

REVISTA DE ESTUDIOS DE DERECHO NOTARIAL y REGISTRAL

JOURNAL OF STUDIES OF NOTARY and
REGISTRATION LAW

Año 2018 · Nro 5 · Diciembre 2018
ISSN: 2362 - 3845



REVISTA DE ESTUDIOS DE **DERECHO NOTARIAL y REGISTRAL**

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

Año 5 • Nro. 5 • Diciembre 2018 // 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:

- MANUELA GALVÁN

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

ÍNDICE

· EDITORIAL	8
· EL NOTARIADO Y LAS TIC: NORMATIVA, SEGURIDAD JURÍDICA Y DESAFÍOS	
Cecilia Soledad CARRERA	12
· LA UNIDAD DE ACTO EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL	
Carlos CONRAD	22
· CUESTIONES PRELIMINARES	
Alejandro Enrique FREYTES.....	33
· DICTÁMENES NOTARIALES	
· REDARGUCIÓN DE FALSEDAD (Dictamen)	
Augusto Luis PICCON	48
· TESTIMONIOS CON OBLIGACIONES PENDIENTES	
Augusto Luis PICCON.....	58

EDITORIAL

Nos complace poder presentarles un nuevo volumen de nuestra Revista, y cuando digo nuestra, hablo no solo de los que aportamos trabajos y movilizamos todo lo necesario para su edición e impresión, sino también de ustedes los lectores, que ya le han dado un lugar en su biblioteca, en su computadora. En esta ocasión nos encontraremos con un número que resultará de gran interés para aquel que hace una lectura continua de principio a final, porque contamos con trabajos muy disímiles, siempre con un enfoque o con una brújula que marca el Norte en temas que son de interés para el notario.

Por suerte existe la curiosidad, que nos hace posible investigar, preguntar y responder para volver a repreguntarnos. Vemos en estos trabajos esa dosis necesaria de interés en indagar, en buscar. Eso justamente que hace que un escrito no sea simplemente una tediosa monografía de algo sobre lo que todos ya han escrito, sino que sean artículos entretenidos, artículos de ciencia, o sea de alguien que quiere conocer de un tema, y luego lo vuelca a los demás, para compartir esa grandiosa experiencia del descubrimiento. Quien ya de antemano sabe cómo va a ser la conclusión de su trabajo, miente. Quien estudia un tema, es porque no sabe cómo va a responder a su pregunta, puede tener una idea, pero esta, siempre será una hipótesis. El científico sabe que su trabajo a lo mejor está orientado a demostrar algo, pero que al final puede también estar demostrando lo contrario, porque su espíritu busca la verdad, busca la respuesta correcta. Y ese viaje por la selva del conocimiento en busca de la verdad, es lo que hace tan maravilloso escribir estos pequeños aportes. Gracias a los que escribieron, por hacerlo y por compartirlo.

La temática es variada, abarca desde el análisis del soporte del instrumento en relación hasta las nuevas tecnologías que ya no son el futuro sino el presente, pasando por la tan valiosa unidad de acto con aportes muy concretos en lo que es la técnica de acción del escribano, a los negocios preliminares que abundan en el tráfico jurídico, que vemos y usamos a diario pero que demandan un análisis profundo, todos temas tocados a la luz de la nueva legislación que tenemos en nuestro país desde 2015. Esperamos que sean de su agrado, y que también en el próximo número podamos contar con artículos escritos por ustedes, nuestros lectores, en este mundo tan apasionante del derecho.

Escribano y Profesor Augusto Luis PICCON

ESTUDIOS

EL NOTARIADO Y LAS TIC: NORMATIVA, SEGURIDAD JURÍDICA Y DESAFÍOS

NOTARY PUBLIC AND ICT: REGULATION, LEGAL CERTAINTY AND CHALLENGES

CECILIA SOLEDAD CARRERA¹

RESUMEN

En el escenario de la Sociedad de la Información y de la Comunicación, los Notariados se enfrentan a los desafíos que plantean las TIC. Por ello, en este artículo se explorará la recepción normativa de las Tecnologías de la Información y de la Comunicación en el Código Civil y Comercial Argentino, su incidencia en la seguridad jurídica y su tratamiento en el marco de la UINL.

ABSTRACT

In the scenario of the Information and Communication Society, Notaries face the challenges posed by ICTs. Therefore, this article will explore the reception of Information and Communication Technologies in the Argentine Civil and Commercial Code, its treatment in the UINL and its impact on legal certainty.

PALABRAS CLAVES: Notariado - Tecnologías de la Comunicación y de la Información - Seguridad Jurídica - Congreso Internacional del Notariado.

KEYWORDS: *Notary - Communication and Information Technologies - Argentine Civil and Commercial Code - Legal certainty - International Congress of Notaries.*

SUMARIO: I. Introducción. II. El soporte digital de los instrumentos públicos y privados en el código civil y comercial de la nación. III. Seguridad jurídica: las tecnologías de la información y de la comunicación y el notariado. IV. La posición de la unión internacional del notariado. V. Palabras Finales.

¹ Abogada. Escribana. Tutora en Modalidad a Distancia. Universidad Blas Pascal (Córdoba). Especializando en Derecho Judicial y de la Judicatura. Universidad Católica de Córdoba. Adscripta en Derecho Político. Investigadora. Universidad Nacional de Córdoba, Facultad de Derecho - SeCyT. Prosecretaria Letrada. Juzgado de 1ª Instancia en lo Civil y Comercial de 41ª Nominación. Poder Judicial de Córdoba. Córdoba. Argentina. ceciliasc2002@yahoo.com.ar

I. INTRODUCCIÓN

En el Siglo XX tuvieron lugar acontecimientos cuya significación fue decisiva para la gestación de la realidad actual. Así, en 1944, en Bletchley Park, Reino Unido, tuvo lugar la construcción y operación de *Colossus*, el primer ordenador que funcionaba en base a la programación desarrollada por Alan Turing. Nacía la informática.

Durante el desarrollo de la Guerra Fría, durante la década de 1950, a iniciativa del Departamento de Defensa de los Estados Unidos de América, se empezó a explorar la idea de conectar computadores en red. El resultado fue *Arpanet* —*Advanced Research Projects Agency Network*, es decir, Red de la Agencia de Proyectos de Investigación Avanzada—, una red de computadoras nacida en 1969, precursora de la Internet actual.

Sin embargo, hasta 1990 las Tecnologías de la Información y de la Comunicación —Tic— tuvieron un desarrollo paulatino. Efectivamente, se limitaban a la telefonía, televisión por cable y, entre las comunidades científicas, a los correos electrónicos. Pero cuando Tim Berners Lee estableció la primera comunicación utilizando el *HiperText Transfer Protocolo HTTP* (Protocolo de Transferencia de Hipertexto), se creó la *World Wide Web* en 1989. Desde entonces, los avances tecnológicos no se detuvieron; por el contrario, en los primeros años del Siglo XXI se han acelerado. De la mano, han acontecido cambios radicales en la forma de ver el mundo y de relacionarse. Hoy se está ante la "Tercera Revolución Industrial" o la "Revolución Informática".

La sociedad se torna más abierta, al tiempo que compleja. Ello suscita la "reinención de procesos y modelos organizacionales" (Finquelievich y Prince, 2011: 2). Las vinculaciones sociales, culturales, jurídicas y políticas se tornan deslocalizadas y asincrónicas, porque la lógica de relación entre las variables espacio y tiempo ya no es lineal. En otras palabras, se produce el desanclaje de los sistemas sociales. Entiende el sociólogo británico Anthony Giddens que ello supone "el 'despegar' las relaciones sociales de sus contextos locales de interacción y reestructurarlas en indefinidos intervalos espacio-temporales" (Giddens, 1999, p. 32).

Entonces, el empleo intensivo, extensivo y estratégico de las Tics exige la recreación y revisión de los roles existentes y la definición de los emergentes. Esta evolución proporciona tierra fértil para el surgimiento de nuevas formas de prestar los servicios a la ciudadanía. Al mismo tiempo, son un estímulo para el mejoramiento, la innovación y la búsqueda de la eficiencia de la actividad notarial, y un medio para garantizar la satisfacción de los derechos, sin perder de vista la seguridad jurídica.

Es así porque, en sincronía con el acelerado ritmo de penetración de los avances tecnológicos en la vida de las personas, tiene lugar el incremento de la interconectividad y el establecimiento de relaciones humanas basadas en contactos interactivos deconstruidos, que se producen en diferentes espacios y mediados por diversos dispositivos: *smartphones, iPhones, Ipads, netbooks, tablets*, etc. El derecho y el notariado no pueden aislarse de las consecuencias de la actual configuración sociocultural y de los nuevos lenguajes.

Por una parte, el Derecho tiene nuevas realidades que contemplar. Así, la voluntad debe ser trascender de la intimidad del sujeto hacia el exterior y para ello requiere de una forma. Es aquí donde las Tecnologías ejercen notable influjo. Los soportes representativos de esa voluntad no se limitan al papel, sino que es posible hablar de un *corpus* digital. De allí que el primer apartado, tratará sobre la recepción que el Código Civil y Comercial de la Nación ha realizado de los documentos electrónicos, tanto particulares como públicos.

Después, se hará referencia a la seguridad jurídica, desde que ésta constituye el objeto central de la profesión notarial. Sin dudas, la utilización de las herramientas tecnológicas no debe ponerlo en jaque, sino que debe coadyuvar a su logro. Para tal fin, como se verá, se precisa de la ciberseguridad.

Finalmente, se analizarán las Conclusiones del XXVIIIº Congreso Internacional del Notariado del año 2016. En ellas se definen principios y se trazan propuestas de acción, que son producto de experiencias compartidas, visiones y debates respecto del tema en examen.

II. EL SOPORTE DIGITAL DE LOS INSTRUMENTOS PÚBLICOS Y PRIVADOS EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN

El Derecho y las instituciones jurídicas son más que un reflejo del desarrollo que acontece en los distintos ámbitos de la vida; en efecto, están determinados por él. Ello se torna evidente desde que el Código Civil y Comercial de la Nación ha receptado la incidencia de las Tic en lo jurídico. En lo que aquí interesa, debe destacarse la referencia que hace al soporte electrónico del documento. Es decir, se regula una nueva forma de corporeidad.

El novel cuerpo legislativo, al referir a la forma requerida para los instrumentos públicos y particulares firmados y no firmados, indica que la expresión escrita "puede hacerse constar en cualquier soporte, siempre que su contenido sea representado con texto inteligible, aunque su lectura exija medios técnicos" (Código Civil y Comercial de la Nación, 2014: art. 286). De allí que admite, en general, que el corpus o materia inscriptoria del documento gráfico sea el papel y, juntamente, un soporte informático que permita recuperar el contenido por medios técnicos, para que pueda ser entendido. Aparece, de este modo, el principio de *pluralidad de soporte*, que vuelve a estar presente en el art. 287 del mismo Código. Éste, luego de establecer el distingo entre instrumentos particulares no firmados y firmados, ejemplifica a los del primer tipo señalando que están comprendidos "(...) los impresos, los registros visuales o auditivos de cosas o hechos y, cualquiera que sea el medio empleado, los registros de la palabra y de información" (Código Civil y Comercial de la Nación, 2014).

En cuanto a los instrumentos privados, es decir, los particulares firmados, se especifica en el art. 288 que, si se han generado por "(...) medios electrónicos, el requisito de la firma de una persona queda satisfecho si se utiliza una firma digital, que asegure indubitadamente la autoría e integridad del instrumento" (Código Civil y Comercial de la Nación, 2014). Se produce aquí, por el principio de equivalencia funcional, la armonización de entre el cuerpo normativo civil y la Ley de Firma Digital Nº 25.506, en lo que es un requisito esencial de validez de los instrumentos privados, es decir, la firma. De allí que se haya sostenido "(...) los artículos 286 y 288 (dentro de la sección destinada a la forma y prueba de los actos jurídicos) han admitido el carácter documental del documento electrónico, y reconocido la utilización de la firma digital" (Consejo Federal del Notariado Argentino, 2016, p. 1).

En cuanto a la Escritura Pública, tipo especial de instrumento público, el Código Civil y Comercial Argentino establece que pueden ser extendidas empleando "(...) mecanismos electrónicos de procesamiento de textos, siempre que en definitiva la redacción resulte estampada en el soporte exigido por las reglamentaciones, con caracteres fácilmente legibles" (art. 301). De esta forma se consagra el principio de libertad de medios de reproducción del documento notarial.

Se advierte, por consiguiente, la incidencia de las Tecnologías de la Información y de la Comunicación en la redacción del texto del Código Civil y Comercial de la Nación. No obstante, en lo que refiere a las Escrituras Públicas, por el momento, sólo se prevé el uso de procesadores de texto y de software para la redacción y edición del contenido. Mientras tanto, continua siendo un requisito esencial que el texto se estampe en el soporte exigido por la ley notarial reglamentaria, que aún es el papel.

La legislación civil, a pesar de la mezquina referencia al documento electrónico, es significativa porque llena vacíos generados por la inexistencia de una regulación general anterior sobre la materia. Ello, frente al hecho de que el Notariado de otros países ha superado la etapa del empleo de herramientas informáticas solo para la confección de los documentos notariales, avanzando hacia aplicaciones tales como la escritura matriz electrónica, copias o testimonios electrónicos, protocolo digital y archivo notarial electrónico.

III. SEGURIDAD JURÍDICA: LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y DE LA COMUNICACIÓN Y EL NOTARIADO

El Estatuto de la Unión Internacional del Notariado Latino se refiere a los notarios como "(...) juristas, consejeros independientes e imparciales que, por investidura de la autoridad pública, confieren a los documentos que redactan la autenticidad, instrumento de garantía de la seguridad jurídica y de la libertad contractual" (UIN, 2017). En otras palabras, el escribano es un profesional del derecho que, por delegación del Estado, ejerce una función pública, siendo depositario de fe pública. Ello se traduce en que los instrumentos que autoriza hacen plena fe, con lo que se logra dotar al tráfico jurídico de seguridad.

Siendo que toda actuación notarial debe honrar la confianza de la ciudadanía, es necesario precisar qué se entiende por seguridad jurídica. Entre las diferentes significaciones se han explicitado las siguientes:

(...) 1) El hombre de la calle desea la 'seguridad personal'; 2) El empresario, el inversor externo, requiere la seguridad normativa que implica una previsibilidad de cambios además de una justicia independiente e imparcial 5 ; 3) En materias de derechos reales significa: a) La certeza y seguridad por parte de un titular de un derecho real que no será privado del mismo o que no será privado del ejercicio que el derecho real le confiere salvo que fuese por su voluntad o por causa legal expresamente establecida. b) La validez y eficacia erga omnes del negocio jurídico realizado (Saenz y Schmith, 2015, p. 307).

De esas acepciones emerge patente que el denominador común es la certeza de las relaciones jurídicas. Por ello se ha dicho que "(...) nuestra sociedad exige como valores fundamentales en el ordenamiento jurídico no sólo justicia, libertad, respeto a la vida y a la propiedad sino también demanda seguridad (...)" (Saenz y Schmith, 2015, p. 307). En igual sentido, en la XIVª Jornada Notarial Iberoamericana se concluyó que

seguridad jurídica significa la certeza, por parte del sujeto, de las normas vigentes, el conocimiento de las mismas y las consecuencias que de ellas se deriven y, en el caso de incumplimiento de las mismas, en qué forma y con qué rapidez sobrevendrá la intervención de los poderes públicos para resta-

blecer el quebrantamiento de la ley o las convenciones. También significa la certeza por parte del titular de un derecho adquirido que no será turbado en el ejercicio del mismo y que el negocio jurídico será oponible erga omnes. (ONPI, 2010).

Se debe distinguir, por consiguiente, entre la seguridad jurídica de las normas y la seguridad jurídica de la aplicación de las normas.

Ahora bien, esta seguridad jurídica que es la más significativa expresión de la certeza de las relaciones jurídicas, precisa de diversos institutos jurídicos para realizarse. Uno de ellos es la fe pública, de la que el notario es depositario, siendo su consecuencia la eficacia sustantiva y probatoria del instrumento público notarial.

De otro costado, como se dijo, las Tecnologías de la Información y de la Comunicación están al servicio del Notariado. A través de ellas, la institución debe fortalecerse. Pero, para lograrlo, será necesario el cumplimiento de parámetros de seguridad informática, es decir, verificaciones de claves y protocolos de seguridad. Esto hace a la seguridad informática o ciberseguridad.

Sobre el distingo que debe hacerse entre la seguridad jurídica y la seguridad informática, se ha dicho:

(...) la seguridad informática, brindada por recursos vinculados a evitar el uso indebido de la tecnología para fines ilícitos, como por ejemplo el hacking (accesos no autorizados a redes o bases de datos) o el phishing (suplantación de identidad), entre otros; y la seguridad jurídica, dada por la intervención notarial, con el valor agregado que implica la intervención del escribano. (...) Debemos tener presente que ambos conceptos (seguridad informática y seguridad jurídica) son muy diferentes. En este sentido, si bien las tecnologías de la información aportan velocidad, transparencia y automatización a la realización de trámites administrativos, hay ciertos actos que, al igual que cuando son instrumentados en formato papel, requieren de la intervención de un notario, a efectos de garantizar la seguridad jurídica que los mismos ameritan. El elemento de seguridad jurídica que la tecnología no puede suplir, justamente está dado por la intervención del notario, profesional del Derecho a cargo de una función pública; tanto en cuanto al control de la legalidad del acto, como al asesoramiento a las partes del mismo. Es fundamental recordar, sin perjuicio de las grandes ventajas que representa la utilización de la tecnología, como bien señala el coordinador internacional, el concepto que indica que "la informática no es más que una herramienta al servicio de las personas (ONPI, 2014).

Por lo tanto, la seguridad informática y la seguridad jurídica no son equivalentes, ya que la última se asienta en la actividad personal del notario. Pero la primera, en cuanto permite hacer frente a las amenazas que cada día aumentan en prevalencia, sofisticación e impacto, es un pilar que da sostén a la seguridad jurídica.

IV. LA POSICIÓN DE LA UNIÓN INTERNACIONAL DEL NOTARIADO

Sabido es que las Jornadas y Congresos organizados en el ámbito de la Unión Internacional del Notariado aportan al Cuerpo Notarial y a la ciencia jurídica,

(...) los nuevos elementos de investigación y las novedosas inquietudes que se vayan lucubrando, venidas de todo el mundo, para que de la meditación y estudio de todo ello, pueda realizarse en algún tiempo no lejano, el ideal muchas veces expuesto de que el notariado latino se convierta en parte integrante del derecho de gentes” (Gonzales, 1971, p. 37-38).

Sin dudas, como se insinuó en la Introducción, la sociedad actual reclama de las Instituciones Jurídicas Notariales un mejor servicio, mayor adecuación tecnológica, reducción de costos y agilización de las gestiones. De allí la relevancia de analizar las Conclusiones del Tema II del XXVIIIº Congreso Internacional del Notariado, celebrado en París (Francia), en el año 2016.

Claro que el estudio de las nuevas tecnologías no es novedoso. Por el contrario, ha sido abordado en numerosas ocasiones. Simplemente, a modo de ejemplo pueden mencionarse: el Informe de la Asamblea de la UINL de Budapest del año 2014; la XVª Jornada Notarial Iberoamericana (España – 2012); la XIVª Jornada Notarial Iberoamericana (República Dominicana – 2010); XIIª Jornada Notarial Iberoamericana (Uruguay – 2006); y el XXIVº Congreso Internacional del Notariado Latino (México – 2004).

En particular, el Tema II del XVIIIº Congreso Internacional del Notariado (Francia – 2016), fue intitulado “La escritura pública electrónica y la digitalización de los procedimientos: retos técnicos y jurídicos” (ONPI, 2017). Las conclusiones a las que arribó la Comisión de Trabajo se estructuraron en cinco apartados:

1. La escritura matriz: soporte papel o desmaterializada;
2. La copia electrónica y su inscripción en los registros;
3. Facilitación de la eliminación de distancias;
4. Del archivo electrónico y su gestión; y
5. De los servicios prestados por los notarios a sus clientes.

