

REVISTA de ESTUDIOS *de*

Derecho Notarial y Registral

INSTITUTO DE INVESTIGACIÓN EN CIENCIAS JURIDICAS (IDI-CJ)
UNIVERSIDAD BLAS PASCAL - CÓRDOBA, ARGENTINA

Año 8 · Nro. 8 · Febrero 2022 // ISSN: 2362-3845

REVISTA de ESTUDIOS *de*

Derecho Notarial y Registral

Consejo Editorial

- **Director:** *Augusto Luis Piccon*
- **Sub Director:** *Guillermo Ford*
- **Editoras:** *Maria Laura Guerri Fernandez*
Maria Adriana Garay

Consejo Científico

- **Domingo Viale.** *UBP*
- **Nestor Pisciotta.** *UBP*
- **Juan Aparicio.** *Academia Nacional De Derecho. UNC. UBP.*
- **Alejandro Freytes.** *UNC. UBP.*

Diseño y Diagramación

- **Mauricio Tagliavini,** *DG*

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.



Copyright © 2022 by Editorial UBP
 Todos los derechos reservados

Director
 Néstor Pisciotta
 Av. Donato Álvarez 380
 CP X5147ERG Argüello, Córdoba
 Argentina
 Tel: 54 (0351) 414-4444
 Para mayor información
 contáctenos en www.ubp.edu.ar
 O vía e-mail a: editorialUBP@ubp.edu.ar

Publicación editada e impresa en
 Córdoba, Argentina

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

Revista Derecho Notarial y Registral

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

E-Mail: carrerasjuridicas@ubp.edu.ar

ISSN: 2362-3485

La Revista de Derecho Notarial y Registral no se responsabiliza por las opiniones vertidas en los artículos firmados, cuyas ideas responden exclusivamente a sus autores.

ÍNDICE

DOCUMENTOS, INSTRUMENTOS Y FIRMA DIGITALES.

Testimonio Notarial Digital y Certificación de Firmas Digitales

Cecilia Soledad CARRERA 11

SUBROGACIÓN REAL EN EL RÉGIMEN DE VIVIENDA

Guillermo CASANEGRA 24

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

Guillermo CASANEGRA 45

TIEMPO COMPARTIDO

María Adriana GARAY 55

LA FORMA DE LOS CONTRATOS Y LA LABOR DE LOS NOTARIOS

Rodrigo PADILLA 72

ESCRITURAS JUDICIALES

Luis PICCON 82

ESTUDIOS

DOCUMENTOS, INSTRUMENTOS Y FIRMA DIGITALES. Testimonio Notarial Digital y Certificación de Firmas Digitales

DIGITAL DOCUMENTS, INSTRUMENTS AND SIGNATURES. Digital Notarial Testimony and Digital Signatures Certification

Por Cecilia Soledad Carrera¹

SUMARIO: I. Introducción. II. Documentos e Instrumentos. III. Documentos Informáticos y Firmas Digital y Electrónica. IV. El Testimonio Notarial Digital y las Certificaciones de Firmas y Copias Digitales en el Notariado de Córdoba. a). Reglamento de Testimonio Notarial Digital. b). Certificación de Firma Digital y de Copias Digitales. V. Reflexiones finales. Referencias

RESUMEN:

La evolución de los desarrollos tecnológicos ha generado la digitalización de la información. Como consecuencia, los ordenamientos jurídicos no están exceptuados de tales cambios y precisan ser estudiados a la luz del derecho digital. Al mismo tiempo, las profesiones jurídicas requieren que las funciones tradicionales se ajusten a las circunstancias actuales para dar soluciones adecuadas, sin que la seguridad jurídica y la justicia se vean afectadas. Ante esta realidad, en la primera parte de este trabajo se expondrá un sintético análisis de la teoría documental y de los conceptos e implicancias de los instrumentos y firma digitales y electrónicos. En la segunda parte, se estudiará la reglamentación adoptada por el Colegio de Escribanos de Córdoba respecto de la expedición del Testimonio Notarial Digital y de las Certificaciones de Firmas y de Copias Digitales.

¹ Abogada. Notaria, Universidad Blas Pascal. Diplomada en Derechos Humanos y Participación Ciudadana, Universidad Católica de AUSJAL, IIDH y Universidad Católica de Córdoba. Especialista en Derecho Judicial y de la Judicatura, Universidad Católica de Córdoba. Diplomada en Derechos Humanos con mención en Acceso a la Justicia, Universidad Católica de AUSJAL, IIDH y Universidad Católica de Córdoba. Diplomada en Gestión, Mediación y Resolución de Conflictos, Universidad Blas Pascal. Diplomada en Derecho Procesal Civil, Universidad Blas Pascal. Diplomada en Ética Judicial, Centro de Perfeccionamiento Ricardo C. Núñez, Poder Judicial de Córdoba. Diplomada en Metodología de la Investigación en el ámbito Judicial, Universidad Católica de Córdoba. Adscripta a la Cátedra de Derecho Político, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Córdoba. Adscripta a la Cátedra de Derechos Reales, Universidad Blas Pascal. Prof. Tutora en Educación a Distancia, Derecho Registral I, Universidad Blas Pascal. Prof. Tutora en Educación a Distancia, Práctica Notarial, Universidad Blas Pascal. Prosecretaría Letrada en el Fuero Civil y Comercial, Poder Judicial de Córdoba. ceciliasc2002@yahoo.com.ar.

ABSTRACT

The evolution of technological developments has generated the digitization of the information. As a consequence, legal systems are not exempt from such changes and need to be studied in the light of the digital law. At the same time, the legal professions require traditional functions to be adjusted to current circumstances in order to provide adequate solutions, without affecting legal certainty and justice. Faced with this reality, the first part of this work will present a synthetic analysis of documentary theory and the concepts and implications of digital and electronic instruments and signatures. In the second part, you will find regulations adopted by the College of Notaries of Córdoba concerning the Digital Notarial Testimony and the Certifications of Signatures and Digital Copies.

PALABRAS CLAVE: Derecho Digital. Documento informático. Instrumento Electrónico. Instrumento Digital. Firma Digital y Firma Electrónica.

KEY WORDS: Digital Law. Computer document. Electronic Instrument. Digital instrument. Digital Signature and Electronic Signature

I. Introducción

El *Derecho Digital* se abre camino como una nueva rama del Derecho cuya característica es la transversalidad. Todas las áreas jurídicas se ven radicalmente modificadas por los avances tecnológicos que la Revolución 4.0 ha traído consigo en las últimas décadas del Siglo XX y en las dos primeras del Siglo XXI. Con ello, muchos de los conceptos tradicionales necesitan su readecuación, así como también ha devenido necesario formular nuevas definiciones y reconocimientos jurídicos.

La disrupción tecnológica impone un profundo análisis y comprensión de los cambios sociales, culturales y económicos a fin de resignificar y reordenar la legislación, el derecho judicial, la administración y el quehacer jurídico. El cambio de escenario que significa el mundo digital importa para los operadores del derecho el uso del conjunto de nuevas herramientas y su integración a los nuevos procesos administrativos, judiciales, notariales, registrales, etc. En otras palabras, los sistemas jurídicos deben ponerse al día, readaptarse y reordenarse frente a los desarrollos de las Tecnologías de la Información y Comunicación y al avance de la Inteligencia Artificial.

En el marco de tales desarrollos, desde hace años el Notariado aborda el tratamiento de las Tecnologías de la Información y Comunicación, el documento informático, la firma digital y sus proyecciones respecto de la legalidad, la seguridad jurídica, el valor probatorio, entre otras cuestiones, tanto en Congresos, Jornadas y eventos académicos internacionales, regionales y nacionales². Su relevancia radica en que los despachos y conclusiones

2 A modo ejemplificativo puede referenciarse el Tema II del XX Congreso Internacional del Notariado Latino (1992, Cartagena – Colombia); el Tema II del XXIV Congreso internacional del Notariado Latino (2004, México); el Tema II del XXVIII Congreso Internacional del Notariado Latino (2016, París – Francia); el Tema I del III Congreso Notarial del Mercosur (1997, Punta del Este – Uruguay); el Tema III de la IX Jornada Notarial Iberoamericana (2000, Lima – Perú); el tema II de la XII Jornada Notarial Iberoamericana (2006, Punta del Este – Uruguay); el Tema I de la XIV Jornada Notarial Iberoamericana (2010, Punta Cana – República Dominicana); el Tema I de la XV Jornada Notarial Iberoamericana (2012, Madrid – España); el Tema I de la XVI Jornada Notarial Iberoamericana (2014, La Habana – Cuba); el Tema IV de las XXII Jornadas Notariales Argentinas (1991, Rosario – Argentina); el Tema I de la XXIV Jornada Notarial Argentina (1996, CABA – Argentina); el Tema II de la XXVII Jornadas Notariales Argentinas (2005, Salta – Argentina); el Tema IV de las XXXII Jornadas Notariales Bonaerenses (1999, Bahía Blanca – Argentina), el Tema IV de las XXXIII Jornadas Notariales Bonaerenses (2003, Mar del Plata – Argentina); el Tema II de las XXXV Jornadas Notariales Bonaerenses (2007, Tandil – Argentina); el Tema IV de las XXXVI Jornadas Notariales Bonaerenses (2009, Necochea – Argentina); los Temas I, III y IV de las XLI Jornadas Notariales Bonaerenses (2019, Tandil – Argentina); el Tema III de las XI Jornadas Notariales Cordobesas (1996, Córdoba – Argentina); el Tema II de las XIII Jornadas Notariales Cordobesas (2004, Córdoba – Argentina); el Tema II de las XX Jornadas Notariales Cordobesas (2019, Córdoba – Argentina); el Tema II de la I Jornada Sanjuanina de Derecho Notarial (2006, San Juan – Argentina). Todas compiladas en Cosola y Schmidt, 2021, pp. 291-375.

contienen valoraciones de vanguardia de los temas tratados, marcando las tendencias frente a las variables tradicionales de las instituciones jurídicas puestas sobre las mesas de discusión.

Teniendo en cuenta la importancia que la temática ha adquirido en la realidad jurídica y las implicancias que supone en el quehacer notarial y jurídico, en el presente artículo, en primer término, se propone un análisis sincrético de la teoría del documento, para avanzar luego hacia los conceptos de documento informático, de instrumentos electrónico y digital, y de firmas electrónica y digital. En los apartados posteriores se realizará un estudio de los Reglamentos del Testimonio Notarial Digital y las Certificaciones de Firmas y Copias Digitales, que el Colegio de Escribanos de Córdoba adoptó.

II. Documentos e Instrumentos

Hasta hace muy poco tiempo, las inquietudes de los juristas —en general— no estaban orientadas al estudio del derecho digital y la adaptación del ordenamiento jurídico a las tecnologías. No obstante, el cambio social operado que, en términos sociológicos, podría caracterizarse como un cambio de paradigma, está produciendo la apertura a una nueva dimensión jurídica, que reclama comprender el derecho con una mirada distinta.

El *documento* se presenta como uno de los conceptos jurídicos directamente afectado por la transformación del derecho que supone la tecnología, aun cuando conserva su base jurídica teórica. Ello porque, cuando comienza a hablarse de documento informático, se continúan identificando los elementos que lo constituyen y caracterizan.

La doctrina, tradicionalmente, conceptualizó al documento como “un acto escrito, cuyos elementos esenciales son: forma, contenido y firma, y mediante el cual puede probarse algún hecho o cualquier relación jurídica relevante” (Pelosi, 1997, p. 32). Es decir, el documento es el resultado de una actividad dirigida a la creación de derecho, en el que se asienta, grava o imprime una expresión de contenido intelectual, y que es representativa de un hecho, acto o negocio jurídico. De allí que el documento puede clasificarse en gráfico, iconográfico, plástico, auditivo, visual, digital, etc.

Los elementos característicos del documento son el autor, la corporalidad y el contenido. El primero es el componente subjetivo o personal. El autor es la persona que despliega la actividad humana ideológica. En el supuesto de los instrumentos privados firmados, la autoría queda fijada por la firma del documento por aquellos sujetos respecto de quienes se producirán los efectos jurídicos del acto o negocio jurídico. Así lo reglan los arts. 286 y 287 del Código Civil y Comercial Argentino. En el caso del instrumento público, en tanto el autor será el escribano, el funcionario judicial o el funcionario administrativo que lo autoriza. Esa autorización se relaciona con la fe pública y el valor de verdad, los que dependen del ejercicio de una función pública.

Los otros dos componentes se vinculan directamente con la estructura documental. El contenido, en cuanto elemento material y dinámico, es la expresión o representación del pensamiento del autor (Pelosi, 1997, p. 74). Por ende refiere al elemento relacional libre y a la creación del derecho. Está dado por los hechos, actos o negocios jurídicos representados o expresados a través de una manifestación o declaración de voluntad, con sentido para quien lo recibe.

El elemento objetivo y estático del documento es la corporalidad, dada por las formas representativas del contenido. Enseñaba Carlos A. Pelosi (1997) que este componente tiene una realidad física, es la cosa, la pieza documental, que expresa una realidad intelectual a través de la grafía (p. 35). Luego, la corporalidad refiere al soporte documental o continente.

La materia escriptoria, esto es el soporte físico, es contingente y mutable desde que se ajusta al estado evolutivo de las sociedades. Así como en la Antigüedad se emplearon tablas de arcilla, pieles, papiros, pergaminos, a partir de la Edad Media y hasta hace algunas escasas décadas el soporte usual fue el papel. No obstante, con la disrupción tecnológica, ha mutado la realidad documental por la aparición del soporte informático.

Luego, frente al documento *a secas*, aparece el documento informático. De hecho, así lo reconoce el art. 286 del Código Civil y Comercial Argentino que 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”. Por consiguiente, cuando se está ante un documento informático, el contenido no resulta accesible en forma directa, sino que para acceder a él se precisa de un dispositivo, como puede ser una pantalla, etc.

Ahora bien, la expresión documento ha sido empleada como sinónimo o, también, ambivalente respecto del término *instrumento*. No obstante, ninguna opción es adecuada. Existe entre los vocablos la referencia de una relación de *género a especie*. Es así porque, específicamente, el instrumento es “una declaración escrita de voluntad suscripta con el fin de hacer constar un acto o negocio jurídico” (Maina, 2021, p. 28). De allí que sus principal función es la *probatoria* de un contenido, expresado en una forma que goza de efectividad.

