

REVISTA DE ESTUDIOS DE DERECHO NOTARIAL y REGISTRAL

JOURNAL OF STUDIES OF NOTARY and
REGISTRATION LAW

Año 2019 · Nro 6 · Diciembre 2019 - ISSN: 2362 - 3845



REVISTA DE ESTUDIOS DE DERECHO NOTARIAL y REGISTRAL

INSTITUTO DE INVESTIGACIÓN EN CIENCIAS JURIDICAS
UNIVERSIDAD BLAS PASCAL | Córdoba, Argentina.

Año 6 · Nro. 6 · Diciembre 2019 // ISSN: 2362-3845



REVISTA DE ESTUDIOS DE DERECHO NOTARIAL y REGISTRAL

CONSEJO EDITORIAL:

- DIRECTOR: AUGUSTO PICCON
- SUB-DIRECTOR: GUILLERMO FORD FERRER
- EDITORAS: MARÍA LAURA GUERRI FERNANDEZ
MARÍA ADRIANA GARAY

CONSEJO CIENTÍFICO:

- DOMINGO VIALE, UNIVERSIDAD BLAS PASCAL.
- NÉSTOR PISCIOTTA, UNIVERSIDAD BLAS PASCAL.
- JUAN APARICIO, ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO. UNIVERSIDAD NACIONAL DE CÓRDOBA Y UNIVERSIDAD BLAS PASCAL.
- ALEJANDRO FREYTES, UNIVERSIDAD NACIONAL DE CÓRDOBA Y UNIVERSIDAD BLAS PASCAL.
- GABRIEL VENTURA, ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO. UNIVERSIDAD NACIONAL DE CÓRDOBA Y UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CÓRDOBA.

DISEÑO Y DIAGRAMACIÓN:

- MAURICIO TAGLIAVINI

La Revista de Estudios de Derecho Notarial y Registral es una publicación anual con referato realizada por el Instituto de Investigación en Ciencias Jurídicas (IDI-CJ) de la Universidad Blas Pascal.

El Consejo Editorial agradece a todos los evaluadores que intervinieron en la revisión de los artículos presentados en este número.



UNIVERSIDAD BLAS
PASCAL



EDITORIAL
UBP

Copyright © 2019 by Editorial UBP
Todos los derechos reservados

Director

Néstor Pisciotta

Av. Donato Álvarez 380

CP X5147ERG Argüello, Córdoba

Argentina

Tel: 54 (0351) 414-4444

Para mayor información

contáctenos en www.ubp.edu.ar

O vía e-mail a: editorialUBP@ubp.edu.ar

Publicación editada e impresa en

Córdoba, Argentina

La reproducción de esta revista,
ya sea total o parcial, en forma idéntica o
con modificaciones, escrita a máquina por el
sistema Multigraph, mimeógrafo, impreso,
etc., que no fuera autorizada por
Editorial UBP, es violatoria de derechos
reservados. Su infracción está penada por
las leyes 11.723 y 25.446. Toda utilización
debe ser solicitada con anterioridad.

Revista de Estudios de Derecho Notarial y Registral

Publicación anual del Instituto de Investigación en Ciencias Jurídicas (IDI-CJ) de la Universidad Blas Pascal.

E-Mail: carrerasjuridicas@ubp.edu.ar

ISSN (Versión impresa): 2362-3845

Esta Revista no se responsabiliza por las opiniones vertidas en los artículos firmados, cuyas ideas responden exclusivamente a sus autores.

ÍNDICE

· EDITORIAL	6
· ADECUACION DE LOS CONJUNTOS INMOBILIARIOS	
José Ignacio Berrotarán	11
· APROXIMACION A LOS CONCEPTOS DE BLOCKCHAIN, SMART CONTRACTS Y SU RELACION CON LA FUNCION NOTARIAL	
Cecilia Soledad Carrera	29
· ALGUNAS PARTICULARIDADES DEL CONSENTIMIENTO EN LOS CONTRATOS POR ADHESION A CLAUSULAS GENERALES PREDISPUESITAS CON OBJETO FUTURO	
Casanegra.....	41
· TRANSACCION Y HOMOLOGACION	
José Manuel Díaz Reyna	51
· EL SANEAMIENTO DE TITULOS A NIVEL ADMINISTRATIVO Y LAS FUNCIONES JUDICIALES, NOTARIALES, CATASTRALES Y REGISTRALES	
María Adriana Garay, Raquel V. Moyano, Mariano Pelliza Palmes	65
· LA FUNCION NOTARIAL APLICADA A LA INSTRUMENTACION DE LOS ACTOS PERSONALISIMOS DE AUTOPROTECCION	
José María Palacio, Josefina Acuña, Julio Gorosito	77
· EL ASESORAMIENTO COMO CARACTERISTICA PRINCIPAL DEL NOTARIADO LATINO Y COMO EFICAZ GARANTIA DE EQUILIBRIO CONTRACTUAL. ANALISIS A LA LUZ DE LAS NORMAS DE LA LEGISLACION DE CONSUMO Y DEL CODIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACION	
Federico Jorge Panero	101
· TESTIMONIO DIGITAL	
Augusto Luis Piccon	119

EDITORIAL

Hace poco estudiando sobre un tema relacionado a la responsabilidad del notario, leí un artículo, en una revista especializada en lo notarial en la cual su autor, que no viene al caso (porque otros tantos hacen lo mismo y no lo dejan a la vista), decía que lo interesante de un tema era su análisis “a la luz de lo que la jurisprudencia viene diciendo sobre esta cuestión, ya que de nada vale que en los ámbitos notariales disertemos, escribamos y nos convenzamos de algunas posiciones si el resto de la doctrina calificada y los jueces piensan distinto que nosotros, sobre todo en temas de responsabilidad civil, donde van a ser ellos los que van a decidir si debemos responder o no...”

Dio la casualidad que ese mismo día que leí el párrafo transcripto, casi por iluminación divina, preste atención a una historia que narraban en la radio mientras conducía mi automóvil. Historia que por supuesto corroboré en Wikipedia, y se refería a la vida de Lambert Adolphe Jacques Quetelet un belga nacido en Gante el 22 de febrero de 1796 y que falleciera en Bruselas el 17 de febrero de 1874, que fue astrónomo, naturalista, matemático, sociólogo y estadístico. Fundó y dirigió el Observatorio real de Bélgica y tuvo un doctorado en matemáticas. Pero que se lo conoce principalmente por ser el padre de las estadísticas. Así por ejemplo Quetelet midió el pecho de 6000 soldados y logro establecer el promedio de lo que media un pecho de un hombre adulto. Tanto desarrolló el tema que estudió la aplicación de los métodos estadísticos a las ciencias sociales (por lo que fue muy criticado). Lo que destaco de su historia, es que con el nacimiento de las estadísticas, empezamos hablar de normalidad científicamente, y lo cierto también es que a veces establecer que es la normalidad nos deja tranquilos. Un mozo el otro día me quiso calmar cuando a mi hijo de 7 años se le cayó un vaso con gaseosa, me dijo: “quédese tranquilo, pasa cada dos por tres... es normal.” El problema de todo esto radica precisamente en presentarnos estas medidas que nos da la realidad, y por el simple hecho de que estén en los parámetros normales nos quedemos tranquilos. Puede ser normal que en los países de África la desnutrición infantil sea de un 30% (dato tomado de Wikipedia) por una cuestión estadística, pero acostumbrarnos a esa realidad o quedarnos tranquilos porque es común que así sea, es realmente preocupante. O sea lo preocupante no son las estadísticas, ni la normalidad, lo alarmante es ese estado de tranquilidad que se puede generar en el sujeto a quien se la exponen.

Por eso detesto los trabajos que nos traen la jurisprudencia, y nos la muestran con una contundencia tal que nos inculcan que esa es la interpretación de la norma que debe regirnos. Nosotros no tenemos un sistema como el Common Law, no nos basamos en precedentes, sino en la interpretación de la norma, y por más que la jurisprudencia haya resuelto el 99 por ciento de los casos a favor de la interpretación "A" de la norma, me voy a negar a tomar partido por ella, solamente por este argumento. No tomo partido por esa exégesis por el simple hecho que sea lo normal entender. A mi lo que me deben convencer son los argumentos, los fundamentos que se han expuestos para interpretar la norma, no el marcador numérico. Ese es el verdadero trabajo de la doctrina, desentrañar el verdadero significado, analizar su juego las todas las demás normas del sistema jurídico, revisar el origen de su sanción, lo que busca la ley con esa disposición lograr en la comunidad, etc.

Por esa razón aquí estamos nuevamente, con otro número de nuestra Revista, para llevar a ustedes argumentos, elementos de peso, profundos y serios para que sepamos en concreto, en el caso en particular que establece la ley. El fundamento es lo más importante. Recordemos que como operadores del derecho siempre debemos interpretar la norma para aplicarla, y que si bien puede ser la misma norma, no siempre es la misma realidad, los hechos cambian.

Escribano y Profesor Augusto PICCON

ESTUDIOS

ADECUACION DE LOS CONJUNTOS INMOBILIARIOS

ADAPTACION OF REAL ESTATE COMPLEXES

JOSÉ IGNACIO BERROTARÁN¹

RESUMEN

El nuevo CCCN ha establecido nuevas estructuras legales para la Propiedad Horizontal y sus modalidades, y en lo concerniente a los barrios privados y otros emprendimientos urbanísticos, que están funcionando de hecho sin estructura legal, ordena su adecuación a dichas estructuras. Para facilitar este mandato del legislador sería muy conveniente incorporar al CCCN algunos principios básicos que prevean soluciones a los conflictos entre estos derechos reales y los derechos administrativos locales.

ABSTRACT

The new CCCN has established new legal structures for Horizontal Property and its modalities, and with regard to private neighborhoods and other urban development, which are in fact operating without legal structure, orders their adaptation to these structures. To facilitate this mandate of the legislator it would be very convenient to incorporate into the CCCN some basic principles that foresee solutions to the conflicts between these real rights and local administrative rights..

PALABRAS CLAVES: Conjuntos inmobiliarios - adecuación - estructura legal.

KEYWORDS: *Real estate sets - adaptation - legal structure.*

SUMARIO: 1.1. La tensión entre la realidad y el sistema normativo de la Ley 13512 impulsó la reforma de aquella, estableciéndose, con la sanción del nuevo CCCN., nuevas estructuras legales para la Propiedad Horizontal y las modalidades de este derecho real que ahora se incorporan, más adecuadas a las necesidades económicas y urbanísticas. 1.2. La manifiesta situación irregular de los clubes de campo y de otros emprendimientos

¹ Profesor Adjunto de Privado V de la Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Córdoba

urbanísticos similares que funcionaban antes de la reforma: 1.3. Algunos efectos dañosos en el funcionamiento de los barrios cerrados y otros conjuntos inmobiliarios fuera del sistema legal. 1.4. En el régimen de la Ley 13512 el terreno debía ser siempre común. 1.5. La doctrina buscó la legitimación de una realidad social fuera del marco legal, forzando la interpretación de la ley, cuando, por el principio de clausura, los derechos reales sólo pueden existir dentro de la estructura que fija la ley. 1.6. Más problemas ocasionados al intentar aplicar la estructura de la Propiedad Horizontal establecida por la Ley 13512, antes de la reforma, a emprendimientos urbanísticos no previstos en dicha estructura. 2.1. La estructura legal que establece en nuevo CCCN. para los barrios cerrados y otros conjuntos inmobiliarios recoge la valiosa experiencia de décadas en que la doctrina y la jurisprudencia argentina trataron de comprender y resolver los nuevos problemas urbanísticos de los “Barrios Cerrados” y otros emprendimientos inmobiliarios similares, sin el acompañamiento normativo. 2.2. El imperativo de la adecuación de los emprendimientos que están funcionando irregularmente a las nuevas normas del CCCN. 2.3. El imperativo de adecuación de los barrios privados y otros emprendimientos a la estructura legal correspondiente, sin plazo ni sanción ¿Es el mero enunciado de un deber moral? 2.4. Los requerimientos esenciales para la adecuación de los emprendimientos irregulares a las nuevas modalidades de la Propiedad Horizontal del CCCN. La intervención notarial. 2.5. La intervención jurisdiccional en los procesos de adecuación de los barrios cerrados y otros emprendimientos a las nuevas modalidades de la Propiedad Horizontal. 2.6. La intervención jurisdiccional en los procesos de adecuación de los barrios cerrados y otros emprendimientos a las nuevas modalidades de la Propiedad Horizontal. 2.6. Las autorizaciones administrativas necesarias para constituir un futuro barrio privado o para adecuar un emprendimiento ya existente al marco legal. Supremacía del ordenamiento administrativo local sobre el CCCN. 2.7. Hubiera sido conveniente que se unificaran para todo el país, en el CCCN., por lo menos algunos principios básicos que marquen hasta donde pueden llegar las limitaciones administrativas sobre las modalidades de la propiedad horizontal, ya sea por razones urbanísticas, o de ordenamiento territorial, o de defensa del medio ambiente, y no, como se ha hecho, subordinar la estructura legal de los conjuntos inmobiliarios, a la diversidad de los ordenamientos locales. 2.8. Conclusión.

1.1.

La tensión entre la realidad y el sistema normativo de la Ley 13512 impulsó la reforma de aquella, estableciéndose, con la sanción del nuevo CCCN., nuevas estructuras legales para la Propiedad Horizontal y las modalidades de este derecho real que ahora se incorporan, más adecuadas a las necesidades económicas y urbanísticas.

La Ley de Propiedad Horizontal 13512 fue una construcción legal muy valiosa, ya que, sancionada en 1948, recién fue modificada en 2014² con la sanción del nuevo CCCN., que la incluyó en el libro IV De Los Derechos Reales, como Título V., manteniendo sus principios básicos.

Los emprendimientos que se fueron realizando en nuestro país a partir de la sanción de la Ley 13512 hicieron necesaria esta reforma para adecuar la Propiedad Horizontal a las nuevas necesidades sociales.

² Sancionada: 01/10/2014; Promulgada: 07/10/2014

Surgen así de la reforma las formas especiales de este Derecho Real: Los Conjuntos Inmobiliarios, el Tiempo Compartido y los Cementerios Privados.

Algunas de las principales necesidades que ocasionaron esta reforma derivaron de la creación de hecho de clubes de campo, parques industriales, tiempos compartidos y cementerios privados durante la vigencia de la anterior Ley 13512, a cuya estructura legal estos emprendimientos no se ajustaban.

Estas realidades, aceptadas y utilizadas por la sociedad, precedieron a la reforma, quedando los negocios inmobiliarios que se estaban realizando con anterioridad a la entrada en vigencia del CCCN., fuera del sistema legal.

Con la reforma, el legislador ha querido dar un marco jurídico para estas relaciones de hecho, y también adecuar los emprendimientos que estaban funcionando fuera de dicho marco legal a las relaciones jurídicas correspondientes, con una estructura legal que pudiera contener en forma sustentable las realidades socio-económicas existentes.

Abella y Mariani de Vidal dicen sobre esto lo siguiente: “La proliferación de este tipo de emprendimientos inmobiliarios nos convenció hace tiempo que resultaba pertinente – más bien indispensable, porque ello entronca con la seguridad jurídica- que el legislador nacional regulara de una buena vez su régimen jurídico –cualquiera fuera el adoptado- ya que un sinnúmero de vínculos tienen origen en estas organizaciones, vínculos que se mueven en la órbita de los derechos patrimoniales, con incidencia en el derecho de propiedad, materias éstas de resorte del legislador nacional (arg. art. 75 inc. 12, CNI); sin obviar, desde luego, el entramado de relaciones sujetas al derecho público, especialmente el Urbanístico, reservado en nuestro ordenamiento a la órbita local (provincial y municipal), apareciendo también implicados el derecho del consumidor y el derecho ambiental.”³

1.2.

La manifiesta situación irregular de los clubes de campo y de otros emprendimientos urbanísticos similares que funcionaban antes de la reforma:

En el CC. derogado, los derechos reales que no estaban legislados no podían valer como tales, sino solamente como derechos personales, y esto, sólo eventualmente: “Los derechos reales sólo pueden ser creados por la ley. Todo contrato o disposición de última voluntad que constituya otros derechos reales, o modificase los que por este Código se reconocen, valdrá sólo como constitución de derechos personales, si como tal pudiese valer.” (art. 2502 del CC. derogado).⁴

Era lo que daba en llamarse “el principio de clausura” o “el numerus clausus” de los Derechos Reales, que básicamente establecía que éstos sólo podían ser creados por la ley.

El nuevo CCCN. conserva el principio de clausura, pero lo reelabora –atendiendo los requerimientos que desde largo tiempo atrás venía haciendo la doctrina- ampliando su extensión: el requisito ya no será solamente que cada derecho real esté nombrado por

³ Mariani de Vidal, Marina y Abella, Adriana N., Derecho Reales en el Código Civil y Comercial, editorial Zabalía, Bs. As. 2016, ISBN 978-950-572-912-8, Tomo I, pág. 308 – Conjuntos Inmobiliarios – 1.- Introducción).

⁴ Art- 2502 del CC. Ley 340, Libro III – De los Derechos reales- Título IV – De los Derechos Reales.

la ley, sino que la ley debe establecer también su estructura, vale decir, sus elementos, su contenido, su modo de adquisición, constitución, transmisión, modificación, duración y extinción: “La regulación de los derechos reales en cuanto a sus elementos, su contenido, su modo de adquisición, constitución, transmisión, modificación, duración y extinción es establecida sólo por la ley. Es nula la configuración de un derecho real no previsto en la ley, o la modificación de su estructura.” (art. 1884 CCCN.⁵).

Díaz Reyna sostiene que: “La mayor novedad al respecto (de la estructura legal de los derechos reales) es que antes se establecía que los derechos que se establecieran en contra de esta norma, valdrían como personales, en caso de ser posible. Vélez en la nota del art. 2503 proponía el ejemplo de la enfiteusis que estaba prohibida pero que podría valer como locación. Lo que era criticado por las notables diferencias existentes entre los derechos reales y personales, lo que hacía de muy difícil aplicación la previsión. Por ello ahora directamente se establece que “es nula la configuración de un derecho real no previsto en la ley, o la modificación de su estructura”, por ejemplo una capellanía o un conjunto inmobiliario con una estructura diferente a la legal..”⁶

De cualquier forma, antes de entrar en vigencia el nuevo CCCN. el principio de clausura dejaba a una serie de emprendimientos –que se estaban usando en forma masiva- fuera del sistema legal de los derechos reales, produciendo dicha actividad económica, sólo y eventualmente, algunos efectos de derecho personal.

Cabe decir también, que en algunos casos, los emprendimientos irregulares se utilizaron para eludir los requerimientos administrativos locales en materia de urbanizaciones.

Teníamos, por ejemplo, el caso de barrios privados, que para eludir la unidad económica fijada por las leyes locales, cuando la dimensión de los lotes proyectados era inferior a aquella, lo que impedía su subdivisión regular, que se sometían al régimen de la Propiedad Horizontal, superando así estas restricciones administrativas.

Los desarrollistas afectaban a este régimen una mayor superficie de varias hectáreas –que se mensuraban, tal como lo exigía la Ley 13512- y luego se las subdividía estableciendo las calles de acceso y las distintas manzanas que definían esas calles, y los lotes en que éstas se fraccionaban.

De esta forma se podían eludir las normas locales que establecían las superficies mínimas de los lotes, e incluso otras exigencias administrativas, como las de dejar espacios verdes, o arbolados.

1.3.

Algunos efectos dañosos en el funcionamiento de los barrios cerrados y otros conjuntos inmobiliarios fuera del sistema legal.

Otro de los problemas que resultaban de esta operatoria es que, para que se pudiesen otorgar las correspondientes escrituras a los compradores, se debía haber otorgado e inscripto el Reglamento de Copropiedad, y para ello, las edificaciones de las diferentes

5 Art. 1884 del CCCN. Ley 26994, Libro IV – De los Derechos Reales – Título I – Disposiciones Generales – Capítulo I – Principios comunes..

6 Díaz Reyna, José Manuel, “Derechos Reales Disposiciones Generales en el CCCN.” en Revista de Estudios de Derecho notarial y registral de la universidad Blas Pascal, editorial UBP, Córdoba 2016, ISSN: 2362 – 3845, Volumen 3 año 2016, pág. 178, apartado III: Efectos de la violación del numerus clausus..

viviendas, que serían las “unidades funcionales” de este sistema, debían estar terminadas y con final de obra⁷.

Obviamente, esto generaba considerables demoras en la titulación de las unidades funcionales del barrio privado, con la consecuente inseguridad que sufrían los adquirentes al no tener su escritura, y la dificultad que esto les ocasionaba para transferir su propiedad o para garantizar créditos con la misma.

1.4.

En el régimen de la Ley 13512 el terreno debía ser siempre común.

En la Ley 13512 el terreno debía ser siempre y necesariamente común⁸, por lo que no era posible fraccionarlo en parcelas de propiedad exclusiva para cada uno de los consorcistas.

Opinando en contrario, Mariani de Vidal –en obras anteriores a la reforma– citaba jurisprudencia que aceptaba llanamente la posibilidad de que, parte del terreno donde se asentaba un edificio afectado al régimen de la Ley 13512, pudiera no ser común.

Es decir, que parte del terreno pudiera ser de propiedad privada, lo que ahora está permitido para los conjuntos inmobiliarios y otras modalidades de la propiedad horizontal, pero que antes de la reforma no lo estaba.

Comentando el art. 2 de esta ley, que determina las cosas y partes comunes de un edificio, Mariani decía: “El terreno: que no figura en los incisos, pero si en la primera parte de la disposición, y cuya inclusión entre las partes comunes resulta obvia, por estar construido sobre él el edificio sujeto al régimen de esta ley.”, y en nota a pie de página agrega: “Se ha resuelto que “nada impide que se excluya de la propiedad común un jardín situado en los fondos de edificio, cuya propiedad común no hace a razones de seguridad”; CN. Civ., sala – D, ED. 11-383.”⁹

Para Mariani parecía obvio –por una parte– que el terreno era común, pero –por otra parte– la doctrina judicial que citaba entendía que parte de este terreno podía ser de dominio privado.

No comparto la posición de la doctrina judicial reseñada, porque el legislador no condicionó, en la Ley 13512, que las cosas necesariamente comunes fueran tales solamente si

7 “Ya pensemos que la propiedad horizontal es un derecho autónomo, ya convengamos que se trata de un dominio que integra con un condominio de indivisión forzosa, lo cierto es que el objeto de este derecho es siempre un inmueble edificado, en el cual sobre ciertas partes cada consorcista tiene un derecho exclusivo y sobre otras un derecho común.” (Mariani de Vidal, Marina, Curso de Derechos Reales, Tomo 2, editorial Zavallia, Bs. As. 1997, pág. 235, II. Objeto del Derecho).

8 “Cada propietario será dueño exclusivo de su parcela o departamento y copropietario sobre el terreno y sobre todas las cosas de uso común del edificio, o indispensable para mantener su seguridad.” (art. 2 Ley 13512). Esto se reforzaba con la disposición que impedía hipotecar el terreno común sin la unanimidad de los consorcistas: “No podrá hipotecarse el terreno sobre el que se asienta el edificio de distintos propietarios, si la hipoteca no comprende a éste y si no cuenta con la conformidad de todos los propietarios.” (art. 14 Ley 13512). El DECRETO N° 18.734 fue dictado por el presidente Perón, en Bs. As., el 06/08/1949, y en su exposición de motivos dejó bien en claro que su finalidad era, como no podía ser de otro modo, reglamentaria: “CONSIDERANDO: Que el régimen de la propiedad de pisos y departamentos estatuido por la Ley núm. 13.512 requiere la sanción de normas reglamentarias para su efectiva aplicación.”

9 “Ya pensemos que la propiedad horizontal es un derecho autónomo, ya convengamos que se trata de un dominio que integra con un condominio de indivisión forzosa, lo cierto es que el objeto de este derecho es siempre un inmueble edificado, en el cual sobre ciertas partes cada consorcista tiene un derecho exclusivo y sobre otras un derecho común.” (Mariani de Vidal, Marina, Curso de Derechos Reales, Tomo 2, editorial Zavallia, Bs. As. 1997, pág. 235, II. Objeto del Derecho).

esto era impuesto por las necesidades de seguridad del edificio.

El legislador simplemente estableció, en la Ley 13512, que el terreno donde se construía un edificio debía ser común.

Sin ninguna excepción. Y si se pudiese entender que en la Ley 13512 parte de este terreno podía ser de dominio privado, la parte privada debería subdividirse, y al separarse de éste la parte del terreno que había sido edificado, ya no sería objeto de la propiedad horizontal, que solamente se extendería sobre la parte edificada del terreno.

Además, aún cuando aceptásemos la posibilidad de fraccionar el terreno donde se construyó un edificio sujeto al régimen de la Ley 13512 para hacer “un jardín” en “los fondos del terreno” hay una distancia enorme e insalvable entre lo resuelto en el caso jurisprudencial citado por Mariani de Vidal y pretender que varias hectáreas que se fuesen a someter al régimen de la Ley 13512 pudiesen tener partes que pudieran considerarse como “un jardín”, o como “varios jardines”.

Este era el problema que se creaba en los barrios cerrados en cuanto a la propiedad del jardín de cada unidad, que conforme a la Ley 13512 era necesariamente y en todos los casos, de propiedad común.

Así, el jardín de una vivienda dentro de un barrio cerrado – unidad funcional afectada a la Ley 13512- resultaba no ser de propiedad exclusiva del titular, sino un condominio de indivisión forzosa perpetuo e indivisible, aunque en estos casos pudiera ser de uso exclusivo de la unidad funcional contigua.

1.5.

La doctrina buscó la legitimación de una realidad social fuera del marco legal, forzando la interpretación de la ley, cuando, por el principio de clausura, los derechos reales sólo pueden existir dentro de la estructura que fija la ley.

En paralelo al mismo camino pragmático seguido por la jurisprudencia citada por Mariani de Vidal, Claudio Kiper –en una obra posterior a la reforma- sostiene que: “En la Provincia de Buenos Aires y en algunas otras que la han seguido se permite la solución del problema mediante la aplicación del régimen anterior de la Ley de Propiedad Horizontal. En efecto, allí el decreto 2489/63, en consonancia con el art. 1 del decreto 18734/49 reglamentario de la derogada ley nacional 13512, autorizó la inscripción en el Registro de la Propiedad de los títulos de constitución, transferencia, modificación o extinción de derechos reales, si las partes exclusivas, unidades a construir o en construcción constituyen cuerpos independientes de edificación o si las unidades de dominio exclusivo sin independencia tienen concluidos los servicios y cumplen ciertos requisitos..”¹⁰

Es cierto que el decreto 18734/49 mencionado modifica la estructura legal que establecía la Ley 13512, cuando dispone su aplicación a los terrenos edificados o a edificar, pero esto es inaceptable por la supremacía –antes de la reforma- de la Ley 13512 en cuanto ley del Congreso de la Nación, porque, de conformidad a la división constitucional de los poderes del Estado, el ejecutivo no puede alterar ni el contenido, ni la sustancia de las

10 (Kiper, Claudio, Tratado de Derechos Reales, editorial Rubinzal – Culzoni Santa Fe, 2016, Tomo I pág. 700).

leyes del Congreso de la Nación, que solamente debe reglamentar.

La modificación de la estructura legal de un derecho real sólo puede resultar de una nueva ley del Congreso de la Nación.

Se trataba de la estructura legal fijada por la Ley 13512 para un derecho real, lo que, de conformidad al CC: entonces vigente, solamente podía ser hecho por otra ley del Congreso de la Nación, principio constitucional que hoy el CCCN. acata y reafirma en el art. 1884, al que antes me he referido y que he transcripto.

1.6.

Más problemas ocasionados al intentar aplicar la estructura de la Propiedad Horizontal establecida por la Ley 13512, antes de la reforma, a emprendimientos urbanísticos no previstos en dicha estructura.

Si el comprador de una vivienda - unidad funcional- construida en un barrio privado sujeto al régimen de Propiedad Horizontal de la Ley 13512, quería ampliarla -para hacer, por ejemplo, un dormitorio más- se debía reformar todo el reglamento de copropiedad de todo el barrio, con el costo y desgaste enorme que ello suponía.

Sin hablar de otros problemas accesorios, como el aumento de la superficie de la edificación individual, que podía afectar los porcentajes de distribución de las expensas comunes, o que podía producir problemas de convivencia, si otros consorcistas se oponían a la modificación de alguna vivienda -unidad funcional-, o pedían el aumento del porcentaje en el pago de las expensas correspondientes a esa unidad en razón de la mayor superficie que ésta había incrementado.

En otros emprendimientos, donde la superficie mínima de los lotes no era problema, ya que se iban a fraccionar lotes de grandes dimensiones, destinados a compradores con mayores recursos económicos, la mayor superficie se mensuró y subdividió formando manzanas, calles y espacios verdes, y aún espacios comunes recreativos, como los destinados a salones de usos múltiples, piscinas, y cachas deportivas.

En estos emprendimientos, los lotes se adjudicaron propiedad privada a los fundadores y a los desarrollistas, y luego éstos vendieron los lotes a terceros adquirentes bajo el régimen del dominio clásico, en tanto que los espacios comunes se adjudicaron, por ejemplo, a una Sociedad Anónima que debía hacerse cargo de su mantenimiento, estando ligadas las acciones de esta sociedad a la propiedad de cada lote, debiendo, el titular de estas acciones y del lote accesorio, afrontar los gastos del funcionamiento de la sociedad, cuyo fin principal era el mantenimiento de las partes comunes.

Esta modalidad tenía muchas variantes, como por ejemplo, donar las calles y espacios verdes a un municipio, y delegar el mantenimiento de las mismas, y también de los espacios comunes recreativos a una sociedad comercial, de la cual todos los propietarios de los lotes debían ser accionistas, estando a cargo del ente societario cobrar los gastos de mantenimiento, equivalentes a lo que en el régimen de propiedad horizontal de la Ley 13512 -del que estos emprendimientos se apartaban completamente- se denominan "expensas comunes".

Como se ve, se habían creado derechos reales híbridos, donde el Dominio pretendía ser “accesorio” de una participación societaria –que era un entramado de derechos personales- y donde la sociedad –apartándose de los fines específicos de su existencia- no tenía como objetivo ganar dinero para los accionistas, sino reclamarles el aporte permanente de los gastos de funcionamiento de esta sociedad, cuyo propósito, a su vez, era mantener en funcionamiento los espacios comunes del barrio privado, lo que era indispensable para el acceso y otros servicios necesarios o beneficiosos para el uso de los lotes privados.

Si para solucionar el problema de la inexistencia del fin de lucro de la sociedad se recurría a la figura de una cooperativa, el problema se planteaba con el libre ingreso de quienes quisieran incorporarse a la misma, y en todos los casos, cuando se liquidaban estas personas jurídicas el patrimonio de las mismas no pertenecía al barrio privado ni a los propietarios de las parcelas, sino que era destinado por la ley a otras finalidades.

Como ventaja sobre el modelo anterior, este sistema permitía otorgar escritura a los compradores antes de que se edificaran los lotes, y les daba a los nuevos propietarios amplia libertad para edificar.

En este punto también los desarrollistas advirtieron que esta libertad para construir debía tener límites, y para ello se anexó al sistema un compromiso de convivencia –a veces bajo la forma de servidumbres negativas- que establecía, por ejemplo, que si el barrio era residencial, sólo podrían construirse viviendas familiares y no galpones ni locales comerciales, y que, en el ejemplo de las viviendas, estas deberían tener superficies cubiertas mínimas y máximas, y respetar ciertos estilos arquitectónicos.

En algunos casos se llegó a convenir que, antes de comenzar las construcciones los planos correspondientes debían ser aprobados, por ejemplo, por el directorio de la Sociedad Anónima conexas al barrio privado.

En la práctica este modelo fuera del sistema, que no era una Propiedad Horizontal, pero que tenía como objeto dar alguna estructura convencional a un barrio privado, tuvo graves problemas a la hora de recaudar los gastos de mantenimiento de los espacios comunes, y que, en la Ley 13512, tenían prevista la vía ejecutiva y otras ventajas para su cobro.

Conсорcistas incumplidores, pese a vivir en el barrio, se negaban a pagar estos gastos, cuestionando la falta de legitimación de la Sociedad Anónima para efectuar sus cobros, y he tenido noticia de algún caso en el que se llegó a plantear que, al demandar una sociedad anónima estos cobros, habría estado evadiendo el IVA.

2.1.

La estructura legal que establece en nuevo CCCN. para los barrios cerrados y otros conjuntos inmobiliarios recoge la valiosa experiencia de décadas en que la doctrina y la jurisprudencia argentina trataron de comprender y resolver los nuevos problemas urbanísticos de los “Barrios Cerrados” y otros emprendimientos inmobiliarios similares, sin el acompañamiento normativo.

En el CCCN., que entró en vigencia el 1º de enero de 2016 (art. 7 Ley 26994), en los títu-

los V y VI del Libro IV, establece un nuevo marco legal para la propiedad horizontal (Título V), y especialmente para sus modalidades que denomina “Conjuntos Inmobiliarios” (Título VI), que parece dar una adecuada solución a los problemas de los barrios cerrados y otros emprendimientos urbanísticos que estaban funcionando irregularmente, haciendo recepción de la experiencia doctrinaria y jurisprudencial que había propuesto los ajustes que necesitaba la estructura legal de aquel primer derecho real de propiedad horizontal para adaptarse a las realidades urbanísticas actuales.

No me detendré en este trabajo en la problemática del tiempo compartido ni de los cementerios privados por exceder el propósito de este trabajo, aunque en el título VI mencionado éstos están incluidos en la designación genérica de “Conjuntos Inmobiliarios”, porque mi objetivo es la adecuación de los barrios cerrados, parques industriales, empresariales o náuticos a la nueva normativa, y si bien estas otras modalidades también están incluidas en el mandato de adecuación, presentan algunos requisitos especiales que deberán desarrollarse en otro momento.

2.2.

El imperativo de la adecuación de los emprendimientos que están funcionando irregularmente a las nuevas normas del CCCN.

En el art. 2075 del CCCN., en su última parte, se ordena: “Todos los conjuntos inmobiliarios deben someterse a la normativa del derecho real de propiedad horizontal establecida en este título V de este libro, con las modificaciones que establece el presente Título, a los fines de conformar un derecho real de propiedad horizontal. Los conjuntos inmobiliarios preexistentes, o que se hubieran establecido como derechos personales o donde coexistan derechos personales y reales se deben adecuar a las previsiones normativas que regulan este derecho real.” (art. 2075, segundo y tercer párrafo, CCCN.¹¹).

La norma es muy clara: “todos los Conjuntos Inmobiliarios” deben configurarse de acuerdo a la estructura legal prevista en los Títulos V y VI del Libro IV del CCCN, especialmente los preexistentes, cualquiera sea su actual configuración que no se ajuste a la estructura legal establecida, ya sea que estén conformados como derechos reales o personales, o alguna combinación de ambos.

Ningún emprendimiento inmobiliario, ya sea que esté destinado a viviendas permanentes o temporáneas, o a otros destinos comerciales o laborales, o a usos mixtos, puede quedar fuera del sistema.

El legislador considera muy importante definir que es un “conjunto inmobiliario” porque solamente cuando se haya individualizado un emprendimiento como tal, ya sea que se esté en la etapa de su constitución, o que ya esté funcionando de hecho -pero fuera del sistema- se le podrá aplicar la exigencia de ajustarse a la estructura legal.

Para definir estos conjuntos inmobiliarios el legislador ha usado tanto el método del gé-

11 Art. 2075, segundo y tercer párrafo del Libro IV – De los Derechos Reales – Título VI – Conjuntos Inmobiliarios – Capítulo I – Conjuntos Inmobiliarios – del CCCN Ley 26994.

nero próximo y la diferencia específica¹², como el ejemplificativo¹³: en este último modo se muestra como “conjuntos inmobiliarios” tanto a “..los clubes de campo, barrios cerrados o privados, parques industriales, empresariales o náuticos o cualquier otro emprendimiento urbanístico..” (art. 2073, primera parte, del CCCN.¹⁴).

En cuanto a la definición por género próximo, ésta nos remite a la Propiedad Horizontal, con la cual, los conjuntos inmobiliarios tendrán algunas diferencias específicas, pero serán siempre formas especiales, o modalidades, de este derecho real.

El género próximo Propiedad Horizontal nos remite a su vez a otros géneros próximos, como los del Dominio y el Condominio, donde nuevamente encontraremos diferencias específicas que dan autonomía a este Derecho Real de Propiedad Horizontal.

Autonomía que ya se presentaba claramente en la anterior Ley 13512.

El art. 2074 del CCCN. continúa definiendo la estructura legal de los Conjuntos Inmobiliarios, donde un inmueble edificado podrá tener destino de vivienda, ya sea que éste sea permanente o temporal, o que este destino sea también de usos comerciales, industriales o mixtos (art. 2073, primera parte, del CCCN.).

Hasta aquí aparece el objeto de este derecho real como un inmueble edificado con distintos destinos de uso. El legislador también lo denomina “una urbanización”.

La forma como el inmueble y su edificación se vayan a utilizar, si se ajustan en términos generales a la estructura de este derecho real, determinará que estemos frente a un Conjunto Inmobiliario, que deberá imperativamente tomar las formas correspondientes y acomodarse al marco legal que le ha impuesto el legislador.

Los demás elementos característicos de la estructura legal de los Complejos Inmobiliarios son su cerramiento –esto se presenta generalmente en los barrios cerrados, aunque no sería esencial: podría no darse este elemento-; tener partes comunes y privativas –como cualquier otro caso de Propiedad Horizontal- indivisión forzosa y perpetua de todas las partes y bienes comunes- aquí hay una ampliación de la estructura tradicional de la Propiedad Horizontal, no sólo para esta modalidad, sino también en general, ya que la Ley 13512 no permitía que los bienes fueran objeto de este derecho real-; órganos de funcionamiento y representación; régimen de convivencia –que en general es un elemento que tiene todo caso de Propiedad Horizontal, pero que, cuando se trata de conjuntos inmobiliarios, prevé algunas particularidades, que curiosamente se extenderán de esta forma especial al modelo principal-; siendo las partes privativas y comunes y las facultades que sobre ellas se tienen, interdependientes e indivisibles: “Son elementos característicos de estas urbanizaciones los siguientes: cerramiento, partes comunes y

12 Dice López de Zavalía: “Hay muchas formas de definir: elegimos la que procede por determinación del género próximo y la diferencia específica.” (López de Zavalía, Fernando J. “Derechos Reales”, tomo I, editorial Zavalía, Bs. As. 1989 pág. 7, apartado I.I.).

“En la doctrina clásica aristotélica se establece que, como norma general, una definición ha de incluir: “Género. La clase a la que pertenecen los objetos, ideas o seres vivientes designados mediante el término definido. “Diferencia específica. Las características diferenciales de esa clase. Por ejemplo, en la definición de lápiz: instrumento de escritura formado por una barra de grafito envuelta en madera, la primera parte: instrumento de escritura [...] es el género, y la segunda: [...] formado por una barra de grafito envuelta en madera es la diferencia específica.” (Wikipedia, captura de pantalla 22/08/2019)..

13 “Háblase de la definición “ostensiva” cuando ella se hace por el método de mostrar la cosa misma, y tal es la definición que corresponde a los términos primitivos del lenguaje cosal.” López de Zavalía, Op. Cit. Pág. 8, nota a pie de página, I-III.).

14 Art. 2073, primera parte, Libro IV –De los Derechos Reales- Título VI –Conjuntos Inmobiliarios- Capítulo I –Conjuntos Inmobiliarios- del CCCN. Ley 26994.

privativas, estado de indivisión forzosa y perpetua de las partes, lugares y bienes comunes, reglamento por el que se establecen órganos de funcionamiento, limitaciones y restricciones de los derechos particulares y régimen disciplinario, obligación de contribuir con los gastos y cargas comunes y entidad con personería jurídica que agrupe a los propietarios de las unidades privativas. Las diversas partes, cosas y sectores comunes y privativos, así como las facultades que sobre ellas se tienen, son interdependientes y conforman un todo inescindible.” (art. 2074 del CCCN.¹⁵).

Es excelente la síntesis que Mariani de Vidal y Abella hacen del concepto que da el legislador en el CCCN. de los “Conjuntos Inmobiliarios” y que he venido comentando: “Debemos recordar que a los clubes de campo y barrios privados residenciales (también denominados “urbanizaciones privadas residenciales”, especialmente en la doctrina española) se los designa y caracteriza por contar con un área territorial de extensión limitada, regida por un plan de ordenamiento territorial, con unidades funcionales o parcelas privativas independientes (construidas o a construir) y áreas comunes de uso común, destinadas las primeras a vivienda (transitoria o permanente) y las segundas a la práctica de actividades deportivas, culturales y sociales, existiendo entre el área de viviendas y la recreativa una relación funcional y jurídica que las convierte en un todo inescindible, vinculadas por el destino común, hallándose dotadas de la correspondiente infraestructura para la prestación de los servicios esenciales, la que reposa en cabeza de la urbanización y es comunitaria..”¹⁶

Algún sector de la doctrina anterior al nuevo CCCN. sostenía que las partes comunes eran accesorias¹⁷ de las unidades funcionales en la Propiedad Horizontal, pero la nueva ley las equipara: no hay partes principales ni accesorias, sino partes iguales en su importancia e interdependientes.

El legislador ha dado mucha importancia a la definición de lo que es un “Conjunto Habitacional”, porque todos éstos deberán ajustarse a la estructura legal de la Propiedad Horizontal en alguna de sus modalidades.

2.3.

El imperativo de adecuación de los barrios privados y otros emprendimientos a la estructura legal correspondiente, sin plazo ni sanción ¿Es el mero enunciado de un deber moral?

Todo emprendimiento inmobiliario en formación que presente algunas de las características que el legislador ha definido tan cuidadosamente, debe adecuarse al modelo legal, y si ya está funcionando de hecho fuera del sistema, puede y debe adecuarse a las nuevas estructuras legales disponibles.

El CCCN. establece imperativamente que “todos los conjuntos inmobiliarios deben someterse a la normativa del derecho real de propiedad horizontal.. con las modificaciones que establece el presente título..” (art. 2075 del CCCN.¹⁸), pero la única sanción prevista

15 Art. 2074 idem anterior.

16 Mariani de Vidal y Abella, Op. Cit. Pág. 308.

17 “El Dominio y el condominio se encuentran “indisolublemente unidos” en una relación de principal (el dominio) a accesorio (el condominio de indivisión forzosa), como resulta prístinamente del art. 3 de la ley (13512).” Mariani de Vidal, Marina, Op. Cit. Pág. 233, apartado 3.)..

18 Art. 2075 idem anterior.

por el legislador es la del art. 1884¹⁹ que establece que los derechos reales irregulares –fuera de la estructura legal- son nulos.

Sin embargo, esta sanción genérica no es menor, porque estos emprendimientos no tendrían el auxilio del estado para funcionar, ni tendrían representantes legitimados para accionar, ni tampoco acciones específicas para asegurar coactivamente su funcionamiento, no pudiendo, por ejemplo, cobrar los gastos comunes, ni disponiendo de vía ejecutiva para ello, etc., salvo aplicando los principios del enriquecimiento indebido o del empleo útil, lo que significaría la necesidad de dar un interminable rodeo legal, abierto a toda clase de planteos dilatorios de los morosos, en vez de usar acciones directas.

En estas condiciones, será sumamente inviable el funcionamiento y la convivencia en los Conjuntos Inmobiliarios irregulares, a la vez que queda abierto –sin plazo de caducidad- el mandato del legislador para ingresar en el sistema.

La ley no sólo establece que los Conjuntos Inmobiliarios (y las demás formas de Propiedad Horizontal Especiales) se constituyan desde su origen de conformidad a la estructura legal establecida, sino que ordena, imperativamente, que los emprendimientos que funcionen de hecho como tales, cualquiera sea el ropaje legal que estén usando actualmente, y que no sea la estructura legal que corresponde, se “adecuen” a la estructura legal.

En este caso, no se fijan plazos para la adecuación ni sanciones para la persistencia en la irregularidad.

Posiblemente el legislador consideró que las dificultades de la irregularidad y los beneficios de la regularización eran tan grandes y evidentes, que no era necesario establecer plazos ni sanciones.

Es interesante la opinión de Gabriel Fuster, citado por Kiper, en el sentido de que, al no haber plazos ni sanciones en el CCCN., este mandato de adecuación sería meramente un deber moral, inexigible: “El Código no indica el plazo en el que se debe cumplir con la adecuación, ni establece sanción por el incumplimiento. Tampoco determina el procedimiento que se deberá seguir a esos efectos, En opinión de Fuster, se trata de un deber moral, de una obligación natural, inexigible, más aún si no están todos los afectados de acuerdo (FUSTER, Gabriel, ¿Adecuación de los conjuntos inmobiliarios preexistentes?, en L.L. Cuyo 2015 (noviembre), 1047, nota a pie de página, Kiper, Claudio, Tratado de los Derechos Reales, editorial Rubinzal – Culzoni, Santa Fe, 2016, Tomo I pág.713 nota 11).

No comparto esta opinión porque entiendo que no estamos tratando de derechos personales, de obligaciones, donde debe haber plazos para el cumplimiento –si no son convenidos por las partes, podrán fijarlos los jueces- y sanciones para el caso de incumplimiento, sino de derechos reales donde el tema es que, para que exista el derecho, debe existir una estructura legal.

Lo que ha ocurrido es que, frente a situaciones de hecho que manifiestamente exceden los derechos personales, y frente a la sanción de nulidad para generar derechos reales

19 Art. 1884, última parte, Libro IV –De los Derechos Reales- Título I –Disposiciones Generales- Capítulo I –Disposiciones Comunes- del CCCN. Ley 26994.

de los contratos que han originado estas relaciones de hecho, el legislador ha previsto una norma transitoria que reafirma la exigencia de una estructura legal para la valides de los acuerdos del emprendimientos, pero que también manda y facilita su adecuación.

La nulidad de los contratos que establecieron estructuras legales inexistentes, o modificaron indebidamente las estructuras legales previstas durante la vigencia de la Ley 13512, puede y debe sanearse mediante la aplicación a cada emprendimiento de las nuevas estructuras legales ahora establecidas.

2.4.

Los requerimientos esenciales para la adecuación de los emprendimientos irregulares a las nuevas modalidades de la Propiedad Horizontal del CCCN. La intervención notarial.

