *h* de la escritura de reglamento de copropiedad surgía que el bien era propio de las adquirentes del bien, por lo ya antes expuesto:

- por MEB firmaron sus hijas, FB y AMB, ya que MEB había fallecido, como también su marido, GB);
- por MR compareció ella e hizo comparecer a su marido, LG;
- por GR otorgó ella e hizo comparecer a su marido, AR;
- en cambio, MAB otorgó ella pero no su marido, CB.

Desconozco si este sería para el escribano el único caso con prueba de que el bien era propio o por qué otro motivo se hizo así, ya que la prueba que tenía por MAB es la misma que tenía por MR: declaraciones efectuadas en Italia y traducidas al español.

La base de todo este cuestionamiento es si basta una constancia de haber tenido a la vista la prueba acreditante de la naturaleza propia de un bien. Si es favorable, sobran otorgamientos. El señor CB ya falleció.

Informe de la Comisión de Derecho Notarial y Técnicas Notariales

Con respecto a la determinación del carácter propio o ganancial de un bien, y a la legitimación para disponer de él por sus titulares, entendemos aplicable al caso lo informado por esta Comisión de Derecho Notarial y Técnicas Notariales en los expedientes 24035 y 25370 (años 2002 y 2004 respectivamente), basados en el informe del consultor extraordinario escribano Julio

Bardallo,[135] para concluir que la escritura —en este caso en particular, la de reglamento de copropiedad— debe contener la constancia acreditante de que la parte enajenante tiene el derecho, la facultad o el poder jurídico para disponer del bien por sí sola y sin requerir el consentimiento o el otorgamiento de acto alguno por parte de su cónyuge o excónyuge.

De acuerdo con el informe expresado, esta obligación —que no está explícita en norma legal alguna— integra la función notarial de «dar vida a un negocio jurídico idóneo, que se pruebe a sí mismo», y es aplicación del principio técnico de brindar seguridad jurídica mediante la adopción de «las soluciones técnicas que mayores garantías de recepción legal, de tranquilidad y de amparo brinden al requirente».

Ello no significa que exista obligación de *incorporar* materialmente el documento respectivo (certificado o comprobante de domicilio de la sociedad conyugal), sino que basta hacer mención con datos precisos al origen de su aseveración al respecto.

Es técnicamente obligatorio para el escribano el control del estado civil cuando constituye elemento de legitimación para disponer de los derechos en los negocios que él autoriza, a fin de garantizar así la validez y eficacia del negocio.

De tal manera, la legitimación del disponente queda debidamente probada y amparada por la fe pública del autorizante.

En el caso en cuestión, se encuentra agregada a los antecedentes documentales presentados la copia de un certificado de matrimonio, donde por declaración de parte (según se dice, «sustitutiva de acto notorio») se da debida cuenta de haber elegido como primera residencia familiar (luego de contraído el matrimonio entre los cónyuges MAB y CB) la ciudad de Turín, Italia, y haber vivido siempre «bajo el régimen patrimonial de separación de bienes».

En conclusión

La mayoría de la doctrina de derecho notarial no admite la certificación de hechos o actos jurídicos por conocimiento del escribano cuando estos tienen fuente documental probatoria. Aunque debe admitirse que el domicilio conyugal resulta de compleja prueba documental, subsiste la obligación ínsita en la función notarial del escribano autorizante de un negocio jurídico de valerse de los documentos acreditantes que doten al contrato de total validez y le den eficacia plena en cuanto a la legitimación de los otorgantes. En el caso planteado, estos extremos se han cumplido con el documento denominado «sustitutiva de acta notoria».

135 Asociación de Escribanos del Uruguay. Comisión de Derecho Notarial. «Régimen matrimonial. Prueba». *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay,* ene.-jun. 1990, tomo 76, n.os 1-6, pp. 166-172.

En cuanto al punto final de la consulta —qué sucede con aquellos otorgamientos que *sobran* en la escritura de compraventa (la que completa el tracto sucesivo)—, decimos que estos ni agregan ni quitan nada al contrato en sí mismo ni al resto de las partes contratantes, que sí tenían la legitimación para otorgarlo y prestaron debidamente su consentimiento en dicho negocio traslativo de dominio.

Esc. Gabriela Bouvier Zeballos
Informante

Aprobado por la Comisión de Derecho Notarial y Técnicas Notariales el 28 de setiembre de 2012, con la conformidad de sus integrantes, escribanos Carlos del Campo, Alfredo de Souza, María Inés Sapriza, Adriana Sosa, Claudia Santo, Gabriela Bouvier, Mirta Sosa y Susana Chao.

Escs. Susana Chao Peña
y María Inés Sapriza
Coordinadoras alternas

Aprobado por la Comisión Directiva Nacional de la AEU el 8 de diciembre de 2015. Expediente 1083/2011.

SUBROGACIÓN EN LA SOCIEDAD CONYUGAL. MUTUO DISENSO. COMPRAVENTA

Resumen:

El negocio efectuado entre BZB y RCNB el 12 de junio de 1980 no es un distracto o mutuo disenso, sino una compraventa.

La función notarial creadora de derecho debe utilizar todos los elementos metódicos de interpretación de la ley para concretarla al caso. El término «otro» a que refiere el artículo 1958 del Código Civil hace referencia a la naturaleza del bien subrogado y subrogante, sin importar si el inmueble es el mismo o diferente, por lo cual la subrogación objeto de consulta es válida.

Informe: Civil

Consulta

Relación de hechos

El 18 de diciembre de 1958, RCNB, viuda de sus únicas nupcias con ANG, adquiere el padrón …9.

El 5 de marzo de 1980, RCNB, casada en segundas nupcias con MRS, vende el padrón …9 a BZB, viuda de sus primeras nupcias con VM. El precio de la compraventa es de N$ 1:400.000. En la cláusula cuarta de la escritura de compraventa la vendedora declara:

> […] que el dinero recibido por concepto de precio de la presente compraventa se empleará en la compra de otro inmueble que tendrá el carácter de propio por subrogación del que enajena por este acto, que tiene tal naturaleza por haberlo adquirido siendo de estado civil viuda de sus primeras nupcias con ANG.

El 12 de junio de 1980, RCNB, casada en segundas nupcias con MRS, y BZB otorgan distracto. Expresan:

> […] convienen por mutuo consentimiento y de acuerdo con lo establecido por el artículo 1294 del Código Civil extinguir las obligaciones creadas por el contrato de compraventa relacionado en la cláusula anterior [refiere a la compraventa del 5 de marzo] y retirar los derechos reales que se hubieran transferido. […] En consecuencia la compradora restituye el inmueble descripto precedentemente a la vendedora RCNB, restituyéndola en todos los derechos de propiedad y posesión […] quedando el mismo en la situación de bien propio de RCNB y habiendo entregado esta a la señora BZB el precio entregado por la compraventa en su totalidad con anterioridad a este acto con conformidad de esta última, por lo que ambas partes declaran no tener nada que reclamarse por ningún concepto como consecuencia del presente contrato.

Opinión de la consultante y objeto de la consulta

La consultante cuestiona el distracto otorgado, por cuanto, siguiendo a la doctrina mayoritaria, no puede hablarse de mutuo disenso en contratos que no tienen obligaciones pendientes, sino que debe entenderse que es una *compraventa con efecto contrario.*

Siguiendo esta posición, estima que la subrogación efectuada es válida en tanto en la escritura de venta como en la de compra se expresó el ánimo de subrogar, por lo que el bien es propio de RCNB.

Informe de la Comisión de Derecho Civil

Distracto o mutuo disenso

1. El mutuo disenso es una manifestación de la autonomía privada que le ha dado vida a un contrato precedente, de modo tal que por un acuerdo de voluntades se decide extinguir las relaciones jurídicas obligatorias creadas. Así como las partes pueden contratar libremente, también pueden luego disponer lo contrario, haciendo cesar los efectos de dicho contrato con las restituciones de sus respectivos objetos. Siguiendo a Carnelli y Cafaro:

> Al convenirse mutuo disenso las partes inciden en el negocio inicial, el cual desaparece como título o fundamento del surgimiento de la relación obligatoria, la que se extinguirá, entonces, por vía de consecuencia.[136]

2. No obstante, para que el mutuo disenso opere resulta imprescindible la existencia de un contrato precedente, existente y válido, que no se hubiera agotado por el cumplimiento de todas sus obligaciones. Solo lo que se encuentra vigente se puede extinguir; esto es, solamente los derechos y obligaciones pueden ser objeto de modificaciones en la medida en que subsistan como tales, es decir, solo si existe una relación obligatoria vigente.

3. En el caso sometido a consulta, el 5 de marzo de 1980 se otorgó una compraventa por la cual RCNB vendió a BZB el padrón …9, con su correspondiente tradición, y se consignó en la cláusula segunda que antes de ese acto la parte vendedora recibió de la compradora el precio en su totalidad, a su entera satisfacción, por lo cual aquella otorgó a esta carta de pago por el total del precio, sin que de dicho contrato surja ninguna obligación pendiente.

Posteriormente, el 12 de junio de 1980, las partes otorgaron un negocio que calificaron como distracto, y expresaron que, conforme a lo establecido por el artículo 1294 del Código Civil, convenían en extinguir las obligaciones creadas por el contrato de compraventa celebrado el 5 de marzo de 1980. En consecuencia, la compradora BZB restituyó a la vendedora RCNB el inmueble descrito, «en todos los derechos de propiedad y posesión que en el mismo le corresponden, declarando que mientras no haga efectiva la posesión la tendrá a su nombre […] y habiendo entregado RCNB a BZB el precio entregado por la compraventa en su totalidad con anterioridad a este acto, por lo que ambas partes declaran no tener nada que reclamarse por ningún concepto […]».

4. Como impecablemente ha enseñado otro integrante de esta comisión, el escribano Carlos Groisman,[137] la norma del artículo 1294 citada debe interpretarse en armonía con los principios de derecho privado. De acuerdo con Cafaro y Carnelli[138] y Molla,[139] el poder de las partes de extinguir obligaciones presupone la vigencia de la relación, cosa que en la especie no existió. El contrato de compraventa celebrado el 5 de marzo de 1980 se había agotado por el cumplimiento, razón por la cual no podía configurarse el 12 de junio de 1980 un mutuo disenso (distracto) en el sentido

136 Carnelli, Santiago; Cafaro, Eugenio B. *Eficacia contractual*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1989, p. 186.

137 Groisman, Carlos. Asociación de Escribanos del Uruguay. Comisión de Derecho Civil. «Mutuo disenso». *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, jul.-dic. 2002, tomo 88 , n.os 7-12, pp. 370 y ss.

138 Carnelli, Santiago; Cafaro, Eugenio B. *Eficacia contractual*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1989.

139 Molla Camacho, Roque. «Aptitud del mutuo disenso para resolver la relación jurídica contractual». *Anuario de derecho civil uruguayo*, 1988, tomo 18, pp. 387-395.

de negocio extintivo de la eficacia, puesto que esta ya se había realizado por la paga.

5. En consecuencia, si bien la voluntad expresada en este último negocio resulta vinculante, no lo es por mutuo disenso, sino como otorgamiento del mismo tipo contractual con sentido contrario, en el que cada parte adopta una posición opuesta a la primitiva —esto es, quien fue vendedor será comprador y quien compró será vendedor—.

6. Para avanzar en el análisis del caso planteado, corresponde ahora analizar si podemos recalificar el negocio llamado *distracto* como *compraventa,* convirtiendo las restituciones realizadas en prestaciones que ubican su finalidad en la ventaja o provecho que le procura la otra parte como forma de validar dicho negocio.

7. No ofrece duda al informante que, de la documentación aportada y empleando la metodología de la eficacia negocial que nos enseñaron Cafaro y Carnelli,[140] se puede constatar la validez y eficacia del negocio realizado el 12 de junio de 1980. La capacidad jurídica y el poder normativo negocial (presupuestos del negocio) de las partes no merecen objeciones, así como tampoco la capacidad de obrar (voluntad jurídicamente relevante) ni el consentimiento expresado en el documento a estudio. El objeto resulta determinado, posible y lícito, y la causa no contraría las leyes, las buenas costumbres ni el orden público.

La declaración efectuada por las otorgantes respecto a la restitución del inmueble, que se hace en ese mismo acto —en la que la ahora vendedora declara que le restituye a RCNB todos los derechos de propiedad y posesión que en él le corresponden y que mientras no haga efectiva la posesión la tendrá en su nombre—, tiene, en virtud de la recalificación negocial, valor de tradición (artículo 767, numeral 1.º, del Código Civil). Se expresa, además, que el precio se restituyó en su totalidad antes de ese acto, por lo cual nada tienen que reclamarse por ningún concepto como consecuencia de él.

8. En definitiva, se concluye que el negocio efectuado entre BZB y RCNB el 12 de junio de 1980 no es un distracto o mutuo disenso, sino una compraventa.

Subrogación de bien inmueble por inmueble por compraventa

9. Así las cosas, corresponde ahora entrar al análisis de la validez de las cláusulas de subrogación que figuran en ambas escrituras referenciadas.

En la escritura del 5 de marzo de 1980 la vendedora, RCNB, «declara que el dinero recibido por concepto de precio de la presente compraventa se empleará en la compra de otro inmueble que tendrá el carácter de propio por subrogación del que enajena por este acto, que tiene tal naturaleza

140 Carnelli, Santiago; Cafaro, Eugenio B. *Eficacia contractual*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1989, pp. 16 y ss.

por haberlo adquirido siendo de estado civil viuda de sus primeras nupcias con ANG».

Asimismo, en la escritura del 12 de junio de 1980 que recalificamos como compraventa, se expresa que «el bien que se le restituye [léase: que adquiere] queda en la misma situación de bien propio de RCNB».

10. En múltiples informes de esta comisión hemos analizado los requisitos necesarios para que el instituto de la subrogación funcione en nuestro derecho, y hemos expresado que la subrogación real es de excepción, de interpretación estricta y que su aplicación solo procede en los casos y con los requisitos previstos por las disposiciones legales.

11. Dichos requisitos son: 1.º) manifestación de la voluntad de subrogar (*ánimus subrogandi*); 2.º) comprobación instrumental del origen del valor que se invierte; 3.º) naturaleza del negocio jurídico mediante el cual se adquiere el nuevo bien y momento de la adquisición; 4.º) naturaleza de los bienes en los que se opera la subrogación; 5.º) relación entre el precio del bien subrogante y del bien subrogado (que el saldo a favor o en contra de la sociedad no exceda de la mitad del precio del bien adquirido).

Los casos de subrogación de bienes propios admitidos en nuestro ordenamiento jurídico son cuatro: 1.º) subrogación de valores por muebles; 2.º) subrogación de un inmueble a otro, mediante permuta; 3.º) subrogación de un inmueble vendido por otro inmueble, y 4.º) subrogación de valores por inmuebles. Como también se ha expresado en otros informes, estos son los únicos y precisos casos de subrogación de bienes propios admitidos por nuestro derecho.

12. En la subrogación de inmueble por inmueble por compraventa a que refiere el artículo 1958, se ha admitido pacíficamente cuáles son los requisitos necesarios para que ella opere: 1.º) la manifestación expresa de la voluntad de subrogar, o sea, el ánimo de subrogar (incisos 1.º y 2.º); 2.º) la prueba instrumental del origen del valor; 3.º) que el negocio jurídico mediante el cual se adquiere el nuevo bien sea compraventa; 4.º) que se trate de la sustitución de un inmueble propio por otro inmueble (naturaleza de los bienes subrogantes y subrogados), y 5.º) considerar la relación que debe existir entre el precio del bien subrogado y el subrogante (artículo 1959, inciso 4.º).

El primer elemento enunciado (el ánimo de subrogar) se debe expresar dos veces: en la escritura de venta y en la de compra, cosa que se cumple en el caso sometido a consulta. También se cumple con la prueba instrumental del origen del valor, en tanto se adjunta la venta del 5 de marzo de 1980, en la que RCNB recibe el precio por la venta de un bien propio. En ambos negocios el objeto es un inmueble y, en cuanto a la relación entre el precio del bien vendido y el del bien comprado, no existió saldo a favor o en contra de la sociedad, dado que se vendió en N$ 1:400.000 y se compró en N$ 1:400.000.