En relación a los instrumentos, el Código Civil y Comercial Argentino abandona la clasificación bipartita anterior, que distinguía entre instrumentos privados y públicos. El art. 287 del mencionado cuerpo legal establece:

Instrumentos privados y particulares no firmados. Los instrumentos particulares pueden estar firmados o no. Si lo están, se llaman instrumentos privados. Si no lo están, se los denomina instrumentos particulares no firmados; esta categoría comprende todo escrito no firmado, entre otros, 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.

Ergo, los instrumentos pueden ser *públicos o particulares*. En el marco de los últimos se realiza una distinción, según si cuentan con firma o carecen de ella. Los instrumentos particulares firmados son *instrumentos privados*, pudiendo ejemplificarse con la referencia a un boleto privado de compraventa. De otro costado, los instrumentos que carecen de signatura son *instrumentos particulares no firmados*. Ejemplos de ellos pueden ser la grabación de una cámara de tránsito, un archivo de audio de *Whatsapp*, un mensaje de texto de *Telegram*, una fotografía.

III. Documentos Informáticos y Firmas Digital y Electrónica

Realizada en el acápite precedente una breve referencia conceptual, cabe realizar algunas precisiones en torno al resultado —inacabado y en constante mutación— que los

desarrollos de las Tecnologías de la Información y Comunicación han producido y que plantean la readecuación de algunos conceptos del *derecho documental*. Avanzando en tal sentido, hoy se habla del *documento informático*. Éste es definido como el “que se crea a partir de medios informáticos por cualquier persona calificada para hacerlo” (Cosola y Schmidt, 2021, p. 42).

La denominación *documento informático* refiere al género. De allí que se lo ha caracterizado, también, como “la fijación en un soporte electrónico (u óptico) de información, que queda registrada en la memoria auxiliar del computador, incluyendo en este concepto los medios técnicos necesarios para la recuperación de la información (hardware y software)” (Bielli, Ordoñez y Quadri, 2021, p. 410). En sentido amplio, comprende los documentos escritos que aparecen en la pantalla de una computadora, fotografías, videos, archivos en formato electrónico, correos electrónicos, la información publicada en páginas web, redes sociales, comunicaciones de aplicaciones de mensajería, entre otros.

La especie, esto es el *instrumento informático* puede ser *particular lato sensu* o *público*. El primero, a su vez, puede estar firmado o no firmado. Si no está firmado, ingresará en la categoría de *instrumento particular strictu sensu*, si lo está será un instrumento privado.

Aparece, entonces, un concepto y una distinción que es esencial para la determinación de la categoría de instrumento: la *firma*. Ésta deja de ser la expresión gráfica del nombre y apellido que una persona habitualmente acostumbra emplear para suscribir documentos que la exigen como formalidad (CC, nota art. 3639). A la par de la firma ológrafa o autógrafa aparecen las *firmas electrónica y digital*. La adjetivación será la clave que permitirá clasificar a los instrumentos en *electrónicos* o *digitales*.

La Ley N° 25.506 define a la *firma digital* como el *resultado de aplicar a un documento digital un procedimiento matemático que requiere información de exclusivo conocimiento del firmante, encontrándose ésta bajo su absoluto control. La firma digital debe ser susceptible de verificación por terceras partes, tal que dicha verificación simultáneamente permita identificar al firmante y detectar cualquier alteración del documento digital posterior a su firma (art. 2).*

Como se infiere del texto de la ley, la firma digital será válida cuando el certificado de firma digital haya sido emitido por una entidad certificadora licenciada (Ley N° 25.506, art. 9); haya sido creada por el firmante mientras su certificado digital esté vigente (vigencia); y pueda ser verificada la identidad del firmante y la validez de la firma mediante el procedimiento de verificación. Con ello queda asegurada la autoría, integridad, e inalterabilidad, del documento, y la exclusividad y la garantía de no repudio respecto del firmante.

Así lo ha receptado el artículo 287 del Código Civil y Comercial Argentino relaciona a la firma con la *autoría*: la *firma*. El texto legal reza:

La firma prueba la autoría de la declaración de voluntad expresada en el texto al cual corresponde. Debe consistir en el nombre del firmante o en un signo. En los instrumentos generados por medios electrónicos, el requisito de la firma de una persona queda satisfecho si se utiliza una firma digital, que asegure indubitablemente la autoría e integridad del instrumento.

Esto es así en torno a los instrumentos particulares firmados o instrumentos privados,

como se dijo. Por otra parte, legalmente y en forma residual, la *firma electrónica* es conceptualizada como el “conjunto de datos electrónicos integrados, ligados o asociados de manera lógica a otros datos electrónicos, utilizado por el signatario como su medio de identificación, que carezca de alguno de los requisitos legales para ser considerada firma digital” (Ley N° 25.506, art. 5). En efecto, éste método electrónico se vale de datos electrónicos asociados para vincular a una persona con un documento, pero que carece de alguna de las características de la firma digital.

Al no tener el mismo *status* (por no asegurar la autoría e integridad del documento) y por el *principio de equivalencia funcional* reglado en el art. 3 de la Ley de Firma Digital³, la firma electrónica es débil. Luego, su valor probatorio se ve menguado. Adolece de la presunción *iuris tantum*, debiendo acreditar su validez quien la invoca frente al desconocimiento por parte del aparente titular.

Con lo dicho, sin ingresar a cuestiones técnicas que exceden el marco de análisis propuesto en la Introducción, puede apreciarse con meridiana claridad que la firma ológrafa presupone una acción física por parte de la persona humana que asume una declaración de voluntad como propia. Mientras tanto, a la firma digital subyace un proceso de cifrado o encriptación que debe ser susceptible de verificación en cuanto a la identidad del firmante, y de la integridad y no alteración del instrumento, que perdurará en el tiempo mediante los medios de almacenamiento vigentes.

Realizadas las precisiones precedentes y so riesgo de reiteración, el instrumento digital es aquél “donde se plasma tanto la voluntad de su creador como la firma digital, que es lo que brinda el carácter de integridad, inalterabilidad y conexidad con el titular signatario, presumiéndose su autoría” (Cosola y Schmidt, 2021, p. 61).

Como se puede advertir, el contenido no es lo distintivo entre el instrumento analógico y el documento digital, sino que lo es el soporte. El art. 6 de la Ley N° 25.506, y el art. 286 del Código Civil y Comercial Argentino, concordantemente, establecen una *equivalencia funcional* entre ambos tipos de instrumentos, de modo que “la función jurídica que en toda su extensión cumple la instrumentación escrita y autógrafa —o eventualmente su expresión oral— respecto de cualquier acto jurídico la cumple igualmente su instrumentación electrónica a través de un mensaje de datos, con independencia del contenido, dimensión, alcance y finalidad del acto así instrumentado” (Illescas Ortiz, 2010, p. 268).

IV. El Testimonio Notarial Digital y las Certificaciones de Firmas y Copias Digitales en el Notariado de Córdoba

Como se anticipara en la Introducción y resulta de los apartados precedentes, el impacto tecnológico en el derecho es innegable. El ejercicio de las profesiones jurídicas está mutando frente a la adopción de las herramientas que las Tecnologías de la Información y de la Comunicación brindan a jueces, abogados, escribanos, legisladores, registradores y profesores. Esas herramientas comprenden, por un lado, *equipamiento material*. Con tal nominación se hace referencia al *hardware*, *software*, herramientas de seguridad informática, etc. En un segundo término, debe considerarse la proyección sustancial de su empleo respecto de la eficacia y valor probatorio de los actos y negocios jurídicos, de la autenticidad de los instrumentos públicos y, en definitiva, de la seguridad jurídica, la certeza y la Justicia.

³ Ley 25.506, art. 3. Del requerimiento de firma. Cuando la ley requiera una firma manuscrita, esa exigencia también queda satisfecha por una firma digital. Este principio es aplicable a los casos en que la ley establece la obligación de firmar o prescribe consecuencias para su ausencia.

Entre los distintos tipos de instrumentos de públicos, las Escrituras Públicas, sus Testimonios o Copias y las Actas Notariales son el producto del ejercicio de la función notarial. Ellas producen efectos civiles o sustanciales (valor constitutivo de contratos, actos o negocios jurídicos), probatorios, publicitarios y ejecutivos (ejercicio del derecho contenido). Al igual que lo acontecido con todos los documentos, el soporte usual era el papel y su corporalidad analógica. Empero, en la sociedad actual, lo *virtual* ha dado paso a los *instrumentos públicos digitales*.

La Unión Internacional del Notariado, en el marco del 28° Congreso Internacional del Notariado, que tuvo lugar en París (Francia) en 2016, abordó el tratamiento de la escritura pública electrónica⁴. En las conclusiones del Tema II se observó que existen en la actualidad 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.

También recomendó el fomento de la expedición de copias en soporte electrónico, adoptándose las medidas de seguridad necesarias para evitar la multiplicación ad infinitum de testimonios electrónicos.

Cabe destacar, también, que la Comisión I del 29° Congreso Internacional del Notariado, celebrado en Yakarta (Indonesia), en 2019, concluyó que “los Colegios Notariales, como precursores, deberían iniciar, promover y, cuando proceda, realizar ellos mismos nuevos proyectos innovadores, tales como los archivos electrónicos centrales de documentos notariales o registros electrónicos”.

El Código Civil y Comercial Argentino, por su parte, en el art. 301 prevé que las escrituras públicas se redacten en forma manuscrita, mecanografiada o 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”. En tanto que el artículo 308 del mismo *corpus iuris* consagra el principio de *libertad de medios de reproducción de las Escrituras Públicas*, al decir, en su primera parte: “El escribano debe dar copia o testimonio de la escritura a las partes. Ese instrumento puede ser obtenido por cualquier medio de reproducción que asegure su permanencia indeleble, conforme a las reglamentaciones locales”.

En consonancia la revolución tecnológica, los cambios sociales y las exigencias del tráfico jurídico, y siguiendo los lineamientos dogmáticos, jurisprudenciales y legislativos actuales (v.g. Código Civil y Comercial Argentino, art. 308; Ley N° 25.506, arts. 6 y 11; Ley 4183, art. 67), el Colegio de Escribanos de Córdoba dio un paso de superlativa trascendencia al aprobar el Reglamento para la expedición de Testimonios Digitales y modificar el Reglamento del Libro de Registro de Intervenciones. A continuación se realizará una exposición de tales cuerpos normativos.

a. Reglamento de Testimonio Notarial Digital

Los Testimonios o Copias, así como las Escrituras Públicas, son instrumentos públicos. La

⁴ Las conclusiones y recomendaciones del Tema II fueron tratadas in extenso en Carrera, 2019.

Matriz, una vez autorizada, goza de fe pública directa, y es conservada por el Escribano, primero, y por el Archivo de Protocolos Notariales, luego.

El Testimonio, por su parte, es la copia de la Matriz, está orientada a circular en el ámbito jurídico con pleno valor ejecutivo del Derecho instrumentado, está dotado de fe pública refleja o derivada, y brinda certeza de que el título original existe con un determinado contenido, en un Protocolo físico (Código Civil y Comercial Argentino, arts. 289 inc. a y 299). A su vez, el Testimonio extendido por el Notario es un instrumento auténtico, desde que prueba por sí mismo su propio carácter (*scripta publiam probam re ipsa*). En otras palabras goza de una presunción de verdad de los hechos y actos contenidos en él.

Ante la posibilidad dada por los arts. 286, 288, y 308 del Código Civil y Comercial Argentino, y arts. 3 de la Ley N° 25.506, el instrumento público puede ser labrado y extendido en un soporte digital, con firma digital. Las únicas excepciones contempladas legalmente se encuentran en el art. 4 de la Ley de Firma Digital y comprende: las disposiciones por causa de muerte; los actos jurídicos del derecho de familia; los actos personalísimos en general; y los actos que deban ser instrumentados bajo exigencias o formalidades incompatibles con la utilización de la firma digital, ya sea como consecuencia de disposiciones legales o acuerdo de partes. La exclusión se sustenta en el carácter intuitu personae de los actos a instrumentarse.

Como se señaló arriba, el Consejo Directivo del Colegio de Escribanos de Córdoba, en ejercicio de la facultad delegada por el Tribunal de Disciplina Notarial mediante Acordada N° 69, del 02 de julio de 2019, aprobó el Reglamento de Testimonio Notarial Digital (el 07 de septiembre de 2020).

Puntualmente, el Reglamento del Testimonio Notarial Digital define a la Copia Digital como la reproducción de la escritura matriz firmada digitalmente por escribano de Registro de la Provincia de Córdoba -o por quién legalmente lo sustituya- y que cuente con la certificación digital del carácter de Escribano en ejercicio expedida por el Colegio de Escribanos de la Provincia de Córdoba (Reglamento, art. 2).

Luego, recepta el *principio de equivalencia*, al afirmar que “el Testimonio Notarial Digital tiene el mismo valor legal que el expedido en soporte papel firmado de manera ológrafa” (art. 2, Reglamento).

A continuación, el art. 3 del Reglamento señala que

...el Testimonio Notarial Digital podrá expedirse por reproducción de la imagen de la escritura pública o por la transcripción de su texto, en ambos casos emitidos en Fojas de Actuación Notarial Digital, firmadas digitalmente por el escribano de Registro autorizante de la escritura o por quien legalmente lo sustituya, debiendo incluirse la cláusula dispuesta en el artículo 62 ley 4183⁵, y contener la validación del carácter de escribano en ejercicio -o de quién lo sustituya legalmente- emitida por el Colegio de Escribanos de la Provincia de Córdoba, a fin de dar cumplimiento con el inc. e art. 11

5 Ley 4183, art. 62: El testimonio de una escritura pública, deberá ser copia fiel de su matriz. En él se dejará constancia al principio, de si es el primero, segundo o sucesivos expedidos, y al final, después de la transcripción del texto íntegro de la escritura y citación de las firmas puestas al pie, la certificación de que concuerda con ella, el número de folios de su otorgamiento, la numeración de los sellos en que se expide el testimonio o de las estampillas con que se reponen cada una de sus fojas, parte para quien se expide y fecha de su expedición, poniendo el escribano al final su firma y sello. Si se extendieran copias por orden judicial, se hará constar la autoridad que las ordenó.

ley 4183⁶. En el supuesto de que el Testimonio Notarial Digital se expida por reproducción de la imagen de la escritura pública, deberá hacerse en color y respetando el mismo formato original.