El primer acápite refiere a “la escritura matriz: soporte papel o desmaterializada”. En él se mencionan tres posibles formas de autorización y archivo de las escrituras públicas:

- a. Soporte en papel y firma manuscrita. b. Soporte electrónico con firma de los otorgantes por firma electrónica simple o cualificada y firma del notario cualificada. c. Soporte electrónico con firma de los otorgantes en tablilla electrónica y encriptación mediante la firma electrónica cualificada del notario. (UIN, 2016)

El primero, se corresponde con la modalidad tradicional y los dos restantes con un documento electrónico, que puede o no tener que ser estampado en papel.

Los siguientes puntos hacen referencia al principio de inmediación que rige la actividad del Escribano al tiempo de celebración y autorización del negocio jurídico (apartado I. 4 y III.1). Se ha dicho que: “(...) lo fundamental del sistema notarial latino-germánico no es, por tanto, el soporte de la escritura sino la actividad del notario en la misma, que se puede cumplir independientemente del soporte material o inmaterial” (Falbo, p. 40).

En otras palabras, tanto en las operaciones de ejercicio (interpretación de la voluntad, asesoramiento jurídico, calificaciones de la voluntad, legalización, comprobación de la legitimación, redacción del instrumento, autenticación, autorización y conservaciones), así como en las operaciones documentales (expedición de copias), la presencia física

del notario esencial. Ello es una garantía de la seguridad jurídica, amén de erigirse como una regla de ética notarial en el Sistema del Notariado Latino.

Los puntos pertinentes rezan, en forma textual:

2. En todo caso, la actuación presencial del notario es esencial en cualquiera de las tres modalidades para desarrollar plenamente el procedimiento de autenticación del documento (identificación de las partes, juicio de capacidad, calificación de las facultades representativas, información del consentimiento, depuración de vicios del consentimiento, control de la legalidad material o de fondo, control de licencias y autorizaciones administrativas, prevención del blanqueo de capitales, recogida y comunicación de datos a efectos fiscales, catastrales, urbanísticos, de política de vivienda y ocupación de suelo, de protección de la agricultura, de protección del medio ambiente, de ejercicio de los derechos de adquisición preferente de carácter público o privado, etc.) y la dación de fe de su contenido”.

3. Se recomienda que para la redacción de las escrituras matrices se utilicen aquellos soportes que fomenten la presencia física del notario y los otorgantes como son el soporte papel y el soporte electrónico por el procedimiento de firma sobre tablilla y encriptación mediante la firma electrónica del notario (UIN, 2016).

Las *conclusiones* también hacen hincapié en la seguridad informática, en la que se sustenta —al menos, en parte— la seguridad jurídica, al decir que

(...) en los países en que se opta por el soporte papel, se forme otro archivo o protocolo en soporte electrónico que sea reflejo de aquel y facilite la expedición de copias, la remisión de datos parametrizados, la consulta y, en su caso, la verificación de la vigencia del documento mediante la técnica del Código Seguro de Verificación, CS” (punto 5) (UIN, 2016).

En el apartado II, titulado “la copia electrónica y su inscripción en los registros” se insiste en la necesidad de fomentar el uso de herramientas tecnológicas para la expedición de copias en soporte electrónico; mas destaca la necesidad de contar con una regulación y medidas de seguridad adecuadas. En efecto se ha recomendado “1. [...] fomentar el uso de la copia en soporte electrónico y procurar, en su caso, las oportunas modificaciones legislativas en aquellos países en los que no se halle reconocida” (UIN, 2016).

A ello se agregó:

2. Para evitar la posibilidad del multiplicar ad infinitum las copias de la copia electrónica, lo que, lejos de aportar seguridad al tráfico generaría un caudal incontrolado de copias en manos de personas que pueden no ser el titular de las facultades o derechos que de las mismas resultan, se recomienda que las copias electrónicas con valor jurídico de documento auténtico equivalente a las correspondientes en soporte papel solamente puedan ser remitidas a otros notarios, autoridades judiciales o funcionarios de la Administración y que tales copias electrónicas solamente puedan pasarse a soporte papel por el propio notario autorizante, el notario destinatario o formando parte de los extractos de los expedientes administrativos (UIN, 2016).

A continuación recomienda el uso de un Código Seguro de Verificación o CSV. Este es, una clave de identificación del documento emitido telemáticamente, que lo dota de autenticidad en los diferentes ámbitos donde ha de ser utilizado. Esta sugerencia se realiza en los siguientes términos:

3. Para las personas con derecho a copia se recomienda la copia simple electrónica acompañada del Código Seguro de Verificación.
4. Se recomienda la implantación del sistema de Código Seguro de Verificación como complementario del archivo o protocolo electrónico o del reflejo electrónico del protocolo en soporte papel para acreditar la existencia y vigencia de un acto auténtico.
5. Se recomienda asimismo el empleo de los Códigos Seguros de Verificación de los actos auténticos contenidos en el protocolo electrónico o en el reflejo electrónico del protocolo en soporte papel para establecer la trazabilidad de la vida de los derechos o facultades contenidos en los mismos a fin de facilitar y mejorar la seguridad jurídica indispensable que debe proporcionar el notario.
6. Se recomienda el empleo de la copia parametrizada de las escrituras y la integración de los datos en los registros correspondientes, bajo la responsabilidad exclusiva del notario, respetando las normas nacionales (UIN, 2016).

El acápite IV trata “del archivo electrónico y su gestión”, reeditando la necesidad de adoptar medidas de ciberseguridad. Lo hace en los siguientes términos:

1. Se recomienda que en los países en los que se decida sustituir el protocolo en soporte papel, que ha demostrado su fiabilidad a lo largo de siglos, el archivo electrónico de escrituras públicas cumpla las siguientes exigencias: a) determinar de forma concreta un plazo mínimo de duración; b) contener una garantía de los proveedores que asegure la duración establecida; c) fijar los procedimientos de migración homologados de tal forma que no puedan suponer pérdida o alteración de la información ni puedan ser contestados en juicio; d) respetar las mismas reglas de confidencialidad y secreto profesional que en los archivos en soporte papel (UIN, 2016).

En los apartados III.2 y IV.2, consagra el principio de colaboración, caro a la deontología notarial. Esta colaboración debe ser con relación a los organismos notariales locales, pero también a escala internacional. Por consiguiente:

- III.2. Se recomienda asimismo facilitar el establecimiento de plataformas electrónicas de colaboración entre notarios a nivel internacional como, por ejemplo, el sistema EUFIDES.
- IV.2. Se recomienda: a) que las organizaciones notariales afronten de manera colectiva la ejecución de los archivos informáticos; b) que en el marco de una infraestructura común, los archivos de cada notario sean independientes y solamente accesibles por el notario autorizante, su sustituto o sucesor (UIN, 2016).

Finalmente, en el acápite V, relativo a “los servicios prestados por los notarios”, remite al uso de medios telemáticos o electrónicos para relacionarse con los clientes en tramites o servicios ajenos a la fe pública y que ingresen dentro de la incumbencia profesional del Escribano. Quedan comprendidos en ellos las gestiones administrativas, registrales y fiscales, tanto pre escriturarias como pos escriturarias.

V. PALABRAS FINALES

Es patente que la penetración 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 ello, las estructuras e instituciones jurídicas deben adaptarse e introducir las transformaciones que le permitan responder a las necesidades y brindar un servicio eficiente y seguro al ciudadano.

El nuevo paradigma conlleva a la paulatina sustitución del soporte papel por el electrónico. De allí que el Código Civil y Comercial de la Nación, siguiendo ese camino, ha consagrado los principios de libertad de soportes de los instrumentos particulares y la libertad de medios de reproducción de los instrumentos públicos.

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; de allí el valor de la seguridad informática.

Por último, las transformaciones dramáticas de lo tradicional hacia interacciones tecnológicas no pueden conmovir los principios funcionales y deontológicos del Notariado Latino. Por el contrario, los recursos telemáticos deben ser vistos herramientas al servicio de la profesión, que permiten el *aggiornamento* a la era digital, pero que en nada alteran el rol del Escribano, que es subjetivo, siendo su conocimiento y razonamiento jurídico irremplazables.

REFERENCIAS

- **Código Civil y Comercial de la Nación (2014).** 1ª Ed. Zavallá.
- Consejo Federal del Notariado Argentino (2016). *Pautas para el estudio del tema 2 del 28º Congreso Internacional del Notariado: “La escritura pública electrónica y la digitalización de los procedimientos”* (en línea). Recuperado el 02 de junio de 2018 de http://www.cfna.org.ar/documentacion/jornadas-2016/28-congreso-internacional-del-notariado_-_pautas-tema2.pdf
- **Falbo, S. (2017).** *Protocolo digital. Nuevas tecnologías y función notarial. (Otorgamiento del documento notarial digital, y circulación electrónica del documento notarial)*. Recuperado el 02 de junio de 2018 de http://www.cfna.org.ar/biblioteca_virtual/doc/PROTOCOLO%20DIGITAL.%20NUEVAS%20TECNOLOGIAS%20Y%20FUNCION%20NOTARIAL.pdf
- **Finkelievich, S. y Prince, A. (2011).** El Gobierno Electrónico como factor de desarrollo urbano-regional. *Avatares de la comunicación y la cultura*, N° 2 Re-

cuperado el 02 de junio de 2018 de ppct.caicyt.gov.ar/index.php/avatares/article/download/2239/2035

- **Giddens, A (1999).** *Consecuencias de la Modernidad*. España: Alianza editorial.
- **González, C. (1971).** *Derecho Notarial*. Buenos Aires: La Ley.
- **Oficina Notarial Permanente de Intercambio Internacional (2017).** *Conclusiones del Tema II (en línea)*. Recuperado el 02 de junio de 2018 de http://www.onpi.org.ar/documentos/congresos-notariales-internacionales/es/28-congreso-internacional-del-notariado_-_paris-2016.pdf.
- **Oficina Notarial permanente de Intercambio Internacional —ONPI— (2010).** *XIVª Jornada Notarial Iberoamericana. Punta Cana, República Dominicana*. Recuperado el 02 de junio de 2018 de <http://numbersapiens.com/pp/documentos/jornada-notarial-iberoamericana/es/XIV-jornada-notarial-iberoamericana.pdf>.
- **Oficina Notarial permanente de Intercambio Internacional —ONPI— (2014).** *XVIª Jornada Notarial Iberoamericana. Cuba. Pautas nacionales*. Recuperado el 02 de junio de 2018 de <http://numbersapiens.com/pp/documentos/jornada-notarial-iberoamericana/es/XVI-jornada-notarial-iberoamericana.pdf>.
- **Sáenz, C. y Schmidt, W. (2015).** El aporte de la función notarial a la aplicación de las nuevas tecnologías. En Arredondo Galván, X. & Barreiros Fernández, J., *El documento electrónico: un reto a la seguridad jurídica* (pp. 305-318). Madrid, España: Dykinson.
- **Unión Internacional del Notariado (2017).** *Estatutos*. Recuperado de <http://www.uinl.org/estatutos>.

BIOGRAFÍA

- **Abella, A. (2015).** Instrumentos públicos en el Código Civil y Comercial de la Nación Argentina. *Revista IUS*, 9(36), 359-387. Recuperado el 02 de junio de 2018, de http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-21472015000200359&lng=es&tlng=es.
- **Boletín oficial del Estado. España (27 de diciembre de 2001).** *Ley de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social [Ley 24 de 2001]*. Recuperado el 02 de junio de 2018 de <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2001-24965>
- **Puccetti, D. (1999).** El documento electrónico. *Revista Notarial*, 77. Recuperado el 02 de junio de 2018 de <http://escribanos.org.ar/rnotarial/wp-content/uploads/2015/07/RNCba-77-1999-06-Doctrina.pdf>

1 En España, por ejemplo, desde el año 2002, los notarios pueden autorizar instrumentos públicos en soporte electrónico con firma electrónica certificada, expedir copias electrónicas de las matrices que obran en sus protocolos, con valor de instrumento público, y emplear medios telemáticos en las diferentes gestiones que realizan. Al respecto puede consultarse la Sección 8 de la Ley N° 24/2002 (<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2001-24965>).

2 EUFides es una plataforma colaborativa compartida por los Notarios de Europa, esto es, un tipo de nube notarial segura que facilita que los notarios europeos trabajen con recursos telemáticos, mas allá de las fronteras.

LA UNIDAD DE ACTO EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL

THE UNIT OF ACT IN THE CIVIL AND COMMERCIAL CODE

CARLOS CONRAD

PALABRAS CLAVES: Unidad de Acto. Escritura Pública. Deberes Notariales. Procedimiento Notarial. Requisitos de Escritura Pública. Confección. Otorgamiento. Principios del Notariado Latino. Seguridad Jurídica

KEYWORDS: *Act Unit. Public deed. Notary Duties. Notarial procedure. Public Deed Requirements. Making. Award. Principles of the Latin Notary. Legal security*

SUMARIO

Introducción. II. El artículo 301. III. Un rápido repaso de la unidad de acto en la doctrina y legislación argentinas. IV. La excepción a la unidad de acto - Sus inconvenientes. V. Fórmulas escriturarias sugeridas.

SUMMARY

Introduction. II. Article 301. III. A quick review of the unity of act in Argentine doctrine and legislation. IV. The exception to the unit of act - Its drawbacks. V. Suggested script formulas.

I. INTRODUCCIÓN:

El Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante CCCN) legisla en forma concreta la unidad de acto, imponiéndola como requisito para toda escritura pública propiamente dicha, cuestión festejada en la doctrina notarial que dedicó mucho tiempo al estudio y caracterización de este requisito y, gracias a esa constancia, la unidad de acto se incorporó en algunas leyes notariales del país.

En estas breves líneas, abordaremos lo actualmente legislado sobre este particular requisito, deteniéndonos especialmente en la excepción que a la unidad de acto prevé la última parte del artículo 301 del CCCN, cuya utilización -a nuestro criterio- tiene algunos bemoles que nos inquietaron, despertaron nuestro interés y sobre los cuales quisimos ocuparnos.

II. EL ARTÍCULO 301

El artículo 301 del CCCN eleva a la categoría de norma, las técnicas de actuación u operaciones de ejercicio¹ que el Derecho Notarial se encargó de estudiar y profundizar a lo largo de muchos años. *“El artículo resume ‘in extenso’ una serie de deberes notariales descriptos en las leyes notariales respectivas, dando así lugar a la ubicación de los mismo de manera específica dentro de la legislación de fondo”*².

Al respecto enseña Orelle que: *“el texto introduce una estructura conceptual descriptiva del procedimiento notarial respecto del acto jurídico que otorgan las partes”*,³ cuestión reservada -hasta ahora- únicamente a las leyes notariales. La novel legislación, *“consagra un verdadero esquema parcial de la estructura del acto que el escribano debe desarrollar ejerciendo su función”*⁴. Es verdad, esta feliz incorporación no es completa, *“los recaudos que la ley establece no excluyen otras operaciones que el escribano debe realizar con carácter previo, tales como el debido asesoramiento a las partes, tarea que cumple en su carácter de profesional del Derecho pero inescindible del ejercicio de la función pública. Tampoco excluye otras características de nuestro sistema notarial: el previo requerimiento de las partes.”*⁵

Sin embargo, las carencias que pudiéramos reprocharle, no opacan el artículo 301 que, entre otros logros, refleja la esencia del instrumento notarial de tipo latino, *“su teleología atiende a los requisitos que debe reunir la confección, el otorgamiento y la autorización de una escritura pública que contenga uno o más actos jurídicos (art. 299, Cód. Civil y Comercial). Los principios del notariado de tipo latino de intermediación, calificación, encuadramiento legal y autoría del documento, con más la unidad de acto, se concretan en este texto legal,”*⁶ reafirmando así, las ventajas indiscutibles del sistema notarial latino. Si bien el texto es novedoso, coincidimos con Ventura cuando, al referirse a la obra de

1 Así los denominan entre otros GATTARI, Carlos Nicolás “Manual de Derecho Notarial”, 2ª Edición Abeledo Perrot p. 71 y ss y MARTINEZ SEGOVIA, Francisco “Función notarial” Delta, Paraná 1997, p. 224.

2 COSOLA, Sebastián Justo en “Código Civil y Comercial de la Nación Comentado”, RIVERA, Julio César – MEDINA, Graciela, Directores. 1ª Ed. La Ley Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2014 Tomo I p. 696.

3 ORELLE, José M. en “Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético” Dir. ALTERINI Jorge H. Coord. ALTERINI Ignacio Ezequiel. Ed. La Ley, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2015 Tomo II p. 507.

4 ORELLE, José M. en “Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético” Dir. ALTERINI Jorge H. Coord. ALTERINI Ignacio Ezequiel. Ed. La Ley, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2015 Tomo II p. 514.

5 D’ALESSIO, Carlos Marcelo, en “Código Civil y Comercial de la Nación comentado”, Dir. LORENZETTI, Ricardo Luis, Rubinzal – Culzoni Editores 1ª Ed. Santa Fe Tomo II, p. 166

6 ARMELLA, Cristina N. en “Código Civil y Comercial Comentado, Anotado y Concordado, Modelos de redacción sugeridos” CLUSELLAS, Eduardo Gabriel Ed. Astrea – FEN Editora Notarial, Buenos Aires, 2015 Tomo I p. 767

Vélez Sarsfield, expresa: *“El Código Civil argentino funciona básicamente presuponiendo un instrumento notarial auténtico, para lo cual adopta el sistema de tipo latino. Este sistema es el que sobresale por sus características y seguridad, lo que no constituye una apreciación tendenciosa o interesada de algún sector, sino que es fruto de una calificación científico jurídica, con un nutrido respaldo doctrinario y hasta histórico,”* y advierte el autor, *“obviamente para seguir manteniendo dicho prestigio, se hace necesario que los notarios tomen conciencia de la distinción que para ellos representa el estar incluidos y ser protagonistas de tan importante menester,”*⁷ y no creemos que exista mejor manera de tomar conciencia que convertir estos principios en ley.

La actual redacción del artículo 301 del CCCN, en lo que atañe a técnicas de actuación e incorporación de los principios del notariado latino, es una novedad que aplaudimos pues, esta incorporación es fruto del esfuerzo de la doctrina notarial que desarrolló esas técnicas, delineó esos principios teniendo siempre en la mira la seguridad jurídica.