La adecuación debe ser otorgada por todos los titulares de derechos en el emprendimiento irregular, quienes deben ser mayores de edad, y deben prestar su consentimiento, y deberá hacerse por escritura pública en todos los casos, de conformidad a lo previsto en el art. 1017 inc. a.) del CCCN.: “Deben ser otorgados por escritura pública: a.) Los contratos que tienen por objeto la adquisición, modificación o extinción de derechos reales sobre inmuebles..”²⁰

Además, por el reenvío que el art. 2075²¹ hace a las normas generales de la Propiedad Horizontal, la forma para este derecho real, es esencial: “Constitución. A los fines de la división jurídica del edificio, el titular del dominio o los condóminos deben redactar, por escritura pública, el reglamento de propiedad horizontal, que debe inscribirse en el registro inmobiliario.” (art. 2038 del CCCN.²²).

2.5.

La intervención jurisdiccional en los procesos de adecuación de los barrios cerrados y otros emprendimientos a las nuevas modalidades de la Propiedad Horizontal.

La incapacidad de los menores o de otros titulares podrá ser salvada con las correspondientes autorizaciones judiciales, destacándose que el juez y los representantes promiscuos de los incapaces deberán tener en cuenta que si bien la adecuación traerá aparejados gastos que serán de mayor o menor importancia, estos gastos deben ser considerados necesarios, porque sin ellos el sistema, antes o después, se destruirá o será funcionalmente inviable.

Para el caso de no conseguirse el consentimiento unánime de todos los interesados o las venias supletorias necesarias, la adecuación podrá ser demandada por cualquiera de los titulares de algún derecho en el Conjunto Inmobiliario.

En este juicio de adecuación de un emprendimiento urbanístico al marco legal, serán partes necesarias todos aquellos que tengan algún interés en el mismo.

Para otorgar el reglamento de copropiedad de un Conjunto Inmobiliario, hace falta la

20 Art. 1017 inc. a.), Libro III –Derechos Personales- Título II –Contratos en General- Capítulo VII – Forma- del CCCN. Ley 26994.

21 Art. 2075, segundo párrafo, Libro IV –De los Derechos Reales- Título VI –Conjuntos Inmobiliarios- Capítulo I –Conjuntos Inmobiliarios- del CCCN. Ley 26994.

22 Art. 2038, Libro IV –De los Derechos Reales- Título V –Propiedad Horizontal- Capítulo I –Disposiciones Generales- del CCCN. Ley 26994.

mensura y subdivisión de la mayor superficie de terreno donde se asienta o se asentará el mismo.

Cuando se prevé la constitución de una propiedad horizontal, el legislador se refiere inmediatamente a la división, de un inmueble edificado o por edificarse, en partes propias y comunes, porque esta división es el elemento esencial de su estructura legal: "Constitución. A los fines de la división jurídica del edificio." (art. 2038 , primera parte, del CCCN.²³).

Pero son distintas las exigencias de esta división en el caso de un edificio que se somete a la propiedad horizontal, donde se debe mensurar el terreno sobre el que se asienta la construcción, y luego se debe mensurar, separadamente, lo edificado y subdividirlo en partes propias y comunes²⁴, que en el caso de que, lo que se pretenda dividir sea un barrio cerrado, o un parque industrial.

En el caso del edificio, la edificación debe estar terminada y con final de obra.

En el caso de los conjuntos inmobiliarios, no es necesario que el inmueble esté edificado, porque la edificación la podrá realizar después y cuando lo desee, cada uno de los propietarios de las partes comunes; solamente será necesaria la mensura y subdivisión del terreno a fin de determinar su perímetro y luego dividirlo en manzanas y sus lotes, y en calles, espacios verdes y espacios recreativos.

Podrá preverse en el reglamento del Conjunto Inmobiliario el cerco perimetral y sus accesos o no.

Pero en el caso de que se prevea el cerco no será requisito necesario para otorgar la escritura de reglamento, ni para inscribirla, y en el caso en que el barrio vaya a estar cerrado, no será necesario que el cerco correspondiente esté ya construido.

2.6.

Las autorizaciones administrativas necesarias para constituir un futuro barrio privado o para adecuar un emprendimiento ya existente al marco legal. Supremacía del ordenamiento administrativo local sobre el CCCN.

El cumplimiento de las normas administrativas locales y la autorización administrativa previa serán indispensables para la constitución de un nuevo conjunto inmobiliario, y así lo ha previsto el legislador: "Son conjuntos inmobiliarios los clubes de campo, barrios cerrados.. con arreglo a las normas administrativas locales." (art. 2073 del CCCN.²⁵).

El reconocimiento de las normas administrativas por sobre el CCCN. pone en conflicto los derechos individuales de los desarrolladores y de los consorcistas con las necesidades de la política de edificación y urbanización de los municipios.

23 Art. 2038, primera parte, idem anterior.

24 "Para la inscripción del reglamento de copropiedad y administración deberá presentarse éste al Registro de la Propiedad, y un plano del edificio extendido en tela, firmado por profesional con título habilitante. En dicho plano las unidades se designarán con numeración corrida y comenzando por las de la primera planta , se consignará las dimensiones y la descripción detallada de cada unidad y de las partes comunes del edificio, y se destacará en color las partes de propiedad exclusiva."(art. 4 Decreto Ley N°18734/49, T.O. por Decreto N° 23049/56.).

25 Art. 2073 idem anterior.

Es esencial que estos conflictos de los particulares entre sí o con las autoridades administrativas locales puedan ser dirimidos por los jueces de la Constitución.

Los conjuntos inmobiliarios no pueden ser una vía de escape para estas normas locales de orden público y de interés colectivo, pero tampoco los límites y restricciones que las normas administrativas pongan a la propiedad privada pueden ser irrazonables.

Son los jueces quienes deben resolver estos conflictos dentro del marco legal que establecen la Constitución Nacional, el CCCN. y las leyes locales.

Las ventajas que puede traer un barrio cerrado a sus vecinos, en cuanto a seguridad, calidad de vida etc. pueden ocasionar algunos perjuicios a otros vecinos que viven fuera del barrio cerrado.

Esto también genera conflictos que deben ser previstos en las leyes locales y en el CCCN. y que, en última instancia, deberán resolver los jueces aplicando armónicamente estas normas.

Por ejemplo, una superficie cercada de varias hectáreas, en una zona urbana densamente poblada, importa cerrar calles que llegan hasta el perímetro cerrado, pero que no pueden atravesarlo, lo que obliga a quienes circulan por la zona a dar largos rodeos para trasladarse más allá del barrio cerrado.

2.7.

Hubiera sido conveniente que se unificaran para todo el país, en el CCCN., por lo menos algunos principios básicos que marquen hasta donde pueden llegar las limitaciones administrativas sobre las modalidades de la propiedad horizontal, ya sea por razones urbanísticas, o de ordenamiento territorial, o de defensa del medio ambiente, y no, como se ha hecho, subordinar la estructura legal de los conjuntos inmobiliarios, a la diversidad de los ordenamientos locales.

Hubiera sido conveniente que el CCCN. o una ley complementaria del Congreso de la Nación unificara para todo el país los requisitos básicos generales para obtener la autorización administrativa para formar un barrio cerrado o cualquier otro conjunto inmobiliario, y especialmente para las situaciones de transición donde el barrio ya existiese y estuviese funcionando sin la estructura legal correspondiente.

Podría haberse utilizado, por ejemplo, los principios de: a.) la prioridad en el uso; b.) las necesidades económicas; y c.) el respeto del ejercicio regular del derecho de propiedad, que ya el viejo CC. se establecía –y que el nuevo CCCN. conserva– para resolver conflictos de restricciones y límites al dominio: “En la aplicación de esta disposición el juez debe contemplar las exigencias de la producción y el respeto debido al uso regular de la propiedad; asimismo tendrá en cuenta la prioridad en el uso..” (art. 2618 CC. derogado, Ley 340²⁶).

El nuevo CCCN. mantiene el principio de prioridad en el uso, al que agrega el principio del interés general, pero subordinándolo a la legislación administrativa local, a diferencia del CC. derogado que no establecía esta subordinación, pero manteniendo su aplica-

26 Art. 2618, tercer párrafo, Libro III –De los Derechos Reales– Título VI –De las Restricciones y límites al Dominio– del CC. Ley 34.

ción limitada a las molestias ocasionadas por determinadas actividades en inmuebles vecinos, como lo hacía el CC. derogado: “Las molestias que ocasionen el humo, calor, (etc.).. aunque medie autorización administrativa para aquellas..” (art. 1973, primer párrafo, del CCCN.²⁷).

Esto sigue el pensamiento que el legislador expone en la primera parte del art. 1970²⁸: “Normas administrativas. Las limitaciones impuestas al dominio privado en el interés público están reguladas por el derecho administrativo. El aprovechamiento y uso del dominio sobre inmuebles debe ejercerse de conformidad con las normas administrativas aplicables en cada jurisdicción..”, lo que queda aún más claro con la parte final de este artículo que expresamente declara los límites al dominio del CCCN subsidiarios de las normas de convivencia vecinal locales: “.. Los límites impuestos al dominio en este Capítulo en materia de relaciones de vecindad, rigen en subsidio de las normas administrativas aplicables en cada jurisdicción.” (art. 1790, última parte, del CCCN.²⁹).

Como están estas normas actualmente, las facultades del juez para flexibilizar las restricciones administrativas en relación a los barrios cerrados, ya sea que vayan a construirse o que estén ya construidos y en funcionamiento, pero sin estructura legal, parecen como muy limitadas.

La posibilidad de que los jueces puedan morigerar exigencias administrativas irrazonables, o que puedan resultar excesivas, o que puedan dar soluciones de equidad, privilegiando el derecho de propiedad, y especialmente el derecho constitucional a la vivienda digna, frente a las limitaciones administrativas, puede recibir tutela con aplicación de las normas básicas constitucionales.

Pero daría mucho mayor previsibilidad a los reclamos ciudadanos si se establecieran –en una futura reforma- normas que permitiesen resolver estos conflictos en todo el territorio nacional, extendiendo para las restricciones administrativas de la Propiedad Horizontal y sus modalidades, con las excelentes, probadas y sencillas fórmulas de su “ejercicio regular”; o “la prioridad en el uso”, o del “interés general”, que absorbe “las necesidades de la producción”, que deberían incorporar también en forma explícita “las necesidades habitacionales” –la gente que produce tiene que habitar dignamente- para resolver los conflictos entre las reglamentaciones urbanísticas y el ordenamiento territorial y los problemas de “techo” de la gente.

En la nueva reforma, estos principios, que en el CC. anterior y en el actual CCCN. han sido establecidos para fijar los límites del uso regular del Derecho Real de Dominio en general, podrían ahora extenderse y adecuarse a las limitaciones administrativas a que podrá estar sujeto el Derecho de Propiedad Horizontal y sus modalidades, pero dando supremacía a estos principios básicos que debería incorporar el CCCN. sobre las legislaciones locales.

La prioridad en el uso, por ejemplo, hubiera servido de soporte legal para regularizar la situación de los barrios cerrados, por ejemplo, porque facilitaría enormemente la adecuación de estos emprendimientos de hecho a las nuevas estructuras legales.

27 Art. 1973, primer párrafo, Libro IV –Derechos Reales- Título III –Dominio- Capítulo IV –Límites al Dominio- del CCCN. Ley 26994.

28 Art. 1970, primera parte, idem anterior.

29 Art. 1970, última parte, idem anterior.

La situación que se pudo plantear cuando se fundó el barrio, en un suburbio no urbanizado, sin cortar ninguna calle, porque no las había, podría ser ampliamente valorada en función de este principio de “prioridad en el uso”.

Lo mismo sucedería si se quisiera emprender un conjunto inmobiliario de este tipo en un suburbio aún no urbanizado, sin calles abiertas, y donde el modelo de “barrio cerrado” podría ser el medio para establecer una nueva población en predios rurales.

Es cierto que los legisladores locales seguramente tendrán en cuenta los intereses habitacionales, el ejercicio regular de la propiedad, y la prioridad en el uso, al dictar normas urbanísticas, de ordenamiento territorial, o de convivencia, pero sería una garantía de solución de estos conflictos entre los ciudadanos y los poderes públicos locales, establecer explícitamente en el CCCN. la supremacía de estos principios que parecen elementales, asegurando su aplicación uniforme para todo el país, para que los jueces puedan ejercer el control jurisdiccional de la aplicación de dichos principios en caso de tensión con las normas administrativas locales.

En especial en los casos de transición donde existen barrios cerrados u otros emprendimientos urbanísticos en funcionamiento que deben ser regularizados con celeridad y economía.

2.8. Conclusión:

Mientras tanto, los argentinos que habiten en barrios cerrados, deberán confiar la defensa de sus viviendas en la aplicación por los jueces de las garantías constitucionales del derecho de propiedad y a la vivienda digna, con la esperanza que esta jurisprudencia innovadora impulse los futuros cambios legislativos que establezcan en el CCCN. reglas claras que unifiquen para todo el país la aplicación efectiva de dichas garantías.

La doctrina y la opinión pública deben esforzadamente impulsar estos cambios que restablezcan las facultades de los jueces para proteger el ejercicio regular de la propiedad y que logren conciliar las necesidades de vivienda con las políticas locales de urbanización, ordenamiento territorial y defensa de la ecología.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

- Ahumada, Daniel Eduardo; “Ley Registral Inmobiliaria - Ley 5771 y Disposiciones Técnico Registrales”, Editorial Alveroni, Córdoba 2002.
- Alchouron, Carlos E. - Bulygin, Eugenio; “Introducción a la Metodología de las Ciencias Jurídicas y Sociales”, Editorial Astrea, Bs. As. 1987.
- Bortolatto, Ana María; “Derechos Reales - Manual”, Editorial Conosur, Córdoba 1994.
- Bortolatto, Ana María; “Manual Guía de Derechos Reales”, Editorial Francisco Ferreyra, Córdoba 2000.
- Díaz Reyna, José Manuel, “Derechos Reales Disposiciones Generales en el CCCN.” en Revista de Estudios de Derecho notarial y registral de la universidad Blas Pascal, editorial UBP, Córdoba 2016, ISSN: 2362 - 3845, Volumen 3 año 2016, pág. 178, apartado III:
- Efectos de la violación del numerus clausus.

- Escriche, Joaquín D.; “Novísima Edición del Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia – Compilado, Concordado y Comentado por D. Francisco Pi y Arsuaga”, Editorial Garnier Hermanos, París 1901.
- Highton, Elena; “Derechos Reales – Vol. 1: Posesión”, Editorial Ariel, Bs. As. 1979.
- Kiper, Claudio; “Tratado de Derechos Reales – Código Civil y Comercial de la Nación – Ley 26994”, Editorial Rubinzal – Culzoni, Santa Fe 2016.
- Laquis, Manuel Antonio; “Derechos Reales”, Editorial Depalma, Bs. As. 1975.
- Lafaille, Héctor; “Curso de Derechos Reales – Notas Taquigráficas de Isauro Arguello (h) y Pedro Frutos”, Editorial Talleres Gráficos Ghio, Bs. As. 1925/1926.
- Lafaille, Héctor; “Derecho Civil - Tratado de los Derechos Reales”, Editorial Ediar, Bs. As. 1943.
- López de Zavalía, Fernando J.; “Derechos Reales”, Editorial Zavalía, Bs. As. 1989.
- Martínez, Zenón; “La Posesión”, Editorial Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe 1939.
- Mariani de Vidal, Marina; “Curso de Derechos Reales”, Editorial Zavalía, Bs. As. 1997.
- Mariani de Vidal, Marina – Abella, Adriana; “Derechos Reales en el Código Civil y Comercial”, Editorial Zavalía, Ciudad Autónoma de Bs. As. 2016.
- Martínez, Víctor; “La posesión en la codificación civil hispanoamericana (Concepto y Elementos)”, Editorial Banco Social de Córdoba, Córdoba 1990.
- Moisset de Espanés, Luis; “Clases de Derechos Reales”, Editorial Advocatus, Córdoba, 1998.
- Moisset de Espanés, Luis; “Publicidad Registral”, Editorial Advocatus, Córdoba, 1991.
- Molinario, Alberto; “De las Relaciones Reales”, Editorial Universidad, Bs. As. 1981.
- Musto, Néstor Jorge; “Derechos Reales”. Editorial Rubinzal – Culzoni, Imprenta de la Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, 1981.
- Papaño, Ricardo José; Kiper, Marcelo Claudio; Dillon, Grgorio Alberto y Causse, Jorge Raúl; “Derechos Reales”, Editorial Depalma, Bs. As. 1989.
- Salvat, Raymundo M.; “Tratado de Derecho Civil Argentino (Derechos Reales)” Tomo I; Editorial F. Pereyra e hijos – Editores”, Bs. As. 1927.
- Salvat, Raymundo M.; “Tratado de Derecho Civil Argentino (Derechos Reales)” Tomo 2 – Segunda Parte Propiedad; Editorial Jesús Menendez, Bs. As. 1930.
- Ventura, Gabriel B.; “El Régimen Registral del Automotor”, trabajo publicado originalmente en el “Tratado de Derecho Federal y Leyes Especiales”, Dirigido por la Dra. Palacio de Caeiro, Ed. La Ley, Bs. As., 2013.
- Ventura, Gabriel B.; “Ley 17801 – Registro de la Propiedad Inmueble – Comentada – Anotada”, Editorial Hammurabi, Bs. As. 2009.

APROXIMACIÓN A LOS CONCEPTOS DE BLOCKCHAIN, SMART CONTRACTS Y SU RELACIÓN CON LA FUNCIÓN NOTARIAL

APPROACH TO THE CONCEPTS OF BLOCKCHAIN, SMART CONTRACTS AND THEIR RELATIONSHIP WITH THE NOTARIAL FUNCTION

CECILIA SOLEDAD CARRERA¹

RESUMEN

Los desarrollos tecnológicos inciden en la forma en que tiene lugar el desenvolvimiento de las relaciones humanas a través del uso de los instrumentos jurídicos. Internet y los sistemas informáticos permiten la creación, almacenamiento, recuperación y difusión de documentos a través de códigos digitales. Así, los documentos se desmaterializan para digitalizarse. Por ello, el artículo pretende realizar una aproximación a los conceptos de blockchain y smart contract, y luego abordar algunas posibles vinculaciones e incidencias respecto de las funciones notariales.

ABSTRACT

Technological developments affect the development of human relationships through the use of legal instruments. Internet and computer systems allow the creation, storage, retrieval and dissemination of documents through digital codes. Thus, documents are dematerialized to be digitized. Therefore, the article aims to make an approach to the concepts of blockchain and smart contract, and then present some possible impacts regarding notarial functions.

¹ Abogada. Escribana. Especializando en Derecho Judicial y de la Judicatura, UCC. Prosecretaria Letrada Civil en el Poder Judicial de Córdoba. Tutora en Educación a Distancia, carrera de Notariado, asignaturas Derecho Registral y Práctica Notarial, UBP. Correo electrónico: ceciliasc2002@yahoo.com.ar

PALABRAS CLAVES: blockchain - smart contract - Tecnología de Registro Distribuido - funciones notariales - Notariado Latino.

KEYWORDS: *blockchain - smart contract - Distributed edger Technology - notarial functions - Latino Notary.*

SUMARIO: I. Introducción. II. Blockchain y tecnología de registros distribuidos: conceptos básicos. III. Smart contracts. IV. Smart contracts, contratos inteligentes y la función notarial. V. Reflexiones finales.

I. Introducción

Los desarrollos tecnológicos inciden en que se desenvuelven las relaciones humanas a través del uso de los instrumentos jurídicos. Así, se desarrollan innovaciones tecnológicas con el objeto de preservar actos jurídicos, con garantías de validez y autenticidad. Ello ha sido una constante en la historia del derecho. Pero en la actualidad se está andando a pasos de gigantes, que van más allá de la codificación a través del lenguaje escrito en papel para dar un salto hacia una codificación realizada por sistemas informáticos.

La Internet y los sistemas informáticos permiten la creación, almacenamiento, recuperación y difusión de documentos a través de códigos digitales. Entonces, los documentos se desmaterializan para digitalizarse. En consonancia con esta tendencia y de la mano de Tecnologías de Registros Distribuidos aparecen conceptos que se suman a los de firma digital, documento digital, instrumentos notariales digitales (escritura, testimonio y protocolo). Hoy, comienzan a resonar expresiones como *blockchain*, contratos digitales y *smart contracts*. La función notarial es impactada por estas innovaciones, desde que el escribano es un profesional del derecho depositario de la fe pública, que brinda asesoría legal y cumple múltiples tareas, entre las que destaca la documental.

Dado que las herramientas referidas son una realidad, en este artículo se pretende realizar una aproximación a los conceptos de *blockchain* y *smart contracts*. En la literatura jurídica se anuncia que estos traen consigo cambios en el diseño de las relaciones jurídicas. Por ello se abordarán algunas posibles vinculaciones e incidencias respecto de las funciones notariales.

II. Blockchain y tecnología de registros distribuidos: conceptos básicos

En el año 2007 Satoshi Nakamoto² desarrolló el sistema de transacciones denominado blockchain para la criptomoneda³ *bitcoin*. En 2008 publicó un documento intitulado "*Bitcoin: a peer - to - peer electronic chash sistem*", en el que se exponen las especificaciones técnicas del sistema. En 2009 se empezó el minado del bloque 0 , es decir tuvo lugar la creación del primer bloque de la cadena, para *bitcoin*.

2 Satoshi Nakamoto es una persona o un grupo de personas, cuya identidad es desconocida, que desarrollo el sistema blockchain o cadena de bloques.

3 La criptomoneda o criptodivisa es una moneda digital protegida por técnicas de cifrado.

Si bien la idea del *blockchain* se desarrolló en torno a *bitcoin*, actualmente la tecnología se aplica para otras criptodivisas, tales como. Ello porque "*Blockchain es un libro digital incorruptible de transacciones económicas que puede programarse para registrar no solo transacciones financieras, sino virtualmente todo lo que tiene valor*" (GARCÍA MEXÍA, Pablo (2018): p. 42).

Ahora bien, ¿qué es una cadena de bloques?

En pocas palabras se puede decir que "*la cadena de bloques es una base de datos apoyada en tecnología peer to peer y por tanto compartida por múltiples nodos, en la que se registran bloques de información*" (TUR FAÚNDEZ, Carlos (2018): p. 33).

A la *blockchain* subyace la Tecnología de Registros Distribuidos o *Tecnología Distributed-Ledger* o *DLT*. Por su actual reconocimiento, por ser la tecnología empleada por *bitcoin*, es que se suele identificar ambos conceptos: *blockchain* y *bitcoin*. Empero, la operatoria con *bitcoin* no es la única aplicación que tiene la cadena de bloques. *Ethereum*⁴ y *Hyperledger*⁵, entre otros, también la aplican.

El concepto de *blockchain* es simple, pero entender el funcionamiento interno de la cadena de bloques puede resultar complejo, ya que supone conocer términos técnicos, tales como qué es la criptografía, qué son los nodos, los algoritmos, los tokens, y otros conceptos. A continuación se analizan algunos de ellos.

Tecnología de Registros Distribuidos

La *DLT* es una programación informática que permite a los usuarios grabar y almacenar permanente, simultánea y públicamente los datos introducidos por un colectivo de personas que operan en distintos servidores informáticos dispersos en la red o nodos. Esa información es compartida por ellos, sin que una entidad registradora central intervenga (IBÁÑEZ JIMÉNEZ, Javier Wenceslao (2018): p. 15).

Nodos

Los nodos son servidores, equipos interconectados a través de una red de computadoras ubicadas en distintas partes del mundo, en los que, previa descarga y ejecución de uno o varios programas, se almacena información de manera descentralizada y pública. Estos nodos trabajan en forma colaborativa recogiendo, compartiendo y preservando, mediante algoritmos de consenso esa información, lo que garantiza la validez y transparencia de cada bloque. Cada nodo va a contar con una réplica de todos los registros que integran la cadena de bloques.

Dado que los nodos se organizan y conservan la información en forma descentralizada y colaborativa, conforman una cadena de bloques en la que los datos están enlazados de modo tal que, una vez que son publicados, no se pueden modificar por ningún usuario de la red, deviniendo en inmutables. Ello hace que la *blockchain* sea un registro descentralizado de información que elimina todo tipo de intermediación, en el que los procesos se realizan de forma instantánea, con un alto rango de seguridad, dado por los protocolos cuyas reglas controlan la comunicación entre los nodos que conforman la red.

4 Ethereum es la cadena de bloques pública que permite la creación de smart contracts.

5 Hyperledger es la cadena de bloques empleada para la realización de transacción empresariales, siendo sus participantes empresas tecnológicas, financieras, cadenas de suministros, etc.

Estos nodos o servidores controlan la integridad del registro. Al recibir la información de las transacciones cargadas, realizan la validación, agregándola a los bloques. Luego el bloque es agregado a la cadena, y compartido con los otros nodos.

Peer - to - peer o P2P

El término *peer - to - peer* puede ser traducido como “de igual a igual”. Con él se hace referencia red constituida por múltiples nodos iguales y en las que no existen servidores o clientes, ni autoridad que centralice su operatoria.

El *blockchain* constituye una red que usa el protocolo P2P. Esto la convierte en una red entre pares conformada por nodos que se comportan como iguales entre sí, usando un protocolo común. De esta manera, se comunican mediante Internet para validar, almacenar y mantener actualizada una copia de los mismos datos.

Bloques

La *blockchain* es una cadena de bloques (eslabones). Cada bloque es un registro de datos de una transacción generado por los nodos de la red, que se va añadiendo a la cadena. Por eso se ha señalado que la cadena de bloques o *blockchain*

“[...] consiste, en esencia, en una base de datos compartida en una red de usuarios. En ella se anotan y anudan bloques de datos (por orden temporal de generación) de forma indeleble, registrándose de forma acumulada y además inalterable. Lo que es asegurado por el empleo telemático de algoritmos que encriptan o cifran (criptográfica y doble o asimétricamente, usándose a la par una clave pública o compartida y otra privada no descifrable por otros) los datos” (IBÁÑEZ JIMÉNEZ, Javier, W (2017).

Cada bloque contiene un sello de tiempo (fecha y hora del bloque y sus transacciones); un hash que permite la identificación del bloque-transacción; un *nonce*⁶ o número oculto y la información encriptada⁷, que es el contenido material del bloque.

El Libro Mayor

La cadena de bloques es similar a un libro contable, pero en formato electrónico, del cual se distribuyen copias exactas, sincronizadas e inalterables entre los nodos de la red. La información de la cadena de bloques no está distribuida en múltiples lugares sino que permanece junta y cuenta con un cifrado de protección. Así es posible verificar cada transacción de forma automática, en un tiempo definido.

Usuarios

Los usuarios son quienes cargan los datos en los nodos. La inserción de esos datos se realiza mediante el empleo de claves criptográficas, quedando así grabados y con posibilidad de ser recuperados posteriormente. Las claves se crean mediante el seguimiento de un protocolo de minado que *“[...] en esencia consiste en la composición correcta de los pasos necesarios para obtener la encriptación o cifrado de los datos que se persigue introducir en la red”* (IBÁÑEZ JIMÉNEZ, Javier Wenceslao (2018): p. 16).

⁶ El hallazgo del nonce “[...] constituye un problema matemático-algorítmico que, resuelto, permite a cualquiera de los miembros “mineros” o validadores de la red cerrar el bloque y engazarlo a la cadena, verificando así que se ha realizado una prueba de trabajo (minería) y que se ha producido ese hallazgo [...]” (IBÁÑEZ JIMÉNEZ, Javier Wenceslao (2018): p.24).

⁷ Los datos encriptados pueden ser decodificados por los miembros de la red, con autorización de los restantes..

Token

El token es un activo digital, una unidad de valor digital creado por una institución o entidad, con la que se gestiona la actividad en la *blockchain* y se brinda un servicio a los usuarios. El token tiene un valor, un origen y un destino, pero también contiene información sobre los intercambios realizados con él y se pueden materializar en bienes que se negocian a través de la *blockchain*, es decir, convertirse en un activo tangible (v. gr. un documento, una moneda o una criptomoneda).

Privacidad

La *blockchain* creada en torno a *bitcoin* se basa en el anonimato de las interacciones (red pública). Pero en algunos ámbitos es necesario que el cliente esté identificado. Para ello se crean permisos que permiten identificar a los usuarios que añaden los bloques y las transacciones. Esto es posible en redes privadas, en las que los permisos son definidos para que, quien lo tenga, acceda a los datos para su validación. A través de esto se añade más confidencialidad al intercambio de información.

Cifrado.

El cifrado es una técnica criptografía que dota a la cadena de bloques de seguridad en la red. A través de esta técnica datos claros se convierten en ilegibles, recuperables solo si se conoce la clave de descifrado por los dos extremos del sistema.

Ese cifrado puede ser simétrico o asimétrico. En el primer caso se emplea una sola clave para el cifrado y el descifrado, o bien dos claves en la que la descifrado se deriva fácilmente de la de cifrado. El cifrado asimétrico, por el contrario, se vale de cuatro claves, dos claves distintas para cada interlocutor, una pública o de verificación y otra privada o de firma digital.

Hash

El *hash* es un identificador digital único vinculado a una dirección digital que se deriva del proceso criptográfico de enlace de datos o minado. En otras palabras, es

“[...] una función matemática que crea a partir de un conjunto de datos de longitud variable un resultado de tamaño fijo, que se añade a esos datos, y cuya resolución garantiza la integridad del conjunto, pues cualquier modificación supondría un valor de hash distinto” (GARCÍA MEXÍA, Pablo (2018): p. 53).

Se erige, así, en un mecanismo de seguridad de cada bloque que se encuentra al inicio y que se enlaza con el bloque anterior de manera tal que se crea una secuencia según un orden cronológico, y cada uno de los bloques lleva incluido en su cabecera el valor del hash del bloque anterior. Es el elemento que une los eslabones.

Entonces, el hash es la como la huella digital del conjunto de transacciones que se registran en un bloque. El hash de cada eslabón de la cadena está integrado por el hash del bloque anterior, y ello garantiza la inalterabilidad e inviolabilidad de la cadena.

Merkle Root

El *merkle root* es el hash raíz de la *blockchain*, que contiene el listado de los hashes que van enlazando todas las transacciones. Como tal, es una prueba criptográfica,

"[...] mediante la cual se van acumulando los hash de las transacciones contenidas en los bloques, que termina en un único hash de todos ellos. Este valor forma parte de la cabecera de cada bloque y permite garantizar que no ha habido modificaciones en toda la cadena" (GARCÍA MEXÍA, Pablo (2018): p. 54).

Proceso de consenso

Para verificar que la información que cada nodo tiene es exactamente la misma que la que poseen los restantes nodos y que la misma esté sincronizada, se utilizan mecanismos de consenso.

Uno de estos mecanismos es el POW, *Proof of work* o prueba de trabajo. Este es empleado en bitcoin. Se basa en un consenso estadístico, en el que la probabilidad se distribuye entre todos los nodos. Otro es el POS, *Proof of stake* o prueba de propiedad. Consiste en que un nodo firma el nuevo bloque y lo distribuye a los restantes nodos de la red, que lo comprueban y lo replican, siendo la red quien selecciona mediante un algoritmo el nodo que validará el siguiente bloque.

En definitiva, el consenso es el acuerdo compartido por todos los participantes de una cadena de bloques, lo que permite que la información contenida en un bloque sea considerada como válida.

Minería

Es la actividad realizada para establecer el consenso, es decir, para encontrar un valor para el campo de conceso o *nonce*, mediante el cual se logra un valor que hace que el hash del bloque sea menor que un valor predefinido de umbral. Este valor permite validar el bloque y cerrarlo. Esto ocurre cuando un bloque ha llegado a su capacidad máxima de transacciones y es necesario abrir un nuevo bloque para añadirlo a la cadena.

A través del proceso de minería, se logra el *minting* o acuñación, es decir, el consenso y registro o añadido del bloque en la cadena de manera irreversible. Una vez que esto ocurre, el bloque no puede ser modificado y las transacciones así registradas permanecen inalteradas. Si alguna modificación pretendiera introducirse, sería detectada inmediatamente.

En otras palabras:

"los "mineros" son, en realidad, múltiples ordenadores que forman parte de la cadena y que van a desarrollar un trabajo computacional muy exigente para validar cada bloque de información. Dicho esfuerzo matemático recibe el nombre de "proof of work." Aquel "minero" (ordenador) que consiga en primer lugar resolver el bloque pendiente de validación recibirá una recompensa en "criptomonedas" (TUR FAÚNDEZ, Carlos (2018): pp. 36-37).

Lo dicho se explica con mayor claridad de la siguiente forma:

"cada bloque, contiene, un número correlativo propio, el denominado "nonce", la información correspondiente a las transacciones realizadas y el hash del bloque. Para minar, o resolver un bloque, y obtener la recompensa, se tiene que conseguir un hash del bloque válido [...]. Como sabemos, una misma información, siempre tendrá el mismo hash. El minero solo tiene la posibilidad de alterar el nonce y su computador, ira probando números, desde el 0, en adelante, hasta conseguir un

hash válido para el bloque El esfuerzo de cálculo necesario para validar el bloque, es muy elevado y el “minero” que primero obtenga la respuesta, será recompensado económicamente” (TUR FAÚNDEZ, Carlos (2018); p. 37).

Entonces, en forma sincrética: una cadena de bloques inicia con un hash. Se comienzan a cargar transacciones cifradas, dando contenido al bloque. Estos datos se transmiten a todos los nodos de la red. Cada nodo ejecuta la prueba de consenso y, lograda la aprobación, se valida y añade el bloque a la cadena. Se registra con un hash indeleble y transparente. Empieza a formarse una merkle root. Registrado el eslabón (*minting*), comienza la tarea de registrar datos de nuevas transacciones.

III. Smart contracts

Sobre la base de la Tecnología de Registros Distribuidos, que subyace a blockchain, aparecen los *smart contracts* o contratos inteligentes. Estos son caracterizados como

“[...] aplicaciones que operan como programas informáticos y se ejecutan a través del mecanismo de la cadena de bloques de forma descentralizada. Estos programas ejecutan acuerdos registrados entre dos o más partes, descentralizando la gestión de las partes involucradas, que no requieren un tercero para validarse. Consisten en un código de programación con el que las partes definen el objeto del contrato, las acciones que se pueden realizar sobre él y sus cláusulas de aplicación, que normalmente incluyen transacciones financieras. Este se auto-ejecuta cuando se cumplen las condiciones previamente especificadas por acuerdo entre las partes” (GARCÍA MEXÍA, Pablo (2018): p. 59).

Se infiere, entonces, que los smart contracts no son contratos, en el sentido técnico jurídico. Mientras el primero se conforma por secuencias de códigos y datos que se almacenan en una cadena de bloques, que tendrá la categoría jurídica de contrato cuando los requisitos que la ley prevé estén presentes; el contrato es “[...] el acto jurídico mediante el cual dos o más partes manifiestan su consentimiento para crear, regular, modificar, transferir o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales” (art. 957, CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN).

La idea de *smart contract* fue expuesta por Nick Szabo⁸, quien expuso que, mediante el desarrollo de aplicaciones informáticas con las que mediante el uso de claves criptográficas seguras, se podía ejecutar de manera automática una serie de acciones (pago de un precio, entrega de la cosa objeto de un contrato, en sentido estricto, etc.).

Así, a modo de ejemplo, se podría contratar la compraventa de un automotor mediante un contrato digital o manual. A través del *smart contract*, la transferencia de dinero podría quedar pendiente a la espera de que, también en forma digital, se registre la entrega de la cosa (v. gr. acon la llave que, al introducirse al dispositivo de arranque se envíe información a la red de que ha tenido lugar la tradición —lo que requeriría la aplicación de Internet de las Cosas—). Una vez ejecutada esta acción el programa, en forma automática, libera los fondos y se termina por concretarse la transferencia del precio.

De allí que se haya dicho que

“un contrato inteligente (en inglés “smart contract”) es un programa informático que facilita, asegura, hace cumplir y ejecuta acuerdos registrados entre dos o

⁸ Nick Szabo es un científico informático, erudito legal y criptógrafo conocido por su investigación en contratos digitales y moneda digital.

más partes (por ejemplo, las personas o las organizaciones). Por tanto, los 'smart contract' se pueden definir como un programa informático, que ejecuta acuerdos establecidos entre dos o más partes haciendo que ciertas acciones sucedan como resultado de que se cumplan una serie de condiciones específicas" (PUYOL, Javier (2019), o acciones

Por lo tanto, los *smart contracts* "[...] no son inteligentes, sino que simplemente siguen una serie de instrucciones predefinidas; también se dice que no son contratos, ya que no suelen llevar respaldo legal" (ARROYO GUARDEÑO, David, et. Al (2019), España, p. 76).

Ahora bien, el contrato en sentido estricto que se registró y generó las prestaciones (acciones) puede haberse celebrado en forma tradicional o digital. La última modalidad es un contrato que reúne todos los recaudos legales, pero celebrado a través de una página web accesible para las partes (o una aplicación móvil), que está constituida por una interfaz de usuario externa (*front end*), y uno o varios programas autoejecutables (*smart contracts*) residentes en la cadena de bloques con capacidad para interactuar recíprocamente y con dicha interfaz. El *Smart contract* opera en el *back end* (TUR FAÚNDEZ, Carlos (2018): p. 140).

En los contratos digitales, la ejecución de las prestaciones, o al menos algunas de ellas, son llevadas a efecto por el *smart contract* sin requerir, en absoluto, la intervención o el consentimiento de las partes. Ello porque la fase de consumación se desarrolla de forma automática a través del propio software.

Conforme ello, el contrato inteligente brinda la posibilidad de permitir que los contratos se cumplan en el mundo real sin intermediarios físicos, a través de protocolos digitales que tienen la lógica "*if-then*", es decir, **si** se cumple una determinada condición, **entonces** se ejecuta una acción. Ambos pueden ser parte de cláusulas contractuales, pero traducidas a códigos informáticos almacenados en la cadena de bloques.

En términos claros: dos o más partes pueden celebrar un contrato en términos jurídicos estrictos, sea manual o digital. En el primer caso, las condiciones pueden ser cargadas en un *software* o aplicación *web*; el segundo, es el contrato directamente celebrado en un entorno digital conformado por una interfaz de usuario externo de la aplicación, que se vincula con una cadena de bloques que opera de manera subyacente.

Por ejemplo: a través de una aplicación dos personas acuerdan la compraventa de un inmueble, sujeto a determinadas cláusulas. Entre las prestaciones se encuentran el pago del precio y la entrega de la cosa. Estos dos parámetros son el "*if*" que se encripta en la cadena de bloques. Luego, mediante un código se transfiere el precio —que puede establecerse en una criptomoneda—. Ese precio, disponible, no se transfiere al vendedor hasta que este cumpla con la entrega. Así, por ejemplo, mediante una tarjeta digital o clave que se inserta en un dispositivo instalado en la puerta del inmueble se puede corroborar la entrega de la cosa. Cuando el comprador introduce el código o la tarjeta, se cumple la condición "*then*". Ejecutada esa acción, se libera automáticamente el pago a una cuenta del vendedor preestablecida.

IV. Smart contracts, contratos inteligentes y la función notarial.

El escribano es un profesional del derecho, y funcionario público instituido por el Estado para recibir y redactar conforme a las leyes, los actos y contratos que le fueren encomendados y para dar carácter de autenticidad a los hechos, declaraciones y convenciones que ante él se desarrollan, formulan o exponen, cuando para ello fuere requerida su intervención. Igualmente, tiene a su cargo las tareas de asesorar a los requirentes de sus servicios y deberes previos y posteriores a la autorización de un instrumento notarial (v. gr. deber de información a la Unidad de Información Financiera).

En otros términos, el profesional del derecho y funcionario público, que por delegación del Estado es el encargado de la función fedante, que a través de la formación de un instrumento público da veracidad y certeza a los actos o hechos en los que interviene, contribuyendo de esa manera a dar seguridad jurídica y tranquilidad en las transacciones.

El escribano debe ejercer sus funciones conforme un conjunto de reglas técnicas y de conducta, y de principios que conforman la práctica notarial. Entre los principios, a los fines de este trabajo, cabe recordar los siguientes:

Principio de conocimiento

El notario debe conocer. Este conocimiento le exige moverse en dos planos: en el de los hechos, donde tendrá que indagar la voluntad jurídica de los sujetos, averiguar los datos personales (DNI, condición tributaria, etc.); y en el del derecho aplicable (legalidad).

Principio de legalidad

El escribano debe realizar un análisis minucioso de la situación jurídica en relación a la cual se requiere su intervención. Así, en relación a los sujetos de la relación jurídica deberá examinar la posición que tienen en el negocio jurídico e inquirir respecto de su capacidad y legitimación. Respecto de sí mismo, el notario tendrá que examinar su competencia para actuar. En torno al negocio jurídico o acto no negocial, el notario procurará su perfecto ajuste al derecho (art. 279, Código Civil y Comercial de la Nación).

Principio de representación

El escribano tiene la loable tarea de captar los hechos y actos —que por naturaleza son inmateriales, siendo efímera su existencia en el tiempo— y darle materialidad, con el objeto de que adquieran permanencia y durabilidad. Ese fin se cumple mediante el uso de la forma: el documento notarial y el registro.

Principio de autenticidad

El notario realiza la tarea de comprobación: de hechos, títulos, circunstancias legitimantes, etc. Esa comprobación es expresada en el documento notarial, dotándolo de autenticidad. Ésta abarca la autoría, las firmas, la fecha y el contenido del documento notarial.

Los documentos notariales que hayan sido creados conforme a un ejercicio de la función notarial ajustada a estos principios gozan de fe pública, de reconocimiento estatal y de efectos probatorios, constitutivo de derechos y obligaciones y ejecutivos. En relación a la escritura pública, uno de los tipos de documentos notariales, la Comisión de Trabajo del Tema II del XXVIII⁹ Congreso Internacional del Notariado⁹, celebrado en París

⁹ XXVIII^o Congreso Internacional del Notariado, celebrado en París (Francia), en el año 2016; Tema II La escritura pública electrónica y la digitalización de los procedimientos: retos técnicos y jurídicos⁹.

(Francia), en el año 2016, concluyó que la escritura matriz puede instrumentarse en soporte papel o desmaterializada. En concreto, señaló que pueden autorizarse escrituras públicas en soporte en papel y firma manuscrita, en soporte electrónico con firma de los otorgantes por firma electrónica simple o cualificada y firma del notario cualificada y en soporte electrónico con firma de los otorgantes en tablilla electrónica y encriptación mediante la firma electrónica cualificada del notario. Se consagra, de este modo, el principio de libertad de medios de reproducción de los instrumentos públicos, que se encuentra reconocido en el art. 301 del Código Civil y Comercial de la Nación.

En las referidas *Conclusiones* se destacó que, en el marco del notariado latino-germánico, cualquiera sea el soporte de la escritura pública, lo relevante es la actividad que el notario despliega al tiempo de la celebración y autorización del negocio jurídico, así como las gestiones pre escriturarias y pos escriturarias por él realizadas. Así, el principio de intermediación debe observarse tanto respecto de las operaciones de ejercicio (interpretación de la voluntad, asesoramiento jurídico, calificaciones de la voluntad, legalización, comprobación de la legitimación e identidad, redacción del instrumento, autenticación, autorización y conservaciones), como en las operaciones documentales (expedición de copias). Ello es así porque la presencia física del notario confiere seguridad jurídica, amén de ser una regla de ética notarial.

Entonces, de adoptarse un sistema en el que la Escritura Pública sea realizada en soporte electrónico, matriz podrá conectarse con un *smart contract* y una *blockchain*. De tal modo, el documento notarial va a ser un instrumento electrónico que genera el Escribano, y que lleva firma electrónica tanto de los comparecientes y del notario, que se guarda en un formato electrónico y que permitirá expedir testimonios electrónicos (y en papel). Al mismo tiempo, empleando la Tecnología de Registros Distribuidos para archivar la escritura matriz, que se podría recuperar al invocar el archivo digital, inclusive generar un Protocolo Notarial, conformado por todas aquellas matrices digitales.

No obstante, lo que será insoslayable es la intervención personal del Escribano. Este continuará asesorando e informando a las partes del negocio jurídico sobre las peculiaridades del mismo. De allí que se afirme que la intervención notarial en la formación del contrato en el ámbito del derecho privado, por su parte

"[...] importa un asesoramiento imparcial y calificado, mediante el cual se asegura a las partes un cabal entendimiento del negocio, garantizando así la comprensión de las consecuencias jurídicas deseadas mediante la libre prestación del consentimiento debidamente informado. De esta manera la seguridad jurídica preventiva deviene como una consecuencia necesaria de la intervención notarial" (FALBO, Santiago; DI CASTELNUOVO, Franco (2019): p. 94/95).

Además, so riesgo se resultar reiterativo, esa Escritura Pública podrá redactarse en un *software* o aplicación que en el *front end* permita al escribano autorizar una escritura pública, que representa la voluntad y el consentimiento de las partes. Con la intervención del escribano, se habrá dado cumplimiento de los deberes de información y control de legalidad, puestos por la ley en cabeza del profesional. Ahora bien, en el *back end* podrá operar un *smart contract*, que permitirá la ejecución de las contraprestaciones contractuales —todas o algunas de ellas— de lo pactado por las partes. De esta forma, lo jurídico y lo informático tendrían su punto de encuentro. Por ende, puede afirmarse que se plantea un nuevo concepto de relación jurídica.

En estos casos, sin embargo, la autenticidad estaría asegurada por la intervención del notario, que habrá ejecutado las operaciones de ejercicio: información, asesoramiento, asimilación del negocio jurídico a la ley, etc. En otras palabras, un contrato celebrado utilizando la Tecnología de los Contratos Digitales, *smart contract* y *blockchain* será un instrumento privado, en la medida que reúna los requisitos para encuadrar en tal categoría, mas contará con los atributos de una escritura pública cuando reúna los recaudos que le son propios,.

Así, además de configurarse con la actuación del escribano, en los límites de sus atribuciones y competencia territorial, con la firma (manuscrita o digital) de la partes, sus representantes y del notario (art. 290, CÓDIGO CIVIL y COMERCIAL de la NACIÓN), deberá ser extendido en el protocolo (en soporte papel o digital), que contenga las declaraciones de los comparecientes, previa calificación de los presupuestos y elementos del acto jurídico, y respetando el principio de unidad de acto (arts. 299 y 301, CÓDIGO CIVIL y COMERCIAL de la NACIÓN).

Esto, que así expuesto, parece pertenecer a un futuro que no será realidad inmediatamente, requiere de la atención del Notariado y de todo el mundo jurídico, dado las múltiples aplicaciones que puede tener y el carácter revolucionario que importa.

V. Reflexiones finales

La presencia de las Tecnologías de la Información y de la Comunicación en todas las actividades humanas ha causado profundas innovaciones sociales, culturales, económicas, políticas y jurídicas. El Derecho no puede evadir el cambio de paradigma, que trae consigo mutaciones en el modo de “ser” y de “hacer”. Por eso, las estructuras, instituciones y profesiones jurídicas deben adaptarse e introducir las transformaciones que le permitan responder a las necesidades y brindar un servicio eficiente y seguro al ciudadano.