Esta norma, al referir que la Copia Digital se expida por *reproducción en color de la imagen de la escritura pública o por la transcripción de su texto* es concordante con lo normado en el art. 286 del Código Civil y Comercial Argentino, en cuanto contempla como recaudo, solamente, que el “contenido sea representado con texto inteligible, aun cuando la lectura exija medios técnicos”. Igualmente, es acorde al art. 388 del Código Civil y Comercial Argentino, en cuanto el foco está puesto en la integridad, inalterabilidad y perdurabilidad de la reproducción y no en el soporte.

Además, la norma contiene la distinción realizada ya en el art. 11 de la Ley N° 25.506, en cuanto el resultante de la reproducción o el producto de la transcripción son copias y no pueden considerarse *originales* de segunda o ulterior generación. El original sigue siendo la Escritura Pública Matriz que obra incorporada en el Protocolo Notarial, mientras que el Testimonio Notarial Digital es una copia. Es decir, en los términos del artículo precitado un original de segunda o ulterior generación sería la replicación del archivo de la Escritura Pública Matriz en otro lugar del disco del mismo dispositivo electrónico donde se creó o la réplica realizada en otro dispositivo electrónico (v. gr. *pen drive*, memoria *flash*, disco duro portátil); mientras conserven el mismo formato electrónico original, y no el Testimonio.

Lo señalado es relevante en torno a la *fe pública*, desde que la Matriz será un original de primera generación, dotado de fe pública directa —como se dijo—, y respecto de la cual no pueden —o no deberían— existir originales de segunda o ulterior generación una vez protocolizada. El Testimonio Notarial Digital, a su vez, será una copia de la Matriz, dotada de fe pública refleja, y que no podrá multiplicarse porque la verificación de la firma digital del Escribano por el Colegio Notarial sólo se realizará una única vez por grado de Testimonio.

En el cuerpo normativo bajo examen se prevé la incorporación de *notas marginales* en el Testimonio Notarial Digital. Para ello, se crean las *Fojas de Actuación Marginal Digital*, que deben ser añadidas al Testimonio Notarial Digital, formando un único documento luego de ser firmado digitalmente nuevamente (Reglamento, art. 6). En estos supuestos, el Testimonio Notarial Digital quedará integrado por la Foja de Actuación Notarial y la Foja de Actuación Marginal Digital, unificadas por la firma digital del Escribano.

El Reglamento de Testimonio Digital también dispone que la *Fojas de Actuación Notarial Digital* y las *Fojas de Actuación Marginal Digital*, al igual que las Fojas de Protocolo y de Actuación Notarial en soporte papel, serán provistas por el Colegio de Escribanos de la Provincia de Córdoba en soporte digital, que se generarán al momento de la creación del Testimonio Notarial Digital a través de mecanismos que aseguren la autenticidad y seguridad documental, y faciliten su control y trazabilidad (Reglamento, art. 5). Ello porque es el Colegio de Escribanos el que tiene el *gobierno de la matrícula profesional* (Ley N° 4183, art. 68, inc. a).

6 Ley 4183, art. 11: Son deberes esenciales de los escribanos de registro: e) Tener un sello que utilizará en todos los actos que autorizare o certificare el cual no podrá ser cambiado sin autorización del presidente del Tribunal de Disciplina Notarial y deberá contener, por lo menos, el nombre y apellido del escribano, el número de registro notarial a su cargo, el lugar de asiento y la calidad de adscripto si lo fuera, este sello y firma del escribano, deberán ser registrados en el Tribunal de Disciplina Notarial y en el Colegio de Escribanos;”.

En virtud de la función arriba mencionada y del deber de *conservación* de los instrumentos públicos, el art. 9 del Reglamento dispone que será el Colegio de Escribanos de la Provincia de Córdoba el que almacenará y conservará los Testimonios Notariales Digitales a los únicos fines de su utilización por el escribano autorizante o su reemplazante legal, como así también para su consulta a través del sistema de verificación de autenticidad, asegurando la privacidad de los actos instrumentados en los Testimonios Digitales almacenados.

La guarda de los Testimonios Notariales Digitales supone la adopción de una “política de archivado” por parte del Colegio de Escribanos de la Provincia de Córdoba, que es relevante desde una doble perspectiva: la seguridad jurídica y la seguridad informática. Ello porque la finalidad perseguida por el art. 9 del Reglamento es que la información esté disponible con posterioridad a la expedición del Testimonio Digital para poder conferirle valor legal al instrumento, a través de la verificación de autenticidad del instrumento digital. Es así porque las operaciones de verificación se pueden realizar sólo respecto del documento original y no su reproducción, toda vez que solo respecto del primero puede predicarse la autoría, la inalterabilidad y la garantía de no repudio.

Por último, el art. 8 del Reglamento dispone:

Cada escribano de registro de la Provincia de Córdoba será responsable por la custodia de su *token* de firma digital o dispositivo que eventualmente lo reemplace, y de adoptar las medidas necesarias para asegurar la privacidad de las claves para firmar y expedir el Testimonio Notarial Digital. El escribano está obligado a comunicar formalmente y de inmediato al Colegio de Escribanos de la Provincia de Córdoba cuando por cualquier motivo el *token* o el dispositivo que eventualmente lo reemplace, dejare de estar bajo su custodia, incluyéndose en esta previsión los casos de pérdida, deterioro o situación que ponga en riesgo el secreto o la unicidad del mismo. Asimismo es obligación del escribano solicitar la revocación de su certificado de firma digital ante cualquier circunstancia que pueda haber comprometido la privacidad de los datos de creación de firma. La firma digital es de carácter personalísima, intransferible e indelegable.

El análisis integral de este artículo merecería un extenso desarrollo, porque contempla múltiples aspectos vinculados con el ejercicio de la función notarial y de la seguridad jurídica e informática, no obstante se excederán los límites del presente trabajo. Sin embargo, cabe advertir la superlativa importancia que adquiere el deber de custodia y resguardo del token por parte del Escribano titular del certificado de firma digital, toda vez que éste es el “dispositivo físico electrónico que permite almacenar claves criptográficas como la firma digital o todo lo relativo a los datos biométricos, capaz de generar un contenido con significativa presunción de certeza” (Cosola y Schmidt, 2021, p. 44).

De lo señalado arriba se pueden advertir las proyecciones que la *pérdida, hackeo o atentado, con cualquier modalidad del token* pueden acarrear respecto de los derechos humanos involucrados (v. g. privacidad), de los principios que rigen el ejercicio de la función notarial y los éticos (v. g. secreto profesional), y de la protección y seguridad del tráfico jurídico. De allí que el Escribano deberá adoptar medidas de seguridad adecuadas para el resguardo del token, toda vez que si alguna acción realizada sobre el dispositivo genera riesgo de daño o causa un perjuicio, podrá tener lugar una imputación legal de responsabilidad respecto del titular del certificado digital.

b. Certificación de Firma Digital y de Copias Digitales

El Honorable Consejo Directivo del Colegio de Escribanos de Córdoba, mediante Acta N° 48, del 05 de octubre de 2020, modificó los arts. 25 y 26 del Reglamento del Libro de Registro de Intervenciones. La finalidad perseguida es reglar la certificación de firmas digitales y de copias en soporte digitales.

El art. 25 refiere a la Certificación de Firma Digital. Textualmente dice

En el caso de que el requerimiento sea para la certificación de una firma digital, el notario deberá seguir el mismo procedimiento empleado para el caso de una firma ológrafa. Deberá realizar el acta con los mismos requisitos (en este caso la firma en el acta será una firma ológrafa del requirente) y realizar el texto de la certificación cumpliendo los recaudos del art 18, con la aclaración de que la firma a la que se refiere el inc. l será la firma digital del escribano y el sello será suplido por la verificación de su firma por parte del Colegio de Escribanos. El texto de la certificación y la firma del escribano serán realizados en un sellado de Actuación Notarial digital, que se adjuntará al documento firmado digitalmente por el requirente.

Conforme la norma, cuando el Escribano reciba el requerimiento de una certificación de firma digital deberá realizarla en una Hoja de Actuación Notarial Digital, que adjuntará al instrumento privado firmado digitalmente. El requisito de la firma del notario actuante (Reglamento del Libro de Registro de Intervenciones, art. 18, inc. L) queda cumplido con la incorporación de su firma digital, mientras que el recaudo del sello es reemplazado por la verificación de esa firma digital que realiza el Colegio de Escribanos.

Otra modificación relativa al contenido del texto de la certificación de una firma digital consiste en que, en el Certificado y en el Acta de Certificación, el Escribano deberá indicar que la firma que certifica es la firma digital del requirente, que ha sido puesta en su presencia (principio de intermediación) y que la ha verificado (Reglamento del Libro de Registro de Intervenciones, art. 18, inc. G).

En lo que refiere al Acta de Certificación, que debe quedar incorporada en el Libro de Registro de Intervenciones empleando un soporte material, podrá redactada en forma manuscrita, mecanografiada o empleando mecanismos electrónicos de procesamiento de textos (v.g. documento Word) (art. 15, Reglamento del Libro de Registro de Intervenciones). Esta Acta deberá contar con la firma ológrafa del requirente de la certificación, y la firma ológrafa y sellado en tinta del Escribano. Ello porque, como sucede con el Protocolo, no se adoptó aún un Libro Digital de Registro de Intervenciones.

Por otra parte, el art. 26 modificado, que refiere a la Certificación de Copia, indica:

Se rige por el Art 24, con las siguientes particularidades: Inc a) En el caso de que se requiera la certificación de una copia realizada en soporte digital de un documento originalmente nacido en soporte papel, el sello será suplido por la verificación de su firma por parte del Colegio de Escribanos. El texto de la certificación y la firma digital del escribano será realizado en un sellado de Actuación Notarial digital. Inc b) En caso de que se requiera la certificación de una copia, realizada en soporte papel, de un documento presentado en soporte digital, si este tuviere una firma digital, el Notario deberá validar la misma y colocar en el texto de la certificación que se ha verificado la misma en el sistema sin que ello asegure la autenticidad del instrumento.

Como surge de la lectura, la norma prevé dos situaciones: la certificación de una copia digital de un documento en soporte papel y la certificación de una copia en papel de un documento digital. En el primer supuesto, el certificado se debe labrar en una Hoja de Actuación Notarial Digital, que será firmado digitalmente por el Notario y cuya firma será verificada por el Colegio Profesional. El sellado de Actuación Notarial Digital deberá anexarse a la copia digital certificada.

En el segundo caso, el certificado deberá labrarse utilizando Hoja de Actuación Notarial u hoja de papel común repuesta con Marbete de Actuación Notarial (soporte papel), con firma ológrafa del Escribano y sello de tinta. Como el documento original es digital, el certificante deberá validar o verificar la misma en el sistema y hacerlo constar en el texto de la certificación que anexará o colocará al pie de la copia en soporte papel certificada.

Aclara la norma que la verificación que el Notario certificante realiza de la firma digital en el sistema no asegura la autenticidad del instrumento. La referida validación, conforme el art. 2 de la Ley de Firma Digital N° 25.506 permite identificar al firmante y detectar alteraciones del documento digital que pudieron tener lugar luego de la firma digital, mas no confiere autenticidad formal y material al documento certificado. Esto significa que quedará corroborada la autoría de la firma digital y la integridad del mensaje.

Entonces, en los casos en que el Escribano verifique una firma digital, sea porque fue requerido de certificarla o porque fue requerido de certificar un documento digital, sólo estará comprobando la correspondencia de la claves privadas y públicas empleadas por el sistema criptográfico asimétrico⁷ y, sobre tal base dará por válida la firma.

V. Reflexiones finales

Las Tecnologías de la Información y de la Comunicación tocan los límites de la dogmática y la comprensión clásica del Derecho Civil y Comercial. Las reglas de la interpretación y aplicación del Derecho deben ser empleadas para adaptar, readecuar y resignificar los institutos jurídicos. Reflejar esto es lo que se pretendió exponer en la primera parte del artículo, referida a la teoría general del derecho documental y la necesidad de adjetivar al documento, a los instrumentos y a la firma (en cuanto aspecto vinculado con la autoría) como electrónicos y digitales.

En el marco práctico, el ejercicio de las profesiones jurídicas también requiere de actualización. Por un lado, los juristas (abogados, jueces, escribanos, profesores, etc.) deben formarse e investigar el Derecho Digital. Por otra parte las Legislaturas, las Oficinas estatales y Colegios Profesionales con potestad de reglamentar las Leyes, tienen que avanzar en introducir modificaciones normativas que impliquen el reajuste del ordenamiento jurídico a la realidad que se impone.

Por ello en la segunda parte se abordó el análisis de la Reglamentación que el Colegio de Escribanos realizó del Testimonio Notarial Digital y de las Certificaciones de Firmas y de Copias Digitales. Este paso resulta significativo y quizá el avance hacia la creación de un Protocolo Notarial Digital y la autorización de matrices en soporte digital.

⁷ Se ha explicado que el sistema de la Criptografía de Clave Pública, o asimétrico, “[...] cuenta con dos llaves (o claves) complementarias, denominadas pública y privada. Cada Usuario debe generar su propio par de claves, por intermedio de un software confiable. La clave pública de cada persona se difunde, mientras que la privada se mantiene en secreto, bajo exclusivo control del suscriptor. Para lograr la seguridad necesaria en toda transacción, esta criptografía asimétrica debe basarse en una infraestructura de manejo de claves y productos adecuados que permita identificar en forma indubitada a particulares con sus claves públicas, a través de terceras partes confiables” (Bielli y otros, 2021, p. 416).

No obstante todo lo dicho, no debe perderse de vista que los recursos que brinda el estado actual del desarrollo tecnológico son limitados respecto de la potencialidad que proyectan hacia el futuro, y que ellos son sólo instrumento al servicio de los hombres. Las Tecnologías deben ser aliadas de las profesiones, empleadas para brindar soluciones innovativas a conflictos y desafíos que se plantean.