II. UN RÁPIDO REPASO SOBRE LA UNIDAD DE ACTO EN LA DOCTRINA Y LEGISLACIÓN

La unidad de acto impone que la escritura pública se celebre sin interrupciones, de una sola vez, manteniendo unidad de tiempo y espacio. Para González, la unidad de acto *“significa cierta simultaneidad de circunstancias al instante de la lectura y firma de una escritura, derivadas de la voluntad de las personas intervinientes, de celebrar un acto jurídico válido.”*⁸

Gattari, por su parte, enseña que *“en la audiencia hay unidad de tiempo y de lugar, de acción y de personas”*⁹ y explica que respecto de las personas, todas deben hallarse en el mismo escenario; la unidad de acción existe porque hay intereses comunes convergentes y coherentes, formando parte de ella el rito formal que se compone por el otorgamiento de las partes integrado por la lectura, la firma y la autorización por parte del notario. Respecto de la unidad de tiempo establece la continuidad que se desplaza entre el otorgamiento y la autorización, y en cuanto a la unidad de lugar, se halla establecida en la propia notaría o su competencia territorial. Pelosi sostiene, que la unidad de acto *“constituye una ordenación del conjunto de requisitos necesarios para la formación de relaciones jurídicas, dentro del ámbito de la actividad notarial, que se integra mediante la simultaneidad de las circunstancias que, desde un momento determinado, han de concurrir en el otorgamiento de la escritura pública, y responde a un medio de conjunción para elaborar un todo que se manifiesta en la unidad de acción y personas”* y concluye: *“la obligación de cumplir con la unidad de acto, para las escrituras en general, sólo rige como norma de conducta en el ejercicio profesional o como deber disciplinario (...) sin que su inobservancia perjudique en modo alguno al instrumento, debiendo el escribano ser pasible de sanción. No puede olvidarse, sin embargo, que al no llevar constancia la escritura de la firma en distintos actos, se estaría frente a un falsedad ideológica”*¹⁰

En otras palabras, la unidad de acto implica que la comparecencia, lectura, firma y otorgamiento de la escritura, se produzcan en un mismo momento y cuya duración dependerá de su complejidad, configurándose únicamente con la concurrencia de todas las

7 VENTURA, Gabriel B. “Algunas reflexiones en torno a las bondades del notariado latino” <http://www.cea.unc.edu.ar/acaderc/doctrina/articulos/algunas-reflexiones-en-torno-a-las-bondades-del> (en este link al 26/07/2016)

8 GONZÁLES, Carlos Emérito “derecho notarial” La Ley Sociedad Anónima Editora e Impresora, Buenos Aires, 1971, p. 411

9 GATTARI, Carlos Nicolás “Manual de Derecho Notarial”, 2º Edición Abeledo Perrot p. 142 y ss.

10 PELOSI, Carlos A. “El documento notarial” Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Bs. As., 1980, p. 234 y ss

personas que suscribirán el instrumento y por ante el notario que autorizará el acto. En tal sentido, enseña Orelle que la unidad de acto se integra con los siguientes elementos: *"a) Presencia en conjunto de todos quienes intervienen incluido el oficial público; b) Cointervención en el acto (declaraciones, entregas, etc); c) Redacción coetánea del instrumento; d) Lectura, en su caso, correcciones y enmiendas; e) Lectura y f) Firma y autorización del escribano"*¹¹

Por ello, la unidad de acto y el principio de inmediatez, están íntimamente ligados, la primera es presupuesto del segundo *"porque uno de los que necesariamente debe estar presente es el notario."*¹² Una y otro son obligaciones funcionales cuyo incumplimiento provocará -como sostiene Pelosi- que el escribano sea pasible de sanciones disciplinarias, debiendo analizarse además y dependiendo de las circunstancias del caso, si se cometió falsedad ideológica¹³.

Obviamente que la unidad de acto no es una creación doctrinaria. Tanto el Código Civil subrogado y muchas leyes notariales argentinas¹⁴ regularon de diferente manera y extensión esta obligación funcional. Así, el Código Civil en su artículo 3667 establecía *"La entrega y suscripción del testamento cerrado, debe ser un acto sin interrupción por otro acto extraño, a no ser por breves intervalos, cuando algún accidente lo exigiere"* y en su nota y en la nota al artículo 3622 explicaba que se exigía la unidad de *"tiempo y acción"* porque de otra manera el pliego que contuviese el testamento podría ser cambiado.

Esta imposición del Código Civil, se extendió a las legislaciones que reglamentan el ejercicio de la función notarial aunque -claro está- no como requisito formal de validez del acto, sino como deber disciplinario, tal el caso de nuestra ley orgánica notarial (Ley 4183) en su artículo 48 que al respecto prescribe *"La lectura y firma de una escritura por las partes, testigos y escribano autorizante, deberá efectuarse en un solo acto. El escribano que contraviniera esta disposición haciendo firmar a las partes y testigos en actos diferentes o fuera de la presencia de unos y otros, se hará pasible de las sanciones previstas en la ley 4435,¹⁵ sin perjuicio de las demás responsabilidades en que pudiere incurrir."*

De esta manera, la legislación notarial cordobesa prescribe que el cumplimiento de la unidad de acto es un deber funcional cuya inobservancia es sancionada, e impone que la presencia requerida en ese único acto lo es, de las partes y testigos entre sí y de ellos con el notario, dejando claramente estipulado el principio de inmediatez arriba referido como inseparable de la unidad de acto.

Hoy, el artículo 301 del CCCN al prescribir que el escribano debe recibir por sí mismo las declaraciones de los comparecientes, sean las partes, sus representantes, testigos, cónyuges u otros intervinientes, y que las escrituras públicas deben extenderse en un único acto, reafirma esa conclusión subsumiendo inmediatez y unidad de acto en una sola norma.

Todos los principios contenidos en este artículo, más otros tantos diseminados en el resto de la legislación de fondo y leyes locales argentinas, forman parte de *"las solem-*

11 IORELLE, José M. en "Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético" Dir. ALTERINI Jorge H. Coord. ALTERINI Ignacio Ezequiel. Ed. La Ley, Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

12 GATTARI, Carlos Nicolás "Manual de Derecho Notarial", 2ª Edición Abeledo Perrot p. 144 y ss.

13 RIVERA, Julio Cesar "Instituciones de Derecho Civil", Parte General Tomo II, Tercera Edición Actualizada, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2004 p. 649 quien también advierte sobre la falsedad en estos casos.

14 Algunas de ellas muy antiguas como la ley 1893 de organización de los tribunales para la Capital Federal, sancionada en 1886 y cuyo Título XII regulaba -entre otras cuestiones- la actividad de los escribanos de registros y las escritura públicas. Vinculado a la unidad de acto y como dato anecdótico transcribimos el artículo 210 que rezaba "El otorgamiento de la escritura, firma de las partes, testigos y escribano, debe hacerse en un solo acto. El escribano que contraviniera a esta disposición, haciendo firmar a las partes o testigos en actos diferentes o fuera de la presencia de una y otras, será destituido, sin perjuicio de las demás responsabilidades en que podrá incurrir"

15 Con fecha 30/05/1979 se sanciona la ley 6291 (B.O. 04/06/1979) que reemplaza y deroga la ley 4435.

nidades” que caracterizan a los documentos notariales y que los hacen especialmente diferentes de todo otro instrumento público.

Este cúmulo de solemnidades no se identifica con la forma de los actos o negocios jurídicos, sino que conforman el procedimiento necesario para la elaboración de una escritura pública, pues *“el notario necesita sujetarse, antes de la firma y después de la firma, a una serie de normas adjetivas, formales, y que en su conjunto define al derecho notarial como derecho formal, lo que antes que nada quiere decir derecho que en sí es todo, colección de formalidades, esto es, forma y procedimiento, forma y no solo forma de los actos y contratos. La forma de los actos notariales se nos presenta más amplia, y más compleja que la forma del acto jurídico que se contenga en el instrumento”*¹⁶.

Las solemnidades en su conjunto, garantizan la seriedad y fidelidad del documento, su claridad, su autenticidad, facilitan la prueba, obligan a las partes a obrar con oportuna reflexión, etcétera; en síntesis y, como afirma Orelle citando a Flume *“la finalidad de las solemnidades se encuentra en la idea proteccionista,”*¹⁷ protección ésta que el ordenamiento jurídico deja en manos del documento notarial.

IV. LA EXCEPCIÓN A LA UNIDAD DE ACTO - SUS INCONVENIENTES

El artículo 301 del CCCN sienta el principio general, la regla: las escrituras públicas deben extenderse en un único acto, principio general que además -como quedó dicho- es una obligación funcional, que debe ser respetado por el notario en toda escritura pública.

Sin embargo, el propio artículo autoriza una excepción que corrobora la existencia de la regla: *“En los casos de pluralidad de otorgantes en los que no haya entrega de dinero, valores o cosas en presencia del notario, los interesados pueden suscribir la escritura en distintas horas del mismo día de su otorgamiento. Este procedimiento puede utilizarse siempre que no se modifique el texto definitivo al tiempo de la primera firma.”*

Esta excepción a la unidad de acto, fue reclamada por muchos autores como González, Pelosi, Giménez Arnau y Gattari, entre otros, sosteniendo que el respeto incondicional y absoluto a la unidad de acto, genera muchos inconvenientes a la hora de realizar negocios complejos que la vida actual y el tráfico jurídico moderno nos presenta y, sostenían *“alguna vez habrá que solucionar este problema en que la norma y la práctica y el hecho o realidad, dicen cosas distintas (no sólo en nuestro país sino en todos los de notariado latino, casi sin excepción). Cuando se profundice la investigación, posiblemente se logre fundamentar la supresión de muchos requisitos formales incumplibles, en la necesidad de dar mayores facultades al funcionario autorizante que debe gozar de elasticidad y confianza absoluta para la configuración del instrumento público”*¹⁸ *“La unidad de acto tendrá entonces la elasticidad suficientes en cuanto a la consideración del espacio de tiempo que prudencialmente considere el Escribano, para tener certeza de que las voluntades de los otorgantes se conjugaron armónicamente, durante el proceso de configuración del negocio jurídico que él tiene a su cargo”*¹⁹

El tema también fue tratado en el II Congreso Internacional del Notariado Latino celebrado en Madrid en el año 1950, donde se declaró *“que respecto de los actos entre*

16 NUÑEZ LAGOS, Rafael. Ponencia presentada en el 3º Congreso Internacional del Notariado Latino, París 1954

17 ORELLE, José M. en “Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético” Dir. ALTERINI Jorge H. Coord. ALTERINI Ignacio Ezequiel. Ed. La Ley, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2015 Tomo II p. 508.

18 GONZÁLES, Carlos Emérito “derecho notarial”. Ley Sociedad Anónima Editora e Impresora, Buenos Aires, 1971, p. 412

19 GONZÁLES, Carlos Emérito “Teoría General del Instrumento Público” Ediar Soc. Anón. Editores Sucesores de Compañía Argentina de Editores S.R.L., Buenos Aires, 1953, p. 217.

vivos, no es prudente fijar de manera absoluta la excepcional relevancia que a la unidad de acto le asigna la tradición jurídica universal, pues algunos textos legales admiten los otorgamientos sucesivos en el mismo instrumento o no sancionan su nulidad cuando se han otorgando con inobservancia de tal requisito."

Más aún, al elaborarse el anteproyecto de ley de documentos notariales para la República Argentina²⁰, se previó una excepción a la unidad de acto idéntica a la que hoy contiene el artículo 301 del CCCN y que ya contenía el Decreto Reglamentario 3887/98 de la Provincia de Buenos Aires y la Ley 404 para la Capital Federal. De allí que esta excepción resulta novedosa por tener acogida en la legislación de fondo, mas no por innovadora.

Aquel sector de la doctrina que sostuvo siempre la necesidad de legislar sobre el tema, ven satisfecha su inquietud con la sanción del CCCN, no obstante, y, como intentamos demostrar con el presente trabajo, su utilización deja muchos aspectos discutibles y sobre los que propiciamos reflexionar. La mala utilización de esta excepción, no exime al notario de sanciones o sospecha de falsedad ideológica, y aquella flexibilidad y elasticidad reclamada por la doctrina para el notario en pos de la velocidad y agilidad en el tráfico negocial, no se logra -a nuestro entender- con la redacción actual del artículo 301 *in fine*.

El texto del CCCN establece que, para que se configure un caso de excepción a la unidad de acto, es necesario: a) Pluralidad de otorgantes; b) Que no se entregue dinero, valores o cosas en presencia del escribano; c) Que los "interesados" quieran suscribir la escritura en distintas horas del mismo día y d) Que no se modifique el texto al tiempo de la primera firma. De tal manera, para saber cuáles son aquellos casos en los cuales puede verificarse la excepción, debemos diferenciar los "otorgantes" de los "interesados". Y en la misma línea argumental nace otro interrogante: de acuerdo al artículo 305 inciso f) ¿no es requerida la firma de los cónyuges, por estar excluidos de la nómina de este inciso?

Las preguntas formuladas, obviamente lo son, al sólo efecto de resaltar la falta de precisión y especificidad del lenguaje utilizado por el CCCN al respecto y cuyas respuestas serían perogrulladas, pues muchas de estas dificultades lingüísticas padecía también el Código Civil subrogado, lo que enderezó la doctrina interpretando sus normas y cuyas aclaraciones aún siguen vigentes, pudiendo aplicar aquellas soluciones al actual texto legal.

Sin embargo creemos necesario precisar los conceptos de "interesados" y de "otorgantes" por las razones ya apuntadas; esto es, para conocer quiénes son los facultados al uso de la excepción y a qué casos puede ella aplicarse.

González por ejemplo, define a la "parte" como *"cada uno de los sujetos intervinientes con idéntico interés ante el negocio jurídico instrumentado. En cada parte habrá uno o varios otorgantes"* e identifica a los "comparecientes" como *"los que se presentan ante el escribano asistiendo al otorgamiento ya sea como parte, o como concurrente. En el primer caso serán también otorgantes al integrar una de las partes"*²¹. Según lo expuesto por este autor las partes se identifican con los otorgantes, o al menos, con quienes integran una de ellas. Así, en una compraventa hay dos partes: comprador y vendedor, cada uno de ellos será también otorgante. De allí que otorgante es aquel de quien depende que el efecto jurídico del acto de que se trate se produzca, de tal manera -y siguiendo

20 GONZÁLES, Carlos Emérito "derecho notarial" Ley Sociedad Anónima Editora e Impresora, Buenos Aires, 1971, p. 417

21 NÚÑEZ LAGOS, Rafael, "Los esquemas conceptuales del instrumento público", Madrid, 1953 p. 56

con el ejemplo dado- en una compraventa los otorgantes serían los vendedores y compradores, y no lo serían los cónyuges o los testigos.

Núñez Lagos lo aclara de manera contundente: *"El otorga y el otorgamiento tiene, creo yo, un significado que trasciende del 'consiente', acuerda o concede, para subrayar el sujeto del deber, el autor de la obligación, el punto de imputación al que hay que referir el cumplimiento o incumplimiento de las obligaciones. (...) El otorgamiento tendría la significación de una proclamación de paternidad -del negocio y del instrumento- de los otorgantes; de igual forma, que la 'autorización' sería la asunción de la paternidad del instrumento por parte del notario"*²²

Habiendo determinado que el que otorga es el autor de la obligación, el centro de imputación respecto de quien debe y pueden cumplir o incumplir la obligación, su pluralidad determinará si el caso es o no objeto de la excepción a la unidad de acto. Despejado así este concepto, debemos concluir que para la norma del artículo 301 del CCCN los "interesados" son todos los comparecientes²³, incluidos los propios otorgantes. No obstante, y como lo destacaremos más adelante, no todos los "interesados" podrán firmar en diferentes momentos del mismo día, aún en actos de pluralidad de otorgantes y en los que no haya entrega de dinero, valores o cosas en presencia del notario. La naturaleza y circunstancias del caso y el criterio del notario, juegan un papel determinante.

Así, un instrumento que no configuraría un caso de excepción, sería un poder de administración otorgado por una persona con discapacidad auditiva. Si bien hay varios interesados; esto es, el otorgante y los testigos requeridos por el artículo 302 del CCCN, la pluralidad de otorgantes no se verifica. Pero sigamos con el supuesto del otorgante con discapacidad auditiva, aunque ahora imaginando que otorgará un instrumento con pluralidad de otorgantes -por caso, la constitución de una sociedad anónima- pudiendo concurrir a firmar uno de sus futuros socios por la mañana y otros a la tarde, pero el otorgante con discapacidad auditiva y los testigos deben concurrir juntos. No existe posibilidad alguna que válidamente concurren en forma separada y, de hacerlo, se desvirtuaría por completo el requisito impuesto por el artículo 304 del CCCN. Los testigos deben dar cuenta del conocimiento y comprensión del acto por parte del otorgante discapacitado y si ellos firmasen antes o después que aquel, la finalidad buscada con el requisito del testigo no se satisfizo²⁴. De allí que insistimos: la excepción, independientemente de verificarse los requisitos impuestos por el artículo 301 del CCCN, podrá aplicarse siempre y cuando la naturaleza del acto²⁵ y sus circunstancias así lo permitan, y el criterio del notario, así lo aconseje.

Determinado el caso en el cual cabe la excepción a la unidad de acto, y utilizada que ella fuera, los interesados firmarán en distintos momentos del mismo día, no pudiéndose alterar el texto del instrumento luego de la primera firma y, aunque la norma nada dice, debe dejarse constancia de ello en el cuerpo de la escritura²⁶ e, impuesta la firma del último interesado, el escribano lo autorizará con su firma y su sello.

Sin embargo, las vicisitudes del procedimiento no dejan de preocupar y en su desarrollo, el reproche al escribano por las partes o por la autoridad disciplinaria puede acontecer y de allí nuestra férrea advertencia en la utilización de esta excepción.

22 NÚÑEZ LAGOS, Rafael, "Los esquemas conceptuales del instrumento público", Madrid, 1953 p. 56

23 Tal lo destacan los Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial "se indica que la expresión comparecientes, que es propia del lenguaje notarial, abarca a las partes, testigos, cónyuges u otros intervinientes del acto"

24 En igual sentido e incorporando como ejemplo, al testigo a ruego, ARMELLA, Cristina N. en "Código Civil y Comercial Comentado, Anotado y Concordado, Modelos de redacción sugeridos" CLUSELLAS, Eduardo Gabriel Ed. Astrea - FEN Editora Notarial, Buenos Aires, 2015 Tomo 1 p. 771

25 Por su naturaleza, es de imposible aplicación la excepción a la unidad de acto, en el testamento por acto público.

26 De lo contrario, tal como sostienen Pelosi y Rivera a quienes ya citamos, el notario cometerá falsedad Ideológica.

La norma dice que no puede modificarse el texto luego de la primera firma²⁷, por tanto no se podrán incorporar testados, entrelineados, soberraspados o ningún tipo de salvados intentando corregir - por ejemplo- el nombre, el número del documento de identidad, la fecha de nacimiento, CUIT, CUIL, o cualquier otro dato que detectemos mal consignado durante la lectura de la escritura al segundo o ulterior otorgante, corrección que se hace fácilmente si todos estuvieren presentes.

En un acto escriturario donde todos los comparecientes están presentes, si durante la lectura de la escritura alguno de ellos nos advierte la existencia de algún error, disculpas mediante, el escribano procede a corregirlo, salvándolo de puño y letra al final de la escritura y, de no haber más yerros, firmarán todos y el notario lo autorizará. Todo fluye sin mayores inconvenientes. Pero si el procedimiento se encuentra inmerso en la excepción que habilita el artículo 301 del CCCN, ante el error detectado en la lectura al segundo o ulterior firmante, las disculpas del notario de nada valdrán.

La escritura así labrada, tendrá que ser anulada pues no podremos enmendar el yerro porque modificaríamos el texto ya firmado por el primer interesado, cuestión expresamente prohibida por el artículo en estudio. Es probable que nuestros requirentes sean piadosos y no tengan problemas en volver otro día y concluir lo que, por error del notario, no pudieron concluir. Pero también y aun mediando piedad, el primer firmante pudo haber emprendido un viaje -motivo por el cual vino primero y muy temprano- no previendo regresar sino hasta dentro de un mes y, justamente, el instrumento en cuestión resulta ser un poder para pleitos que su abogado debe utilizar para evitar el vencimiento de un plazo fatal que operará al día siguiente.

Es posible que el lector se mofe del ejemplo, pero nuestra intención no es hacer un relato fatalista -aunque de acontecer probable- sino dejar claramente expuesto que en tal situación, el escribano deberá responder por los daños y perjuicios que la imposibilidad de celebrar el acto le acarree a sus requirentes. El error fue cometido por el notario y ante él, nada podrá hacerse por imperio del artículo 301 in fine del CCCN. La escritura debe anularse.

La ley 4183, ley orgánica notarial de Córdoba, como tantas otras leyes notariales del país, obliga al notario a dejar constancia del motivo por el cual se anula una escritura y ésta también será una ardua tarea, pues el relato que justifique la anulación, será sin dudas extenso, pues debe describir lo sucedido sin falsear.