Como surge de las Conclusiones del Tema II del XXVIIIº Congreso Internacional del Notariado, se debe procurar el aprovechamiento de las ventajas que brindan las herramientas tecnológicas aplicadas a la actividad del Escribano. Ello por cuanto permiten la optimización de las relaciones con sus clientes y con los organismos estatales. Sin embargo, debe hacerse en condiciones que garanticen la seguridad jurídica, que se sustenta en la seguridad informática.

Así, las transformaciones dramáticas de lo tradicional hacia interacciones tecnológicas no pueden conmover los principios funcionales del Notariado Latino. Por el contrario, los recursos informáticos deben ser vistos herramientas al servicio de la profesión, que permiten el *aggiornamento* a la era digital, pero que dejan incólume el rol del Escribano.

Uno de los paradigmas de las últimas décadas es la sustitución del soporte papel por el electrónico. Se habla, entonces, de contratos digitales, firma digital, escritura electrónica, testimonio electrónico, protocolo digital, de smart contracts, de blockchain, de criptomonedas, etc. Todos ellos son herramientas de las que los profesionales del derecho pueden valerse para prestar un mejor servicio.

La cadena de bloques, los *smart contract* y los contratos digitales, por su carácter instrumental, no pueden suplir las funciones notariales humanas: el asesoramiento, la comprobación de capacidad e identidad de los sujetos contratantes, el control de legalidad, dación de fe, etc. Tales actividades deben compatibilizarse con las nuevas tecnologías,

de modo que la intervención documental del escribano, como fedatario, haga posible que instrumentos de texto y audiovisuales puedan ser incorporados a la cadena de bloques si se los traduce a un lenguaje informático y encripta.

Igualmente, la Tecnología de Registros Distribuidos puede ser empleada por los notarios para el almacenaje de instrumentos y su recuperación en cualquier tiempo y lugar, en la medida en que se tenga acceso a la red. Esto permitiría la gestión documental e, inclusive, el envío y recepción de datos de relevancia notarial encriptados, cuyos destinatarios podrían ser los particulares, los propios escribanos o las reparticiones públicas (por ejemplo, el Registro de la Propiedad). Así, podría emplearse para gestionar información en las etapas pre-escrituraria como pos-escrituraria, tales como información sobre la identidad de las personas, la situación tributaria, información registral, comunicaciones a la Unidad de Información Financiera, etc.

Por ello, de frente a quienes sostienen que las tecnologías de la *blockchain* y los *smart contracts* podrían incidir negativamente sobre el Notariado, es dable ser optimistas, ya que existen funciones notariales subjetivas que continuarán vigentes. Lo relevante será la alfabetización digital y la compatibilización de estas tecnologías revolucionarias con la intervención notarial.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

- ARROYO, GUARDEÑO, David, et al. (2019): *Blockchain*, España, Editorial CSIC Consejo Superior de Investigaciones Científicas.
- CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN.
- FALBO, Santiago; DI CASTELNUOVO, Franco (2019): *Nuevas tecnologías aplicadas a la función notarial*, Bs. As.: Argentina, Di Lalla Ediciones.
- GARCÍA MEXÍA, Pablo (2018): *Criptoderecho: la regulación de Blockchain*, España, Wolters Kluwer.
- IBAÑEZ JIMÉNEZ, Javier W. (2017): Cuestiones jurídicas en torno a la cadena de bloques («blockchain») y a los contratos inteligentes («smart contracts»), *Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales* icade núm. 101.
- IBAÑEZ JIMÉNEZ, Javier Wenceslao (2018), *Blockchain: primeras cuestiones en el ordenamiento español*, España, Dykinson.
- OFICINA NOTARIAL PERMANENTE DE INTERCAMBIO INTERNACIONAL (2017). Conclusiones del Tema II (http://www.onpi.org.ar/documentos/congresos-notariales-internacionales/es/28-congreso-internacional-del-notariado_-_paris-2016.pdf) (Fecha de Consulta: 02 de junio de 2018).
- PUYOL, Javier (2019): Los abogados ante el dilema de los «smart contract»: Un reto de futuro (<https://confilegal.com/20190225-los-abogados-ante-el-dilema-de-los-smart-contract-un-reto-de-futuro/>) (Fecha de Consulta: 16 de agosto de 2019).
- TUR FAÚNDEZ, Carlos (2018): *Derecho de las nuevas tecnologías*, España, Editorial Reus.

ALGUNAS PARTICULARIDADES DEL CONSENTIMIENTO EN LOS CONTRATOS POR ADHESION A CLAUSULAS GENERALES PREDISPUESTAS CON OBJETO FUTURO

SOME PARTICULARITIES OF THE CONSENT OF THE
CONTRACTS BY ADHESION TO GENERAL CLAUSES
PREDISPOSED FOR FUTURE PUSPOSES

CASANEGRA¹

RESUMEN

El presente trabajo intenta llamar la atención sobre las particularidades que presenta la redacción del objeto en los contratos por adhesión a cláusulas generales sobre bienes inmuebles a construir. Se busca que el notario advierta algunas de las cuestiones especiales que existen en relación de ello en función de las normas que rigen a estos contratos y su vinculación con el derecho del consumo.

ABSTRACT

The present work tries to draw attention to the particularities of the drafting of the object in the contracts by adhering to general clauses on real estate to be built. It is intended that the notary notice some of the special issues that exist in relation to it based on the rules that govern these contracts and their relationship with the law of consumption.

PALABRAS CLAVES: Contratos por adhesión – Cláusulas.

KEYWORDS: *Contracts for membership - Clauses.*

SUMARIO: I. Introducción. II. Particularidades los objetos futuros. III. Requisitos de los contratos por adhesión cuando el objeto es un bien futuro. a) Requisitos de redacción y la autosuficiencia. b) Reenvío a textos o documentos. c) La publicidad en los contratos de consumo por adhesión. IV. Conclusiones.

¹ Abogada. Escribana. Especializando en Derecho Judicial y de la Judicatura, UCC. Prosecretaria Letrada Civil en el Poder Judicial de Córdoba. Tutora en Educación a Distancia, carrera de Notariado, asignaturas Derecho Registral y Práctica Notarial, UBP. Correo electrónico: ceciliasc2002@yahoo.com.ar

I. Introducción

El Código de Vélez no regulaba de manera diferenciada la contratación por adhesión a cláusulas generales predispuestas en virtud de que estos al momento de su sanción no tenían la trascendencia que han adquirido en la actualidad.

La producción en masa y la necesidad de celeridad en la contratación entre otros factores determinan que en la actualidad gran parte de la contratación se realice de esta manera, Jiménez Muñoz expresa que *“La utilización de cláusulas o condiciones generales se generalizó principalmente en la década de 1960, y es una expresión destacada de la actual contratación en masa, en que una empresa o profesional utiliza un mismo modelo para la generalidad de todos los contratos de un mismo tipo que realice (de ahí la denominación de cláusulas generales), eliminando o reduciendo la posibilidad de una negociación efectiva”*²

Acorde a las exigencias de nuestros tiempos el Código Civil y Comercial (en adelante C.C.C.) regula en la Sección 2ª del Capítulo 3 del Título II los Contratos celebrados por adhesión a cláusulas generales predispuestas y los define en el artículo 984 expresando *“El contrato por adhesión es aquel mediante el cual uno de los contratantes adhiere a cláusulas generales predispuestas unilateralmente, por la otra parte o por un tercero, sin que el adherente haya participado en su redacción”*.

Los Autores del C.C.C. ubicaron al tema dentro del capítulo “Formación del consentimiento” y expresaron en los Fundamentos del Anteproyecto que *“El supuesto que se regula no es un tipo general del contrato, sino una modalidad del consentimiento”*³ Consideraron que en función de ello en el nuevo Código se puede distinguir entre contratos discrecionales, celebrados por adhesión, y de consumo (sean o no celebrados por adhesión).

Los contratos por adhesión presentan como característica una restricción en la negociación contractual, la que puede llegar a verse reducida a un mínimo absoluto y limitarse a la opción de contratar o no hacerlo, sin poder modificar ningún punto de la oferta. En tal sentido en los Fundamentos del Anteproyecto se expresa que *“En este caso hay una gradación menor de la aplicación de la autonomía de la voluntad y de la libertad de fijación del contenido en atención a la desigualdad de quien no tiene otra posibilidad de adherir a condiciones generales. (...) El contrato se celebra por adhesión cuando las partes no negocian sus cláusulas, ya que una de ellas, fundada en su mayor poder de negociación, predispone el contenido y la otra adhiere.- La predisposición, en cambio, es una técnica de redacción que nada dice sobre los efectos. El contenido predispuesto unilateralmente puede ser utilizado para celebrar un contrato paritario, o uno por adhesión o uno de consumo.”*⁴

Debe tenerse presente que con frecuencia tiende a pensarse que todos los contratos

2 Jiménez Muñoz, Francisco Javier, “La formación del consentimiento contractual en el nuevo Código y el derecho comparado”; publicado en LA LEY 26/08/2015, 26/08/2015, 1 - LA LEY2015-D, 1178, Cita Online AR/DOC/2857/2015

3 Lorenzetti, Ricardo Dr. Ricardo Luis Lorenzetti, Elena Highton de Nolasco y Aída Kemelmajer de Carlucci, “Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación elaborados por la Comisión Redactora”, en Proyecto de Código civil y comercial de la Nación, Buenos Aires, Ed. Infojus, 1ª Ed., 2012, p. 626, (El destacado me pertenece).

4 Lorenzetti, Ricardo Dr. Ricardo Luis Lorenzetti, Elena Highton de Nolasco y Aída Kemelmajer de Carlucci, “Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación elaborados por la Comisión Redactora”, en Proyecto de Código civil y comercial de la Nación, Buenos Aires, Ed. Infojus, 1ª Ed., 2012, p. 626, (El destacado me pertenece).

por adhesión son contratos de consumo, lo que no es correcto ya que existen numerosos contratos por adhesión que no lo son⁵. Sin embargo, gran cantidad de contratos de consumo (sino la gran mayoría) son celebrados por adhesión, por lo que existen importantes vinculaciones entre los contratos por adhesión y la protección al consumidor. Ello se evidencia con absoluta claridad en el artículo 1.117 del C.C.C. que dentro de los contratos de consumo, en el capítulo 4 “Cláusulas abusivas”, establece “*Normas aplicables. Se aplican en este Capítulo lo dispuesto por las leyes especiales y los artículos 985, 986, 987 y 988, existan o no cláusulas generales predispuestas por una de las partes.*”

En los contratos por adhesión la etapa precontractual se comprime o se restringe, al punto que puede llegar a no existir⁶. En muchos casos el ámbito de determinación que el predisponente reserva al adherente se limita a la opción entre la aceptación lisa y llana o a la no contratación. No suele habilitarse la posibilidad de negociar o de modificar cláusula alguna en la oferta.

Las cláusulas generales predispuestas pueden integrar todo o parte del contrato, pero para considerar que se trata de un contrato de adhesión se requiere que las mismas tengan una trascendencia tal que justifique dicha calificación. La imposición de algunas cláusulas puede ser simplemente resultado de una negociación discrecional. Tanto la calificación como el control judicial del instrumento se realizan de una manera integral.

Lo que caracteriza a los contratos por adhesión es que una de las partes impone las cláusulas generales que la otra acepta, por lo que existe una importante limitación en la libertad contractual para el adherente (sea o no un consumidor). Tal restricción de la autonomía para negociar puede tener diversas causas, y aunque la más frecuente es el desequilibrio existente entre los contratantes, no debe caerse en la simplificación de considerar que ese es el único escenario, olvidando que hay otras posibilidades.⁷

La *fuera* de la parte no es lo determinante, lo fundamental es que una parte predispone las cláusulas a las que la otra debe adherir si quiere contratar. En primer lugar se debe destacar que salvo casos muy simples como el del pequeño consumidor frente a la gran empresa, puede resultar compleja la determinación de cuál es la parte dominante; en segundo lugar la parte más fuerte en abstracto puede que no lo sea en una relación contractual concreta;⁸ y en tercer lugar, también puede ocurrir que aún siendo las partes de una *fuera* similar, una imponga a la otra las condiciones de contratación.

La manera en que se forma el consentimiento en esta clase de contratación es lo que determina que en muchos casos (sino en una abrumadora mayoría) la predisposición de cláusulas sea aprovechada por la parte predisponente para establecer ventajas injustificadas a su favor en los derechos y obligaciones contractuales, y es lo que justifica que en el C.C.C. se establezcan salvaguardas en defensa de la parte adherente.

5 A título de ejemplo se cita el fallo de CNCom Sala C, “Vanger SRL c. Minera Don Nicolás SA s/ Ordinario”, Cita Online: AR/JUR/25548/2019 en el que se establece que se trata de un contrato por adhesión entre empresarios

6 Entre la decisión de contratar y la instrumentación del mismo puede pasar una fracción de tiempo efímera. Ej. Desde que veo un teléfono celular en una vidriera, hasta que lo adquiero con el servicio de telefonía puede pasar menos de un minuto, y el o los contratos que se celebran suelen tener varias páginas.

7 Sin pretender agotar la casuística se propone como ejemplos: los contrato entre grandes empresas; el contrato donde la parte más débil recurre a un formulario preimpreso ofrecido por un tercero negándose a cualquier modificación (Ej. Boletos de compraventa pre impresos); contratación seriada sin complejidades; etc.

8 Para ejemplificar lo manifestado pensemos en una importante empresa multinacional que contrata adhiriendo al contrato con una pequeña compañía local para la prestación de un servicio. Aunque tiene la potencialidad para renegociar las cláusulas e imponer condiciones tal vez ello no le interese por la escasa importancia o trascendencia del objeto.

La dinámica en la formación del consentimiento aumenta peligrosamente el riesgo de abuso de la posición del predisponente y lleva al legislador prever de mecanismos para la protección del adherente y así garantizar el equilibrio contractual.

II) Particularidades los objetos futuros

La posibilidad de celebrar contratos sobre bienes futuros se encuentra expresamente autorizada en el artículo 1.007 del C.C.C. en el presente se intenta resaltar que tales objetos presentan ciertas particularidades que tienen una incidencia especial en los contratos por adhesión a cláusulas generales predispuestas.

La determinación del objeto de los contratos es un tema complejo que ha sido objeto de arduo estudio por la doctrina. Cuando se trata de bienes presentes el desafío que representan es comparativamente menor a los bienes futuros, ya que su existencia permite describirlos con precisión de acuerdo a una realidad comprobable por los futuros contratantes mediante su inspección.

En el caso de los bienes futuros el escenario es más complejo, ya que al no existir al momento de contratar siempre es posible que para cuando lleguen a materializarse no lo hagan exactamente como lo previeron las partes. A ello se suma a que muchas veces la redacción no es lo suficientemente precisa como para que las partes puedan conocer con claridad todas las características del objeto, o que no se hayan previsto en el contrato soluciones para los distintos imprevistos que podrían acaecer.

Asimismo dentro de los bienes futuros se puede establecer ciertas gradaciones en cuanto a la complejidad en su individualización, y así hay algunos que resultan menos problemáticos que otros. La determinación de las cosas muebles producidas en serie suele ser bastante simple, bastando en muchos casos solo la referencia a marca y modelo⁹ para que se identifique el objeto con absoluta precisión. El avance de la técnica hace posible prever resultados regulares con bastante certeza.

Los inmuebles a construir representan un desafío mayor por múltiples razones, una de ellas es que más allá de que se pretenda que se trata de producción seriada o relativamente estandarizada (Ej. Planes de vivienda) lo cierto es que en la práctica su realización depende de múltiples factores no siempre tan previsibles o estables como se pretende en las ofertas o en los contratos (ni siquiera el terreno está libre de presentar sorpresas).¹⁰

Otro elemento a considerar es que se trata de cosas cuya construcción suele demorar un período de tiempo relativamente prolongado, lo que aumenta el riesgo de que las variables se modifiquen. Ello se acentúa en épocas de inestabilidad político-económica tan frecuentes y reiteradas en nuestro País. Además no es extraño que tales circunstancias provoquen que se modifique el proyecto inicial, las condiciones de comercialización u otros elementos¹¹.

Cuando el objeto del contrato es un inmueble que no existe al momento celebrar el acuerdo,

⁹ Quien adquiere un vehículo modelo X, marca Y a producirse en el futuro conoce con un alto grado de certeza lo que está adquiriendo.

¹⁰ Como ejemplo y sin pretender exhaustivos podemos citar la discontinuidad en un determinado material, la alteraciones de las normas constructivas locales, la corrección del diseño que puede ser necesaria sobre la marcha por múltiples motivos, etc.

¹¹ Son frecuentes los cierres de importación que impiden el ingreso de determinados materiales, los aumentos imprevisibles de determinados insumos, etc.

y por lo tanto no es viable su descripción como una realidad o su inspección por quien pretende adquirirlo, suele recurrirse a folletos publicitarios, maquetas, representaciones en computarizadas, planos o croquis esquemáticos a fin de precisar las características del mismo.

Como la construcción de bienes inmuebles suele referirse a proyectos de envergadura que demandan importantes recursos, normalmente son emprendidos por empresas; y estas para la comercialización de los mismos recurren a contratos por adhesión a cláusulas predispuestas, es por ello que resulta de interés analizar la aplicación de las normas especiales del Código a la contratación estos supuestos.

III) Requisitos de los contratos por adhesión cuando el objeto es un bien futuro

Tal como se expresó, la regulación del Código busca proteger a la parte adherente estableciendo mecanismos que aseguren transparencia en la formación del consentimiento y eviten abusos de la parte predisponente. Se pretende que la parte que acepta obligarse en base a las rígidas condiciones impuestas por la otra parte pueda conocer con certeza sus derechos y obligaciones y que no sea sorprendida en su buena fe.

El fin perseguido por el Código es garantizar que la parte adherente con intención de obligarse cuente al momento de aceptar una oferta *“con las precisiones necesarias para establecer los efectos que debe producir de ser aceptada”* conforme lo prescripto por el artículo 972 del C.C.C.

a. Requisitos de redacción y la autosuficiencia.

El C.C.C. en el artículo 985 expresa que *“Las cláusulas generales predispuestas deben ser comprensibles y autosuficientes.”*, en el párrafo siguiente la norma expresa *“La redacción debe ser clara, completa y fácilmente legible”* y en el tercer párrafo prescribe que *“Se tienen por no convenidas aquellas que efectúan un reenvío a textos o documentos que no se facilitan a la contraparte del predisponente, previa o simultáneamente a la conclusión del contrato.”*¹²

La norma busca garantizar una formación del consentimiento precisa en procura de que la parte adherente conozca exactamente sobre qué y en qué términos está contratando.

Haciendo una interpretación literal podría alegarse que existe una contradicción al exigir por un lado que las cláusulas sean autosuficientes y claras, y por otro habilitar el reenvío a documentos que no forman parte del contrato. No obstante ello, haciendo una interpretación sistemática y teleológica, se estima que como requisito central la norma establece que debe ser autosuficiente, es decir que es necesario que la descripción del inmueble en el contrato se *baste a sí misma*,¹³ se considera que no puede referir a instrumentos que no forman parte del mismo ni hacer un reenvío a otros documentos sin fijar los parámetros básicos respecto a los derechos de la parte adherente a riesgo de no cumplir el estándar de la norma o convertirse en una cláusula abusiva prevista en el artículo 988 del C.C.C.

12 Para los contratos de consumo se destaca lo establecido en el segundo párrafo del artículo 10 de la ley 24.240, que de manera semejante al artículo comentado establece que *“La redacción debe ser hecha en idioma castellano, en forma completa, clara y fácilmente legible, sin reenvíos a textos o documentos que no se entreguen previa o simultáneamente. Cuando se incluyan cláusulas adicionales a las aquí indicadas o exigibles en virtud de lo previsto en esta ley, aquellas deberán ser escritas en letra destacada y suscritas por ambas partes. Deben redactarse tantos ejemplares como partes integren la relación contractual y suscribirse a un solo efecto. Un ejemplar original debe ser entregado al consumidor. La reglamentación establecerá modalidades más simples cuando la índole del bien objeto de la contratación así lo determine, siempre que asegure la finalidad perseguida en esta ley”*.

13 Real Academia Española, <https://dle.rae.es/?id=4VCz9nc>, consultado 27/08/2019.

Además, se considera que cuando el objeto del contrato es un inmueble a construir debe cumplir con un mínimo de determinación tal que permita al adquirente conocer claramente la cosa respecto a la que contrata. La descripción del mismo debe ser redactada de manera *clara, completa y fácilmente legible*, por lo que la forma en que se instrumenta la misma es relevante y debe hacerse evitando el abuso y respetando la buena fe. A ello se suma que debe ser comprensible, lo no descarta la utilización de términos técnicos o la incorporación de planos susceptibles de interpretación pero fija un estándar mínimo a respetar.

No cumplen con los requisitos de autosuficiencia y claridad los boletos de compraventa que se refieren a unidades funcionales de inmuebles a someter al régimen de propiedad horizontal si no establecen las pautas básicas de la afectación. En tales supuestos se estima necesario que, entre otras, se determine el destino de las unidades y las restricciones al dominio que vayan más allá de las prácticas habituales. Se propone como ejemplo el ingreso a la unidad por solo una de las puertas del edificio y no por todas las disponibles, la prohibición de tener mascotas, etc.

Resulta ilustrativo de los inconvenientes que pueden surgir por la indeterminación del objeto futuro (sin entrar a considerar el tipo de contrato de que se trataba) un caso resuelto por la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Civil en 2018¹⁴ en el que el actor había adquirido por boleto de compraventa una unidad funcional a construir en un inmueble a ser afectado a propiedad horizontal, años después de contratar se enteró que el bien adquirido tendría una limitación en el reglamento de propiedad horizontal respecto a la edad mínima de los moradores, algo que no había sido planteado en la oferta o contratación, lo que determinó que se lo cuestionara judicialmente.

Lo expresado se debe integrar con las normas generales de los contratos, y de corresponder con las normas de los de consumo, debe tenerse particularmente presente los artículos 1.094¹⁵ y 1.095¹⁶.

Para comprender el alcance de las normas referidas en el presente apartado se propone considerar las sanciones que se establecen para los casos de incumplimiento. Por ello es que si como consecuencia de incumplir los mandatos referidos precedentemente el contrato contuviera cláusulas ambiguas, la sanción sería su interpretación en sentido contrario a la parte predisponente, conforme el artículo 987 C.C.C.

Asimismo si el resultado fuera una cláusula abusiva se autoriza al juez a declarar la nulidad parcial del contrato e integrarlo simultáneamente si fuera necesario para su finalidad, conforme el artículo 989 C.C.C.¹⁷

También importante doctrina considera que si una cláusula no es autosuficiente y de redacción completa la sanción puede llegar a ser la nulidad parcial, en tal sentido Leiva

14 CNCiv Sala I, "M. M. C. c/ Antasel SRL s/ nulidad c. Tribunal de Arbitraje General de la Bolsa de Comercio de Bs. As. Expte. 1100/16 y otro s/ Recurso directo a cámara", Publicado en: LA LEY 08/10/2018, 08/10/2018, 8; Cita Online: AR/JUR/45120/2018.

15 Art. 1094 C.C.C. Interpretación y prelación normativa. Las normas que regulan las relaciones de consumo deben ser aplicadas e interpretadas conforme con el principio de protección del consumidor y el de acceso al consumo sustentable. En caso de duda sobre la interpretación de este Código o las leyes especiales, prevalece la más favorable al consumidor.

16 Art. 1095 C.C.C. Interpretación del contrato de consumo. El contrato se interpreta en el sentido más favorable para el consumidor. Cuando existen dudas sobre los alcances de su obligación, se adopta la que sea menos gravosa.

17 Artículo cuestionado por importante doctrina al ser calificado como contradictorio por las alternativas planteadas en el mismo.

Fernández expresa que *“La sanción es la nulidad parcial y la carga de la prueba compete al predisponente, porque el Código no ha previsto ningún elemento probatorio que quede en poder del contratante adherente no predisponente”*¹⁸, aunque otro sector de la doctrina como Boggiano plantea que *“No se establecen las consecuencias de las cláusulas incomprensibles o insuficientes. Puede interpretarse que se aplica el principio contra proferentem. Pero no ha sido establecido. Podría entenderse que rige la no aceptación o incorporación. Parecería que no deberían tener la misma consecuencia la remisión que la insuficiencia. Pero podría interpretarse que también las cláusulas incomprensibles o insuficientes deben darse por ‘no convenidas’. Empero, compárese con el art. 987”*¹⁹, y sentido similar Carletti expresa que *“la obligación de redactar claro constituye una fuente de responsabilidad civil respecto de quien efectúa esa defectuosa declaración o envía a textos o documentos que no se han facilitado al adherente, previa o simultáneamente, y quienes se consideren perjudicados por la violación a esta norma, podrán solicitar judicialmente, tenerla por no escrita (...) el predisponente quien debe asumir los riesgos de esa defectuosa, dudosa u oscura declaración... regla de “interpretación contra el predisponente”, que importa la aplicación del principio de buena fe, que conduce a sancionar a quien ha infringido ese deber, con la exclusión de la cláusula por no haberse expresado con claridad”*.²⁰

La jurisprudencia de la Corte, aunque basada en la aplicación de los Códigos Civil y Comercial hoy derogados se manifestó de manera categórica a favor de la interpretación contra el predisponente, y así Armella expresa *“El principio de interpretación contra proferentem en los contratos celebrados por adhesión, especialmente ante cláusulas imprecisas, oscura, ambiguas, dudosas, ilegibles o sorprendidas, ha sido expresamente adoptado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación...”*²¹.

Para las cláusulas referidas a bienes inmuebles a construir y que sean contrarias a las normas en estudio, se considera que principio no sería viable aplicar el tenerlas *por no convenidas* ya que ello podría dejar al contrato sin uno de sus elementos esenciales o con una mayor indeterminación en el objeto. En virtud de ello, y de acuerdo a la gravedad de abuso o infracción cometida por el predisponente, se estima que lo pertinente sería la interpretación *sentido contrario a la parte predisponente o la nulidad parcial del contrato con la integración simultánea en los casos más graves*²²; aunque no se descarta que en supuestos extremos deba declararse la nulidad total del contrato sin que este pueda ser integrado por el magistrado.

En caso de tratarse de un contrato que además es de consumo, la aplicación de las normas especiales del derecho del consumidor facilita la determinación precisa del objeto (Ej. Al considerar a la publicidad como integrante del contrato y obligatoria para el predisponente).

18 Leiva Fernández, Luis EP, “Glosas a los arts. 957 a 1122”, Alternini, Jorge Horacio, en: “Código Civil y Comercial: tratado exegético”, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Ed. La Ley, 3ª edición, 2019, p. 193.

19 Boggiano, Antonio, “Contratos por adhesión a condiciones generales”, Publicado en: LA LEY 09/08/2017, 09/08/2017, 1 - LA LEY2017-D, 1132, Cita Online: AR/DOC/2005/2017.

20 Carletti, Sandra, “Contrastes y similitudes respecto del contrato celebrado por adhesión y la incorporación de las cláusulas abusivas”, Publicado en: RCyS 2019 - Edición Especial, 45, Cita Online: AR/DOC/242/2019.

21 Armella Cristina N., “Máximos precedentes contratos”, coordinado por Mariano Esper, dirigido por Cristina N. Armella, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, La Ley, Ed. 1ª, 2014, p. 112.

22 En las conclusiones de las VIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil celebradas en la Plata en 1981, en la Comisión tercera se expresó “C. Están afectados de nulidad relativa los contratos celebrados mediante condiciones generales cuando estas comprometan elementos esenciales de la contratación. Si comprometen elementos accidentales el contrato será válido, pero las cláusulas cuestionadas serán pasibles de nulidad. Solo la parte afectada podrá solicitar la declaración de nulidad del contrato o de la cláusula, según el caso.

b. Reenvío a textos o documentos

El artículo 985 del C.C.C. establece en su párrafo tercero *“Se tienen por no convenidas aquellas que efectúan un reenvío a textos o documentos que no se facilitan a la contraparte del predisponente, previa o simultáneamente a la conclusión del contrato.”* en este supuesto la sanción para el incumplimiento es clara, pero tal como se expresó se debe considerar si es la más adecuada para el caso concreto o si de una interpretación armónica de las normas también se puede habilitar al magistrado a integrar el contrato (más aún si entran en juego las normas de consumo).

Es bastante común que los contratos referidos en el presente contengan referencias a planos, detalles constructivos, proyectos de reglamentos, etc. pero se manifiesta de manera categórica que tales reenvíos no deberían comprender elementos necesarios para la determinación del bien inmueble futuro a construir, porque de ser así las cláusulas no cumplirían con lo desarrollado en el apartado precedente.

En la práctica se observan numerosos contratos en los que la descripción de los bienes inmuebles a construir se realiza de una manera incorrecta, limitándose a referir a una determinada unidad funcional que surge de un mero croquis o proyecto de plano con sus medidas aproximadas²³ y lo que es aún más serio es que dicho instrumento suele no ser siquiera parte del contrato.

En virtud de lo expresado y al ser el objeto un elemento esencial en la formación del consentimiento del adherente se considera que los textos o documentos referidos al mismo deben ineludiblemente formar parte del contrato, es decir, no es suficiente que se *“faciliten (...) previa o simultáneamente a la conclusión del contrato.”*, es imprescindible que lo integren.

Se considera válida la referencia a otros documentos para cuestiones accesorias pero se recomienda la instrumentación de recibos o declaraciones expresas respecto a la recepción o puesta a disposición oportuna de los mismos.

También se recomienda la adopción de recaudos para garantizar la inmutabilidad de tales documentos (Ej. La incorporación al protocolo) para que el predisponente cuente con un medio eficiente para acreditar el contenido de los mismos.

c. La publicidad en los contratos de consumo por adhesión

Habiendo dejado en claro que no todos los contratos por adhesión son contratos de consumo corresponde ahora destacar uno de los aspectos más interesantes del supuesto en que los contratos por adhesión a cláusulas generales predispuestas si son además contratos de consumo.

Tal como se expresó ut supra en la contratación sobre bienes inmuebles a construir la publicidad juega un rol preponderante al momento de la formación del consentimiento, en muchos casos es el contenido de los anuncios lo que decide a una persona a celebrar un contrato de esta naturaleza.

23 Se trae a colación como ejemplo un poder real en el que la descripción del inmueble a construir se limita a lo siguiente “la propiedad inmueble destinada a Vivienda designada como UNIDAD N° (...), ubicada en una fracción...” y referencia a la mayor superficie de manera bastante imprecisa finalizando la descripción con la referencia a que la misma comprende el porcentual sobre los bienes comunes asignados en el futuro reglamento.

En tal sentido, considerando lo establecido en la regulación de los contratos de consumo en el artículo 1.103 del C.C.C. que expresa “*Efectos de la publicidad. Las precisiones formuladas en la publicidad o en anuncios, prospectos, circulares u otros medios de difusión se tienen por incluidas en el contrato con el consumidor y obligan al oferente.*”.

Ello no libera al predisponente de respetar las normas establecidas para los contratos objetos del presente, es decir, que esté claro en la publicidad no es suficiente para tener por cumplidas los requisitos analizados en el presente. Tampoco obsta a que luego sea utilizada judicialmente como pauta para la integración del contrato en contra del predisponente.

También se considera prudente asesorar respecto a la conveniencia de dejar constancia de cuál es la publicidad que el adherente tuvo en cuenta al momento de contratar en los supuestos en los que el proyecto o la publicidad se hayan modificado ya que puede ser de interés para el predisponente²⁴ eliminar la incertidumbre que tales cambios pudieran generar.

Se propone como ejemplo ilustrativo el supuesto de un edificio que en su etapa inicial contemplaba una pileta en la azotea, y así comenzó a ser publicitado y ofrecido. Con el transcurso del tiempo por cuestiones técnicas o económicas se decidió eliminar la misma antes de haber celebrado ningún contrato. En tal supuesto se considera necesario que el contrato describa el objeto con precisión (como corresponde de manera general) pero además se estima prudente la incorporación de la versión de la publicidad que realmente tuvo en cuenta el adherente al contratar para que quede acreditado que contrató en base a un folleto determinado que no contemplaba la pileta.

IV) Conclusiones

1. Por la manera en que se forma el consentimiento en los contratos por adhesión se requiere una mayor precisión en su redacción.
2. Las reglas particulares para la formación del consentimiento en los contratos por adhesión exigen una redacción clara, completa y autosuficiente, especialmente en la determinación del objeto.
3. La redacción debe ser particularmente precisa cuando el objeto de los contratos por adhesión es un inmueble a construir.
4. Para ser autosuficientes los contratos por adhesión no pueden establecer el reenvío a otros documentos que contengan elementos esenciales.
5. En el reenvío a otros documentos se considera recomendable asegurar la prueba de su contenido y el cumplimiento de la puesta a disposición oportuna.
6. En los contratos por adhesión y de consumo la publicidad juega un rol determinante en la formación del consentimiento, por lo que su incorporación puede ser conveniente más allá de la previsión legal del Art. 1.103 C.C.C.

²⁴ Se observa en la realidad que muchas veces un proyecto sufre alteraciones en su desarrollo eliminando algunas prestaciones, por ejemplo se restringen los espacios o servicios comunes, se elimina el gimnasio, etc.

TRANSACCION Y HOMOLOGACIÓN

TRANSACTION AND HOMOLOGATION

JOSÉ MANUEL DÍAZ REYNA¹

RESUMEN

El artículo 1642 del Código Civil y Comercial de la Nación debe ser interpretado en que las partes deben cumplir con el acuerdo, pero no constituye una cosa juzgada en sentido técnico, desde que puede dar lugar a una ejecución judicial en caso de incumplimiento. Se considera que incluso si no se requiere, es conveniente la aprobación del juez, de modo que aprobado por resolución judicial pueda concluir a la ejecución de la sentencia.

The art. 1642 of the Civil and Commercial Code of the Nation establishes that the transaction produces the effects of the thing judged. It must be interpreted that the parties must comply with the agreement, but not that it constitutes a thing judged in a technical sense, since it can give rise to judicial execution in case of non-compliance. It is considered that even if it is not required, it is convenient to ask the judge for approval, so that approved by judicial resolution can lead to the execution of sentence.

PALABRAS CLAVES: Homologación - transacción.

KEYWORDS: Homologation - transaction.

SUMARIO: I) Efectos de la transacción. Art. 1642 C.C. y C. II) Interpretación. III) ¿La transacción debe homologarse? IV) Cosa juzgada. V) Transacción. Concepto y clases. VI) homologación. VII-A) Transacción judicial. VII-B) Nada impide su homologación. VII-C) Razones para la homologación. VII-D) Transacción y ley procesal. VII-E) Conveniencia de la homologación. VII-F) Juicio ejecutivo. VIII-A) Transacción sin juicio. VIII-B) Posibilidad de su homologación IX) Incumplimiento: competencia y trámite.

¹ Integrante Cra. 8 Civil y Comercial de la Ciudad de Córdoba. Ex Profesor Adjunto de Privado V de Facultad de Derecho Universidad Nacional de Córdoba

I. EFECTOS DE LA TRANSACCIÓN. ART. 1642 C.C. y C.

La sanción del nuevo Código Civil y Comercial, ha llevado a reconsiderar nuestro derecho privado como consecuencia del estudio de su articulado, aun cuando en esencia numerosas instituciones no hayan sufrido mayores cambios. Tal es lo que nos ha sucedido con el art. 1642 C.C. y C. que dispone: *“La transacción produce los efectos de la cosa juzgada sin necesidad de homologación judicial. Es de interpretación restrictiva”*.

Llamó nuestra atención que se disponga que *“produce efectos de cosa juzgada sin necesidad de homologación”*. Lo que llevó a pensar si el juez podría rechazar un pedido de homologación, fundándose en este artículo.

En un primer momento creímos que era una novedad de la nueva ley, y nos resultó llamativo que la mera transacción, sin resolución judicial alguna, pudiera tener los efectos de la cosa juzgada. Al estudiar el tema advertimos que no había tal novedad, pero fue motivador para profundizar el tema. En efecto, ya el Código Civil histórico tenía una norma similar, que había dado lugar a distintas teorías. Así el art. 850 establecía: *“La transacción extingue los derechos y obligaciones que las partes hubiesen renunciado, y tiene para ellas la autoridad de la cosa juzgada”*.

II. INTERPRETACIÓN

La doctrina ha sido crítica en cuanto a la terminología utilizada por la norma, señalando que la expresión cosa juzgada no es feliz, pues no debe confundirse cosa juzgada con ejecutoriedad, no puede haber asimilación entre un contrato y la sentencia judicial. La cosa juzgada tiene un efecto negativo, no puede volver a juzgarse, y uno positivo que es permitir su ejecutoriedad. La transacción pone fin al conflicto entre las partes, pero no pone fin al proceso, ni permite el procedimiento de ejecución de sentencia en caso de incumplimiento.

Había, y aun habrá, quienes consideraban que no se requiere homologación judicial, y quienes entendían que solo podía asimilarse a la sentencia cuando fuera una transacción judicial y hubiera sido homologada. Se dijo: *“que la intención de la ley... no fue dar a la transacción la virtualidad de una sentencia...y respecto de la cosa litigiosa o dudosa, produce las mismas consecuencias de la cosa juzgada, no de la sentencia; vale decir que queda cerrada la posibilidad de volver a plantear en juicio la misma litis o a desconocer la forma en que fue resuelta por las partes”*²

Parece adecuada dicha interpretación en cuanto a los alcances de la referencia a cosa juzgada que hace la norma, tanto en el nuevo como en el anterior código.

Sobre el artículo de la nueva ley se ha señalado de igual manera, sobre los alcances de la expresión cosa juzgada: *“...muchos e importantes autores le niegan dicho carácter y efecto, y ello por una cuestión muy simple, la transacción no puede producir los efectos de la cosa juzgada porque nada se ha juzgado ni sentenciado... a mas que no le es aplicable la regla de irrevocabilidad -uno de los principios de la sentencia-, pues la transacción puede ser anulada o revocada. La asimilación a la “cosa juzgada” es una afirmación que tiene “tradicón secular” pero ningún efecto público concreto, salvo el de aseverar la obligatoriedad del contrato”*³

2 De Gásperi – Morello, citado en “Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial” Bueres -Dirección, Tomo 2B pag. 287..

3 Rubén H. Compagnucci de Caso en “Código Civil y Comercial de la Nación Comentado” Julio César Rivera – Graciela Medina –Directores, Tomo IV, pag. 831..

III) ¿LA TRANSACCIÓN DEBE HOMOLOGARSE?

La pregunta es si, pese a lo establecido por la ley, es conveniente o no la homologación del acuerdo transaccional. Es evidente que no es necesaria porque la ley no lo exige. Del artículo que nos ocupa surge que la transacción es válida y produce efectos sin necesidad de que el juez se expida. Si, siguiendo la literalidad de la ley, se considera que la transacción tiene los efectos de la cosa juzgada, entonces la homologación sería redundante, pues justamente su consecuencia, tras la revisión por parte del tribunal, es dictar una resolución que haga cosa juzgada.

Planteado de otra forma: ¿En caso de incumplimiento de la transacción, podrá o no procederse a su ejecución, esto es abrir la etapa de ejecución de sentencia, aun cuando no existiera resolución judicial?. Si tiene efectos de cosa juzgada, podría pensarse que sí. De hecho existe opinión en ese sentido *“Nosotros adherimos a la opinión de quienes piensan que el artículo 850, al conferirle autoridad de cosa juzgada a la transacción, le da fuerza ejecutiva”*⁴. Un comentario al C.C. y C., también parece expedirse en ese sentido: *“Si se trata de una transacción judicial es aplicable el régimen de la cosa juzgada cumpliendo así dos funciones: modo de extinción de derechos personales y modo de extinción del proceso, por eso se aplica el régimen de ejecución de sentencias y preclusión procesal.”*⁵

No compartimos tal criterio, porque no hubo resolución judicial alguna que verificara el cumplimiento de los requisitos previstos por la ley para la validez de la transacción, puesto que su presentación al tribunal hace a las formalidades pero no a su validez.

Un análisis de la naturaleza jurídica de la cosa juzgada, de la transacción y de la resolución homologatoria, nos llevan a pensar que es conveniente esta última, aun cuando no sea necesaria para su validez ni para exigir su cumplimiento. Porque sí será necesaria para poder iniciar la etapa de ejecución de sentencia

IV) COSA JUZGADA

La cosa juzgada es la *“Autoridad y eficacia que adquiere la sentencia judicial que pone fin a un litigio y que no es susceptible de impugnación por no darse contra ella ningún recurso o por no haber sido impugnada a tiempo convirtiéndola en firme. Es característico de la cosa juzgada que la misma sea inmutable e irreversible en otro procedimiento judicial posterior”*⁶ La cosa juzgada implica que la actividad jurisdiccional ha concluido, por lo que el juez ya no podrá modificar lo resuelto, la sentencia constituye ley para el caso concreto, ya no hay discusión, el debate concluye y la resolución judicial debe cumplirse. Los derechos de ella emergentes forman parte del patrimonio del beneficiario por la resolución. Su respeto hace a la seguridad jurídica.

“En principio la cosa juzgada es inmutable. La inmutabilidad de la sentencia se traduce en una prohibición al juez de volver a decidir el litigio ya decidido (non bis in idem).”; “El respeto de la cosa juzgada es uno de los pilares sobre los que se asienta nuestro régimen constitucional y por ello no es susceptible de alteración ni aun por vía de la invocación de leyes de orden público, toda vez que la estabilidad de las sentencias, en la medida que constituye un presupuesto ineludible de la seguridad jurídica, es también exigencia del orden público con jerarquía superior.” (Cámara 8ª CC Cba. Sent. N° 421, 2-6-05 - pu-

4 Guillermo A. Borda, Manual de Obligaciones -7ª Edición pag. 370.

5 Herrera – Caramelo – Picaso Directores “Código Civil y Comercial de la Nación Comentado”, Tomo IV, pag ??????.

6 Manuel Ossorio “Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales” pag. 181.

blicada en Foro de Córdoba N° 107 - 2006, sección síntesis de jurisprudencia, reseña N° 45, pag. 286)

Por tanto, puesto que el acuerdo transaccional es un acto privado efectuado por los particulares, mientras no exista una resolución judicial no constituirá cosa juzgada, en sentido técnico estricto. *“La asimilación a la “cosa juzgada” es una afirmación que tiene “tradición secular” pero ningún efecto jurídico concreto, salvo el de aseverar la obligatoriedad del contrato”*⁷

La transacción podrá cuestionarse, debatirse sus alcances, y hasta su validez, por lo que puede dar lugar a una resolución judicial posterior, lo que no sucede con la cosa juzgada material. Por lo que debe entenderse que cuando la ley se refiere a cosa juzgada, lo hace para remarcar que las partes deben someterse a lo acordado, pero no que no pueda ser motivo de una decisión judicial, sea a raíz de una litis entablada por debatirse su cumplimiento o sus alcances, o por haberse solicitado su homologación. Si se quiere, puede entenderse que tiene los efectos de la cosa juzgada en la medida que las partes no la pueden modificar unilateralmente, porque en ese aspecto sería inmutable.

En efecto, siendo un contrato, nada impide que de común acuerdo ambas partes la modifiquen, es que incluso ante la existencia de una resolución judicial pasada en autoridad de cosa juzgada, las partes si están de acuerdo pueden modificar sus obligaciones. Por cierto no se tratara de una transacción, *“Estrictamente la transacción sólo es posible antes de la sentencia definitiva, pues luego ya no se tratarán de derechos litigiosos, sin perjuicio que las partes pueden renunciar a sus beneficios”*⁸

*“...aunque una sentencia investida de cosa juzgada haya rechazado o no se haya pronunciado sobre la prestación reclamada, de todos modos los beneficios de la cosa juzgada son renunciables por el litigante a quien favorecen, en tanto concierna a sus exclusivos intereses privados”*⁹

Dicho acuerdo posterior a la sentencia no podrá hacerse valer judicialmente por vía de ejecución de sentencia.

V) TRANSACCIÓN.CONCEPTO Y CLASES.

El Código Civil y Comercial nos da un concepto en el artículo 1641 *“La transacción es un contrato por el cual las partes, para evitar un litigio, o ponerle fin, haciéndose concesiones recíprocas, extinguen obligaciones dudosas o litigiosas”*. Los requisitos para que opere la transacción son, las concesiones recíprocas que se hacen las partes, y la finalidad extintiva de las obligaciones litigiosas o dudosas. Las concesiones recíprocas implican verdaderos actos abdicativos y la distingue de otras figuras jurídicas, de manera que cada una de las partes debe sacrificar algún derecho, sin que las prestaciones deban ser equivalentes. Ambas partes deben ceder sino, en vez de transacción, se trataría de una renuncia.

Se observa que en la norma expresamente se califica la transacción como “contrato”¹⁰

7 Rubén H. Compagnucci de Caso, ob. cit.

8 Oscar Hugo Venica “Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba – Ley 8459” Tomo III, pag. 358.

9 Matilde Zavala de González “Doctrina Judicial –Solución de casos” Tomo 2, Pag. 357.

10 Antes se lo tenía como un modo de extinción de las obligaciones. Alberto J. Bueres – Dirección “Código Civil y Comercial de la Nación, analizado,

y que puede tener lugar aun cuando todavía no hay juicio, pues procura evitarlo, o de ya estar en curso se hace para poner fin al pleito. *“Con mayor precisión puede afirmarse que la transacción tiene como fin conferir certidumbre a derechos y obligaciones que las partes disputan entre sí y que para ellas son dudosas o están sometidas a algún litigio”*¹¹

De acuerdo a ello se califica como judicial cuando se produce durante un juicio, y su objeto son las cuestiones litigiosas. O extrajudicial cuando las partes acuerdan privadamente sobre derechos dudosos¹². El art. 1643 del C.C. y C es explícito en cuanto a que la transacción debe ser efectuada por escrito, sin que distinga si es judicial o no, ya que la única diferencia es que la primera debe ser presentada en el tribunal para ser eficaz. En cambio durante la vigencia del Código Civil la transacción judicial, si bien no exigía formalidades concretas (arts. 837 C.C.), debía ser efectuada por escrito como surge de la exigencia de su presentación firmada al tribunal (art. 838 C.C.), mientras que la extrajudicial no estaba sujeta a la observancia de ninguna formalidad (art. 837 citado) *“pudiendo las partes elegir a su conveniencia, el modo de manifestar su voluntad...”*¹³

VI) HOMOLOGACIÓN

A través de ella el tribunal verifica la legalidad del acuerdo al que arribaron los partes, analiza su validez y que no sea contrario al orden público, dictando una resolución que al revestir el carácter de judicial, una vez firme, hará cosa juzgada en sentido técnico, y por consiguiente ante su incumplimiento dará lugar a la etapa de ejecución de sentencia.