BIBLIOGRAFÍA

- 28° Congreso Internacional del Notariado [Unión Internacional del Notariado]. París (Francia). 2016. Recuperado el 01 de noviembre de 2021 de <https://www.uinl.org/documents/20181/44832/Paris+2016-Th%C3%A8me+2-Conclusions+ES+%28def%29/e3da1579-dfb0-4511-a422-e0f80ebb80c0>.
- 29° Congreso Internacional del Notariado [Unión Internacional del Notariado]. Yakarta (Indonesia). 2019. Recuperado el 01 de noviembre de 2021 de https://www.uinl.org/documents/20181/37939/Jakarta+2019_Conclusions+Theme+I_ES.pdf/85c889f8-cf91-4b9c-8ee9-0e57b835999b
- Bielli, G. E. y otros (Dir.) (2021), Tratado de la Prueba Electrónica. Tomo I. Thomson Reuters - La Ley.
- Carrera, C. S. (2020). El notariado y las TIC: normativa, seguridad jurídica y desafíos. En Revista De Derecho Notarial Y Registral. Universidad Blas Pascal, (5 (2018), 12-21. Recuperado el 05 de noviembre de 2021 en <https://revistas.ubp.edu.ar/index.php/derecho-notarial-registral/article/view/165>
- Código Civil Argentino de 1869 y modif. Nota al art. 3639.
- Código Civil y Comercial Argentino de 2015.
- Cosola, S. J. y Schmidt, W. C. (2021), El Derecho y la Tecnología. Tomo I. Thomson Reuters - La Ley.
- Illescas Ortiz, R. (2010). Fundamentos Jurídicos en el Comercio Electrónico. En AA.VV., Comercio Electrónico. Hammurabi.
- Ley N° 25.506 de 2001. Firma Digital.
- Ley N° 4183 de 1975. Ley Orgánica Notarial.
- Maina, N. (2021). Prueba Electrónica Digital. Advocatus.
- Pelosi, C. A. (1997). El Documento Notarial. Astrea.
- Reglamento de Testimonio Notarial Digital de 2019 [Colegio de Escribanos de Córdoba]. Acordada N° 69. 02 de julio de 2019.

ASPECTOS NOTARIALES DE LA SUBROGACIÓN REAL EN EL REGIMEN DE VIVIENDA DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN

NOTARY ASPECTS OF REAL SUBROGATION IN THE HOUSING REGIME OF THE CIVIL AND COMMERCIAL CODE OF THE NATION

Por **Guillermo Juan Casanegra**

RESUMEN:

I). La subrogación real. II) La protección de la vivienda y la subrogación real. III) La subrogación real en el Régimen de Vivienda. A) La fluctuación de bienes. 1) Causas de la fluctuación en el Régimen de Vivienda: a) Causas físicas. b) Causas jurídicas. c) Actos de disposición. B) El contravalor: 1. Equivalencia a) Adquisición de un bien de mayor valor b) adquisición de un bien de menor valor 2. Procedencia 3. Plazo de subrogación real. C) La decisión y sus aspectos controvertidos en el Régimen de Vivienda. IV) Traslado de la afectación. V) SÍNTESIS.

ABSTRACT

I). The royal surrogacy. II) The protection of the home and the royal subrogation. III) The real subrogation in the Housing Regime. A) The fluctuation of goods. 1) Causes of fluctuation in the Housing System: a) Physical causes. b) Legal causes. c) Acts of disposition. B) The equivalent value: 1. Equivalence a) Acquisition of a higher value asset b) Acquisition of a lower value asset 2. Provenance 3. Actual subrogation period. C) The decision and its controversial aspects in the Housing Regime. IV) Transfer of the affectation. V) SYNTHESIS.

PALABRAS CLAVE: CLAVES: Subrogación real. Vivienda. Fluctuación de bienes y sus causas. Actos de Disposición. Contravalor. Traslado de la Afectación.

KEY WORDS: KEY WORDS: Real surrogacy. Living place. Fluctuation of goods and its causes. Disposition Acts. Countervalue. Transfer of the Impairment.

I. La subrogación real

El Diccionario de la Real Academia Española de Lenguas define a subrogar como *“sustituir o poner a alguien o algo en lugar de otra persona o cosa”*, y dentro de los distintas clases de subrogación se llama real a la que se refiere a la sustitución de cosas.

Jurídicamente Elías P. Guastavino la define a la subrogación real como *“una modificación objetiva cualitativa de la relación jurídica en cuya virtud cuando un objeto ocupe en la relación jurídica el lugar que ocupaba otro, lo hace bajo las mismas condiciones e idéntica afectación.”*¹.

Edgardo Ignacio Saux² considera que el instituto tuvo su origen en el derecho público romano, posteriormente en la época justiniana comenzó a ser utilizado por el derecho privado y de allí, a través del latín eclesiástico, llegará al Derecho canónico donde la doctrina francesa delinea sus caracteres principales.

Lafaille³ tomando las enseñanzas de Bonnacase expresa que el concepto vivió durante mucho tiempo en un *“estado subconsciente”*, ya que era utilizado por la jurisprudencia pero sin un verdadero desarrollo teórico. Comenzó como una construcción judicial para luego ser formulado de manera completa por la doctrina; la magistratura recurrió al instituto como una herramienta para evitar soluciones injustas en casos particulares. En ese sentido es que Bonnacase⁴ expresa que *“... el derecho tiene por misión y por finalidad principal establecer y conservar el equilibrio en la sociedad, faltaría a esa noble consigna si aquél pudiera destruirse por el mero hecho de la pérdida o deterioro de las cosas (...).”*

Saux explica que la teoría en su estado primitivo presentaba a la subrogación como una ficción en virtud de la cual determinados bienes se colocaban dentro de un patrimonio en lugar de otros de la misma naturaleza jurídica que lo habían abandonado, aplicándose en los juicios universales (sucesorios y concursales). Destaca el Autor que para Aubry y Rau la subrogación general *“era una simple consecuencia de la fungibilidad entre los elementos que integran el patrimonio...”*⁵, en realidad más que de fungibilidad debía hablarse de indiferencia, ya que el patrimonio no se altera aunque varíen sus componentes. Con el tiempo la legislación comenzó a receptar nuevos supuestos de subrogación real expandiendo su aplicación. Ello hizo que la teoría del patrimonio perdiera terreno y determinó la necesidad de encontrar otra fundamentación para el instituto que diera respuesta a toda la casuística ahora comprendida. La respuesta se debió en gran medida al aporte de Bonnacase quien, luego de atacar la noción clásica de la ficción, señaló que se trataba de un instituto basado en hechos positivos y que respondía a un concepto de justicia. Saux citando a García-Bernardo Landeta expresa que *“debe tenerse presente limítimamente que la subrogación real tiene una finalidad eminentemente conservatoria, referida al mantenimiento de un bien o de un derecho en un destino especial, que a su vez se proyecta como ‘un destino valor’ considerado en términos amplios o flexibles”*.⁶

1 GUASTAVINO, Elías P., La seguridad jurídica y el principio de la subrogación real, Jurisprudencia Argentina, 800 aniversario, Buenos Aires, 1998, p. 260 Subrogación del bien de familia con oponibilidad retroactiva. ¿Principios generales y analogía en caso de silencio de la ley?.

2 SAUX Edgardo Ignacio, “La subrogación real como principio general en el derecho privado patrimonial”; Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2013, pág. 40.

3 LAFAILLE Héctor, en un muy interesante trabajo titulado La teoría de la subrogación real (en J. A. 1942-IV-III), pág. 5.

4 LAFAILLE Héctor, “La teoría de la subrogación real” (en J. A. 1942-IV-III), pág. 9.

5 LAFAILLE Héctor, “La teoría de la subrogación real” (en J. A. 1942-IV-III), pág. 4.

6 SAUX; supra nota 2 pág. 181.

II) La protección de la vivienda y la subrogación real

El Código Civil de Vélez Sarsfield conteste al pensamiento imperante al momento de su sanción no contempló un régimen especial de protección de la vivienda. El tema fue adquiriendo relevancia con el paso del tiempo llegando ser incorporado en la Constitución de 1949 que estableció que *"el Estado garantiza el bien de familia conforme a lo que una ley especial determine..."*. Ello que se mantuvo en la Constitución de 1957 que consignó en su artículo catorce bis: *"En especial, la ley establecerá: (...) la defensa del bien de familia..."*, texto que conserva vigencia hasta nuestros días.

La ley especial referida en la Carta Magna del 1949 fue sancionada recién en diciembre de 1954 con el número 14.394, y reguló entre otros temas al Bien de Familia en los artículos del 34 al 50. En algunas provincias⁷ se dictó normativa local que regulaba aspectos relevantes del instituto⁸.

La ley nacional estableció la inejecutabilidad del Bien de Familia por deudas posteriores a la afectación (con ciertas excepciones), lo que significó la incorporación de una excepción al principio por el que el patrimonio del deudor es la garantía común de sus acreedores, así puede considerarse que *"(...) un inmueble destinado a vivienda queda excluido de manera generalizada (aunque no absoluta o total -art. 249, CCC-) del principio de garantía común de los acreedores posteriores a la afectación."*⁹

Aunque la ley 14.394 no contempló expresamente la subrogación real, con el paso del tiempo comenzaron a realizarse planteos judiciales solicitando su aplicación, lo que generó un interesante debate en la doctrina nacional. La doctora Puerta de Chacón¹⁰ planteó que las posiciones adoptadas por la magistratura y la doctrina podían clasificarse en: **a) tesis restrictiva**, que realizando a una interpretación estricta del texto de la ley (por tratarse de un régimen de excepción), consideraba que la subrogación real no podía ser aplicada; y **b) tesis permisiva** que sostenía su viabilidad en base a una interpretación sistemática del sistema jurídico argentino, integrado no solo por el Código Civil y las leyes inferiores sino también la Constitución y los tratados internacionales vigentes.

Entre los principales precedentes judiciales se encuentra el fallo dictado en 1992 por la Sala L de la Cámara Nacional Civil en autos "Anda, Blanca de las Nieves"¹¹ que rechazó un procedimiento de jurisdicción voluntaria en el que la peticionante solicitaba que se admitiera la subrogación real respecto un inmueble de su propiedad. La resolución del Tribunal luego de cuestionar la vía elegida para el planteo señalando que se trataba de una cuestión abstracta al no advertir la existencia de un conflicto de intereses. Resolvió rechazar del pedido de subrogación real por considerar que la solicitante pretendía que *"... se otorgue a la constitución de bien de familia sobre un inmueble a adquirir, efectos anteriores a la misma **excede el marco de las autorizaciones que prevén las leyes de fondo y procesales tratando de dar al instituto del bien de familia un efecto jurídico distinto al previsto en la ley...**"* (el destacado me pertenece).

⁷ En Córdoba Ley n° 6074.

⁸ Como por ejemplo las condiciones que debían tener los inmuebles, normas registrales especiales, la autoridad de aplicación, entre otras.

⁹ Bono Gustavo A., "La protección de la vivienda en relación a los derechos reales, y una interpretación extensiva del artículo 245 del Código Civil y Comercial", Publicado en: Derecho de Familia, Revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia, N° 80, Abeledo-Perrot, Bs. As., 2017, págs. 171 y siguientes.

¹⁰ Puerta de Chacón, Alicia; Vivienda. Traslación de la afectación. ¿otro esfuerzo interpretativo?; Publicado en: RDF 2017-IV , 71; Cita Online: AP/DOC/535/2017.

¹¹ Cámara Nacional Civil., sala L, 21/05/1992, "Anda, Blanca de las Nieves", LL 1992-E-388

El debate se intensificó luego de que la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de San Isidro en 1997 fallara en autos "Kipperband, Jacobo v. Registro de la Propiedad Inmueble de la Provincia de Buenos Aires"¹², autorizando el levantamiento de la inhibición dictada en proceso de quiebra a fin de posibilitar que se dispusiera de un inmueble afectado a Bien de Familia, para que con el producido de la venta se abonara a los acreedores a los que el mismo no les era oponible y con el remanente se comprara otro inmueble que mantendría la tutela del primero, es decir, que se trasladaba la protección originaria al segundo inmueble.

Ante la reiteración de resoluciones judiciales¹³ que admitían subrogación real del Bien de Familia, en algunas jurisdicciones los registros de la propiedad inmueble resolvieron regular la cuestión para evitar un desgaste institucional innecesario. Nelson G. A. Cossari destaca que el Registro de Rosario "por Instrucción de Servicio N° 1/2003, decidió adecuarse a la doctrina judicial imperante evitando así un desgaste judicial innecesario en pro de la economía procesal. Es así que la mencionada Instrucción establece como criterio de calificación que "en caso de sustitución de un inmueble sometido a bien de familia por otro inmueble (que se encuadre dentro de los requisitos exigidos por dicho instituto) se tomará razón de la misma con expresa mención a la fecha de constitución del primero, sin perjuicio de las situaciones jurídicas con emplazamiento registral que constan en el segundo inmueble"¹⁴

Luego de algunos vaivenes la doctrina nacional mayoritaria fue inclinándose a favor de la tesis permisiva, y en tal sentido Adriana N. Abella y Ariel Regis refieren a la XL Reunión Nacional de Directores de Registros de la Propiedad Inmueble, celebrada en Paraná que en 2003 que expresó "1) en el caso de subrogación real puede admitirse, sobre el nuevo inmueble, la subsistencia del bien de familia con vigencia desde la fecha de su constitución originaria; 2) respecto de la sustitución de un inmueble por otro existente en el patrimonio del constituyente es conveniente propiciar una reforma legal para determinar su inclusión y efectos".¹⁵

Las Jornadas Nacionales de Derecho Civil de 2005, sin pronunciarse sobre la aplicación inmediata de la subrogación real al bien de familia, consideraron que la misma debía ser incluida en una futura reforma legislativa, y en tal sentido expresaron "Es necesario que en una futura reforma legislativa se instituya expresamente el principio de subrogación real en el régimen de protección de la vivienda. Ello para que el nuevo inmueble adquirido en sustitución de un inmueble afectado, participe de los beneficios legales de la inejecutabilidad, con retroactividad a la fecha de afectación del inmueble originario. También para que se extienda la protección a los fondos recibidos en concepto de indemnización por expropiación o seguro, al menos por un plazo. Incluso, a fin de que el constituyente pueda optar por transferir la protección a otro inmueble de su propiedad."¹⁶

No obstante ello en algunas jurisdicciones el debate continuaba, y así en el año 2007 la

12 Cámara de Apelaciones C.C. de San Isidro, Sala I, 03/02/1997, "Kipperband, Jacobo v. Registro de la Propiedad Inmueble de la Provincia de Buenos Aires"; Cita Online: 972320

13 Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Rosario, sala I "Botto, Dardo S. y otra", 15/10/2002, Cita Online: AR/JUR/2588/2002; y Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Rosario, sala I "Gil, Jorge A.", 11/06/2003, Cita Online: AR/JUR/4027/2003.