Por tanto deben descartarse, como justificativos de anulación, el error de impresión, pues la escritura ya está suscripta por uno de los comparecientes y la incomparecencia o desistimiento de una de las partes, pues ello no responde a la realidad de lo acontecido. Habrá entonces que hacer todo un relato extenso e incómodo manifestando la realidad de los hechos y asirse a las consecuencias, dentro de las cuales se encuentra el deber de explicarle al primer firmante que el acto no pasó, a pesar de que salió de la notaría con la tranquilidad de haber celebrado el acto en tiempo y forma.

Similar situación se presentará si luego de la firma del primero, alguno de los restantes interesados no comparece a firmar durante el mismo día, al marcar el reloj la media noche, la escritura será nula en virtud de lo dispuesto por el artículo 290 del CCCN que requiere de la firma de las partes como condición de validez del instrumento público, no pudiendo valer tampoco como instrumento privado en virtud de lo prescripto por

27 Advértase que la norma habla simplemente de modificar el texto sin discriminar si lo modificado es esencial o no, por tanto resulta inaplicable la doctrina del artículo 294 del CCCN que se refiere a partes esenciales

el artículo 294 del CCCN *in fine* que reza: “*El instrumento que no tenga la forma debida vale como instrumento privado si está firmado por las partes*”.²⁸

Como vemos, la posibilidad de reproches en la actuación del notario, tanto disciplinarios como civiles, sigue latente. Ya hemos señalado que el artículo 301 del CCCN, dado el supuesto de hecho previsto como excepción, otorga a los “interesados” la facultad de firmar en distintos momentos del mismo día; son ellos quienes pueden hacer uso de la opción, no el notario. El escribano *siempre* debe cumplir con el principio de unidad de acto que -como quedó dicho- es la regla y, además, un deber funcional. El autorizante, por su sola voluntad, no puede determinar que este o aquel acto se firmará obviando la unidad de acto. Esta decisión es de los interesados quienes así deben requerirlo al notario²⁹.

Ni el notario, ni las partes, pueden verse sorprendidos al momento de celebrar el acto escriturario con la ausencia de alguno de los firmantes. Tanto uno como otro, se preguntarán -y con razón- a qué se debe la ausencia, pues ella puede responder al ejercicio de la excepción, como bien puede responder a que el ausente desistió del acto. No será la desconfianza sino la prudencia lo que impedirá al escribano otorgar el acto, aun cuando el primer interesado afirme que el resto lo hará después.

A nuestro entender, para autorizar una escritura pública sin respetar la unidad de acto, el notario debe ser expresamente requerido en tal sentido; esto es, que los interesados informen al autorizante que acudirán a firmar el instrumento en distintas horas del mismo día y deja constancia de todo ello en el cuerpo de la escritura. De tal manera, el escribano, calificará si el acto tiene pluralidad de otorgantes y no se entregan cosas o valores en su presencia; podrá asesorar a las partes de las consecuencias que la inasistencia de alguno de ellos produce sobre la validez del acto, y redactará el texto del documento de acuerdo a esta solicitud³⁰.

Esta interpretación que proponemos de la unidad de acto y su excepción previstas en el artículo 301 del CCCN, tiene como finalidad mostrar una técnica de actuación segura, ajustada a derecho y que evite, ante las vicisitudes relatadas, los reproches disciplinarios y eventuales reclamos civiles que por su errada actuación pudieran efectuarle.

Insistimos: no es nuestra preocupación aquí la validez del instrumento, pues ni ahora ni durante la vigencia del código subrogado, la inobservancia de la unidad de acto, acarrea la nulidad de la escritura. Nuestra preocupación, nuestra inquietud y sobre lo que propiciamos reflexionar -tal lo intentado en estas líneas- es el camino a recorrer para llegar a la celebración de la escritura pública utilizando la excepción a la unidad de acto, buscando que ese recorrido sea lo más seguro para las partes y el notario.

28 No compartimos lo propuesto por Lambert al sostener que se podría, en el caso que algunos de los expresados en el comparendo no firme la escritura, dejar previsto de antemano esta circunstancia en el texto de misma y advirtiendo que igualmente valdrá para los restantes que si firmaron. La redacción propuesta por este autor es la siguiente “para su firma en distintos momentos de este mismo día, con garantía de preservación del texto tal como queda redactado, con excepción de la supresión de aquellos consignados en esta comparencia que no lo hubieren hecho en la fecha, circunstancia que se hará constar antes de la autorización” LAMBERT, Rubén Augusto “La Escritura Pública” Fundación Editora Notarial, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires. 2003, Tomo II p. 10

29 En contra y por sostener que esta excepción puede utilizarse aún si el escribano no sabe que los interesados concurrirán en distintas horas del mismo día ARMELLA, Cristina N. en “Código Civil y Comercial Comentado, Anotado y Concordado, Modelos de redacción sugeridos” CLUSELLAS, Eduardo Gabriel Ed. Astrea – FEN Editora Notarial, Buenos Aires, 2015 Tomo I p. 772

30 Las dudas al respecto se habría disipado si, al igual que el artículo 80 de la ley 404, se hubiese previsto en el artículo 301 del CCCN, que de todo ello debe dejarse constancia en el protocolo.

V. REDACCIÓN ESCRITURARIA SUGERIDA

Si pudiésemos rechazar el uso de esta excepción, así lo aconsejaríamos, pero ello implicaría negar injustificadamente el servicio notarial, pues la norma prevista en el artículo 301 del CCCN está vigente, el uso de la excepción es legal y los notarios podemos ser requeridos para ello en cualquier oportunidad, por tanto, es conveniente estar preparados. Sin embargo, a pesar de todo las vicisitudes arriba expuestas e independientemente de otras cláusulas y redacciones escriturarias posibles que cada notario adopte de acuerdo a su criterio y creatividad, proponemos, en primer lugar, el siguiente comparendo:

ESCRITURA NÚMERO UNO:

En la ciudad de Córdoba, Capital de la Provincia del mismo nombre, República Argentina, a VEINTE días del mes de JULIO del año DOS MIL DIECISÉIS, ANTE MÍ, Carlos Conrad, escribano autorizante, TITULAR del Registro Notarial número 41, **COMPARECEN** los señores "A" (todos sus datos), "B" (todos sus datos) y "C" (todos sus datos) quienes oportunamente suscribirán la presente, en virtud de lo previsto en el artículo 301 del Código Civil y Comercial de la Nación, por así haberlo requerido y en el orden que se detallará al final

De esta manera, queda claro que los interesados requirieron al notario suscribir la escritura usando la excepción a la unidad de acto autorizada por el artículo 301 del CCCN y asumieron todas las consecuencias que la incomparecencia de alguno de ellos provoca sobre el acto, pues así los debe asesorar e informar el autorizante, pudiendo anularse la escritura manifestando simplemente: "anúlase la presente escritura por incomparecencia del señor A, B o C", dependiendo del caso, siendo ésta, una explicación suficiente a los efectos de cumplimentar acabadamente con lo requerido por la legislación notarial, atenuándose así y, a nuestro entender, muchos de los problemas ya relatados.

En segundo lugar proponemos que, una vez finalizado el texto de la escritura, se consignen las siguientes notas que deberán insertarse antes de la firma de cada uno de los interesados:

Siendo las dieciocho horas del día de la fecha, comparece el señor "A" a quien leo el contenido de la presente escritura y la firma de conformidad, haciéndolo oportunamente los señores "B" y "C" en virtud de lo requerido y expresado en el comparendo de la presente

Firma "A"

Siendo las diecinueve horas del día de la fecha, comparece el señor "B" a quien leo el contenido de la presente escritura y la firma de conformidad, haciéndolo oportunamente el señor "C" en virtud de lo requerido y expresado en el comparendo de la presente

Firma "B"

Finalmente, para la nota que correspondería a la firma del último de los interesados, proponemos como texto el siguiente:

En virtud de lo requerido y expresado en el comparendo de la presente, siendo las veinte horas del día de la fecha, comparece el señor "C" a quien leo el contenido de la presente escritura y la firma de conformidad, todo por ante mí de lo que doy fe

Firma "C" ; Firma del escribano y sello

Entendemos que con el comparendo propuesto y estas notas, se cubren todos los requisitos de la norma quedando todo el relato plasmados en el cuerpo de la escritura evitando, asimismo, reproches de contradicciones dentro del mismo texto o sospechas de falsedades.

En una línea similar de pensamiento y al referirse a lo legislado por el Decreto Reglamentario 3887/98 de la Provincia de Buenos Aires y el artículo 80 de la ley 404 de la Capital Federal, Lamber propone la siguiente redacción *"comparecen... (descripción de las personas y datos) quienes toman conocimiento de que la presente escritura será suscripta en los términos del... (art. 107 del dec. 3887/98 para la Prov. de Bs. As. o art. 80 ley 404 para la Capital Federal), para su firma en momentos distintos de este mismo día, con garantía de preservación del texto, tal como queda redactado..."*³¹

El tiempo dirá si la incorporación de esta excepción, tan reclamada por un importante sector de la doctrina notarial, aportará agilidad al tráfico jurídico o si, por el contrario, lo entorpecerá.

31 LAMBERT, Rubén Augusto "La Escritura Pública" Fundación Editora Notarial, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, 2003, Tomo II p. 1

NEGOCIOS PRELIMINARES, UNA NOVEDOSA INCLUSIÓN DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN EN LA TEORÍA GENERAL DEL CONTRATO

PRELIMINARY CONTRACT, A NOVEL INCLUSION OF CIVIL AND COMMERCIAL CODE NATION IN THE GENERAL THEORY OF CONTRACT

ALEJANDRO E. FREYTES³²

RESUMEN

El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación introdujo modificaciones trascendentes al régimen del Código Civil de Vélez Sarsfield en la teoría general del contrato, incorporando figuras novedosas que ya habían sido receptadas desde hace mucho tiempo en la doctrina nacional y legislaciones extranjeras.

PALABRAS CLAVE: Código Civil y Comercial - Contratos- Contratos preparatorios - Promesa - Opción - Preferencia.

KEYWORDS: *Civil and Commercial Code - contracts- preparatory contracts - Promise - option - Preference.*

SUMARIO: The new Civil and Commercial Code of the Nation transcendent introduced amendments to the Civil Code of Velez Sarsfield regime in the general theory of contract, incorporating innovative figures that had been long known in the national law and international law.

³² Profesor Titular Interino de Derecho Privado III en la Facultad de Derecho UNC, Profesor Titular y Tutor Superior de Derecho Civil III y Notarial II en la Facultad de Derecho de la UBP, Prosecretario Académico de la Facultad de Derecho de la UNC, miembro del Instituto de Derecho Civil de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Correo electrónico: afreytes@fibertel.com.ar.

I. NOCIÓN

Se denominan contratos preliminares a aquellos que imponen la obligación de celebrar otro en el futuro y de realizar las actividades de cooperación que fueren menester para consumarlo.

En el antiguo derecho romano recibieron el nombre de pactum de contrahendo, y en el desarrollo continental posterior se los conoció bajo distintas denominaciones, por ejemplo precontrato en Alemania (*vorvertrag*), antecontrato en Francia (*avant contract*) promesa en España y Portugal (*contrato promessa*). De todas ellas, la que refleja con más precisión el carácter preparatorio e instrumental de la figura es la denominación italiana (*preliminare*) que se ha convertido en la acepción más usada en la doctrina³³.

Pese a sus antiquísimos antecedentes, la especie no consiguió consagración legislativa hasta el siglo XIX, rescatado por el Código Civil Austríaco de 1811, cuyo Art. 936 lo previó de modo expreso, seguido mucho después por el C. Civil Suizo de las Obligaciones (Art. 22), el C. Civil Italiano (Arts. 1351 y 2932) y el C. Civil Portugués (Arts. 410 y 830). En América, lo han consagrado el C. Civil Mexicano (Arts. 2243 a 2246), el C. Civil Boliviano (Art. 463) y el C. Civil Peruano (Arts. 1414 a 1425), entre otros³⁴.

En los proyectos de reforma al Código Civil de Vélez Sarsfield se advierten previsiones en el Proyecto de Unificación de 1987 (Art. 1156, párrafo 1), en el Proyecto de la Comisión designada por el PEN de 1992 (Art. 869, primera parte) y en el Proyecto de 1998 (Art. 934).

II. DISCUSIONES SOBRE SU VIABILIDAD

El contrato preliminar ha generado desde antaño interminables discusiones no solo relativas a la posibilidad de su celebración sino también referidas a su utilidad y a la forma de su instrumentación.

En el ámbito de los contratos consensuales se ha pensado que resulta inadmisble consentir en consentir, esto es, formular un acuerdo sobre un consentimiento futuro, pues admitir la posibilidad de obligarse equivale sin más a obligarse, y en consecuencia, se impone cumplir las obligaciones de ese contrato en ciernes que necesariamente debe perfeccionarse. Además, la promesa de un consentimiento futuro colisiona con el inconveniente de que el consentimiento contractual es incoercible, pues nadie puede ser obligado a contratar, ni tampoco puede suplirse al remiso por obra del juez o de la sentencia.

Desde un punto de vista más estrictamente teórico, también se ha objetado la admisibilidad del preliminar de los contratos reales advirtiendo que ambos -preliminar y definitivo- tendrían como contenido un consentimiento idéntico en los dos supuestos: que se entregue y se restituya la misma cosa u otra de su misma especie y cantidad. Tal equivalencia torna estéril su diferenciación, y consecuente con ello, su utilización.

Finalmente, y en cuanto a su instrumentación, se objetó que si se permitiere perfeccionar al preliminar bajo cualquier forma, se abriría una brecha que por vía indirecta, eludiría los preceptos que imponen formas sustanciales al definitivo, sorteando las habituales sanciones de ineficacia y nulidad previstas en estos casos.

33 Señala J. ALGUER, Para la crítica del concepto de precontrato, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1935, p. 322 y 427, que fue el alemán DEGENKOLB el primero que abordó de modo sistemático el estudio de esta categoría jurídica en Zur Lehre von Vorvertrag, Archiv. Fur die Civilistische Praxis, nº 71, 1887, p. 2.

34 Una pormenorizado relevo de la legislación comparada en la materia, informa el Prof. L. MOISSET DE ESPANES, Notas sobre el precontrato (Antecedentes de derecho comparado), LL, 1990-D-775, Sección Doctrina, y LLC, 1990-283.

Sin perjuicio de los reparos apuntados, lo cierto es que la doctrina mayoritaria es ampliamente favorable a la admisibilidad del contrato preliminar, apoyada en un doble motivo: por un lado es dable diferenciar el perfeccionamiento inmediato y actual de un contrato, de la promesa de concluir uno en el futuro, y por otro, resulta evidente la utilidad y eficacia práctica que presentan los preliminares al asegurar la celebración posterior de un negocio que por variadísimas circunstancias podría no celebrarse inmediatamente, o presentarse conveniente posponerlo para tiempos ulteriores³⁵.

III. CARACTERIZACIÓN

El Código Civil de Vélez Sarsfield no contenía ninguna norma que refiriese al contrato preliminar con carácter genérico. Sin embargo, la doctrina más esclarecida³⁶ En la segunda etapa, opera la verificación y efectiva celebración del contrato definitivo, que ocurre por voluntad espontánea de los otorgantes o por vía de ejecución compulsiva de la obligación de hacer que han asumido en la primera.

Desde esa perspectiva, no hay duda alguna que el preliminar es un contrato perfecto que se presenta como un negocio dotado de todos sus elementos esenciales, caracterizado por su peculiar y singular objeto que entraña celebrar otro contrato posterior que él prevé y regula.

Pero es además, es un negocio autónomo pues tiene una naturaleza jurídica distinta del ulterior, aun cuando prepara su conclusión, media entre ambos un nexo de innegable vinculación funcional, y encuentra en este último la razón de ser de su existencia.

Como se ha dicho con singular agudeza³⁷ cuando se celebra un contrato preliminar se ponen en movimiento dos contratos perfectos y distintos de los cuales el segundo constituye el cumplimiento de la obligación de contratar asumida en el primero.

Finalmente, se trata un contrato bilateral en el que ambas partes asumen recíprocamente la obligación de celebrar el contrato definitivo. Aunque se haya sostenido la posibilidad de que pueda asumir el carácter unilateral, esto es, presentarse como un negocio en el que una sola de las partes asume dicha obligación y la otra quede en libertad de hacerlo o no, estimamos que tal especie, aunque teóricamente admisible, no tiene manifestaciones prácticas y se presenta indiscutiblemente confundida con el contrato de opción al que haremos referencia en los párrafos siguientes³⁸.

El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación ha destinado las Secciones 4ta. y 5ta. del Capítulo III, Título II, Libro III a regular estas especies contractuales, destinando a su previsión los Arts. 994 a 999. Constituye sin lugar a dudas una acertada previsión que ha colmado una laguna legislativa en el derecho privado nacional.

35

36

37 FONTANARROSA, R. Derecho Comercial Argentino. Doctrina General de los contratos comerciales, Zavalia, Bs. As., 1969, p. 84 n° 1; MOSSET ITURRASPE, J. Contratos, Rubinzal Culzoni, Santa Fe 1995, p. 134; LOPEZ DE ZAVALIA, Teoría de los Contratos. Parte general, Zavalia, Bs. As. 1984, p. 91 y ss.; SOZZO, G. Antes del contrato. Los cambios en la regulación jurídica del periodo precontractual. Lexis Nexis, Bs. As., 2005. En la doctrina extranjera, MESSINEO, F. voz Contratto preliminare, contratto preparatorio e contratto di coordinamento, en Enciclopedia del Diritto, tomo X, p. 166; FORCHIELLI, P. voz Contratto preliminare, en Novissimo Digesto Italiano, Utet, Torino, 1968, tomo V, p. 693; ALGUER, J. Para la crítica del concepto de precontrato, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1935, p. 321 y 427; ROMAN GARCIA, A. El precontrato. Estudio dogmático y jurisprudencial, Montecorvo, Madrid, 1988, entre muchos otros.

38 APARICIO, J. M. Contratos. Parte General, Hammuabi, Bs. As., 1997, tomo 1, p. 339.

El primero de ellos expresa: Art. 994. *Disposiciones generales. Los contratos preliminares deben contener el acuerdo sobre los elementos esenciales particulares que identifiquen el contrato futuro definitivo. El plazo de vigencia de las promesas previstas en esta Sección es de un año, o el menor que convengan las partes, quienes pueden renovarlo a su vencimiento.*

La norma es concordante con los Arts. 957, 958 y 969 del mismo cuerpo legal y tiene como antecedentes al Art. 1156 párrafo 1 del Proyecto de Unificación de 1987; Art. 869 primera parte del Proyecto de la Comisión designada por el PEN de 1992 y Arts. 934 a 936 del Proyecto de Unificación 1998.

La disposición transcripta impone al contrato preliminar dos condiciones: que contenga los elementos esenciales particulares que identifiquen el contrato futuro, y que fije un plazo máximo de vigencia que no puede exceder de un año, u otro menor que convengan las partes, quienes pueden renovarlo a su vencimiento.

De allí entonces que el contrato definitivo deba estar perfectamente identificado en el preliminar, sin posibilidad alguna de omisiones o confusiones a su respecto, con previsión especial de sus elementos estructurales generales y especiales, expresados de la manera más minuciosa posible. El recaudo resulta de una indiscutible sensatez para evitar ulteriores discrepancias entre los otorgantes.

Pero además, es imprescindible que el preliminar tenga de un plazo para el otorgamiento del definitivo, y aunque pueda discutirse el término fijado³⁹, nos parece congruo con las características de la figura el término anual. Otro más o menos extenso, hubiere atentado contra la disponibilidad de tiempo que las partes han estimado necesario para reflexionar sobre la consumación del definitivo, haciendo perder el interés de las partes o desincentivando su perfeccionamiento.