*“La homologación persigue como objeto verificar la corrección del acto pudiendo el juez o el funcionario administrativo, en su actividad de control, negar la homologación cuando el acuerdo liberatorio o conciliatorio importe violar el principio de irrenunciabilidad, presente vicios de consentimiento, haya incapacidad de las partes, o sea contrario a normas de orden público. De manera que no hace cosa juzgada el acuerdo transaccional o conciliatorio que no haya logrado homologación”*¹⁴

Su importancia es otorgar a la transacción los efectos de cosa juzgada material, o sea en un sentido más amplio que el que surge del art. 1642 del C.C. y C. *“La transacción homologada adquiere los efectos de la cosa juzgada”*¹⁵

VII-a) TRANSACCIÓN JUDICIAL.

En el supuesto que exista un pleito entablado nada impide que las partes lleguen a un acuerdo extrajudicial, el que el Código Civil velezano disponía que debía presentarse al tribunal (art. 838 C.C.) como una formalidad necesaria para su validez, y las leyes procesales traían normas sobre la homologación. El acuerdo también puede arribarse en el tribunal, en una audiencia convocada a tal efecto (art. 58 del C.P.C.C.), siendo válida la transacción formalizada en acta judicial.

Conforme lo establecido por el art. 1642 del Código Civil y Comercial, no surge que sea

comparado y concordado” tomo 2 pag. 132. Aunque parte de la doctrina lo consideraba como un contrato, postura asumida por C.C. y C.

11 López Cabana citado en “Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial” Bueres -Dirección, Tomo 2B pag. 269.

12 “Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial” Bueres -Dirección, Tomo 2B pag. 274.

13 Bueres -Dirección obra citada pag. 278.

14 Cámara del Trabajo de Bell Ville, Sent. N° 41, 30-10-98 - publicado en revista “Foro de Córdoba” Número 51 - 1999, pag. 233, sección síntesis de jurisprudencia.

15 Enrique M. Falcón “Derecho Procesal, Civil, Comercial, Concursal, Laboral y Administrativo” Tomo I, pag. 709.

indispensable su homologación, solo su presentación en el juicio. Sin embargo, es indudable que las partes no podrán proseguir con el juicio, lo que iría en contra de los propios actos, y no lo podrían hacer tan siquiera en caso de incumplimiento, porque la ley ha establecido que produce efecto de cosa juzgada, aunque como dijimos no en sentido procesal estricto. *“No debe pensarse, empero, que la transacción tiene una autoridad idéntica a la de la sentencia definitiva”*¹⁶

El Código Civil exigía para su validez la presentación ante el juez, a partir de lo cual las leyes procesales llegan a disponer que deben homologar o no el acuerdo, con diferentes efectos, en el primero adquiriría lógicamente fuerza de cosa juzgada, y en el segundo debía seguir el proceso.

El Código Civil y Comercial mantiene la exigencia de su presentación al juez. No se advierte diferencia entre la anterior normativa y la nueva. Ambas requieren que sea efectuada por escrito y su presentación en juicio, sin lo cual no tendrá el carácter de cosa juzgada, en sentido expresado, por lo que podrá ser desistida. De acuerdo a ello se señalaba: *“Si la transacción versare sobre derechos litigiosos no se podrá hacer válidamente si no presentándola al juez de la causa firmada por los interesados. El perfeccionamiento de una transacción y sus efectos extintivos se producen por la presentación en la causa de dicho convenio, sin necesidad de previa aprobación u homologación... (...) La transacción sobre derechos litigiosos exige la presentación en juicio del documento respectivo, pudiendo, hasta que ello no ocurra, desistir de ella los interesados, porque no hay transacción concluida, no siendo necesario que el documento se presente por todos sus firmantes, siendo suficiente que la realice alguno de los interesados para que el acto adquiera valor para todas las partes. Luego de su presentación en juicio del documento respectivo la transacción queda perfeccionada o concluida”*¹⁷.

Sobre esa exigencia se ha dicho que *“esta presentación aparece, por tanto, como una forma exigida ad solemnitatem insoslayable”*¹⁸

Entonces cuando la ley dice que la transacción produce los efectos de la cosa juzgada, debe interpretarse que se refiere a que queda perfeccionada o concluida, no que sea asimilable a una sentencia.

*“No se pretende atribuirle a la transacción el efecto de una sentencia, ni se utiliza el término “cosa juzgada” en su sentido técnico, ya que –como es sabido– ésta es la cualidad de impugnabilidad e inmutabilidad que, en aras de la seguridad jurídica, la ley le asigna a la sentencia firme dictada en virtud de un proceso contencioso”*¹⁹

VII-B) NADA IMPIDE SU HOMOLOGACION

No advertimos la existencia de impedimento legal para que una transacción sea homologada ante el requerimiento de las partes, siendo que existe una cuestión práctica ya que el acto jurisdiccional homologatorio dota de ejecutoriedad a la transacción, frente a un eventual incumplimiento de las partes.

16 Guillermo A. Borda, ob. cit. pag. 369.

17 Conf. Salas - Trigo Represas - López Mesa, “Código Civil anotado”, T. 4-A, Bs. As., Ed. Depalma, pág. 356.

18 Hugo Ramaciotti “Compendio de Derecho Procesal Civil y Comercial” Tomo I, Pag. 829.

19 Mariano A. Díaz Villasuso “Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba – Comentado y concordada...”, Tomo II pag. 465.

Por lo general la transacción se efectúa sin intervención de Escribano o Funcionario Público, y continúa siendo un instrumento privado aun cuando sea presentado al juez y agregado al expediente, en cambio con la homologación pasará a ser un instrumento público. *“Es indispensable para su validez el auto de aprobación judicial el que tiene valor de instrumento público y reemplaza la escritura pertinente”*.²⁰ Aun cuando se hubiera efectuado en instrumento público, la ley exige su presentación al tribunal, porque no constituye un resolución jurisdiccional. Por ello cualquiera sea la forma del instrumento, no es baladí la homologación pues el juez verificara la pertinencia de la transacción, por ejemplo la legitimación de quienes transan (art. 1646 C.C. y C.), que se trate de derechos disponibles, y que no se afecte el orden público (art. 1644 C.C. y C).

Los arts. 1643 a 1648, dan la pauta que no toda transacción sin más es válida, y entendemos que justifican, para mayor tranquilidad de las partes, solicitar la homologación, para lo cual el juez tendrá en cuenta dichas normas. Es decir, que existirá una resolución judicial que habrá evaluado la pertinencia del acuerdo, su ajuste al orden jurídico, la inexistencia de nulidades. E incluso, se podrá, antes de homologar requerir que se subsanen nulidades relativas si no la hubieran tratado en el acuerdo (art. 1645 C.C. y C.), o corregir en la resolución los errores aritméticos que observare (art. 1648 C.C. y C.)

Que no sea necesario homologar, implica que la transacción tiene valor aun cuando el juez no se expida sobre ella, siempre y cuando se ajuste a las normas mencionadas, pero no que pueda dar lugar a la ejecución de sentencia. Si bien es cierto que la transacción pone fin al juicio, ello es en cuanto lo que era motivo del litigio queda solucionado, regulado por el acuerdo de partes. Pero, aunque sea así, en caso de incumplimiento, no tiene carácter de resolución judicial que se pueda ejecutar.

*“Pues para que tenga eficacia requiere –como veremos– su presentación a juicio (argum. Arts. 838 C.C., 1643 CC y C) y para que adquiera ejecutabilidad precisa la intervención del magistrado, que pone inmediatamente término a la relación procesal (sentencia homologatoria), de suerte tal que, después de verificada, las partes ya no pueden pedir una sentencia de fondo en el mismo proceso, creándose un título ejecutivo en caso de incumplimiento”*²¹

Por otra parte, luego de presentada la transacción en el tribunal, ya no podrá producirse la caducidad de la instancia, por que conforme el efecto que la ley sustancial le otorga a la transacción, al expresar que tiene los efectos de la cosa juzgada, con los alcances que hemos señalado, implica que se extinguieron las obligaciones litigiosas, ya no hay necesidad de instar el proceso para que se dicte sentencia, la sentencia como resolución del litigio devino innecesaria por lo tanto *“...el incidente de caducidad de instancia carece del imprescindible interés jurídico atendible”*²²

VII-C) RAZONES PARA LA HOMOLOGACIÓN

Por tanto, en caso de incumplimiento, habrá que presentarse al tribunal demandando su cumplimiento, lo que deberá hacerse en el juzgado en que se presentó la transacción, pero necesariamente habrá un incidente que otorgue la posibilidad de debatir la validez de la transacción, y si existió o no incumplimiento.

20 Cita de JA 1981-I-317, que trae Mario Martínez Crespo en “Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba – Ley 8459”, pag. 439. Advocatus Córdoba 1996).

21 Mariano A. Díaz Villasuso, Ob. Cit., pag. 461 in fine.

22 Díaz Villasuso Ob. Cit. pag. 464.

Si la transacción fue sobre un tema litigioso sobre el que nunca se promovió juicio, entonces habrá que entablar la demanda de cumplimiento. En cambio, si hubo homologación judicial, podría directamente iniciarse la ejecución de sentencia.

Por eso, aun cuando la ley de fondo dispone *“sin necesidad de homologación”*, creemos que siempre será conveniente la homologación. No es obligatoria, pero tampoco está prohibida por la ley. De hecho, siguen vigentes las normas procesales sobre la homologación (art. 353 del C.P.C.C.). La homologación significará que el acuerdo transaccional será revisado por un juez, quien verificará que sea conforme a derecho que no sea contraria al orden público, por ejemplo, que su objeto no sea prohibido como sería una transacción de un litigio por apuestas clandestinas, o por una operación de contrabando, etc.

Por otra parte, la norma de fondo no prohíbe la homologación, no dispone que no se pueda homologar, pues hace referencia a que no es necesaria su homologación, pero no dice que no se pueda homologar, y como hemos expresado la homologación tiene una razón de ser.

En ese sentido, para que tenga los alcances de cosa juzgada definitiva, en sentido técnico, se ha señalado que es necesaria su homologación: *“Tratándose de una transacción que versa sobre derechos litigiosos, la misma no está alcanzada por la autoridad de la cosa juzgada hasta que el juez la homologue (CNCiv., sala C, abril 3-984) ED, 110-511”*²³

*“La homologación del convenio que tuvo por fin transar derechos litigiosos importa la finalización de la instancia, en tanto dicha convención produce con relación a las partes los efectos de una sentencia definitiva. (CNCiv., Sala A, julio 5-994). ED, 159-302”*²⁴

VII-D) TRANSACCIÓN Y LEY PROCESAL

Además la ley procesal regula la homologación de la transacción (art. 353 CPCC), aspecto procesal reservado por las provincias (arts. 31 y 121 C.N.), sin que de la mencionada norma pueda concluirse que esas disposiciones han perdido vigencia, o que sean incompatibles con la ley sustancial.

*“De todos modos no es posible ignorar lo dispuesto en algunos Códigos procesales que le permiten al juez examinar si se cumplen los requisitos legales para homologar o no la transacción”*²⁵

*“Sin perjuicio de que la transacción, como negocio jurídico material, surta sus efectos propios desde el momento de la presentación del escrito o de la suscripción del acta ante el juez, ella se integra, en el orden procesal de Buenos Aires, mediante la homologación judicial. (CS, agosto 28-990, “Sks, S.A. c/Municipalidad de Olavarria”*²⁶

El art. 353 del C.C.P.C. establece que presentada la transacción el juez la homologará o no, y que en este último caso, continuaran los procedimientos del juicio. Ello implica que la norma procesal vigente en nuestra provincia, dispone que el juez se expida sobre la

²³ Cita tomada de Ferreyra de la Rúa – De la Vega de Opl. “Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba – Ley 8459”, Tomo II pag. 634, La Ley, Córdoba 1999.

²⁴ Cita tomada de Ferreyra de la Rúa – De la Vega de Opl, Ob. Cit. pag. 637.

²⁵ Rubén H. Compagnucci de Caso, ob. citada pag. 831.

²⁶ Cita tomada de Ferreyra de la Rúa – De la Vega de Opl, Ob. Cit. pag. 636.

transacción, lo que como dijimos no está proscripto por el art. 1642 del Código Civil, que no excluye la homologación. Al sancionarse el C.P.C.C. estaba vigente el Código Civil redactado por Vélez Sarsfield, y este contenía también una norma que establecía que la transacción debía presentarse en el juicio (art. 838) y el art. 850 disponía “y tiene para con ellas autoridad de la cosa juzgada”. Es decir, que había normas de fondo semejantes al art. 1642 del C.C. y C. y el legislador provincial reguló la homologación, como modo anormal de terminar el proceso. *“La transacción surte efectos a partir de su presentación ante el tribunal (art. 838, CC), pero para que produzca la finalización del juicio y haga posible su cumplimiento forzosamente es indispensable la homologación.”*²⁷

Por lo tanto, si bien la norma de fondo no exige su homologación, la norma procesal si la exige. Como el Código Civil y Comercial no la prohíbe, la norma procesal no la contradice y es válida. Nos parece que una interpretación armónica sería, que si las partes solicitan la homologación el juez deba homologar por aplicación de la ley procesal, pero que los interesados podrían limitarse a presentar el acuerdo y solicitar al juez que esté a lo previsto por el art. 1642 del Código Sustancial, y que no lo homologue.

En caso que fuera acompañado sin que las partes se expidan, el juez deberá seguir lo dispuesto por la ley procesal, que dispone que presentada la transacción, *“la homologará o no”*. Si las partes la presentan y solicitan no sea homologada, no se aplicará la parte del art. 353 del C.P.C.C. que dispone que *“continuaran los procedimientos del juicio”*, porque ese es el efecto de una resolución dictada por el juez, que no homologa tras analizar la transacción, pero en este supuesto el magistrado no dictará resolución alguna por expreso pedido de la partes, a lo que están autorizadas por el art. 1642 del C.C. y C.

Tratándose de un modo anormal de conclusión de litigio, la transacción de un juicio, está regida por las disposiciones procesales materia reservada a las provincias, y por consiguiente el juez no puede negarse a considerar el pedido de homologación, porque el art. 353 del C.P.C.C., le impone expedirse sobre la transacción, y homologarla o no.

VII-E) CONVENIENCIA DE LA HOMOLOGACIÓN.

No dudamos entonces en sostener la conveniencia de su homologación para dar por terminada, de manera definitiva, la cuestión litigiosa judicializada. Al fin y al cabo ya se llegó a un acuerdo transaccional, y para su validez hubo obligatoriamente que presentarlo al juez, solo faltará la resolución homologatoria, con las ventajas que ella implicará, puesto que revestirá el carácter de resolución judicial, por lo que en caso de incumplimiento, permitirá abrir la etapa de ejecución.

“La homologación es la acción y efecto de confirmar y aprobar -que tiene el juez- sobre ciertos actos y convenciones celebrados por las partes, para hacerlos más firmes, ejecutivos y solemnes. Vale decir, la homologación judicial permite otorgar ejecutoriedad a la transacción formulada; acuerda el carácter de título susceptible de ser ejecutado. Así ante el incumplimiento, la parte interesada puede reclamar el cumplimiento judicial a través del procedimiento de ejecución de sentencias. Pedir la homologación es una facultad que plasma una forma auto compositiva del conflicto ejercida dentro del marco de derechos disponibles y como acto de jurisdicción voluntaria (Minoría, Dra. González de la Vega)” (Cámara 4ª C.C. Cba. Auto N° 294, 6-9-17. Expte. 6163120. Semanario Jurídico)

²⁷ Oscar Hugo Venica, Ob. Cit. pag. 359.

dico N° 2186 del 20 de diciembre de 2018, pag.1094, corresponde a T° 118 - 2018-B. Del punto 11 de la reseña)

VII-F) JUICIO EJECUTIVO

Otra cuestión es si la homologación puede solicitarse solamente en procesos ordinarios, o si la transacción puede tener lugar en cualquier tipo de proceso contradictorio. Nos parece que nada obsta para que la transacción tenga lugar incluso en procesos ejecutivos, en los que si bien no se debate la causa de la obligación, el convenio transaccional podría contener reconocimientos de pagos parciales, y/o forma de pago de la deuda, en lo podría haber renunciamentos recíprocos.

Pensamos que cualquier tipo de litigio puede ser motivo de transacción, incluso el proceso ejecutivo, aun cuando en él, en principio, no se discuta la causa de la obligación.

Es que no puede alegarse que excluye el conocimiento de la relación jurídico causal, cuando la transacción puede versar sobre lo que fuera motivo de excepciones, o sobre la procedencia de la ejecución, y las partes pueden convenir un monto deudor que impliquen concesiones, por ejemplo modificando los intereses o la fecha de la mora, pudiendo también ser motivo de transacción la forma de pago. Ello implica que es insostenible que la homologación no pueda tener lugar en un proceso ejecutivo. El Código de Procedimientos, prevé la homologación de la transacción como un modo anormal de conclusión del proceso, el ejecutivo es un proceso, y la norma no lo excluye, como no está excluido de la caducidad de instancia, ni del allanamiento, ni del desistimiento.

Si el proceso siguiera su curso el juez debería expedirse sobre el título ejecutivo, y sobre el monto de la ejecución, pues bien las partes han acordado la existencia de la deuda, sus alcances, intereses, y forma de pago, con lo cual para el caso de incumplimiento existirá monto líquido y exigible, que es lo que en su caso determinaría la sentencia de remate. Ahora bien, si no se homologara no se podría ejecutar. Incluso, sino se pudiera homologar, para hacer valer el acuerdo las partes deberían iniciar un juicio ordinario, lo que carece de sentido cuando están contestes en la procedencia de la demanda ejecutiva, y han pactado para concluir el juicio ejecutivo la forma de pago, implicando concesiones sobre su monto y vencimiento.

Sin embargo, al ser producto de una transacción no podría entenderse que haga cosa juzgada formal, pese a ser un proceso ejecutivo, y que se podría luego promover el proceso ordinario. La resolución homologatoria, dada la naturaleza de la transacción daría por concluido el conflicto de intereses, por lo que ya no se podría discutir la causa, en ella estaría implícito su reconocimiento, pues se está aceptando la existencia de la obligación, al hacerla motivo de concesiones, y no hay obligación sin causa (art. 726 del C.C. y C.). Con el acuerdo habría precluido la posibilidad de litigar sobre la deuda *"...podemos decir que la preclusión ha transformado la cosa juzgada formal en material cuando por el efecto de esa preclusión no pueda realizarse una revisión sobre la parte sustancial del pleito, es decir que la pretensión principal no pueda ser removida"*²⁸

VIII-A) TRANSACCIÓN SIN JUICIO

Supongamos que existe un conflicto entre particulares, que lo arreglan de manera extrajudicial. Sin que hubieran llegado a presentar demanda, se hacen recíprocas conce-

²⁸ Enrique M. Falcón Ob. Cit. pag. 712.

siones (transacción) y lo suscriben por escrito. ¿Por aplicación del art. 1642 del C.C. y C. esa transacción hace cosa juzgada? ¿puede ejecutarse sin más? Indudablemente que no, pues no ha intervenido ningún tribunal que le otorgue carácter de resolución judicial ejecutable. Por otra parte no será necesaria su presentación al tribunal para su validez, porque no se trata de la transacción que ponga fin a un litigio judicial, sino que por ella extinguen obligaciones dudosas o litigiosas.

Nótese que el Código Civil admitía la transacción extrajudicial, y no exigía formalidad alguna (art. 837), pero que el art. 850 CC también refería que tenía para las partes autoridad de cosa juzgada. Lo único que cambió al respecto con la nueva ley fondal, es que ahora se exige la forma escrita.

¿Pero entonces como interpretar la ley cuando dice que tiene los efectos de cosa juzgada, cuando se trata de una cuestión extrajudicial? Como ya señalamos creemos que no lo hace en el sentido procesal de la palabra, sino para remarcar que para las partes es cuestión terminada, y que deben cumplirla. Dicho de otra manera, que como contrato obliga a las partes como la ley misma, por ello se suele decir que es ley para las partes (art. 1197 C.C., hoy art. 959 C.C. y C.), en consecuencia no podrían demandar el cumplimiento de las obligaciones originarias que llevaron a la transacción.

Ello no implica que sea cosa juzgada, porque no ha sido objeto de resolución jurisdiccional alguna, y por consiguiente tampoco podrá en caso de incumplimiento promoverse la ejecución de sentencia, pues al igual que la transacción judicial no homologada no habrá resolución que ejecutar, pero además no hay tribunal que haya intervenido y haya asumido competencia en el tema. La norma debe entenderse en el sentido que las partes no pueden volver atrás las cosas y desconocer el acuerdo. Además la transacción debe ser interpretada de manera restrictiva, lo que puede dar lugar a discusiones sobre su alcance, lo que obstaría a interpretar que es posible proceder directamente a su ejecución.

O sea que en caso de incumplimiento deben estar al acuerdo transaccional, y demandar su cumplimiento, pero obviamente que aún no lo podrán ejecutar.

Ahora bien, ¿las partes que arriban a un acuerdo extrajudicial de una cuestión no judicializada, podrán solicitar su homologación, o deberá estarse directamente a lo normado por el art. 1642 del C.C. y C.?

VIII-B) POSIBILIDAD DE SU HOMOLOGACIÓN

Aun cuando la postura pueda ser discutible, porque el art. 353 del C.P.C.C. no se refiere a las transacción de cuestiones no judicializadas, entendemos que las razones expresadas para considerar conveniente la homologación de la transacción judicial, son aplicables a este caso y llevan a la misma conclusión, o sea la conveniencia de solicitar su homologación. Es que se trata de un contrato, cuyo incumplimiento daría lugar a una demanda que hará necesario sustanciar todo un proceso hasta obtener sentencia. Nada obsta para que conforme la normativa procesal se solicite al tribunal la homologación del acuerdo, para así en caso de incumplimiento poder proceder a ejecutar el convenio de transacción.

El juez deberá proceder a verificar que se trate efectivamente de una transacción, es decir que las partes tengan legitimación, que se estén efectuando concesiones recípro-

cas sobre obligaciones dudosas o litigiosas, y que se cumplen los requisitos de validez de toda transacción. La homologación corresponderá al juez con competencia material en lo Civil y Comercial que en turno corresponda o que resulte sorteado por el sistema informático.

IX) INCUMPLIMIENTO: COMPETENCIA Y TRÁMITE

El juez competente para la homologación cuando se trata de transacciones sobre cuestiones ya judicializadas, será el que entiende en la causa, como surge de la ley de fondo en cuanto prescribe la necesidad de adjuntar el convenio al expediente. Además, en la medida que con la transacción se pone fin al litigio, la homologación debe estar a cargo del juez que ya se avocó al conocimiento del litigio.

En consecuencia no parece discutible, que en caso de incumplimiento, la ejecución de la transacción deberá gestionarse por ante el tribunal que dictó la resolución homologatoria. *"...ya la Corte Suprema tiene establecido desde antiguo que el trámite para ejecutarla es parte de los de la causa, y la competencia se mantiene, aunque de conformidad a las leyes locales otros fueran los tribunales competentes, por lo que su cumplimiento debe gestionarse ante el juez de la causa"*²⁹

Ahora bien, si se trata de la transacción de un conflicto no judicializado, será competente el tribunal que corresponda de acuerdo a la atribución de causas nuevas conforme al sorteo informático, o que se encontrare de turno según la forma de atribución de causas. Ello en cuanto a la competencia para la distribución del trabajo, porque en cuanto a la materia y territorio deben aplicarse las reglas de competencia habituales.

En cuanto al trámite, no obstante referir Ramaciotti que no existe uniformidad de opiniones, señala que el criterio de la ejecución de sentencia *"...está en naturaleza y en la finalidad de la transacción, la necesidad de ser actuada por el tipo de proceso más rápido que se disponga..."*³⁰

Consideramos que tratándose de la ejecución de una resolución judicial, que se encuentra firme, la vía procesal pertinente será la de ejecución de sentencia. No tendría sentido que tras haberse concluido con el juicio mediante dicho acuerdo, que fue motivo de una resolución judicial, en procura de su cumplimiento hubiera que promover una demanda ordinaria, *"...tanto más si las partes pusieron fin al primero mediante un acto procesal sustitutivo de la sentencia, cuya finalidad no se agota tan sólo con la de procurar certeza sino, asimismo obtener una rápida satisfacción de sus derechos"*.³¹

Otro autor dice directamente: *"Las normas establecidas para la ejecución son aplicables a las de las transacciones judicialmente homologadas"*³²

La iniciación de un proceso ordinario solo correspondería en el caso de una transacción extrajudicial, que no hubiera sido presentada en tribunales requiriendo su homologación, pues se demandaría el cumplimiento del contrato que constituye la transacción. Pues si hubiera sido homologada, también sería procedente la ejecución de sentencia.

29 Ramaciotti ob. cit. pag. 831.

30 Ramaciotti ob. cit. pag. 831.

31 Ramaciotti ob. cit. pag. 831.

32 Osorio, ob. cit. pag. 759.

“Por otro lado, si hablamos de una transacción extrajudicial, es un contrato, pero no en los términos de extinción del proceso, por lo que no se aplica el régimen de ejecución de sentencias y se precisa de un trámite de conocimiento, salvo que haya un instrumento que establezca su ejecución.”³³

33 Herrera – Caramelo – Picaso Directores, ob. cit. Tomo IV, pag. 335.

EL SANEAMIENTO DE TITULOS A NIVEL ADMINISTRATIVO Y LAS FUNCIONES JUDICIALES, NOTARIALES, CATASTRALES Y REGISTRALES

THE CONSOLIDATION OF TITLES AT THE
ADMINISTRATIVE LEVEL AND THE JUDICIAL,
NOTARIAL, CADASTRAL, AND REGISTRY FUNCTIONS

MARÍA A. GARAY¹, RAQUEL V. MOYANO², MARIANO PELLIZA PALMES³

RESUMEN

El saneamiento de títulos, a través de la prescripción adquisitiva se da tanto en inmuebles de los particulares como del Estado respecto de los bienes del dominio privado, en este aspecto, la función notarial en caso de haberla, la efectuará el escribano calificado, en este último caso, a través de la escribanía general de gobierno.

Nos proponemos pues, abordar el saneamiento de los bienes del Estado, función que puede ser tratada, tanto por la vía judicial, administrativa en sentido estricto o a través de la Escribanía General de Gobierno, así como casos específicos de adquisiciones dominiales de particulares con posesión pero sin título de dominio.

ABSTRACT

The sanitation of titles, through the purchase prescription occurs both in real estate of individuals and the State regarding the assets of the private domain, in this regard, the notarial function will be performed by the qualified notary, in the latter case, through of the general notary of government.

We therefore propose to address the sanitation of state assets, a function that can be dealt with, either by judicial, administrative means strictly or through the General Notary of Government, as well as specific cases of proprietary acquisitions of individuals with possession but without title of domain.

1 Profesora Titular de Instrumentos de Derechos Reales y Registral, Facultad de Derecho, UN de Lomas de Zamora, sede Córdoba. Profesora Adjunta Universidad Blas Pascal. Docente de Privado V Reales de la Facultad de Derecho de la UNC. Miembro del Instituto Notario Registral de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba.

2 Profesora Adjunta de la Cátedra de Derecho Privado V (Derechos Reales) de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba. Doctora en Derecho y Ciencias Sociales Título otorgado por la Facultad de Derecho de la UNC. Miembro del Instituto Notario Registral de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba.

3 Juez de Primera Instancia Segunda Nominación de la Ciudad de Deán Funes. Docente de Privado V-Reales- de la Facultad de Derecho de la UNC. Miembro del Instituto Notario Registral de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba.

PALABRAS CLAVES: Saneamiento de Títulos – Función notarial.

KEYWORDS: Sanitation of titles – notarial function.

SUMARIO: I. Introducción. II. Prescripción adquisitiva larga. Normativa de fondo. III. Prescripción adquisitiva como acción. Juicio de usucapión. IV. Prescripción adquisitiva como acción. Juicio de usucapión. V. Prescripción administrativa. VI. Similitudes de ambos procedimientos. VI.- Ley de regularización de dominio 24374. 1. Objetivo de la ley. 2. Beneficiarios. 3. Procedimiento. 4. Escritura y función notarial. 5. Registración. VI. Nuestra propuesta.

I. Introducción

Podemos afirmar que existe diversidad de trámites a fin de obtener el título formal una vez adquirido el derecho real por el transcurso del tiempo. En la faz judicial encontramos el juicio de usucapión, mientras que en la faz administrativa contamos con la denominada prescripción administrativa. Sin perjuicio de las diferencias que existen entre ambas, nos preguntamos: 1) ¿El instituto de la prescripción adquisitiva regulado en la ley de fondo varía según lo encontremos en una acción de usucapión o en un trámite administrativo de prescripción administrativa?; 2) Por otra parte, el juicio de usucapión es de carácter contencioso (art. 24 Ley 14.159, art. 1905 CCCN), por lo que debe ser citado el titular registral y los terceros interesados, ¿en el procedimiento de prescripción administrativa se puede prescindir de la notificación al titular registral y de quienes se consideren con derecho en relación al inmueble?.

En primer lugar analizaremos la normativa vigente en relación al instituto de la prescripción adquisitiva y los procedimientos que la tratan. En segundo lugar, intentaremos resolver los interrogantes planteados y en su caso proponer un esquema regulatorio en materia de prescripción administrativa. Todo ello sin dejar de lado el importante rol que cumple el escribano a través de la Escribanía General de Gobierno.

II. Prescripción adquisitiva larga. Normativa de fondo

La prescripción adquisitiva es un modo originario de adquirir el dominio -arts. 2524 inc. 7, 3947 y conc. del C.C. -actuales arts. 1897, 1899, 2565 y conc. del C.C.C.N.- que resulta de la posesión continuada de un inmueble en la manera, con las condiciones y durante el tiempo establecido por la ley (arts. 1897, 1898, 1899, 1900 y cc. del C.C.C.N.). De los dispositivos citados, se desprende que la normativa de fondo establece un plazo de veinte años de posesión continua y ostensible para prescribir la propiedad de cosas inmuebles (prescripción adquisitiva larga). Quien posee durante el término que establece la ley, adquiere el derecho real de modo originario, siempre que se trate de un derecho real que se ejerza a través de la posesión (art. 1891 del C.C.C.N.); pero ello no implica que cuente con título en sentido formal o instrumental, si no causal. Aquel que adquirió por prescripción adquisitiva no tiene título en el sentido expuesto, su derecho se adquiere el día en que se cumple el término de prescripción, pero tal situación no está instrumentada en ninguna parte, no puede acreditar el derecho aun cuando este ya existe. Por eso es necesario ejercer una acción declarativa de la adquisición operada⁴.

⁴ Díaz Reyna, José Manuel; "El Juicio de Usucapión en Córdoba - Aspectos prácticos y procesales", Ed. Alveroni Ediciones, pág. 26).

III. Prescripción adquisitiva como acción. Juicio de usucapión

Como se expresara, a fin de obtener la declaración del derecho real por prescripción y en consecuencia el título formal (instrumento público judicial) y dar publicidad registral al derecho real adquirido, debe incoarse el denominado juicio de usucapión. En la mentada acción el actor deberá probar que adquirió el derecho real al haber poseído por el término que exige la ley, siguiendo en todo momento las reglas que rigen el juicio de usucapión (art. 24 de la Ley Nacional 14.159). El artículo dispone: "En el juicio de adquisición del dominio de inmuebles por la posesión continuada de los mismos (art. 4015 y concordantes del Cód. Civil), se observarán las siguientes reglas: a) El juicio será de carácter contencioso y deberá entenderse con quien resulte titular del dominio de acuerdo con las constancias del Catastro, Registro de la propiedad o cualquier otro registro oficial del lugar del inmueble, cuya certificación sobre el particular deberá acompañarse con la demanda. Si no se pudiera establecer con precisión quién figura como titular al tiempo de promoverse la demanda, se procederá en la forma que los códigos de Procedimientos señalan para la citación de personas desconocidas; b) Con la demanda se acompañará plano de mensura, suscripto por profesional autorizado y aprobado por la oficina técnica respectiva, si la hubiere en la jurisdicción; c) Se admitirá toda clase de pruebas, pero el fallo no podrá basarse exclusivamente en la testimonial. Será especialmente considerado el pago, por parte del poseedor, de impuestos o tasas que graven el inmueble, aunque los recibos no figuren a nombre de quien invoca la posesión; d) En caso de haber interés fiscal comprometido, el juicio se entenderá con el representante legal de la Nación, de la provincia o de la Municipalidad a quien afecte la demanda. Las disposiciones precedentes no regirán cuando la adquisición del dominio por posesión treinta años no se plantea en juicio como acción, sino como defensa. Serán asimismo subsidiarias del régimen especial a que puede someterse por leyes locales, la adquisición por posesión de inmuebles del dominio privado de la Nación, provincias o municipios". Siguiendo la misma línea el art. 1905 del CCCN dispone que el proceso debe ser contencioso.

De este derrotero se desprende que el juicio de usucapión es contencioso, lo que implica que el actor tendrá contraparte y que ésta tendrá igualmente derecho a defenderse⁵.

IV. Prescripción administrativa

Por otro andarivel, pero relacionado con lo expuesto, encontramos la denominada prescripción administrativa. Como *excepción*, se estableció por la Ley Nacional N° 24.320 la posibilidad de evitar el trámite jurisdiccional recurriendo a un proceso administrativo, el cual sólo está destinado a formalizar la inscripción. La ley 24.320 en su artículo 1, dispone que: "El dominio de inmuebles que hubieren adquirido o adquirieran los Estados provinciales y las municipalidades por el modo establecido en el art. 4015 del Código Civil, será documentado e inscripto como se determina en el artículo siguiente". Por su parte el art. 2 dispone: "*La posesión ejercida por la administración provincial o municipal o sus reparticiones descentralizadas o autárquicas y en su caso por sus antecesores, deberá surgir de informes de los respectivos organismos donde se especificará el origen de la posesión y el destino o afectación que haya tenido el inmueble poseído, agregando los antecedentes que obren en poder de la administración. Cada inmueble será descrito con su ubicación, medidas y linderos según plano de mensura, que se agregará. El Poder*

5 El Código Procesal Civil y Comercial de Córdoba, en lo que al juicio de usucapión refiere propone un doble esquema. En una primera etapa encontramos las medidas preparatorias (cuyo fin es la individualización del objeto y de la persona/s a demandar), finalizadas las mismas se encuentra el actor en condiciones de iniciar el juicio de usucapión el que tramita por juicio ordinario (vide arts. 781 a 789 del CPCCC).

*Ejecutivo provincial o la autoridad ejecutiva municipal declarará en cada caso la prescripción adquisitiva operada. Las escrituras declarativas que en consecuencia otorgará el Poder Ejecutivo provincial o la autoridad ejecutiva municipal en las cuales se relacionarán las circunstancias del caso, servirán de título bastante para la inscripción en el Registro de la Propiedad Inmueble”.*⁶

Nos preguntamos, ¿cómo se debe realizar el trámite administrativo a efectos de que quede corroborada la adquisición del derecho real por parte del Estado?; éste deberá probar mediante informes de oficinas técnicas, que detenta la posesión del bien, demostrando haber ejercido con ánimo de dueño el poder efectivo sobre el inmueble. Consideremos que la posesión cuenta con dos elementos que la estructuran e integran. Estos son el *corpus* y el *animus*, siendo el *corpus* el poder de hecho, el que debe probarse sin hesitación, ya que probado éste, el *animus* se presume. Se ha sostenido que: “la prueba del corpus hace presumir la existencia del animus, a menos que se pruebe lo contrario, y esto es así porque el animus al pertenecer a la interioridad de la persona, sólo puede conocerse por su exteriorización, la primera exteriorización es el corpus, en este sentido la práctica se acerca a la postura teórica de Ihering, ya que a quien alegue posesión le bastará probar el corpus, y quien sostenga que carece de animus deberá probarlo”⁷. El *corpus* se prueba a través de actos posesorios, actos que ejemplificativamente encontramos mencionados en el artículo 1928 del CCCN. A los fines prácticos podemos mencionar entre otros: el cerramiento del terreno, la construcción de alambrados, la realización de mejoras, la plantación de árboles, el cultivo de frutas y verduras, el mantenimiento de las instalaciones, la realización de planos de mensura, la solicitud e instalación de un medidor, etc. El conocimiento de esta potestad prevista en la Ley N° 24.320, sin duda remueve los obstáculos para llevar adelante la función social de la posesión. Resaltemos que la posesión representa la institución jurídica de mayor densidad social, constituyendo su función la de propender a las exigencias materiales del hombre.

La norma establece que cada inmueble será descripto con su ubicación, medidas y linderos, según plano de mensura que se agregará. Una vez cumplidos los requisitos mencionados, el Poder Ejecutivo Provincial o Municipal declarará en caso que corresponda, la prescripción adquisitiva operada, dejándose constancia en las escrituras declarativas, las circunstancias del caso, sirviendo estas de título bastante para la inscripción en el Registro de la Propiedad correspondiente.

El procedimiento de prescripción administrativa se cierra con el dictado del Decreto que la declare, por parte del Gobernador de la Provincia o de los Intendentes Municipales. En este sentido, además de las reglas establecidas en la ley específica, entendemos que deberán tenerse en cuenta para el trámite de formación, dictado e impugnación del acto, las pautas que surjan de las leyes de procedimiento administrativo provinciales o municipales. Esta última mención cobra importante interés -en especial- respecto a la posible impugnación; consideramos que el particular que pueda creerse afectado en sus derechos no es parte excluyente en el procedimiento, por lo que se le deben garantizar todos los extremos del debido proceso administrativo, lo cual se manifiesta en la materialización de un expediente, en la posibilidad de tomar vista, en la inexistencia de vicios de los elementos tenidos en cuenta por la administración y en la notificación del acto

6 En tal sentido no podemos dejar de mencionar la Ley 5004 de Escribanía General de Gobierno en la Provincia de Córdoba, en la órbita del Poder Ejecutivo.

7 Díaz Reyna, José Manuel; “Actos posesorios (a propósito de una reseña jurisprudencial)”, Foro de Córdoba, XI, N° 66, año 2001, págs. 15/21..

administrativo a través de su publicación. Una vez notificado y vencidos los plazos para presentar recursos, estaremos ante un acto administrativo que declara prescrito uno o más inmuebles, que se presume legítimo y con fuerza ejecutoria. Por lo tanto en este procedimiento vemos materializado lo expresado por Morello y Berizonce al señalar que: “en la demostración procesal de la existencia de ese derecho, el enfoque no puede ser ni formalista ni la hermenéutica obstructiva, sino facilitadora”⁸.

V. Similitudes de ambos procedimientos

Expuestos ambos procedimientos (el judicial y el administrativo), queda claro que la prescripción adquisitiva es el mismo instituto sea que se canalice en el ámbito judicial o en el administrativo.

Tampoco encontramos diferencias en cuanto a los resguardos que deben tenerse en cuenta en el procedimiento administrativo con respecto al judicial. En esta línea advertimos que, el legislador no ha eximido al Estado de cumplir con todos los requisitos para que opere la prescripción adquisitiva del dominio, por lo que habrá que estarse al caso concreto para verificar si se ha acreditado con la posesión pública, pacífica, continua e interrumpida a tenor de lo dispuesto por los artículos 4015 y 4016 del C.C., actuales arts. 1897, 1900 y conc. del C.C.C.N.

El Estado debe acreditar actos posesorios concretos y determinados en el plazo establecido por la ley, cualquier manifestación falsa en cuanto a la posesión efectiva, deriva en una causa ilícita. Es decir, el legislador no eximió al Estado de cumplir con todos los requisitos para que se opere la prescripción adquisitiva del dominio, simplemente ha tratado de facilitarle o agilizarle en alguna medida los trámites de inscripción ahorrándole el proceso judicial, pero imponiendo expresamente que deben estar cumplidas las exigencias de la ley de fondo, esto es, lo dispuesto por el art. 4015 del C.C., actual art. 1899 del C.C.C.N.⁹ Siguiendo tal tesis, el Estado deberá cumplimentar acabadamente lo dispuesto por la ley de fondo, es decir tendrá que quedar acreditada en el expediente administrativo, la posesión veintañal, por ello se deben acompañar los antecedentes que demuestren la adquisición del derecho por el paso del tiempo.

Asimismo, la norma establece que cada inmueble será descripto con su ubicación, medidas y linderos, según plano de mensura que se agregará.

Consideramos de fundamental importancia que el trámite administrativo garantice todos los extremos del debido proceso administrativo, por lo que corresponde citar al titular registral y a quien se considere con derecho. La falta de notificación a nuestro criterio es óbice para la finalización del procedimiento administrativo declarando la adquisición por prescripción adquisitiva del Estado.¹⁰

VI.- Ley de regularización de dominio 24374

1. Objetivo de la ley.

8 Morello, Augusto Mario y Berizonce, Roberto O., “De la usucapión clásica a la usucapión como proceso social”, ED 126-941.

9 Cám. Primera Civ. y Com. de Cba.; 09/06/2011; Sentencia N° 83, en autos: “Pinto, Lidia Evangelina c/ Municipalidad de Luque y Otro - Recurso de Apelación - Expt. interior (civil) - Otras causas de remisión - Expte N° 1369445/36”; Semanario Jurídico: 182522/09/2011, cuadernillo N° 12, Tomo 104, año 2011, pág. 466.

10 Al respecto, nuestra Ponencia a ser presentada en las Jornadas Nacionales de Derecho Civil Año 2019 en Santa Fe, a celebrarse los días 26, 27 y 28 de setiembre de 2019.

La ley 24374, sancionada promulgada en setiembre de 1994, tuvo por objeto regularizar la situación de aquellos ocupantes de inmuebles urbanos destinados a vivienda única y permanente que acrediten la posesión durante tres años con anterioridad al primero de enero de 1992 y su causa lícita.

Algún sector de la doctrina considera que también alcanza a los inmuebles pertenecientes al dominio privado del Estado (Nacional, provincial o municipal).¹¹

El objetivo de la ley es dar solución a personas de escasos recursos, adquirentes de inmuebles destinados a vivienda que por diversos motivos, económicos o imposibilidad de dar con el paradero del vendedor, la existencia de cesiones del boleto de compra originario, etc. En definitiva, la mayoría de los casos se trata de poseedores con boletos que no han podido adquirir el dominio.

2. Beneficiarios

El Artículo 1 establece quienes pueden ser beneficiarios de la ley a saber: *“Gozarán los beneficios de esta ley los ocupantes que acrediten la posesión pública, pacífica y continua, durante tres años con anterioridad al primero de enero de 2009 y su causa lícita, de inmuebles urbanos que tengan como destino principal el de casa habitación única y permanente y reúnan las características previstas en la reglamentación”*.

EL artículo 2 agrega: *“Podrán acogerse al régimen, procedimientos y beneficios de esta ley, en el orden siguiente:*

- a) Las personas físicas ocupantes originarios del inmueble de que se trate;
- b) El conyugue supérstite y sucesores hereditarios del ocupante originario que hayan continuado con la ocupación del inmueble.
- c) Las personas, que sin ser sucesores, hubiesen convivido con el ocupante originario, recibiendo trato familiar, por un lapso no menor a dos años anteriores a la fecha establecida por el artículo 1 y que hayan continuado con la ocupación del inmueble
- d) Los que por acto legítimo fueren continuadores de dicha posesión.

Del análisis de estos dos artículos podemos concluir que para acceder al beneficio se requiere ser poseedor, no legítimo pues dicho presupuesto implica ser titular de dominio, situación que la ley quiere sanear, tampoco pueden ser poseedores viciosos, (posesión adquirida por violencia, clandestinidad o abuso de confianza),¹² pues la ley hace referencia a causa lícita. Serán pues los poseedores ilegítimos no viciosos los que quedan en el supuesto de la ley.

Del artículo 4 de la citada normativa se limita el requisito para acceder, cuando expresa que el beneficiario no puede ser propietario o poseedor de otro inmueble apto para satisfacer sus necesidades de vivienda (art 4, inc. a)

Debe agregarse además un requisito respecto al inmueble. Así la ley exige que el inmueble sea urbano (art 1). Este término debe entenderse con un criterio flexible como núcleo poblacional abarcando zona rural.

3. Procedimiento.

Para acogerse a este sistema debe iniciarse un trámite administrativo ante la respectiva

¹¹ Kiper, Claudio y Mariano Otero, Prescripción Adquisitiva, Rubinzal-Culzoni, Bs As, 2017, p 269.

¹² Art. 1921 CCCN.

autoridad de aplicación. Esto es sumamente criticado pues está en juego el saneamiento de títulos, pudiendo muchos casos menoscabar los intereses de los verdaderos titulares de dominio de la tierras, vulnerándose derechos constitucionales como es el derecho de propiedad art 14 CN y el debido proceso art 18 CN.

El artículo 6 regula que el futuro beneficiario debe presentar una solicitud de acogimiento a la autoridad de aplicación. En tal sentido regula el Art. 6. *“Procedimiento: A los fines de esta ley, se establece el siguiente procedimiento:*

a) Los beneficiarios deberán presentar ante la autoridad de aplicación, una solicitud de acogimiento al presente régimen, con sus datos personales, las características y ubicación del inmueble, especificando las medidas, linderos y superficies, datos dominiales y catastrales si los tuviese, y toda documentación o título que obrase en su poder.

A la solicitud, deberá acompañarse una declaración jurada en la que conste su carácter de poseedor del inmueble, origen de la posesión, año de la que data la misma, y todo otro requisito que prevea la reglamentación;

b) La autoridad de aplicación practicará las verificaciones respectivas, un relevamiento social y demás aspectos que prevea la reglamentación, pudiendo desestimar las solicitudes que no reúnan los requisitos exigidos.

Si se comprobare falseamiento de cualquier naturaleza en la presentación o en la declaración jurada, se rechazará la misma sin más trámite;”

Agrega el artículo 6 que : *“... c) Cuando la solicitud fuese procedente, se remitirán los antecedentes a la Escribanía de Gobierno o las que se habilitasen por las jurisdicciones respectivas, la que requerirá los antecedentes dominiales y catastrales del inmueble.*

No contándose con estos antecedentes se dispondrá la confección de los planos pertinentes y su inscripción;

d) La Escribanía citará y emplazará al titular del dominio de manera fehaciente en el último domicilio conocido y sin perjuicio de ello lo hará también mediante edictos que se publicarán por tres días en el Boletín Oficial y un diario local, o en la forma más efectiva según lo determine la reglamentación, emplazándose a cualquier otra persona que se considere con derechos sobre el inmueble, a fin de que deduzcan oposición en el término de 30 días;

*e) No existiendo oposición y vencido el plazo, **la escribanía labrará una escritura con la relación de lo actuado, la que será suscripta por el interesado y la autoridad de aplicación, procediendo a su inscripción ante el registro respectivo**, haciéndose constar que la misma corresponde a la presente ley; (el resaltado nos pertenece)*

f) Si se dedujese oposición por el titular de dominio o terceros, salvo en los casos previstos en el inc. g), se interrumpirá el procedimiento;

g) Cuando la oposición del titular del dominio o de terceros se fundare en el reclamo por saldo de precio, o en impugnaciones a los procedimientos, autoridades o intervenciones dispuestas por esta ley, no se interrumpirá el trámite, procediéndose como lo dispone el inc. e), sin perjuicio de los derechos y acciones judiciales que pudieren ejercer;

*h) **Si el titular del dominio prestase consentimiento para la transmisión en favor del peticionante, la escrituración se realizará conforme a las normas de derecho común**, siendo de aplicación las exenciones y beneficios previstos por el art. 3, los que se otorgasen en la reglamentación, y las que se dictasen en las respectivas jurisdicciones. “. (Con negrita nos pertenece)*

4. Escritura y función notarial

Queda claro del artículo 6 inc e) que si no hay oposición del titular dominial o de ter-

ceros y vencido el plazo, el notario debe otorgar una escritura que es suscripta por el beneficiario y la autoridad de aplicación.