14 COSSARI, Nelson G. A., "Sustitución con efectos retroactivos de bien de familia"; LLLitoral 2004 (marzo), 12/03/2004, 127 - DJ2004-2, 1110; Cita Online: AR/DOC/684/2004

15 CLUSELLAS, código comentado pág. 640

16 XX Jornadas Nacionales de Derecho Civil tuvieron lugar en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires 2005

Sala "D" de la Cámara Nacional dictó un fallo¹⁷ en el que se rechazó la posibilidad de efectuar la subrogación real de la protección. En el caso se desafectó¹⁸ y vendió un inmueble inscripto como Bien de Familia, luego se adquirió otro y se pretendió que este tuviera la tutela del enajenado. El tribunal consideró que como ello no era posible en actos simultáneos menos aún podía serlo si ni siquiera se daba tal circunstancia. La resolución judicial destacó que se trataba de un régimen de excepción y por lo tanto debía ser interpretado restrictivamente.

El veintitrés de febrero de 2011 con el dictado del Decreto 191 que encargó a una Comisión Redactora la elaboración de un proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación se puso en marcha la reforma legislativa tan esperada por la doctrina mayoritaria sobre el particular.

La tarea de la Comisión condujo a que el primero de octubre de 2014 se sancionara la ley 26.994 que en su artículo uno aprobó el Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante C.C.C.) y en su artículo tres inciso "a" derogó la ley 14.394 entre otras normas.

El "*Bien de Familia*" cambió su denominación por la de "*Vivienda*" o "*Régimen de vivienda*" y fue regulado en el Capítulo Tercero, Título Tercero, Libro Primero del nuevo Código, manteniendo sus principales características pero introduciendo reformas trascendentes.

Los autores del Proyecto expresaron en sus fundamentos que "*El derecho de acceso a la vivienda es un derecho humano reconocido en diversos tratados internacionales. Esto justifica que se dedique un Capítulo especial para la vivienda; el régimen proyectado sustituye al del bien de familia de la ley 14.394.*"; y destacaron como novedad que: "*Las modificaciones son importantes, en tanto: (...); (d) se prevé expresamente la **subrogación real**, reclamada por la doctrina y recogida en diversos pronunciamientos judiciales, que permite adquirir una nueva vivienda y mantener la afectación, así como extender la protección a la indemnización que provenga del seguro o de la expropiación; (e) se resuelven problemas discutidos en la doctrina, los cuales son: la situación de la quiebra, adoptándose el criterio según el cual el activo liquidado pertenece sólo a los acreedores anteriores a la afectación, y si hay remanente se entrega al propietario; la admisión de la retroprioridad registral, en tanto se remite a las normas de la ley registral que así lo autorizan; la inoponibilidad a los créditos por expensas en la propiedad horizontal y a los créditos alimentarios, etcétera.*"¹⁹ (el destacado me pertenece)

Reconocida doctrina ha señalado que la reforma se corresponde con la tendencia general del derecho comparado en la materia, destacando que "*En la misma línea se inscriben legislaciones latinoamericanas tales como la ley 15.597 de Uruguay, la ley 1024 de la República Dominicana, el Código Civil de Ecuador, el Código Civil de México, el Código de la Familia de Panamá, el Código Civil de Perú de 1984 y el Código de la Familia de Bolivia*"²⁰.

III) La subrogación real en el Régimen de Vivienda

El C.C.C. incorpora de manera expresa a la subrogación real en el Régimen de Vivienda en

17 Cámara Nacional Civil., sala D, 11/02/2008, "Vaiser Lidia c/ Registro de la Propiedad Inmueble 463/07 - Expte. N° 1.837/08", Id SAJ: FA08020231.

18 Conforme lo preveía el artículo 37 de la ley 14.394

19 Lorenzetti, Ricardo Dr. Ricardo Luis Lorenzetti, Elena Highton de Nolasco y Aída Kemelmajer de Carlucci, "Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación elaborados por la Comisión Redactora", en Proyecto de Código civil y comercial de la Nación, Buenos Aires, Ed. Infojus, 1ª Ed., 2012, p. 555

20 FLAH Lily R. y AGUILAR Rosana, Aplicación notarial del Código Civil y Comercial de la Nación. Director: Claudio KIPER; Coordinador: Luis O. DAGUERRE. Protección a la vivienda

el artículo 248 que establece: *“Subrogación real. La afectación se transmite a la vivienda adquirida en sustitución de la afectada y a los importes que la sustituyen en concepto de indemnización o precio.”* La norma por su redacción y brevedad deja numerosos interrogantes abiertos los que tampoco tendrán una respuesta indubitable en el C.C.C. que carece de una regulación general de la subrogación real.

Pese a ser anterior a la reforma la obra de Guastavino sigue siendo la base para muchos artículos de doctrina y fundamento de resoluciones judiciales, por lo que se considera destacar para el autor los requisitos de la subrogación real en relación al Bien de Familia son: *“a) titularidad por el mismo sujeto, sucesivamente, de los bienes en cuestión; b) conexión causal evidente o nexa filiatorio directo y cierto entre la enajenación y la adquisición, o sea que la fungibilidad genérica de los componentes de la masa patrimonial cede, disminuye y se diluye ante la conexión entre los fenómenos de enajenación, pérdida, destrucción, expropiación u otra modalidad de extinción del derecho sobre el primer bien y la adquisición del que lo sustituye; posterior separación de los patrimonios acumulados transitoriamente; o liquidación de las masas de bienes diferentes; c) precepto legal concreto que directa, indirecta o analógicamente autorice la subrogación real o un principio jurídico general que sea posible extender al caso involucrado.”*²¹.

No obstante la claridad del trabajo referido, para el desarrollo del presente se ha preferido seguir el esquema planteado por Saux²² que considera que los elementos estructurales que deben necesariamente estar presentes para que exista subrogación real son tres: la fluctuación de bienes, el contravalor y la decisión. En los apartados siguientes los mismos serán desarrollados desde la perspectiva notarial.

A) La fluctuación de bienes

El primero de los elementos estructurales es la fluctuación de bienes, presupuesto necesario para el análisis de los demás. Tiene su equivalente en el requisito establecido por Guastavino de *“titularidad por el mismo sujeto, sucesivamente, de los bienes en cuestión”*. Saux refiere a que Alfredo García-Bernardo Landeta eligió este término en lugar de sustitución por considerarlo más claro en relación a las características y efectos de la subrogación real, ya que la misma excede el mero egreso/ingreso de un bien y se califica *“por el rol o función que el bien o la cosa subrogante ejerce respecto de la subrogada, o más precisamente, respecto del derecho que se tenía sobre la subrogada”*²³.

1) Causas de la fluctuación en el Régimen de Vivienda:

a) Causas físicas

La fluctuación puede tener distintas causas, la primera de ellas son las físicas, que en materia de Vivienda se configuran cuando el objeto de la protección en su materialidad desaparece y de esta manera abandona el patrimonio. Excede al objeto del presente desarrollar la distinción entre la destrucción del inmueble²⁴ respecto de la vivienda en él construida (total o parcial), ya que se considera que la subrogación es viable en ambos supuestos.

21 GUASTAVINO, supra nota 12.

22 SAUX; supra nota 2 pág. 165.

23 SAUX; supra nota 2 pág. 169

24 Es un supuesto bastante infrecuente en el derecho real de dominio pero que en otros derechos reales como el de propiedad horizontal no parece tan improbable al punto de ser contemplada expresamente en el artículo 2.055 del C.C.C. La desaparición del sustrato provoca la destrucción de las mejoras en él asentadas

En algunos supuestos ningún bien ingresa en lugar del destruido por lo que no existe posibilidad de subrogación real²⁵; pero en otros se produce la fluctuación que hace viable la subrogación, ya sea por la existencia de un contrato de seguro, la indemnización del daño que realiza su autor o alguna otra causa.

b) Causas jurídicas

Se producen cuando el inmueble es expropiado por lo que queda fuera del comercio e ingresa al dominio público, el anterior titular recibe una suma de dinero en su reemplazo. El artículo 255 del C.C.C. establece que *“La desafectación y la cancelación de la inscripción proceden: (...) e. en caso de expropiación...”* debe ser interpretado sistemáticamente con el artículo 248 del C.C.C. en el sentido que puede producirse en el marco de una subrogación real por lo que no se produciría la desafectación y cancelación lisa y llana, sino que deberá cumplirse con la reglamentación registral para dar acabada publicidad al fenómeno.

Asimismo se considera que los procesos de expropiación deben tener presente la nueva alternativa incorporada en el C.C.C. para que la subrogación real del régimen de vivienda pueda efectuarse de manera armónica y con la publicidad necesaria.

c) Actos de disposición

Son aquellos supuestos en los que un bien inmueble sale del patrimonio por un acto jurídico otorgado por su titular y otro bien que ingresa en su reemplazo, solo quedan comprendidos los actos onerosos en los que existe una contraprestación.

Los actos de modificación material del inmueble (unión, subdivisión, anexión, etc.) al no implicar de por sí la salida del bien del patrimonio no constituyen un supuesto de fluctuación de bienes (aunque exista un cambio en el objeto de la afectación).²⁶

B) El contravalor

El segundo de los elementos estructurales de la subrogación real requiere que el bien que ingresa al patrimonio lo haga en “reemplazo” del que lo abandonó, por lo que debe cumplir determinadas condiciones. En tal sentido Saux expresa que el contravalor *“supone que el bien que ingresa – a raíz de la fluctuación- en el lugar y la función del bien enajenado o destruido debe cumplir dos caracteres esenciales en relación con el bien subrogado: la ‘equivalencia’ (lo que implica una correlación de valores más o menos equivalentes entre uno y otro, aunque sean de distinta naturaleza material), y la ‘procedencia’ (que tiene que ver con ese rol subrogante que el bien ingresado cumple en relación con el egresado)”*²⁷ (el destacado me pertenece).

1) Equivalencia

La equivalencia determina que debe existir una paridad relativa entre el valor del bien que egresa con el que ingresa, admite cierta flexibilidad. Es uno de los temas que más debate genera en materia de subrogación real de vivienda. Guastavino no lo consideró un requisito ni estableció un límite similar.

²⁵ Como ejemplo se puede considerar la destrucción de una vivienda por causas únicamente imputables a su propietario que no produce subrogación real alguna.

²⁶ La Resolución 01/2019 modificó a la Resolución 04/2015 Registro General de la Provincia, y en el título II apartado 13 establece que “En los casos de unión, anexión o subdivisión de lotes por planos se procederá a extender o reducir el bien de familia siempre que se verifiquen o subsistan las condiciones de afectación a dicho régimen”.

²⁷ SAUX; supra nota 2 pág. 174

La casuística permite diferenciar supuestos donde la equivalencia se presenta de manera ostensible, como el caso de la permuta de dos viviendas de igual valor, o compraventas simultáneas o muy próximas en el tiempo por el mismo monto. Pero también existen otras situaciones en donde la equivalencia no es tan evidente ni completa, así las operaciones no simultáneas pueden presentar complejidades adicionales como la dificultad para comparar dos valores expresados en moneda nacional en el marco de una economía con inflación variable.²⁸ Finalmente hay los supuestos en los que la subrogación se pretende entre bienes con valores notoriamente diferentes.

En los supuestos donde la equivalencia se presenta clara no existe mayores inconvenientes para la subrogación real mientras que cuando hay una diferencia de valor se plantean dos alternativas principales, a saber:

a) Adquisición de un bien de mayor valor

Cuando el titular de un bien afectado al Régimen de Vivienda pretende realizar la subrogación respecto de otro de mayor valor para un sector de la doctrina simplemente se trata del reemplazo de una vivienda por otra.

La postura opuesta sostiene que la diferencia de valor es determinante en relación a la subrogación, ya que el valor del bien originariamente tutelado determina el límite máximo de protección y el excedente implica su extensión a otros bienes no tutelados. En tal sentido se sostiene que “... los acreedores posteriores a la afectación del primer bien resultarían perjudicados por el engrosamiento o la intensificación de la protección que emana o proviene de la afectación original, y que ahora se concretaría y activaría en relación con un bien de un valor sustancialmente más significativo.”²⁹

Alterini considera que “La respuesta acerca del valor del inmueble adquirido en sustitución debe encontrarse a través de la correlación del art. 244, cuando menciona que puede afectarse el inmueble ‘por su totalidad o hasta una parte de su valor’ y con el art. 248, en cuanto regla que la afectación se traslada a la vivienda adquirida en sustitución de la afectada, naturalmente en la medida de ‘los importes que la sustituyen en concepto de indemnización o precio’³⁰. En sentido concordante Szmuch manifiesta que “Si la afectación de un inmueble fuera por subrogación y se adiccionaran a los fondos procedentes de la enajenación del inmueble anteriormente afectado otros fondos —lógicamente, no comprendidos en la afectación anterior, ni surgidos de su enajenación—, a efectos de que el nuevo inmueble quede afectado por la totalidad de su valor, necesariamente deberá efectuarse una ampliación de la afectación, que abarque los nuevos fondos. De lo contrario, **el nuevo inmueble quedará afectado sólo por una parte de su valor** (la que se arrastra de la afectación anterior)”³¹ (el destacado me pertenece).

La protección de solo una parte de su valor no es aceptada de manera indiscutida por la doctrina, en sentido afirmativo se pronunció la LII Reunión Nacional de Directores de

28 Una de las alternativas para simplificar la comparación entre los valores de las viviendas podría ser establecer que la comparación se debe hacer respecto a las bases imponibles o valuaciones oficiales.