El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación ha destinado las Secciones 4ta. y 5ta. del Capítulo III, Título II, Libro III a regular estas especies contractuales, destinando a su previsión los Arts. 994 a 999. Constituye sin lugar a dudas una acertada previsión que ha colmado una laguna legislativa en el derecho privado nacional.

Pero además, es imprescindible que el preliminar tenga de un plazo para el otorgamiento del definitivo, y aunque pueda discutirse el término fijado⁴⁰, nos parece congruo con las características de la figura el término anual. Otro más o menos extenso, hubiere atentado contra la disponibilidad de tiempo que las partes han estimado necesario para reflexionar sobre la consumación del definitivo, haciendo perder el interés de las partes o desincentivando su perfeccionamiento.

Solo luego del vencimiento del plazo convenido, es posible considerar en mora a los obligados a perfeccionar el contrato posterior, y podrán entonces ponerse en marcha los mecanismos para obtener el cumplimiento forzado del definitivo o la resolución del preliminar con las consecuencias propias de la responsabilidad por incumplimiento contractual. Si la prestación que se comprometió en el definitivo hubiere devenido de imposible cumplimiento, solo resta la acción de reparación de los daños y perjuicios por el incumplimiento del preliminar.

39 En la doctrina italiana se ha distinguido al preliminar bilateral del unilateral, intentando diferenciarlos, Vid. BIANCA, M. Diritto Civile. Il contratto. Giuffrè, Milano, 2000, tomo 3, p. 183; en la nacional, SANTARELLI, F. El perfeccionamiento del contrato y su calificación. Contratos, precontratos, acuerdos marco, LL, 2005-B, 885.

40 Algunos lo han considerado demasiado breve, NICOLAU, N. Contratos preliminares. La promesa de celebrar y el contrato de opción, Revista de Derecho Privado y Comunitario. Problemática Contractual. Contratos en general, Rubinzal Culzoni, 2014-1, p. 393 y ss.; otros más terminantes como APARICIO, J.M. su ponencia ante las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Bahía Blanca, 1 al 3 de octubre de 2015, Comisión 4ª "Formación progresiva del contrato: tratativas y pactos preliminares", afirma que no puede limitarse la autonomía de la voluntad a través de una norma imperativa que fija un plazo máximo demasiado exiguo, que ya fue eliminado de la fuente de la que se lo tomó -los Arts. 1416, 1417 y 1423 del C. Civil peruano, seguido por el Art. 934 3er párrafo del Proyecto de Reformas al C. Civil Argentino de 1998- por haberse tornado en una traba inútil, injustificada y perjudicial, proponiendo en su defecto, que se deje librado a la voluntad de las partes fijar el plazo que estimen conveniente a sus intereses, y en caso de silencio, proponerlo anual.

El plazo anual que es de caducidad y resulta aplicable –en razón de la ubicación del precepto en el nuevo cuerpo normativo– tanto a la promesa de celebrar un contrato futuro –el contrato preliminar per se– como al contrato de opción, puede ser renovado por las partes a su vencimiento. Con ello se impide pactar la renovación automática, otorgando a las partes solo la posibilidad de alargar el plazo si se manifiestan de modo expreso en ese sentido. Con tal cortapisa se persigue dar estabilidad y seguridad a los derechos y obligaciones que emergen del preliminar, impidiendo que permanezcan inciertos por largos periodos, y evitando las naturales consecuencias perniciosas de una falta de consumación en tiempo razonable.

Dentro del género de los contratos preliminares, el Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación ha distinguido dos especies: la promesa de celebrar un contrato (Art. 995) y el contrato de opción (Art. 996).

III A. PROMESA DE CELEBRAR UN CONTRATO

La primera especie contenida en el Art. 995 del nuevo diseño expresa: *Promesa de celebrar un contrato. Las partes pueden pactar la obligación de celebrar un contrato futuro. El futuro contrato no puede ser de aquellos para los cuales se exige una forma bajo sanción de nulidad. Es aplicable el régimen de las obligaciones de hacer.*

La norma es concordante con los Arts. 957 que define al contrato y 773 a 778, 958, 1015, 1017 y 1018 del C. Civil y Comercial y tiene como antecedentes los Arts. 1185 y 1187 del C. Civil; Art. 1156 del Proyecto de Unificación de 1987; Arts. 934 y 935 del Proyecto de Unificación de 1998.

1. Noción. Como una variante del contrato preliminar, la norma regula la denominada “promesa de contrato” expresión desaconsejable, –pese a que trasunta con claridad que las partes asumen la obligación de consumir en el futuro un contrato definitivo–, pues provoca confusiones con las etapas precontractuales, en especial con la oferta. Es que los preliminares no se ubican en el periodo precontractual ni constituyen una manifestación de las tratativas previas encaminadas a consumir el acuerdo aún en ciernes. Durante las tratativas las partes no asumen ninguna obligación respecto al perfeccionamiento de un contrato, –aun cuando puedan eventualmente deberse daños y perjuicios por una ruptura intempestiva de las mismas– en el preliminar en cambio, el acuerdo es autónomo, acabado y definitivo. Ya anticipamos que la terminología italiana, convertida en clásica en la materia, –preliminar a secas–, es la que mejor traduce el carácter preparatorio e instrumental de la figura.⁴¹

Para reforzar la idea expuesta, el texto comentado dispone que las partes pueden pactar la obligación de celebrar un contrato futuro y declara aplicables al caso el régimen de las obligaciones de hacer.

La promesa de contrato o simplemente el contrato preliminar a secas, entraña entonces una afectación a la autonomía de las partes restringiéndola en sus dos aspectos esenciales, la libertad de contratar y la libertad contractual, circunstancia ésta que dio motivo a algunos doctrinarios para abordar el estudio del contrato de promesa como una restricción a ese liminar principio contractual o como una manifestación de la masificación

41 La doctrina ha distinguido, sin embargo, los contratos preliminares de los preparatorios, sosteniendo que los primeros tienen una existencia precaria hasta el perfeccionamiento del contrato definitivo, mientras que los segundos tienen una duradera, pues constituyen un marco regulatorio de eventuales contratos futuros. Así se entiende que los preparatorios no obligan a la celebración de contratos futuros a diferencia de los preliminares, pero si se celebraran deben respetar las directivas del preparatorio. Véase las consideraciones de NICOLAU, N. Contratos preliminares. La promesa de celebrar y el contrato de opción, Revista de Derecho Privado y Comunitario. Problemática contractual. Contratos en general, Rubinzal Culzoni, 2014-1, p. 394 y ss.

negocial⁴². La tesis no es desacertada si se repara en que desde la celebración de la promesa los contratantes no gozan ya de la posibilidad de elegir entre contratar o no hacerlo, pues están obligados a perfeccionar el contrato definitivo, y tampoco gozan de absoluta libertad de configuración interna pues el contenido del definitivo está ya inserto en el preliminar.

Sin embargo, no puede considerarse a la promesa como un negocio forzoso o impuesto, desde que los otorgantes han prestado libremente su consentimiento al obligarse en el primitivo negocio. Sin tal aquiescencia no existiría el acuerdo posterior. Por ello no resulta indispensable renovar el consentimiento ya prestado, que queda enteramente satisfecho al acordar la promesa⁴³.

Esta especie de preliminar, según la presentación de la sección 4ª. del capítulo 3 que comentamos, constituye en realidad un contrato definitivo por cuanto las partes han fijado ab initio los elementos esenciales particulares del contrato definitivo, y aunque lo califiquen como preliminar, en realidad perfeccionan el definitivo, porque han logrado acuerdo sobre sus elementos esenciales y accidentales pese a que pueda faltar algún detalle baladí impuesto por la ley o por voluntad de las partes. Allí reside la utilidad práctica de la figura.⁴⁴

2. Carácter formal del contrato definitivo. Respecto de la forma, entendida como el conjunto de solemnidades que deben respetarse al tiempo de la celebración del acto, el principio general para el contrato preliminar es el la libertad de formas, regla genérica que el nuevo diseño dispone para todos los contratos en general (Art 1015 CCCN).

Pero si el contrato definitivo es formal solemne, es decir de aquellos para los cuales la ley exige una solemnidad expresa (Art. 1017 CCCN), no podría celebrarse a su respecto, un contrato preliminar. Aceptar lo contrario, sería permitir por vía de un rodeo inadmisibles, sortear la prohibición formal impuesta por la ley.⁴⁵ Se adhiere así a la restricción que en igual sentido contiene el C. Civil Italiano de 1942 (Art. 1351).

Una expresión de inigualable trascendencia práctica de este contrato preliminar formal lo constituye, como ya se anticipó, el boleto privado de compraventa de inmuebles.

En torno a esa obligación de hacer asumida por las partes, antaño se plantearon dos posibilidades: considerarla una obligación de hacer *intuitu personae*, incoercible en caso de incumplimiento –como lo previeron los arts. 1185, 1186 y 1187 del C. Civil de Vélez – o estimarla asequible de ser cumplida por terceros, pues no se trata de prestar el consentimiento para el contrato definitivo, sino solo de perfeccionarlo, completando los requisitos que pudieren faltar.⁴⁶

Recogiendo valiosos antecedentes jurisprudenciales que sostuvieron desde hace décadas el carácter preliminar del boleto y la ejecución coactiva en forma específica de la obligación de escriturar, el Art. 1018 del Nuevo C. Civil y Comercial mantiene en versión ligeramente diversa, el régimen impuesto en el Art. 1185 del C. Civil velezano reafirmando

42 LOPEZ DE ZAVALIA, F. Teoría de los contratos. Parte general, 3ra. edición, Zavalia, Bs. As., 1984, p. 91; WAYAR, E. Contratos, Zavalia, Bs. As., 1983, p. 304.

43 Cfr. COMPAGNUCCI DE CASO, R. El contrato preliminar o precontrato, LL, 2014-A, 631 quien afirma que luego del precontrato las partes no tienen necesidad de reiterar una nueva manifestación de voluntad para concretar el definitivo, sino que deben disponerse a colaborar a fin del desarrollo de la actividad necesaria para el logro del resultado.

44 Vid. GHESTIN, J. Traité de Droit Civil. Les obligations. Le contract: formation, LGDJ, Paris, 1988, p. 266; PALERMO, G. Contratto preliminare, Cedam, Padova, 1991, p. 82; APARICIO, J. Contratos. Parte General, Hammurabi, Bs. As., 1997, p. 332; MOSSET ITURRASPE, J. Bordeando el circuito del contrato preliminar. El núcleo esencial del fenómeno (con motivo del boleto de compraventa), LL, 1990-E, 244.

45 LOPEZ DE ZAVALIA, F. Teoría de los contratos. Parte General, 3ra. edición, Zavalia, Bs. As., 1984, p. 98.

46 LOPEZ DE ZAVALIA, F. Teoría de los contratos. Parte General, 3ra. edición, Zavalia, Bs. As., 1984, p. 98.

el carácter de obligación de hacer que emerge del acuerdo y la posibilidad de ser cumplida por el juez en caso de renuencia del obligado.⁴⁷

Si bien durante la vigencia del Código de Vélez se discutió si el boleto de compraventa era un contrato preliminar o uno definitivo –la compraventa propiamente dicha– esta controversia ha sido superada por el Código Civil y Comercial de la Nación que ha estatuido un sistema coherente en materia de forma, tanto al referirse al acto jurídico en general (Art. 285 CCCN), al tratar la clasificación de los contratos en formales y no formales (Art. 969 CCCN) y finalmente al regular la forma de los contratos (Arts. 1017 y 1018 CCCN). Cuando el contrato debe celebrarse por escritura pública y no se requiere la forma bajo sanción de nulidad como ocurre con la compraventa de inmuebles (Art. 1017 CCCN), el negocio celebrado en otra forma no queda concluido como tal mientras no se otorgue el instrumento legalmente requerido, vale como un acto en que las partes se han obligado a cumplir la formalidad exigida (Arts. 285, 969 y 1018 CCCN). El sistema es ahora absolutamente coherente con las enseñanzas doctrinarias y jurisprudenciales elaboradas durante décadas en el derecho privado nacional.

Finalmente y en cuanto a su extinción, el modo natural que tiene de terminar el preliminar es la consumación del contrato definitivo, sea que se obtenga por ejecución de los propios obligados o por ejecución judicial. Si el contrato preliminar se presenta como conexo a otro que se extingue, tal vicisitud puede o no influir en su vida pues podrían tener plazos diversos, pero si el preliminar es accesorio de otro principal que se ha extinguido, no hay duda que aquel sigue la suerte de este.

También pueden los preliminares extinguirse por causas anormales, por ejemplo si se vuelve imposible el perfeccionamiento del definitivo (Art. 955 CCCN), si un acontecimiento extraordinario e imprevisible torna excesivamente onerosa para una parte la prestación a su cargo (Art. 1091 CCCN), o se frustra la finalidad que animó a las partes a contratar (Art. 1090 CCCN).

III. B. CONTRATO DE OPCIÓN

La segunda variante está regulada en el Art. 996 del Código Civil y Comercial de la Nación que dispone: *Art. 996. Contrato de opción. El contrato que contiene una opción de concluir un contrato definitivo, otorga al beneficiario el derecho irrevocable de aceptarlo. Puede ser gratuito u oneroso, y debe observar la forma exigida para el contrato definitivo. No es transmisible a un tercero, excepto que así se lo estipula.*

La norma es concordante con los Arts. 994, 1021, 1022, 1240 y 1241 del C. Civil y Comercial y tiene como antecedentes los Art. 1331 del C. Civil Italiano; Art. 1394 del C. Civil; Art. 1156 párrafo 2 del Proyecto de Unificación de 1987; Art. 860 párrafo 2 del Proyecto de la Comisión designada por el PEN de 1992; Arts. 936 del Proyecto de Unificación de 1998.

1. Noción: El contrato de opción entraña el acuerdo de voluntades por medio del cual una parte formula una oferta a otra que adquiere el derecho de aceptarla o rechazarla dentro de un plazo libremente convenido⁴⁸.

El acuerdo tiene una innegable similitud con la llamada oferta irrevocable, pero esta se funda en una declaración unilateral del proponente que le asigna ese carácter al formularla, mientras que en este caso, la fuente de tal irrevocabilidad es un contrato, cuya

⁴⁷ Cfr. el célebre fallo de las Cámaras Civiles en Pleno de la Capital Federal, in re Cazés de Franchino c/ Rodríguez Conde – Escrituración, LL, tomo 64, p. 476 y muy especialmente el voto del eminente procesalista Ramiro Podetti, volcado en p. 482.

⁴⁸ OSSORIO, A. El contrato de opción, 2da. edición, Uteha, México, 1963; APARICIO, J.M. Contratos. Parte general, Hammurabi, Bs. As., 1997, p. 323 y ss.

función es precisamente atribuirle dicha condición y carácter. Por otro lado, en la oferta irrevocable el deber de mantenerla inmodificada y firme nace de la comunicación que se formula al destinatario, mientras que en este caso, la carga se genera con la aceptación de la opción, y es precisamente el efecto esencial del contrato concertado.

Desde esa perspectiva, el contrato de opción supone la renuncia anticipada a la posibilidad de revocar la oferta, la obligación de mantenerla durante el término libremente pactado y la consumación definitiva e irreversible del contrato en cuestión, que queda automáticamente perfeccionado, una vez que el contrario acepta la propuesta en tiempo oportuno.

Se trata en realidad de un contrato autónomo, con función, objeto y efectos que le son propios y que no pueden confundirse en modo alguno con el contrato definitivo que se tiene en miras celebrar.

Su función esencial es tornar irrevocable la oferta de un modo convencional, su objeto es la renuncia del proponente al derecho de retractarla durante el plazo convenido libremente entre las partes, y sus efectos esenciales la vinculación unilateral del proponente y la correlativa facultad de libre elección por parte del beneficiario que queda así investido del derecho potestativo de aceptar o no la propuesta, y con ello, sellar definitivamente la suerte del contrato eventual.

Debe resaltarse que el de opción es un negocio actual, independiente y autónomo, mientras que el otro es uno potencial o eventual, cuya conclusión queda supeditada a la aceptación puramente potestativa del beneficiario.

Su manifestación más frecuente se da en la llamada opción de venta o locación, cuando este tipo de negocios es consumado por la intermediación de corredores inmobiliarios. Otro supuesto del caso, se presenta cuando las sociedades anónimas acuerdan a los accionistas la facultad de ser preferidos para adquirir las nuevas acciones que se emiten incrementando su capital. Una vez emitidas las acciones, la sociedad conviene con sus accionistas ofrecerles de modo firme e irrevocable su enajenación por un plazo determinado en que pueden ejercitar su soberano derecho de aceptación (Art. 194 de la LSC)⁴⁹

2. Características. Se ha admitido en la doctrina⁵⁰-y así lo ha receptado la norma que comentamos- que el negocio pueda revestir el carácter de gratuito, si el compromiso del proponente no tiene contrapartida alguna pese a la ventaja que obtiene el optante, u oneroso si por el contrario, las partes acuerdan una contraprestación en beneficio del primero por soportar esta restricción a su libertad contractual.

El texto analizado impone dos restricciones novedosas: por un lado dispone que el contrato de opción debe respetar la forma exigida para el definitivo, y por otra, lo estipula intransmisible a terceros, salvo convención en contrario expresamente convenida por las partes.

Con relación a la primera, el legislador intenta evitar que el negocio pueda constituirse en un artificio que por vía indirecta eluda los preceptos que imponen una forma ad substantiam al definitivo, liberando a los contratantes de la sanción de nulidad que inflige la normativa a quienes desconocen las formas impuestas por la ley. En ese entendimiento el Art. 1351 del Codice Civile italiano dispone que el contrato preliminar es nulo sino es hecho en la misma forma que la ley prescribe para el contrato definitivo.⁵¹

49 FONTANARROSA, R. Derecho Comercial Argentino. Doctrina General de los contratos comerciales, Zavalia, Bs. As., 1969, p. 83.

50 APARICIO, J.M. Contratos. Parte General, Hammurabi, Bs. As., 1997, tomo I, p. 325.

51 MESSINEO, E. voz Contratto preliminare, contratto preparatorio e contratto di coordinamento, en Enciclopedia del Diritto, tomo X, p. 173; FORCHIELLI, P. Contratto preliminare en Novissimo Digesto Italiano, Utet, Torino, 1968, tomo V, p. 689; MIRABELLI, G. Dei contratti in generale, Utet, Torino, 1980, p. 200.

Respecto de la segunda, la restricción impuesta parece razonable en beneficio de terceros –por ejemplo los herederos del proponente– si el pacto se concierta gratuito.

IV PACTO DE PREFERENCIA

En la sección 5ta. del capítulo, título y libro ya citados, el Código Civil y Comercial de la Nación se ocupa del pacto de preferencia, en dos normas específicas. La primera de ellas el Art. 997 dispone: *Art. 997. Pacto de preferencia. El pacto de preferencia genera una obligación de hacer a cargo de una de las partes, quien si decide celebrar un futuro contrato, debe hacerlo con la otra o las otras partes. Si se trata de participaciones sociales de cualquier naturaleza, de condominio, de partes en contratos asociativos o similares, el pacto puede ser recíproco. Los derechos y obligaciones derivados de este pacto son transmisibles a terceros con las modalidades que se estipulen.*

La norma tiene concordancia con el Art. 1165 del C. Civil y Comercial, el Art. 194 de la LSC y reconoce como antecedentes los Arts. 1368 y 1392 del C. Civil y Art. 937 del Proyecto de Unificación de 1998

1. Noción. El pacto de prelación o preferencia es un acuerdo preparatorio de un contrato futuro, que puede presentarse autónomo, aunque ordinariamente está inserto como cláusula adicional en un determinado contrato, generalmente el de compraventa.

Con frecuencia supone un acuerdo en virtud del cual una parte, llamada promitente, asegura a otra llamada promisorio, que si se decide a realizar actos de disposición de bienes de su patrimonio, lo preferirá a él para concertarlo frente a cualquier otro interesado.