13. La única cuestión que resta analizar para dar por válida la subrogación objeto de consulta es el hecho de que esta se realizó en el mismo

inmueble (padrón …9) y no entre un inmueble y «otro», lo que podría vulnerar el artículo 1958 citado, que expresa: «Para que un inmueble se entienda subrogado a otro inmueble […]».

14. Para resolver esta cuestión creemos conveniente hacer una breve referencia a la interpretación de la ley y a la función del escribano como intérprete y creador del derecho.

Ya Carnelutti expresaba: «El Notario debe reelaborar el precepto legal adaptándolo a la situación concreta, al caso en estudio, lo cual no es solamente una operación de subsunción»; esto es, considerar la situación concreta como parte de un conjunto más amplio o como caso particular sometido a un principio o norma general.

La vida de relación es mucho más amplia y rica que los supuestos contemplados por el legislador; de ahí que el artículo 14 de nuestro Código Civil consagre el reconocimiento de situaciones no contempladas por la ley.

La aplicación de la ley conlleva una actitud activa del intérprete, de manera tal que le permita encontrar una solución al caso concreto.

15. Debemos partir de la base de que, en materia de sociedad conyugal, la ley tiende a favorecer la consolidación mediante una protección que no es ilimitada, y prevé el mecanismo de la subrogación real de bienes propios como forma de impedir que la sociedad se beneficie a expensas del caudal propio de alguno de los cónyuges, posición esta que es de pura política legislativa.

Señala el escribano Enrique Arezo Píriz:

> […] el estado de pensamiento jurídico en cuanto a los casos de subrogación deben ser repensados a fin de encontrar una solución que contemple casos como el que nos ocupa y que reclaman, ciertamente, un criterio de cierta flexibilidad para resolver la espinosa cuestión. La solución es recurrir a una interpretación extensiva del alcance que, tradicionalmente, se ha considerado como de no recibo en esta materia. Esta interpretación extensiva tiene por resultado extender el natural significado de las palabras de la ley, cuando éstas expresan menos que lo que el legislador quiso decir («minut dixit quam voluit»). No implica agregar algo a la norma o extenderla a casos no previstos o contemplados, sino dar relieve a aquellos casos que la norma contenía ya virtualmente.[141]

Si bien, como ya dijimos, las disposiciones legales sobre la subrogación real de bienes propios es de interpretación estricta, es necesario destacar que algunos civilistas incluyen también en la órbita de la interpretación extensiva el principio según el cual aquellas disposiciones excepcionales, dictadas solo para ciertos casos, presuponen implícitamente la regla con-

141 Arezo Píriz, Enrique. Asociación de Escribanos del Uruguay. Comisión de Derecho Civil. «Interpretación de la ley». *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay,* ene.-jun. 2002, tomo 88, n.os 1-6, pp. 170-188.

traria para los casos restantes. Savigny[142] expresa que «el argumento a contrario» es también una especie de interpretación extensiva; pero otros, como Coviello y Ferrara,[143] entienden que no se trata aquí propiamente de interpretación extensiva, pues la indagación no se limita a descubrir el sentido de las normas establecidas, sino que se extiende a desenvolver el contenido de las disposiciones de la ley en todas sus posibles direcciones y relaciones, extrayendo de ellas todas las consecuencias que constituyen su contenido virtual.

Como brillantemente enseña nuestro coordinador, el escribano Roque Molla:[144]

> […] la interpretación extensiva puede darse en situación de surgir del texto de la ley un solo significado, y sin embargo corresponde aplicar la ley no solamente al supuesto de hecho explícito sino a otras situaciones que encuadran o no en el propio significado de la norma, sino en la finalidad perseguida por la misma. La interpretación extensiva es de gran utilidad en el ámbito de las normas excepcionales, donde rige el principio de interpretación estricta y el legislador marcó el radio de aplicación que no puede ser ampliado por analogía. Pero, la interpretación extensiva no colide con la calificación de estricta, sino que la complementa, en el sentido de explicitar y no de ampliar la finalidad perseguida, procedimiento que corresponde en los casos de una avara expresión legal.

El artículo 17, inciso 1.º, del Código Civil dispone: «Cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal, a pretexto de consultar su espíritu», y el artículo 20 establece: «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». Estas disposiciones refieren al sentido de la ley y no al sentido de las palabras. El significado de la ley es lo que el intérprete debe desentrañar. El punto de equilibrio para no incurrir en arbitrariedad es la ponderación de los criterios teleológicos subjetivo y objetivo, teniendo en cuenta la finalidad perseguida por el legislador, con lo que constituye una regulación de acuerdo con los principios inmanentes del derecho, y evitando incurrir en contradicciones de valoración.

La función notarial creadora de derecho debe utilizar todos los elementos metódicos de interpretación de la ley para concretarla al caso. En esto consiste gran parte de nuestra actividad como creadores de derecho.

142 Savigny, M. F. C. de. *Sistema del derecho romano actual.* Madrid: F. Góngora y Compañía, 1879. Tomo 2, pp. 37 y 231.

143 *Manuale di Diritto Civile Italiano, parte general.* 2.ª ed., Milán, 1915, p. 80 y *Trattato di Diritto Civile Italiano,* vol. I, parte I, Roma, 1921, p. 247.

144 Molla Camacho, Roque. «La interpretación y aplicación del derecho como manifestación de la función notarial creadora de derecho». *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay,* jul.-dic. 2001, tomo 87, n.os 7-12, pp. 211-235. 23.º Congreso Internacional del Notariado Latino, Atenas, 30 set.-5 oct. 2001.

16. Así, esta comisión se ha inclinado por extender la interpretación en materia de subrogación para incluir entre los bienes que pueden ser subrogados aquellos que se *reputan* inmuebles, aunque no lo sean por su intrínseca naturaleza. Tal es el caso de la subrogación de inmueble mediante una promesa de compraventa con precio totalmente integrado.

El término *otro* a que refiere el artículo 1958 del Código Civil debemos entenderlo como «algo del mismo tipo de lo que se habla», «algo del mismo tipo que ciertas cosas anteriores o que se han mencionado antes». O, lo que es lo mismo, un *inmueble* por un *inmueble,* sin importar si el uno es idéntico o similar al otro. Si se entendiera que el legislador quiso que se cambiara un inmueble por otro inmueble distinto, tampoco sería válida la subrogación en la que A vende a B el padrón 100 manifestando su ánimo de subrogar, luego B lo vende a C y finalmente C lo vende nuevamente a A y este manifiesta que el padrón 100 adquirido mantendrá la naturaleza de propio por subrogación. Sin embargo, no hay norma legal alguna que lo prohíba o que expresamente establezca que en tal caso no existe subrogación.

En consecuencia, debemos concluir que, cuando el legislador habla de subrogar un inmueble por otro inmueble, hace referencia a la *naturaleza* del bien subrogado y subrogante, sin importar si el inmueble es el mismo o diferente, por lo cual la subrogación objeto de consulta es válida.

Conclusiones

Conforme lo expuesto, se concluye:

1. La voluntad expresada en la escritura del 12 de junio 1980 resulta vinculante, pero no lo es por mutuo disenso, sino como otorgamiento del mismo tipo contractual con sentido contrario, en el que cada parte asume una posición opuesta a la primitiva —quien fue vendedor será comprador y quien compró será vendedor—. El negocio efectuado entre BZB y RCNB el 12 de junio de 1980 no es un distracto o mutuo disenso, sino una compraventa.

2. La función notarial creadora de derecho debe utilizar todos los elementos metódicos de interpretación de la ley para concretarla al caso. El término *otro* a que refiere el artículo 1958 del Código Civil hace referencia a la *naturaleza* del bien subrogado y subrogante, sin importar si el inmueble es el mismo o diferente, por lo cual la subrogación objeto de consulta es válida.

Esc. Gustavo Echavarría Trabadelo
Informante

Montevideo, 24 de noviembre de 2015. La Comisión de Derecho Civil, integrada por los escribanos Miguel Burdín, Alicia Cancela, Daniella Cianciarulo, Gustavo Echavarría, Rosana García Paz, Mariana González

Bonaudi, Carlos Groisman, María Paola Igoa, Adriana Inciarte, Rossana Ivanier, Maximiliano Mauri, Roque Molla, María Ritacco, Estela Sarachu, Diego Seré, Adriana Silva, Mariella Spagnolo, María Beatriz Vázquez y Juan Pablo Villar, aprueba el informe que antecede.

Escs. Roque Molla y Juan Pablo Villar
Coordinadores

Aprobado por la Comisión Directiva Nacional de la AEU el 22 de diciembre de 2015. Expediente 674/2014.

AUTOMOTORES. EMBARGO GENÉRICO. IMPORTACIONES. PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA

Resumen

La traba de embargo contra el importador o concesionario con anterioridad a la inscripción de título de compraventa pero con posterioridad a la factura de venta no afecta al vehículo, que hasta su empadronamiento forma parte de la mercadería existente dentro de la universalidad conocida como establecimiento comercial. *En el período comprendido entre la facturación y el empadronamiento, se trata de un bien mueble del comprador, para cuya efectividad el embargo solo tendría lugar mediante el secuestro.*

Informe: Civil y registral

Consulta

Hechos

El 27 de mayo de 2002, X SA enajena un vehículo 0 km a CM, según factura que tengo de manifiesto.

En esa fecha CM empadrona el vehículo a su nombre.

En el año 2005 se traba embargo genérico contra X SA.

El 27 de junio de 2007, CM resuelve realizar la escritura de compraventa, a efectos de registrar dicha operación.

El 20 de diciembre de 2010, CM enajena dicho vehículo a EW, según título compraventa y modo tradición debidamente inscripto.

Consulta

Al proponerse vender dicho vehículo su actual propietario, el señor EW, la documentación ha sido rechazada consecutivamente por dos escribanas por las mismas razones:

a. que el embargo genérico trabado contra el importador en 2005 (embargo que se ha continuado reinscribiendo) afectaba dicha venta;
b. que actualmente las automotoras no toman vehículos en los que en el proceso dominial existan embargos anteriores (incluso del cónyuge no administrador) y exigen el estudio de títulos por los últimos 20 años;
c. que para que opere la prescripción conforme a lo dispuesto por el artículo 1214 del Código Civil, esta debe ser solicitada por el primer adquirente (?). Este argumento fue sustentado por la última escribana que rechazó el título.

Como es de esperar, estos sucesivos rechazos de la titulación han ocasionado problemas a mi cliente, EW, y a quien suscribe, como profesional actuante en oportunidad de la última compraventa, debido a la imposibilidad de vender el vehículo.

Por lo expuesto, solicito a la Asociación se expida en cuanto a si dicho título a la fecha es observable, y también sobre si al momento de estudiar un título y efectuar los descartes correspondientes prima la posición de las automotoras frente al derecho.

Opinión de la consultante

Entiendo que la titulación de los automotores, por ser bienes muebles, debe ser estudiada y los certificados registrales solicitados por los últimos titulares registrales no más allá de los últimos seis años. Me fundo en lo establecido por los artículos 1212 a 1214 del Código Civil.

Estoy en conocimiento de la posición del escribano Caumont, que considera que, en virtud de que los créditos prescriben a los 20 años, el estudio de los títulos debería abarcar dicho período. En este caso, si se comparte la posición del destacado jurista, dicho estudio debería limitarse a controlar la carta de pago por la totalidad del precio y nada más, puesto que los demás aspectos estarían amparados por el instituto de la prescripción. Debo señalar que, en el caso que planteo, no hay saldo de precio en ninguna de las dos compraventas relacionadas.

En cuanto a la posición de solicitar información registral desde el importador a la fecha, a partir de la inclusión de los automotores entre los bienes comprendidos por el embargo genérico dispuesto por el artículo 380.3 del CGP, entiendo que esta situación no debe determinar que se desconozca el instituto de la prescripción adquisitiva de los bienes muebles.

Por otra parte, entiendo que cuando en 2002 X SA facturó la venta del automóvil 0 km a la señora CM y esta lo empadronó a su nombre, la automotora se desprendió de los derechos que pudiera tener sobre el vehículo. De acuerdo con el artículo 1664 del Código Civil, la compraventa queda perfecta desde que las partes convienen en la cosa y en el precio, salvo determinadas excepciones que no comprenden a los automotores, bienes muebles. Que años después la primera adquirente realizara la escritura

de compraventa a efectos fiscales y de publicidad no significa que dicho automóvil hubiera seguido en el patrimonio de X SA hasta la fecha en que lo escrituró.

Si el automóvil de referencia pertenecía al patrimonio de X SA en la fecha en que escrituró (a pesar de que en dicha escritura se aclaró que el bien lo tenía con anterioridad la señora CM y el precio había sido integrado en su totalidad en el año en que se facturó), me pregunto en calidad de qué lo tenía la señora CM hasta esa fecha.

Entiendo que el bien salió del patrimonio de la automotora en la fecha en que lo enajenó, según factura de compraventa, y cuando fue empadronado como cero kilómetro por su primera dueña, por lo que la compraventa del 27 de junio de 2007 no puede ser afectada por embargos trabados con posterioridad a la fecha en que la automotora facturó dicha venta.

Aunque no se compartiera esta posición, vuelvo a ampararme en el instituto de la prescripción para sostener que dicho título hoy no es observable. Conforme surge del artículo 1214 del Código Civil, «prescripción de bienes muebles», para adquirir por dicho modo bastará la posesión por seis años ininterrumpidos, sin necesidad de presentar título. Existiendo justo título y buena fe, así como los demás elementos que conforman la posesión calificada, se configura la prescripción abreviada. La prueba de la posesión resulta de la documentación. La trasmisión entre los particulares, con el auxilio de la prescripción, igual convertirá en tal el derecho del actual poseedor, quien se verá beneficiado por las sumatorias de las posesiones de sus antecesores (artículo 1206).

Al existir documentos (título compraventa y modo tradición) que prueban la posesión calificada por más de seis años (en este caso, la primera dueña adquirió el vehículo en 2002, pero aun si se prefiere tomar la fecha de la compraventa del 2007 estamos hablando de más de siete años), no es menester realizar procedimiento judicial alguno, ya que la sentencia de prescripción es meramente declarativa del hecho de haber operado la prescripción, y eso en el caso en estudio ya estaba probada con la documentación a la vista. Como la prescripción es un modo originario de adquirir, los embargos trabados con anterioridad (independientemente de que se sigan reinscribiendo) no la afectan, y menos aún los trabados con posterioridad a la enajenación del bien, dado que esta se produjo cuando se entregó la cosa y se pagó el precio pactado.

Aconsejar que no se compre el vehículo del caso porque en el mercado hay muchos automotores con títulos perfectos, o esgrimir que si en el futuro esta titulación llega a una automotora esta va a rechazarla por desconocer el instituto de la prescripción adquisitiva, no son argumentos de peso para que un profesional del derecho rechace un título. Aceptar la posición de estar a lo que dispongan los bancos y las automotoras al estudiar la documentación, dejar de lado las disposiciones del Código Civil que estos no consideren aceptables, es transformarnos en simples gestores de dichas instituciones.

Informe de la Comisión de Derecho Civil

Según surge de la consulta formulada, la titulación fue observada por los siguientes motivos:

a. que el embargo genérico trabado contra el importador en 2005 (embargo que se ha continuado reinscribiendo) afectaba dicha venta del 27 de junio de 2007;
b. que actualmente las automotoras no toman vehículos en cuyo proceso dominial existan embargos anteriores (incluso del cónyuge no administrador) y exigen el estudio de títulos por los últimos 20 años;
c. que para que opere la prescripción, conforme a lo dispuesto por el artículo 1214 del Código Civil, esta debe ser solicitada por el primer adquirente.

Debemos tener en cuenta el caso particular en el que, según factura de compra del 27 de mayo de 2002, X SA enajenó un vehículo 0 km a CM; en esa misma fecha CM empadronó el vehículo a su nombre y en esa fecha X SA *no* estaba embargado, dado que, según surge de los hechos, fue en 2005 cuando se trabó embargo genérico contra X SA. El 27 de junio de 2007 se instrumentó la compraventa mediante documento privado con firmas certificadas, en la que X SA vendió a CM el automotor de referencia, y dicho título se inscribió el 29 de junio de 2007.