Esta escritura debe ser inscripta pero produce efectos con ciertas particularidades. Así el Art. 8. (Texto según ley 25797, art. 1 Ver Texto). La inscripción registral a que se refiere el inc. e) del art. 6 ver Texto, se convertirá de pleno derecho en dominio perfecto transcurrido el plazo de diez años contados a partir de su registración. Los titulares de dominio y/o quienes se consideren con derecho sobre los inmuebles que resulten objeto de dicha inscripción, podrán ejercer las acciones que correspondan inclusive, en su caso, la de expropiación inversa, hasta que se cumpla el plazo aludido. Las provincias dictarán las normas reglamentarias y disposiciones catastrales y registrales pertinentes para la obtención de la escritura de dominio o título.

Es de destacar que esta escritura no formaliza el título suficiente para adquirir derechos reales. Esta escritura de relación podría asemejarse al justo título del artículo 1902 del CCCN , pues en definitiva no emana de quien es propietario.

Pero no es así, ya que al justo título se lo define como aquel que reúne las solemnidades de ley (escritura pública si se trata de inmueble) que tiene por objeto transmitir un derecho real, que coincide con la cosa poseída, tratándose de un título realmente existente pero que emana de quien no es capaz o no está legitimado para transmitir, es decir, no es dueño. Muchos han recurrido a las adquisiciones a non domino para referirse a este supuesto.

Doctrina generalizada ha dicho que el adquirente con justo título es dueño frente a todos con excepción del verdadero propietario, que puede reivindicar el inmueble mientras se cumpla la prescripción corta de diez años.¹³

Esta escritura de relación si bien es otorgada por quien no es titular de la cosa, presenta el acto jurídico ciertas peculiaridades, ya que no hay venta de una cosa ajena, sino una causa "lícita" de posesión por boleto de compraventa que emana del verdadero dueño , tampoco se puede decir que tenga por objeto transmitir el dominio o sea idóneo para transmitirlo cuando la escritura se limita a un relato de lo actuado.¹⁴

La adquisición de dominio por la prescripción breve por posesión de diez años, justo título, requiere de la buena fe. Es decir el desconocimiento del error de hecho no imputable en virtud del cual está persuadido de su legitimidad.

En el caso del beneficiario de la ley 24374 no existe buena fe, pues el adquirente es un poseedor por boleto y no por escritura pública, es así, que la falta de requisito de forma, acarrea el error de derecho que por ende no es excusable.

5. Registración

La ley expresa que otorgada la escritura de relación que prevé el artículo 6, inc. e, este instrumento debe ser inscrito en el registro correspondiente a la ubicación del inmueble. No podemos pasar por alto las consecuencias que surgen de la inscripción del artículo 8 , así se expresa: *"...se convertirá de pleno derecho en dominio perfecto transcurrido el plazo de diez años..."*

¹³ Kiper Claudio y Mariano Otero, Prescripción Adquisitiva, Rubinzal- Culzoni, Bs As. 2017, p. 275.

¹⁴ Kiper, obra citada, p 275.

En todos los supuestos de usucapión, la misma se inicia a partir de la posesión, independiente desde cuando se considere adquirido el derecho real, fecha que determinara el juez. En el supuesto del artículo 8 en cambio, la prescripción comienza a correr a partir de la inscripción registral. Aquí se contempla un caso de prescripción *secundum tabulas*, ya que solo comienza sus efectos si el que prescribe tiene inscripto su título, como ocurre en materia de automotores. No nos parece que debió aplicarse este tipo de prescripción en materia de inmuebles, más aun si tenemos en cuenta los efectos declarativos de la usucapión.

Desde el punto de vista práctico resulta obvia que la solución propugnada por el legislador atenta contra la seguridad jurídica. Así frente al propietario no es dueño, como tampoco lo es frente a los terceros. La razón está dada porque el poseedor no tiene título idóneo para transmitir el dominio- escritura pública en sentido estricto- ni tampoco podemos inferir que la escritura de relación sea el justo título que se requiere para la prescripción breve.

Así solo cuenta el beneficiario con un derecho personal que resulta oponible por los efectos de la registración en materia de inmuebles.

Recién será titular de dominio transcurrido diez años de posesión contados desde la inscripción registral, plazo que puede ser mayor si la posesión es interrumpida. Esta última situación genera inseguridad jurídica, pues si bien los efectos de la registración se producen de pleno derecho, la situación es riesgosa pues al Registro no le consta la situación interruptiva.

VI. Conclusiones

1. Si bien el art. 2 de la ley 24.320, dispone reglas similares a las que rigen en el juicio de usucapión, debería modificarse la norma a fin de que su interpretación no sea por demás amplia. Entendemos que en el caso de la prescripción administrativa el criterio de análisis debe ser por demás riguroso, ello por tratarse de una excepción a la regla que es el trámite judicial. Es fundamental tener en cuenta que, para admitir la validez del proceso de “prescripción administrativa” o para que éste sea tolerable a la luz de la Constitución de la Nación, debe cuanto menos asegurar la participación y posibilidad de defensa del titular registral del bien que el Estado considera haber adquirido. Es que frente a la norma suprema del art. 17 de la C.N., que declara que la propiedad es inviolable y que ningún habitante de la Nación puede ser privado de ella sino en virtud de sentencia fundada en ley, cualquier acto de los poderes públicos que pueda afectarla debe ser extremadamente cuidadoso y apegado rigurosamente a la ley. Esta ley, en que el sujeto puede perder su propiedad a manos del Estado, debe ser interpretada restrictivamente, con máxima severidad en contra de la administración y de manera amplia a favor del administrado. Más allá de lo opinable que puede resultar si se debe notificar o no al titular registral, somos de la opinión que en caso de no hacerlo atentaría con derechos de raigambre constitucional, principalmente por la falta de procedimiento probatorio y más aún, si se interpreta que el trámite no es contencioso como si sucede en sede judicial. En consecuencia, de los antecedentes que menciona el art. 2 de la ley referenciada, debe surgir con absoluta claridad la posesión y su origen.

2. El tenor de lo expuesto, amerita una propuesta de modificación de la letra de la ley que rige el procedimiento de prescripción administrativa, ello a fin de no dar lugar inter-

pretaciones equivocadas e incluso para evitar acciones judiciales de solicitud de nulidad del procedimiento administrativo, como así también pedidos de inconstitucionalidad de la ley que rige la materia.

Proponemos se modifique el artículo 2 de la Ley 24.320 en los siguientes términos: “La posesión ejercida por la administración provincial o municipal o sus reparticiones descentralizadas o autárquicas y en su caso por sus antecesores, deberá surgir de informes de los respectivos organismos donde se especificará el origen de la posesión y el destino o afectación que haya tenido el inmueble poseído, agregando los antecedentes que obren en poder de la administración. *Una vez iniciado el trámite deberá notificarse al domicilio real y por edictos al titular registral y a todo aquel que se considere con derecho para que comparezca y en su caso efectúe en el término de 30 días la oposición pertinente. En caso de oposición, queda agotada la vía administrativa y deberán proseguir las actuaciones vía judicial, ante la Cámara que por turno y materia corresponda. En el trámite de inicio de las actuaciones administrativas deberán ser descripto el o los inmuebles con su ubicación, medidas y linderos según plano de mensura, que se agregará. El Poder Ejecutivo provincial o la autoridad ejecutiva municipal declarará en caso de no oposición la prescripción adquisitiva operada. Las escrituras declarativas que en consecuencia otorgará el Poder Ejecutivo provincial o la autoridad ejecutiva municipal en las cuales se relacionarán las circunstancias del caso, servirán de título bastante para la inscripción en el Registro de la Propiedad Inmueble”.*

3. En relación a la ley 24.374, quien cuenta con un boleto de compraventa, solo tiene un derecho personal que lo habilita para pedir la escrituración. La ley citada propone un procedimiento administrativo, prescinde del juicio de escrituración y lo reemplaza por una escritura de relación, sin proceso judicial y por ende sin contradictor.

4. La situación se agrava si se tiene en cuenta que el propietario no tiene participación en el proceso de prueba y que su citación sea por el último domicilio conocido o por edictos que puede violentar su derecho de defensa (artículo 18 CN) y el derecho de propiedad (artículo 17 de la misma.)¹⁵

VII. Nuestra Propuesta.

De lege lata:

1. El instituto de la Prescripción Adquisitiva regulado por la normativa de fondo es el mismo ya sea que se canalice a través de un procedimiento judicial (juicio de usucapión) o de uno administrativo (prescripción administrativa).
2. En materia de juicio de usucapión rigen las reglas establecidas en el art. 24 de la ley 14.159.
3. En la Tramitación Administrativa la ley 24.320 establece pautas similares pero no idénticas. El artículo 2 prevé una regulación de suficiente amplitud como para interpretar erróneamente la norma.
4. La prescripción administrativa es un mecanismo para facilitar al Estado la obtención del título adquisitivo, evitando el trámite judicial, pero no implica la vulneración de garantías ni derechos constitucionales, por lo tanto las normas que la rigen deben ser de interpretación restrictiva.
5. La Ley 24.374 si bien intenta sanear la situación de poseedores con boleto que

¹⁵ En virtud de ello se refleja el principio que la propiedad es inviolable y ningún habitante de la Nación puede ser privado de ella sin una sentencia fundada en ley.

cuenta con dificultades económicas para obtener un título perfecto, puede llegar a violentar derechos constitucionales como el debido proceso y el derecho de propiedad.

De lege ferenda:

1- El artículo 2 de la ley 24.320, debe modificarse a fin de que su interpretación sea restringida y clara, señalando aspectos procesales destinados a evitar amplitud en la interpretación que acarreen la vulneración señalada, debiendo incluir la siguientes pautas: *“Iniciado el trámite, deberá notificarse al domicilio real y por edictos al titular registral y a todo aquel que se considere con derecho para que comparezca y, en su caso, efectúe en el término de 30 días la oposición pertinente. En caso de oposición, queda agotada la vía administrativa y deberán proseguir las actuaciones por vía judicial, ante la Cámara que por turno y materia corresponda”*.

LA FUNCION NOTARIAL APLICADA A LA INSTRUMENTACION DE LOS ACTOS PERSONALISIMOS DE AUTOPROTECCION

THE NOTARIAL FUNCTION APPLIED TO THE INSTRUMENTATION OF THE PERSONAL ACTS OF SELF-PROTECTION

JOSÉ MARÍA PALACIO¹, JOSEFINA ACUÑA², JULIO GOROSITO³

RESUMEN

Los actos de autoprotección o directivas anticipada constituyen una herramienta jurídica que garantiza la protección y el pleno ejercicio de los derechos personalísimos de todo ser humano, llevándolos a su máxima expresión. La denominada autoprotección de las personas, representa así, una necesidad social de alto impacto y en auge en la actualidad, siendo una de las tantas variables en las cuales se ve reflejada la posibilidad de las personas de poder decidir sobre su propio proyecto de vida haciendo uso de la autonomía de la voluntad. Todo esto ha llevado a que nuestros legisladores se hayan visto obligados a darle un marco jurídico y regulación legal a tan relevante necesidad. A la hora de llevar al plano documental la expresión de voluntad, la intervención notarial es de fundamental importancia ya que ofrece numerosas ventajas por un lado como es la registración de los actos con el fin de ofrecer cognoscibilidad y efectividad, y por el otro, plantea nuevos desafíos, ya que deberán sus profesionales adentrarse a la complejidad que las ciencias médicas exigen.

ABSTRACT

The acts of self-protection or advance directives constitute a legal tool that guarantees the protection and full exercise of the most personal rights of every human being, taking them to their maximum expression. The so-called self-protection of people, thus represents a social need of high impact and currently booming, being one of the many

1 Abogado. Escribano. Magister de la UBA en Administración y Sistemas de los Servicios de Salud. Adscripto a la Cátedra de Derecho Notarial II. Carrera Notariado. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Córdoba.

2 Abogada. Notaria. Adscripta a la Cátedra de Derecho Notarial II. Carrera Notariado. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Córdoba.

3 Abogado. Notario. Mediador. Adscripto a la Cátedra de Derecho Notarial II. Carrera Notariado. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Córdoba

variables in which the possibility of people being able to decide on their own life project is reflected by the use of the autonomy of their will. All this has led to our legislators being forced to give a legal framework and legal regulation to such a relevant need. When taking the expression of will to the documentary level, the notarial intervention is of fundamental importance since it offers numerous advantages on the one hand such as the registration of acts in order to offer cognizability and effectiveness, and on the other, it raises new challenges, since their professionals must enter the complexity that medical sciences demand.

PALABRAS CLAVES: actas de autoprotección, directivas anticipadas, función notarial, asesoramiento, marco regulatorio.

KEYWORDS: Self-protection records, advance directives, notarial function, advice, regulatory framework, autonomy.

SUMARIO: I. Introducción. II. Derecho de autoprotección como derecho personalísimo. III. Actos de autoprotección. Fundamentos normativos. IV. Análisis doctrinarios y jurisprudenciales. V. Ingerencia. VI. Registro de actos de autoprotección. VII Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

Cuando hablamos de los actos aprotectorios, estamos remitiéndonos al derecho que posee cada persona humana para disponer sobre su propia vida, persona y patrimonio en caso de sufrir una incapacidad psicofísica que impida sus facultades de autogobierno. Ante una eventual situación de vulnerabilidad que impida expresar su voluntad toda persona, mientras cuente con discernimiento y capacidad jurídica, puede decidir plasmar su voluntad anticipada para que la misma sea respetada en el futuro.

Estos también denominados en otros países “testamentos vitales” o “disposiciones para la propia incapacidad”, surgen frente a una necesidad social. Entre otras causales no podemos dejar de mencionar la existencia de una sociedad longeva por un lado, acompañada de la crisis del modelo de familia como institución jurídica, lo que ha llevado inevitablemente a redefinir algunos conceptos estructurales.

Estos actos voluntarios, guardan una íntima vinculación con los derechos personalísimos, los cuales se encuentran garantizados en el plexo normativo por un lado y de manera sinérgica en el ámbito supra legal a través de las convenciones internacionales que así lo determinan.

Ahora, debemos preguntarnos ¿Cuál es la implicancia de la función notarial a la hora de instrumentar estas manifestaciones de la voluntad relativas a estos derechos personalísimos? y ¿Que contenidos engloba la autoprotección?. Sin lugar a dudas, el instrumento público se plantea como una de las formas de llevar al plano documental las manifestaciones de voluntad en este sentido, aplicando los principios latinos rectores de su ejercicio tales como la recepción, la interpretación y la constitución legal de la voluntad

de los requirentes, confiriéndole autenticidad y seguridad en el tráfico jurídico, logrando la pre constitución de la prueba.

Al ser las directivas contenidas en un acto de autoprotección de tal magnitud en la vida del otorgante, se busca que estas gocen de autenticidad, voluntad, intención, la libertad, en fin, el pleno discernimiento. Todo esto teniendo en consideración que pueden ser referidas a disposiciones para la vida cotidiana, como por ejemplo lo que hace a cuidados personales, compañías, sistemas de apoyos, lugar de residencia etc., o por otro lado directivas patrimoniales que conlleven a la administración y disposición de bienes, elección de un administrador, curador o cuidador, o incluso lo relativo a decidir sobre el bien máspreciado y protegido por el ordenamiento jurídico que es la vida en situación de enfermedad.

Las posibilidades son amplias y con el pasar del tiempo las inquietudes de la sociedad llevan a que estas se diversifiquen aún más. De esta forma las llamadas directivas anticipadas de salud, permiten a todo aquel que esté interesado, planificar en vida y con plena capacidad como deben tomarse ciertas decisiones en relación a su persona en el caso de caer en incapacidad y verse imposibilitado de hacerlo por sí mismo.

En esta temática se observa a las claras, la trascendencia que lo jurídico tiene en las necesidades y vida cotidiana de las personas que de cierta forma viene a dar soluciones o respuestas concretas que el derecho contemporáneo debe ofrecer.

Son cuestiones de relevancia que pretendemos analizar en el presente, la forma en que las directivas anticipadas pueden ser dadas, la recepción de las mismas en nuestro derecho, sus posibles contenidos, y la importancia de la registración de las mismas.

II. DERECHO DE AUTOPROTECCION COMO DERECHO PERSONALISIMO

A los fines de seguir desarrollando este documento, es menester preguntarnos:

¿Cuál es el vínculo jurídico existente entre los actos auto protectores y los derechos personalísimos y/o derechos humanos?; ¿Cuál es su génesis? y ¿Dónde se encuentran legislados?.

La autoprotección, nacida de lo más íntimo del ser humano y entendida como manifestación de la autonomía, es una necesidad a la que las legislaciones de los países que acogen el sistema del Notariado Latino están dando respuesta mediante las reformas que fueron necesarias en sus disposiciones legales.

La autonomía de la voluntad es un concepto procedente de la filosofía kantiana que va referido a la capacidad del individuo para dictarse sus propias normas morales "Son los propios individuos los que dictan sus propias normas para regular sus relaciones privadas" (Kant, 1921).

La autoprotección tiene un vínculo jurídico directo con los Derechos Humanos, ya que constituyen las libertades, potestades, reivindicaciones y facultades que tienen todas las personas humanas por el simple hecho de su condición, la universalidad y la independencia de factores como el status, el sexo, la etnia, la nacionalidad, los hacen personalísimos, irrenunciables, e innegociables.

Estos Derechos personalísimos, fueron consagrados por la Carta Magna mediante el art 16⁴, donde sienta la base a través del principio de igualdad, mediante la Declaración Universal de los Derechos Humanos sancionada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de Diciembre de 1.948, y ratificado por nuestro país desde 1994 mediante la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad aprobada por nuestro país mediante ley N° 26.378⁵.

En términos Aristotélicos, el principio mencionado ut supra, implica igualdad para los iguales y desigualdad para los desiguales. la particular situación en que se encuentran las personas privadas de su discernimiento amerita que el principio de igualdad se utilice en sentido positivo, esto es, que sea la ley, el propio estado el que busque la inclusión y la igualdad de oportunidades y fundamentalmente el respeto por su personalidad.

En cuanto a la génesis de los actos de Autoprotección, sin lugar que en el Marco de las VIII Jornadas Notariales Iberoamericanas, llevadas a cabo en 1.998 en la Ciudad de Veracruz México, gestaron por primera vez la expresión autoprotección, para referirse a las previsiones para la eventual pérdida del discernimiento de la persona humana, y en este sentido, la Escribana María Laura Ojeda Uriburu, coordinadora Nacional por Argentina, en ese entonces sostuvo que la Escritura Publica era la forma más adecuada para la instrumentación de los actos jurídicos de autoprotección.

En dichas jornadas se concluyó: "Que el Notario Latino, jurista, como depositario de la fe pública, nacido por exigencia social como receptor de declaraciones de voluntad de las particulares, asesor, redactor y controlador de la legalidad es el funcionario adecuado para formalizar las disposiciones y estipulaciones para la propia incapacidad, mediante el documento público pertinente, el cual deberá ser suficiente en si mismo".

Castán Tobeñas (t.II. p.372) en relación a las funciones del Notario, nos enseña que el procedimiento de escrituración conlleva una serie de actos que hacen al asesoramiento o asistencia técnica dentro de la primera audiencia, encontrándose: las operaciones de calificación legalización, legitimación, configuración y documentación. La función documentadora inicia con la autenticación y autorización correspondiente, y continua con la conservación y correspondiente registro, con una fuerte implicancia ética y secreto profesional.

El art. 301 del Cód. Civil y Comercio enuncia sintéticamente todo un programa de operaciones notariales de ejercicio, cuando establece en su párrafo primero que *"el escribano debe recibir por si mismo las declaraciones de los comparecientes, sean las partes, sus representantes, testigos, cónyuges u otros intervinientes. Debe calificar los presupuestos y elementos del acto, y configurarlo técnicamente"*.

En ese sentido, el Comité Ad Hoc del Programa Temático Interdisciplinario en Bioética de la Universidad Nacional de Mar del Plata sostuvo "que las DAS constituyen un instrumento legal cada vez más necesario en el entramado médico jurídico existente hoy día, en la concreción del derecho a la libre decisión, a la calidad de vida y a la preservación de la salud como proceso integral biológico,

4 Art. 16 Constitución Nacional.

5 Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su protocolo facultativo, aprobados mediante resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas del 13 de diciembre de 2006.

psicológico, social e histórico...". G. J., BIDART CAMPOS; D. H., HARRENDORF, Principios, Derechos Humanos y Garantías, Ed. EDIAR, Buenos Aires, 1991.

En un intento de definir el Derecho de Autoprotección podemos decir que es: *"El derecho que tiene todo ser humano a decidir y a disponer sobre su vida, su persona y sus bienes para el futuro, ante una eventual pérdida de su discernimiento"*. En tanto derecho subjetivo, se ejerce mediante un acto de autoprotección que es aquel en el cual el sujeto deja claramente plasmada su voluntad en el sentido señalado.

Consideramos entonces, que la escritura pública es el instrumento idóneo para asentar de manera fehaciente la voluntad de las personas humanas. A través del mismo garantizaremos: el asesoramiento previo, la fecha cierta del documento, la acreditación del estado de salud psíquica de la persona al tiempo del otorgamiento del acto, su autenticidad, por la intervención de un profesional del derecho a cargo de la función pública de dar fe.

III. ACTOS DE AUTOPROTECCION. Fundamentos Normativos

El contexto general de la sociedad moderna fue generando una serie de cambios y a raíz de estos se dieron ciertas necesidades, antes impensadas, a las cuales el derecho no podía seguir dándoles la espalda. Ante estas circunstancias, se podría decir que las directivas anticipadas se hacen visibles en nuestra legislación por primera vez al ser incorporadas en la Ley Nacional 26.529, denominada "Derechos del paciente en su relación con los profesionales e instituciones de la salud", sancionada en el año 2009. Previo a esta, la cuestión se resolvía a través de dictámenes de Comités de Ética, no jurídicamente vinculantes, y en situaciones de mayor gravedad se daba la posibilidad de la judicialización del caso, o bien se dejaba la resolución del tema a decisión de la familia o de los médicos.

Puntualmente el artículo 11 de dicha ley estableció: *"Directivas anticipadas. Toda persona capaz mayor de edad puede disponer directivas anticipadas sobre su salud, pudiendo consentir o rechazar determinados **tratamientos médicos, preventivos o paliativos, y decisiones relativas a su salud**. Las directivas deberán ser aceptadas por el médico a cargo, salvo que impliquen desarrollar prácticas eutanásicas, las que se tendrán como inexistentes"*. Se regulo así el derecho de toda persona a establecer directivas medicas anticipadas pero abarcando solo una de las facetas del derecho a la autoprotección, las vinculadas a la salud. Esto dio el puntapié para una de las principales críticas realizadas a esta primera recepción del instituto en nuestra legislación nacional, tildándose de tímido o incompleto. A su vez se observó que se omitió legislar sobre la publicidad y la posible caducidad de las instrucciones, o sobre la alternativa de designar un mandatario que manifieste la voluntad de quien no puede expresarse, entre otras cosas.

Así en mayo del 2012, a partir de distintos debates bioéticos, el Congreso de la Nación sanciono la llamada "Ley de Muerte Digna" 26.742, la cual viene a modificar o bien complementar aspectos que habían sido incorporados en su momento por la ley 26.529. Sin dudas, una de las principales cuestiones que agrega la nueva ley es la forma en la cual deben plasmarse estas directivas, introduciendo un párrafo al artículo 11 de Ley 26529, previamente referenciado, el cual dispone: *"La declaración de voluntad deberá formalizarse **por escrito ante escribano público o juzgados de primera instancia**, para lo cual se requerirá de **la presencia de dos (2) testigos**. Dicha declaración podrá ser revocada en todo momento por quien las manifestó"*.

Por último, al referirnos a esta primera expresión en el derecho interno argentino de alguna de las facetas del derecho de autoprotección a nivel nacional, debemos mencionar al **Decreto Reglamentario 1089/12**, en el cual se dejaron establecidas las prescripciones formales a los fines de **instrumentar y registrar** las directivas anticipadas. Específicamente en su Artículo 11 se desarrollan en detalle estas cuestiones, expresando el mismo: *"ARTICULO 11.- Directivas Anticipadas. Las Directivas Anticipadas sobre cómo debe ser tratado el paciente, deberán ser agregadas a su historia clínica. La declaración de voluntad deberá formalizarse por escrito, con la presencia de DOS (2) testigos, por ante escribano público o juez de primera instancia competente, en la que se detallarán los tratamientos médicos, preventivos o paliativos, y las decisiones relativas a su salud que consiente o rechaza.*

El paciente puede incluso designar un interlocutor para que llegado el momento procure el cumplimiento de sus instrucciones.

Los profesionales de la salud deberán respetar la manifestación de voluntad autónoma del paciente. Cuando el médico a cargo considere que la misma implica desarrollar prácticas eutanásicas, previa consulta al Comité de ética de la institución respectiva y, si no lo hubiera, de otro establecimiento, podrá invocar la imposibilidad legal de cumplir con tales Directivas Anticipadas.

Todos los establecimientos asistenciales deben garantizar el respeto de las Directivas Anticipadas, siendo obligación de cada institución el contar con profesionales sanitarios, en las condiciones y modo que fije la autoridad de aplicación que garanticen la realización de los tratamientos en concordancia con la voluntad del paciente.

Cuando el paciente rechace mediante Directivas Anticipadas determinados tratamientos y decisiones relativas a su salud, y se encuentre en los supuestos previstos por el artículo 2º inciso e) tercer párrafo de la Ley Nº 26.529, modificada por la Ley Nº 26.742, el profesional interviniente mantendrá los cuidados paliativos tendientes a evitar el sufrimiento.

En este supuesto, se entiende por cuidado paliativo la atención multidisciplinaria del enfermo terminal destinada a garantizar higiene y confort, incluyendo procedimientos farmacológicos o de otro tipo para el control del dolor y el sufrimiento.

No se tendrán por válidas las Directivas Anticipadas otorgadas por menores o personas incapaces al momento de su otorgamiento, como así tampoco, aquellas que resulten contrarias al ordenamiento jurídico o no se correspondan con el supuesto que haya previsto el paciente al momento de exteriorizarlas.

En la Historia Clínica debe dejarse constancia de las anotaciones vinculadas con estas previsiones.

El paciente puede revocar en cualquier momento estas directivas, dejando constancia por escrito, con la misma modalidad con que las otorgó o las demás habilitadas por las Leyes que se reglamentan por el presente Decreto.

Si el paciente, no tuviera disponible estas modalidades al momento de decidir la revocación, por encontrarse en una situación de urgencia o internado, se documentará su deci-

sión revocatoria verbal, con la presencia de al menos DOS (2) testigos y sus respectivas rúbricas en la historia clínica, además de la firma del profesional tratante.

El paciente debe arbitrar los recaudos para que sus Directivas Anticipadas estén redactadas en un único documento, haciendo constar en el mismo que deja sin efecto las anteriores emitidas si las hubiera, así como para ponerlas en conocimiento de los profesionales tratantes. Del mismo modo si habilita a otras personas a actuar en su representación, debe designarlas en dicho instrumento, y éstas deben con su firma documentar que consienten representarlo.

Las Directivas Anticipadas emitidas con intervención de UN (1) escribano público deben al menos contar con la certificación de firmas del paciente y de DOS (2) testigos, o en su caso de la o las personas que éste autorice a representarlo en el futuro, y que aceptan la misma. Sin perjuicio de ello, el paciente tendrá disponible la alternativa de suscribirlas por escritura pública, siempre con la rúbrica de los testigos y en su caso de las personas que aceptan representarlo.

Los testigos, cualquiera sea el medio por el cual se extiendan, en el mismo texto de las Directivas Anticipadas deben pronunciarse sobre su conocimiento acerca de la capacidad, competencia y discernimiento del paciente al momento de emitir las, y rubricarlas, sin perjuicio del deber del propio paciente otorgante de manifestar también esa circunstancia, además de que es una persona capaz y mayor de edad.

En ningún caso se entenderá que el profesional que cumpla con las Directivas Anticipadas emitidas con los alcances de la Ley N° 26.529 o su modificatoria, ni demás previsiones de ellas o de esta reglamentación, está sujeto a responsabilidad civil, penal, o administrativa derivada de su cumplimiento.

Los escribanos, a través de sus entidades representativas y las autoridades judiciales a través de las instancias competentes podrán acordar modalidades tendientes a registrar tales directivas, si no hubiere otra modalidad de registro prevista localmente.

Uno de los aspectos esenciales que introduce este decreto reglamentario es la posibilidad de nombrar un interlocutor designado en las directivas anticipadas, para que sea el encargado de que se cumplan las instrucciones dadas en las mismas. Otra cuestión mencionada es que en la Historia Clínica se debe dejar constancia de las anotaciones vinculadas con estas previsiones, haciéndose también referencia a la necesidad de establecer una forma de registración de estas directivas. Esto último es algo fundamental para su efectividad real, ya que si no es creado ningún registro donde se pueda consultar de forma simple y rápida si estas existen sería dificultoso llegar a conocerlas, ni hablar el tiempo que demandaría verificar en cada caso si el paciente ha hecho uso de este derecho fundamental para el caso de incapacidad.

Por otro lado, si nos dirigimos a la legislación local de la provincia de Córdoba, nos encontramos con la Ley de Muerte Digna, 10.058, la cual de cierta forma plantea menores requisitos formales que la ley nacional. Mientras que esta última exige la intervención de oficial público o funcionario judicial, la ley provincial plantea el uso de un formulario que cuenta a su vez con la firma del jefe del hospital, y el cual es registrado en el Registro de Declaración de Voluntad Anticipada en el Hospital Córdoba. El registro realiza una

validación y control de la declaración, y la conserva manteniendo la confidencialidad y protección de los datos personales de los manifestantes. Todo hospital debe dar la posibilidad de acceder a este formulario.⁶

Una de las características fundamentales de la legislación local de la provincia de Córdoba es que en esta se establece que la voluntad anticipada va a ser suspendida en el caso que la mujer se encuentre en estado de gravidez. Conservando el acto suspensorio hasta el alumbramiento.

También se prevé la revocación por el propio paciente de su directiva anticipada, ya que se expresa que va a prevalecer su voluntad mientras conserve su posibilidad de manifestarse con discernimiento intención y libertad, por sobre una directiva anterior. Se permite designación de representante y se exige que toda directiva sea incorporada a la historia clínica, dando además una cuidada enumeración de las causales de extinción de ellas.

A su vez, a partir del año 2007 comienza a regir el reglamento del registro de actos de autoprotección del Colegio de Escribanos de la Provincia de Córdoba, y a partir del 2010 comienza a funcionar de forma efectiva en lo relativo a la registración, el Registro de Actos de Autoprotección, en el cual se toma razón de toda escritura pública en las cuales sus otorgantes expresen disposiciones o directivas para la eventualidad de caer en estado de incapacidad futura, ya sea de forma transitoria o definitiva. En el mencionado Reglamento se establece que este registro funcionara con la organización y estructura del Registro de Actos de Ultima Voluntad.

Se podría decir que la normativa de Córdoba es de las que poseen un mayor desarrollo a nivel provincial, con postulados de avanzada e interesantes en lo que hace a la registración e implementación de la voluntad anticipada.

Si nos dirigimos a analizar la legislación de fondo, antes de la sanción del nuevo Código Civil y Comercial los derechos personalísimos si bien se encontraban contemplados en la Constitución Nacional (CN), los tratados internacionales, y leyes complementarias (Ley de Trasplantes, 24.193, Ley del Ejercicio de la Medicina, 17.132; art. 31 de la Ley de Propiedad Intelectual 11.723; ley 26.529 de Derechos de los pacientes en su relación con los profesionales e instituciones de la Salud; Ley de Salud Mental, 26.657, entre otras) en el derogado Código Civil solo se los preveía en forma diseminada. Así, implicó toda una novedad el capítulo tercero del Código Civil y Comercial que, teniendo en cuenta la importancia de esta temática, viene a incorporar los derechos de la personalidad bajo la denominación: "Derechos y actos personalísimos". En este se reconocen explícitamente los derechos a la intimidad, honor, imagen e identidad, regulando el derecho a la disposición del propio cuerpo con limitaciones fundadas en principios bioéticos.

De esta forma, la ley civil y comercial, vigente desde el 1 de agosto de 2015, sistematiza de manera orgánica lo atinente a los «actos y derechos personalísimos» (Cap. III, arts. 51 a 61), introduciendo el concepto de **directivas médicas anticipadas** en su artículo 60. El mismo establece: *"Art. 60: Directivas médicas anticipadas. La persona plenamente capaz puede anticipar directivas y conferir mandato respecto de su salud y en previsión de su propia incapacidad. Puede también designar a la persona o personas que han de expresar el consentimiento para los actos médicos y para ejercer su curatela. Las di-*

6 Ley 10.058. Declaración de Voluntad Anticipada. Muerte Digna 2012. Anexo Único art. 17.

rectivas que impliquen desarrollar prácticas eutanásicas se tienen por no escritas. Esta declaración de voluntad puede ser libremente revocada en todo momento”.

Podría afirmarse que el artículo 60 contempla dos modalidades de directivas médicas anticipadas, por un lado anticipar directivas y conferir mandato respecto de su salud y en previsión de su propia incapacidad, otorgando directivas médicas anticipadas que implican dejar instrucciones por escrito, y por otro, designar a la persona o personas que han de expresar el consentimiento para los actos médicos y para ejercer la curatela.

Esto último a su vez es reafirmado en el art. 139 del C.C. y C.N., que permite una auto designación de curador mediante directiva anticipada al afirmar que: *“La persona capaz puede designar, mediante una directiva anticipada, a quien ha de ejercer su curatela”*, privilegiando el principio de autonomía de la voluntad. La mayoría de la doctrina estima que esta designación de curadores, es aplicable también a la elección de figura de apoyos. En este sentido, Silvia E. Fernández, entre otros, afirma que: *“Si bien el artículo se titula «Personas que pueden ser curadores», de su lectura se deriva que deviene aplicable para ambos supuestos de asistencia.”*⁷

Sumado a esto, se expresa además que la posibilidad de designar curador o apoyo, hace a un cuidado más integral de la persona. Como señala Eleonora Lamm: *“Si designa a una persona para que exprese el consentimiento, se abre un espectro de posibilidades, permitiendo que decida sobre la salud de la persona sobre la base del conocimiento real del incapaz, una relación de afecto y de acuerdo a las posibilidades de la ciencia médica al momento de la decisión.”*⁸

El artículo del C. C. Y C.N., siguiendo la línea de las regulaciones dadas a este derecho con anterioridad, especifica que debe ser emitido por persona plenamente capaz (mayor de edad), que son plenamente revocables en todo momento, y establece como límite las prácticas eutanásicas, generando una pre constitución de prueba de la voluntad del paciente la cual está destinada a hacerse efectiva cuando no pueda manifestarse por sí mismo a causa de su estado de salud.

En lo que hace a la forma, a diferencia de la ley 26.529, el Código Civil y Comercial no legisla sobre los aspectos instrumentales de la disposición de voluntad, por lo que se estima que es suficiente la forma escrita. A pesar de ello, al momento de hacer cumplir con la misma, probablemente se requerirá que se pruebe la autenticidad de la manifestación. A su vez, debemos tener en cuenta que si bien hay partes de las leyes nacionales y provinciales que han quedado tácitamente derogadas por la nueva regulación dada por el Código Civil y Comercial de la Nación, por ser estas previas al mismo, hay otras que subsisten, por lo que al analizar el plexo normativo que rige esta figura no se las debe dejar de considerar. Así parte de la doctrina entiende que en lo que hace a la forma estas seguirían vigentes, en el caso de la nacional con su exigencia de escritura pública o ante juzgado de primera instancia, con dos testigos, y la ley provincial de Córdoba, con un formulario.

7 FERNÁNDEZ, Silvia E. (2015). Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, Título Preliminar y Libro Primero, arts. 1 a 400, arts. 138 a 140, pp. 269-282. Buenos Aires: Infojus, Sistema Argentino de Información Jurídica, infojus.gob.ar.

8 LAMM, Eleonora. (2015). Título Preliminar y Libro Primero, en Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, arts. 1 a 400, art. 60, pp. 147-149. Buenos Aires: Infojus, Sistema Argentino de Información Jurídica, infojus.gob.ar.

Sin dudas, la escritura pública es una forma más que adecuada para un acto de tal trascendencia, e incluso el notario podrá asesorar al requirente, y a su vez, inscribir el acto en el registro correspondiente a los actos de autoprotección de cada provincia, asegurando la necesaria publicidad de los mismos. Entre los beneficios además se puede mencionar la fecha cierta, o el juicio relativo a la capacidad que puede realizar en notario.

Sin embargo, no podemos dejar de mencionar ciertas opiniones que se alzan en contra de la forma de escritura pública para manifestar estas directivas anticipadas, y estiman acertada la omisión del Código Civil y Comercial en lo relativo a este tema. Así, algunos autores consideran que la no regulación con relación a este punto, a diferencia de la ley 26.529 modificada por la ley 26.742, busca que se pueda llevar a cabo a voluntad del sujeto de la forma que este estime conveniente, como por ejemplo en escenarios de salud. Esto, expresan, podría ser beneficioso ya que permitiría obtener un mejor asesoramiento de profesionales con conocimientos certeros de todas las posibilidades reales existentes a nivel médico, el cual no puede ser dado por un notario o funcionario judicial cuyos saberes abarcan otras cuestiones. Es decir, no existiría el suministro de información necesaria de forma previa, como si vemos que se exige en el consentimiento informado. A su vez, así se evitaría la onerosidad del instrumento público, que no toda persona puede cubrir, viéndose afectado el derecho a la igualdad, consagrado por nuestra Constitución Nacional.

A pesar de esta omisión del CC y CN, se debe tener en cuenta además de todo lo analizado *ut supra*, que en lo que hace a las normativas locales varios reglamentos de registros de actos de autoprotección exigen el requisito de la escritura pública para la toma de razón en los mismos, como es el caso de la provincia de Córdoba. Si bien es un requisito para la registración, no se debe dejar de considerar ya que esta es, como mencionamos anteriormente, fundamental para la efectividad plena de las directivas. En general los distintos registros provinciales poseen una sección destinada a esta cuestión, dentro de los respectivos registros de actos de última voluntad. A su vez, el Consejo Federal del Notariado Argentino ha creado un Centro Nacional de Actos de Última Voluntad, el cual concentra la información dada por las provincias respecto a los actos inscriptos en sus registros.

IV. ANÁLISIS DOCTRINARIOS Y JURISPRUDENCIALES

Si bien no existe una basta cantidad de jurisprudencia en la temática, menos aun con la nueva normativa dada por el recientemente sancionado Código Civil y Comercial, hay algunos fallos cuyo análisis es de sumo interés.

Ejemplo de ello, es la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en la causa «A. N., J. W. s/ medidas precautorias»⁹, 1/6/2012, posterior a la reforma dada por la Ley Nacional 26.529, la cual, recordemos, como principal aporte establece la necesidad de que sean dadas con intervención de oficial público o juzgado de primera instancia. Así esta pareció anticipar un criterio amplio en la interpretación a dar en estos casos, ya que tiene como válida la constancia documental de la directiva, acompañada en copia simple, aplicando el art. 11 de la Ley 26.529 según el texto anterior a la reforma, con respaldo, según sostuvo, en el art. 19 de la Constitución Nacional. En el caso, el paciente, testigo de Jehová, había firmado de puño y letra un documento ante un escribano público, en el cual manifestó su voluntad de no aceptar «transfusiones de sangre completa,

⁹ CSJN, Fallos MJ-JU-M-72476-AR | MJJ72476 | MJJ72476.

glóbulos rojos, glóbulos blancos, plaquetas o plasma bajo ningún concepto aunque el personal médico las crea necesarias para salvarle la vida». Para el Superior Tribunal, dicho acto jurídico fue realizado con total discernimiento, intención y libertad, en cuya virtud -concluyó- «la declaración anticipada de voluntad del testigo de Jehová, tiene plena “validez”, por haber cumplido los requisitos exigidos por el actual derecho positivo.

V. INJERENCIA

La regulación en materia de capacidad del Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante CCC) y leyes complementarias (Ley 26657 de Salud Mental, Ley 26378 aprobatoria de la Convención de las Naciones Unidas sobre derechos de las personas con discapacidad y por el otro la ley 22431 de protección al discapacitado) consideran a la persona con discapacidad no como un objeto de caridad o decisión de otros sino como sujeto de derecho (Lanzón, 2017, p. 134).

En ese marco normativo, la designación del curador para uno mismo representa el acto más trascendental en el que un notario puede intervenir. Esto es así por las características propias de la figura: un representante que sustituye la voluntad del incapaz con la suya propia.

La regulación normativa de la figura en el CCC, implica una restricción total del incapaz y remite a las normas de la tutela (138 CCC); ocupándose únicamente de la designación (139 CCC) y de la situación que se da cuando la persona protegida tiene hijos (140 CCC). Al respecto de la designación, se dispone:

“Artículo 139. Personas que pueden ser curadores. La persona capaz puede designar, mediante una directiva anticipada, a quien ha de ejercer su curatela.

Los padres pueden nombrar curadores y apoyos de sus hijos incapaces o con capacidad restringida, en los casos y con las formas en que pueden designarles tutores.

Cualquiera de estas designaciones debe ser aprobada judicialmente.

A falta de estas previsiones el juez puede nombrar al cónyuge no separado de hecho, al conviviente, a los hijos, padres o hermanos de la persona a proteger según quien tenga mayor aptitud. Se debe tener en cuenta la idoneidad moral y económica”.

Como vemos el artículo, en sus dos primeros párrafos, hablan de la designación de curadores para uno mismo y para los hijos. En el primero de los casos, remite a las directivas anticipadas (art. 60 CCC) y como hemos dicho, la forma adecuada para un acto de este tipo es la escritura pública.

La escritura pública, en su esencia, tiene la fuerza de ser un instrumento público que goza de una presunción de autenticidad y veracidad. Así entendida, es el más idóneo instrumento para expresar la voluntad anticipada.

Pero la escritura pública en sí, es el objeto final y más perfecto de la actividad notarial. Es el resultado de una serie de actos que tienen como protagonista al escribano y a las partes. Gattari (2011, p. 33-42) habla de una serie de actos que son previos y posteriores a la elaboración de una escritura pública y su clasificación puede ser de utilidad a los fines de este apartado.

En primer lugar, antes de la autorización de una escritura pública, el escribano va a recibir e investigar la voluntad del requirente en el marco de la audiencia notarial. Como dijimos arriba, los actos de autoprotección podían incluir tanto directivas médicas anticipadas como otras tantas en previsión de la propia incapacidad. Así, lejos de pretender que la audiencia notarial se convierta en una sesión de terapia psicológica la primera pregunta que el notario realizará será “qué quiere usted”.

Podemos separar las posibles respuestas del requirente entre aquellas que impliquen directivas médicas anticipadas y otras directivas que se refieran a diferentes prioridades personales únicas. Estas prioridades, pueden incluir mandatos u otorgamientos de poderes e incluso designación de curadores y apoyos.

Entre las preguntas que pueden serle formuladas al requirente están (Lanzón, 2017, p. 86-88):

1. Qué valora más de su salud física y mental, por ejemplo salir pasear viajar.
2. Como quiere ser recordado.
3. Cuáles son sus deseos para su funeral.
4. Qué tratamientos rechazaría.
5. Quién tendría el poder para decidir sobre la aplicación de ciertos tratamientos.
6. A quién daría usted poder para administrar su patrimonio.

Si bien este es un trabajo que puede realizarse en más de una audiencia, el notario puede hacer uso de una minuta. Este instrumento, contendrá los elementos esenciales del acto así como las causas-motivo personales para la realización del mismo, las cuales serán plasmadas en la escritura.

Ahora, aclarada la voluntad del requirente o “lo que quiere”, el notario debe cumplir una serie de etapas en el procedimiento dinámico de formación del acto notarial (Gattari, 2011, p. 55). Estas etapas son denominadas operaciones de ejercicio y atañen al fondo de la cuestión, es decir al derecho sustancial aplicable. Aquí el oficial público determina la relación o situación de derecho para clasificar la voluntad del requirente en una de las categorías jurídicas (Gattari, 2011, p. 56) cuyos efectos sustanciales son precisamente los deseados por el requirente.

Así, en una misma escritura, el notario podrá incorporar varias figuras jurídicas a los fines de hacer realidad la voluntad anticipada del requirente. Ésta es una característica típica de los actos de autoprotección, su complejidad. Un mismo acto puede contener tanto disposiciones patrimoniales, otorgamiento de poderes o mandatos, instrucciones respecto de la disposición del propio cuerpo y también directivas médicas anticipadas.

De esa complejidad emana otra tarea del notario, y que consiste en verificar el cumplimiento de los requisitos de fondo y de forma de cada acto en particular. Si el otorgante desea dar poder general para manejar sus asuntos a una persona, el notario deberá identificar a esa persona, verificar el cumplimiento de las normas generales y particulares de la representación (arts. 362 y ss. CCC). Si el otorgante desea, en cambio, que su patrimonio pueda ser administrado en su beneficio en el hipotético caso de caer en incapacidad, el notario verificará el cumplimiento de las formalidades propias de un fideicomiso bajo condición suspensiva.

La complejidad del acto auto protectorio también está dada por el hecho de su eficacia. Puede haber dentro de un mismo acto, actos cuya eficacia está supeditada al acaecimiento o no de la condición suspensiva de producirse, la caída en incapacidad o la imposibilidad de expresar la voluntad del otorgante. En general cuando hablamos de actos auto protectorios, hablamos de un acto que es ineficaz hasta el acaecimiento de la circunstancia que en definitiva es su principal causa.