En realidad el promitente no se obliga a contratar en el futuro, queda en completa libertad de hacerlo o no, pero si lo hiciere, se compromete a preferir al beneficiario frente a cualquier otro tercero interesado en consumir el acuerdo. El pacto implica entonces una limitación para el promitente que ve limitada su libertad de contratación referida a la posibilidad de elegir libremente con quien hacerlo, pero solo queda obligado a respetar su compromiso si el beneficiario iguala las condiciones de contratación que ofrece el tercero o las supera. Para ello es indispensable que cuando se decidiera a contratar, comunique al promisorio su voluntad en ese sentido, dirigiéndole la oferta con condiciones específicas de ella, quedando este último investido de la facultad de consumir el convenio al aceptarla.

Si la contraparte del promitente no ejerce la preferencia, el otorgante es libre de contratar con el tercero en las mismas condiciones rechazadas. Así lo ha previsto para el contrato de compraventa el Art. 1165 del Código Civil y Comercial de la Nación.

El C. Civil de Vélez Sarsfield –al igual que el Proyecto de Unificación de 1998– no contenía una reglamentación general de la figura, sino una particular, que proveniente de la tradición romanista, lo incluía dentro de las cláusulas especiales del contrato de compraventa (Art. 1368 y 1392 a 1396). La nueva previsión legislativa dotó a la figura de un alcance generalizado y terminó reconociendo su utilización en otras especies contractuales en las que con acusada frecuencia se presenta en la vida práctica, por ejemplo, en el contrato de locación de cosas. La doctrina ya había señalado desde hace tiempo que era posible su inclusión en otros contratos bilaterales, e incluso que era admitido pactarlo como un acto autónomo de la compraventa o de otro negocio cualquiera.⁵²

52 LOPEZ DE ZAVALIA, F. Teoría de los contratos. Parte Especial. tomo II, Zavalia, Bs As., 1985, p. 246

Siguiendo este temperamento, el Art. 997 del CCCN admite su uso no solo en contratos de cambio, sino también en los asociativos (en bienes sujetos a condominio), en cuyo caso puede pactarse como un compromiso recíproco de todos los involucrados, previsión esta última de razonable acierto si se repara que en estos casos los contratantes aportan esfuerzos en vistas a obtener un beneficio común y compartido por todos.

Por otro lado, la nueva previsión legislativa ha despojado a la especie de su anterior limitación, pues el Código de Vélez lo declaraba intrasmisible por acto entre vivos o mortis causae (Art. 1396), mientras que ahora se prevé expresamente su transmisión a favor de terceros. Sin embargo, se especifica que lo será según las modalidades que fijen los contratantes, con lo cual se deja librado al amplio margen de la autonomía negocial, fijar las condiciones específicas que transmisibilidad, con posibilidad de disponer variadas restricciones, o incluso pactar su incesibilidad por cualquier causa o título.

Lo realmente inexplicable es que en esta norma de alcances generales no se haya previsto un plazo máximo de vigencia que resulta indispensable, pues el límite temporal es esencial a este tipo de acuerdos; tanto es así que en el Art. 1167 del CCCN para el contrato de compraventa estipuló un plazo máximo de 5 años para los inmuebles y de dos años para los muebles contados desde la celebración del contrato, previendo que si las partes hubieren convenido un término mayor, este se reduce al tope legal, que por otro lado es perentorio e improrrogable. Ante este inaudito silencio, no quedará más remedio en otro tipo de contratos que no fueren la compraventa, que petitionar al juez la fijación de un plazo (Art. 871 inc. d del CCCN).

2. Efectos. Están previstos en la norma siguiente. *Art. 998. Efectos. El otorgante de la preferencia debe dirigir a su o sus beneficiarios una declaración, con los requisitos de la oferta, comunicándole su decisión de celebrar el nuevo contrato, en su caso de conformidad con las estipulaciones del pacto. El contrato queda concluido con la aceptación del o de los beneficiarios.*

La disposición concuerda con los Arts. 972, 974, 978 y 1165 del C. Civil y Comercial y acusa como antecedentes los Art. 1394 del C. Civil y Arts. 938 y 1101 del Proyecto de Unificación de 1998.

Se impone que el otorgante comunique al beneficiario la oferta que le hubiere formulado un tercero en vistas a la celebración del negocio de que se trate con especial referencia a sus características y condiciones, y en especial, su voluntad de consumir el contrato propuesto. A ese respecto deberán respetarse las estipulaciones del pacto de preferencia que hubieren celebrado, por ejemplo, el plazo para formular la aceptación, que la norma no establece a diferencia del C. Civil (Art. 1393) y que ahora debe necesariamente ser convenido por las partes ante el silencio de la ley.

Como no podría ocurrir de otro modo, la aceptación del beneficiario deja perfeccionado el contrato con el promisorio, excluyendo de modo definitivo al tercero, cuya oferta caduca por el rechazo que implica el ejercicio del *ius prelationis*.

La falta de respuesta en tiempo propio por parte del beneficiario deja al promitente libre de su carga, y habilitado su derecho de contratar con el tercero, bajo las condiciones que este hubiere ofrecido en la oferta que había comunicado al promisorio, o incluso en otras más convenientes, sin necesidad de nuevo aviso.

El promitente que hubiere recibido en legal forma la aceptación de la oferta comunicada, no puede negarse a celebrar el acuerdo con el beneficiario. Su retracción generaría responsabilidad civil por incumplimiento contractual.

La obligación de comunicar se satisface con la notificación de la intención de contratar y de la oferta formulada por el tercero, sin más aditamentos. Pero debe ser respetada una

única vez, obligarlo a sucesivas notificaciones ante nuevos o eventuales ofrecimientos, cercenaría indebidamente la libertad de contratar del promitente.

El Art. 998 del CCCN no prevé, a diferencia de lo establecido en el Art. 1394 del C. Civil, que la falta de comunicación del promitente genera la obligación de indemnizar al estipulante de todo perjuicio que le hubiere ocasionado, pero tal efecto deviene natural conforme las reglas de la responsabilidad civil. Tampoco se ha previsto, como en aquella norma, que la celebración del contrato con el tercero es válida no obstante la falta de comunicación (Arts. 9 y 961 del C. Civil y Comercial), pero es esta sin dudas, la solución más atinada, sin perjuicio de la obligación de responder por los perjuicios ocasionados. La norma no establece tampoco forma especial para el acuerdo de prelación, por lo que el aspecto queda sujeto a cuanto determine la autonomía privada, pero tratándose de inmuebles es obvio que deberá respetarse la solemnidad escrituraria ordenada en el art. Art. 1017 inc. a), insertando el pacto en la escritura traslativa de dominio.

V. CONTRATO SUJETO A CONFORMIDAD

La sección concluye con otra figura que aunque no guarde exacta correspondencia con el concepto de contrato preliminar, aparece legislado entre ellos. Dice el Art. 999 del nuevo código: *Art. 999. Contrato sujeto a conformidad. El contrato cuyo perfeccionamiento depende de una conformidad o de una autorización queda sujeto a las reglas de la condición suspensiva.*

La norma tiene concordancias con los Arts. 346, 348 y 349 del C. Civil y Comercial y antecedentes en los Art. 528 del C. Civil y Arts. 939 y 940 del Proyecto de Unificación de 1998.

1. Noción. El artículo prevé la figura del llamado contrato *ad referendum* admitido por la doctrina y la jurisprudencia desde hace tiempo. En esencia la especie entraña un acuerdo que queda supeditado a la conformidad o autorización que para su perfeccionamiento debe brindar un tercero ajeno a las partes contratantes.⁵³

Por estimarlo un negocio sujeto a un hecho futuro e incierto -la mentada conformidad o autorización- la norma lo caracteriza como un contrato sujeto a una condición suspensiva por cuanto su eficacia no se inicia hasta tanto dicha aquiescencia se verifique.

2. Carácter condicional. La condición es un elemento accidental de los actos jurídicos en general en virtud del cual las partes subordinan a un acontecimiento futuro e incierto la producción o la resolución de los efectos del negocio.

En este caso particular como la condición es suspensiva, hasta tanto ocurra la conformidad o autorización del tercero de quien depende la suerte del acuerdo, el negocio no puede producir efecto alguno. Así, este evento compromete la eficacia integral del negocio en cuanto entraña la disyuntiva de que tal conformidad se produzca para que el acto se consolide en su plenitud. Caso contrario, queda desprovisto de toda consecuencia ulterior.

La doctrina ha sostenido que los llamados negocios *ad referendum* o claudicantes, se caracterizan porque la declaración de voluntad de algunos de los contratantes (o la de ambos) requiere ser integrada por otra declaración de voluntad (asentimiento, aproba-

53 APARICIO, J.M. Contratos. Parte General, Hammurabi, 2da. Edición, Bs. As., 2016, tomo I, p. 279 distingue la oferta sujeta a una condición que incluye valoraciones puramente subjetivas dejando al destinatario sin posibilidad de perfeccionarlo pues desprovee a aquella de la intención de obligarse y entraña en consecuencia solo una invitación a ofertar, del contrato que se sujeta a una condición suspensiva o resolutoria al que cabe aplicarle la mentada regla del Art. 999 antes transcripto.

ción, homologación), es decir, el consentimiento es dado bajo la *condicio juris* de producirse un hecho externo que lo hace eficaz.⁵⁴

También se lo ha calificado como un acto complejo, que requiere la combinación de diversas declaraciones de voluntad distintas puestas al servicio del interés de uno de los agentes o de terceros por quienes actúan los que emiten la declaración.⁵⁵

Empero, algunos han cuestionado su naturaleza contractual, estigmatizándolos por no verificar el consentimiento libremente expresado de todos los involucrados al momento de su celebración. Así se ha dicho que los contratos *ad referendum* no merecen el nombre de contratos, pues no reúnen todos sus requisitos indispensables, en particular aquellos que se tuvo en miras cumplir al otorgarlos. Por ello, no lo son los que realizan los representantes legales de los incapaces subordinados a la homologación judicial, aquellos en que intervienen los síndicos en los concursos para obtener la conformidad de la junta de acreedores o bien los directorios en las compañías con vista al pronunciamiento de las asambleas, como cualquiera de los restantes mandatarios que se sujetan al asentimiento de los respectivos comitentes.⁵⁶

Pese a tales objeciones, más teóricas que prácticas, la mayoría admite la utilidad de la figura.

El régimen aplicable al supuesto es el que emerge de los Arts. 343 y siguientes para los actos jurídicos sujetos a condición suspensiva.

BIOGRAFÍA

- ALGUER, J. *Para la crítica del concepto de precontrato*, **Revista de Derecho Privado**, Madrid, 1935.
- APARICIO, J. **Contratos. Parte General**, Tomos I, II y III, Hammurabi, Bs. As., 1997, 2001, y 2012, 2da. Edición, 2016, tomos I y II.
- BIANCA, M. *Diritto Civile. Il contratto*. Giuffrè, Milano, 2000, tomo 3.
- COMPAGNUCCI DE CASO, R. *El contrato preliminar o precontrato*, LL, 2014-A, 631.
- FONTANARROSA, R. **Derecho Comercial Argentino. Doctrina General de los contratos comerciales**, Zavalía, Bs. As., 1969.
- FORCHIELLI, P. *Contratto preliminare* en **Novissimo Digesto Italiano**, Utet, Torino, 1968, tomo V.
- GHESTIN, J. **Traité de Droit Civil. Les obligations. Le contract: formation**, LGDJ, Paris, 1988.
- LAFAILLE, H. **Derecho Civil. Contratos**, Volumen I, Ediar, Buenos Aires, 1953.
- LLAMBÍAS, J. **Código Civil Anotado**, Tomo III-A, Abeledo Perrot, Bs.As., 1982.
- LOPEZ DE ZAVALIA, F. **Teoría de los contratos. Parte Especial**, tomo II, Zavalía, Bs. As., 1985.
- LOPEZ DE ZAVALIA, F. **Teoría de los contratos. Parte General**, 3ra. edición, Zavalía, Bs. As., 1984.
- MESSINEO, F. voz *Contratto preliminare, contratto preparatorio e contratto di coordinamento*, en **Enciclopedia del Diritto**, tomo X, p. 166.

54 Cfr. LLAMBÍAS, J. Código Civil Anotado, Tomo III-A, Abeledo Perrot, Bs.As., 1982, pág. 35/37; LÓPEZ DE ZAVALÍA, F., Teoría de los Contratos. Parte General, Zavalía, Bs.As., 1991, tomo I, pág. 90/92. En la jurisprudencia, CNCiv, Sala D, "Carrascal, Carlos c/ Videla, Dorna", del 13.12.83; CNCom., Sala C, "Cesaro, Eduardo c/ Romano, Pascual", del 09.12.86; CNCom., Sala B, "Peroni, Gino Esteban y otro c/ Medicina y Ciencia S.A." [Fallo en extenso: elDial.com - AA46B2], del 21.12.07.

55 MOSSET ITURRASPE, J. *Compraventa Inmobiliaria*, Ed. Ediar, Bs.As., 1976, pág. 26; SPOTA, A. *Instituciones de Derecho Civil, Contratos*, Volumen II, Depalma, Bs. As., 1982, pág. 1.

56 LAFAILLE, H. *Derecho Civil. Contratos*, Volumen I, Ediar, Buenos Aires, 1953, número 38 p. 52.

- MIRABELLI, G. **Dei contratti in generale**, Utet, Torino, 1980.
 - MOISSET DE ESPANES, L. *Notas sobre el precontrato (Antecedentes de derecho comparado)*, LL, 1990-D-775, Sección Doctrina, y LLC, 1990-283.
 - MOSSET ITURRASPE, J. *Bordeando el circuito del contrato preliminar. El núcleo esencial del fenómeno (con motivo del boleto de compraventa)*, LL, 1990-E, 244.
 - MOSSET ITURRASPE, J. **Compraventa Inmobiliaria**, Ed. Ediar, Bs.As., 1976.
 - MOSSET ITURRASPE, J. **Contratos**, Rubinzal Culzoni, Santa Fe 1995.
 - NICOLAU, N. *Contratos preliminares. La promesa de celebrar y el contrato de opción*, **Revista de Derecho Privado y Comunitario. Problemática Contractual. Contratos en general**, Rubinzal Culzoni, 2014-1, p. 393
 - PALERMO, G. **Contratto preliminare**, Cedam, Padova, 1991.
 - ROMAN GARCIA, A. **El precontrato. Estudio dogmático y jurisprudencial**, **Montecorvo**, Madrid, 1988.
 - OSSORIO, A. **El contrato de opción**, 2da. edición, Uteha, México, 1963.
 - SANTARELLI, F. *El perfeccionamiento del contrato y su calificación. Contratos, precontratos, acuerdos marco*, LL, 2005-B, 885.
 - SCHMIDT, J. *Négotiation et conclusion des contrats*, Dalloz, Toulouse, 1982.
 - SOZZO, G. **Antes del contrato. Los cambios en la regulación jurídica del periodo precontractual**. Lexis Nexis, Bs. As., 2005.
 - SPOTA, A. **Instituciones de Derecho Civil, Contratos**, Volumen II, Depalma, Bs. As., 1982.
 - WAYAR, E. **Contratos**, Zavalía, Bs. As., 1983.V
-

DICTÁMENES NOTARIALES

REDARGUCIÓN DE FALSEDAD POR CONSTANCIAS DE CERTIFICADOS

REDUCTION OF FALSITY BY CERTIFICATE CONSTANCES

Dictamen para el Colegio de Escribanos
Opinion for the Association of Notaries

AUGUSTO PICCON⁵⁷

CASO: A solicitud de un escribano particular el Colegio solicita un dictamen para dar opinión sobre la situación en la que se vio involucrado. Sintéticamente se inicia un incidente de redargución de falsedad por hacer constar en una escritura que los inmuebles se encontraban "libre de gravámenes" cuando en la matrícula del certificado expedido por el Registro figura una anotación de Litis. personas que invoquen y acrediten la posesión de inmuebles urbanos, rurales y semi rurales, el cual dependerá y será administrado por el registro general de la provincia".

RESPUESTA: Creo que es conveniente establecer dos puntos en relación al caso y que no influye uno en el otro, sino que son independientes. El primero tiene que ver con la vigencia o no de la anotación de Litis y el segundo punto tiene que ver con la posibilidad o no, de que dicha declaración pueda ser objeto de redargución de falsedad. Esta división es a los efectos de dar una respuesta correcta al caso planteado por el colegiado.

⁵⁷ Escribano Augusto PICCON, Titular de la Cátedra de Derecho Notarial 1 en la Universidad Blas Pascal.

I- VIGENCIA O NO DE LA ANOTACIÓN DE LITIS

1- Fechas

La anotación de Litis tiene fecha en su diario de ingreso el 09/09/02, la escritura antecedente del escribano FULANO, labrada con fecha 03/09/02, se realiza en base a un certificado de fecha 27/08/02, o sea ambas fechas anteriores a la publicidad de la medida cautelar.

La escritura del escribano MENGANO que es la 45 A de fecha 18/05/07 se hace en base al certificado 29552 de fecha 10/05/07.

2- Prioridad y bloqueo

Decíamos que la anotación de Litis tiene fecha en su diario de ingreso el 09/09/02, la escritura antecedente del escribano FULANO, labrada con fecha 03/09/02, se realiza en base a un certificado de fecha 27/08/02, o sea ambas fechas anteriores a la publicidad de la medida cautelar. De esto se desprende que el escribano FULANO no pudo tener conocimiento de esa medida para colocar en

su escritura, y lógicamente por una cuestión de prioridad el certificado de fecha anterior reserva el lugar para la inscripción de esa escritura y el registro hace bien en inscribirla. El ingreso de la medida cautelar posterior al certificado, no es un error del Registro, es correcto haberlo permitido pero esa anotación toma el carácter especial que llamamos condicionada, esperando la no utilización del certificado, o el vencimiento de sus plazos. Quien pidió la anotación de la medida debió conocer la existencia del certificado anterior y que su medida estaba condicionada, pese a ser una anotación definitiva.

"La existencia de un certificado que prioriza la registración del acto jurídico en gestión, publicitado a través del pertinente asiento en la columna respectiva, condiciona la inscripción definitiva de, en nuestro caso, la medida cautelar embargo cuya toma de razón fue rogada con posterioridad al ingreso de la aludida certificaciónMás allá de los tecnicismos, vale reiterar que la inscripción condicionada es definitiva, sin perjuicio de que su eficacia como tal quede expuesta o supeditada al resultado de la prioridad que la condiciona"⁵⁸

Así también Cause nos trae las palabras de Villaró que señaló: "Los casos más típicos de registraciones condicionadas se producen con relación a las medidas precautorias, específicamente los embargos. Así, accede un embargo para ser registrado y hay una certificación vigente respecto del inmueble a embargar. La medida precautoria se registra como si fuera definitiva, pero se advierte al peticionante que queda condicionada a las resultas de la prioridad que surge de la certificación".⁵⁹

Esta situación registral está prevista en el inciso b.) del artículo 18 de la ley 17.801: "No obstante lo dispuesto en el artículo anterior y a los efectos a que hubiere lugar por derecho, el Registro procederá de la siguiente forma: (...) b.) si al solicitarse la inscripción o anotación existieran (...) certificaciones vigentes (...) aquella se practicará con advertencia de la circunstancia que la condiciona".

Sobre esto la doctrina señaló: "En esta hipótesis de inscripción condicionada, a diferencia entonces de la registración provisional, la calificación ha pronunciado la legalidad del acto que llega al Registro, el cual es merecedor en consecuencia de una inscripción definitiva, bien que condicionada, habida cuenta que media una razón de prioridad -y no la incidencia de una falla subsanable que se le reproche- que impone la registración

⁵⁸ Causse Jorge R, Cuadernos de apuntes notariales n° 51 Mar 2009.