En reiteradas consultas evacuadas por diferentes comisiones, se ha mantenido el criterio de que la traba de embargo contra el importador o el concesionario no afecta al vehículo, que hasta su empadronamiento forma parte de la mercadería del comercio. En el período comprendido entre la facturación y el empadronamiento, se trata de un bien mueble del comprador, para cuya efectividad el embargo solo tendría lugar mediante el secuestro.[145]

Compartimos las conclusiones de las consultas señaladas y en particular la opinión de Carmelo Curbelo Soria, quien establece:

145 Curbelo Soria, Carmelo Jacinto. Asociación de Escribanos del Uruguay. Comisión de Derecho Registral. «Automotores». *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay,* jul.-dic. 2000, tomo 86, n.os 7-12, pp. 493-497; Delascio Pastorino, Nelly. Asociación de Escribanos del Uruguay. Comisión de Técnica Notarial Procesal. «Automotores». *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay,* jul.-dic. 2000, tomo 86, n.os 7-12, p. 501; Olano Füllgraff, Ana. Asociación de Escribanos del Uruguay. Comisión de Derecho Civil. «Automotores». *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay,* jul.-dic. 1995, tomo 81, n.os 7-12, pp. 354-355; Zuluaga Foti, Susana. Asociación de Escribanos del Uruguay. Comisión de Derecho Civil. «Automotores». *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay,* jul.-dic. 1995, tomo 81, n.os 7-12, pp. 320-321, Curbelo Soria, Carmelo Jacinto. Asociación de Escribanos del Uruguay. Comisión de Derecho Registral. «Automotores». *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay,* jul.-dic. 1995, tomo 81, n.os 7-12, pp. 571-573; Lazaroff Cesconi, Juan Eduardo. Asociación de Escribanos del Uruguay. Comisión de Derecho Registral. «Automotores». *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay,* jul.-dic. 1995, tomo 81, n.os 7-12, pp. 574-578.

> Si se trata de un embargo contra el importador o el concesionario, mientras el vehículo no está empadronado, no afectaría como automotor, sino como parte de la mercadería existente dentro de la universalidad conocida como establecimiento comercial.[146]

La nueva redacción dada al artículo 380 del CGP por la ley 19090 no cambia en esencia lo que este ya establecía, y en concreto el numeral 2, en su última parte, establece:

> […] El embargo genérico comprenderá los bienes presentes y futuros registrables del embargado. En caso de universalidades, los bienes concretos que las integran deberán ser objeto de embargos específicos.

Continúa diciendo Carmelo Curbelo:

> El automotor que puede ser embargado es el que tiene aptitud registral (artículo 25 ley 16.871) y tal aptitud no solo ha permitido determinar un concepto con la enumeración de los vehículos inscribibles, sino que también abarca la viabilidad de la inscripción. Los embargos contra el importador o el concesionario no afectan el automotor con aptitud registral, mientras el primer empadronamiento municipal se hubiera hecho a nombre del tercero adquirente del bien.[147]

En el particular, el primer empadronamiento se hizo por CM el 27 de junio de 2002, fecha en que además X SA se lo enajenó, según factura de compra que surge agregada al expediente, por lo que, a pesar de no existir en este caso un título de propiedad inscrito antes de trabarse embargo a X SA, entendemos que, al haberse vendido a CM según factura del 27 de mayo de 2002 y haberse efectuado la tradición en esa misma fecha, ya hubo allí una traslación de dominio del importador o concesionario a un tercero adquirente, y tal adquirente se convirtió en el primer titular de derechos de propiedad sobre el automotor con aptitud registral. Empadronó el vehículo frente a la Intendencia Municipal y se le otorgó un número de padrón universal.

Por ello, al mediar una factura comercial desde el 2002, se prueba claramente que la mercadería como tal salió del dominio de X SA ese año, sin quedar afectada por el embargo trabado en el 2005, ya que, como lo venimos señalando, el automotor que puede ser embargado es el que tiene aptitud registral (artículo 25 de la ley 16871), y los embargos contra el importador o el concesionario no afectan el automotor con aptitud registral, siempre que el primer empadronamiento municipal se hubiera hecho a nombre del tercero adquirente del bien, como ocurre en el caso planteado.

Finalmente, consolidando lo ya expuesto, es dable destacar que existen actos posesorios sobre la totalidad del bien con una antigüedad superior a la requerida legalmente (seis años). Ello enerva toda posibilidad de recla-

146 Curbelo Soria, Carmelo Jacinto. *El automotor en el derecho uruguayo*. 2.ª ed. ampl. corr. Montevideo: Asociación de Escribanos del Uruguay, 2014, pp. 45-47.
147 Ídem.

mación del acreedor embargante, ya que, en tal caso, el comprador podrá oponerle la excepción de usucapión.

La compraventa inscripta en el Registro Nacional de Automotores y los restantes actos posteriores realizados como única propietaria son todos elementos —objetivos— que dan por suficientemente probado el hecho de la posesión, sin necesidad de trámite judicial alguno.[148]

El acreedor mantendrá la acción personal contra el deudor original, pero no podrá reivindicar el bien, ya que el tercero comprador podrá oponerle la prescripción extintiva en un todo de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1216 del Código Civil, salvo que solo deberá acreditar seis años por lo dispuesto en el artículo 1214 del dicho cuerpo normativo.

En definitiva, la usucapión:

> […] tanto la treintenaria como la abreviada son dos especies de una misma categoría jurídica que, constituye un modo originario de adquisición de la propiedad […] La usucapión abreviada, por su naturaleza jurídica, de modo originario es susceptible de ser invocada como acción y como excepción.[149]

> Al ser un modo originario de adquirir, obviamente no es derivativo; por tanto, no afectan los embargos trabados sobre el anterior propietario (enajenante). Tal ha sido la postura de la Comisión de Derecho Civil de la AEU y de la Comisión de Derecho Registral que compartimos.[150]

Conclusiones

La traba de embargo contra el importador antes de la inscripción del título de compraventa pero con posterioridad a la factura de venta no afecta al vehículo, que hasta su empadronamiento forma parte de la mercadería

148 Noblia, Aída. Asociación de Escribanos del Uruguay. Comisión de Derecho Civil. «Diferencia de área». *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay,* ene.-jun. 2006, tomo 92, no. 1-6, pp. 119-121.

149 Molla, Roque. «La prescripción adquisitiva abreviada: un modo originario de adquirir». *Anuario de derecho civil uruguayo,* 1993, tomo 23, p. 609.

150 Marchese, María del Rosario. Asociación de Escribanos del Uruguay. Comisión de Derecho Civil. «Automotores. Prescripción adquisitiva». 2007. Exp.: 5646/07; Asociación de Escribanos del Uruguay. Comisión de Derecho Civil. «Prescripción adquisitiva». 2001. Exp.: 21848/01; Marchese, María del Rosario. Asociación de Escribanos del Uruguay. Comisión de Derecho Civil. «Automotores». 2006. Exp.: 6243/06; Machado Giachero, Jorge Julio. Asociación de Escribanos del Uruguay. Comisión de Derecho Civil. «Automotores». *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay,* ene.-jun. 2002, tomo 88, n.os 1-6, pp. 158-162; Balero Morales, Vanessa; Vázquez Sepúlveda, Silvia. Asociación de Escribanos del Uruguay. Comisión de Derecho Civil. «Automotores». *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay,* jul.-dic. 2002, tomo 88, n.os 7-12, pp. 364-366; Albín, Federico. Asociación de Escribanos del Uruguay. Comisión de Derecho Civil. «Automotores. Embargo. Prescripción adquisitiva. Compraventa. Publicidad registral. Reserva de prioridad». *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay,* ene.-dic. 2014, tomo 100, pp. 176-184; Asociación de Escribanos del Uruguay. Comisión de Derecho Registral. «Automotores». 2001. Exp.: 22068/01.

existente dentro de la universalidad conocida como *establecimiento comercial*.

En el período comprendido entre la facturación y el empadronamiento, se trata de un bien mueble del comprador, para cuya efectividad el embargo solo tendría lugar mediante el secuestro.

En este caso, no solo no se trabó embargo específico contra el vehículo, sino que además el bien salió del patrimonio de X SA en la fecha en que lo enajenó, según factura del 27 de mayo de 2002, fecha en que además se hizo la tradición, por lo que ya hubo allí una traslación de dominio del importador o concesionario a un tercero adquirente, quien además lo empadronó como cero kilómetro en esa misma fecha a su nombre. Por lo tanto, la compraventa del 27 de junio de 2007 no se ve afectada por embargos trabados después de la fecha en que la automotora facturó dicha venta y, en consecuencia, no es observable la titulación.

En todos los casos opera la prescripción adquisitiva abreviada conforme al artículo 1241 del Código Civil.

Escs. Paola Igoa y Verónica Ubillos
Informantes

Montevideo, 15 de diciembre de 2015. La Comisión de Derecho Civil, integrada por los escribanos Federico Albín, Miguel Burdín, María Inés Casatroja, Daniella Cianciarulo, Gustavo Echavarría, Adriana Goldberg, Alicia González Bilche, Adriana Inciarte, Mónica Jover, María del Rosario Marchese, Maximiliano Mauri, Roque Molla, Javier Parga, Estela Sarachu, Mildred Secondo, Diego Seré, Adriana Silva, Mariella Spagnolo, Gonzalo Trobo, Verónica Ubillos, María Beatriz Vázquez y Juan Pablo Villar, aprueba el informe que antecede.

Esc. Roque Molla
Coordinador

Informe de la Comisión de Derecho Registral

1. Nuestra Comisión ha sostenido en reiteradas consultas (la última en expediente 5127/2006) la posición de que el embargo genérico sobre el importador o concesionario no afecta al vehículo automotor no empadronado a su nombre.

El embargo genérico trabado a X SA es inoponible a CM, quien adquirió el vehículo (año 2002) antes de la inscripción de dicho embargo (año 2007), situación que se encuentra probada suficientemente con la factura, el recibo y el empadronamiento municipal a su favor citados.

La situación de indisponibilidad del bien producida por la traba del embargo genérico contra X SA no lo afecta, ya que el bien no se encontraba en su patrimonio, sino en el de la compradora CM.

2. En lo que refiere específicamente a la evacuación de esta consulta, como en otras oportunidades,[151] esta comisión se centrará el instituto de la usucapión, cuya finalidad se centra en consolidar la propiedad.[152]

El Código Civil Uruguayo, en su artículo 1188, define la prescripción como un modo de adquirir o de extinguir los derechos ajenos.

Este instituto tiende a conferir seguridad a las relaciones jurídicas a través de la transformación de una situación de hecho prolongada en situación de derecho. Asimismo, consiste en facilitar la prueba de los derechos adquiridos derivativamente.

Como afirma el escribano Julio R. Bardallo,[153] la usucapión ordinaria o abreviada no necesita ser declarada, porque la propiedad se tiene por otro modo (tradición, sucesión). Esto es consecuencia del principio de que, mientras la usucapión extraordinaria (treintañal) es un modo de adquirir el dominio, la usucapión ordinaria es precisamente un modo de sanear el dominio consolidándolo. Para ello es suficiente comprobar que en caso necesario funcionará correctamente como excepción contra cualquier posible reclamación de terceros.

En el mismo sentido, afirma el escribano Roque Molla[154] que este instituto no funciona como acción, sino como excepción, en auxilio del modo controvertido.

Como señala el escribano Fernando Miranda al referirse a la prescripción ordinaria o abreviada:

> […] a diferencia de la prescripción extraordinaria, que funciona casi siempre como acción, sirviendo a quien carece de título, la prescripción ordinaria no se utiliza como acción ni necesita ser probada judicialmente, porque, habiendo ya un título hábil, ella solo acude como medio de confirmar el dominio adquirido por otros modos.[155]

El artículo 1212 del Código Civil dispone:

> La propiedad de los bienes muebles se prescribe por la posesión no interrumpida de tres años con justo título y buena fe, haya estado el verdadero dueño ausente o presente (artículo 677, inciso 1).

151 Pereiro Alonso, María Claudia. Asociación de Escribanos del Uruguay. Comisión de Derecho Registral. «Prescripción adquisitiva». *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay,* ene.-dic. 2013, tomo 99, pp. 277-284.

152 Mauad Seba, Magalí. Asociación de Escribanos del Uruguay. Comisión de Derecho Registral. *Automotores*. 2006. Exp. 5127/06.

153 Bardallo, Julio R. «La usucapión y la titulación de los bienes inmuebles». *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay,* oct.-nov. 1949, tomo 35, n.os 10-11, pp. 574-595. 2.ª Jornada Notarial Uruguaya, Paysandú, 10-11 set. 1949.

154 Molla Camacho, Roque. Asociación de Escribanos del Uruguay. Comisión de Derecho Civil. «Usucapión». *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay,* abr.-jun. 1983, tomo 69, n.os 4-6, pp. 266-271.

155 Miranda, Fernando. *Derecho práctico y teórico: algunas consultas*. Montevideo: Asociación de Escribanos del Uruguay, 1973, p. 168.

Y el artículo 1214, inciso 1, agrega:

> El poseedor de un bien mueble por seis años no interrumpidos, prescribe la propiedad, sin necesidad de presentar título, y sin que pueda oponérsele su mala fe […].

En el caso de CM, existen más de seis años no interrumpidos de posesión. Por ello no es necesaria la sentencia declarativa de prescripción, ya que se cuenta con prueba documental idónea. La prescripción abreviada es un medio de consolidar el dominio y funcionará como excepción ante cualquier reclamación de terceros.

No existe vínculo con el anterior propietario; el bien es propiedad del prescribiente desde el momento de inicio de su posesión.

Con relación al efecto retroactivo que deriva de la usucapión, afirma el autor Walter Howard:

> […] si bien la adquisición se produce al cumplirse el plazo normado, sus efectos se retrotraen al momento en que el usucapiente realizó el primer acto posesorio, esto es, se convierte en titular del derecho al final del plazo, pero su titularidad le es reconocida como si le correspondiese desde el principio de su posesión.[156]

Conclusiones

Se comparte la posición de la consultante: la titulación no es objetable.

Se mantiene la posición, sostenida en reiteradas consultas de esta comisión, en cuanto a que el embargo genérico sobre el importador o concesionario no afecta al vehículo automotor no empadronado a su nombre.

CM fue titular dominial del automotor a partir de 2002. Su dominio se consolidó con la compra, el empadronamiento y la toma de posesión del bien (artículo 1212 del Código Civil), y en virtud de esa consolidación el embargo genérico posterior a X SA no afectó al automóvil, por encontrarse dicho bien fuera del patrimonio de la embargada y haber sido trabado el embargo con posterioridad a su adquisición por CM.

Los derechos de crédito que prescriben a los 20 años son derechos del acreedor con respecto al deudor, no con respecto al propietario de un bien sobre el cual operó la prescripción.

Esc. Mercedes Azar Gómez
Informante

Montevideo, 9 de diciembre de 2015. La Comisión de Derecho Registral, integrada por los escribanos Mercedes Azar, Susana Cambiasso, Carlos del

156 Howard Alanis, Walter Tomás. *Modos de adquirir*. Montevideo: Universidad de Montevideo, 2002, pp. 385 y ss.

Campo García, Álvaro Garbarino, Karin Perdomo, Daniel Ramos, Inés Rodríguez Sarmiento y Andrea Yarruz, aprueba el informe que antecede.

Aprobados por la Comisión Directiva Nacional el 22 de diciembre de 2015. Expediente 1005/2015.

PROPIEDAD HORIZONTAL. COPROPIEDAD. DEUDA

Resumen

La copropiedad es la deudora de la empresa IF. Los integrantes de la comisión deberán rendir cuentas de la gestión realizada y, si existen discrepancias, estas deberán ser resueltas en la vía judicial, así como también las eventuales responsabilidades que dicha gestión haya generado. No es competencia de esta comisión manifestarse al respecto.

Informe: Civil

Consulta

Suma

Los copropietarios de un edificio no reconocen una obra realizada para lograr la habilitación de Bomberos, por entender que no se les informó del costo ni aprobaron el presupuesto.

Se necesita resolver quién responde por el costo de la obras ante la eventual ejecución del edificio por la empresa.

Antecedentes

En asamblea del 14 de noviembre de 2013, un edificio de propiedad horizontal con calefacción por losa radiante resolvió adquirir una nueva caldera (a gas) en sustitución de una caldera existente, que se había deteriorado. La empresa que proveyó la nueva caldera inició el trámite de habilitación municipal.