En este sentido, hay similitudes con el testamento (arts. 2462 y ss. CCC), y dadas las características actuales de este otro acto jurídico (posibilidades de contener disposiciones patrimoniales y extra patrimoniales), podemos considerarlos hasta sinónimos. Sin embargo, son actos diferentes pues tienen causas distintas. El testamento es un acto unilateral de última voluntad con causa de muerte ineficaz hasta el momento de la misma muerte; mientras que los actos de autoprotección son actos entre vivos unilaterales con causa en la posible propia incompetencia.

A pesar de las diferencias citadas, el notario no podrá evitar dirigirse a las normas de los testamentos ante algún silencio o dificultad interpretativa. Esto es así, dadas las similitudes de naturaleza jurídica entre testamentos y actos auto protectorios; sin embargo cualquier tipo de paralelismo y analogía deberá hacerse interpretando las normas en conjunción con el marco normativo que citábamos supra. Así, un menor de edad que no puede testar aunque esté emancipado por matrimonio, podría expedir una directiva anticipada por el principio de capacidad progresiva (art. 26 CCC; arts. 5, 12, 14 Convención sobre los Derechos del Niño; arts. 2, 3 Ley 26061).

Hasta aquí hemos visto que los actos auto protectorios no solo pueden implicar directivas médicas anticipadas, sino también una gran variedad de contenidos. A los fines de servir como una guía para el notario, podemos esbozar una escritura auto protectoria de la siguiente forma:

(I) Encabezado: en cabeza de sello, día y lugar de fecho y los requisitos exigidos por la normativa notarial local a los fines de identificar la competencia territorial y temporal del funcionario autorizante. En cuanto al nombre de la escritura, alguna doctrina (Cerniello y Goicoechea, 2014) propone llamar al acto “disposiciones y estipulaciones para la propia incapacidad”, sin embargo nosotros consideramos que no existe obstáculo en denominar al acto “Escritura de Autoprotección” o “Escritura Auto protectoria”.

(II) Comparecientes. Como sabemos, el acto auto protectorio es un acto en esencia unilateral y por lo tanto, el hecho físico de la presencia ante el notario estaría limitado a quien va a dar las directivas. No obstante, si el acto prevé la designación de mandatarios o apoyos o curadores, es conveniente la presencia de aquellos designados, aunque más no sea para aceptar aquella designación (v. aquí mismo, VII). Según la interpretación de la reglamentación de las leyes sobre directivas anticipadas que hablamos supra, es necesaria la presencia de testigos instrumentales, pero como notarios sabemos que sus datos no deben ser consignados en la comparecencia dado que sobre ellos no recaerán los efectos del acto.

(III) Manifestaciones preliminares o antecedentes. Es conveniente hacer un relato de aquellas causas que han motivado al compareciente a otorgar el acto. Aquí el notario plasmará las respuestas que obtuvo del requirente en el momento de aclarar su volun-

tad. Conforme lo reglamentado por el decreto 1089/2012, el notario debe plasmar la manifestación del otorgante de que “es una persona capaz y mayor de edad”

(IV) Disposiciones y estipulaciones en previsión de la propia incompetencia. Este es el nudo esencial del acto auto protectorio. Aquí se plasmarán las directivas del otorgante relativas a gran parte de su vida diaria su patrimonio y su salud. Todas estas directivas serán correlato de la audiencia notarial de la que hablábamos arriba. Entre otras, podrán contener:

- 1) Disposiciones para la vida diaria. Generalmente, el otorgante deseará que quede plasmada su voluntad de mantener su hogar, evitar la geriatrización o elegir el geriátrico de su preferencia, designar a quien o a quien no desea que sean sus cuidadores.
- 2) Disposiciones o directivas médicas anticipadas. Aquí se podrán dejar plasmadas las directivas respecto a la internación, rechazo de ciertos tratamientos y cuidados que lleven a un encarnizamiento terapéutico. Según el decreto 1089/2012, el cumplimiento de estas directivas puede ser dejado a personas designadas especialmente para ello y que el decreto denomina “interlocutores”.
- 3) Designación del curador para uno mismo o apoyo para uno mismo. Así como es válido designar al propio curador, es válido también designar a quien o quienes no desea sean nombrados como curadores o apoyos.
- 4) Disposiciones sobre el propio cuerpo. El otorgante puede prever sus exequias (art. 61 CCC), . Si ya dispuso sobre el mismo tema en el testamento otorgado con anterioridad, debe considerarse subsistente la posterior disposición aunque no le haya dado forma de testamento.
- 5) Disposiciones patrimoniales. Deben ser descriptos todos los bienes e ingresos que posea el otorgante, incluso jubilaciones y pensiones. Es válida la cláusula de no enajenar, dado que no estamos hablando de una prohibición interpuesta de una persona a otra (art. 1972 CCC) sino de una persona a sí misma, pues sus representantes designados en el acto, continuarán con su voluntad la cual puede ser la de no vender nada que tenga.

(V) Revocación de un acto auto protectorio anterior. Una consecuencia de cualquier acto unilateral, es la posibilidad de ser revocado en cualquier momento y sin expresar causa. De esta manera, creemos que no hay obstáculo para la aplicación de las normas de revocación que rigen en materia testamentaria (art. 2511 CCC) y la voluntad expresada en tal sentido por el otorgante debe dejar sin efecto cualquier otro acto dictado con anterioridad.

(VI) Autorización para el diligenciamiento de la inscripción de la escritura en el Registro de Actos de Autoprotección local. Consideramos que antes de la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial, era necesaria la autorización del otorgante para la inscripción del acto. Esto era así, pues la registración no era obligatoria y dado el carácter de reservado y personalísimo del acto, solo el otorgante podía liberar al funcionario de la obligación de confidencialidad que implicaba la inscripción en un registro. Hoy en día, dado el estado de vigencia del Código Civil y Comercial e interpretando armónicamente las leyes nacionales y locales que rigen las directivas anticipadas, consideramos que la inscripción es obligatoria por lo que no es necesario dejar asentado el pedido de autorización, excepto que el acto auto protectorio incluya directivas médicas anticipadas, en cuyo caso –y por ser de mayor jerarquía los derechos a la salud- el otorgante debe relevar al notario del deber de confidencialidad.

(VII) Aceptación de designaciones. Dijimos que el acto auto protectorio es un acto unilateral, cual implica que para su perfeccionamiento no requiere el consentimiento de nadie más que del mismo otorgante. La designación de un curador o apoyo para uno mismo, es un acto de trascendencia y expresa una confianza muy grande del otorgante en una determinada persona; es así que se propugna la presencia del designado en el acto de otorgamiento para expresar el consentimiento a la designación. Sin embargo, dado que el discernimiento del cargo recae finalmente en el juez, esta aceptación puede ser obviada y reemplazada por una ratificación en sede judicial.

(VIII) Testigos. De acuerdo a la interpretación que del art. 11 de la ley 26529, se exige la presencia de dos testigos instrumentales. El número de testigos será siempre como mínimo dos, nada obsta que puedan ser más. La reglamentación de este artículo (decreto 1089/2012), dispone que “los testigos, (...) en el mismo texto de las Directivas Anticipadas deben pronunciarse sobre su conocimiento acerca de la capacidad, competencia y discernimiento del paciente al momento de emitirlas, y rubricarlas”, por lo que -aunque consideramos que el decreto se excede al incorporar una exigencia no prevista en el texto legal (Clusellas, 2015, p. 246)- el notario será quien en definitiva decida si corresponde o no incorporar tal manifestación en la escritura. Deberán dejarse asentados sus nombres apellidos números de documento nacional de identidad y domicilios reales. Aquí respecto a los testigos, rigen las inhabilidades previstas tanto en el art. 295 como en el art. 2481 del CCC.

(IX) Lectura y ratificación.

(X) Firma y autorización. El acto se concluye con la firma del otorgante y los testigos frente al notario quien autorizará finalmente la escritura.¹⁰

Otorgada y autorizada nuestra escritura, la voluntad de la persona ha quedado plasmada y es auténtica. Sin embargo, de poco serviría esta voluntad real si nadie sabe que fue otorgada, más allá de los testigos que intervinieron. De ahí que se impone la registración de este tipo de actos.

VI. REGISTRO DE ACTOS DE AUTOPROTECCION.

Sabemos que el acto de voluntad anticipada es en sí confidencial, por lo que la registración chocaría con ese principio al convertir en público un acto destinado a quedar secreto. Sin embargo, aquí la registración cumple un papel fundamental y que va a ayudar a la eficacia del mismo acto: que los interesados puedan saber de la existencia de esa voluntad.

Así, no atenta a la confidencialidad del acto, la inscripción de la existencia de un acto de autoprotección. Por ello, en el registro de actos de autoprotección del Colegio de Escribanos de Córdoba, se toman nota de:

- “a) Nombre y apellido, nacionalidad, fecha de nacimiento, documento de identidad, estado civil y último domicilio del otorgante, así como los demás datos personales que tiendan a su mejor individualización. b) El lugar y fecha de su otorgamiento, número y folio de escritura y registro notarial del autorizante. c)

10 Modelo de Escritura Pública de actos de autoprotección, de Cerniello Romina I. y Goicoechea Néstor D., (2014) y adaptado al Código Civil y Comercial siguiendo los lineamientos de Clusellas (2015, p. 246). Apéndice, pág. 28 B).

Las modificaciones, revocatorias, como así también decisiones judiciales sobre nulidad. d) El nombre, apellido y número de documento de identidad de aquellas personas expresamente habilitadas por el otorgante para solicitar informes acerca de la existencia y contenido, o de la existencia del acto de autoprotección registrado” (art. 11 Reglamento de Funcionamiento del Registro de Actos de Autoprotección).

Lo que se inscribe en definitiva es una referencia al acto, apenas unos datos para poder conocerse la existencia del mismo. Los notarios cordobeses realizan esta inscripción de manera digital a través de un sistema provisto por el propio Colegio.

Esta inscripción es de naturaleza declarativa. No siendo necesaria a los fines de la eficacia del acto. Es obligatoria para el notario y debe hacerse en un tiempo prudencial siendo que no se determina plazo por la reglamentación.

Consideramos que si este acto contiene directivas médicas anticipadas, de las previstas en la ley cordobesa 10058, la inscripción en el Registro colegial exime al al notario de realizar la inscripción exigida por aquella ley (art. 13) en el Registro Único de Voluntades Anticipadas. Esto se fundamenta en un principio de economía y publicidad: no es necesario volver a inscribir un acto que ya está inscripto y es cognoscible por los terceros interesados. Como consecuencia de aquel razonamiento, si el acto no contiene directivas médicas anticipadas y estas son otorgadas por medio del formulario provisto por la ley 10058 (art. 17), debe registrarse cada acto en los registros correspondientes.

VII. CONCLUSIONES

Ahora bien, a modo de síntesis se volcaran, acto seguido, las conclusiones genéricas a las que se ha arribado tras el derrotero de los seis apartados que completaron la investigación y que se explicitan someramente.

I. La función notarial es una función pública que consiste en dar firmeza a los actos jurídicos, sirviendo para su prueba y otorgando un instrumento que evidencia el derecho de su titular, es decir: “Brindar seguridad jurídica”.

II. La actividad principal del Notario es la de legitimar o autenticar con fe pública la voluntad humana, para procurar y dotar de certeza, seguridad, valor y permanencia a las relaciones jurídicas entre los individuos de una comunidad naciendo por lo tanto como una necesidad de esa sociedad.

III. Los actos de autoprotección, son las herramienta jurídicas para que las personas humanas puedan expresar su voluntad, a efectos de que resulten explicitados qué cuidados quieren recibir en situaciones en que no podrán ya expresarlo, ya sea por su estado de inconsciencia o enfermedad grave e irrecuperable.

IV. La recepción legislativa del derecho de autoprotección al regular la posibilidad de tomar decisiones vinculadas a la salud para el caso de una futura incapacidad logra jerarquizar el valor de los derechos personalísimos, derivados de la libertad y de la autonomía, respetando los derechos humanos y fundamentalmente los derechos de los pacientes.

V. Si bien en un primer momento la ley 26.742 se aferra a un formalismo estricto, siendo la solemnidad exigida de intervención de escribano o juez competente de sus principales críticas, hoy el CCCN no establece forma alguna de exteriorización de las medidas anticipadas. De esta forma la mayoría de la doctrina entiende que la elección de la misma sería opción libre de quien desee hacer uso de este derecho fundamental.

VI. Como aspectos a mejorar en lo que hace a esta temática, consideramos necesario la difusión de la misma, ya que la gran mayoría de la población no conoce la existencia de este derecho, ni todos los posibles contenidos que abarca. Para lograr esto es fundamental la educación tanto a nivel salud, como de la regulación dada por la legislación vigente.

VII. Sería de gran efectividad la creación de un registro nacional único, que permita conocer de forma rápida y simple la existencia de directivas médicas anticipadas. Esto último siempre con justificación de interés legítimo para poder acceder a la información asentada en el mismo para salvaguardar el derecho a la intimidad.

VIII. Por último, en lo que hace a la forma de exteriorización, la escritura pública presenta numerosas ventajas desarrolladas precedentemente, argumentos a los que adherimos. Sin embargo, la misma podría resultar excesivamente onerosa o bien, podría no contarse con el tiempo suficiente para realizarla si la persona se encuentra ante una urgencia. En dichas circunstancias consideramos que la solución dada por la legislación cordobesa mediante la ley 10.058 Declaración de Voluntad Anticipada (DVA) "Muerte Digna", por medio de formularios tipo, es la más óptima y conveniente.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

- Cerniello, Romina Ivana y Goicoechea, Néstor Daniel (2014), Derecho de autoprotección. Buenos Aires: Revista del Notariado. Recuperado de: <http://bit.ly/2FrJNzf>.
- Clusellas, Gabriel (2015), Código Civil y Comercial, t. 1, 1era Edición, Buenos Aires: Astrea.
- Código Civil y Comercial de la Nación (Ley 26994) disponible en el sitio infoleg.gob.ar.
- Gattari, Carlos Nicolás (2011), Manual de Derecho Notarial, 2da. Edición, Buenos Aires: AbeledoPerrot.
- Lanzon, Patricia Adriana (2017), Directivas Anticipadas, 1era. Edición adaptada, Buenos Aires: Di Lalla.
- Manuel Kant . (1921). Fundamentación de la metafísica de las costumbres. Edición del 2007, Madrid. Trad Pedro M. Rosario Barbosa.
- BIDART CAMPOS, Germán J., HARRENDORF, Daniel H.(1991). Principios, Derechos Humanos y Garantías. Editorial EDIAR, Buenos Aires.
- FERNÁNDEZ, Silvia E. (2015). Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, Título Preliminar y Libro Primero, arts. 1 a 400, arts. 138 a 140 , pp. 269-282. Buenos Aires: Infojus, Sistema Argentino de Información Jurídica, infojus.gob.ar.
- LAMM, Eleonora. (2015). Título Preliminar y Libro Primero, en Código Civil y Comercial

de la Nación Comentado, arts. 1 a 400 , art. 60 , pp. 147-149. Buenos Aires: Infojus, Sistema Argentino de Información Jurídica, infojus.gob.ar.

• Cerniello Romina I. y Goicoechea Néstor D., (2014) Modelo de Escritura Publica de actos de autoproteccion, adaptado al Código Civil y Comercial siguiendo los lineamientos de Clusellas (2015, p. 246). Apéndice, pág. 28 B).

LEGISLACION

- Constitución Nacional.
- Código Civil y Comercial de la Nación.
- Código Penal de la Nación Argentina.
- Convención Americana de Derechos Humanos (art. 12).
- Ley N° 26.529, Ley de derechos del paciente en su relación con los profesionales e instituciones de la salud.
- Ley N° 26.742, Ley de Muerte Digna.
- Ley N° 10.058, Ley de Muerte Digna de la provincia de Córdoba.

JURISPRUDENCIA

- CSJN, Fallos MJ-JU-M-72476-AR | MJJ72476 | MJJ72476

APÉNDICE

A) FORMULARIO DE DVA según art. 17 Ley 10.058

ANEXO ÚNICO (Artículo 17)
DECLARACIÓN DE VOLUNTAD ANTICIPADA

Yo, mayor de edad, con DNI - LC - Pasaporte N°
nació el día de y con domicilio en
..... Localidad Provincia

MANIFIESTO que tengo conocimiento de que:

La Ley N° 10058 por la que se establece, regula y garantiza el derecho a una Declaración de Voluntad Anticipada en la Provincia de Córdoba, considera esta declaración como el cauce para el ejercicio del derecho personalísimo del individuo a decidir sobre las seducciones sanitarias de que pueda ser objeto en el futuro, en el supuesto de que, llegado el momento, no goce de la capacidad para expresarse por sí mismo.

Con plena capacidad de obrar, tras una serena y adecuada reflexión para tomar una decisión de manera libre y voluntaria y con la información suficiente, formalizo mediante este documento mi **DECLARACIÓN DE VOLUNTAD ANTICIPADA** para lo cual:

DECLARO por medio del presente instrumento las instrucciones que quiero que se tengan en cuenta sobre mi atención sanitaria cuando me encuentre en una situación en que, por diferentes circunstancias derivadas de mi estado físico y/o psíquico, no pueda expresar mi voluntad.

Teniendo en cuenta que para mi proyecto vital es muy importante la calidad de vida, es mi deseo que ésta no se prolongue mediante sistemas o técnicas artificiales extraordinarias cuando la situación sea irreversible. Por este motivo, deseo que se respeten los principios y derechos antes mencionados en las situaciones médicas como las que se especifican a continuación o en cualquier otra que, a juicio de los médicos que me atiendan, sean asimilables:

- Enfermedad irreversible y terminal, que conduce inevitablemente a mi muerte.
- Estado vegetativo crónico, permanente y prolongado.
- Estado avanzado de la enfermedad de pronóstico fatal.

De acuerdo con lo anteriormente expuesto y con los criterios señalados, es mi voluntad que, si a juicio de los médicos o institución y según el estado de la ciencia que entonces me atiendan no haya expectativa de recuperación, se tengan en cuenta las siguientes instrucciones:

1. No me sean aplicadas o bien se me retiren si ya han empezado a aplicarse, medidas de soporte vital desproporcionadas, o cualquier otra que intenten prolongar mi agonía y supervivencia artificialmente.
2. Se me suministren los fármacos necesarios para paliar al máximo el malestar, el sufrimiento psíquico y el dolor físico que me ocasione mi enfermedad.
3. Si perjuicio de las decisiones tomadas, se me garantiza la asistencia necesaria adecuada para procurarme una muerte digna.
4. No se me administren tratamientos complementarios ni terapias no contrastadas, que no demuestren su efectividad para la recuperación y prolonguen inútilmente mi vida.
5. Si estuviera embarazada y me encontrara en alguna de las situaciones anteriores, deseo que la validez de este documento quede en suspenso hasta después del parto, siempre que eso no afecte negativamente al feto.

El rechazo de los medios excepcionales o desproporcionados no equivale al suicidio o a la omisión irresponsable de la ayuda debida a otro, sino que significa sencillamente la aceptación de la condición humana y el derecho a la dignidad.



(Signature)
GUILLERMO ARIAS
SECRETARIO LEGISLATIVO
Legislatura de la Provincia de Córdoba



(Signature)
GUILLERMO ARIAS
SECRETARIO LEGISLATIVO
Legislatura de la Provincia de Córdoba

Ante la pérdida de la capacidad de expresarme, es mi intención que esta Declaración sea respetada por mi familia y por mi médico o institución de salud, como la expresión última de mi derecho legal a rechazar medidas sanitarias desproporcionadas, y ACEPTO las consecuencias, siendo mental y emocionalmente competente para firmarla.

Lugar y Fecha

.....
Firma del Declarante

.....
Firma de Autoridad Competente

DESIGNO COMO MI REPRESENTANTE para que actúe como interlocutor válido y necesario con el médico o el equipo sanitario que me atenderá, en el caso de encontrarme en una situación en la que no pueda expresar mi voluntad, a, con DNI N°, con domicilio en, Teléfono

En consecuencia, AUTORIZO a mi representante para que garantice el cumplimiento de las voluntades anticipadas que constan en este documento.

.....
Firma del Declarante

ACEPTO la designación y estoy conforme en ser el representante de
COMPRENDO Y ESTOY DE ACUERDO en seguir las instrucciones expresadas en este documento por la persona que represento. ENTENDO que mi representación solamente tiene sentido en el caso de que la persona a quien represento no pueda expresar ella misma estas instrucciones ni voluntades y en el caso de que no haya revocado este documento, bien en su totalidad o en la parte que me afecta.

Nombre y Apellido

DNI N°

Lugar y Fecha

.....
Firma del Representante




GUILLERMO ARIAS
SECRETARIO LEGISLATIVO
Legislador de la Provincia de Córdoba


GUILLERMO ARIAS
SECRETARIO LEGISLATIVO
Legislador de la Provincia de Córdoba



B) Modelo de escritura de actos de autoprotección. El siguiente modelo es tomado de Cerniello Romina I. y Goicoechea Néstor D., (2014) y adaptado al Código Civil y Comercial siguiendo los lineamientos de Clusellas (2015, p. 246):

“ESCRITURA DE AUTOPROTECCION. PÉREZ, Juan. Escritura número [...]. En[...], a los [...] días del mes de [...] del año [...], ante mí, escribano/a autorizante, COMPARECEN: Juan Pérez [...]. Como testigos instrumentales lo hacen [...] y [...]; y, a efectos de aceptar los cargos que les serán conferidos, lo hacen Claudia M., y Martín H. Los comparecientes justifican su identidad con los citados documentos, de conformidad al artículo 306, inciso “a” del Código Civil. Y el señor Juan Pérez **EXPRESA: I) MANIFESTACIONES PRELIMINARES:** a) que viene por la presente a establecer las disposiciones y estipulaciones que considera necesarias para el supuesto de que una enfermedad mental, física, sensorial, un accidente o simplemente su avanzada edad le impidan en forma transitoria o permanente gobernar su persona o sus bienes o tomar las decisiones necesarias respecto de su salud; b) que funda su derecho a otorgar el presente acto en el pleno ejercicio de la autonomía de su voluntad y de sus derechos personalísimos reconocidos por los principios generales del derecho previstos en los artículos 1 y 2 del Código Civil y Comercial, en la Constitución Nacional, los tratados internacionales –especialmente, en la Convención Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad– y los artículos 60 y 139 del Código Civil y Comercial, el artículo 11 y concordantes de la ley 26.529 modificado por la ley 26.742 y la ley 26.657, sus modificatorias y reglamentaciones; c) que el presente otorgamiento es el resultado de un profundo análisis, y las disposiciones que efectuará son en su entender las más convenientes para su persona, su salud y sus bienes; d) que es mayor de edad, plenamente capaz y cuenta con la competencia y el discernimiento necesarios para el presente otorgamiento; e) que es de estado civil soltero y que no posee ascendiente, descendientes, ni más familia directa que su sobrina Sandra Pérez, hija de su fallecido hermano Pedro, con quien mantiene un trato cordial, pero que nunca ha mostrado preocupación por su situación personal ni por sus necesidades; f) que desde hace diez años es acompañada y asistida por la señora Claudia M. y por su hijo, Martín H., quienes, si bien no mantienen con él vínculo sanguíneo ni familiar de ningún tipo, han sido sus más cercanos amigos y quienes han estado a su lado en los momentos difíciles de su vida y son, sin ninguna duda, las personas que mejor conocen sus preferencias, necesidades y deseos; g) que, por los motivos antedichos, en la fecha ha otorgado ante mí testamento por acto público, instituyendo como su única y universal heredera a la señora Claudia M., y, para el supuesto de pre fallecimiento de ésta, a su nombrado hijo, Martín H.; **II) ESTIPULACIONES PARA LA PROPIA INCAPACIDAD O FALTA DE DISCERNIMIENTO:** que, en virtud de las consideraciones antedichas y para el supuesto de su incapacidad o falta de discernimiento, por la presente **DISPONE: Primero. Disposiciones para la vida cotidiana:** a) que mientras sea posible desea seguir viviendo en su casa, sita en la calle [...], con el cuidado y control de la señora Claudia M. y su hijo, Martín H.; b) que, ante el supuesto de volverse dependiente y mientras ello sea posible, lo mantengan en su citada casa, con la atención del personal necesario y

especializado para su cuidado y atención; c) que, en caso de no ser posible continuar habitando en su hogar, sea internada en el instituto geriátrico [...] o aquel que la señora Claudia M. o su hijo, Martín, consideren conveniente; d) que es su voluntad que en cualquiera de las situaciones antedichas se respete su calidad de vida, sus costumbres, se mantenga su aseo, alimentación, vestimenta y cuidados de acuerdo a su gusto; d) que se mantenga su cobertura y plan de salud con la empresa[...]. **Segundo. Disposiciones en materia de salud:** a) que, en el caso de que requiera ser hospitalizado y/o internado, transitoria o permanentemente, sometido a cirugía o a cualquier tratamiento que fuera necesario se le realice, sean las personas mencionadas en la cláusula tercera las que otorguen el consentimiento debido, siendo sus “interlocutores”, en el orden establecido en dicha cláusula; b) que autoriza a las citadas personas a agregar oportunamente la presente escritura a su historia clínica; c) que, no obstante la posibilidad de que las personas designadas anteriormente decidan en el caso concreto de acuerdo a las circunstancias, desea que éstas y los profesionales tratantes respeten en principio las siguientes directivas: 1) que sea atendido en la clínica [...] por los especialistas que lo han atendido a lo largo de estos últimos años, a saber: médico de cabecera: [...], cardiólogo [...] [etc.]; 2) que en caso de padecer una enfermedad irreversible, incurable, encontrarse en un estadio terminal o sufrir lesiones que lo coloquen en igual situación, RECHAZA cualquier tipo de procedimiento quirúrgico, de hidratación, alimentación, reanimación artificial o soporte vital cuando éstos resulten extraordinarios o desproporcionados en relación con las perspectivas de mejoría o produzcan un sufrimiento desmesurado; 3) que RECHAZA los procedimientos de hidratación y alimentación asistida cuando éstos produzcan como único efecto la prolongación en el tiempo del estadio nombrado en el punto anterior; 4) en todos los casos, deberán mantenerse aquellas medidas y acciones para el adecuado control y alivio del dolor y sufrimiento del paciente. **Tercero. Designación de curador:** a) que, para el supuesto de incapacidad o inhabilitación, desea se designe como curadora, provisoria y luego definitiva, a la citada señora Claudia M., y, para el supuesto de que ésta no pueda aceptar, al citado señor Martín H., en virtud de los motivos anteriormente expresados; b) que autoriza a las nombradas personas a proceder, en el momento oportuno, a la apertura del proceso judicial de insania o inhabilitación; c) que rechaza el nombramiento como curador provisorio de un abogado de la matrícula, por considerar que las personas designadas son quienes tienen verdadero conocimiento de su situación, sus anhelos y necesidades, y no desea que su futuro quede en manos de una persona “extraña a su entorno”; d) que, por los motivos antedichos, no desea que se nombre curadora a su sobrina Sandra Pérez. **Cuarto. Disposiciones patrimoniales:** a) que posee en la actualidad los siguientes bienes e ingresos: [describir patrimonio, jubilaciones y pensiones, y demás ingresos que pueda tener la persona y que sean del caso]; b) que, ante su eventual incapacidad, desea que los curadores designados en la cláusula anterior administren su patrimonio en la

forma y con el cuidado que el otorgante ha mostrado a lo largo de su vida, respetando en principio las siguientes instrucciones: 1) los haberes jubilatorios y la renta mensual de los bienes descriptos deberán ser utilizadas para el mantenimiento de los gastos del compareciente, internaciones, establecimientos asistenciales o geriátricos, personal de asistencia, obra social, y en fin, para mantener el nivel y calidad de vida, conforme a lo estipulado en la cláusula primera; el remante de sus ingresos deberá ser depositado su citada caja de ahorro; 2) que sus inmuebles, en especial su casa-habitación, no sean enajenados, continuando con la locación de éstos últimos como medio de renta para los citados gastos. En caso de ser necesario y con la autorización judicial pertinente, podrá procederse a la venta de los bienes, en el siguiente orden: [...]. **Quinto. Disposiciones sobre su cuerpo:** que, ante su fallecimiento, desea que las personas mencionadas en la cláusula tercera procedan en la siguiente forma: a) que sus restos sean velados en [...]; b) que se celebre una misa en su memoria en la parroquia [...]; c) que sus restos sean cremados y esparcidos en [...]. **Sexto. Disposiciones finales:** a) que, ante el acaecimiento de alguna de las circunstancias previstas en el presente otorgamiento, es su voluntad que las personas designadas, así como los profesionales intervinientes en materia de salud, y los magistrados que deban intervenir respeten la voluntad dispuesta en el presente, en base a los motivos anteriormente expresados; b) que revoca y deja sin efecto cualquier otra disposición que anteriormente haya efectuado para su eventual incapacidad y/o en carácter de directiva médica anticipada; c) que autoriza al escribano interviniente a inscribir la presente en el Registro de Actos de Autoprotección del Colegio de Escribanos, así como a transcribir en la minuta respectiva las declaraciones concernientes a directivas de salud; d) que solicita al citado escribano interviniente expida copia de la presente para los citados señores Claudia M. y Martín H.; e) que autoriza a Claudia M. y Martín H., a los médicos tratantes y a las autoridades de la clínica [...] a solicitar informes al citado Registro de Actos de Autoprotección y a solicitar copias de la presente escritura. **ACEPTACIÓN DE CARGOS:** los señores Claudia M. y Martín H. manifiestan que aceptan expresamente los cargos y funciones para los cuales han sido designados en el presente por el señor Juan Pérez y que consienten representarlo, respetando en cuanto sea posible las instrucciones recibidas. **DECLARACIÓN DE LOS TESTIGOS:** los señores [...] y [...] manifiestan que han estado presentes durante todo el acto, que conocen al señor Juan Pérez y que les consta la capacidad, discernimiento y competencia de éste para efectuar el presente otorgamiento. **CONSTANCIAS NOTARIALES:** yo, escribano autorizante, hago constar que he advertido al otorgante que, eventualmente, las disposiciones para su propia incapacidad formuladas en esta escritura quedan sujetas a una posible resolución judicial al respecto, así como a la decisión de sus destinatarios o parientes, y/o al dictado de una modificación posterior de la ley que reglamenta esta especie de actos. **LEO** a los comparecientes, quienes firman de conformidad, ante mí, doy fe.”

EL ASESORAMIENTO COMO CARACTERÍSTICA PRINCIPAL DEL NOTARIADO LATINO Y COMO EFICAZ GARANTÍA DE EQUILIBRIO CONTRACTUAL. ANÁLISIS A LA LUZ DE LA LEGISLACIÓN DE CONSUMO Y DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN.

THE ADVICE AS THE MAIN CHARACTERISTIC OF THE LATIN NOTARY AND AS AN EFFECTIVE GUARANTEE OF CONTRACTUAL BALANCE. ANALYSIS AT THE LIGHT OF THE RULES OF THE CONSUMER LEGISLATION AND THE CIVIL AND COMMERCIAL CODE OF THE NATION.

FEDERICO JORGE PANERO¹

RESUMEN

1.-La protección a los ciudadanos en los actos, contratos y negocios de máxima trascendencia constituye la esencia de la función pública notarial.

2.-El asesoramiento notarial es una eficaz herramienta de los Estados para garantizar un adecuado equilibrio en las relaciones contractuales entre particulares, en especial dentro del marco de las relaciones de consumo.

3.-Reconocido en forma expresa en el art. 301 del CCCN, el asesoramiento constituye un deber funcional del notario que debe cumplimentar con imparcialidad activa y sustancial en los ámbitos protocolar y extra protocolar.

4.-Los Colegios Notariales deben coadyuvar en el ejercicio imparcial de la labor asesora del notario, propiciando:

a.La realización obligatoria de una audiencia previa de asesoramiento en el marco de los contratos de consumo y de los contratos celebrados por adhesión a cláusulas generales predispuestas;

b.La modificación de los denominados “contratos tipo” o “contratos formularios”, para su ajuste a la nueva legislación civil y comercial que se sancionara bajo el paradigma protectorio y de eficaz defensa de los consumidores;

¹ Notario.

c. La restauración del arancel de orden público como eficaz medida para resguardar la imparcialidad del notario y brindar seguridad a los requirentes del servicio público notarial.

ABSTRACT

1.-The protection of citizens in acts, contracts and businesses of maximum importance constitutes the essence of the notarial public function.

2.-The notarial advice is an effective tool of the States to guarantee an adequate balance in the contractual relations between individuals, especially within the framework of the relations of consumption.

3.-Recognized expressly in art. 301 of the CCCN, the advice is a functional duty of the notary that must be filled with active and substantial impartiality in the protocol and extra protocol.

4.-Notary Associations must contribute in the impartial exercise of the advisory work of the notary, promoting:

a. The mandatory performance of a prior advisory hearing in the context of consumer contracts and contracts concluded by adhering to general provisions provided;

b. The modification of the so-called "type contracts" or "forms contracts", for their adjustment to the new civil and commercial legislation that will be sanctioned under the protective paradigm and effective defense of consumers;

c. The restoration of the public order tariff as an effective measure to safeguard the impartiality of the notary and provide security to the notaries of the notary public service.

PALABRAS CLAVES: Asesoramiento – Función notarial.

KEYWORDS: Advice – Notarial function.

SUMARIO: I. Introducción. II. Economía, Globalización y Derecho. III. Distintos fenómenos de desigualdad contractual. IV. La legislación protectora. Brevísimas historia. V. Carácter de orden público de las normas protectoras. VI. Preservación del principio de igualdad en la contratación. VII. Deber de informar y buena fe. Su relación con el deber de asesoramiento notarial. VIII. Esencial deber de asesoramiento notarial. Precisiones. IX.- Algunas propuestas para garantizar el equilibrio contractual, particularmente en los contratos de consumo y en los formalizados por adhesión a cláusulas generales predispuestas.

I. Introducción

El vigente Código Civil y Comercial de la Nación (Ley 26.994 y sus modificatorias) ha producido tal cantidad de modificaciones y ha introducido tan elevado número de nuevas normas en la legislación privada argentina, que nos permite afirmar, sin duda alguna, que estamos en presencia del más importante cambio en la legislación de fondo, de naturaleza civil y comercial, de toda nuestra historia institucional, solo comparable con la sanción y promulgación de la ley nacional 340 del 29 de setiembre de 1869 que aprobara el Código Civil redactado por Dalmacio Vélez Sarsfield y que regulara, ordenara

y condujera desde el 01 de enero de 1871, 144 años de relaciones jurídicas privadas de los argentinos.

Destaco que existen pocos ejemplos en el mundo contemporáneo de lo ocurrido en nuestro país, de derogación integral de un Código Civil y de un Código de Comercio, y de su sustitución por uno nuevo. Y más reducida aún es esta lista si le adicionamos, como elemento distintivo, el brevísimo tiempo de estudio, análisis, debate, reflexión y sanción que este proceso llevara, iniciado con el Decreto del P.E.N. 191 del año 2011. Así, y a título de ejemplo, la Comisión que redactara el Código en Italia, sancionado en 1942, comenzó a trabajar en el año 1925; el anteproyecto de Reforma del Código Civil francés en materia de obligaciones y prescripción es del año 2005, sin sanción legislativa. En igual estado se encuentra el proyecto de ley de modificación del Código Civil español en materia de obligaciones y contratos, del año 2009.

No obstante la indicada rapidez tanto en el análisis previo como en la posterior vigencia de nuestra ahora ley fundamental en materia de legislación civil y comercial, no podemos sino destacar y valorar el enorme esfuerzo intelectual, científico, institucional y político que se realizara con el objetivo claro no sólo de adecuar y actualizar nuestra legislación civil y comercial, receptando los cambios acaecidos en el último siglo y medio, sino también, especialmente, de recibir los cambios producidos en nuestra sociedad y las modernas tendencias doctrinales y jurisprudenciales.

En este marco general, reviste significativa trascendencia, para el notariado en general y como faro de referencia para el tratamiento de la temática que nos convoca en estas Jornadas, la afirmación que formulan los autores del Proyecto de CCCN al analizar la eficacia probatoria de la escritura pública y sus razones, cuando exponen textualmente: *"... Este conjunto de solemnidades (entendidas como garantías de jerarquía constitucional) es el fundamento de su privilegiada oponibilidad, que deviene de la fe pública que merecen; todo ello demuestra que la esencia de la función notarial no es la de conferir fe pública, como habitualmente se afirma, sino que su esencia es la de brindar protección a los ciudadanos en los actos y negocios de máxima trascendencia, legislativamente seleccionados, a través de un conjunto de operaciones jurídicas que son las que fundamentan su eficacia erga omnes. La fe pública es el efecto de tal conjunto de operaciones."* La sola elocuencia de las palabras transcritas nos exime de todo comentario respecto del enorme reconocimiento de la función pública notarial que realizan los reconocidos juristas responsables de la redacción del Proyecto de CCCN.

En este marco, entiendo es que corresponde analizar la temática propuesta por la Coordinación del Tema I de la XX Jornada Notarial Cordobesa, centrada, más allá de la problemática particular que presentan las cuestiones relacionadas con las tratativas preliminares, las tratativas contractuales y los contratos preliminares, en el asesoramiento como característica principal del notariado latino, especialmente en el marco de la legislación de consumo y como garantía de equilibrio contractual, más precisamente, de "justicia contractual" en palabras de Jorge Mosset Iturraspe.

Asesoramiento notarial éste que ahora, en el marco del CCCN, tiene no solo recepción en las diversas legislaciones notariales provinciales, sino, además, en el nuevo art. 301 cuando en su primera parte preceptúa: "El escribano debe recibir por sí mismo las declaraciones de los comparecientes, sean las partes, sus representantes, testigos, cónyuges

u otros intervinientes. Debe calificar los presupuestos y elementos del acto, y configurarlo técnicamente”.

II.- Economía, Globalización y Derecho.

El denominado contrato paritario existente a la época de la configuración definitiva y moderna del notario latino con la Escuela de Bologna, en gran medida ha desaparecido de nuestra sociedad, precisamente al impulso de los fenómenos de la producción en serie, con la consecuencia inmediata de la masificación del consumo y en las últimas décadas, con el fenómeno de la globalización.

De allí que los notarios debemos tomar plena conciencia que imperiosamente necesitamos “aggiornar” o, más precisamente, ajustar y adecuar toda nuestra amplia gama de facultades, atribuciones, deberes y derechos que emanan de nuestra doble calidad de profesional del derecho a cargo de una función pública por investidura estadual, y en particular nuestro deber funcional de asesoramiento, a ésta realidad actual, si queremos precisamente, como enseñara el maestro Larraud², continuar siendo auténticos garantes de la seguridad jurídica, en ejercicio de la jurisprudencia cautelar.

Ante esta crisis del contrato paritario, la reacción de los Estados que se observa ya desde hace varios años tanto en el derecho comparado como en el nacional, no significa otra cosa que reasegurar la libre competitividad en el mercado, dándole transparencia y posibilitando el ejercicio de una auténtica libertad económica, colaborando con ello en la realización del valor justicia, en el entendimiento, siguiendo a Del Vecchio que, bajo un cierto aspecto, el derecho y la justicia se confunden al conceptualizar a aquel como la coordinación objetiva de las acciones posibles entre varios sujetos, con arreglo a un principio ético que las determina, y a ésta como una coordinación intersubjetiva.

III.- Distintos fenómenos de desigualdad contractual.

Los fenómenos de la masificación y de la globalización, constituyen ante todo una realidad que no podemos dejar de admitir, pero, además, conforman indubitablemente hechos inevitables e irreversibles, con las consecuencias que estamos analizando: los instrumentos del derecho tradicional, fundado en el ideal de la bilateralidad, casi no funcionan. El contrato fruto de la negociación individual ya casi no tiene cabida, observándose entonces la “mecanicidad” de la entera relación³⁻⁴. Podemos afirmar así que existe una enorme distancia que separa el tráfico negocial moderno, de la imagen que de él se tiene en las obras clásicas del siglo pasado, toda vez que en muchos casos, se puede decir que se atribuye convencionalmente el valor de declaración contractual a comportamientos sociales valorados de manera típica, por lo que expresan socialmente, haciendo abstracción de la actitud psíquica de su autor⁵.

Es precisamente en éste contexto que como simples ciudadanos-consumidores, estamos familiarizados – porque ya nacimos con éstos fenómenos insertos en nuestra sociedad- con algunas de las herramientas de éste nuevo “Derecho”: las condiciones

2 Larraud, Rufino, “Curso de Derecho Notarial”, Ed. Depalma, Bs.As. 1966, pag. 144 y sig..

3 Del Vecchio, Giorgio, “El concepto del derecho”, Ed. Bosch, Barcelona, reedición 1947, pag. 150 ..

4 Santos Briz, Jaime, “Derecho Civil, t. III, Ed. Bosch, Barcelona, 2003, pag. 272 .

5 Véase el denominado “tráfico de ventanilla” y las relaciones contractuales fácticas que cita Rezzónico, Juan Carlos en “Contratos con cláusulas predisuestas”, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1987, pag. 3.-

generales de la contratación, los contratos prerredactados ó contratos formularios; la adhesión como modalidad de exteriorizar el consentimiento negocial y, con terminología moderna, los denominados contratos de consumo.

El notario de tipo latino, lo reiteramos, debe tener clara y precisa noción de éstos conceptos para un correcto ejercicio de sus deberes de asesoramiento y consejo en un marco de imparcialidad activa y sustancial, explorando sus límites y las actitudes ante situaciones fronterizas, a fin de continuar siendo auténtico “escultor del Derecho”⁶, con el concepto de derecho referido líneas arriba.

Esta responsabilidad profesional-funcional, que se encuentra en la esencia de la figura del notario latino, se observa no solo reafirmada, sino también aumentada, como lo anticipáramos en la Introducción, luego de la entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, con la consolidación del paradigma protectorio y la regulación en la legislación civil de fondo, de una mayor tutela del consumidor, orientada a “plasmear una verdadera ética de los vulnerables”, en palabras de los autores del original anteproyecto.

En materia de “contratos celebrados por adhesión a cláusulas generales predispuestas”⁷, observamos que las tareas de configuración, de “formación del consentimiento”, se reducen a “llenar recipientes preparados”, donde el predisponente se “inspira” en un modelo, beneficiándose de la experiencia adquirida luego de una larga práctica, estandarizando especialmente obligaciones y deberes a cargo de la contra-parte, y limitaciones o exclusiones de propias responsabilidades.

No estamos en presencia del contrato clásico, del contrato paritario, sino de una simple fórmula donde, como fruto de la uniformidad, se presenta un manifiesto retroceso de la autonomía privada: el “consentimiento” como elemento esencial del contrato se presta y manifiesta a través de un simple aceptar –diríamos acatar- las condiciones preestablecidas, con posibilidades casi nulas de modificarlas, en definitiva, como una adhesión a un “sistema experto”, donde se actúa en base a un conocimiento inductivo débil.

Estas modalidades contractuales se aplican especialmente –aunque no de manera excluyente- en las relaciones de consumo, donde manifiestamente aparece una parte débil en este sinalagma, formada por quienes adquieren y utilizan bienes y servicios de consumo masivo: el hoy llamado “consumidor o usuario”. Débil en cuando a conocimientos, experiencia, fuerza económica, etc.-

Se configura así, bajo los amplios términos de la relación de consumo, el denominado “contrato de consumo”, conceptualizado como aquel “celebrado a título oneroso entre un consumidor final -persona física o jurídica-, con una persona física o jurídica, pública o privada, que actuando profesional u ocasionalmente, en calidad de productora, importadora o distribuidora, comercialice bienes o preste servicios, y que tenga por objeto la adquisición, uso o goce de los mismos por parte del primero, para su uso privado, familiar o social”. Aparece así la íntima conexión entre consumo y contrato, observándose,

6 Carnelutti, Francesco, “La figura jurídica del Notario”, conferencia en la Academia Matritense del Notariado, en Revista Internacional del Notariado, año 1950, página 120 y sig.

7 Seguimos aquí la terminología empleada como título de la Sección 2ª del Capítulo 3 del Título II (Contratos en General) del Libro III del CCCN. 7 Stiglitz, Rubén S., “Defensa del Consumidor-Los servicios bancarios y financieros”, en Rev. L.L., 1998-C,1035.-

con lo que se lleva expuesto, un paralelismo entre la “historia” del contrato y el desarrollo del denominado derecho de defensa del consumidor⁸.

Ahora bien: que la modalidad contractual moderna la constituyan éste tipo de contratos, no significa que contengan, necesariamente, condiciones y/o cláusulas abusivas conforme al concepto que nos brinda actualmente el CCCN⁹. Aunque sí debemos reconocer que generan en el empresario-profesional una menor predisposición a asumir riesgos y costos y una gran tentación a trasladarlos al consumidor-no profesional. Por ello, entiendo que corresponde que también en este punto se profundice la reflexión respecto de las modalidades concretas de nuestra intervención profesional-fedante –y en el marco de nuestra esencial imparcialidad, para evitar que nos constituyamos –voluntaria o involuntariamente, en un importante auxiliar en la conclusión y aceptación de las modalidades contractuales apuntadas, en la medida, claro está, que traigan anejas situaciones de desequilibrio contractual.

IV.- La legislación protectora. Brevísimas historia.

Como ya expresáramos, el modelo de contrato elegido por nuestro originario codificador, al igual que en la mayoría de los códigos americanos de la época, era el denominado “contrato paritario”, de negociación individual, que suponía un idéntico poder de negociación de las partes contratantes, una absoluta libertad e igualdad entre ellas, donde el contenido del contrato era el fruto del consenso-concesión entre ellas, fundadas en el consentimiento. Esta concepción iusfilosófica fue la que llevó a Vélez a proclamar en el ahora derogado artículo 1197 de nuestro “viejo” Código Civil, que “Las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma”. Este modelo tradicional de contrato entró en crisis, pues con las modernas técnicas de contratación reseñadas, no hay ya verdadero consentimiento entre las partes, especialmente del adquirente de éstos bienes y servicios, sino sólo un mero “asentimiento”. La seguridad jurídica estará ahora fundada en la revisión del contrato.

Apareció así en forma clara, pero masiva, una parte débil en éste sinalagma, formada por quienes adquieren y utilizan éstos bienes y servicios: el hoy llamado “consumidor o usuario”. Se constituye el contrato así en un elemento de dominación, que impone la necesidad de un tratamiento específico.

Esquemáticamente podemos identificar cuatro etapas en nuestro país en la evolución legislativa camino a una protección integral del consumidor y de la parte débil en toda relación contractual:

1. La primera de ellas, anterior a la gran reforma del Código Civil Argentino (ley 340) por la ley 17.711 del año 1968, donde nuestro originario codificador sólo genéricamente abordara esta problemática y siempre desde un punto de vista individualista, sin dejar por ello de constituir una importantísima herramienta para el intérprete y para el juez: Básicamente, los viejos art. 953 y 21, vinculados al objeto de los actos jurídicos y de los contratos en general, con sanciones expresas de nulidad; los art. 19 y 872 que prohibían expresamente la renuncia general de leyes y derechos; el art. 18, que fulminaba con la nulidad a los actos prohibidos.
2. La segunda etapa está constituida precisamente por la gran reforma de nuestro originario Código Civil Argentino (ley 340), realizada por la ley 17.711, (año 1968) que cambió

⁸ Así llamado en la ley 24.240 y sus modificatorias, en particular, Ley 26.361.