⁵⁹ VILLARO, Felipe P. "Elementos de Derecho Registral inmobiliario", p. 76, Edit. FEN, La Plata, 1980.

subordinada al cumplimiento, por el acto previo, de los extremos de preferencia, excluyente o de rango, que marca la ley en cada caso".⁶⁰

Pero una vez inscripta la escritura traslativa de dominio en los plazos correspondientes no corresponde sino tener a la condición para que tome eficacia como no cumplida, porque además de producir una reserva de prioridad, el certificado también produce el llamado bloqueo para que no se pueda anotar ninguna medida en relación al anterior titular. Lo que debe conocer el profesional que diligenció la medida y el juzgado interviniente, no solo por ser conocedores de la materia sino porque la ley se reputa conocida por todos.

En la escritura del escribano MENGANO que es la 45 A de fecha 18/05/07 se hace en base al certificado 29552 de fecha 10/05/07. El escribano no hace mención a esta medida cautelar que figura en la matrícula, como tampoco hace mención a anteriores certificados, o a anteriores titulares de dominio, u otros gravámenes, toda esta información que consta también en la matrícula, y lo hace por una razón; ha analizado que información está vigente, subsistente y cual no. Interpretando que la anotación de Litis fue desplazada por la inscripción definitiva de la escritura antecedente.

El Registro General de la Provincia, inscribió la escritura del escribano MENGANO, pese a no mencionar el gravamen, ni que existiera el llamado toma a cargo del adquirente, como exige el art 14 de la ley 5771 cuando hay un gravamen para lograr la inscripción. Y esto obedece a que el Registro también realizó la misma interpretación realizada por el escribano, o sea que dicha medida había sido desplazada por la inscripción definitiva del título antecedente. De lo contrario hubiera observado el trámite y hubiera requerido una escritura complementaria para que se haga mención de la medida y la correspondiente toma a cargo del adquirente. Pero insistimos no lo hizo y permitió la inscripción definitiva de dicha escritura porque también entendió que esa medida ya no era subsistente.

II- ENCUADRE LEGAL

1- Estamos en el ámbito de la Fe Pública

En un sentido vulgar podría entenderse como fe pública, la fe de un pueblo, lo que la gente en general cree, pero este no es el sentido jurídico que la expresión tiene.

Cuando hablamos de público, si bien indirectamente nos referimos a algo del pueblo, en realidad nos referimos a la organización de ese pueblo como estado, o sea que en este caso nos referimos a la fe que emana de ese estado, "jurídicamente la fe pública supone la existencia de una verdad oficial, cuya creencia se impone en el sentido de que no se llega a ella por un proceso espontáneo -cuya resolución queda a nuestro albedrío (como sería la fe humana), sino en virtud de un imperativo jurídico o coacción que nos obliga a tener por ciertos determinados hechos o acontecimientos, sin que podamos decidir autóctonamente sobre su objetiva verdad cada uno de los que formamos el ente social. En tal sentido Gonzalo de las Casas dice que fe pública es presunción legal de veracidad respecto a ciertos funcionarios a quienes la Ley reconoce como probos y verdaderos, facultándoles para darla a los hechos y convenciones que pasan entre los ciudadanos.... Por eso en su acepción técnica puede definirse a la fe pública como la función específica,

60 COGHLAN, Antonio R. "Teoría general de Derecho inmobiliario Registral", p. 153/4, Edit. Abeledo Perrot, B.A. 1984

de carácter público, cuya misión es robustecer con una presunción de verdad los hechos y actos sometidos a su amparo''⁶¹

En nuestro ordenamiento positivo lo vemos en el Art 296 "Eficacia probatoria. El instrumento público hace plena fe: a. en cuanto a que se ha realizado el acto, la fecha, el lugar y los hechos que el oficial público enuncia como cumplidos por él o ante él hasta que sea declarado falso en juicio civil o criminal" el antiguo 993 del CC de Velez "El instrumento público hace plena fe hasta que sea argüido de falso, por acción civil o criminal, de la existencia material de los hechos, que el oficial público hubiese anunciado como cumplidos por él mismo o que han pasado en su presencia".

2- Un poco de historia para entender la fe pública (Origen del valor probatorio pleno de los instrumentos públicos)

Los hechos jurídicos (o jurídicos) son fugaces y su fijación en la memoria pierde fidelidad con el transcurso del tiempo. Buena prueba de ello es la versión diferente que dan varios testigos sobre un mismo suceso y esa es la razón por la cual la prueba testimonial es de las menos valoradas y a veces sólo se la acepta como coadyuvante o cuando no hay otra.

"Cuando la humanidad necesitó hacer perdurable una noticia creó el monumento y el documento. Primero fue el grabado rupestre, luego la piedra y el buril, después la tablilla encerada y el estilo. El uso seleccionado de esta tablilla originó al tabelión, que también fue un precursor del actual notario. Los chinos utilizaron la escritura de nudos, al igual que los persas y, en América, los aztecas y los incas (quipos, de los siglos XII a XV). El papiro y el pergamino cumplieron su rol. Como el pergamino era caro, se lo utilizaba varias veces, borrando lo escrito anteriormente y esta costumbre privó a la humanidad de mucha información con valor histórico. En este proceso evolutivo sólo el invento del papel popularizó la representación gráfica de lo que había ocurrido."'⁶²

Lógicamente la escritura no era de todos antiguamente, solo algunos poseían ese saber, fue el llamado Escriba en Egipto, "un funcionario burocrático indispensable en la organización estatal en que la administración se apoyaba en textos escritos"⁶³, también en Roma tenemos al scribe con un sueldo al lado del magistrado, al notario, un técnico que más bien era un taquígrafo, que volcaba en notas todo lo que le exponían con celeridad y luego redactaba el texto entero, pero sin dudas el Tabelión fue el más importante "un individuo técnico en aspectos de derecho que redactaba documentos relacionados a la actividad privada y que en algunos casos ofrecía su asesoramiento jurídico... especialista en redacción de escrituras y testamentos dándole la forma legal, procurando su depósito en los archivos públicos acorde con las prescripciones de la ley"⁶⁴.

Con el documento escrito (instrumento), que "no es más que una cosa destinada a representar los hechos de este mundo" se logró que ese comportamiento de fugacidad temporal deje rastro en la historia, y pueda ser probado. Lo que testigos a posteriori reproducen no es en verdad el hecho pasado, sino su recuerdo personalísimo de una imagen intelectual de ese hecho pasado. "Como auxiliar de la memoria el documento (que docet o instrumento que "instruye") solucionó el problema evocativo para quienes

61 4 GIMENEZ ARNAU, Enrique "INTRODUCCIÓN AL DERECHO NOTARIAL", Editorial Revista del Derecho Privado, Madrid 1944, Pág 26

62 GARCIA CONI, Raúl R, "El porqué de la escritura pública", Revista del Notariado 777 de 1981

63 PONDÉ, Eduardo Bautista, "Origen e historia del Notariado", Editorial Depalma, Bs As 1967, Pag 7

64 PONDÉ, Eduardo Bautista, "Origen e historia del Notariado", Editorial Depalma, Bs As 1967, Pag 34

lo aceptaban pacíficamente, **pero su valor probatorio era muy relativo** y dependía de la firma de quienes aparecían como protagonistas del hecho documentado.⁶⁵

Entonces tenemos al documento como elemento muy importante en la prueba del hecho pero "Sin embargo, hay veces en que la mera documentación del comportamiento no basta para tutelarlos. No es suficiente, en estos casos, la perdurabilidad de la prueba que el documento brinda. Es más, la trascendencia del comportamiento es tal, que ni siquiera basta con que mediante el asesoramiento profesional se concreten aquellos objetivos de claridad en la expresión y ponderado análisis de las consecuencias negociales a que la moderna finalidad de la forma tiende. No, nada de ello es suficiente para aliviar la preocupación del derecho en estas circunstancias. Porque tratándose de comportamientos de tanta trascendencia, el derecho exige más: exige certeza. En efecto, sin certeza surge la duda (¿donó Juan su casa? ¿dónde, cuándo y a quién la donó?) Y para eliminar la duda y alcanzar la certeza recurre el derecho justamente a la fe pública..."⁶⁶

"Fue preciso, entonces, crear un documento de categoría superior cuya credibilidad fuera de tal naturaleza que invirtiera la carga de la prueba, que no cediera ante el simple planteo de la duda y que, para impugnarlo, se requiriese la redargución de falsedad".⁶⁷

Era necesario que la ley ofreciese a las partes un medio de constar, una vez por todas, sus derechos sólidamente, sin estar obligados a producir más tarde la prueba de su prueba. Era necesario para la seguridad social y para la tranquilidad de las familias.

"Es difícil reconstruir históricamente la evolución del documento notarial hasta el momento que adquiere una fuerza probatoria decisiva. A esta evolución no es ajena la tendencia, que tardó en imponerse, hacia el establecimiento del sistema llamado de prueba tasada. Esta tendencia se pone de manifiesto en Roma, para evitar la pasión o la imperfección del juez, se multiplican las disposiciones sobre lo que sirve para probar y el valor relativo de cada prueba, y muy especialmente crecen en número las normas encaminadas a fijar el valor de los documentos públicos, a señalar la preferencia de estos sobre los privados y a determinar la importancia que debe darse a la declaración de testigos, según sea su número y calidad..."⁶⁸

"El año 528 puede ser la partida del movimiento ordenante de la notaría... De ese año es la reglamentación justineana del documento tabeliónico, del cual resultan la preparación de la Schela y la obligación de pasar en limpio in mundum el negocio o el acto jurídico que abreviadamente se tomaba en la schela..."⁶⁹. Pero lo más importante en esta legislación además del rito, es lo que se empezaba a generar en cuanto al valor probatorio del instrumento realizado por el Tabelión romano, porque "si llamado a declarar en juicio, el Tabelión manifestaba que el documento cuestionado había sido hecho por él, esta declaración, según lo que hemos visto en la novela LXXIII, volcaba la opinión del magistrado en apoyo del contenido del documento con prescindencia de cotejos de letras y pruebas testimoniales."⁷⁰ Es la llamada Completio.

Aunque este documento Tabelional no tenía los caracteres fideifacientes del documento notarial actual, vemos que se empieza a despegar el mero instrumento privado en el orden probatorio. "La novela LXXIII hace aportación de suma importancia para el notariado, no tan sólo en el texto que ella contiene sino, muy especialmente, en cuanto a las deducciones que pueden obtenerse. En verdad a través de ella apreciaremos una

65 GARCIA CONI, Raúl R, "El porqué de la escritura pública", Revista del Notariado 777 de 1981

66 ZINNY, Mario Antonio, "El Acto Notarial (Dación de fe)" 2ª Edición, Ed Depalma, Bs As 2000, Pág 8

67 GARCIA CONI, Raúl R, "El porqué de la escritura pública", Revista del Notariado 777 de 1981

68 GIMENEZ ARNAU, Enrique "Introducción al Derecho Notarial", Editorial Revista del Derecho Privado, Madrid 1944, Pág 228

69 PONDÉ, Eduardo Bautista, "Origen e historia del Notariado", Editorial Depalma, Bs As 1967, Pag 545

70 PONDÉ, Eduardo Bautista, "Origen e historia del Notariado", Editorial Depalma, Bs As 1967, Pag 63

convalidación del documento devenido de la intervención del tabelión, en progreso ascendente y de superación sobre las normas comunes de testificación y de juramento.⁷¹ Se "dio origen a que el documento hecho por el tabelión constituyera una forma documental distinta que se unió a los clásicos documentos conocidos como pública monumental, con carácter de instrumento público como proveniente de la intervención de un funcionario de jerarquía que le asignaba la fuerza de la fe pública estatal y el documento privada preparado por las propias partes interesadas, este nuevo documento, que tenía por hacedor al tabelión, fue conocido como pública confecta y fue respetado considerablemente por la magistratura judicial..."⁷²

La norma que se considera por la doctrina como el principio de la fe pública notarial es la ley VIII que en el año 740 dictara el Rey Ratchis, del reino Longobardo, que como todas las otras normas de este reino eran una mixtura del derecho romano y el derecho germano, y que decía "si hubiere carta redactada por scriba, firmada o signada por el vendedor y los testigos, de la cual resultare que fe pagado el precio, no podrá alterarse eso por ningún juramento"⁷³. O sea que doscientos años después esta carta, "enfrenta un instituto probatorio de la trascendencia del juramento, tomando preeminencia sobre éste.

Tal vez hasta este momento histórico sea el jalón de más fuerte colorido que señala la marcha dominante que el documento notarial llegará adquirir en su faz probatoria. La significación que tomó el documento redactado por el scriba se revela en el Ducado de Benevento hacia 797 en que uno de sus duques, Adelchi dictó una ley estableciendo que los contratos no podrán hacerse privadamente, sino que deben redactarse por los "notarii", procurando evitar los riesgos de las falsificaciones. Esta ley incorporó la denominación de notarri, asigno una garantía de seguridad al documento notarial. Se afianzó el documento elaborado por el antiguo tabelión y afloraron las denominaciones de "scriba" y "notarii", de las cuales devinieron las voces escribano y notario.⁷⁴

La norma que se considera por la doctrina como el principio de la fe pública notarial es la ley VIII que en el año 740 dictara el Rey Ratchis, del reino Longobardo, que como todas las otras normas de este reino eran una mixtura del derecho romano y el derecho germano, y que decía "si hubiere carta redactada por scriba, firmada o signada por el vendedor y los testigos, de la cual resultare que fe pagado el precio, no podrá alterarse eso por ningún juramento"⁷⁶. O sea que doscientos años después esta carta, "enfrenta un instituto probatorio de la trascendencia del juramento, tomando preeminencia sobre éste. Tal vez hasta este momento histórico sea el jalón de más fuerte colorido que señala la marcha dominante que el documento notarial llegará adquirir en su faz probatoria. La significación que tomó el documento redactado por el scriba se revela en el Ducado de Benevento hacia 797 en que uno de sus duques, Adelchi dictó una ley estableciendo que los contratos no podrán hacerse privadamente, sino que deben redactarse por los "notarii", procurando evitar los riesgos de las falsificaciones. Esta ley incorporó la denominación de notarri, asigno una garantía de seguridad al documento notarial. Se afianzó el documento elaborado por el antiguo tabelión y afloraron las denominaciones de "scriba" y "notarii", de las cuales devinieron las voces escribano y notario.⁷⁵

Posteriormente luego de que Carlomagno (monarca de los Francos) invadiera en el año 774 el reino de los longobardos, "... en 832 el rey Lotario dictó una ley vinculada con los

71 PONDÉ, Eduardo Bautista, "Origen e historia del Notariado", Editorial Depalma, Bs As 1967, Pag 62

72 PONDÉ, Eduardo Bautista, "Origen e historia del Notariado", Editorial Depalma, Bs As 1967, Pag 546

73 PONDÉ, Eduardo Bautista, "Origen e historia del Notariado", Editorial Depalma, Bs As 1967, Pag 71

74 PONDÉ, Eduardo Bautista, "Origen e historia del Notariado", Editorial Depalma, Bs As 1967, Pag 75

75 PONDÉ, Eduardo Bautista, "Origen e historia del Notariado", Editorial Depalma, Bs As 1967, Pag 76

cancilleres y notarios en la que se advierte la mezcla y confusión que se viene operando en la legislación de origen romano, de origen longobardo y de origen franco, pero con una preeminencia del derecho romano. Esta ley define al notario como persona que debe dedicarse a extender actos vinculados con el derecho privado y se los considera equiparados a los jueces. Debía nombrarlos el rey, prestar juramento y usar el signo tabelional.⁷⁶ o sea que podemos hablar de un funcionario público, y empezar a hablar de fe pública, es más nos dice Pondé que “hemos de estudiar cómo se mantuvieron confundidas por siglos la fe judicial y la fe extrajudicial, y cómo recién despuntando el siglo XIX la ley francesa de 25 de ventoso del año 11 de la Revolución Francesa dio el corte separatista”⁷⁷

“Si en el Fuero Juzgo, Fuero Viejo y Fuero Real y en las leyes de Estilo todavía tienen lugar preponderante el juramento y la declaración de testigos, la preponderancia de la prueba escrita y especialmente del documento público, está ya consagrada en las Siete Partidas.”⁷⁸

En las Partidas se decía que “la carta hecha por mano del escribano Público, en la que haya escrito los nombres de dos testigos al menos, el día, mes y año y el lugar donde fue hecha vale para probar lo que en ella dijere porque no puede haber en ella falsedad ni engaño alguno” llegó a decir “las cartas públicas que aducen las partes ante los juzgadores deben ser creídas”

Varios tratadistas polemizaron sobre este tema pero fue Dumolín el que consagró el principio de la fuerza probatoria del instrumento público, enunciándolo así “Acta scripta pública probant se ipsa”

De este principio y de las nociones vertidas en su derredor por la Doctrina Francesa, nuestro Velez Sarsfield excogitó, a manera de precepto primordial que “el instrumento público hace plena fe hasta que sea argüido de falso, por acción civil o criminal...” (art 993).

Hoy nuestro código Civil y Comercial dice: Art 296 “Eficacia probatoria. El instrumento público hace plena fe: a) en cuanto a que ha realizado el acto, la fecha, el lugar y los hechos que el oficial público enuncia como cumplidos por él o ante él hasta que sea declarado falso en juicio civil o criminal.

3-¿Qué significa hacer plena fe?

Estamos aquí hablando de la fuerza probatoria. Fuerza probatoria es el grado de certeza que inspira el instrumento, la fe que trasunta. Entonces el valor probatorio que tiene este instrumento público, es pleno, goza de autenticidad (etimológicamente quiere decir que es propio del autor) no requiere comprobaciones por nadie, hará prueba por sí mismo de su existencia, de su autor, y de su contenido y quien se atreva a impugnarlo, tendrá que argüirlo de falso por querella.

Dice Gattari que “con respecto al juicio, cuando hay controversia las partes ofrecen indicios que el juez debe investigar por medio de pruebas para alcanzar la verdad, con el instrumento notarial se parte de la verdad y mediante querella, podemos llegar a la sentencia que instituye la falsedad, con lo cual deja de ser notarial”⁷⁹

Cuidado que este valor probatorio de autenticidad, de certeza de su existencia, y de veracidad está dado por la autoridad de su autor, o sea un funcionario público en ejercicio

76 PONDÉ, Eduardo Bautista, “Origen e historia del Notariado”, Editorial Depalma, Bs As 1967, Pag 76

77 PONDÉ, Eduardo Bautista, “Origen e historia del Notariado”, Editorial Depalma, Bs As 1967, Pag 77

78 GIMENEZ ARNAU, Enrique “Introducción al Derecho Notarial”, Editorial Revista del Derecho Privado, Madrid 1944, Pág 229

79 GATTARI, Carlos N. “Manual de Derecho Notarial”, Ed. Depalma. 1988, Bs. As, Pág 218

de sus funciones públicas que imprime a sus actos la fe que el estado ha depositado en él. De allí que faltando este carácter en el autor, el derecho positivo no acuerda a esos documentos la eficacia de la autenticidad, por muy conocida, cierto e incontestable que sea la firma de una persona privada, no podrá atribuir al instrumento ningún carácter auténtico, por efecto de la delegación del soberano.

De todo esto podemos decir que el instrumento público sirve como prueba preconstituida o sea preparada con anterioridad al pleito futuro, pero no hay que confundir, pues esta no es su única función ni la más corriente, en la mayoría de los actos que se realizan no se presentan en juicio y además nadie lo piensa así, el que va a otorgar un testamento piensa precisamente en eso y no en que va a realizar la prueba de su testamento, el principal fin es formalizar un acto jurídico válido y serio. En el caso de una compraventa, van a dar forma legal al contrato verbal ese es el verdadero fin, formar constituir un negocio jurídico, hacer existir, dar vida. Probará que es propietario ante cualquier autoridad que lo pida o persona, pero eso es secundario. Lo primario es el D. De Propiedad que está contenido en el instrumento que tiene realidad exteriorización gracias a la forma que le dio el documentador. Por eso no se lo estudia como prueba dentro de D. Procesal, sino dentro del D. Notarial.