29 MAZZINGHI, Jorge A. M., “El nuevo status de la vivienda. Afectación, disposición, uso, atribución preferencial y después de la muerte”, publicado en La Ley 01/03/2016, 01/03/2016, 1; Cita Online: AR/DOC/481/2016

30 ALTERINI J. H. y ALTERINI I. E., “Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético. 3° edición, dirigido por Jorge H. Alterini, Tomo II, CABA, Ed. La Ley 2015, Pág. 96

31 SZMUCH, Mario Gabriel, “Discursus sobre el régimen de vivienda y la registración de su subrogación real en el nuevo código civil y comercial de la nación. Dinámica, interpretación amplia y propuestas para su implementación”, revista del Notariado 917 (jul - sep 2014), ISSN: 2362-6186

Registro de la Propiedad inmueble en 2015 que la consideró viable expresando en tal sentido que la afectación *“puede ser por una parte o por el total de su valor se sugiere que tal manifestación sea expresada en números fraccionarios o en porcentuales.”* Otro sector de la doctrina rechaza la afectación parcial por considerar que atenta contra la finalidad del instituto y que de ser viable implicaría que la parte no protegida podría ser ejecutada.³² Destacada doctrina señala que *“Concluimos a este respecto que es preferible tolerar la posibilidad patológica aislada de un deudor que, menoscabando su garantía ante un acreedor, venda su vivienda de escaso valor subrogándolo por uno más valioso, antes que hacer posible que “ab initio” se afecte solo una parte alícuota del inmueble. Con ello se altera la finalidad misma del instituto “vivienda”³³ (el destacado me pertenece).*

Aún entre quienes se oponen a la afectación parcial existe un sector que advierte que la falta de regulación en el tema podría generar *“consecuencias injustas para los acreedores”*, y en virtud de ello propone como solución la *“previsión de límites estipulados con criterios de flexibilidad (vgr., menor valor, igual valor, similares características, etc.), representando esto el modo más equitativo de operativizar los derechos del acreedor y los emergentes de este régimen especial”³⁴*. En sentido similar se expresa Tobías quien sostiene que *“... el interrogante debe ser resuelto teniendo en cuenta la necesidad de equilibrar intereses contrapuestos de acreedor y deudor, para cuya solución es relevante considerar la eventual aplicación del principio general del ejercicio abusivo de los derechos”³⁵*.

Se estima correcto aceptar la protección integral del bien de mayor valor pero reconociendo siempre la posibilidad de cuestionarla judicialmente cuando se acredite que se ha obrado de mala fe o ejerciendo derechos abusivamente, debiendo en tales casos respetarse únicamente la protección el porcentaje correspondiente al valor del bien originalmente afectado.

Es conveniente que el notario informe acabadamente a los requirentes de la existencia del debate doctrinario y de los eventuales riesgos que implica la adopción de una postura.

b) Adquisición de un bien de menor valor

El supuesto no ha sido objeto de un debate tan extenso como el anterior, probablemente porque al existir otro bien inmueble al que trasladar la protección se dejan de lado otras cuestiones relevantes.

Conforme el artículo 248 del C.C.C. uno de los resultados posibles de subrogación del Régimen de Vivienda es que en reemplazo del inmueble afectado su titular obtenga (de manera directa o indirecta) un inmueble y un importe de dinero, resultado este último de la diferencia del valor entre las propiedades. En tal escenario se podría cuestionar si la tutela comprende únicamente al nuevo bien raíz o si también abarca o continúa respecto al remanente del dinero³⁶.

32 Se reconoce la existencia de casos excepcionales en los que la afectación de parte del valor no pondría necesariamente en riesgo a la vivienda ante una eventual ejecución como el caso de un inmueble susceptible de partición material que respete la vivienda.

33 Ventura Gabriel B., “Afectación de la vivienda – Art. 244 CCCP, visto en <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/afectacion-de-la-vivienda.-art-244-del-codigo-civil-y-comercial>

34 MESQUIDA, Silvina M. y KOON, María Lucila, “La protección de la vivienda en el nuevo código civil y comercial de la nación”, Publicado en: DFyP 2014 (noviembre), 61

35 TOBIAS José W., “Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético. 3º edición, dirigido por Jorge H. Alterini, Tomo II, CABA, Ed. La Ley 2015, Pág. 126

36 No se trata de un caso de laboratorio sino algo que se presenta con relativa frecuencia; no es extraño que una persona transfiera un inmueble para adquirir un lote baldío de menor valor y utilizar el saldo del dinero para construir en el mismo su nueva vivienda o la compra de una propiedad ruinosa

Resulta pertinente recordar que aunque el artículo 244 párrafo tercero del C.C.C. establece que *“No puede afectarse más de un inmueble. Si alguien resulta ser propietario único de dos o más inmuebles afectados, debe optar por la subsistencia de uno solo en ese carácter dentro del plazo que fije la autoridad de aplicación, bajo apercibimiento de considerarse afectado el constituido en primer término”*, y que el artículo 248 establece que en la subrogación real la afectación trasmite a la vivienda adquirida en sustitución Y al precio o indemnización. El uso de la conjunción copulativa podría significar que la protección abarca tanto al bien inmueble como al dinero recibido.

En 2019 por la Cámara nacional en autos *“Cortiñas Ignacio, José Antonio s/ quiebra”*³⁷ donde se autorizó la subrogación, se estableció que el remanente en dinero que resultara de la adquisición de la nueva vivienda no podría ser afectado por los acreedores posteriores a la afectación en virtud de lo establecido en el artículo 249 del C.C.C. El fallo hace una particular interpretación del artículo referido que expresa que *“Si el inmueble se subasta y queda remanente, éste se entrega al propietario del inmueble.”* y hace extensiva la solución prevista para el remanente de la subasta para el de la adquisición.

En tal sentido se plantea si la misma solución puede aplicarse al supuesto desarrollado en este apartado u otros casos similares³⁸. La extensión de la protección a los fondos se estima prudente y justa en los casos en que el precio o indemnización sean destinados o reservados para la reconstrucción o mejora de la vivienda, considerando que se respeta el fin perseguido por el instituto, no obstante lo cual sería prudente el dictado de una regulación precisa, quedando siempre abierta la vía judicial para la impugnación en caso de abuso del derecho.

El asesoramiento notarial es fundamental para el presente, sea para tomar los recaudos pertinentes para la individualización del dinero o para instrumentar el negocio de manera que se minimicen los riesgos.

2) Procedencia

El segundo de los caracteres esenciales de la fluctuación de bienes es la necesaria conexión entre el bien que egresa del patrimonio y el que ingresa en su lugar, sin este elemento la equivalencia carecería de trascendencia. No se requiere simultaneidad para que exista procedencia ya que el factor temporal es secundario. Sería el equivalente a *“conexión causal evidente o nexa filiatorio directo y cierto entre la enajenación y la adquisición...”* de Guastavino.

Saux destaca la distinción entre la subrogación real **perfecta** en la que el bien se reemplaza por otro de la misma naturaleza, *“supone que la sustitución operada en el bien que es objeto del derecho subjetivo o de la relación jurídica comprometidos, mantiene inalterados los mismos (con todos sus matices y complementos, como gravámenes o garantías).”* respecto de la subrogación real **imperfecta** donde *“el bien objeto de la mutación es sustituido por otro bien de distinta naturaleza (v. Gr.: cosa por dinero, o viceversa), con la singularidad de que la modificación objetiva de la relación jurídica la torna incompatible con la supervivencia*

para su refacción.

37 CNCom, Sala F, “Cortiñas Ignacio, José Antonio s/ quiebra”, Publicado en: LA LEY 13/05/2019, 13/05/2019, 8 - LA LEY 2019-B, 599 - RCCyC 2019 (junio), 06/06/2019, 57, Cita Online: AR/JUR/4687/2019

38 Otros supuestos vinculados con el tema pese a no existir la adquisición de un inmueble de menor valor son el de la destrucción de la vivienda sin la pérdida del bien inmueble, lo que plantearía si la protección abarca a los fondos recibidos como indemnización o no; o el caso de una expropiación parcial en la cual la vivienda no estuviera dentro del terreno expropiado, donde se puede cuestionar si la protección se extiende a la indemnización o no lo hace.

de la relación originaria...³⁹, la referencia a incompatibilidad se refiere a ciertas características del derecho en sí en relación a la cosa, lo trascendental en esta es que el cambio del objeto modifica el derecho subjetivo mismo, al menos de manera transitoria.

En análisis del instituto es más simple cuando se trata de subrogación real entre dos viviendas, ya que los inmuebles son bienes de la misma naturaleza y se encuentran perfectamente determinados. Cuando la subrogación se refiere a distinta clase bienes⁴⁰ la doctrina recurre a la figura del *reemplazo*, en virtud de la cual el dinero cumple una función de intermediación entre el bien subrogado y el subrogante, *“la existencia de dinero como elemento de enajenación ya adquisición sucesivas dentro del fenómeno de la subrogación real –en el que conforma el reemplazo– supone una traslación de los derechos “por salto”, mientras se mantenga la afectación de esa suma (...) Esa determinación o individualización del dinero dentro del reemplazo es basililar para el cumplimiento del requisito de la procedencia.”*⁴¹ (el destacado me pertenece).

En el Régimen de Vivienda la subrogación real por dinero hace necesario analizar ciertas cuestiones particulares, especialmente las vinculadas al destino de los fondos obtenidos en reemplazo de la vivienda. Debe tener presente que en la subrogación real, tanto la doctrina tradicional⁴² como las nuevas vertientes son contestes en la necesidad de acreditar la vinculación entre los bienes que abandonan el patrimonio con los que los reemplazan y la fungibilidad del dinero puede conspirar contra ello.

La vinculación entre el bien inmueble originalmente protegido y los sucesivos bienes respecto de los cuales se pretende subrogar la tutela puede ser compleja, principalmente debido a que el dinero es un bien esencialmente fungible por lo que si no se hizo de manera correcta existe el riesgo de que se planteen cuestionamientos respecto a la procedencia. En tal sentido Abella considera que *“La prueba de la identidad de las sumas obtenidas en la enajenación con las reinvertidas recae sobre el afectante, por ello sería aconsejable que depositara el importe en una cuenta bancaria especial, ya que facilitará la prueba”*⁴³.

Existiendo bienes fungibles en la cadena de transmisiones la vinculación entre los mismos puede presentar diversas situaciones, así existen supuestos en los que la procedencia queda perfectamente acreditada, como en el caso de las operaciones simultáneas en las que la transferencia de la vivienda por un monto de dinero y el reemplazo de este para la adquisición de otro inmueble en una misma escritura no deja lugar a ninguna duda respecto a la conexión que existe entre el bien afectado originalmente y el adquirido en su reemplazo. El mismo supuesto pero instrumentado en dos escrituras consecutivas, puede no determinar una certeza absoluta pero si una presunción difícil de conmovier.

Es necesaria la regulación de los aspectos tendientes garantizar la procedencia o facilitar su prueba; se considera algo positivo y que puede evitar perjuicios más gravosos para la sociedad. En tal sentido se expresan autoras nacionales que consideran que la falta de

39 SAUX; supra nota 2 pág. 63

40 Por ejemplo un inmueble y una cosa fungible como dinero

41 GARCÍA-BERNANDO LANDETA en ob. de Saux cit. Op. Pág. 180

42 Se recuerda lo cita de la obra de Lafaille que expresaba “c) Da por sentado que el factor saliente y el que lo reemplaza hayan sido perfectamente determinados; d) Debe existir un nexo de filiación, directo y cierto, entre el bien sustituido y el que ha de reemplazarlo;”

43 Abella Adriana N., “Protección de la vivienda en el Código Civil y Comercial de la Nación”, Revista notarial del Colegio de Escribanos de la provincia de Buenos Aires, número 2014 (978 Sep./Dic.9; pág. 661-682; conforme <http://biblioteca.calp.org.ar/meran/opac-detail.pl?i1=117485#.XUii-dLE3RY>

reinversión inmediata de los fondos *“deberá ser objeto de reglamentación puesto que no bastaría que tal circunstancia conste sólo en la escritura traslativa del dominio del inmueble afectado, sino que su registración se impone a los fines de su oponibilidad a terceros”*⁴⁴. Las Autoras adhieren a la propuesta de Szmuch de que la publicidad se podría mejorar con la apertura de un folio personal en el Registro de la Propiedad inmueble.

En el derecho comparado se destaca la ley Uruguaya 15.597⁴⁵ que en su artículo 10 dispone: *“El propietario no puede vender el bien de familia en todo o en parte, (...) El precio de la venta será inembargable a cuyo fin se **depositará**, convertido en Unidades Reajustables, a la orden del Juzgado, en el Banco Hipotecario del Uruguay y en sus respectivas sucursales del Interior hasta que se adquiera el bien que ha de sustituir al enajenado.”* (el destacado me pertenece). Por su parte, el artículo 12 de la norma refiere: *“En caso de siniestro o expropiación, la suma que se abone por uno u otro concepto se invertirá en otro bien de familia, quedando entre tanto ésta depositada en las condiciones establecidas en el artículo 10 de la presente ley, en este caso, el Banco Hipotecario del Uruguay verificará directamente la utilización de ese depósito. Dicha suma será inembargable”*.

Hasta que exista una reglamentación adecuada se estima que el asesoramiento profesional puede ser una herramienta fundamental para evitar litigios, existen diversos mecanismos para individualizar una suma de dinero y así vincularla con un supuesto de subrogación real.

Una excelente opción es el depósito del importe percibido en una cuenta especial abierta al efecto donde no se confunda con otros fondos del mismo titular. Es prudente evitar que los fondos correspondientes a la subrogación real se mezclen con otros importes lo que podría generar confusión y servir de argumento para un acreedor que pretendiera su desafectación.

Es interesante destacar que en el Estado de Florida la figura denominada *homestead exemption* se establece que *“en los supuestos de una protección a la vivienda Esta protección se pierde si los fondos **están mezclados con otros fondos** no designados para este tipo de compra”*⁴⁶ (el destacado me pertenece).

El destino del dinero dentro de las distintas alternativas que ofrece el sistema financiero no es un tema menor. Un depósito que devengue solo interés compensatorio se presenta como lo más conveniente para los fondos provenientes de la subrogación real, ya que si el mismo produjera un rendimiento o ganancia podría dar lugar a que los acreedores aleguen que ello debe ser considerado como fruto del capital, y por lo tanto embargable y ejecutable conforme lo previsto en el C.C.C. en el artículo 251.