⁹ Art. 988 y 11117-1122.

filosóficamente los principios, introduciendo las llaves maestras en los art. 954 (lesión objetiva-subjetiva), 1071 (abuso del derecho) y 1198 (buena fe contractual-deber de seguridad-teoría de la imprevisión-responsabilidad objetiva contractual) y 1113 (responsabilidad objetiva extracontractual). En esta etapa aparecieron también disposiciones prohibiendo el engaño en la identificación de mercaderías, el control de ofertas con premios y su régimen de garantías (ley nacional 22.802, "Lealtad comercial"); el control de precios (ley nacional 20680, de "Abastecimiento"); y la represión de conductas anticompetitivas y del abuso de posición dominante (Ley nacional 22.262, de "Defensa de la Competencia", hoy modificada por ley 25.156), disposiciones todas éstas que, vale la pena remarcarlo, y luego de la vigencia de la ley 26.994, mantiene actualmente su plena vigencia.

3. La tercera etapa se inicia con la sanción de la ley nacional 24.240, modificada por ley 26.361, y con las nuevas normas de los artículos 42 y 43 de la C.N. (1994) que "constitucionaliza" los conceptos de "relación de consumo", "consumidores" y "usuarios": Aunque en forma tardía atento al contexto mundial, se prevén:

a.) Normas de Protección y Defensa del consumidor, contemplando su debilidad estructural y preservando la relación de equivalencia, con jerarquía de normas de orden público; b.) Normas específicas de esta problemática, particularmente las vinculadas con las denominadas cláusulas abusivas, el deber de información, fuerza vinculante de la oferta, interpretación de los contratos de adhesión, control de prácticas de competencia, etc.; c.) Normas preventivas, con procedimientos presuntamente eficaces para la solución de conflictos, con escasa aplicación práctica; d.) Soluciones colectivas y; e.) Soluciones efectivas, a través de procedimientos administrativos, de conciliación, acceso a la justicia, arbitraje, etc.¹⁰. En palabras de Ghersi, en esta etapa ingresamos al primer mundo de los contratos¹¹, preservando y garantizando en forma suficiente y adecuada la mayor reciprocidad de intereses en las relaciones de consumo.

4. Con la cuarta y última etapa, se consolida toda esta normativa protectora del inexperto consumidor, al sancionarse y promulgarse el actual Código Civil y Comercial de la Nación (ley 26994) cuando, particularmente en el Título III del Libro III, concretizando el declamado objetivo de introducir en el Código, como nuevo paradigma, el principio protectorio, en el marco de la defensa de una "ética de los vulnerables", sostenido en la Nota de Presentación del Proyecto, se regulan especialmente, en forma adecuada a los tiempos que corren, las relaciones de consumo, la formación del consentimiento en los contratos de consumo, las cláusulas abusivas, etc., entre las disposiciones más destacables.

V.- Carácter de orden público de las normas protectoras.

En el fenómeno del consumo considerado como estructura socioeconómica y jurídica, se observa claramente la interrelación e influencias recíprocas entre Economía y Derecho. Esta estructura de consumo contiene básicamente una lucha de poder entre las empresas y los consumidores, que se resuelve -en el marco de la economía actual- en el mercado. El Derecho juega así un papel trascendental: por un lado, puede consolidar situaciones de dominación de los empresarios, por ejemplo por la vía de los contratos celebrados por adhesión o, por otro lado, puede asumir la debilidad estructural del consumidor, sancionando leyes de defensa del consumidor.

En éste contexto, reviste significativa importancia la Resolución 39/248 aprobada por

10 Para una amplia caracterización de éstas normas ver Stiglitz, Gabriel, "Ley de Defensa del Consumidor", Ed. La Ley, 1999.

11 Ghersi, Carlos, "La reforma de los Códigos Civil y Comercial por la ley de defensa del consumidor", en J.A.-1994- I, pag. 870.

unanimidad por la Asamblea General de Naciones Unidas el 16 de abril de 1985 denominada "Directrices para la protección del consumidor", cuyo primer objetivo es "ayudar a los países a lograr o mantener una protección de sus habitantes en calidad de consumidores ... debiendo prestar especial atención a las necesidades de los consumidores que se encuentran en situación desventajosa y de bajos ingresos"; "...reconociendo que los consumidores afrontan a menudo desequilibrios en cuanto a su capacidad económica, nivel de educación y poder de negociación"; estableciendo finalmente el derecho "... a la promoción de un desarrollo económico y social justo, equilibrado y sostenido".

Bajo ésta visión se comprende claramente que una ley de relaciones de consumo no constituye un texto aislado sino que se integra no sólo con todas las normas que constituyen el denominado "Estatuto del Consumidor", sino con las disposiciones de fondo de los Códigos Civiles y Comerciales, modificándolas con la fuerza del orden público que caracteriza sus disposiciones, introduciendo así importantes modificaciones en las estructuras contractuales existentes: regla de interpretación favorable al consumidor; incorporación de la oferta pública dirigida a consumidores potenciales indeterminados, en la oferta contractual; contenido mínimo del contrato de venta; plazo de meditación o pensamiento para revocar la aceptación contractual; interpretación de cláusulas abusivas; regulación de los contratos de adhesión, etc., normas que ya tenemos en nuestra legislación civil de fondo (CCCN): arts. 1094 y 1095: interpretación contractual y prelación normativa de las disposiciones más favorables al consumidor; art. 1103: las precisiones formuladas en la publicidad o en anuncios, etc., se tienen por incluidas en el contrato con el consumidor y obligan al oferente; art. 1110: derecho irrenunciable del consumidor de revocar la aceptación dentro del plazo de diez días de la celebración del contrato, con el correlativo deber del proveedor de informar al consumidor que le asiste este derecho (art.1111); art. 1119: conceptualiza las denominadas "cláusulas abusivas" como "aquellas que tienen por objeto o por efecto provocar un desequilibrio significativo entre los derechos y las obligaciones de las partes, en perjuicio del consumidor", extendiendo éste concepto, como verdadera novedad, a una eventual "situación jurídica abusiva" en virtud de los mecanismos de conexidad contractual (art. 1120), ahora también regulada en forma expresa en nuestra ley de fondo (art. 1073 a 1075).

Por ello, el notario, desde la primera audiencia, desde el primer encuentro con el o los requirentes de su servicio público-privado, debe ineludiblemente analizar entre otros aspectos, si el asunto o cuestión objeto de su quehacer propio, se encuentra alcanzado por éstas normas, ajustando por ello su asesoramiento profesional al cumplimiento de sus directivas que, como se expresó, integran el denominado orden público económico de protección.

VI.- Preservación del principio de igualdad en la contratación

Karl Larenz, citado por Rezzónico¹² al analizar los principios fundamentales de los contratos, distingue entre principios técnico-jurídicos y principios ético-jurídicos: los primeros, corresponden a motivos de oportunidad y conveniencia, mientras que los segundos, de enorme trascendencia, nos hablan de un contenido material de justicia, funcionando como pautas orientadoras, ideas directrices para el legislador cuando regula éstas cuestiones: respeto por la dignidad del hombre, defensa del Estado de Derecho, inviolabilidad de la propiedad, autodeterminación de los contratantes, autorresponsabilidad, equidad, etc.. Los principios éticojurídicos se constituyen por consecuencia en instru-

12 Rezzónico, Juan Carlos, "Principios fundamentales de los contratos," Ed. Astrea, Bs. As. 1999, pag. 4.-

mentos para la justicia. De allí que, en el marco de la realidad contemporánea, pasamos de la concepción individualista del siglo XIX, con su dogma casi absoluto del principio de la autonomía de la voluntad en la formación del contrato, a toda la normativa actual, nacional y comparada, que encausa las ideas conductoras de estos tiempos: defensa irrestricta de la dignidad y la libertad de desenvolvimiento de la personalidad del individuo a través del reconocimiento de los derechos y libertades fundamentales y la necesidad de la intervención del Estado para devolverle al ser humano su emancipación del denominado “derecho ficción”¹³.

Es por ello que ya nuestra C.N. de 1994, en el nuevo art. 42 nos habla de la protección de la salud, seguridad e intereses económicos de los consumidores y usuarios de bienes y servicios, en el marco de la “relación de consumo”, con los derechos anejos a una información adecuada y veraz, a la libertad de elección y a condiciones de trato equitativo y digno.

Nótese que nuestra Carta Magna ya habla de “relación de consumo” y no de “contrato de consumo” porque, si bien no cabe duda de que en todo consumo existe un contrato, el concepto es más abarcativo, comprendiendo todas las circunstancias que rodean o se refieren, o son antecedente o consecuencia de la actividad desplegada por el profesional-empresario dirigida a la satisfacción de la demanda de bienes y servicios. Esta distinción y esta defensa integral del consumidor que se prescribe en el citado art. 42, la tenemos ahora también expresamente incorporada en el art. 1092 del CCCN. Por ello, los términos “igualdad” y “autonomía privada”, adquieren otro significado, precisamente en virtud del reconocimiento de la vulnerabilidad del consumidor en el mercado de consumo, de allí el carácter de orden público de toda esta legislación. Destacamos finalmente, por revestir especial importancia para nuestra diaria actividad profesionalfuncional, que en el estado actual de la evolución legislativa y jurisprudencial, para el derecho positivo argentino, constituye también una materia de regulación protectoria, especialmente en materia de derecho/deber de información, la relación de consumo inmobiliaria. Así, en fecha reciente se ha resuelto que “la satisfacción del deber de información resulta extremadamente relevante en todo el itinerario de una relación de consumo, en el caso, inmobiliaria; pues su omisión o cumplimiento incompleto puede provocar un vicio en el consentimiento del adquirente a punto tal que, de conocer de antemano los costos y demás gastos previos a la escrituración del inmueble, hubieran llegado a no celebrar el contrato o a celebrar uno diferente”.

VII.- Deber de informar y Buena Fe. Su relación con el deber de asesoramiento notarial.

No nos vamos a cansar de reiterar que el notario, al recibir el requerimiento, debe en primer lugar analizar la naturaleza del asunto a la luz de los parámetros descriptos, pues, entre algunas de sus consecuencias, su inclusión dentro del ámbito personal y material de la legislación que regula las relaciones de consumo, le impondrá la tarea adicional de advertir a los contratantes las consecuencias de la publicidad precontractual (art.8º de la ley 24.240 y art. 1103 CCCN), los alcances del deber de información del profesional vendedor, locador o prestador de servicios (art.7º de la ley 24.240 y art. 1100 CCCN) de la cual no se encuentra relevado por su labor de asesoramiento notarial, la responsabilidad objetiva y solidaria (art.40º de la ley 24.240 y art. 1722 y concordantes CCCN) y el particular régimen de las cláusulas abusivas (art.37º/39º de la ley 24.240 y arts. 1117 a 1122 CCCN).

13 Ghersi, Carlos, “La paradoja de la igualdad del consumidor en la dogmática contractual”, en Revista La Ley, 2000-B.

Se agregan también ahora, como regulación expresa y novedad para el ordenamiento civil y comercial argentino, las normas que legislan respecto de los contratos celebrados por adhesión a cláusulas generales predispuestas (Sección 2a. del Capítulo 3 del Título III del Libro III del CCCN, arts. 984 a 989), y respecto de los denominados "Contratos Conexos", Capítulo 12 del mismo Título y Libro, arts. 1073 a 1075). No escapa a nuestra visión las dificultades de interpretación que seguramente surgirán, particularmente cuando el empresario y las personas jurídicas se presentan como consumidores, el alcance real de los conceptos "adquisición", "locación" y "prestación de servicios", la noción de inmueble nuevo, vivienda, etc. extremos todos estos que tendrán que tenerse especialmente en cuenta¹⁴.

Corresponde sí detenernos en este deber de informar que la legislación que analizamos coloca en cabeza del profesional-empresario que, por una parte, no queda sustituido ante la intervención notarial en el contrato ni, por otra parte, releva al notario de su deber de asistencia, asesoramiento y consejo.

El nuevo orden público económico en materia de consumo, eleva a la categoría de deber jurídico la necesidad social de que el consumidor, el profano, posea la información debida para luego formular su "consentimiento informado". Se funda la ley en el principio ético-jurídico de la buena fe contractual, que impone la exigencia de "hablar claro", de suministrar una información completa y adecuada sobre las características de los bienes y servicios "que le permita realizar elecciones bien fundadas" (en la terminología de las directrices de ONU ya citadas), fundado en una suerte de presunción de ignorancia legítima del consumidor, en la seguridad que el silencio -sancionado como conducta contraria a la buena fe- impide una libre elección. Impide una elección racional y fundada. Así, se ha resuelto que "el deber de información deviene en instrumento de tutela del consentimiento en tanto otorga al consumidor la posibilidad de reflexionar adecuadamente al momento de celebrar el contrato"¹⁵.

Ahora bien, si consideramos que ante el incumplimiento de este deber esencial de conducta por parte del profesional-empresario -que conforme nuestra legislación debe ser suministrado en forma cierta y objetiva y por ello debe ser veraz, detallada, eficaz y suficiente- manifiestamente se restringe la espontaneidad de la elección del consumidor-profano, se relativiza su poder de decisión, su libertad de contratar o, más precisamente, de no contratar¹⁶ éste deber de información pesa genéricamente sobre todo contratante, particularmente en todos los casos de contratación asimétrica.

VIII.- Esencial deber de asesoramiento notarial. Precisiones.

En el marco de toda la normativa en análisis, la información -especialmente la precontractual- se ha ido transformando, como ya lo apuntáramos, de necesidad social en deber jurídico¹⁷. Así, el art. 4º de la ley 24.240 impone a los empresarios el deber de suministrar a los consumidores y usuarios, "en forma cierta y objetiva", información "veraz, detallada, eficaz y suficiente sobre las características esenciales de los productos o servicios", exigiéndose además informaciones especiales en ciertos casos: productos o servicios peligrosos para la salud o integridad del consumidor (art.6º); productos defi-

14 Farina, Juan, "Defensa del consumidor y del usuario", Ed. Astrea, 1995, pag.35/84.-

15 C.Nac. Cont. Y Admin. Fed., Sala 2ª, 18/12/97, en "Capesa SACFIM v.Secretaría de Comercio e Inversiones.

16 M.Santaella López, "Protección jurídica de los consumidores y contratación", en D.J. Madrid, 1977.

17 Stiglitz, Rubén S., "La obligación precontractual y contractual de información. El deber de consejo", en JA 1997- II, pag. 764.-

cientes, usados o reconstituidos (art.9º); presupuestos para servicios de reparación de bienes (art.21º); servicios públicos domiciliarios (art.25º). Concede además la ley la facultad al consumidor o usuario, para el caso de violación de éste deber de información, de demandar la nulidad del contrato o la de una o más de sus cláusulas (art. 37º).

Posteriormente, nuestra C.N. (1994), constitucionalizando los derechos de los consumidores y usuarios, expresamente en el art. 42 estableció que "los consumidores de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo ... a una información adecuada y veraz...". De un derecho constitucional implícito, el derecho a ser informado pasa a ser un derecho constitucional explícito.

Ratificando estos conceptos, el art. 1100 CCCN, dispone la obligación de "...suministrar información al consumidor en forma cierta y detallada, respecto de todo lo relacionado con las características esenciales de los bienes y servicios que provee, las condiciones de su comercialización y toda otra circunstancia relevante para el contrato". Agregando, también como novedad, que "la información debe ser siempre gratuita para el consumidor y proporcionada con la claridad necesaria que permita su comprensión".

Amplio y minucioso ha sido en nuestro medio el análisis del derecho-deber de información, no sólo en el ámbito del derecho del consumo, particularmente respecto de la forma de brindar ésta información -cierta y objetiva- y el contenido y calidades de la misma -veraz, detallada, eficaz y suficiente- por lo que a éstos estudios nos remitimos¹⁸.

Tratamos sí de determinar, si el deber funcional de asesoramiento del notario ha sufrido alguna alteración y/o cambio con toda ésta normativa que modifica profundamente el campo de los derechos civil y comercial, proponiendo asimismo pautas concretas de conducta, particularmente en materia de contratos de consumo.

En éste sentido, afirmamos que el deber general y funcional de asesoramiento del notario de tipo latino, es más extenso y completo que el deber de información al consumidor y usuario, ahora con jerarquía de norma constitucional y legal.

También es muy extenso el tratamiento doctrinario nacional e internacional que el deber funcional en análisis ha tenido entre nuestros autores¹⁹. Mientras en la contratación privada el deber de información era y es considerado un deber secundario de conducta²⁰, para el notario este deber de información, consejo, asesoramiento -la mayoría de las veces denominado bajo éste último término- constituye un imperativo ineludible en su tarea diaria, en forma independiente y previa a la formalización de contrato alguno con los requirentes del servicio notarial.

Y aquí viene la gran diferencia en éste tema: el notario latino no debe sólo "informar" a los requirentes del servicio notarial, en el sentido que a este término le da modernamente en nuestro país la doctrina civil y comercial y particularmente la del derecho del

18 Entre otros, Farina, Juan M., ob.cit, pag. 95; Alterini, Atilio, "El estatuto del consumidor", en "Contratos", Ed. La Rocca, Bs.As., 1989, pag. 441; López Cabana, R.M., "La información en los contratos de consumo", en "Derecho del consumidor", Juris, 1996, n.7, pag. 47.- 20 Figa Faura, Luis, "El deber de consejo", en Ediciones UNA, La Plata; Kralik, Winfried, "El deber de informar del notario", en Rev.Internacional del Notariado, 132, año 1982; García Coni, Raúl, "La fase profesionalista del notario", en Rev. Del Notariado, 1990, pag.1287; Gattari, Carlos, "Práctica Notarial", T.8, pag. 233.-)

19 Stiglitz, Rubén y Stiglitz, Gabriel "Responsabilidad precontractual. Deberes secundarios de conducta. Incumplimiento.-

20 Entre otros Farina, Juan M, ob cit. pag. 9; Alterini Atilio "El estatuto del consumidor" en "Contratos", Ed La Roca, Bs As, 1989, pag 441; Lopez Cabana , "La Informacion en los contratos de Consumo", en "Derecho del Consumidor", Juris1996, n7, pag 47 .-

consumo, sino que él da un paso –importantísimo– más adelante: debe brindar asesoramiento (que incluye tareas de información, asesoramiento propiamente dicho y consejo no vinculante). Nótese que la información abarca sólo uno de los aspectos de la labor asesora del notario, que, integralmente considerada, además de generar responsabilidad –que no debe rehuir– jerarquiza su noble función y la hace utilísima para la sociedad.

Repárese en éste sentido que el notario tiene cinco deberes principales en forma previa a la autorización de la escritura pública o confección del instrumento privado, en el marco de su labor asesora: 1.) Investigar la real voluntad de los o del requirente; 2.) Formular esta voluntad investigada; 3.) Averiguar y esclarecer determinados hechos y aspectos de los que dependa la validez o la eficacia del acto o negocio jurídico; 4.) Suministrarles a los o al requirente las informaciones, aclaraciones y advertencias necesarias para que comprendan el sentido, los efectos y especialmente las consecuencias del acto o negocio a otorgar, comprendiendo los riesgos que corren al celebrarlo; 5.) Eventualmente, en el marco de la imparcialidad y dependiendo de cada caso concreto, suministrar consejo no vinculante, sin pretender sustituir la voluntad de las partes. Esta labor asesora del notario, también como novedad legislativa y en virtud de los numerosos antecedentes existentes, tanto doctrinarios como legislativos, la tenemos hoy reconocida en el Código Civil y Comercial de la Nación, cuando en su artículo 301 prescribe como obligación del notario, "recibir por sí mismo las declaraciones de los comparecientes, sean las partes, sus representantes, testigos, cónyuges u otros intervinientes. Debe calificar los presupuestos y elementos del acto, y configurarlo técnicamente".

Esta tarea de asesoramiento notarial, irrevocablemente unida a la calidad de imparcialidad que debe presidir en todo momento su accionar –y por ello tan unido al tema en estudio– acompaña todas las operaciones funcionales de ejercicio, tanto aquellas de fondo (calificación, legalización, integración, legitimación) como las de forma (redacción, autenticación, autorización).

Reafirmamos que éste deber notarial es en el fondo una tarea profundamente educadora: En cada caso sometido a su análisis, debe el notario emplear toda su capacidad para ayudar, para dirigir a los particulares en la formulación de sus fines, completar sus puntos de vista, integrar sus plurales aspiraciones, poner de relieve las contradicciones ocultas, sacar a la vista todos los factores que pueden servir para decidir rectamente y dejar la decisión al interesado. Y así nos preguntamos: "¿puede ignorar los fines últimos de quien solicita su intervención?"²¹ Indudablemente no.

Es que esta labor asesora, significa no otra cosa que cerciorarse el notario que los requirentes hayan comprendido el sentido y contenido del negocio mismo, con sus consecuencias jurídicas, tarea ésta que, como ya dijimos, excede a la simple información

Bajo éste panorama, podemos afirmar:

- 1.-La entrega de minuta previa a los requirentes, no exime al notario de su deber de asesoramiento;
- 2.-El notario tiene la facultad de abstenerse de autorizar un documento, cuando tuviere dudas fundadas respecto de su legalidad;
- 3.-El notario no se encuentra dispensado de su deber de asesoramiento cuando la parte débil está asistida por una persona versada en las leyes o en los negocios;

²¹ Figa Faura, Luis, ob. cit., pag. 117.

4.-En general, el notario no debe asesorar respecto de la conveniencia u oportunidad económica del negocio; 5.-Si se le presenta al notario –y esto ocurre especialmente en la contratación en masa- un documento privado ya otorgado por las partes para su elevación a escritura pública, el notario tiene obligación de asesorar a los otorgantes conforme lo expuesto más arriba, dando especialmente a conocer a las partes sus objeciones, adaptando las explicaciones del contenido negocial a la preparación y calidades de los otorgantes. El mismo deber funcional de asesoramiento debe realizar el notario si su intervención es requerida para certificar las firmas personales en instrumento privado.

Reiteramos también, como reflexión constante que se debería imponer en todo momento en el cuerpo notarial, que el asesoramiento notarial, en nuestro caso, no es brindado por un “profesional del derecho” a secas, sino por un “profesional del derecho a cargo o en ejercicio de una función pública”, otorgada por el deber de información. Relevancia en los contratos de consumo”, en JA., 1992-IV, pag. 749.- Estado, en un ejercicio inescindible, en palabras del Parlamento Europeo, de “asesoría y legalización”, toda vez que detentamos el monopolio en la dación de fe en las relaciones jurídicas privadas. De allí que la C.S.J.N. haya manifestado en forma por demás reiterada, que “la reglamentación del ejercicio profesional notarial se justifica por su especial naturaleza, pues la facultad que se atribuye a los escribanos de registro de dar fe a los actos y contratos constituye una concesión del Estado”²².

Al ejercer nuestra esencial e ineludible función de asesoramiento, que lleva implícita la tarea de policía jurídica, de control de legalidad, debemos además tener especialmente en cuenta los paradigmas de la nueva legislación de fondo²³ y, en el marco de la amplitud de criterios para interpretar la ley, conforme lo prescribe el artículo 2 del CCCN, tener una mayor cautela aún en la observancia estricta de los principios generales del derecho, ahora codificados en las normas de los artículos 9 (buena fe), 10 (abuso del derecho), 11 (abuso de posición dominante), 12 (prevalencia del orden público) y 13 (prohibición a la renuncia general de las leyes). Entre otras cuestiones, constituirán herramientas indispensables para analizar los casos particulares que se presentan en las notarías: prórrogas de jurisdicción y competencia, facultades de rescisión unilateral, renuncia de derechos, limitaciones de responsabilidad, regímenes de inversión de la carga de la prueba, etc.

IX.- Algunas propuestas para garantizar el equilibrio contractual, particularmente en los contratos de consumo y en los formalizados por adhesión a cláusulas generales predispuestas.

a. Audiencia de asesoramiento previa al otorgamiento y autorización del acto notarial. Dentro de las operaciones de ejercicio, en palabras de Martínez Segovia, distinguimos la interpretativa, la configurativa, la autenticante, la autorizante, y la conservadora: ¿Cuál es la importancia que conferimos a la operación interpretativa en tiempos de contratación veloz, sobre todo cuando actuamos en contratos previamente elaborados por una de las partes con los cuales la otra toma contacto en el acto de la escrituración?

Precisamente en esta etapa interpretativa, donde el negocio jurídico empieza a tomar forma, es cuando pueden modificarse cláusulas de modo de lograr el deseado equilibrio

²² Fallos: 235:245; 311:506; 315:1370; 316:855).

²³ Paradigma protectorio, paradigma no discriminatorio, tutela de la persona humana, ética de los vulnerables, sociabilidad en el ejercicio de los derechos, etc.-

contractual e incluso el aceptante puede, como ya dijéramos, ante la imposibilidad de variar las estipulaciones, decidirse a no contratar.

Si el contacto del notario con las partes se limita al acto de firma de la escritura, el asesoramiento será escaso y el papel del notario como factor de equilibrio casi nulo. Si agregamos que en la redacción del contrato el papel del escribano ha sido de reproducción de un modelo preformulado, la función notarial se muestra, si bien formalmente cumplida, carente de utilidad para preservar la configuración de un consentimiento libre, integrado por voluntades que se han manifestado en paridad.

Si comparamos esta prolija descripción de lo que debe ser el quehacer notarial con lo que, en realidad, ocurre cuando actuamos en la contratación masiva, en especial en materia de préstamos bancarios, advertimos un contraste que debe movernos a la reflexión: ¿Dónde se ubica, la labor de consejo, de imparcialidad, de alumbramiento lúcido de las voluntades y su traducción jurídica, y las de configuración y redacción, propias del escribano en esos contratos en los que una de las partes se ha atribuido el papel de predisponer o dictar, conforme a su interés y a su gusto, un texto que se presenta a la otra en el acto de la escrituración, en el momento en que debe firmar la escritura como requisito para obtener los fondos que habrán de permitirle adquirir su vivienda?

Además de preocuparnos la poca utilidad que en ese caso presta el notario a la parte más débil y el descrédito que esa prestación funcional rutinaria acarrea en la sociedad, no podemos dejar de señalar que ello implica un riesgo para el mismo notario, quien puede llegar a incurrir en responsabilidad civil y profesional, porque como autor del documento ha incluido en él cláusulas poco equitativas²⁴ y, a veces, hasta reñidas con la ley.

De allí que aparezca como acertada una ya vieja pero vigente normativa española (Orden del 5 de mayo de 1994 sobre la Transparencia de las Condiciones Financieras de los Préstamos Hipotecarios) que luego de disponer en su artículo 3º que el notario que autorice la escritura de préstamo hipotecario deberá colaborar a la adecuada comprensión, por parte del prestatario del contrato de préstamo hipotecario, en su artículo 7º establece que el prestatario tendrá derecho a examinar el proyecto de escritura pública de préstamo hipotecario en el despacho del notario al menos durante los tres días hábiles anteriores a su otorgamiento.²⁵

Asegurar que el aceptante del contrato, en este caso el tomador del préstamo, cuente con anticipación con el texto de la escritura que podrá analizar detenidamente, constituye un medio adecuado de protección de sus intereses. Se evitará así que se enfrente en el acto de la firma de la escritura con un texto compuesto por una diversidad de cláusulas que por su cantidad y complejidad, terminará aceptando y firmando sin comprender.

En este sentido, la XXVI Jornada Notarial Argentina celebrada en Córdoba en Octubre de 2002 expresó: “Que se disponga mediante reglamentación de los Colegios Notariales la obligación del notario que intervenga en un contrato con cláusulas negociales generales de celebrar con la antelación suficiente y con la parte débil, una audiencia previa de asesoramiento de la cual debe dejar reflejo documental por acto público. En tal oportunidad deberá entregarse copia íntegra del contrato a celebrarse”.

24 Juan Vallet de Goytisolo, *El Notario y la Contratación en la sociedad de Masas* Revista de Derecho Notarial (España), n° 109/110, julio-diciembre 1980, pag. 211.-.

25 BOE del 11-5-94, contenido en *Legislación Notarial*, Ed. Tecnos, Madrid, p. 315.

b. Aconsejar en la redacción de los contratos con cláusulas predisuestas.

Otra actividad que el notario como consejero jurídico de las partes puede cumplir, en forma individual, pero especialmente y atento a los tiempos que corren, institucionalmente a través de los Colegios, es intervenir o expresar su opinión en la redacción de los modelos de escrituras de la gran empresa, para eliminar cláusulas abusivas o leoninas, tratando de obtener un contrato equilibrado. Esto, además de equilibrar a las partes, evitará, futuros litigios al predisponente pues se obtendrá una mayor transparencia en el mercado.

c. Bregar por la restauración del arancel de orden público.

Resulta esencial, en especial para resguardar la imparcialidad en el ejercicio de nuestra función pública, como concesión del Estado de su potestad fideifaciente en todos los actos, contratos y relaciones jurídicas patrimoniales y extrapatrimoniales de quienes habitamos esta Nación, restablecer el carácter de orden público en el arancel fijado por ley para los distintos otorgamientos notariales. También aquí los Colegios Notariales tienen también una difícil pero noble misión institucional por cumplir, en la seguridad que nuestra labor, por los caracteres que tiene conforme la configuración legislativa, no debería estar sometida a las leyes del mercado, por no tratarse de un precio.

El arancel de orden público no solo ayuda a consolidar la imparcialidad notarial, sino también brinda mayor transparencia aún a toda nuestra intervención, al conocer de antemano los requirentes de nuestros servicios, los costos de nuestra intervención.

Finalizo este aporte a la reflexión respecto de este trascendental tema tan cercano a nuestra esencia, con un aforismo que pertenece a Camelier, ilustre notario francés: *“Si el sacerdote cuida del alma y el médico del cuerpo, el notario cuida de la honra y de la hacienda, intereses que son, después de los espirituales, los más sagrados”*.-

TESTIMONIO DIGITAL

TESTIMONIO DIGITAL

DIGITAL TESTIMONY

AUGUSTO LUIS PICCON

RESUMEN

Este trabajo parte de una base, la cual no hace falta transitar nuevamente, y la da por su- puesta, esto es, repetir por un lado la necesidad de adaptarnos como notarios a un nuevo soporte; así como el tabelión tuvo que pasar de la tablita de arcilla encerada que le dio su nombre, al uso del pergamino y luego del papel, nosotros tendremos que adaptarnos al uso del documento digital, o sea al instrumento que tiene un soporte metal-magnético. Tampoco adentrarnos en el tema de la firma digital, su historia, el procedimiento para llegar a la misma, etc. No queremos perder el tiempo en estos temas que tan bien han desarrollado otros autores en tantísimos trabajos para avanzar en un tema específico, en relación al documento digital, esto es la confección de un testimonio digital.

Circunscribimos el planteo solo en relación al testimonio de la escritura, y no en relación al protocolo, pues creemos que si bien es necesario adaptarnos a las nuevas tecnolo- gías, los cambios tienen que ser paulatinos. Necesariamente el cambio lleva una primera etapa de experimentación, de error y corrección, de conocimiento y manejo del tema, y principalmente porque el cambio no es bueno por el cambio mismo sino en base a funda- mentos serios que dan lugar al mismo. Vemos muy claramente en este mundo que se ha revolucionado en el sector comunicacional, que es necesario contar con un documento apto para ser transmitido, de un lugar a otro con la inmediatez que nos dan la nuevas tecnologías y con las ventajas de contar con el pleno valor probatorio (tiene que salir a la luz las ventajas de que este documento digital sea público y no privado), pero no hay necesidad de dejar de lado el respaldo matriz y toda la seguridad que brinda. Todavía no se ven claramente las ventajas de un protocolo digital, quizás dentro de unos años, surjan estas ventajas, o quizás haya sistemas mas seguros en formato digital que en soporte papel, y debemos cambiar, pero aún no se ve este como el momento de hacerlo.

ABSTRACT

This work starts from a base, which is not necessary to travel again, and takes it for granted, that is, repeating on the one hand the need to adapt as notaries to a new sup- port; Just as the tabelion had to go from the waxed clay board that gave it its name, to the use of the parchment and then of the paper, we will have to adapt to the use of the digital document, that is, the instrument that has a metal-magnetic support. Nor do we get into the subject of the digital signature, its history, the procedure to reach it, etc. We

do not want to waste time on these issues that other authors have developed so well in so many works to advance a specific topic, in relation to the digital document, this is the preparation of a digital testimony.

We circumscribe the statement only in relation to the testimony of writing, and not in relation to the protocol, because we believe that while it is necessary to adapt to new technologies, the changes have to be gradual. Necessarily the change takes a first stage of experimentation, of error and correction, of knowledge and handling of the subject, and mainly because the change is not good for the change itself but based on serious foundations that give rise to it. We see very clearly in this world that has been revolutionized in the communication sector, that it is necessary to have a document capable of being transmitted, from one place to another with the immediacy that new technologies give us and with the advantages of having the full probative value (the advantages of this digital document being public and not private) have to come to light, but there is no need to set aside the matrix support and all the security it provides. The advantages of a digital protocol are still not clearly seen, perhaps in a few years, these advantages arise, or perhaps there are more secure systems in digital format than in paper format, and we must change, but this is not yet seen as the moment of doing it..

PALABRAS CLAVES: Testimonios - Copias.

KEYWORDS: Testimony - Copy.

SUMARIO: Soporte. Específicamente el soporte digital en el ámbito nacional. Específicamente el soporte digital en el ámbito provincial. Primero y sucesivos testimonios . Las hojas de papel sellado. Notas Marginales en relación a los testimonios. Testimonio como instrumento público. Segundos y sucesivos testimonios de escrituras donde surgen obligaciones pendientes. Integración al SIDANO. Conclusiones.

TESTIMONIOS Y COPIAS

A la par de los documentos originales (que nosotros llamamos generalmente matrices) que “se producen como resultado directo e inmediato de las facultades fedantes del notario, en asuntos de su competencia; los que recogen con fe pública originaria los hechos autenticados, percibidos sensorialmente y narrados con sujeción a los principios de evidencia y coetaneidad”¹ existen otros instrumentos que llamamos genéricamente reproducciones “que se caracterizan... por tener fe transcritiva o derivativa. Sólo se producen frente a la existencia física de otro documento, que es la causa constitutiva de su ser. En las copias o reproducciones hay algunos elementos genuinos, pues el soporte material no es el mismo del original ... Tienen corporalidad y formas extrínsecas propias, pero su contenido ideológico importa un transvasamiento del documento original. No se crean coetáneamente a los hechos autenticados (contenido) sino como trasuntos o traslados de otros. Representan al hecho documento y no al hecho natural o humano, que recogen aquéllos, en las múltiples maneras en que pueden acaecer.”²

1 PELOSI, Carlos A. “El Documento Notarial” Ed. Astrea, 3ªreimpresión Bs As 1997, Pag 245.

2 PELOSI, Carlos A. “El Documento Notarial” Ed. Astrea, 3ªreimpresión Bs As 1997, Pag 245.

Existe una terminología no muy bien depurada en los ordenamientos legales vigentes para hablar de estas reproducciones y que pueden dar lugar a confusión, el Código de Vélez hablaba de copia simplemente, y así reconocía el carácter de instrumento público a las escrituras hechas por los escribanos en sus libros de protocolo ... y a las copias sacadas en la forma que prescribe la ley Art 979 inc 1º, y el artículo 1010 determinaba que la copia hace fe como la matriz. Esta copia a la que se refería el código de Vélez es una reproducción literal del original, pero realizada de acuerdo a las normas establecidas para ello, que son dadas por el ordenamiento provincial. Pero la mayoría de los ordenamientos provinciales no hablan de copias sino de testimonios, esta terminología que es común ya en la jerga notarial viene, según Pelosi, de la “simplificación de “copia testimoniada” que se utilizó en determinado momento... debido a que lleva al final atestación sobre su fidelidad y procedencia.”³ Si bien a Pelosi no le gusta esta terminología, es la que se terminó imponiendo en el tráfico, y así el nuevo Código nos habla de “copia o testimonio” tanto cuando determina que es instrumento público y su pleno valor probatorio (art 299) como cuando regula la expedición de ellas (art 308). Entendemos que es mejor hablar de testimonio pues ya está bastante arraigada en nuestro medio y es para diferenciarla de la simple copia, que no lleva exigencia alguna, solo a los efectos de dar a conocer la existencia de un instrumento matriz⁴ y sin valor legal alguno, no originando nota en la matriz ni llevan clausula final de suscripción, pudiendo ser firmadas o no por el escribano⁵. Así es como dice Ventura “el primero, segundo o ulterior testimonio es aquel que cumple con los requisitos legales y que tiene valor de instrumento público (art. 289, inc. a, del CCCN), por lo que también se le confiere el valor ejecutivo” en cambio la copia simple “...aunque estuviere certificada, ella no genera acción, porque no prueba sobre el contenido del acto, sino solo sobre la existencia del instrumento copiado”⁶ Y el ejemplo típico, que no trae su trabajo pero que daba en clase, para que podamos ver esto del valor ejecutivo, era el de la entrada al cine y la copia certificada de esta, solo con la primera podremos entrar a ver la película, y no con la segunda, aunque probemos que ella existe, no podremos ejercer nuestro derecho, y esto es un punto importante a tener en cuenta a los efectos de entender la importancia de generar un testimonio u otros testimonios.

SOPORTE

Tendríamos que analizar ahora que dice la ley con relación al soporte en que debe expedirse esta copia o testimonio.

Antes el código de Vélez, no vislumbró posibilidad alguna de algún otro soporte para trasladar el contenido de una escritura, pero el código Civil y Comercial de la Nación, trabajó en otro marco, o sea ya con la ley de firma digital en vigencia (ley 25506, sancionada el día 14 de Noviembre de 2001) y se ve claramente la intención del legislador de dejar abierta la vía para que las leyes locales reglamentaran la posibilidad de habilitar nuevas posibilidades de soporte, es más, ni siquiera se refirió específicamente al soporte digital, sino a cualquier tipo de soporte, queriendo ser así una normativa amplia y preparada para futuros avances que aún hoy siquiera imaginamos.

3 PELOSI, Carlos A. “El Documento Notarial” Ed. Astrea, 3ªreimpresión Bs As 1997, Pag 247.

4 GATTARI Carlos Nicolas, “MANUAL DE DERECHO NOTARIAL”, Editorial Depalma, Buenos Aires 1988, pág 185.

5 GONZALEZ, Carlos Emerito, “Derecho Notarial”, Ed La Ley, Bs As 1971, Pág 497.

6 VENTURA, Gabriel B. “Testimonios y Copias en el Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación”, en la página web de la Academia Nacional de Derechos y Ciencias Sociales de Córdoba, <http://www.acaderc.org.ar>.

El art 308 nos dice específicamente “El escribano debe dar copia o testimonio de la escritura a las partes. **Ese instrumento puede ser obtenido por cualquier medio de reproducción que asegure su permanencia indeleble**”

La ley ha sido muy abierta en cuando al soporte como ya dijimos, puede ser cualquiera que nos imaginemos hoy, pero también cualquier otro que nos imaginemos el día de mañana, y que hoy ni remotamente se nos ocurre. Sin embargo pone una condición, el medio utilizado debe asegurar su **permanencia indeleble**.

No son dos requisitos o sea por un lado la permanencia y por otro lado la indelebilidad, sino que debemos entender este requisito como una exigencia de que mientras dure no pueda ser modificado. Esto debe ser entendido así, porque la permanencia por si sola de un testimonio en cuanto es tal, o sea como una reproducción de la matriz que es la destinada a perdurar (con procedimientos especiales para su conservación) sería un contra sentido. O sea el documento que tiene como su requisito la conservación y permanencia es la escritura matriz, el protocolo, y por ello todos los recaudos para su confección, encuadernación, su guarda. Pero el testimonio no tiene como condición esencial su permanencia en el tiempo, tanto es así que está previsto el nuevo otorgamiento de reproducciones de esa matriz. El testimonio está concebido para salir al mundo, sufrir los avatares de esta circulación, y perder la existencia en ello.

Por otro lado la palabra indeleble, podemos leer que se utiliza para calificar a lo que resulta **imposible de eliminar o quitar** (definición de la Real Academia Española y es un concepto que procede del vocablo latino indelebilis). Es muy utilizado como adjetivo en relación a ciertos tipos de tintas. Hoy podemos comprar un marcador con tinta indeleble. Pero tengamos en cuenta que la tinta indeleble, tiene ciertas condiciones en relación a ciertos soportes, así puedo escribir sobre un vidrio sin que se borre fácilmente, pero la otra tinta que se borra sobre el vidrio fácilmente, no es fácil de borrar sobre papel, y por lo tanto en relación a ese soporte será indeleble. Aquí no solo vamos a cambiar de soporte, sino también vamos a dejar de lado las tintas. Pero lo más importante a destacar es que la ley no ha utilizado la palabra en este sentido, pues algo imposible de eliminar es algo permanente, y ¿para qué, la ley va utilizar dos palabras que digan lo mismo en la frase?.

La ley, lo que entiendo quiere, es que ese soporte asegure mientras dure, mientras permanezca, mientras dure su existencia, que no sea adulterable, que no se pueda modificar su contenido, conserve como decimos nosotros la integridad documental. Justamente el documento firmado digitalmente tiene a estas como una de sus características, ya que al ser encriptado con el sistema de doble clave no puede ser modificado⁷.

Específicamente el soporte digital en el ámbito nacional

El Código Civil y Comercial de la Nación no dictó el art 308 en forma aislada, lo hizo en primer lugar en un marco legal, porque entre las leyes especiales que no fueron derogadas se encuentra la ley 25506, hoy modificada por la ley 27446, en que no solo se le da cabida en nuestro ordenamiento legal al documento digital (art 6), sino que además

7 La firma digital reconoce las siguientes características: • Autoría: Permite determinar con suficiente certeza la identidad del autor del documento que lleva dicha firma. • Integridad: La información es completa. • Inalterabilidad: Puede detectarse si la información ha sido modificada. BIBIANA, Luz Clara “Ley de Firma Digital Comentada”, Editorial Jurídica Nova Tesis, Rosario 2006.

permite trasvasar el contenido de otros documentos en otro soporte⁸, al soporte digital. Por lo tanto puede haber un documento digital, que no sea el que muestre el acto o hecho jurídico, sino que sea un documento de segundo grado, que nos muestra el documento de primer grado donde se encuentra el acto o hecho constatado. Así el art 11 nos dice “Los documentos electrónicos firmados digitalmente y los reproducidos en formato digital firmados digitalmente a partir de originales de primera 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”

Por lo tanto queda claro que en nuestra normativa nacional, está establecida perfectamente la posibilidad de realizar el testimonio de una escritura en soporte digital.

Específicamente el soporte digital en el ámbito provincial

Veamos ahora la situación del testimonio en cuanto a la legislación provincial, ya que la ley 4183 que data del año 1948 no ha sido modificada recientemente. Lo primero que uno pensaría es que no está adaptada para dar cabida al testimonio en soporte digital. Pero el legislador, tuvo la imaginación suficiente para ya en ese año darse cuenta que había que dejar lugar a futuros cambios tecnológicos que en ese momento no eran pensados, y así el art 67 de nuestra ley provincial no solo recepta la posibilidad de reproducción a través de fotocopias, las cuales habían sido creadas en 1931 (la xerografía) sino que además deja abierta posibilidad de realizar la reproducción del protocolo por otros mecanismos con la única condición de que sean aceptados por el Tribunal de Disciplina Notarial, o sea conociendo lo difícil que es a veces el cambio de una ley cuando simplemente no es para cambiar algo tan profundo e importante, sino para dar cabida al simple paso del tiempo, en las tecnologías que nos acompañan.

Artículo 67º.- *Los testimonios que expidan los escribanos podrán ser extendidos a mano o a máquina, en la forma y condiciones que se detallan en los arts. 52º y 53º de la ley, para la redacción del protocolo. También podrán ser obtenidos y otorgados por los sistemas de reproducción en fotocopia u otros similares que autorizare el Tribunal de Disciplina Notarial, en cuyo caso la constancia de sí se trata del primero, segundo o sucesivos testimonios a que se refiere el art. 62º se colocará al final.*

Por esa razón estamos en una mejor situación que otras provincias, y en este aspecto solo tenemos simplemente que solicitar al Tribunal de Disciplina una Acordada que le de cabida.

Primero y sucesivos testimonios

Según rezaba el antiguo Art 1006 el escribano debe dar a las partes que lo pidiesen copia autorizada de la escritura que hubieren otorgado, hoy el 308CCC dice simplemente que el escribano deber dar copia o testimonio de la escritura a las partes, sin mencionar el “que la pidiesen”, pero evidentemente tienen que solicitarlo, por el principio de rogación. O sea que el escribano tiene la obligación cuando las partes lo solicitaran de entregar este testimonio, tal cual como lo expresa la ley provincial (art 60 ley 4183).

8 María Alejandra ASTUENA, Virginia BENFIELD, Gustavo A. DARCHUK, Roberto MIGNOLO, José María LORENZO, Mariano LOZANO, Pablo SUKAREVICIUS, Elsa ROSIN de ALLENDE y Luciana TORRES DUBECQ, “Incorporación de Documentación Habilitante Digital al Protocolo”, trabajo presentado en las Jornadas Nacionales del Notariado, Bariloche 2018.

“El derecho de obtener copia se limita a quienes hayan sido partes, por tanto cualquier otra persona que por algún motivo la requiera deberá obtenerla por decisión judicial. Así como el escribano está obligado a dar copia a las partes, lo está de no darla a quien no reviste ese carácter ya que el carácter de instrumento público de la escritura no significa que el contenido de ésta deba ser divulgado. Por el contrario, se encuentra protegido por el secreto profesional. Por tanto, salvo orden judicial, el escribano debe abstenerse de entregar a terceros ningún tipo de reproducciones del acto.”⁹ .

Sin embargo, Orelle nos hace ver que no hay una línea divisoria tan clara entre parte y tercero, “la tajante división entre partes y terceros, cede luego cuando se profundiza el estudio, ante la consideración de innumerables matices que la vida social exhibe.”¹⁰ Pierde fuerza o contundencia ese principio general que los contratos no afectan a terceros, porque empezamos a clasificar a esos terceros, hablamos así de efectos directos o indirectos, en fin.... vemos en la casuística del código casos perfectamente establecidos, como la estipulación a favor de terceros, la donación con cargo a favor de un tercero, etc, que nos hacen ver que no es algo extraordinario que de una relación contractual, se genere algún efecto hacia otra sujeto que no interviene en la génesis de ese convenio.