Se recibió una inspección municipal que formuló una serie de observaciones, entre ellas, acreditar que el edificio tenía habilitación de la Dirección Nacional de Bomberos (DNB) o agregar el certificado de inicio del trámite de habilitación.

Hechos

1. En asamblea de copropietarios celebrada el 22 de julio de 2014 en segunda convocatoria —con la presencia de 13 copropietarios de los 20 que tiene el edificio (habitualmente se sesiona con menos asistentes)—, se estableció como punto 4 del orden del día: «Análisis y aprobación de presupuesto por habilitación de Bomberos». El punto 1 era: «Elección de autoridades por renuncia de la comisión».

Al tratar el punto 4, en el acta labrada se consigna:

> Se presenta el presupuesto de la empresa G. Se decide obtener más presupuestos para tener opciones. Se mociona continuar con la cuota extra para solventar el gasto de la habilitación de Bomberos por nueve cuotas más. Se aprueba por mayoría.
>
> Se mociona facultar a la Comisión Directiva a resolver sobre los presupuestos y decidir la contratación del servicio. Se aprueba por mayoría.

Sobre el punto 1 se consignó: «Se mociona integrar la Comisión Directiva por GG, AA y CC. Se aprueba por mayoría». GG era integrante de la comisión anterior y continuaría en el cargo, junto con AA y CC, que se integraban tras la elección en esa asamblea.

La cuota extra se había establecido en asamblea del 14 de noviembre de 2013 para solventar parte del gasto de adquisición de la caldera. El monto no surge de las actas de asamblea, pero fue de $ 10.500 (aproximadamente $ 500 por unidad).

2. La nueva comisión directiva se reunió por primera vez el 31 de julio de 2014 y sin formalidades se planteó los temas para comenzar a trabajar. AA tomó notas informalmente de lo conversado y de las tareas adjudicadas a cada integrante. No se labró acta ni se firmaron esas notas. Las tareas a realizar por cada una de las integrantes se distribuyeron de hecho.

Se aclara que no hubo traspaso de mando, ni de información, ni de tareas pendientes, ni directiva alguna de la comisión anterior a la nueva comisión conformada.

3. Al tratar las nuevas integrantes de establecer cometidos y formalidades de la comisión, advirtieron que esta no existe como órgano establecido en el reglamento de copropiedad. Según el artículo 26, la administración del edificio y su gobierno corresponden a la asamblea de copropietarios y al administrador. El administrador (artículo 28) constituye el órgano ejecutivo del gobierno y administración de la copropiedad.

El trabajo de la comisión es voluntario, no tiene ningún tipo de contraprestación ni beneficio para quien lo realiza.

Consultados exintegrantes de la comisión, se informó que en algún momento los copropietarios habían decidido elegir una comisión (además de la administración contratada). No se conoce la fecha, no hay acta disponible ni se sabe si en esas actas se establecieron límites, cargos o algún tipo de reglamentación de la actuación de la comisión.

La comisión no maneja dinero (solo una caja chica). Los fondos del edificio los lleva la administración, que es la que abona los gastos. En alguna oportunidad excepcional se le informa de un gasto y se le solicita el dinero para el pago.

4. En relación con la habilitación de Bomberos, el 31 de julio de 2014 GG puso en conocimiento de la comisión dos presupuestos de la empresa EG. Se acordó que GG esperaría la visita de otro técnico, WM, para que proporcionara un nuevo presupuesto y llamaría a un técnico más, de dos propuestos por CC.

Se dice, sin prueba documental alguna, que hay un plazo de seis meses para levantar las observaciones de la IMM, entre las que se cree está la habilitación de Bomberos.

El técnico WM no viene. AA proporciona datos de tres técnicos más para pedir presupuestos (DJ, WC, CA).

5. El 20 de agosto de 2014 las integrantes de la comisión AA y CC se reúnen con la administración del edificio a fin de obtener información sobre el funcionamiento de este y temas pendientes. En esa oportunidad, consultan por el acta de inspección de la IMM y el plazo para la habilitación de Bomberos, y solicitan a la administración que pida prórroga. La administración no responde a la consulta por no tener en ese momento el acta de inspección ni la información requerida.

6. El 4 de setiembre de 2014 se reúnen nuevamente las tres integrantes de la comisión y GG informa que el técnico WM recorrió el edificio pero no entregó presupuesto, que la copia del acta de inspección la tiene la administración y que esta ya pidió prórroga.

7. CC queda a cargo de la tarea habilitación de Bomberos. Llama al técnico DJ y decide contratar con él la parte administrativa de la habilitación, por un presupuesto (del 5 de setiembre de 2014) menor que el presupuesto de EG. DJ recomienda a otros técnicos para la parte de obras, prueba hidráulica y demás.

8. El 9 de setiembre de 2014 CC solicita a la administración dinero para el pago al técnico DJ de la primera parte de sus honorarios, por mail que reenvía a las restantes integrantes de la comisión, en el que establece: «Me sigo encargando de los Bomberos».

9. En reunión de comisión del 30 de setiembre de 2014, CC informa que en la recorrida realizada con los técnicos le advirtieron que las mangueras existentes en las instalaciones no tenían agua. Se requería obra.

En el trámite de habilitación ante la DNB, iniciado el 23 de setiembre de 2014 por el técnico DJ, el contacto es la administración del edificio.

10. El 2 de octubre de 2014 GG plantea por mail al resto de la comisión que ya no participará más de las reuniones, y el 3 de octubre comunica por la misma vía que queda por fuera de todos los temas a resolver, por motivos no vinculados a la habilitación de Bomberos.

También vía mail, el 6 de octubre de 2014 CC informa a AA y GG que sigue adelante con la habilitación de Bomberos. «Entramos en etapa del

cálculo hidráulico», con lo cual se termina lo «administrativo» y «pasamos a la etapa de adaptación o instalación de los caños de agua». El mismo día GG responde el mail afirmando que CC se ha encargado del tema Bomberos desde el inicio y supone que tiene todo bajo control.

11. El 20 de octubre de 2014 la administración solicita a las integrantes de la comisión temario para una asamblea general extraordinaria, y cada una de ellas, incluida GG, plantean los temas de los que se están encargando. CC propone «Habilitación de Bomberos, informe del trámite, en qué va, situación de caños de agua para incendios, etc.».

12. El 11 de noviembre de 2014 se celebra la asamblea general extraordinaria de copropietarios. En el orden del día se establece «Habilitación de Bomberos» y en el acta solo se consigna: «Se plantea e informa las acciones actuadas para concretar la habilitación de Bomberos». CC informa que el costo aproximado de las obras estará en el entorno de los USD 18.000 más IVA, lo que no queda consignado en el acta ni lo recuerda el resto de los copropietarios. Solo lo afirman CC y AA, integrantes de la comisión. En esa asamblea GG renuncia a la comisión. Se establece cuarto intermedio.

13. CC se reúne con los técnicos EQ, MN e IF para evaluar y presupuestar obras a realizar. El 12 de noviembre de 2014 CC recibe de la empresa IF dos presupuestos por distintos aspectos de las obras, por USD 7.301,70 y USD 21.906,32, y opta por esta empresa.

14. El 1.º de diciembre de 2014 CC comunica por mail a la administración que se pondrá en contacto con ellos la empresa IF, «[…] que son quienes se están encargando de la instalación de sensores de humo en los apartamentos, la adecuación de la red hidráulica y otros temas relativos a la habilitación de Bomberos de la cual me estoy ocupando».

El 3 de diciembre de 2014 CC pregunta a la administración si IF ya se comunicó con ellos. El mismo día la empresa IF comunica a la administración que fue contratada por CC para realizar instalaciones de seguridad en el edificio, que el comienzo de obras está previsto para el 16 de ese mes, y consulta datos para hacer la factura.

Para el comienzo de la tarea CC recaba de todos los copropietarios del edificio información sobre día y hora en que la empresa puede ingresar a cada unidad a hacer las instalaciones.

15. El 10 de diciembre de 2014 se levanta el cuarto intermedio de la asamblea general extraordinaria del 11 de noviembre. CC lleva a la asamblea una carpeta con los presupuestos de IF. Nadie los mira ni consulta. En el acta solo queda consignado: «La comisión aclara que el sensor de humo se pega al techo sin necesidad de picar pared o techo».

Se decide que la cuota extra de $ 10.500 se perpetúe formando parte de los gastos comunes.

Los copropietarios presentes en la asamblea solicitan a CC detalles técnicos sobre el trabajo a realizar. CC envía un informe por correo electrónico a 10 copropietarios.

16. En diciembre la empresa IF envía a la administración factura por USD 3.650,85 correspondiente al «50 % de acopio de materiales según presupuesto», que será abonado por la administración el día 27. El 18 de diciembre envía la factura por el saldo restante (USD 3.650,85), que será abonado por la administración el 6 de febrero de 2015. El 19 de enero de 2015 envía factura por USD 10.957, correspondientes al «50 % del acopio según presupuesto», que se abonará el 12 de febrero.

17. El 15 de diciembre de 2014 la administración informa a CC que IF se presentó a cobrar 50 %, según presupuesto que no tiene. La administración no pide el presupuesto; CC no lo manda.

18. La primera parte de la obra —colocación de sensores en el interior de todas las unidades y panel de control— finaliza el 17 de diciembre de 2014. Solo en una unidad no se pudo colocar el sensor.

El 28 de diciembre de 2014 se realiza en el edificio una reunión entre IF y algunos vecinos (entre ellos CC y AA), para instruir sobre el funcionamiento de los detectores de humo y el resto del sistema instalado.

19. En febrero 2015 se retoman los trabajos, que duran hasta mediados de marzo. Se trata de obra de albañilería, con presencia de varios obreros en el edificio desde las 9 hasta las 17.

Surgen inconvenientes: los caños existentes en los ductos del piso 7 al 1 deben ser sustituidos porque no soportaron la prueba hidráulica (no existe documento de tal prueba) y debe hacerse llegar el agua desde la azotea hasta el garaje. Los caños existentes que debieron cambiarse no llegaban al garaje ubicado en el subsuelo, sino solo hasta el piso 1 (no había conexión de agua ni caños entre el primer piso y el subsuelo). CC decide que IF continúe con la obra. Estos inconvenientes generan tres nuevos presupuestos del 6 de febrero de 2015, por un total de aproximadamente USD 16.000 más. De estos presupuestos CC no informa a los copropietarios.

20. El 2 de marzo de 2015, IF envía a la administración factura por el resto del «presupuesto aprobado» (los de febrero) y el 4 de marzo de 2015 la administración comunica a CC y AA (integrantes de la comisión) que recibió factura por USD 26.798, además de los ya abonados USD 18.258, y que no hay dinero para pagar. Convoca a asamblea extraordinaria grave y urgente para informar.

21. Se celebra la asamblea extraordinaria el 10 de marzo de 2015. La administración aclara que desconocía totalmente el costo de los trabajos. Todos los copropietarios presentes afirman también desconocer el costo de las obras y se cuestiona la actuación de la comisión. AA informa que supo el costo total de las obras con el comunicado de la administración, porque esa tarea no estaba a su cargo.

La comisión presenta renuncia, que no le es aceptada. CC entrega todos los presupuestos a la administración y se vota cuarto intermedio para estudiar los mails y demás comunicaciones entre la empresa IF y CC.

22. El 23 de marzo de 2015 se levanta el cuarto intermedio. CC y AA no asisten a la asamblea, que repudia su ausencia. Se desconoce la deuda con

IF: se afirma que se hizo el trabajo sin consentimiento de la copropiedad ni de la administración. Se designa comisión para revisar el monto adeudado y la forma de pago.

23. El 10 de abril de 2015 se celebra nueva asamblea, en la que la comisión designada a esos efectos informa sobre reuniones mantenidas con los técnicos DJ e IF. La asamblea desconoce la deuda porque no aprobó los presupuestos. Entiende que las responsables del pago a la empresa IF son las integrantes de la comisión CC y AA.

24. No se sigue el trámite de habilitación de Bomberos ni se paga el saldo a la empresa IF. Esta termina la obra de albañilería, pero no pone en funcionamiento el sistema electrónico instalado, debido a la falta de pago.

Consulta

¿Qué normativa regula la gestión de la comisión? ¿Qué alcance tiene la facultad dada a la comisión en asamblea del 22 de julio de 2014? ¿Puede la copropiedad desconocer la obra realizada a su vista y paciencia? ¿Quién es el deudor de la empresa IF?: ¿la copropiedad, las integrantes de la Comisión CC y AA, o solo CC, que contrató con IF?

¿Puede la copropiedad no aceptar la renuncia de las integrantes de la comisión?

¿Cómo se liberan los copropietarios en minoría que reconozcan la obra y quieran abonar su cuota parte para evitar mayores erogaciones por el paso del tiempo, actualización de obligaciones y eventuales daños y perjuicios que reclame la empresa IF?

Opinión de la consultante

Dado que la comisión directiva no es un órgano previsto en el reglamento de copropiedad, que el órgano ejecutor es el administrador (coincide el reglamento con la ley 10751) y que no existe reglamentación interna que regule el funcionamiento ni los cometidos de la comisión directiva, la gestión encomendada a la comisión por la asamblea del 22 de julio de 2014 es, de acuerdo con la definición del artículo 2051, un mandato gratuito (artículo 2052), expreso (artículo 2053), especial (artículo 2054) y absoluto (artículo 2055), dado que no se establecieron límites ni condiciones de especie alguna a la actuación de la comisión. En consecuencia, la copropiedad responde por la obra realizada.

La única condición que se desprendería del texto de lo consignado en acta de asamblea fue la de consultar otros presupuestos para tener opciones, aunque no se estableció quién debía hacerlo.

Igualmente, las tres integrantes de la comisión desde esa asamblea hasta el 11 de noviembre de 2014 procuraron otros presupuestos. CC recibió a tres técnicos para presupuestar la parte de obras y solo uno de ellos, la empresa IF, le entregó un presupuesto por escrito.

CC no los reenvió por mail. Creyó reenviarlos a AA y luego de generado el problema se advirtió que la dirección de correo estaba equivocada. No llegó a la destinataria. Los presupuestos estuvieron a disposición en las distintas asambleas y nadie los miró ni solicitó; tampoco la administración.

Entiendo que se aplica al caso el artículo 2061. El mandato se dio a más de una persona y no se dividió la gestión. La actuación de una sola de las integrantes de la comisión —una sola de las mandatarias—, CC, es válida y obliga al mandante, o sea, a la copropiedad (artículo 2076).

El elevado presupuesto de la obra realizada no permite al mandante desconocer lo que se hizo en su beneficio, a su vista y paciencia y en cumplimiento de las normas de la IMM y la DNB.

Tampoco lo permite el hecho de que CC no se haya asegurado de que llegara la información en forma fehaciente a la copropiedad ni a la administración, dado que en el mandato no se estableció que para resolver debía contar con el aval de los copropietarios.

Coadyuva el hecho de que las facturas por un total de USD 29.215 fueron recibidas por la administración en diciembre y enero, antes de comenzar la obra de mayor envergadura, y abonadas, una en su totalidad y la otra en un 50 %, por lo que entiendo que esa deuda está expresamente reconocida por el administrador, órgano ejecutor, y obliga a la copropiedad.

El hecho de que no haya quedado consignado el monto de la obra en las actas de asambleas, que la administración no lo haya pedido, que ningún copropietario haya mirado la carpeta llevada por CC a la asamblea de diciembre 2014, que los copropietarios no estimaran el elevado costo de la obra que se estaba haciendo y que no hubiera dinero para pagarlo no configura un daño por el cual deba responder CC.

CC cumplió con dar cuenta a la administración de cada gestión y con derivar a ella los pagos que la gestión requirió (artículo 2074 del Código Civil)

AA no es responsable de los eventuales daños que se le reclamen a CC, porque no se pactó la solidaridad entre ambas (artículo 2069).

No es legalmente admisible que no se acepte la renuncia de las mandatarias, por imperio de lo dispuesto por el artículo 2086, numeral 4, y por el 2080.

Los copropietarios que reconozcan la deuda se liberan abonando directamente a IF la cuota parte que les corresponde, con lo que no se verán perjudicados por un eventual juicio contra la copropiedad por el saldo no abonado.

La consultante no ha encontrado informes previos de la Asociación de Escribanos del Uruguay sobre deuda por obra realizada en la copropiedad no reconocida por los copropietarios. Sí sobre quién responde por la reparación y conservación de los bienes comunes, que entiendo se aplican al caso.