Otra alternativa posible es el depósito del dinero en una caja de seguridad, a lo que se puede agregar un acta notarial de constatación para pre-constituir prueba respecto del origen de los fondos, no obstante ello no asegura la identidad ni la inmutabilidad de los fondos.⁴⁷

44 FLAH Lily R. y AGUILAR Rosana, Ob. citada

45 Texto consultado <https://www.impo.com.uy/bases/decretos-ley/15597-1984>, Recuperado el 02/08/2019

46 AMIEVA NEFA, Sonia Victoria, “La subrogación en el precio en materia de vivienda. Algunas notas en torno a su instrumentación”, LL. Rev. CCyC n° 3-2017

47 Otros completan la propuesta con el depósito de la llave de la caja de seguridad en sede notarial para garantizar que no se ha accedido a la misma.

En virtud de lo expresado se considera que a pesar la fungibilidad del dinero existen medios para determinar el origen de una suma en particular, para acreditar su procedencia, y quien pretende realizar la subrogación real debería obrar con buena fe y diligencia, procurando que su conducta no perjudique o ponga en riesgo intereses de terceros o a de la sociedad en su conjunto.⁴⁸

Una mayor regulación del particular podría ser beneficiosa evitando conflictos y un desgaste jurisdiccional innecesario, por ejemplo previendo la necesidad del depósito de los fondos obtenidos.

Vinculado con la identificación de los fondos tutelados corresponde traer a colación que una parte de la doctrina plantea que su disposición parcial para un destino distinto implicaría una renuncia a la protección respecto al total de los fondos, aunque se considera acertada la posición contraria conforme la cual la protección se mantiene ya que el remanente siempre conserva la potencialidad de transformarse en una vivienda (aún que implicara el aporte de otros fondos); y que tal renuncia solo podría ser expresa, en tal sentido Szmuch expresa “... *el empleo de una parte de los fondos a un destino que sea incompatible con el fin tutelado no debe aparejar la pérdida de la protección legal respecto del remanente*”⁴⁹. No obstante lo cual debe cumplirse con los requisitos de la subrogación y realizarse de manera tal que no perjudique los derechos de terceros ni afecte a la seguridad jurídica.

3) Plazo para la subrogación real.

Cuanto mayor sea el plazo utilizado para perfeccionar la subrogación mayor es el riesgo que existan cuestionamientos o controversias, ello en gran medida por falta de una regulación adecuada, de una deficiente técnica notarial, de defectos en la publicidad registral o de una combinación de estos u otros factores.

El texto del artículo 248 del C.C.C. no contiene una limitación temporal para la subrogación real, por lo que en la doctrina discute entre otras cuestiones si la fijación de un plazo es conveniente, quien tendría la competencia para determinarlo.

En contra del establecimiento de un plazo se puede citar a Sonia Victoria Amieva Nefa quien manifiesta que “*En relación a la existencia de límite temporal sobre la afectación de la protección del precio obtenido con la venta, estimamos su innecesaridad, toda vez que éste no se encuentra previsto en materia de inmueble y por tanto corresponde aplicar idéntico criterio en caso de dinero, más allá de que su instrumentación suponga algunas complejidades adicionales*”⁵⁰. También Szmuch expresa que “*Se justifica el no establecimiento de un plazo legal de caducidad, dado que, de otra manera, la continuidad del régimen por vía de la subrogación podría tornarse dificultosa, penosa, opresiva y hasta indigna. Sin embargo, cuanto más tiempo transcurra hasta la reinversión de los fondos y menos trazable sea en ese período el empleo o destino de ellos, mayor será el riesgo que corra la continuidad del RV, la que es susceptible de ser cuestionada judicialmente por los acreedores*”⁵¹. En igual sentido se expresan Causse y Pettis quienes luego de destacar que se trata de un régimen de excepción al principio general manifiestan “*De ahí la necesidad de establecer un límite temporal de subsis-*

48 El desgaste jurisdiccional que puede significar la acreditación de que se cumplieron los requisitos de la subrogación en muchos casos podría evitarse tomando mínimos recaudos, o estableciendo simples requisitos por la Autoridad de aplicación.

49 SZMUCH, supra nota 29

50 AMIEVA NEFA, supra nota 45

51 SZMUCH, supra nota 29

tencia de la protección que implica el régimen que aquí se comenta, como un modo de mantener el equilibrio entre los distintos sujetos interesados.⁵² y continúan expresando que hasta que se reforme la norma serían los jueces los encargados de fijar un plazo prudencial.

En el derecho comparado existen plazos para la reinversión como la normativa del Estado de Florida de homestead exemption o "exención de vivienda" refiere a la utilización de los fondos "para establecer una nueva vivienda familiar en la Florida en un plazo razonable"⁵³

El anteproyecto de reforma del artículo 248 del C.C.C. del año 2019 proponía en su artículo 22 la incorporación de un plazo temporal para la reinversión de los fondos, en tal sentido expresaba que en los casos de subrogación por dinero (indemnización o precio) "... el titular debe reinvertir el importe en la adquisición y afectación al régimen de vivienda de un nuevo inmueble en el plazo de caducidad de un año"⁵⁴

Se estima que la finalidad del instituto y la falta de regulación respecto a la individualización de los bienes obtenidos por subrogación real imperfecta hacen conveniente el establecimiento de un plazo, aunque se considera que el propuesto en el anteproyecto resulta demasiado breve en atención a diversos factores⁵⁵.

C) La decisión y sus aspectos controvertidos en el Régimen de Vivienda

Finalmente, además de la fluctuación y el contravalor, para la subrogación real se requiere la *decisión*⁵⁶, entendida esta como la expresión de la ley o de la autonomía privada en virtud de la cual la situación jurídica del bien originario se traslada al que ingresa en su lugar al patrimonio. No debe confundirse el especial significado atribuido por la teoría de la subrogación real al término con el uso común del mismo. Saux distingue que según el tipo de subrogación que se trate la decisión puede provenir de la ley o bien de la autonomía privada, y continua expresando que al analizar quién determina esa perpetuación de destino en un valor se aproxima al elemento "*decisión*", así aclara que para la subrogación real perfecta "... solo la ley puede operar esa decisión para que la misma tenga efecto, ya que un derecho no puede separarse de su objeto y tomar otro sin extinguirse..." y "*la subrogación real perfecta sólo puede acontecer ex lege, ya que por esa vía el objeto se asigna a un derecho en sustitución de otro, toda vez que lo que adquiere el titular no es el objeto nuevo, sino el derecho que se predica sobre él*"⁵⁷. Con relación a la subrogación imperfecta la decisión se relaciona con la finalidad conservatoria, por lo que se la "*tiende a perfilar como un 'destino en valor' o una 'indisponibilidad de valor', atendiendo a que por razones económicas, sociales o morales el Derecho **perpetúa el destino en un valor**, y ello se logra mediante la conservación del derecho al cual ese destino está ligado, siendo la subrogación real el principio (el procedimiento, para quienes le niegan ese rango) que **perpetúa el destino en caso de fluctuación material***"⁵⁸ (el destacado me pertenece).

52 CAUSSE Federico y PETTIS Christian P. Código Civil y Comercial de la Nación y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial, Dirigido por Alberto J. Bueres, 1° Edición Buenos Aires, Ed. Hammurabi, 2016, Pág. 99

53 ABELLA y REGIS, ABELLA Adriana N. y REGIS Ariel, "Ley 26.994 Código Civil y Comercial de la Nación, Coordinador Eduardo Gabriel Clusellas, Ed. Astrea, 2015, pág. 638

54 BOTANA, PIZARRO y RIVERA, supra nota 50

55 Por ejemplo los tiempos de la justicia, piénsese el caso donde una persona estuviera esperando la solución de un pleito para resolver su cuestión habitacional.

56 Tendría su paralelo en el requisito que Guastavino expresa como un "precepto legal concreto que directa, indirecta o análogicamente autorice la subrogación real o un principio jurídico general que sea posible extender al caso involucrado"

57 SAUX; supra nota 2 pág. 184

58 SAUX; supra nota 2 pág. 182

Uno de los temas que mayor interés ha generado para el notariado argentino es el debate en relación a la instrumentación de la subrogación real, la discusión se centra en establecer si la subrogación real se produce de oficio o si por el contrario es necesario que el titular registral realice alguna actividad para ella se produzca.

Nadie discute que para la primera afectación al régimen sea imprescindible la manifestación expresa, así se requiere "(...) un acto jurídico formal y sujeto a publicidad registral..."⁵⁹ pero el panorama no resulta tan claro en materia de subrogación real.⁶⁰ La discusión ha trascendido el plano teórico para llegar a tener reflejo en la normativa registral. Los distintos registros adoptando unos una postura u otra, llegando incluso algunos registros a modificar su postura con el paso del tiempo.

En primer lugar se encuentra la postura de quienes postulan que la subrogación real se produce de manera automática, parten de una interpretación literal del artículo 248 del C.C.C. que simplemente prescribe "*La afectación se transmite...*", sin establecer ningún otro requisito o manifestación.

Algunos autores agregan que únicamente es necesaria una manifestación expresa para el supuesto de desafectación, fundándolo entre otros argumentos en el artículo 948 del C.C.C. que prescribe "*Prueba. La voluntad de renunciar no se presume y la interpretación de los actos que permiten inducirla es restrictiva*".

El Registro de la Propiedad inmueble de la Capital Federal en la disposición técnico registral 04/2015 de fecha 29 de julio de 2015 en su artículo cuarto sostuvo inicialmente una postura opuesta a la referida, estableciendo que "*En los supuestos previstos en el artículo 248 del CCyC, del documento de afectación por subrogación deberán surgir los datos de la constitución originaria. Cuando la desafectación y la afectación por subrogación no sean simultáneas, deberá hacerse expresa "reserva" de subrogar el beneficio en el documento de desafectación correspondiente*" (el destacado me pertenece). Pero con posterioridad, el 29 de marzo de 2016, dictó la disposición técnico registral 04/2016 por la que se adoptó la postura opuesta que considera que la subrogación real opera de pleno derecho, y así en la de fecha se consignó que "*En el supuesto previsto en el artículo 248 del CCyC, del documento de afectación por subrogación real deberán surgir los datos de la constitución originaria. No será necesaria ni materia de inscripción, la "reserva" de subrogar el beneficio en el documento de desafectación correspondiente*" (el destacado me pertenece).

Algunos autores sostienen que "*Si bien consideramos que es de correcta técnica de instrumentación realizar la reserva de subrogación a efectos de dejar claramente expresada la voluntad de las partes y la publicidad hacia terceros, ello no lleva a concluir que deba realizarse necesariamente. Creemos que excede las facultades del registrador disponer sobre el particular, imponiendo exigencias que la ley de fondo no estipula. Por ello concordamos con la disposición técnico registral dictada por la dirección del registro de Capital Federal*"⁶¹. (el destacado me pertenece). Mientras que otros se pronuncian categóricamente rechazando la necesidad de reserva y expresan "**El marco normativo no impone una pauta**

59 Bono Gustavo A., "La protección de la vivienda en relación a los derechos reales, y una interpretación extensiva del artículo 245 del Código Civil y Comercial"; Publicado en: Derecho de Familia, Revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia, N° 80, Abeledo-Perrot, Bs. As., 2017, págs. 171 y siguientes

60 Del titular registral en los supuestos en que éste sea quien afecte o de parte legitimada en los supuestos de afectación judicial previstos en el C.C.C.

61 MAZZEI, Juana Beatriz; Afectación del inmueble al régimen de vivienda. Cuestiones registrales; Publicado en: RCCyC 2017 (febrero) , 113

reglamentaria sobre los requisitos que se deban cumplir para conservar el régimen. No especifica ni que se deba comunicar con anterioridad al Registro Inmobiliario que se procederá a sustituir la vivienda (como régimen) ni que en el acto dispositivo se deba efectuar alguna reserva informativa. (...) los registros inmobiliarios, en su órbita de autoridad de aplicación, han impuesto una serie de requisitos en exceso de las atribuciones que poseen en esta temática. Algunas disposiciones registrales llegan a establecer exigencias que verdaderamente ponen en riesgo la protección legal y el amparo constitucional de la vivienda al conllevar con sus formalidades a la pérdida del manto temporal protectorio contra la embargabilidad y ejecutabilidad, interrumpiendo la inmunidad en el acto del reemplazo⁶².” (el destacado me pertenece).

La postura opuesta dentro de la cual se incluye a Guastavino quien, antes de la sanción del C.C.C., postulaba que “*Creemos que la subrogación real con oponibilidad retroactiva (...) para evitar fraude o perjuicio de terceros es aconsejable prever explícitamente estos casos de subrogación real en las reglamentaciones que conciernen a la inscripción del bien de familia en los Registros Inmobiliarios...*” y agrega “*...ha de ser explícitamente solicitada y autorizada administrativamente...*”⁶³ (el destacado me pertenece).

Abella y Regis en artículos más recientes se expresan en sentido similar considerando que “*Es necesaria la declaración **expresa de la voluntad del afectante de mantener la afectación** sobre el nuevo inmueble en el acto de enajenación, y en el acto de adquisición -en la escritura pública o en el expediente judicial según el caso-; debe constar la declaración de voluntad sustitutiva y su rogatoria al Registro. Esta declaración resulta imprescindible a los fines de la individualización del objeto subrogado, sobre todo en los casos en los que se mantenga la afectación sobre sumas de dinero. **La falta de expresión** de la voluntad de mantener el régimen en la enajenación del bien sobre el que recae **produce su extinción.***”⁶⁴ (el destacado me pertenece).

La LII Reunión Nacional de Directores de Registro de la Propiedad inmueble en 2015 consideró que la afectación “*En relación al artículo 248 **corresponde verificar** que en el instrumento de transferencia de la vivienda afectada **se haya hecho reserva del derecho a subrogar**, para dejar constancia en el folio real de tal circunstancia. Asimismo, calificar que en la escritura de adquisición del nuevo inmueble, consten todos los datos del inmueble subrogado, y de la primitiva afectación.*” (el destacado me pertenece).

El Registro de la Provincia de Buenos Aires en la disposición técnico registral 10/2016 del 6 de julio de 2016 en su artículo 9º inciso “b” establece “*Si el inmueble es adquirido con posterioridad : 1) en la escritura de disposición por la cual se desafectó a “vivienda”/“bien de familia”, deberá constar la **expresa reserva de subrogar** el beneficio; 2) en la escritura de adquisición el notario deberá calificar y referenciar la reserva realizada oportunamente consignando todos los datos de la afectación originaria.*”(el destacado me pertenece).