Es difícil establecer que es un “tercero”, generalmente lo definimos siempre en sentido negativo, diciendo que el tercero es aquel que no es parte, y entonces viene la necesidad de establecer quien es parte, y en esto me gusta seguir a López de Zavalía que diferencia entre parte formal y parte sustancial, “Parte formal es quien emite la declaración de voluntad. Parte sustancial es el titular de la esfera de intereses que el contrato tiende a regular.”¹¹ Sería muy simple si la distinción fuera simplemente formal, pues este sujeto no está presente al emitirse la declaración de voluntad común, pero el tema va más allá y tenemos que ver también si afecta su esfera de interés. Por lo tanto vale aclarar que debemos entender por partes no solo aquellos que han intervenido en el negocio, sino también aquellos que demuestren al escribano un interés legítimo, como sería para González el heredero instituido en un testamento a la muerte del causante.¹²

Los testimonios tienen una numeración ordinal, por eso el antiguo 1007 decía “Siempre que se pidiesen otras copias por haber perdido **la primera**”. El nuevo Código Civil y Comercial no dispone esta exigencia, solo se refiere al tema cuando establece una excepción a la obligación del escribano de dar copias o testimonio, y allí habla de cuando la parte “solicita nueva copia”, o sea no hace mención a la numeración de las copias. De todas maneras dejó claro que la misma se obtiene “conforme a las reglamentaciones locales” y la ley provincial nos reglamenta colocar “si es el primero, segundo o sucesivo expedido” (art 62 ley 4183) o también cuando establece que en la misma nota marginal debemos colocar esta información (art 63 ley 4183). El nombre de ese nuevo testimonio será segundo, tercero, cuarto y así sucesivamente, es una cuestión de lógica, de esta manera sabremos cuantos testimonios ya le hemos expedido a esa parte, con solo leer la nota marginal en la matriz. De todas maneras en cuanto a los efectos, la única diferencia importante es para la primera, pues las otras segunda, tercera, etc corren la misma

9 D'ALESSIO, Carlos Marcelo en “Código Civil y Comercial Comentado” Director Ricardo Luis LORENZETTI, Ed Rubinsal Cuzoni, Santa Fe, Tomo II p. 207.

10 ORELLE, Jose María Rodolfo. Algo más de la compra de inmuebles para terceros, Derecho Notarial N°1, Director Gabriel Ventura, Ed Zavalía, Bs As 2012, Pág. 8.

11 LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J., Teoría de los contratos. Tomo I Parte General, Bs. As., Za-valía, 1985, Pág. 290.

12 GONZALEZ, Carlos Emerito, “Derecho Notarial”, Ed La Ley, Bs As 1971, Pág 497.

suerte (son todas nuevas copias).

No se puede otorgar a alguien un segundo testimonio (o nueva copia) sino le he expedido un primer testimonio (o una copia) por lo tanto, se entiende que la numeración es subjetiva y no objetiva. No voy a contar cuantas copias di de la matriz, sino cuantas copias le di de la matriz a determinado sujeto, o sea se debe tener en cuenta la persona para la cual se expide y entonces con respecto a ella veremos si es el primer Testimonio o el segundo, no con respecto a la escritura en si, y por lo tanto podemos sacar de esta varias primeras copias. Otros prefieren hablar de primer testimonio primer ejemplar, primer testimonio segundo ejemplar, etc, esto no hace diferencia, y es innecesario pues la nota marginal y el concurda dicen para quien se expidió la copia y contando las notas marginales voy a saber cuantas primeras copias di de esa matriz, el número de ejemplar podría hacer pensar erróneamente que un ejemplar primero es mejor que un ejemplar segundo y no hay diferencia alguna.

Con relación a los testimonios digitales, la situación tiene que ser la misma, pues deberá haber la posibilidad de extravíar este primer testimonio y solicitar uno nuevo, que también respetando la ley deberá denominarse “segundo”, “tercero”, etc según corresponda.. Lógicamente esta situación va a ser mucho más difícil que se de en la práctica, puesto que el documento digital, tiene la característica por el sustrato material en que está realizado de que al ser copiado, la copia es totalmente idéntica al original, y pasamos a tener dos ejemplares iguales de este primer testimonio, pueden existir varios ejemplares de un mismo testimonio, todos ellos originales gemelos.¹³ Si el requirente tiene la precaución de tener un respaldo de sus archivos digitales, va a ser mucho más difícil perder este testimonio.

Las hojas de papel sellado

Algunos historiadores indican a Holanda como la primera nación que implantó el papel timbrado allá por el año 1624, pero las exhaustivas investigaciones realizadas por D. Ángel Allende¹⁴ conducen a asegurar que España fue la primera nación del mundo que lo utilizó a partir del 1º de enero de 1637, por Real Cédula de Felipe IV, de fecha 15 de diciembre de 1636.

Más adelante hubo también que reglamentar su uso, para evitar perjuicios al fisco y también por razones extrafiscales, puesto que como en principio quedaba al arbitrio de cada individuo los márgenes y la cantidad de líneas, llegó a usarse pocos márgenes, con casi ninguna separación de palabra a palabra, haciendo un texto casi incomprensible, por eso “se ordenó que los escribanos de Consejo extendiesen sus escrituras poniendo 35 renglones en cada plana y 15 palabras en cada renglón” luego se hizo extensiva esa

13 Esto es muy importante para entender al documento digital y considero que quienes mejor lo explican son Falbo y Di Castelno, observese lo claro de estos párrafos de su libro; “Lo primero que debemos destacar aquí es que la materia, en los documentos digitales, resulta ser de menor relevancia que en el resto de los documentos. Observemos que un documento digital puede copiarse íntegramente y así aquella extensa cadena de bits agrupados se replicará de manera idéntica a la cadena original. A su vez este proceso puede repetirse indefinidamente, generando copias idénticas del mismo documento. Al respecto sostiene Rodríguez Adrados que “(...) los documentos electrónicos presentan una materialidad de menor incidencia el documento, porque un soporte electrónico puede ser sustituido por otro con permanencia del mismo documento (...) el documento electrónico puede pasar de un cuerpo a otro, de un soporte a otro, manteniendo su identidad; un soporte le es siempre necesario, pero los soportes concretos son intercambiables, totalmente accidentales” En efecto en términos informáticos resulta apropiado hablar de “clonación” de los documentos, más que de “copias”. No creemos. que esta particularidad presente problema alguno con la concepción material del documento digital, solo la ponemos de resalto para comprender sus peculiares características. Podemos concluir, pues, en que el soporte material del documento digital está dado por los metales con propiedades magnéticas en los que se alojan los bits que lo componen” FALBO Santiago y DI CASTELNOVO, Falbo “Nuevas Tecnologías Aplicadas a la Función Notarial”, Di Lalla Ediciones, Buenos Aires 2019.

14 ALLENDE Ángel, *Timbres españoles*. Barcelona, 1969.

obligación a los escribanos del Reino”¹⁵.

Lógicamente que en un primer momento, el papel sellado que se utilizó en el país fue el mismo que en España, pero comienza la historia de nuestro papel sellado a partir de la resolución de la Asamblea del año 1813. Vamos a tener papel sellado nacional hasta 1820, cuando comienza la etapa donde el papel sellado provincial pasa a ser provincial¹⁶

Tenemos que tener presente que el papel sellado es una forma de pago de un impuesto, o sea la modalidad de un tributo exigido por el estado para contribuir al sostenimiento del Estado, a quienes instrumentaran actos o contratos (este es el hecho imponible). El impuesto nació con esta modalidad, ya que hacía fácil la recaudación, y fue la única en un principio, entonces el impuesto tomó el nombre de dicha modalidad.

No cabe dudas que las cosas fueron cambiando, si bien este impuesto empezó a cobrarse con la modalidad de la venta del papel sellado o papel timbrado, con el correr del tiempo fue reemplazado por otro elemento más moderno, como la estampilla, entonces se permitió que los contratos o actos se redactaran en papel común y se pagara este impuesto con la compra de estampillas¹⁷, que también se llamaron sellos o timbres. Lógicamente que no fue reemplazado solamente por ser un sistema más moderno, sino porque el valor a pagar ya no era siempre el mismo, de acuerdo a las cantidades de hojas de papel utilizadas, sino que se empezó a hacer diferencias según el monto establecido en el contrato o acto instrumentado. Si bien existieron distintos tipos de hojas de papel sellado (judiciales, administrativas, notariales) y con distinto valor, ellas no eran suficientes para dar lugar a la complejidad alcanzada por el impuesto y la modalidad tuvo que ser cambiada.

Lo más importante de este papel sellado es que además de ser una manera de recaudar para el estado, consiguió cumplir con otro objetivo, el de brindar mayor seguridad, por lo difícil que se hace falsificarlo o adulterarlo (pensemos en la simple exigencia de determinada cantidad de renglones), por eso entonces las Escrituras pese a pagar el impuesto al estado por medio de estampillas, o boletas de depósito, coexistió con el papel sellado y hoy en día se sigue utilizando más que nada por este otro fin.

¿Cuándo se empezó a dejar de utilizar significativamente el papel sellado como modo de recaudar este impuesto a la instrumentación de contratos? Pues, en el caso de las escrituras, recién en la última mitad del siglo XX. En Córdoba se desdobló el pago del impuesto de sello por un lado mediante el pago de hojas de papel sellado y por otro lado mediante un formulario especial donde se establecía una alícuota del monto establecido en el contrato o un monto fijo, dependiendo del acto o contrato instrumentado. Luego la impresión de esas hojas de papel sellado, fue delegada por el estado provincial en una persona jurídica de carácter público, el Colegio de Escribanos, más precisamente el 19 de mayo de 1969 mediante el decreto 3416 que incorporaba como Art 58 (bis) de la reglamentación de ley orgánica del notariado (en ese entonces Dec 2214 Serie A/67) ... “La impresión del papel timbrado para cuadernos de protocolos y de actuación notarial será realizada por el Colegio de Escribanos de conformidad a la ley 4183 y al Código

15 PELOSI, Carlos A. “Las notas en el Protocolo”, Revista del Notariado N°622 de 1955.

16 PICCON, Augusto “Papel sellado”, Revista Notarial N°83-84 de 2004

17 Esta forma de pago mediante estampillas también ha sido utilizado por otros impuestos, por ej los impuestos aduaneros, que gravan al importación de productos, o impuestos internos como los del tabaco etc.

Tributario de la Provincia...¹⁸” Hoy en día se encuentra esta directiva en el Art 43 de la ley que dice ... “Las escrituras públicas se extenderán en cuadernos de papel de diez folios cada uno, con sello y timbre especial para protocolo, cuyas medidas, membrete, formato y demás características serán establecidas por el Colegio de Escribanos. La impresión de los respectivos cuadernos será efectuada por el Colegio, con numeración correlativa y ordenación por Serie”

O sea que si bien desapareció el impuesto de sellos en el papel sellado que le dio origen, nos quedó el papel sellado a los fines de brindar seguridad a la documentación notarial. Las hojas de papel señado en las que se realizan los testimonios actualmente son llamadas las hojas de “Actuación Notarial” y cuentan con un número de serie con el cual se le hace un seguimiento, se puede saber que escribano la adquirió en qué fecha, cuando expidió el testimonio, etc; tiene un holograma de seguridad, tinta invisible ultravioleta, filigranas, micro letras y otras medidas de seguridad para evitar falsificaciones y adulteraciones. Se ha logrado con esto contar con papelería de seguridad como ninguna otra institución pública o privada a logrado contar.

¿Qué pasa con estos testimonios que podría hacer el notario en formato digital?, ya no utilizarían evidentemente las hojas de papel sellado, por el sustrato físico o material en el cual van a desplazarse, pero sin duda alguna podemos decir que sería bueno que estos testimonios también contaran con un control y seguimiento por parte del Colegio de Escribanos, por cuestiones de seguridad. Así como se podría verificar si un testimonio está impreso en hojas compradas por un escribano en ejercicio y que comunicó haber realizado ese testimonio, así también se podría saber la misma información de un testimonio en soporte digital. Esta búsqueda de reducir diferencias y aumentar exigencias que brinden seguridad, además de lograr no tener testimonios de primera y de segunda, no disminuyen las ventajas de las características que hacen a cada soporte. Como bien dicen Falbo y Di Castelnuovo “se debe prever la existencia de folios digitales, esto es, un elemento oficial y estandarizado en el que se plasme la actuación notarial digital.”¹⁹

Notas Marginales en relación a los testimonios

La Nota Marginal desde el punto de vista formal, es un instrumento público. Es un instrumento público notarial, pues el funcionario que lo realiza es el escribano. Desde el punto de vista sustancial es una certificación ⁽²⁰⁾ que hace el escribano de haberse producido un hecho, o de la existencia de algún documento que, en ambos casos, tienen relación con la escritura, y al igual que los certificados se diferencia con las actas en que en estas últimas hay declaraciones de las partes o sujetos instrumentales, en tanto que aquí como en el certificado, por ser documento de ciclo cerrado, hay únicamente declaraciones del escribano. La diferencia con el certificado es que en este caso no hay rogación

18 “Decreto 3516 Notariado – Sellado a cobrar – Modificación de la reglamentación de la ley notarial. Fecha 19 mayo 1969 Visto la presentación del Colegio de Escribanos de la Provincia de Córdoba, sugiriendo la modificación del dec. Reg. De la ley notarial 4183, a fin de incorporar una norma que solucione el problema planteado por no haberse previsto en la ley impositiva 1969, el sellado a cobrar por los cuadernos de protocolo y para la expedición de los testimonios de escrituras: Atento lo informado por el Ministerio de Economía y Hacienda, la opinión emitida por el Tribunal de Disciplina Notarial, Asesoría General del Ministerio de Gobierno y Fiscalía de Estado (dictamen 451/1969). El Gobernador de la Provincia, decreta: Art 1º Ampliase la reglamentación de la ley notarial 4183 (IX-B-2092) Dec 2214-Serie “A”/67, incorporándose a la misma el siguiente: Art 58 (bis) Las escrituras públicas y sus testimonios serán confeccionadas por los escribanos, con sello y timbre especial, cuyas medidas, membrete, formato, etcétera, serán establecidos por el Colegio de Escribanos de la Provincia. La impresión del papel timbrado par cuadernos de protocolo y de actuación notarial será realizada por el Colegio de Escribanos, de conformidad a la ley 4183 y al Código Tributario de la Provincia, en lo que respecta al tamaño, número de líneas, numeración correlativa y ordenación por series. Art 2º Comuníquese, etc – Caballero – Martínez Golletti” ADLA XXIX-B, Córdoba, Pág 2149..

19 FALBO Santiago y DI CASTELNUOVO, Falbo “Nuevas Tecnologías Aplicadas a la Función Notarial”, Di Lalla Ediciones, Buenos Aires 2019.

20 “La palabra certificado deriva del verbo “certificare”, que significa “hacer cierto” (de “certas”, cierto, y “facere”, hacer)... Sin olvidar que hemos sostenido que las notas marginales de subsanación son más certificados que notas.” PELOSI Carlos A., “Los Certificados Notariales”, Revista del Notariado 716 de 1971.

de las partes, si... no hay rogación de las partes, pero hay un deber funcional que la ley nos impone, de dejar constancia.

El error que comenten los distintos autores en general es confundir el verdadero fin de la Nota Marginal, que es su ¿por qué? o sea el fin último, con el objeto concreto que persigue cada nota marginal, o sea el ¿para qué? o el fin inmediato, que es solo un aspecto de ella.

Considero que el fin que tiene la nota marginal, es justamente dar a conocer, dar publicidad, dejar una constancia para que alguien se entere, ya sea el propio escribano, ya sea alguien más que está haciendo un estudio de títulos, o porque no el que más adelante deba expedir un testimonio. Y este fin que tiene toda nota marginal, es parte de su esencia, tan es así que por eso que se la hace en el mismo lugar material del instrumento al cual complementa, al cual está subordinada, o mejor dicho con el cual tiene una estrecha relación.

En nuestra ley 4183 se exige hacer nota marginal al expedir un testimonio colocando para quien se expide si es primer o ulterior testimonio y la fecha de expedición; y cuando se encuentre sujeto a inscripción también deberá dejarse constancia de la misma (art 63). También se exige hacer otra nota marginal pero esta vez en el testimonio de la escritura antecedente no en la matriz, dejando constancia del acto otorgado (Art 66).

Por lo tanto las notas que tienen que ver con la expedición e inscripción de este testimonio digital, a realizarse ambas notas en el protocolo no tienen modificación alguna, el problema está con la nota que se debe realizar en el título antecedente, cuando el mismo haya sido presentado en soporte digital, puesto que aunque podamos hacer un nuevo documento (nota marginal) que se integre al anterior, puede haber otros archivos que no la contengan. Recordemos que se pueden hacer muchos clones de este archivo. Por lo tanto no voy a estar seguro cuando me presenten un testimonio digital si puede existir un clon dando vueltas por allí con nota marginal y me entregaron uno sin la misma. De todas maneras como dijimos la nota es al solo efecto de realizar publicidad, la llamada publicidad cartural, muy importante sobre todo en la época de Velez cuando no existía la publicidad Registral y de menor importancia al advenimiento de ella, pero que es importante porque la seguridad, como se dice no depende de un solo procedimiento sino de varios que actúan conjuntamente. Hoy en día también se puede evitar mostrar una nota marginal, cuando se simula el extravío del primer testimonio y se solicita un segundo testimonio del mismo, y aunque esto nos puede estar indicando algo, no es del todo segura por si sola esa publicidad cartural. Por esa razón una de las posibilidades que tenemos es inventar un nuevo método paralelo de brindar esta información, y si tenemos un sistema de control y seguimientos de los testimonios digitales, poder brindar noticias en relación a ellos en este sistema. Eso si no será específicamente publicidad cartural, pues no acompaña al archivo, sino que surge de su verificación en una base de datos fuera de él. Lo cierto es que si se permite este soporte para hacer el testimonio y de no estar previsto un método alternativo como el señalado, el escribano no va a caer en responsabilidad alguna, al no realizarla, ya que la norma se tornará de cumplimiento imposible.

Testimonio como instrumento público

Una cosa a tener en cuenta con el testimonio, es que este es un instrumento público tal cual lo establece el Código Civil y Comercial de la Nación en el Art 289 "Enunciación.

Son instrumentos públicos: a. las escrituras públicas y sus copias **o testimonios**". Este instrumento público no deja de ser tal por cambiar de soporte, la característica de ser un instrumento público no deviene del soporte utilizado sino del autor que lo realiza²¹.

Por lo tanto este testimonio digital es un instrumento de mayor jerarquía del resto de los documentos digitales, porque el autor del mismo es un Funcionario público fedatario, en ejercicio pleno de lo que es su competencia material, o sea está labrando el instrumento que le corresponde hacer según la ley. Esto implica un salto no solo cuantitativo en cuanto al valor probatorio del mismo en relación a otros documentos digitales, sino también cualitativo por todas las ventajas que se desprenden del autor del documento y los ritos y exigencias legales con las que este realiza su labor. Siempre hay que tener presente que la firma digital no hace al documento auténtico, la ley equipara la firma digital a la ológrafa, para que haya documento auténtico es necesario de la intervención de un funcionario fedatario, pero de este tema ya muchos autores han expuesto y excede el punto que queremos tocar.

Segundos y sucesivos testimonios de escrituras donde surgen obligaciones pendientes

El principio es que el escribano debe dar copia o testimonio a la parte que lo requiera, y no solo una, sino todas la que requiera (segundo, tercer, cuarto testimonio, etc), pero esta regla tiene una excepción, y por lo tanto hay que analizarla como tal. El notario, no podrá extender un segundo testimonio, o como dice el nuevo código una "nueva copia" si existen obligaciones pendientes, así lo exigía el Código de Velez en su Art 1007 puesto que "si en la escritura, alguna de las partes se hubiese obligado a dar o hacer alguna cosa, la segunda copia no podrá darse sin autorización expresa del juez". Y el nuevo código lo vuelve a establecer, pero lo hace de manera diferente así dice "Si alguna de las partes solicita nueva copia, el escribano debe entregarla, excepto que la escritura contenga la constancia de alguna obligación pendiente, a cargo de otra de las partes", subrayando la última parte de la normativa, porque va luego a ser importante para su interpretación.

Como bien dice Ventura, el nuevo Código "superando en practicidad al código derogado"²², exige como lo dice el art 308 "la acreditación en instrumento público de la extinción de la obligación, la conformidad del acreedor o la autorización judicial, que debe tramitar con citación de las partes del acto jurídico".

Esto es tomar parte de lo que la doctrina venía proponiendo, había supuestos en los que perdía sentido, por ejemplo, si se podía acreditar de algún modo fehaciente, el cumplimiento de la obligación, y así lo reguló el 308 pues posibilita la acreditación del estar cumplida ya la obligación pendiente con un instrumento público (por lo tanto con pleno valor probatorio), con lo cual cae el supuesto fáctico, que establecía la excepción para no dar copia.

21 "Un certificado no es técnicamente un contrato ni un acuerdo de ninguna naturaleza, sino una corroboración unilateral de una situación determinada; por ello sostenemos, aun en el marco de la ley 25506, conforme a su art. 3, que los dichos certificados pueden ser suscriptos por una sola de las partes, mediante la llamada firma digital, sin mengua de su valor documental, sea de instrumento público, sea privado según estén autorizados o no por el funcionario público competente en uso de su atribución fedataria". VENTURA, Gabriel B, "Certificado Registral expedido con Firma Digital" Revista del Notariado N°95, año 2017.

22 VENTURA, Gabriel B, "Testimonios y Copias en el Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación", en la página web de la Academia Nacional de Derechos y Ciencias Sociales de Córdoba, <http://www.acaderc.org.ar>.

También la doctrina opinaba en ese entonces, con el antiguo código, como lo hacía Gattari, que no era necesaria la autorización judicial si todas la partes se ponen de acuerdo en que se expida un segundo testimonio para una de la partes, y sostenía que ese era criterio de los archivos de protocolos de Bs As y La Plata.²³ Lo cual caía de maduro, pues qué sentido tenía llegar a una instancia judicial sin conflicto posible alguno.

Sin embargo, el nuevo código Civil y Comercial parecería establecer en principio una norma más amplia en este sentido, porque posibilita la expedición con la conformidad del acreedor (sería el caso de que lo pida el deudor) pero no menciona la conformidad del deudor, o sea se podría entender en principio que cuando lo pide el acreedor, no sería necesaria la conformidad de la otra parte. El problema está en designar al acreedor solamente como el sujeto que deba prestar conformidad, en esto entendemos, hay un error. Como ya lo analizamos antes con profundidad en otro artículo²⁴ el fundamento que tiene esta norma, que viene de muy antiguo, es la protección del deudor. La norma tiene dos pasajes contradictorios. Por una lado, lo que salta más a la vista, nos habla de “la conformidad del acreedor” para no recurrir a otro remedio como la autorización judicial, que nos permitiría dar copia. Pero por otro lado la norma, establece en otro pasaje la imposibilidad para el notario de dar nueva copia, aquí hace referencia a que la obligación sea “a cargo de otras de las partes”, o sea el supuesto principal no está completo con solo decir “cuando haya obligaciones pendientes” (como lo decía en cierta manera el 1007), sino que el supuesto es más complejo, sería en realidad “cuando haya obligaciones pendientes para la otra parte que no pide el testimonio”, o sea la norma parecería impedir al escribano expedir al acreedor la copia, no al deudor, porque necesariamente quien tiene a cargo una obligación no es el acreedor sino el deudor. Por lo tanto si leyéramos la norma de esa manera, o sea como que no se puede expedir nueva copia al acreedor si la obligación estuviera pendiente, y este es el supuesto que toma en cuenta la norma para la segunda parte, carecería de sentido su conformidad, es más, él la va a pedir, no agregaría nada. Esto quizás se debe a que el agregado ese, “conformidad del acreedor” fue realizado de último momento, no estaba en el anteproyecto ni en el proyecto, fue agregado al sancionarla.

Como decíamos el fundamento²⁵ que tiene esta norma, es la protección del deudor, ya

23 GATTARI Carlos Nicolas, “MANUAL DE DERECHO NOTARIAL”, Editorial Depalma, Buenos Aires 1988, pág 188.

24 PICCON, Augusto “Testimonios con obligaciones pendientes”, Revista de Estudios de Derecho Notarial y Registral, Universidad Blas Pascal Año 5 N°5 (2018)..

25 “Esta norma viene de muy antiguo, cuando se empezó a forjar el instrumento público en el ámbito privado “Carminio Castagno, rastreando las fuentes tenidas en cuenta por Vélez Sarsfield para la redacción de los arts. 1007 y 1008, a través de sus notas, llegó a la conclusión de que el codificador se basó en la legislación de las Partidas. Realizando una interpretación histórica de los artículos mencionados, señalaba que la razón para exigir la autorización judicial previa a la expedición de la nueva copia se da solo en los supuestos en que pueda seguirse, para el deudor un “grave daño”: el nuevo cumplimiento de la obligación emergente del acto jurídico instrumentado. Por ello es que, el derogado art. 1008 exigía la previa citación de los sujetos pasivos de la obligación, a los fines de que pudieran oponerse —ofreciendo y rindiendo prueba— a la expedición de la segunda o ulterior copia. ... nos parece acertada la norma del nuevo Código en cuanto permitiría que, mediante acuerdo entre deudor y acreedor, se pida una segunda o ulterior copia de la escritura directamente al notario sin dar intervención judicial, pues el interés protegido por la norma es únicamente el del sujeto obligado. También para analizar el fundamento, la jurisprudencia nos ayuda con casos que la doctrina ha analizado, y así “Salvat hace una distinción según la índole de las obligaciones de dar o hacer que la escritura contenga. Las que su cumplimiento o ejecución no pueda ser nuevamente requerida el escribano puede expedirlas sin necesidad de autorización judicial... No habiendo quedado entonces nada pendiente, ningún perjuicio podría ocasionar que una de las partes tuviese dos o más copias en su poder, porque la relación jurídica que tuvo lugar entre los otorgantes, ha quedado finiquitada... García Goyena en el art 1216 es más terminante. Siendo la escritura de aquellas por las que el acreedor no tiene acción para pedir sino una vez la cosa, como son las de venta, permuta, donación, etc, puede el escribano dárslas sin necesidad de que el juez lo mande, ni oír a los interesados...”

Uno está acostumbrado a ver al acreedor retener el testimonio del deudor para “impedir que éstos puedan disponer de su bien al no ostentar la titularidad cartular correspondiente (art. 23 de la ley 17.801)” pero este no es el fundamento de la norma, y hasta discutible ese derecho de retención, cuando no se puede obligar una persona en un contrato oneroso a no vender a persona indeterminada (art 1972), la no existencia en nuestro régimen legal de la inhibición voluntaria, e ir en contra de lo que el legislador busca con la especialidad en cuanto al monto de la hipoteca, si hubiere estado garantizado el crédito con ella. Sin embargo, suponiendo que le damos cabida, como un pacto que debería respetarse, para asegurarse conocer sobre una condición a la que esté subordinada el plazo de la obligación, o porque quiere conocer quien ocupa el inmueble (en caso de que el deudor sea propietario), o porque le interesa al acreedor que mientras esté pendiente su derecho, se conozcan ciertas constancias cartulares, pues como dice Ventura “mediante la expedición de un nuevo

que el acreedor con este instrumento, el testimonio, puede accionar, tiene un título ejecutivo y esto en combinación con la arraigada costumbre que existe en relación con los instrumentos privados, que consistente en entregar o destruir el documento cuando paga el deudor, para demostrar que no va a accionar (La típica frase “lo rompemos y listo”). El común de la gente no se percata que estamos en el ámbito del instrumento público, donde lo que circula es una copia de la matriz. Por lo tanto, si le entregamos un segundo testimonio al acreedor, le podemos hacer un mal al deudor que va a entrar en un juicio (a veces ejecutivo) donde tenga que demostrar que no debe, con muy pocas excepciones para defenderse, y sin haberse precavido de pedir el otorgamiento de un recibo.

Con el testimonio digital, en principio mientras la norma subsista se deberá aplicar igual procedimiento. Dejando de lado que debería analizarse si la norma tiene el mismo beneficio que otorgaba antaño, cuando recién comenzaba el uso del protocolo. Una cosa es seguro, cuanto más testimonios digitales haya, mayor va a ser la inutilidad de la norma. Más allá de que muchos deudores, cuando la obligación es importante buscan documentar el recibo de cobro y no se contenta solo con la destrucción de la cartula donde consta la obligación, con el uso cada vez mayor del sustrato digital nadie va a pensar que eliminando el archivo del disco duro, del pen drive, etc va a eliminarse el documento, cuando puede haber sido resguardado en otro dispositivo con exactamente las mismas características.

Además hay que reconocer que sería muy probable que el escribano guardara una copia de ese documento digital en algún soporte, o sea una copia del documento digital entregado en este caso (primer testimonio digital) y podría volver a pasárselo a su requirente, sin necesidad de generar un segundo testimonio, porque como analizáramos anteriormente la copia es un documento clonado o sea no se podría diferenciar entre copia y original. Ambos serían originales por igual.

Entiendo que la numeración del testimonio no debería hacer diferencia entre el testimonio en papel y el testimonio en sustrato digital. Podría entregarse un primer testimonio en papel, luego el segundo testimonio en forma digital y el tercero en papel, según como lo pida la parte, y le sea más provechoso.

También se podría pensar en la situación que necesitemos que el primer testimonio se otorgado digitalmente para su inscripción, pero luego la parte quiera contar con algo más que ese testimonio digital, quisiera tener algo en soporte papel. Entiendo que también que el Notario podría hacer una copia certificada en soporte papel del documento digital, que por supuesto (como nos explayáramos en el primer tema del desarrollo) será solo simple copia (aunque esté certificada) pero no testimonio y por supuesto dejando constancia siempre de haber tenido a la vista y verificado en el ordenador la firma digital del mismo.

Caso de pluralidad de partes

Partiendo de lo que dijimos antes, en caso de pluralidad de partes cada una de ellas, cada sujeto que ve afectado su esfera de intereses, tiene derecho a su copia, a su testimonio, más allá de que del testimonio digital puedo obtener clones, debo realizar un

testimonio, se hace desaparecer virtualmente cualquier nota marginal de correlación o aclaratoria que hubiere sido insertada en el primer testimonio” Aún así es bastante rebuscado ver la posibilidad del daño en esta expedición de copia.” PICCON, Augusto “Testimonios con obligaciones pendientes”, Revista de Estudios de Derecho Notarial y Registral, Universidad Blas Pascal Año 5 N°5 (2018)..

testimonio para cada uno, en sellos diferentes, con la nota marginal correspondiente, para que este pueda ejercer su derecho, para poder mostrar o demostrar el negocio jurídico realizado.

Aquí debemos aclarar que todo sujeto que ve afectada con el contrato su esfera de interés es parte, pero hay partes que tienen derechos convergentes en un mismo sentido, y de esta forma podemos hablar que integran una parte del contrato, el ejemplo clásico son los compradores en condominio, ellos integran la parte compradora del contrato, o sea son los que tienen un derecho en contraposición a la parte vendedora de la cual surge una obligación en relación a ese derecho. Pero aun así cada uno de esos compradores es parte y aunque en el mismo sentido que el otro comprador, su derecho es independiente. Por supuesto que cada caso concreto tiene su complicación para analizar esta situación en la que encuentran los protagonistas de un negocio.

Integración al SIDANO

(SISTEMA VERIFICADOR, INTEGRADOR Y ADMINISTRADOR DE DATOS NOTARIALES)

Cabe recordar brevemente, que hasta el año 2000 (con la existencia del fondo común), el depósito de honorarios, tasas, sellos y aportes se hacía mediante una boleta única. El colegio controlaba el monto de cada ítem de esa boleta, visaba la escritura y llevaba un control de las escrituras realizadas por cada escribano, y por ende por todos los escribanos de la provincia, contando con datos estadísticos muy importantes y por otro lado controlaba también que los escribanos tuvieran al día el pago de todos los ítems correspondientes a cada escritura.

Con la desregulación de honorarios, el colegio dejó de manejar el pago del fondo común y por consecuencia ya no se hacía el depósito de los honorarios en la cuenta del Colegio, como así también dejó de hacerse una boleta única por escritura con todos estos montos (aportes, sellos y tasas) cada repartición implementó su boleta de pago.

Luego de varios años y con problemas serios de por medio, como la megacausa, las instituciones del estado relacionadas con el tráfico inmobiliario y el Colegio de Escribanos, resolvieron implementar un sistema de visado de las escrituras, para que hubiera un cierto control de las mismas y un control del pago de sellos y tasas. Fue el mencionado POSDIN (Plan de Optimización del Sistema Dominial Inmobiliario de la Provincia de Córdoba).

La visación estaba a cargo del Colegio de Escribanos, con la ardua tarea de cargar todos los datos de las escrituras que eran visadas antes de entrar al Registro. Herramienta que le permitía verificar el uso de sellados de actuación propios de ese escribano, que el mismo estaba en ejercicio, etc y de esta manera ayudar en forma preventiva a verificar la autenticidad de los testimonios de escrituras labradas por Escribanos de la Provincia de Córdoba; y efectivizar la vigilancia del uso de las hojas de protocolo.

Y así llegamos al SIDANO. Este sistema entró en vigencia a partir del 1 de julio de 2016 (coexistiendo por 90 días con el procedimiento anterior, POSDIN)²⁶. Es parte de un pro-

26 Visto el Convenio suscripto entre el Gobierno de la Provincia de Córdoba (a través de la Dirección General de Rentas, la Dirección General de Catastro y el Registro General de la Provincia) y el Colegio de Escribanos de la Provincia de Córdoba, con fecha del 25 de junio de 2008 referido al Plan de Optimización del Sistema Dominial Inmobiliario de la Provincia de Córdoba (POSDIN), la Institución Notarial resolvió el sesión del Honorable Consejo Directivo del 9 de mayo de 2016, que a partir del 1° de julio del mismo año, se implementara el SISTEMA VERIFICADOR, INTEGRADOR Y ADMINISTRADOR DE DATOS NOTARIALES (SI.DA.NO) del Colegio de Escribanos de la Provincia de Córdoba.

yecto general de servicios para el escribano por Internet y una herramienta informática que simplifica la tarea administrativa. Uno de los ejes centrales es permitir la integración con otras reparticiones públicas para evitar la reiteración de la carga de un mismo dato en los sistemas informáticos, como actualmente se ha logrado hacer con la Caja Notarial y con la Dirección de Rentas en cuanto al pago del impuesto de sellos. O sea esos datos de la escritura, cargados en el sistema del Colegio, son utilizados por la Caja Notarial para la declaración mensual a los efectos del pago de aportes, y son utilizados por la Dirección de Rentas para el pago del impuesto de sellos de esa escritura.

La implementación del SIDANO se tomó considerando este objetivo trazado en mencionado Convenio del POSDIN. La carga de datos actualmente ya no significa una pesada carga, desde que la misma carga ya sirve actualmente para no cargar más los datos en un sistema diferente como el de los aportes, o como el de rentas para el pago del impuesto de sellos. Además ahí también un objetivo de control, recordemos que dentro de las funciones asignadas al Colegio (Ley 4183), se encuentran las de velar por el cumplimiento de las normas y del reglamento notarial, y que es necesario adecuar los sistemas de control a los medios técnicos con que cuenta la sociedad.

El Sistema Verificador, Integrador y Administrador de Datos Notariales, sistema de información diseñado por el Colegio de Escribanos de la Provincia de Córdoba, es perfectamente el sistema donde hay que anexar esta plataforma para el otorgamiento de sellos digitales. Más allá de la autorización del Tribunal de Disciplina para realizar los testimonios con otro soporte, esa autorización debe estar dada en un marco regulatorio, o sea hay que preveer y establecer claramente ese mecanismo, como ya lo han realizado otros colegios del país (CABA, Buenos Aires)²⁷. El colegio deberá asignarle los folios digitales de Actuación Notarial al momento en que el Notario coloque su firma digital en el Documento, integrando el folio digital a los datos de ese documento digital. El Colegio deberá, mediante este sistema validar previamente que quien solicite adquirir dichos folios sea un escribano en ejercicio, y pedir la carga de datos de la escritura matriz (Número de escritura, fecha, foliatura del protocolo, sellos del protocolo, etc), de igual manera como se hace con los testimonios en formato papel.

En ciudad de Buenos Aires ya existe el dentro del Acceso Restringido Web del CECBA el "Sistema para la Generación de Documentos Notariales Digitales" (GEDONO) de uso exclusivo para los escribanos de esa demarcación con el objeto de permitir la expedición en soporte digital de los documentos extraprotocolares, cuya reglamentación del corriente año en su art 2 incluye inc d) ACTUACION NOTARIAL ART.308 CCCN. Inc e) CONCUERDA DIGITAL.

En la provincia de Buenos Aires tienen implementado el SIESBA de uso obligatorio a partir de septiembre de 2016, y en reemplazo del SiPrEsBA, la Agencia de Recaudación de la Provincia de Buenos Aires implementó un sistema web (SiEsBA), para efectuar la presentación de declaraciones juradas y pagos. Se trata de un sistema global de gestión notarial que abarca la solicitud de certificados catastrales, la liquidación y pago del impuesto de sellos y de los aportes notariales, la liberación del impuesto inmobiliario, la confección de la minuta de inscripción en el Registro de la Propiedad, y la calculadora

27 Reglamento del Uso de la Firma digital, dictado por el Colegio de escribanos de la ciudad de Buenos Aires por resolución 50/14 según Acta 3889 de fecha 14 de febrero de 2014 que entre otras normas dice en su Art 5 prevee la validación por parte del Colegio de la matriculación del escribano y que esté en ejercicio al momento de la firma digital. En el art 6 prevee el cobro tanto por el documento digital que se otorgue y por el proceso de validación, etc.

para liquidar la tasa de inscripción. Como el sistema no es propio del Colegio de Escribanos para los documentos digitales debió crear una plataforma diferente y así mediante resolución del CONSEJO DIRECTIVO DEL COLEGIO DE ESCRIBANOS DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES se dicta el REGLAMENTO para las actuaciones notariales previstas en los arts. 166 a 177 de la ley 9020 en soportes digitales, y por ese motivo en su normativa expresamente establece que “son requisitos generales de las actuaciones notariales en soportes digitales, excepto que por este reglamento se establezcan otros: a) La utilización de la Plataforma de Gestión Documental Digital desarrollada por el Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires”

Entiendo que el documento digital en si no debería quedar registrado, almacenado, en el Colegio (sus bases de datos), como tampoco queda almacenada una imagen del testimonio en papel. Pero si tiene que estar la posibilidad de verificar la carga de ese testimonio en el sistema y con esos folios de Actuación asignados (como venimos haciendo). El sistema al ser automático de por si, no genera siguiera inconvenientes en cuanto al secreto profesional, de todas maneras también tendríamos que tener en cuenta que el Colegio en si, cuenta con la regencia del Archivo de Protocolos, o sea aunque guardara una copia del testimonio no tendría, en su base de datos más información de la que ya cuenta en el Archivo.

En el caso de los documentos digitales es recomendado la posibilidad de generar un Código de Verificación. “Asimismo la propia informática ha generado otras herramientas de seguridad, entre las que podemos destacar al Código Seguro de Verificación (CSV), elemento que se utiliza para vincular un documento digital en concreto con un código específico, que puede considerarse de gran utilidad en la implementación de los documentos notariales digitales. De esta manera el documento digital cuenta con un código mediante el cual se puede acceder al mismo documento digital, o a algún dato de él, por lo general, ingresando en una página web específica. En la práctica el código está compuesto por una larga cantidad de letras y números que aparece visibles en el documento, previendo la situación de que el usuario lo imprima, lo que permite recuperar el documento digital desde su impresión al papel.”²⁸ De esta manera también se le da otra seguridad al receptor del documento notarial, el que pueda acceder por el sistema a este Código de Verificación.

Por todo esto creemos que con toda la experiencia que se viene sumando con el SIDA-NO, sería de muy fácil la implementación de un anexo para una plataforma de gestión de documentos digitales.

Todo está dado para la posibilidad de contar en Córdoba con los testimonios digitales, no debemos dejar pasar más tiempo, debemos brindar esta útil herramienta antes de que sea pedida a gritos. El poder de circulación del documento digital, no solo se condice perfectamente con las finalidades del Testimonio que nació para dar vueltas en la comunidad, dejando resguardada la matriz, sino que le posibilita acelerar este potencial enormemente.

CONCLUSIONES

- Es factible la realización de un testimonio digital, sin necesidad de modificar la legislación provincial vigente, solo es necesario al

28 FALBO Santiago y DI CASTELNOVO, Falbo “Nuevas Tecnologías Aplicadas a la Función Notarial”, Di Lalla Ediciones, Buenos Aires 2019.

efecto la autorización por parte del tribunal de disciplina.

- La ley exige del testimonio digital “permanencia indeleble”. No son dos requisitos sino que debemos entender este requisito como una exigencia de que mientras dure no pueda ser modificado
- Es necesario poner en un pie de igualdad estos testimonios con los realizados en soporte papel y crear los sellos digitales de Actuación Notarial
- Los sellos digitales, como el papel sellado son un elemento más en post de la seguridad documental.
- Es necesario contar con una plataforma digital organizada por Colegio de Escribanos para poder brindar el sello digital, que debería ser parte del SIDANO.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- GIMENEZ ARNAU, Enrique, “INTRODUCCIÓN AL DERECHO NOTARIAL”, Editorial Revista del Derecho Privado, Madrid 1944.
- GONZALEZ, Carlos Emerito, “Derecho Notarial”, Ed La Ley, Bs As 1971.
- NUÑEZ LAGOS, Rafael, “Documento público y autenticidad de fondo”, Revista del Notariado N°727, año 1973
- GARCIA CONI, Raúl R, “El porqué de la escritura pública”, Revista del Notariado 777 de 1981
- PONDÉ, Eduardo Bautista, “Origen e historia del Notariado”, Editorial Depalma, Bs As 1967, Pag 34
- ZINNY, Mario Antonio, “El Acto Notarial (Dación de fe)” 2ªEdición, Ed Depalama, Bs As 2000, Pág 8
- PELOSI, Carlos A. “El documento Notarial”, 3ªreimpresión, Ed Astrea, Bs As 1997,
- COURTIAL, Gastón “Presente y futuro de la profesión notarial”, Revista Notarial N°804 de 1986.
- PELOSI, Carlos A. “La responsabilidad disciplinaria del Escribano”, Revista Notarial, N°710, abril 1970.
- LARRAUD, Rufino. “Curso de Derecho Notarial”. Ed. Depalma, s. As.. 1966.
- GATTARI, Carlos N. “Manual de Derecho Notarial”. Ed. Depalma. 1988, Bs. As
- SIERZ, Susana Violeta, “Derecho Notarial - Concordado”, 2ªEdición Actualizada y ampliada, Ed Dilala Ediciones, Bs As 2007
- ABELLA, Adriana, “Derecho Notarial- Derecho Documental - Responsabilidad Notarial” Ed Zavalía, Bs As 2005.
- ARMELLA, Crisitina (directora) y otros, “Tratado de Derecho Notarial, Registral e inmobiliario”, 3 Tomos, Ed Ad-Hoc, Bs AS 1998
- NERI Argentino, “Tratado teórico práctico de Derecho Notarial”, 6 tomos, Ed Depalma 1969
- VENTURA, Gabriel B, “Testimonios y Copias en el Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación”, en la página web de la Academia Nacional de Derechos y Ciencias Sociales de Córdoba, <http://www.acaderc.org.ar>
- PICCON, Augusto “Testimonios con obligaciones pendientes”, Revista de Estudios de Derecho Notarial y Registral, Universidad Blas Pascal Año 5 N°5 (2018).

- María Alejandra ASTUENA, Virginia BENFIELD, Gustavo A. DARCHUK, Roberto MIGNOLO, José María LORENZO, Mariano LOZANO, Pablo SUKAREVICIUS, Elsa ROSIN de ALLENDE y Luciana TORRES DUBECQ, “Incorporación de Documentación Habilitante Digital al Protocolo”, trabajo presentado en las Jornadas Nacionales del Notariado, Bariloche 2018.
- VENTURA, Gabriel B, “Certificado Registral expedido con Firma Digital” Revista del Notariado N°95, año 2017.
- FALBO Santiago y DI CASTELNOVO, Falbo “Nuevas Tecnologías Aplicadas a la Función Notarial”, Di Lalla Ediciones, Buenos Aires 2019
- PELOSI Carlos A., “Los Certificados Notariales”, Revista del Notariado 716 de 1971
- BIBIANA, Luz Clara “Ley de Firma Digital Comentada”, Editorial Jurídica Nova Tesis, Rosario 2006
- CABULI, Ezequiel. “Las nuevas tecnologías en el proyecto del Código” - La Ley -) T. 2013-)A
- CONSENTINO, M. & Giralto Font, M. (2017) “La firma digital en el nuevo Código Civil y Comercial”. Revista del Consejo Federal del Notariado Argentino.
- FALBO, Santiago. “Protocolo digital: nuevas tecnologías y función notarial: Otorgamiento del documento notarial digital y circulación electrónica del documento notarial”. págs. 19-)59. En: Revista Notarial. La Plata, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, enero-) abril 2015, n. 979 / Revista notarial n° 95, año 2017. Colegio de escribanos de la Provincia de Córdoba
- FARRES, Pablo: “Ley de firma digital comentada y concordada” -) Ed. Abeledo Perrot -) Bs. As. - 2005.
- DUMEYNIEU Natalia María Irene y ROBLEDO, Analía Alejandra, “El Notario en Digital”, trabajo presentado en las Jorna trabajo presentado en las Jornadas Nacionales del Notariado, Bariloche 2018.
- FARRES, Pablo: “Firma Digital”, Ed. Lexis Nexis, Bs.As. 2005.
- FRASCHETTI, Alejandro: “La ley de firma digital y las presunciones de autoría e integridad” - La Ley
- GIRALTO FONT, Martn J. “Certificación Notarial de Firma Digital”, en Revista Notarial, N° 879
- GIRALTO FONT, M. J. y Saenz, C. A. (2013, abril). Las nuevas tecnologías, la firma y el Notario. Noticias del Consejo Federal del Notariado Argentino. 49, 18-)28.
- MOISSET DE ESPANES, Luis y MARQUEZ, José F. “La formación del consentimiento en la contratación electrónica”, La Ley, 2004
- PONCE DE FAUSTINELLI, Marcia Isabel - “El Documento Electrónico” Revista Notarial del Colegio de Escribanos de Córdoba N°72 del año 1996
- VENTURA Gabriel B. “Firma Digital - Análisis exegético de la Ley 25506/2001 (Ley 25.505 - Firma Digital. B.O. 14/12/2001)



0 810 1 2233 827 (UBP) | www.ubp.edu.ar