4-Alcance de la fe Pública en el contenido

Hasta ahora vimos la fuerza probatoria del instrumento público y dijimos que goza de una presunción de autenticidad o sea que debe creerse que ha sido otorgado ante el oficial público, y prueba por sí mismo su existencia.

Pero si bien el instrumento es elemento de prueba de su contenido, o sea de las declaraciones en el registradas y no admite verificación previa alguna. El valor probatorio de cada una de estas manifestaciones que se hacen es diferente por eso hay autores como Carlos Emérito González que hablan de Autenticidad (certeza del instrumento) y veracidad (de ciertos hechos narrados por las partes).

De allí que el 296 separara en dos incisos cuando establece la eficacia probatoria del instrumento público y distingue dos supuestos principales, con distintas consecuencias

a- en cuanto a que se ha realizado el acto, la fecha, el lugar y los hechos que el oficial público enuncia como cumplidos por él o ante él ***hasta que sea declarado falso en juicio civil o criminal***

b- en cuanto al contenido de las declaraciones sobre convenciones, disposiciones, pagos, reconocimientos y enunciaciones de hechos directamente relacionados con el objeto principal del acto instrumentado, ***hasta que se produzca prueba en contrario***

Lo más importante a tener en cuenta en esto es que no siempre que uno quiere desvirtuar lo que establece un instrumento público es que se necesite seguir el procedimiento de redargución de falsedad.

En base a esta distinción legal la doctrina hace un análisis para ver la eficacia probatoria de las distintas declaraciones contenidas en el instrumento público, vamos a comentar con las declaraciones de las partes y luego vamos a ver las del Notario

III- DISTINTAS MENCIONES EN EL INSTRUMENTO PÚBLICO

A) DECLARACIONES DE LOS OTORGANTES

Los hechos relatados por los otorgantes no tienen el grado de indubitabilidad que poseen las manifestaciones del oficial público. Por eso para desvirtuarlos no hay que promover querrela de falsedad.

Podemos clasificar las manifestaciones de las partes en:

1- Declaraciones dispositivas:

Lo dispositivo en el acto es lo que constituye el objeto principal perseguido por las partes, el arreglo que ellas han querido hacer, la posición que se han querido dar, de tal manera que nada podría suprimirse sin modificar lo convenido por ellas (Llambías)

Estas hacen plena fe entre las partes y para terceros pero ya no hará falta la querrela de falsedad para desvirtuar la sinceridad de las mismas, para ello basta la simple prueba en contrario. Pero así y todo hacen plena fe, se estiman ajustadas a verdad, pues la generalidad de los casos es que sean sinceros (Salvat) por eso en principio se consideran verdaderas.

2-Declaraciones enunciativas:

Son las manifestaciones incidentales de las partes cuya supresión deja intacta el objeto principal del acto instrumentado y se las puede dividir en dos grupos Directas e Indirectas

Directas: Son las enunciativas que tienen una relación directa con el objeto principal del acto. Aquí hay una igualdad probatoria entre las cláusulas dispositivas y las enunciativas directas. Salvat dice que estas enunciaciones no han podido pasar inadvertidas por las partes y si las partes han consentido en su agregación es porque lo que ellas dicen es verdad. Ej en un contrato de renta vitalicia la que diga "queda pagada la primer anualidad" Podría faltar sin alterar la naturaleza del acto y si el pago no se hubiera hecho no se hubiera consentido en silencio la agregación.

Indirectas: Son las que tienen una lejana o ninguna vinculación con el objeto del acto. Por una interpretación a contrario sensu a lo que dice el 995, las indirectas no hacen plena fe, y a decir de la doctrina solo serviría como principio de prueba por escrito. La carencia de plena prueba radica en que al no tener un nexo inmediato con el objeto del negocio jurídico instrumentado permanece extraño al ámbito de ese acto y solo implica una declaración testimonial brindada fuera de juicio que puede ser opuesta solo de quien emana

B) DECLARACIONES DEL NOTARIO

Estas menciones que hace el oficial público de los hechos ejecutados o pasados en su presencia (percibidos por cualquiera de sus sentidos) quedan demostrados y no pueden ser contradichos sino por un proceso especial al efecto, entonces hacen plena fe hasta que sean arguidos de falsos en querrela civil o criminal. Ej la mención del lugar y fecha de otorgamiento, los documentos que le exhiben, las declaraciones que hacen las partes (no su sinceridad), de la comparecencia o identidad de los otorgantes.

Pero se trata de los hechos que el oficial debe conocer en el acto de extender el documento. Los actos que el funcionario no tenga la misión de comprobar, pueden ser desvirtuados por simple prueba en contrario. Así son manifestaciones personales del oficial público que no tienen el carácter de afirmación indubitable como por ej. La declaración del estado mental (nota al 993) (5).

También en virtud del principio de la fe pública llamado **evidencia** "implica que el notario debe describir en el instrumento, lo que percibe a través de sus sentidos, para imprimirlos con la fuerza pública. Es decir, plasmar lo que le es evidente e inmediato, lo que se le impone a través de la objetivación de la realidad..."⁸⁰ por lo tanto solo entran

80 SIERZ, Susana Violeta, "Derecho Notarial", Editorial Di Lpalma, Buenos Aires 1988, pág 389

bajo la protección de esta, lo que no requiere un juicio complejo del notario, que incluya conocimientos técnicos en la materia, aunque sean de derecho. Quedan entonces fuera de su órbita por ejemplo lo que es la legitimación objetiva o subjetiva que se hace en la escritura. Solo abarca lo que capte por sus sentidos y quede inmediatamente plasmado en el instrumento, o sea solo debe tener el juicio simple que cualquier persona haría, no deben ser necesarios conocimientos técnicos ni juicios complejos.

IV- CONCLUSIÓN

Por un lado, en relación a la mención o no de la Litis anotada, diremos en primer lugar que es correcto el actuar de no mencionar las anotaciones plasmadas en la copia de la matrícula que no están vigentes, sea por su caducidad, desplazamiento o por el no cumplimiento de la condición a la que estaban subordinadas, y segundo que del análisis de la documental ofrecida coincidimos no solo con el análisis que hace el notario interviniente, de que es una anotación que ha quedado desplazada, sino hacemos notar que surge también que es el criterio que también ha tomado el Registro General de la Provincia para permitir la inscripción del título en cuestión, pues no hay ningún toma a cargo en la escritura.

Por otro lado afirmamos que entendiendo correctamente el concepto de fe pública y la eficacia probatoria de las distintas menciones del instrumento público, el análisis jurídico, que deja plasmado el profesional de derecho que es el notario, sobre las medidas que están o no vigentes en una matrícula, no es una declaración con fe pública hasta redargución de falsedad, sino que puede caer por simple prueba en contrario, no significa que el funcionario fedatario faltó a la verdad o mintió, sino en todo caso que su análisis jurídico no fue correcto, y por lo tanto caben otras consecuencias.

EXPEDICIÓN DE NUEVO TESTIMONIO CUANDO HAY OBLIGACIONES PENDIENTES

EXPEDITION OF NEW TESTIMONY WHEN THERE ARE PENDINTED OBLIGATIONS

DICTAMEN PARA EL ARCHIVO DE PROTOCOLOS NOTARIALES
OPINION FOR THE ARCHIVE OF NOTARY PROTOCOLS

AUGUSTO PICCON⁸¹

CASO: El caso particular que generó este pedido, transmitido verbalmente primero, fue la solicitud de un testimonio de una escritura con obligaciones pendientes solicitado por quien es el acreedor de la misma. Pero en el expediente la solicitud por escrito amplía la consulta a varios casos similares (el pedido por el deudor, o los casos con pluralidad de unos y otros).

RESPUESTA:

TESTIMONIOS Y COPIAS

A la par de los documentos originales (matrices o no según Pelosi) 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” existen otros instrumentos que llamamos genéricamente reproducciones “que se caracterizan... por tener fe transcriptiva 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.”⁸²

⁸¹ Escribano Augusto PICCON, Titular de la Cátedra de Derecho Notarial I en la Universidad Blas Pascal.

⁸² PELOSI, Carlos A. “El Documento Notarial” Ed. Astrea, 3ª reimpresión Bs As 1997, Pag 245

Existe una terminología no 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, así al reconocer 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.⁸³". 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 matriz⁸⁴ y sin valor legal alguno, no originando nota en la matriz ni llevan cláusula final de suscripción, pudiendo ser firmadas o no por el escribano⁸⁵. Así 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."⁸⁶ 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 otro testimonio.

I- 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 debe 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).

"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

83 PELOSI, Carlos A. "El Documento Notarial" Ed. Astrea, 3ªreimpresión Bs As 1997, Pag 247

84 GATTARI Carlos Nicolas, "MANUAL DE DERECHO NOTARIAL", Editorial Depalma, Buenos Aires 1988, pág 185

85 GONZALEZ, Carlos Emerito, "Derecho Notarial", Ed La Ley, Bs As 1971, Pág 497

86 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>

por el secreto profesional. Por tanto, salvo orden judicial, el escribano debe abstenerse de entregar a terceros ningún tipo de reproducciones del acto.⁸⁷

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."⁸⁸ Pierde fuerza o contundencia ese principio general que los contratos no afectan a terceros, porque clasificamos a esos terceros, analizamos si hablamos 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 hace ver que no es algo extraordinario que de una relación contractual, se genere algún efecto hacia otro 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."⁸⁹ 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.⁹⁰

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, como veremos más adelante, la única diferencia importante es para la primera, pues las otras segunda, tercera, etc. corren la misma suerte (son todas nuevas copias).

Lo otro a tener en cuenta es que la obligación de colocar tanto en el testimonio como en la nota marginal (art 62 y 63 ley 4183) el nombre para quien se expide ese testimonio. Y esto es muy importante porque esa numeración de la que hacíamos referencia está en relación con la parte para la que se expide el testimonio.

Puede haber más de un sujeto que otorgue el acto jurídico, y no solo dos partes sino varias partes, imaginemos una escritura en las que haya un comprador un vendedor y

87 D'ALESSIO, Carlos Marcelo en "Código Civil y Comercial Comentado" Director Ricardo Luis LORENZETTI, Ed Rubinsal Cuzoni, Santa Fe, Tomo II p. 207.

88 ORELLE, Jose Maria Rodolfo. Algo más de la compra de inmuebles para terceros, Derecho Notarial N°1, Director Gabriel Ventura, Ed Zavalía, Bs As 2012, Pág. 88

89 LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J., Teoría de los contratos. Tomo I Parte General, Bs. As., Zavalía, 1985, Pág. 290.

90 GONZALEZ, Carlos Emerito, "Derecho Notarial", Ed La Ley, Bs As 1971, Pág 497

banco otorgando un préstamo, o una escritura en la que haya varios compradores, cada uno de ellos tendrá derecho a una copia o testimonio.

Pues bien, yo no le puedo 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 sí, 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 cuántas 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.

II- SEGUNDOS Y SUCESIVOS TESTIMONIOS DE ESCRITURAS DONDE SURGEN OBLIGACIONES PENDIENTES

Luego de esta breve introducción, que nos va a ser útil para fundar nuestra conclusión, llegamos al tema que nos ocupa, la expedición de la "nueva copia" que será segundo, tercer, cuarto testimonio, etc., pero no podrá ser la primer copia para este sujeto.

El principio es que el escribano debe dar copia o testimonio a la parte, pero esta regla tiene una excepción, y por lo tanto hay que analizarla como tal. El notario, no siempre podrá extender un segundo testimonio, puesto que para ello será necesario verificar que no existen obligaciones pendientes, así lo exigía el Código de Vélez 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.

Para el caso de existieran estas obligaciones pendientes⁹¹, el antiguo código solo nos dejaba el camino para expedirla de la previa autorización judicial. Y para esto, el Art 1008 exigía que toda copia debe darse con previa citación de los que han participado en la escritura, los cuales pueden comparar la exactitud de la copia con la matriz, mencionaba además que el Juez podía nombrar un oficial público si se hallase ausente. Aclarando que esta norma (art 1008) siempre ha sido entendida por la jurisprudencia y la doctrina como anexa a la anterior, o sea con el 1007, o sea cuando hay obligaciones pendientes. Como bien dice Ventura, el nuevo Código "superando en practicidad al código derogado",⁹² 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 cumpli-

91 GONZALEZ, Carlos Emerito, "Derecho Notarial", Ed La Ley, Bs As 1971, Pág 498

92 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>

miento 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.

Hay parte de la doctrina que entiende demasiado gravoso lo que solicita la ley específicamente critican "la necesidad de justificar por instrumento público la extinción de la obligación instrumentada en la escritura cuya copia se pide, para evitar tener que acudir a la vía judicial. Puede darse el caso de que la escritura contemple la emisión de un pagaré u otro título circulatorio (instrumento privado), debidamente identificado en el documento notarial, cuya presentación por parte del deudor haría indubitable la extinción de la obligación". Se podría entender así que la norma lo que quiere es que se acredite de una manera indubitable, que no existen obligaciones pendientes.

También la doctrina opinaba en ese entonces, con el antiguo código, como lo hacía Gattari, que no era necesaria la autorización judicial si todas las partes se ponen de acuerdo en que se expida un segundo testimonio para una de las partes, y sostenía que ese era criterio de los archivos de protocolos de Bs As y La Plata.⁹³ 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. De todas maneras estamos seguros de que si ambas partes están de acuerdo, no habría ningún problema.

El problema está en designar al acreedor solamente como el sujeto que deba prestar conformidad, en esto entendemos, hay un error, pero antes de analizarlo, habría que estudiar el fundamento de esta norma.

III- FUNDAMENTO DE LA EXCEPCIÓN A OTORGAR UN NUEVO TESTIMONIO

El fundamento que tiene esta norma, que viene de muy antiguo, es la protección del deudor, ya 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.

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

93 GATTARI Carlos Nicolas, "MANUAL DE DERECHO NOTARIAL", Editorial Depalma, Buenos Aires 1988, pág 188

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.⁹⁴

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 darlas sin necesidad de que el juez lo mande, ni oír a los interesados..."⁹⁵

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)"⁹⁶ 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 carturales, pues como dice Ventura "mediante la expedición de un nuevo testimonio, se hace desaparecer virtualmente cualquier nota marginal de correlación o aclaratoria que hubiere sido insertada en el primer testimonio."⁹⁷ Aun así es bastante rebuscado ver la posibilidad del daño en esta expedición de copia.

IV- LA LETRA DE LA LEY

Lo otro que no podemos dejar de analizar es la imposibilidad de hacer una interpretación literal del artículo, porque tiene dos pasajes contradictorios en relación al tema que nos ocupa.

Por una lado, lo que salta más a la vista, nos habla de "la conformidad del acreedor"

94 CALIRI, José Luis, "Segundas y ulteriores copias o testimonios de las escrituras públicas en el Código Civil y Comercial de la Nación Publicado en: RCCyC 2018 (abril), 06/04/2018, 233 Cita Online: AR/DOC/435/2018

95 GONZALEZ, Carlos Emerito, "Derecho Notarial", Ed La Ley, Bs As 1971, Pág 498

96 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>

97 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>

para no recurrir a otro remedio como la autorización judicial, la acreditación de la cancelación, o sea como otro de los supuestos que son la excepción a la excepción, que nos permitiría dar copia.

Pero también hay otro pasaje en la norma, que tiene que ver con lo que estamos analizando; cuando establece 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 dc 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.

No sabemos cuál ha sido la intención del legislador con su agregado, podemos pensar en un error material de la palabra acreedor por la palabra deudor, o sino entendió mal el supuesto, no leyó el nuevo artículo, pensando que era para todos los casos de obligaciones pendientes (como regulaba el antiguo 1007) y quiso introducir la posibilidad de salvar la exigencia, con la voluntad del sujeto que podría sufrir el daño, pero erró o tenía un concepto diferente al redactor original de la norma, de para quien va dirigida la protección. La verdad es difícil saberlo, por ser una agregado de último momento no está en las notas explicativas finales.

V- 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, para poder ejercer su derecho, para poder mostrar o demostrar el negocio jurídico realizado, y también como dijimos quedará publicitado cartularmente por nota marginal a todo aquel a quien se le dio ya su primer testimonio.

El problema surge cuando existieran obligaciones pendientes y no tuviéramos solamente dos sujetos o partes de este negocio. Aquí debemos aclarar como dijimos antes 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.

Para la cuestión que nos ocupa debemos analizar que si existen obligaciones pendientes para otro de los sujetos del acto, pero que integren la parte que tiene sentido diverso a la posibilidad de exigir ese derecho. Si integra la misma parte, o mejor dicho tienen una posición contractual de igual sentido no hace falta pedir su conformidad, pero sí de to-

dos aquellos que integran la parte con derechos y obligaciones con un sentido contrario al del sujeto que pide el testimonio. Para entenderlo con un ejemplo básico si hay dos acreedores y dos deudores en un negocio tenemos cuatro sujetos que tienen derechos y obligaciones, y que ven regulada su esfera de intereses, su patrimonio con este acto, sin embargo se puede agrupar a los acreedores por un lado diferenciándolos de los deudores, porque sus derechos y obligaciones van en un mismo sentido, y de esta manera hablamos de dos partes de ese contrato. En este sentido si uno de los acreedores quisiera una nueva copia, debería pedirse la conformidad de todos los que integran la parte con sentido diverso al suyo, o sea de todos los deudores de esa obligación, pero no de los restantes acreedores.

VI- CONCLUSIÓN

Interpretando correctamente la norma, surge claramente de la letra de la ley, que el supuesto de hecho para no expedir nuevo testimonio es complejo o compuesto, o sea que **haya obligaciones pendientes para la otra parte que no pide el testimonio**, por lo tanto no se le está impidiendo obtener una nueva copia al deudor, sino al acreedor. Si el deudor la pide no hay impedimento alguno (pues la obligación no es a cargo de la otra parte), en cambio si la pide el acreedor allí si entramos en el supuesto de hecho y debemos ver si hay alguna excepción para poder expedirla. Esta interpretación coincide con el análisis doctrinario que da fundamento a la misma desde un comienzo (su historia), que es la protección al deudor.

La posibilidad de contar con la conformidad del propio acreedor (como establece la ley) no es un supuesto válido como excepción. Evidentemente la conformidad la tiene, al ser él quien está rogando la nueva copia, y carece entonces de sentido para que sea una excepción. Para que se entienda si permitiéramos esta excepción la norma (leída en forma completa) nunca impediría en concreto dar una copia, ya que si la pide el deudor, no entra en el supuesto y si la pide el acreedor, siempre cuanta con su propia conformidad.

De todas maneras cabe aclarar que si bien estamos seguros que si viene a solicitarla la parte deudora (o sea según la letra de la ley la que tiene a cargo la obligación), no entraría en el supuesto de impedimento para el notario dar copia, y por ende mucho menos la manera de subsanar ese inconveniente; he de advertir que este análisis profundo del artículo en cuestión, estableciendo en forma completa el supuesto de hecho, no es todavía realizado por la doctrina, no encontré otro trabajo en igual sentido, no porque opinen lo contrario, sino que se lo ha dejado pasar, son en realidad interpretaciones tradicionales que respetan más el 1007 que el 308. Si encontré un trabajo que ve el error de establecer la conformidad sola del acreedor. Por lo tanto al ser tan nueva la norma, al tener tan poco apoyo doctrinario en este sentido, y poder esgrimirse que también puede verse perjudicado el acreedor por la nueva copia, ante esta situación, aconsejaría al Archivo de Protocolos, evaluar el caso concreto por supuesto y pedir en principio la conformidad siempre de los sujetos que integran la otra parte, para tener la seguridad que nadie puede sentirse perjudicado con dicha copia, y respetar así la posición doctrinaria que entiende que siempre que haya obligaciones pendientes el acuerdo de partes permite al escribano entregar una nueva copia.