Entiende que los caños de alimentación de agua a las bocas de incendio y toda la tecnología asociada y requerida por la Dirección Nacional de

Bomberos son bienes comunes porque refieren a la seguridad del edificio, de acuerdo con lo establecido por el artículo 3 de la ley 10751.

La reparación y alimentación de agua de las bocas de incendio y toda otra exigencia necesaria para la habilitación de Bomberos, requisito previo de la habilitación municipal de la caldera de calefacción, es reparación y conservación de un bien común, a la cual deben contribuir todos los copropietarios, incluidos los cuatro locales comerciales que se encuentran en planta baja y tienen entrada independiente del resto de las unidades.

Informe de la Comisión de Derecho Civil

Según se especifica en el punto 1 de la consulta, se trata de obtener la habilitación de Bomberos de un edificio en propiedad horizontal. Reunida la asamblea de copropietarios el 22 de julio de 2014 a efectos del «análisis y aprobación de presupuesto por habilitación del Bomberos» (punto 4 de la convocatoria), la consultante consigna que en el acta labrada se establece:

> Se presenta el presupuesto de la empresa G. Se decide obtener más presupuestos para tener opciones. Se mociona continuar con la cuota extra para solventar el gasto de la habilitación de Bomberos por nueve cuotas más. Se aprueba por mayoría.
>
> Se mociona facultar a la Comisión Directiva a resolver sobre los presupuestos y decidir la contratación del servicio. Se aprueba por mayoría.

En el punto 4 de la consulta se dice que en reunión de la comisión el 31 de julio de 2014 se puso en conocimiento de dos presupuestos de la empresa EG y se esperaría a otro técnico para que proporcionara un nuevo presupuesto. Este no asistió y hubo inspección de otro técnico, el que luego no presentó presupuesto (punto 6).

Uno de los integrantes de la comisión quedó a cargo de las tareas de habilitación referidas y contrató al técnico DJ para que se encargara de la parte administrativa de dicha obtención, por un presupuesto menor que el presentado por la empresa EG. DJ recomendó a otros técnicos para la parte de obras, prueba hidráulica y demás. Dichos técnicos advirtieron que las mangueras no tenían agua, por lo que se requería hacer obras.

El 14 de noviembre de 2014 se reunió la asamblea extraordinaria. La consultante manifiesta que en el acta solo se estableció: «Se plantea e informa las acciones actuadas para concretar la habilitación de Bomberos», y que en la misma asamblea una de las tres integrantes de la comisión renunció al cargo. La integrante de la comisión encargada de la habilitación dice haber informado a la asamblea del costo aproximado de las obras, lo que niegan los copropietarios y solo afirman ella y la restante miembro.

En el punto 13 se manifiesta que el encargado de la habilitación se reunió con distintos técnicos para evaluar y presupuestar las obras a realizar, que recibió de IF dos presupuestos por distintos aspectos de la obra y que se decidió por esta empresa.

El administrador realizó pagos a IF ante la presentación de facturas por parte de la empresa. Se dice que el administrador desconocía los presupuestos.

Surgieron inconvenientes porque los caños no resistieron la prueba hidráulica y hubo que cambiarlos; además, dado que estos llegaban solo al primer piso, era necesario extenderlos hasta el subsuelo. El integrante encargado decidió que la empresa IF continuara con los trabajos, lo que dio lugar a tres nuevos presupuestos de los que no informó a los copropietarios.

El administrador recibió facturas por estos últimos presupuestos e informó a las integrantes de la comisión que carecía de fondos para pagarlas.

Por tal motivo se celebró asamblea extraordinaria el 13 de marzo de 2015. El administrador informó que desconocía totalmente el costo de los trabajos. Lo mismo afirmaron los propietarios asistentes a la reunión, quienes cuestionaron a la comisión directiva. El miembro integrante no responsable de la habilitación de Bomberos manifestó que había sabido del costo de las obras por el comunicado de la administración, porque esa tarea no estaba a su cargo. La comisión presentó renuncia, que no le fue aceptada. El encargado de la obra entregó los presupuestos y se votó cuarto intermedio para estudiar los mails y demás comunicaciones entre la empresa IF y el integrante encargado (punto 21).

Levantado el cuarto intermedio, las integrantes de la comisión no asistieron a la asamblea. Los copropietarios desconocieron la deuda por no haber sido aprobada por la asamblea, y entendieron que las responsables del pago eran las dos integrantes de la comisión. Las obras se paralizaron por falta de pago.

Informe

Ante los hechos relacionados procedemos a responder las consultas planteadas por la colega:

1. ¿Qué normativa regula la gestión de la Comisión?

Expresa Julio Ramos Olivera que la *comisión directiva,* también llamada *comisión administradora,* de acuerdo con la opinión de Racciatti:

> […] es una especie se auxiliar de administración no previsto por la ley que ocupa un lugar intermedio o de enlace entre la asamblea y el administrador. O sea que cumple funciones de asesoramiento al Administrador o a las asambleas, sin poderes de representación ante terceros.

Y luego distingue el administrador de la comisión directiva, diciendo:

> […] el administrador es el representante legal del consorcio, y sus relaciones obligan y son vinculantes para éste; la Comisión Directiva es un órgano de controlar y vigilancia, asesora y recomienda, pero no resuelve.[157]

De modo que, en principio, la comisión directiva no tiene poder para representar al conjunto de copropietarios.

157 Ramos Olivera, Julio. *Manual práctico de propiedad horizontal.* 7.ª ed. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2012, pp. 103-104.

Sin embargo, en el caso planteado la asamblea de copropietarios, el 22 de julio de 2014, facultó expresamente a la comisión directiva para resolver sobre los presupuestos y decidir la contratación del servicio. Esta autorización es un apoderamiento a la comisión para resolver el presupuesto y contratar el servicio para el conjunto de copropietarios; por tanto, la gestión de la comisión se regula por las normas del mandato civil, dispuestas en los artículos 2051 y siguientes del Código Civil.

2. ¿Qué alcance tiene la facultad dada a la comisión en la asamblea de 22 de julio de 2014?

La facultad dada a la comisión directiva para resolver sobre los presupuestos y decidir la contratación del servicio tiene el alcance de una autorización, que implica un apoderamiento por parte de la asamblea de copropietarios a la comisión para resolver el presupuesto y contratar el servicio para el conjunto de copropietarios.

3. ¿Puede la copropiedad desconocer la obra realizada a su vista y paciencia? ¿Quién es el deudor de la empresa IF?: ¿la copropiedad los integrantes de la comisión CC y AA, o solo CC, que contrató con IF?

La copropiedad autorizó a la comisión directiva como órgano para resolver el presupuesto y contratar el servicio, y no a dos o más mandatarios individuales sin dividir la gestión. Por ello, entendemos que con la expresión *comisión directiva* se confiere una autorización para actuar en forma conjunta que, de manera indirecta, implica una prohibición de obrar separadamente (artículo 2061 del Código Civil). Por ello, la actuación individual sería ineficaz.

Sin embargo, la copropiedad, incluido el restante integrante de la comisión, no puede desconocer la obra realizada a su vista y paciencia, en especial cuando a través de la administradora, según surge de la relación de hechos, se efectuaron sucesivos pagos, los cuales deben haber surgido de la liquidación mensual de los gastos comunes. Todos esos actos operan como una ratificación tácita (artículo 1255 del Código Civil) de la contratación realizada en su nombre, por uno de los directores, con la empresa IF.

Esa ratificación implica aprobar el acto de la contratación, en nombre de la copropiedad, realizada por un solo integrante del directorio, y que esa contratación produzca efectos. En consecuencia, la copropiedad es la deudora de la empresa IF.

Deberá analizarse la conducta de los mandatarios (miembros de la comisión) de acuerdo con los artículos 2064 y siguientes del Código Civil, y, en virtud de ello, aprobar o no la gestión. Los integrantes de la comisión tendrán que rendir cuentas de la gestión realizada, y las eventuales discrepancias deberán ser resueltas en la vía judicial, así como también las eventuales responsabilidades que dicha gestión haya generado. No es competencia de esta comisión manifestarse al respecto.

Solo expresamos que se deberá tener presente que las obras a realizarse involucraban la seguridad del edificio, por lo cual la necesidad y la urgencia de realizarlas pueden haber llevado a que la integrante de la comisión directiva que actuó individualmente se encontrara en la situación prevista en los artículos 1309 y siguientes del Código Civil.

4. ¿Puede la copropiedad no aceptar la renuncia de los integrantes de la comisión?

La respuesta es negativa. No se puede obligar a sujeto alguno a continuar ejerciendo una función que no quiere realizar, más allá de las responsabilidades que sobre ella puedan recaer por lo ya hecho, de las cuales tendrá que responder en caso de que se comprueben.

5. ¿Cómo se liberan los copropietarios en minoría que reconozcan la obra y quieran abonar su cuota parte para evitar mayores erogaciones por el paso del tiempo, actualización de obligaciones, eventuales daños y perjuicios que reclame la empresa IF?

Entendemos que los copropietarios que en minoría reconozcan la obra y quieran abonar la parte que a cada uno corresponda solo podrán hacerlo mediante un acuerdo con la empresa proveedora del servicio.

Conclusiones

1. La copropiedad es la deudora de la empresa IF. Los integrantes de la comisión deberán rendir cuentas de la gestión realizada y, si existen discrepancias, estas deberán ser resueltas en la vía judicial, así como también las eventuales responsabilidades que dicha gestión haya generado. No es competencia de esta comisión manifestarse al respecto.

2. No es posible no aceptar la renuncia de los integrantes de la comisión directiva.

3. La liberación en forma individual de las sumas adeudadas por los copropietarios conforme a la proporción que a cada uno corresponda solo es posible por acuerdo con el acreedor.

Escs. Juan Pablo Villar
y Mildred Secondo
Informantes

Montevideo, 8 de diciembre de 2015. La Comisión de Derecho Civil, integrada por los escribanos Américo Bianchi, Miguel Burdín, María del Carmen Cabrera, Alicia Cancela, María Inés Casatroja, Daniella Cianciarulo, Stefania Della Mea, Gabriela Di Matteo, Gustavo Echavarría, Adriana Goldberg, Alicia González Bilche, Mariana González Bonaudi, Carlos Groisman, María Paola Igoa, Mónica Jover, María del Rosario Marchese, Maximiliano Mauri, Roque Molla, Margarita Puertollano, María Ritacco, Virginia Rodríguez Zabala, Estela Sarachu, Mildred Secondo, Diego Seré, Adriana Silva, Mariela Spagnolo, Verónica Ubillos, María Beatriz Vázquez y Juan Pablo Villar, aprueba el informe que antecede.

Escs. Roque Molla y Juan Pablo Villar
Coordinadores

Aprobado por la Comisión Directiva Nacional de la AEU el 22 de diciembre de 2015. Expediente 870/2015.

MANDATO. SOLEMNIDAD. REPRESENTACIÓN. EFICACIA

Resumen

La titulación no es observable, ya que cualquier duda sobre la eficacia del negocio otorgado en 1970 fue disipada por el artículo 291 de la ley 18362. Este es eficaz sin necesidad de ratificación.

Informe: Civil

Consulta

Hechos

1. Por escritura de *disolución de sociedad, partición y adjudicación de sociedad anónima de gestiones e inversiones* que autorizó el escribano M el 16 de noviembre de 1970, cuya primera copia fue inscripta en el Registro de Traslaciones de Dominio el 2 de mayo de 1971, se adjudicó a la señora CS, entre otros inmuebles, los padrones …1 y …2, fracciones 7 y 8. En la cláusula décima de dicha escritura se establece:

> Presente en este acto, el señor DA, oriental, mayor de edad, estado soltero, domiciliado en esta ciudad y de mi conocimiento, impuesto de esta escritura, la acepta en todas y cada una de sus partes, a nombre, beneficio y utilidad de cada uno de los adjudicatarios nombrados en la presente, y por los cuales se encuentra suficientemente facultado a todos estos efectos, según sendas cartas-autorizaciones que se me exhiben, rubrico y agrego a cada una de las copias que para dichos adjudicatarios expida de la presente; quedando advertido de que esta escritura debe ser ratificada oportunamente por cada uno de los expresados adjudicatarios: ratificación que por la presente efectúa además, el señor EA, actuando a título personal.

2. Por escritura que autorizó el escribano H el 29 de abril de 1977, cuya primera copia fue inscripta en el Registro de Traslaciones de Dominio, se ratificó la escritura de adjudicación relacionada precedentemente por los adjudicatarios, a excepción de LF, Y SA, JC, EF y SB.

3. Por escritura que autorizó el escribano D el 30 de diciembre de 1987, cuya primera copia fue inscripta el 14 de enero de 1988 en el Registro de Traslaciones de Dominio, los cónyuges CS y RA enajenaron a favor de JC el padrón …1, solar 7.

4. Por escritura autorizada por el escribano D el 30 de diciembre de 1987, CS y RA enajenaron a favor de GB el padrón …2, fracción 8.

5. Por escrituras autorizadas por el escribano T el 5 de diciembre de 2005, se enajenaron a favor de F SA los bienes: a) padrón …1, por los cónyuges AL y GB el 8 de diciembre de 2005; b) padrón …2 por los cónyuges JC y

AH, el 8 de diciembre de 2005. Los referidos padrones fueron fusionados, de lo que surgió su número actual, …4.

Observaciones

La profesional de un eventual adquirente del bien observó la titulación en estos términos:

> Se observó la documentación referente al padrón …4 ya que del estudio de la misma se concluyó que: la escritura de disolución, partición y adjudicación del 15 de noviembre de 1970 (antecedente dominial del padrón de referencia), es absolutamente nula pues no contó con el consentimiento de los adjudicatarios que recibían los bienes, y la ratificación posterior del 29 de abril de 1977 fue realizada solo por parte de los copartientes. Pero de todas formas dicha ratificación parcial sería ineficaz pues no es posible ratificar un acto absolutamente nulo.

Consulta

Se consulta si es observable la titulación del bien y, específicamente, la escritura de disolución y adjudicación autorizada por el escribano M el 16 de noviembre de 1970 y la escritura de ratificación autorizada por el escribano H el 29 de abril de 1977.

Opinión del consultante

De la cláusula décima de la escritura de disolución y adjudicación surge que compareció el señor DA, el que impuesto del contenido de esta escritura lo aceptó en todas y cada una de sus partes, a nombre y beneficio y utilidad de cada uno de los adjudicatarios, nombrados en ella.

Los adjudicatarios comparecieron por un representante común. El consentimiento fue prestado en la propia escritura, de cuyo texto surge que el representante exhibió sendas cartas-autorizaciones. El consultante opina que la escritura referida no es nula, dado que la comparecencia de una persona invocando la representación de los adjudicatarios es suficiente prueba del consentimiento de estos. Además, como surge de los antecedentes, los adjudicatarios enajenaron los padrones …1 y …2, con lo que ratificaron su condición de propietarios de dichos bienes.

Los adjudicatarios ratificaron la adjudicación que se les efectuó, por escritura autorizada por el escribano H del 29 de abril de 1977, la que a juicio del consultante no es nula, en razón de que tampoco lo era la escritura del escribano M referida.

El hecho de que a la ratificación no hayan comparecido todos los adjudicatarios no la invalida, porque lo que se está ratificando es cada adjudicación realizada por la sociedad en disolución a cada adjudicatario. O sea que, si se juzga como necesaria una ratificación, la que se efectuó es válida para quienes ratificaron y respecto de los bienes que a cada uno de los ratificantes se adjudicaron.

Otro elemento a tener en cuenta es que en 1987 ambos padrones fueron enajenados por los adjudicatarios a un adquirente de buena fe y con justo título.

Por las razones expuestas se considera que la escritura de disolución y adjudicación referida no es observable y, en consecuencia, la titulación de los bienes citados no merece observaciones.

Informe de la Comisión de Derecho Civil

Como surge de la cláusula décima de la escritura de disolución de sociedad, partición y adjudicación autorizada por el escribano M el 16 de noviembre de 1970, DA la aceptó en todas y cada una de sus partes, a nombre, beneficio y utilidad de cada uno de los adjudicatarios nombrados en ella, y por los cuales se encontraba suficientemente facultado a todos sus efectos, según sendas cartas-autorizaciones que se exhibieron, rubricaron y agregaron a cada una de las copias que para los adjudicatarios se expidieran de esa escritura, y DA quedó advertido de que esa escritura debía ser ratificada oportunamente por cada uno de los adjudicatarios, ratificación que efectuó EA por actuar a título personal.

Por escritura que autorizó el escribano H el 29 de abril de 1977 se ratificó la escritura de adjudicación de 1970 por CS y RA (quienes en la primera instancia habían comparecido por un representante común). Estos procedieron posteriormente a enajenar los inmuebles padrones …1 y …2 (fusionados en el padrón …4) por escrituras autorizadas por el escribano D el 30 de diciembre de 1987.

Dice el Código Civil en su artículo 1255:

> […] el contrato celebrado a nombre de otro por quien no tenga su representación voluntaria o legal, será nulo; a no ser que lo ratifique la persona a cuyo nombre se haga.

Y en su artículo 1264 sostiene:

> […] si el contrato fuese solemne solo se considerará perfecto después de llenadas las formas especialmente requeridas por la ley. Mientras esas formas no hayan sido llenadas, cualquiera de las partes puede arrepentirse y dejar sin efecto el contrato.

Antes de la vigencia del artículo 291 de la ley 18362, la doctrina nacional discutía si el negocio de apoderamiento para celebrar un negocio de gestión solemne debía cumplir o no con alguna forma en especial.

Se distinguían tres posiciones: 1) que el poder debía revestir la misma forma que el negocio de gestión; 2) que el poder debía otorgarse en escritura pública o documento privado con firmas certificadas y fecha cierta,[158]

158 Molla Camacho, Roque. Asociación de Escribanos del Uruguay. Comisión de Derecho Civil. «Mandato otorgado en el extranjero». *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay,* jul.-dic. 2004, tomo 90, n.os 7-12, pp. 226.

y 3) que la forma era libre porque la ley no había determinado una forma específica y no hay solemnidad sin ley que lo establezca.[159]

La falta de unanimidad sobre el tema produjo que en la práctica, cuando se actuaba con un poder que no cumplía con las formalidades a que estaba sometido el negocio de gestión, con frecuencia se solicitaba al representado que ratificara el negocio, y de esa manera se disipaba cualquier duda al respecto.

Ello explica que en el caso planteado, pese a que se expresa que el apoderado se encontraba suficientemente facultado a todos sus efectos, según sendas cartas-autorizaciones que se exhibieron, se advirtiera que los representados debían ratificarla.

La ley 18362 puso fin al conflicto. El inciso 1.º del artículo 291 lo resolvió hacia el futuro estableciendo una solemnidad alternativa. Dicho inciso dispone:

> El negocio de apoderamiento para negocio de gestión solemne deberá otorgarse indistintamente por escritura pública o por documento privado con firmas certificadas notarialmente.

A su vez, el último inciso del mismo artículo resuelve el conflicto hacia el pasado al disponer:

> Los actos celebrados con anterioridad a la entrada en vigencia de este artículo son eficaces aunque el poder utilizado, incluyendo los verbales, no se hubiere otorgado con la solemnidad requerida.

Aplicando el mencionado artículo, podemos concluir que la partición otorgada en 1970 es eficaz, aunque el poder utilizado se haya otorgado en documento privado sin firmas certificadas, esto es, sin cumplir con la solemnidad requerida por la ley 18362. Se aclara además que la ratificación no fue establecida como una condición, sino como una advertencia, de acuerdo con lo que era de estilo en la época en que se otorgó el negocio.

Conclusión

Se concluye que la titulación no es observable, ya que cualquier duda sobre la eficacia del negocio otorgado en 1970 fue disipada por la ley 18362. El negocio es eficaz sin necesidad de ratificación.

Esc. Maximiliano Mauri Vidal
Informante

Montevideo, 17 de noviembre de 2015. La Comisión de Derecho Civil,

159 Posición sostenida por Caumont, Arturo; Mariño López, Andrés. «Consensualidad del mandato con representación para celebrar negocio solemne: inviabilidad del trasvasamiento intercontractual de la solemnidad en razón de su función». *Anuario de derecho civil uruguayo,* 1984, tomo 15, pp. 96-102.

integrada por los escribanos Américo Bianchi, Miguel Burdín, Daniella Cianciarulo, Gustavo Echavarría, Adriana Goldberg, Mariana González Bonaudi, Carlos Groisman, María Paola Igoa, Adriana Inciarte, Mónica Jover, Maximiliano Mauri, Roque Molla, Javier Parga, Margarita Puertollano, María Ritacco, Virginia Rodríguez Zabala, Diego Seré, Adriana Silva, Gonzalo Trobo, Verónica Ubillos y Juan Pablo Villar, aprueba el informe que antecede.

Escs. Roque Molla y Juan Pablo Villar
Coordinadores

Aprobado por la Comisión Directiva Nacional de la AEU el 22 de diciembre de 2015. Expediente 989/2015.

ESCRITURA JUDICIAL. PROMESA DE COMPRAVENTA. PROMESA DE ENAJENACIÓN DE INMUEBLES A PLAZOS

Resumen

Nos encontramos ante una situación jurídica amparada por las leyes 13524 y 14057. Habiendo sido inscripto el acto, obtuvo el amparo de la ley 8733, y es procedente su escrituración forzada en la vía monitoria prevista por el CGP.

Informe: Registral

Consulta

Antecedentes

26 de diciembre de 1958. RR se compromete a comprar el solar …4 de la manzana … del balneario …, por intermedio de OCP.

> Esta compra queda supeditada a la firma del Compromiso de Compra-Venta que, de acuerdo con la ley de 17 de junio de 1931, se obligan a suscribir los promitentes vendedores y el promitente comprador dentro de los noventa días de la fecha.

Suscriben el contrato el representante de OCP y RR.

27 de mayo de 1959. Cesión entre RR y RJ, efectuada por endoso (tal como preveía para las promesas el artículo 35 de la ley 8733).[160]

160 «El compromiso de enajenación a plazo es transferible por el endoso escrito a continuación, al margen o al dorso del instrumento inscripto, que deberá practicarse con los requisitos exigidos por el artículo 3.º y con las enunciaciones de los incisos A y B del artículo 4.º».

25 de julio de 1972. La escribana S expide un certificado notarial donde, a los efectos de la inscripción del contrato indicado, refiere las circunstancias exigidas por la ley 13524. Se inscribe en el Registro de Promesas el 26 de julio de 1972 (dentro del plazo de prórroga establecido por el artículo 51 de la ley 14057).

19 de octubre de 2009. Nueva inscripción del negocio de estos obrados en el Registro de la Propiedad, de acuerdo con la ley 16323.

16 de diciembre de 2009. Cesión entre LJ o Y (sucesora de RJ) y CP. Se inscribe en el Registro de la Propiedad.

Consulta

El Juzgado de Paz Departamental de la Capital de … Turno consulta sobre la admisibilidad de la escrituración forzada, «teniendo presente que la documentación adjunta en autos no refiere a un documento privado con firmas certificadas de promesa de compraventa de inmuebles a plazo, sino que es un documento por el cual las partes se obligan a celebrar un compromiso de compraventa […] sin perjuicio de que el respectivo Registro lo inscribió al amparo de la ley 1632 [sic] con carácter de promesa».

La Oficina Actuaria plantea que: a) no se establece a quién representa OCP; b) no surge el estado civil del promitente comprador, y c) que el documento glosado no constituye promesa de compraventa.

Normativa aplicable

Ley 13524, de 19 de octubre de 1966.

> Artículo 2. Otórgase un plazo de ciento ochenta días a partir de la fecha de la publicación de la presente ley, para que los titulares de promesas de ventas a plazos, o ventas de contado con plazo de escrituración, diferido, incluso de aquellos que han pagado totalmente el precio, expedidas por la Industrial Francisco Piria SA, Málaga SA, Alarcle SA, Dorica SA, Nifisa SA, Surmex S. A., Parnaso SA, Dylmar SA, Cominium SA, Lexington SA, Anabó SA, Nurse SA, Bonus SA, Densa SA, Banco Atlántico, Banco Uruguayo de Administración y Crédito y Banco Transatlántico del Uruguay, no inscriptas y cuya fecha anterior al 30 de abril de 1965, resultare comprobada mediante certificación notarial o contable con expresa remisión a recibos de pago de cuotas, escrituración o asiento en libros rubricados, u otro elemento similar a juicio y bajo la responsabilidad del certificante, soliciten la inscripción de las mencionadas promesas en el registro correspondiente. A tales efectos y a petición de parte, se decretará el levantamiento total o parcial de los embargos que afecten al padrón sobre el que recaiga la promesa de compraventa que se pretenda inscribir, siempre que los mismos sean posteriores a la fecha comprobada […].
>
> Artículo 3. Dentro del mismo plazo y en las mismas condiciones del artículo precedente, se podrá solicitar la inscripción de todo compromiso de enajenación de inmuebles a plazos que no hayan sido inscriptos *por omisión de los vendedores, de documentar el mismo* de acuerdo con *las exigencias de la ley N.º 8.733* de 17 de junio de 1931.

> Artículo 4. Los gravámenes hipotecarios o embargos cualquiera sea su causa, a favor de institución bancarias, inmobiliarias o financieras intervenidas, en liquidación, concordato o moratoria, sobre inmuebles prometidos en venta, no obstarán a la escrituración definitiva de las respectivas promesas de compra-venta firmadas con anterioridad a la fecha de la intervención, liquidación o concordato o moratoria siempre que las mismas hayan sido debidamente inscriptas en cualquier tiempo […].

Ley 14057, de 3 de febrero de 1972.

> Artículo 51. Establécese un nuevo período de ciento ochenta (180) días a partir de la fecha de publicación de la presente ley, para que los titulares de promesas de venta a plazo o ventas de contado con plazo de escrituración diferido puedan acogerse al régimen de la ley N.º 13524, de 19 de octubre de 1966.
>
> Artículo 69. Otórgase un plazo de sesenta días a partir de la fecha de la publicación de la presente ley, para que los titulares de promesas de ventas a plazos, o ventas de contado con plazo de escrituración, diferido, incluso de aquellos que han pagado totalmente el precio, expedidas por la Industrial Francisco Piria SA, Málaga SA, Alarcle SA, Dorica SA, Nifisa SA, Surmes SA, Parnaso SA, Dylmar SA, Cominium SA, Lexington Sociedad Anónima, Anabó SA, Nurse SA, Bonus Sociedad Anónima, Densa SA, Banco Atlántico, Banco Uruguayo de Administración y Crédito y Banco Transatlántico del Uruguay, no inscriptas y cuya fecha anterior al 30 de abril de 1965, resultare comprobada mediante certificación notarial o contable con expresa remisión a recibos de pagos en cuotas, escrituración o asiento en libros rubricados, u otro elemento similar a juicio y bajo la responsabilidad del certificante, soliciten la inscripción de las mencionadas promesas en el registro correspondiente. A tales efectos y a petición de parte, se decretará el levantamiento total o parcial de los embargos que afecten al padrón sobre el que recaiga la promesa de compraventa que se pretenda inscribir, siempre que los mismos sean posteriores a la fecha comprobada […].
>
> Artículo 70. Dentro del mismo plazo y en las mismas condiciones del artículo precedente, se podrá solicitar la inscripción de todo compromiso de enajenación de inmuebles a plazos que no hayan sido inscriptos *por omisión de los vendedores, de documentar el mismo* de acuerdo con *las exigencias de la ley N.º 8733,* de 17 de junio de 1931.

Informe de la Comisión de Derecho Registral y Técnicas Notariales

El documento que da origen a la consulta, verdadero contrato de adhesión, fue suscrito el 26 de diciembre de 1958. No constan enajenantes o propietarios, sino que el negocio se otorga por RR (promitente comprador) y OCP (quien asume la representación de los vendedores). El instrumento refiere obligaciones «de la parte vendedora» y «de la parte compradora».

Se pactó expresamente, por aditiva mecanografiada, la obligación de los otorgantes de celebrar un compromiso que cumpliera las condiciones exigi-

das por la ley 8733, el que para ser admisible registralmente debía cumplir los múltiples requisitos de los artículos 3 y 4 de dicha norma.[161]

Entendemos que estamos frente a un negocio bilateral, donde para ambas partes contratantes nacen obligaciones que tienen el carácter de interdependientes.

Una parte reservó para comprar un solar inmueble, por determinado precio, pagadero en el lugar que indica la otra parte. Esta suscribió y obligó a los propietarios (a quienes representaba, de acuerdo con el

161 «Artículo 3. Tratándose de documento privado, se extenderá en triple ejemplar, uno para cada parte y otro destinado al Registro. Se autenticará el otorgamiento por acta o certificación notarial, que se extenderá, a continuación de cada documento. Si alguno de los contratantes no supiera o no pudiera firmar, se hará constar esa circunstancia (inciso 1.º del artículo 1585 del Código Civil). En todos los casos, el escribano se asegurará de la identidad de las partes y dará fe del otorgamiento (artículo 65, inciso 8.º del decreto-ley de 31 de diciembre de 1878). El instrumento, con los requisitos indicados, producirá los efectos establecidos en los artículos 1581 y 1586 del Código Civil».
«Artículo 4. El instrumento deberá contener esencialmente:
»A) Nombre, apellido o apellidos, domicilio, nacionalidad, estado, edad y profesión de los contratantes.
»B) Lugar y fecha del otorgamiento.
»C) La ubicación y descripción del bien, individualizado con referencias precisas a plano aprobado por la autoridad competente e inscripto en la Dirección de Topografía o Concejo Departamental correspondiente, número de padrón, linderos o predios linderos y superficie.
»D) La prestación a que se obliga el adquirente, con especificación del número e importe de cada una de las cuotas, fecha de vencimiento y lugar donde debe verificarse la paga.
»E) La cantidad inicial como anticipo del precio o arras (Artículo 1665 del Código Civil).
»F) El tipo de descuento a que tendrá derecho el comprador por los anticipos o cancelación total antes del plazo fijado, el que no podrá ser menor que el indicado en el artículo 36.
»G) Si el bien tiene o no mejoras, y los derechos que correspondan a las partes sobre las que se ejecuten durante el contrato, para el caso de resolución.
»H) La cláusula penal o estimación de los perjuicios, para el caso de incumplimiento.
»I) La declaración jurada de no tener ningún gravamen en o contra del bien, ni ocupante a ningún título, embargo ni interdicción contra el enajenante, o, en cualquier caso afirmativo, la expresa aceptación por el adquirente o la constancia del acuerdo con el acreedor sobre la forma de oportuna liberación.
»J) La forma en que se documentará el pago de las cuotas y el lugar señalado para el otorgamiento de la traslación de dominio.
»K) El tipo de interés moratorio por las cuotas impagas, que no podrá exceder en más de un tercio al del descuento convencional o legal (artículo 36).
»L) A cargo de qué parte estará el pago de los impuestos que graven directamente el bien, el de las obras sanitarias, de higiene, vialidad o de ornato que impongan las autoridades nacionales o municipales y el de los arrimos cuyo pago sea obligatorio después de firmada la promesa de enajenación.
»M) La referencia precisa al origen inmediato del bien o sea el modo o título adquisitivo del enajenante.
»N) El funcionario o escribano que intervenga, dejará constancia de que las partes conocen las disposiciones de esta ley».

certificado posterior de 1972) a otorgar una promesa con los múltiples requisitos de la ley.

Para interpretar este documento, debemos tener en cuenta que fue redactado por el representante de los propietarios mediante un llamado «boleto de compra», de acuerdo con una práctica habitual y extendida en la época para la comercialización de fraccionamientos en zonas balnearias. Especialmente deben tenerse presentes los artículos del Código Civil sobre interpretación de los contratos.[162]

Las cláusulas susceptibles de dos sentidos deben interpretarse a favor de la validez del contrato, a su naturaleza y a las reglas de la equidad. Los hechos posteriores de los contrayentes servirán para explicar la intención de las partes, y las cláusulas ambiguas deben interpretarse por el uso y costumbre en el lugar del contrato.

Dicho esto, en las condiciones que presentaba el documento en el momento de ser otorgado, no era admisible su registración. Ello lo dejaba fuera del amparo de las previsiones de la ley 8733, y el adquirente estaba expuesto a las vicisitudes que pudieran acaecer a la parte enajenante.

Legislación excepcional —tal las leyes 13524, 14057 y 15503— vino a sanear esas situaciones jurídicas no registradas, permitiendo incluso que estas postergaran a embargos anteriores. Contrariaba principios registrales como el de prioridad, para ingresar todos esos negocios al Registro, habilitando la posibilidad de la escrituración forzada.[163]

Gran parte del balneario … estaba en situación similar a la del presente caso. Las leyes referidas vinieron a dar una salida para esas situaciones,

162 «Artículo 1300. Las cláusulas susceptibles de dos sentidos, de uno de los cuales resultare la validez y del otro la nulidad del acto, deben entenderse en el primero.
»Si ambos dieren igualmente validez al acto, deben tomarse en el sentido que más convenga a la naturaleza del contrato y a las reglas de la equidad».
«Artículo 1301. Los hechos de los contrayentes, posteriores al contrato, que tengan relación con lo que se discute, servirán para explicar la intención de las partes al tiempo de celebrar el contrato».
«Artículo 1302. Las cláusulas ambiguas se interpretan por lo que es de uso y costumbre en el lugar del contrato».
«Artículo 1303. Las cláusulas de uso común deben suplirse en los contratos, aun cuando no se hallen expresadas en ellos».
«Artículo 1304. En los casos dudosos que no puedan resolverse según las bases establecidas, las cláusulas ambiguas deben interpretarse a favor del deudor.
»Pero las cláusulas ambiguas que hayan sido extendidas o dictadas por una de las partes, sea acreedora o deudora, se interpretarán contra ella, siempre que la ambigüedad provenga de su falta de explicación».

163 En el mismo sentido, un proyecto de ley presentado por diputados de Canelones en 1992, de autoría del representante nacional Marcos Carámbula, se remite a esas leyes. Según la exposición de motivos, el proyecto pretendía solucionar la situación de promitentes compradores con promesas caducas, y de aquellos casos en que estas nunca se formalizaron, incluyendo boletos de reserva señados, asientos en libros contables con fecha comprobada certificada por escribano o contador, acompañados con un certificado de embargos. Si estos surgían, el escribano debía descartarlos, y en caso de conflicto era competente para resolverlo la Dirección General de Registros.

porque instituciones bancarias que administraban fraccionamientos quebraron en el crack bancario de 1965, y, para solucionar los problemas ocasionados por la ausencia de compromisos de compraventa de acuerdo con la ley 8733, el legislador habilitó la inscripción en el Registro con un certificado notarial. La registración, con la aplicación del régimen de la Ley de Promesas, habilita el derecho a pedir la escrituración forzada.

En definitiva, en 1966 la ley 13524, para todos los negocios como el de estos obrados, que no pudieron oportunamente acceder a la protección del derecho real que brinda el Registro, permitió excepcionalmente que fueran inscriptos, cumpliendo una serie de condiciones. Posteriormente, en 1972, la Ley de Rendición de Cuentas 14057 otorgó un nuevo plazo para acogerse a los beneficios de la ley antes indicada.

La carga de la prueba de los extremos requeridos fue trasladada a «certificación notarial o contable». En el caso de este expediente, por certificado notarial del 25 de julio de 1972, la escribana S estableció que OCP, en representación de los titulares del bien relacionado, prometió vender, y certificó que: a) de la documentación que tuvo presente, la fecha comprobada del negocio es 26 de diciembre de 1958 (anterior al 30 de abril de 1965); b) estaba pagada la contribución inmobiliaria, y c) el precio de la promesa estaba totalmente integrado.

Respecto al negocio de apoderamiento, recordamos que, en virtud de la ley 18362, fueron declarados eficaces incluso los negocios donde se hubiera actuado con poderes verbales anteriores a esta norma.[164]

Entendemos que, aunque la escribana en el primer punto no usa el término «certifico», está aseverando algo de su conocimiento, y estamos en presencia de un certificado notarial, expedido al amparo del Reglamento Notarial, acordada 4716, vigente en ese tiempo (artículos 199 y 200), instrumento público de acuerdo con el artículo 1574 del Código Civil.

El llamado «boleto» de 1958 contiene un negocio bilateral donde ambas partes, enajenante (mediante su representante para comercializar el fraccionamiento) y adquirente, se obligan a otorgar otro documento que

164 «Artículo 291. El negocio de apoderamiento para negocio de gestión solemne deberá otorgarse indistintamente por escritura pública o por documento privado con firmas certificadas notarialmente.
»Aquellos poderes que confieren facultades para otorgar negocios jurídicos solemnes y los registrables, que se otorguen por documento privado con firmas certificadas deberán ser protocolizados en forma previa o simultánea a su utilización.
»Si se omiten los requisitos a que refiere el inciso primero, el negocio de gestión será válido, pero ineficaz.
»El registro no inscribirá negocios jurídicos en los que se haya actuado invocando poderes otorgados por documento privado con firmas certificadas hasta tanto no se acredite notarialmente su protocolización […].
»Los actos celebrados con anterioridad a la entrada en vigencia de este artículo son eficaces aunque el poder utilizado, incluyendo los verbales, no se hubiere otorgado con la solemnidad requerida. Se exceptúan aquellos casos en los cuales haya recaído sentencia firme».

cumpla los requisitos de la ley 8733. Entendemos —usando las palabras de las leyes 13524 y 14057— que esto no fue posible por omisión de los vendedores (por el artículo 48 de la ley 8733, la obligación de inscribir las promesas era de su parte,[165] sin perjuicio de la posibilidad de que fuera efectuada por el adquirente).

La omisión en cumplir las obligaciones pactadas en el documento de 1958 impidió en la oportunidad el acceso al sistema registral. De acuerdo con el texto legal, por la omisión de los vendedores de documentar el negocio según las exigencias de la ley 8733, nos encontramos ante la situación de un documento que, sin ser una promesa típica de la ley, pudo registrarse.

El caso encarta en las previsiones del artículo 3 de la ley 13524:

> […] se podrá solicitar la inscripción de todo compromiso de enajenación de inmuebles a plazos que no hayan sido inscriptos por omisión de los vendedores, de documentar el mismo de acuerdo con las exigencias de la ley N.º 8733 de 17 de junio de 1931.

A partir de su ingreso al Registro, desplegó los efectos de la inscripción, incluido obviamente el derecho a solicitar escrituración forzada en proceso monitorio.

En cuanto al estado civil del promitente comprador original, la posterior cesión de 2009 refiere que era soltero. Planteando distintos escenarios, puede pensarse que, aun cuando fuera casado y se tratara de un bien ganancial, los derechos emergentes del «boleto» podían ser transmitidos sin requerir consentimiento conyugal, por cuanto eran de naturaleza mueble. Si se consideraran de naturaleza inmueble, podría plantearse una situación de inoponibilidad a la cónyuge, pero de ninguna manera ello obstaría a la escrituración forzada. Y si tales derechos hubieran entrado en una indivisión poscomunitaria, la cesión habría alcanzado a la parte indivisa del cedente, y la parte cesionaria podría plantearse el instituto de la prescripción.

Conclusiones

En el caso consultado, nos encontramos ante una situación jurídica amparada por las leyes 13524 y 14057.

Habiendo sido inscripto el acto, obtuvo el amparo de la ley 8733, que hizo pertinente su escrituración forzada en la vía monitoria prevista por el Código General del Proceso.

165 «El enajenante tendrá a su cargo, una vez otorgado el instrumento a que se refieren los artículos 3.º y 4.º, la obligación de registrar el contrato dentro del perentorio término de diez días, si fue otorgado en el Departamento de Montevideo, y veinte días en los demás casos. Este plazo se computará desde el otorgamiento. La falta de cumplimiento a esta disposición dará derecho a la otra parte para reclamar, por la vía ordinaria, los perjuicios que le ocasione. No obstante lo dispuesto en los incisos precedentes, el adquirente podrá, en cualquier tiempo, inscribir el contrato».

Respecto a la observación acerca del estado civil del promitente comprador original, nos remitimos a lo expresado en el informe.

Esc. Carlos del Campo García
Redactor

Addenda al informe de la Comisión de Derecho Registral

En el caso, tanto el Registro General de Inhibiciones, sección Promesas, en 1972, como el Registro de la Propiedad de Pando, sección Inmobiliaria, en 2009, procedieron correctamente al inscribir el negocio de la consulta.

El principio de legalidad que informa al sistema registral obliga al registrador a analizar si el documento que ingresa al Registro reúne los requisitos legales exigidos, cumpliendo la función calificadora. A su vez, existía legitimación para solicitar la inscripción, lo que surge de la certificación notarial de 1972 y la cesión de promesa de 2009.

Los elementos exigidos por las leyes 13524 y 14057 fueron acreditados en la forma prescrita por tales normas, y por tanto el Registro procedió a la inscripción en debida forma. En cuanto a la nueva inscripción de 2009, se actuó de acuerdo con las disposiciones vigentes.

A partir de su ingreso al Registro, el negocio desplegó los efectos de la inscripción, incluido el derecho real a favor del promitente adquirente, como la posibilidad de solicitar escrituración forzada en proceso monitorio.

Esc. Carlos del Campo García
Redactor

Ampliación del Informe de la Comisión de Derecho Registral

Bilateralidad del contrato

El documento por el cual se consulta, denominado «boleto de compra», redactado en formulario impreso de OCP, constituye un verdadero contrato de adhesión. En el caso, es el ejemplar número …, lo que denota una operativa comercial para ofrecer en el mercado un fraccionamiento.

La existencia de obligaciones indicadas debajo de las firmas, tanto «de la parte vendedora» como «de la parte compradora», que ambos contratantes asumen cumplir, denotan que estamos frente a un contrato bilateral. El mismo formulario impreso expresa:

> Correrá la misma pena por la sola falta de cumplimiento a cualquiera de las condiciones de este compromiso; como las que se encuentran impresas a

continuación, las que se considerarán como formando parte del mismo; fijando el comprador domicilio legal a estos efectos en el arriba expresado.

En ese sentido, las obligaciones de parte vendedora son bastante laxas: realizar calles, jardines, plazas y parques; dotar al balneario de servicios públicos, con la condición de que las distintas empresas lo «hagan posible», y facilitar asesoramiento técnico en las obras que realicen los «compradores» y en las gestiones ante las autoridades para ejecutar dichas obras.

Por su parte, la parte compradora se obliga, para el caso de construir, a edificar una vivienda estilo «chalet», con una superficie mínima de 60 metros cuadrados, «previa aceptación del anteproyecto por Dirección del Balneario», y se hará cargo de los servicios de luz, agua y saneamiento.

Tales estipulaciones refuerzan la idea de estar frente a un contrato de adhesión. Por supuesto, este negocio fue celebrado antes de la vigencia de la ley 17250, pero, si estuviera vigente esta norma, varias cláusulas serían consideradas contrarias a derecho.

Asimismo, se pacta un precio de $ 4.725 y como seña, a cuenta de este, se consigna la suma de $ 945, esto es, un 20 % del total. Este porcentaje es el doble del habitual en las enajenaciones de inmuebles.

El saldo de $ 3.780 se abonaría en cinco cuotas, «en esta Oficina o donde lo disponga posteriormente la Dirección del Balneario». Estos elementos indican que la seña se abonó a la oficina que actuaba en calidad de representante de los vendedores.

Valor legal del certificado notarial

El certificado notarial de 1972 de la escribana S refiere a un apoderamiento de los propietarios y vendedores a OCP. Ya hemos dicho que, aun cuando este fuera verbal, la situación se encuentra amparada por el artículo 291 de la ley 18362.

Todos los hechos certificados deben presumirse como ciertos. Los instrumentos públicos, como el certificado del caso, que cumplen los requisitos de los artículos 1574 y siguientes del Código Civil, contienen una presunción de veracidad que solamente se puede destruir mediante la *tacha de falsedad*.

Consentimiento

Siguiendo los conceptos del escribano Federico Albín,[166] el consentimiento en los negocios bilaterales requiere que concurran las partes entre las cuales se traba la relación obligacional; debe existir acuerdo de voluntades.

166 Albín, Federico. Asociación de Escribanos del Uruguay. Comisión Derecho Civil. «Consentimiento». *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, ene.-dic. 2012, tomo 98, pp. 382-388.

El artículo 1262 del Código Civil establece que no habrá consentimiento obligatorio sin que la propuesta de una parte haya sido aceptada por la otra.

> Los intereses opuestos de comprar y vender se componen a través de voluntades convergentes o complementarias que se integran para formar el consentimiento. La coincidencia de voluntades marca el momento en el cual el contrato se perfecciona.

Gamarra,[167] citado en el referido informe de Albín, afirma:

> Existe voluntad expresa cuando la intención del declarante se deduce directamente del comportamiento que éste asume, hay voluntad tácita, cuando la intención se deduce indirectamente del comportamiento mediante un razonamiento lógico.

De las previsiones contractuales del caso de esta consulta, surge la voluntad de las partes de otorgar un negocio en el que una parte prometió vender y otra prometió comprar. Las partes, en conocimiento de que el tantas veces citado «boleto» no cumplía las exigencias de la ley 8733, pactaron un plazo para otorgar un acto que sí cumpliera con esa ley.

Conclusión

En síntesis, estamos frente a un negocio bilateral consentido por ambas partes. La omisión en cumplir las obligaciones pactadas en él impidió en la oportunidad el acceso al sistema registral. La posterior norma del artículo 70 de la ley 14072 permitió la registración del negocio, que a partir de su ingreso al Registro desplegó los efectos de la inscripción.

Esc. Carlos del Campo García
Redactor

Montevideo, 7 de octubre de 2015. La Comisión de Derecho Registral, integrada por los escribanos Mercedes Azar, Enrique Marna, Robert Melo, Carlos Milano, Karin Perdomo, Claudia Pereiro, Daniel Ramos, Yannina Piñeiro, Inés Rodríguez Sarmiento, Susana Cambiasso y Krysia Suárez, aprueba el informe precedente.

Esc. Mercedes Azar
Coordinadora alterna

Aprobado por la Comisión Directiva Nacional de la AEU el 22 de diciembre de 2015. Expediente 586/2014.

167 Gamarra, *Tratado de derecho civil uruguayo*. Tomo 11, p. 191.

TESTAMENTOS. INSTITUCIÓN DE HEREDEROS. LEGADOS

Resumen

Para declarar inaplicable la regla del artículo 857 del Código Civil es preciso que el testador se exprese en forma clara e inequívoca. Es nulo el legado de cosa ajena, supiese o no el testador que no le pertenecía.

Informe: Civil

Consulta

Hechos

MNBR y FEBR eran propietarias en común, proindiviso y por partes iguales, del inmueble padrón …7. Sobre el terreno se construyeron cuatro viviendas.

Durante la década de 1990, las propietarias ordenaron la realización de un relevamiento integral de las construcciones existentes y la confección de un plano de incorporación al régimen de propiedad horizontal de la ley 10751, de acuerdo con las disposiciones de la ley 14261. Dicho plano fue inscripto en la Dirección General de Catastro, pero nunca llegó a otorgarse el reglamento de copropiedad.

El 13 de junio de 2002, MNBR, soltera, sin ascendientes vivos y sin descendencia, otorgó ante la escribana I testamento solemne abierto, por el que: a) Instituyó única y universal heredera de todos sus bienes muebles e inmuebles, derechos, acciones, presentes y futuros, en el país y en el extranjero, que quedaran a su fallecimiento, a su hermana FEBR, a quien corresponderían única, especial y expresamente los inmuebles padrones …/001, …/002 …/003, y …/004, que integraban el padrón matriz …7 de la localidad catastral Montevideo (sigue la referencia al plano de mensura, fraccionamiento e incorporación al régimen de PH de las leyes 10751 y 14261) (cláusula segunda). b) En caso de que la beneficiaria, FEBR, no pudiera o no quisiera aceptar la herencia, sus bienes se repartirían de la siguiente forma:

- para MJBR, especial y expresamente, la plena propiedad de los inmuebles padrones …/001 y …/004;
- para LLBC, especial y expresamente, la plena propiedad del inmueble padrón …/002;
- para MALC, especial y expresamente, la plena propiedad del inmueble padrón …/003 (cláusula tercera).

El 13 de junio de 2002, FEBR, soltera, sin ascendientes vivos y sin descendencia (suponemos), otorgó testamento solemne abierto ante la

misma escribana, por el que: a) Instituyó única y universal heredera de todos sus bienes muebles e inmuebles, derechos, acciones, presentes y futuros, en el país y en el extranjero, que quedaran a su fallecimiento, a su hermana MNBR, a quien corresponderían única, especial y expresamente los inmuebles padrones …/001, …/002, …/003 y …/004, que integraban el padrón matriz …7 de la localidad catastral Montevideo (sigue la referencia al plano de mensura, fraccionamiento e incorporación al régimen de PH de las leyes 10751 y 14261) (cláusula segunda). b) Se reitera la cláusula tercera del testamento anterior.

El 5 de abril de 2004 falleció MNBR, bajo las disposiciones del testamento referido.

El 8 de enero de 2010 falleció FEBR, sin haber aceptado la herencia, bajo las disposiciones del testamento mencionado.

Al día de hoy no se han tramitado ninguna de las dos sucesiones. Sobreviven a la segunda causante, aparte de las personas mencionadas en la cláusula tercera de los dos testamentos, hermanos y sobrinos, hijos de hermanos prefallecidos.

Consulta

Al escribano consultante se le generan diversas dudas en cuanto a los hechos y documentos relacionados. En definitiva, considera:

Respecto de la cláusula segunda

Si bien la testadora incurrió en algún tipo de error al exteriorizar la voluntad, puesto que en unas pocas líneas se contradijo —ya que por un lado designó única y universal heredera de todos sus bienes a su hermana legítima y por otro, a renglón seguido, dispuso que a esta le corresponderían «única, especial y expresamente» las unidades de propiedad horizontal relacionadas—, el consultante entiende que la testadora designó como universal heredera a su hermana, y enumeró los bienes que compondrían el patrimonio sucesorio al momento de la sucesión. No considera que se haya querido limitar la institución a la trasmisión a vía de legado de los bienes enumerados.

Respecto a que FEBR falleció sin haber aceptado la herencia de MNBR

Como a su parecer en la cláusula tercera hay una institución de heredero, FEBR trasmitió a sus herederos el derecho de aceptar o repudiar la herencia de MNBR.

Respecto a que cuando falleció FEBR la persona a quien había instituido heredera, MNBR, ya había fallecido, entiende que dicha institución es ineficaz, y que en todo caso el eje de la discusión es el contenido de la cláusula tercera.

Respecto a la naturaleza de la disposición testamentaria contenida en la cláusula tercera

Entiende el consultante que se verificó una institución de herencia; y que, al designar las unidades que a cada heredera corresponderán, la testadora está sentando las bases de una futura partición.

A ello coadyuva la circunstancia de que los bienes atribuidos en exclusividad no existían jurídicamente al momento de la apertura legal de las sucesiones, ni existen hoy.

Informe de la Comisión de Derecho Civil

Cláusula segunda: la institución de heredero

Analizaremos en primer lugar la cláusula segunda del testamento otorgado por MNBR, ya que, como al fallecer FEBR la anterior ya había fallecido, la cláusula segunda del testamento otorgado por FEBR no tiene aplicación.

El consultante entiende que la testadora incurre en una contradicción: por un lado designa a su hermana como su única y universal heredera, y por otro lado dispone que a esta corresponderán «única, especial y expresamente» las unidades de propiedad horizontal relacionadas; que carecen absolutamente de sentido las expresiones «única» y «especial», la primera por superflua —porque, al no haber otros bienes, lógicamente los únicos que iba a recibir la heredera eran esos que se listan en el testamento— y la segunda por errónea —mal puede recibir en «especial» tales bienes cuando no hay otros—.

Sin embargo, no debería haber duda alguna ante la expresión clara y contundente:

> […] es su voluntad deliberada y en pleno uso y goce de sus facultades mentales, instituir su única y universal heredera de todos sus bienes […] a su hermana FEBR.

Probablemente, cuando expresa «a quien corresponderán única, especial y expresamente los inmuebles padrones…», se haya referido a la circunstancia de que, fallecida ella (la testadora, propietaria del 50 % de los bienes), al ser su hermana instituida heredera propietaria del otro 50 %, pasaría a ser la única propietaria de los inmuebles.

No parece adecuada la afirmación del consultante de que las expresiones de la testadora «única» y «especial» son superfluas y erróneas debido a que los únicos bienes que iba a recibir la heredera eran los que se listaron en el testamento. De la letra del testamento no surge que la testadora solo fuera propietaria de los bienes referidos, y, aunque lo fuera en ese momento, ella no podía afirmar con certeza que en el futuro no sería propietaria de más bienes.

Por lo tanto, no hay contradicción alguna en la cláusula segunda.

FEBR fue instituida como única y universal heredera por MNBR. Y falleció sin haber aceptado la herencia que se le había deferido, por lo que trasmitió a sus herederos el derecho de aceptar o repudiar dicha herencia (artículo 1040 del Código Civil).

Cláusula tercera: naturaleza de la disposición testamentaria

El 8 de enero de 2010 falleció FEBR, bajo las disposiciones del testamento otorgado el 13 de junio de 2002, sin haber aceptado la herencia de MNBR.

Corresponde entonces analizar la cláusula tercera del testamento otorgado por la causante, partiendo de lo informado por el consultante de que dicha cláusula es idéntica a la del testamento otorgado por MNBR, ya que no se presentó para su estudio justamente el testamento que puede generar mayor discrepancia.

Establece el artículo 854 del Código Civil:

> La institución de heredero no es necesaria para la firmeza del testamento. Tampoco lo es la aceptación de la herencia por el heredero.
>
> En uno y otro caso, se cumplirán las disposiciones testamentarias, y en el resto de los bienes de que no hubiera dispuesto el testador, se heredará con arreglo a lo determinado en el Título siguiente [«De la sucesión intestada»].

Nuestro Código legisla dos tipos de disposiciones testamentarias: la institución de heredero y el legado.

Vaz Ferreira entiende que es preciso indagar el verdadero contenido de la voluntad testamentaria. Cuando las disposiciones testamentarias y la voluntad del testador aparecen como verdaderamente dudosas, debe aceptarse la interpretación más conforme al derecho común de las sucesiones, entendiendo que el testador ha querido confirmarlo. Y expresa que la consideración de la voluntad del testador nunca debe llegar a que se considere heredero a quien nunca fue instituido.

Es preciso encontrar un criterio que, al examinar cualquier disposición testamentaria, nos permita saber si se trata de una institución de heredero o de un legado, lo que genera dudas cuando la naturaleza de las disposiciones es controvertida, especialmente en sistemas jurídicos como el nuestro, donde no se encuentra ninguna definición de la institución de heredero ni del legado. Con relación al concepto de *heredero,* solo encontramos el artículo 776.2 del Código Civil, que, luego de definir la sucesión o herencia como el modo universal de adquirir, que es la acción de suceder al difunto y representarlo en todos los derechos y obligaciones que no se extinguen con la muerte, agrega que se llama *heredero* al que sucede en esos derechos y obligaciones.

El criterio verbalista romano, que al menos en el derecho romano clásico caracterizaba la institución de heredero por el empleo de palabras sacra-

mentales, es rechazado por nuestro Código Civil —artículo 780—, el cual establece que, aunque el testador no haya usado la palabra *heredero,* si su voluntad está clara acerca de este concepto, valdrá la disposición como hecha a título universal o de herencia.

Sin duda, un heredero puede suceder en cosas determinadas. Así lo establece el artículo 856:

> Si el heredero o herederos no han sido instituidos en la totalidad de los bienes, sino en una parte o cuota determinada, el remanente pasará a los herederos legítimos […].

Esta posibilidad está plasmada en algunas disposiciones legales expresas: señalamiento por el testador de las especies en que ha de pagarse la legítima (artículo 895), partición hecha por el causante por testamento o por acto entre vivos (artículos 1123 y 1153), legado hecho a quien deba suceder por disposición de la ley e imputable a la porción hereditaria que corresponda *ab intestato* (artículo 1033).

Tal como expresa Vaz Ferreira, la aparente contradicción entre la posibilidad de que el causante otorgue la partición por testamento o por acto entre vivos —lo cual implica la posibilidad de instituir un heredero adjudicándole una cosa cierta— y el artículo 857, que establece «El heredero instituido en una cosa cierta y determinada es tenido por legatario de ella», se salva entendiendo que el artículo 857 es una regla de interpretación de voluntad para los casos en que el testador, por inadvertencia o ignorancia de la terminología jurídica, haya llamado *heredero* a aquel a quien solo quiso dejarle un bien determinado, pero no es una disposición de orden público que impida al testador, cuando así lo desea consciente y reflexivamente, atribuir la calidad y el título de heredero a aquel a quien deja un bien determinado, ejerciendo las facultades que le conceden las reglas de la partición testamentaria. No obstante, la expresión de la voluntad debe ser clara al respecto.

Vaz Ferreira lo ejemplifica con un caso en que el testador, A, establece simplemente: «Instituyo únicos herederos a mis sobrinos B y C, y, partiendo mis bienes, adjudico mi casa a B y mi campo a C».

Pero todo este razonamiento no es aplicable al caso planteado. La testadora no atribuye el título de heredero a los mencionados.

En el texto no se encuentra una expresión de voluntad clara e inequívoca que haga inaplicable el artículo 857 del Código Civil. No se está ante un supuesto de herederos *ex re certa,* sino de legatarios de cosa corporal inmueble en indivisión.

El consultante interpreta que, al utilizar la testadora la palabra *herencia* y no *legado,* y al emplear en el exordio de la cláusula tercera la expresión que usualmente se emplea para la sustitución testamentaria («En caso de que la beneficiaria anteriormente mencionada no pudiera o no quisiera aceptar la herencia»), se consagró tal instituto.

Por el contrario, interpretamos que, cuando dice «la herencia», se está refiriendo a que la instituida como heredera, MNBR, no pudiera o no quisiera

aceptarla, y cuando a continuación expresa «sus bienes se repartirán de la siguiente forma», está haciendo legados. A diferente conclusión se llegaría si hubiera establecido: «… no pudiera o no quisiera aceptar la herencia, esta se repartirá de la siguiente forma…», pero no es lo que dice. Cuando habla de «sus bienes» se está refiriendo a los mencionados; de ningún lado surge que son sus únicos bienes.

No estamos ante un caso de «deficiente técnica empleada por el profesional autorizante» como dice el consultante.

Entendemos que FEBR instituyó por su única y universal heredera a MNBR, y, para el caso de que esta no pudiera o no quisiera aceptar la herencia, legó a MJBR, LLBC y MALC determinados bienes, y en el resto de los bienes quiso que se heredara con arreglo a las normas de la sucesión intestada (artículo 854).

Si MJBR, LLBC y MALC son también herederos de FEBR, conforme a las normas de la sucesión intestada corresponde aplicar el artículo 1033, e imputar a la porción que les corresponda *ab intestato* lo que recibieron por testamento.

Por ello, conforme a la doctrina más recibida en cuanto al derecho de trasmisión, corresponde declarar: a) única y universal heredera de MNBR a la instituida por testamento, FEBR, y por derecho de trasmisión de esta a quienes la hereden por las normas de la sucesión intestada; b) únicos y universales herederos de FEBR a quienes la hereden por las normas de la sucesión intestada, sin perjuicio de los legados instituidos a favor de MJBR, LLBC y MALC.

Resuelto entonces que estamos frente a la figura del legado, todavía tenemos que resolver dos temas más: el legado de cosa futura y el legado de cosa ajena.

Legado de cosa futura

En concordancia con lo dispuesto con el artículo 1283 del Código Civil, el artículo 913 dispone que el legado de una cosa futura vale, con tal que llegue a existir.

Si bien el testamento se refiere a unidades de propiedad horizontal, y menciona los padrones individuales, según lo que informa el consultante no existe aún el régimen, porque se trata de un edificio apto para ser incorporado al régimen de la ley 10751 conforme a las disposiciones de la ley 14261, pero, si bien está debidamente inscripto el plano, aún no se ha otorgado el reglamento de copropiedad.

Por ello, cuando se otorga el testamento, se lega cosa futura.

Este punto no amerita mayores comentarios. Finalizado el trámite sucesorio, quienes resulten propietarios otorgarán el reglamento de copropiedad.

Legado de cosa ajena

Dice el artículo 908 del Código Civil:

> Cuando el testador haya legado alguna especie ajena, será nulo el legado, supiese o no el testador que no le pertenecía. Valdrá, sin embargo, el legado de una especie propia del heredero o legatario, si se hubiese hecho en forma de carga o de condición.

La nulidad del legado de cosa ajena solo afecta a los legados de especie cierta.

En el caso, estamos frente a un legado de especie cierta porque, si bien jurídicamente no existe la propiedad horizontal, como en los hechos el edificio está dividido en cuatro unidades y existe un plano de mensura y fraccionamiento horizontal, cuando la testadora menciona una unidad (por ejemplo, la 001) podemos identificarla perfectamente.

Cuando FEBR otorgó el testamento, era propietaria de la mitad indivisa del padrón …7. Sin embargo, legó «la plena propiedad».

Por lo tanto, debemos concluir que el legado es nulo en la mitad indivisa, ya que no puede considerarse incluido en la hipótesis de excepción por la cual resulta válido el legado de cosa ajena (artículo 908, inciso 2, del Código Civil).

Analizando este artículo, Vaz Ferreira se plantea la duda de qué sucedería en el caso de que la cosa fuera ajena en el momento de testar pero propia del testador al abrirse la sucesión (como sucede en este caso).

El artículo 3752 del Código Civil argentino establece:

> El testador no puede legar sino sus propios bienes. Es de ningún valor todo legado de cosa ajena cierta y determinada, sepa o no el testador que no es suya, aunque después adquiera la propiedad de ella.

Entiende Vaz Ferreira que la misma solución debe aceptarse en nuestro derecho, porque, conforme a las reglas generales respecto a la nulidad, debe juzgarse en el momento de testar.

Si se trata, como en el caso, de un legado de cosa indivisa, en la cual al testador correspondía solo una cuota, no se duda de que el legado es válido (en cuanto a esa cuota) y que desde la apertura de la sucesión el legatario pasa a ocupar el lugar del causante como copropietario.

En consecuencia, la testadora no agotó el caudal relicto en los legados, ya que cuando otorgó el testamento solo era propietaria de la mitad indivisa del inmueble, y fue con relación a dicha cuota que nombró legatarios.

Conclusiones

Corresponde declarar:

– Única y universal heredera de MNBR a la instituida por testamento, FEBR, y, por derecho de trasmisión de esta, a quienes la hereden por las normas de la sucesión intestada.

– Únicos y universales herederos de FEBR a quienes la hereden por las normas de la sucesión intestada, sin perjuicio de los legados instituidos a favor de MJBR, LLBC y MALC. Dichos legados se refieren a la mitad indivisa del padrón …7, por lo que los legatarios serán condóminos con los herederos (sin perjuicio de que ellos mismos también sean herederos por las reglas de la sucesión intestada).

Finalizadas las sucesiones y una vez obtenida la declaratoria de herederos, quienes resulten propietarios otorgarán el reglamento de copropiedad.

Incorporado el edificio al régimen de propiedad horizontal, corresponderá otorgar la partición respetando la voluntad de la testadora, esto es, que a MJBR se le adjudique el 50 % de los padrones …/001 y …/004; a LLBC el 50 % del padrón …/002, y a MALC el 50 % del padrón …/003.

Y eso aunque la voluntad de la testadora hubiera sido legarles la totalidad del padrón, porque, resuelto que estamos ante la figura de un legado y no ante una institución de heredero, no hay manera de obviar lo dispuesto en el artículo 908.1 del Código Civil.

Esc. María Beatriz Vázquez
Informante

Montevideo, 27 de octubre de 2015. La Comisión de Derecho Civil, integrada por los escribanos Américo Bianchi, Miguel Burdín, Alicia Cancela, María Paola Igoa, Roque Molla, Alis Nova, Javier Parga, María Alejandra Portillo, Mildred Secondo, Diego Seré, Adriana Silva, Verónica Ubillos y María Beatriz Vázquez, aprueba el informe que antecede. Los escribanos María Jesús Almandoz, Adriana Goldberg y Juan Pablo Villar disienten con la posición sustentada en el informe y, por el contrario, comparten la posición del consultante.

Escs. Roque Molla y Juan Pablo Villar
Coordinadores alternos

Aprobado por la Comisión Directiva Nacional de la AEU el 22 de diciembre de 2015. Expediente 964/2014.