En la Provincia de Córdoba la resolución general 01/2019 dictada con fecha 4 de enero de 2019 modifica el título II de la resolución 04/2015 y establece en su apartado 8 que el inmueble a afectar por subrogación debe ser adquirido simultáneamente o con posterioridad, y en este caso se calificará “b.l.) *En la escritura de compraventa por la cual se des-*

62 ZAVALA, Gastón A.; Subrogación de vivienda. Interpretación del régimen en el contexto jurídico; Publicado en: DFyP 2018 (octubre), 16

63 GUASTAVINO, supra nota 12

64 ABELLA Adriana N. y REGIS Ariel, supra nota 51, Pág. 642

afectó a vivienda, deberá surgir la reserva de sustituir o subrogar la vivienda en los términos del artículo 248 del Código Civil y Comercial de la Nación.b.2.) En la escritura de adquisición, el Notario deberá referenciar la reserva anteriormente indicada, consignando todos los actos de la primitiva afectación. Se deberá rogar la registración mediante el código que se creará al efecto. En dicho caso, el inscriptor deberá controlar los datos del Bien de Familia sustituido en la inscripción antecedente previo a su traslado.”(el destacado me pertenece).

El anteproyecto de reforma del C.C.C. del año 2019 respecto al artículo 248 propone que se deje constancia expresa en la escritura de transferencia *“d) a los importes que la sustituyen en concepto de precio, **cuando se deje constancia en la escritura** traslativa del dominio que la enajenación se realiza con el fin de proceder a la subrogación real prevista en esta norma.”⁶⁵ (el destacado me pertenece).*

A los argumentos de la segunda postura debe agregarse que se corresponde de la correcta interpretación sistemática y del texto del artículo 255 C.C.C. *“Desafectación y cancelación de la inscripción. La desafectación y la cancelación de la inscripción proceden: (...) inciso d “a instancia de cualquier interesado **o de oficio, si no subsisten los recaudos** previstos en este Capítulo, o fallecen el constituyente y todos los beneficiarios”* (el destacado me pertenece). En virtud del cual la transferencia del inmueble afectado al régimen de vivienda implica, en principio⁶⁶, que deja de cumplirse con el requisito de habitación efectiva por lo que si la Autoridad de Aplicación no tuviera información de que se trata de un caso de subrogación real debería proceder de oficio la cancelación de la inscripción.

Para el supuesto de una permuta o casos de fluctuación simultánea sería necesario que el titular del bien afectado realice las mismas manifestaciones que se efectúan para su constitución respecto al bien que adquiere.

Lo fundamental es que el registrador cuente con todos los elementos necesarios para que la subrogación pueda ser calificada, en el sentido que el cumplimiento de los requisitos al momento de su afectación no determina que ellos persistan al momento de la subrogación. Se considera que es necesaria una manifestación, ya que en caso contrario podría ser objeto de observación.

El silencio se considera insuficiente para que se realice la subrogación real ya que tratándose de una protección excepcional para nuestro sistema jurídico es necesario actuar de buena fe, por lo que resulta necesaria una manifestación expresa referida a la subrogación real⁶⁷. Además contribuye a prevenir perjuicios a terceros, evitar un innecesario desgaste jurisdiccional y para minimizar riesgos de abuso del derecho. Resulta difícil imaginar un motivo por el que no pueda expresarse con claridad la intención de subrogar la protección, cuesta comprender cuál sería el agravio o menoscabo que tal exigencia genera a quien actúa de buena fe.

Desde el punto de vista notarial se estima que existiendo doctrina dividida sobre el presente corresponde en un marco de prudencia manifestar de manera expresa la voluntad de ampararse en la subrogación real del Régimen de Vivienda.

65 BOTANA Diego, PIZARRO Daniel y RIVERA Julio César; Anteproyecto de reformas al Código Civil y Comercial; Publicado en: LA LEY 14/01/2019, 14/01/2019, 1 - RCCyC 2019 (febrero), 08/02/2019

66 Se acepta la existencia de supuestos en los cuales el titular o un beneficiario pudiera seguir habitando el bien pero ya no lo haría en su carácter de titular registral o beneficiario de este.

67 A lo que se puede agregar la importancia de los usos y prácticas generalizados (con el alcance del artículo 263 del C.C.C.) desde la sanción de la ley 14.394, especialmente el texto del artículo 37 en función del texto del art. 250 del C.C.C.

IV) Traslado de la afectación

En el presente apartado se analiza la pretensión de trasladar la afectación al Régimen de Vivienda a otro bien que ya integraba el patrimonio del sujeto. Con el título se pone de manifiesto la toma de postura en el sentido de considerar que no se trata de un caso de subrogación real (como pretende presentarlo un importante sector de la doctrina) sino de otro supuesto radicalmente diferente.

A favor del traslado de la afectación se pronuncian entre otros Abella quien expresa *“El código expresamente admite que se pueda afectar en subrogación la nueva vivienda adquirida empero entendemos que podría ser en otro inmueble de titularidad del instituyente **que ya se encuentra en su patrimonio** -porque quiera mudar su vivienda-, sea que lo haya adquirido con anterioridad o durante la vigencia del régimen. Es que la situación no varía para los acreedores dado que lo que antes de la sustitución del inmueble estaba fuera de sus posibilidades de ejecución continuará en las mismas condiciones en el bien subrogado ”*⁶⁸ (el destacado me pertenece).

Otro sector⁶⁹ aunque acertadamente reconoce que se trata de un supuesto distinto a la subrogación real lo considera viable. Así Juana Beatriz Mazzei quien expresa que aunque el C.C.C. omitió regular el supuesto lo considera viable al no estar prohibido, y al comentar un fallo que denegó la sustitución del inmueble señala que *“... no debió solicitarse la aplicación del artículo 248 mencionado, ya que **no se trata de una subrogación real** en los términos que la norma determina (argumentos de la resolución)...”*⁷⁰ sostiene que una interpretación integral habilitaría su aplicación fundada en la equidad y justicia.

A favor de esta posición también se encuentran precedentes judiciales⁷¹ que se basan en una interpretación axiológica y consideran que lo resuelto no perjudicaría a los acreedores.

Aún para quienes entienden que resulta procedente el traslado de la afectación se debe tener presente que el mismo necesariamente deberá ser autorizado por el juez ya que no es un supuesto contemplado por la ley y que la integración del sistema jurídico solo podría ser efectuada por los magistrados⁷².

El Proyecto de reforma del C.C.C. del año 2019 consideró la incorporación de este supuesto *“Art. 248. Subrogación real. La afectación de la vivienda puede transmitirse: a) a **otra que ya pertenezca al constituyente...**”*⁷³, norma a la que se critica su inclusión como supuesto de subrogación real por las consideraciones ya efectuadas.

Algunos autores⁷⁴ utilizan como argumento a favor de la aplicación de la sustitución lo sucedido con la subrogación real durante la vigencia de la ley 14.394, en el sentido de

68 ABELLA, supra nota 42

69 Brustia, Diana y Krasnow, Adriana N.; “La sustitución en el bien de familia. Una solución frente a la carencia normativa”, Publica do en: RDF2004-29-11; Cita Online: AP/DOC/1299/2012; MAZZEI, supra nota 04, entre otros.

70 MAZZEI, supra nota 04

71 Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Rosario, sala I, supra nota 4 fallo “Gil, Jorge A.”

72 Considerando inspirado en lo expresado por MOISSET DE ESPANÉS, Luis, “Bien de familia. Sustitución”, disponible en http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/artbiendefamiliasustitucion/at_download/file

73 BOTANA, PIZARRO y RIVERA, supra nota 50

74 RODRÍGUEZ REMIS, Mariano; “Sustitución o permuta del inmueble afectado al régimen de vivienda. La necesidad de reformar el art. 248, Cód. Civ. y Com. de la Nación”; Publicado en: SJA 13/11/2019, 13/11/2019, 33 - Cita Online: AR/DOC/3364/2019

que la falta de la regulación de la subrogación real fue una omisión de la norma que luego tuvo recepción en los estrados judiciales y trazan un paralelo con este supuesto; entre otros la doctora Puerta De Chacón expresa *“El legislador olvidó regular el supuesto fáctico de trasladar la protección de la afectación a vivienda de otro inmueble de propiedad del mismo titular, también denominado permuta de la afectación.”*⁷⁵. No obstante ello debe tenerse presente que al momento de sancionarse el C.C.C. la discusión sobre el traslado de la afectación ya estaba planteada, por lo que difícil creer que se trata de una omisión involuntaria del legislador antes que una decisión razonada o una toma de postura.

Quienes defienden la postura opuesta destacan que la norma contempla únicamente el supuesto de la subrogación real por lo que es necesario que se cumplan con todos sus requisitos para trasladar la protección a otro bien distinto.

La posición ha sido reconocida en pronunciamientos judiciales entre los que se puede citar los dictados por la Cámara Civil y Comercial de La Plata donde se expresa que *“... cuando el texto de la ley es claro y expreso no cabe prescindir de sus términos...”* y continúa expresando *“...tiene que existir un inmueble adquirido en sustitución del afectado, condición necesaria que descarta de plano la pretensión de trasladar la afectación entre dos inmuebles que ya integraban el patrimonio del o los titular/es...”*⁷⁶

El supuesto no se trata de un caso de subrogación real ya que no cumple con los requisitos desarrollados en el presente, no hay *fluctuación de bienes* ya que ningún bien sale del patrimonio del sujeto para ser reemplazado por otro (al que se trasladaría la protección) presupuesto básico para considerar si los demás elementos estructurales están presentes. Lo que en realidad se pretende es el traslado de la afectación entre dos bienes que existen en el mismo momento en el patrimonio de un sujeto. Ello no se encuentra autorizado por el C.C.C. y tampoco puede surgir de la aplicación analógica del art. 248. La realidad es que el traslado de la afectación hoy no se encuentra autorizada por el C.C.C. También se considera que el reconocimiento jurisdiccional sería un exceso de la magistratura, ya que alegando la protección de derechos del titular contraría numerosos principios generales del sistema legal en su conjunto (Civil, registral, etc.) y atenta contra derechos de los acreedores que pueden ser ab initio de una jerarquía indeterminada. La ley brinda un muy valioso mecanismo de protección de la vivienda pero ello no puede significar un mecanismo disruptivo del sistema jurídico. Lo que de manera clara se establece como una excepción a las reglas generales no puede pasar a ser un principio pre eminente por la decisión de los magistrados o registradores.

El traslado de la afectación podría significar la afectación de intereses generales para la protección de un interés particular. Si bien es cierto que el derecho a la vivienda de quien pretende el traslado de la afectación se observa de manera directa y ostensible no puede ser suficiente para que cualquier otro derecho quede postergado por no aparecer de manera tan clara y directa⁷⁷. El ordenamiento jurídico y sus excepciones tienen una integridad sistemática que no puede ser alterada en un extremo sin que ello repercuta en otros sectores.

⁷⁵ PUERTA DE CHACÓN, Alicia, “Vivienda. Traslación de la afectación. ¿otro esfuerzo interpretativo?”, Publicado en: RDF 2017-IV, 71

⁷⁶ Cámara 1ª, C. y Com, La Plata, sala I, “Dirección General del Registro de la Propiedad, Expediente N° 23077-1003/2016 iniciado por el Notario Emilio Coto”, juicio 264.096(8), 14/06/2016, disponible en http://www.colescba.org.ar/portal/images/novedades/asesoria-registral/fallos/fallo_Registro_Prop_c_Coto_subrogacion_bien_flia.pdf y Cám. 1ª de Apelaciones en lo C. Com. de La Plata, Sala III, “Dirección General del Registro de la Propiedad, expte. N° 2307-0001222/2016 Iniciado por la notaria Hilda Vega de Torchia”, 29/12/2016; Cita Online: AR/JUR/107617/2016

⁷⁷ Piénsese por ejemplo en quien pretende ejecutar el bien para cobrar una indemnización por los daños sufridos en su integridad física o por la destrucción de su vivienda.

La disrupción en el sistema jurídico va más allá de la responsabilidad por deudas afectando otros principios básicos como la buena fe, la seguridad jurídica y la prioridad registral.

Quienes se pronuncian a favor de este mecanismo sostienen que en nada se afecta la situación de los acreedores ya que su situación no se modifica. Se piensa que ello es inexacto especialmente en los supuestos en los que el nuevo bien tutelado es de un valor significativamente mayor. A título de ejemplo se propone un caso simple, una persona afecta a bien de familia una pequeña casa en el año 1990, años más tarde y como fruto de su próspera actividad comercial adquiere un importante predio donde instala su empresa, el mismo cuenta con una vivienda para el sereno. En el año 2021 producto de problemas económicos el sujeto se muda a la que fuera casa del sereno y solicita el traslado de la afectación. Aunque el sujeto actuara sin mala intención se observa con claridad la afectación a la seguridad jurídica de los terceros que contrataron con él que se vería profundamente afectada al trasladar los efectos de la primera afectación con efectos retroactivos a inmueble adquirido en segundo término.

¿No se modifica la situación de los sujetos que contrataron con el empresario en virtud de que conocían su situación patrimonial? Estos contratantes podrían haberse decidido por únicamente porque el empresario contaba con un valioso establecimiento industrial libre de gravámenes o afectaciones. ¿Es justo que les sea oponible el bien de familia con fecha retroactiva a quien de manera diligente consulto la situación del sujeto en el Registro Público y actuó en base a dicha información?

Es notoria la diferencia de este supuesto con la subrogación real donde el sujeto enajena un bien afectado al Régimen de Vivienda para adquirir otro que ocupa su lugar, es decir que el nuevo bien que lo reemplaza no podría haber sido nunca tenido en cuenta por terceros al contratar. En el traslado de la afectación se modifica hacia el pasado la situación patrimonial existente y pública.

El rechazo del traslado de la afectación no implica una ilegítima restricción a la libertad de los sujetos a modificar su domicilio. Tienen libertad para hacerlo y afectar la vivienda al momento de producir el cambio a otra vivienda de su propiedad u optar por subrogar a un nuevo inmueble que adquiera. Es necesario que la persona elija una de las alternativas del sistema jurídico, asumiendo sus consecuencias y riesgos, pero no puede pretenderse una protección de tal grado que resulte en la afectación de principios básicos de nuestro derecho.

V) SÍNTESIS

A modo de breve repaso podemos decir que:

- Todos los elementos estructurales de la subrogación real deben concurrir para que se perfeccione.
- Sería útil el establecimiento de un plazo máximo para la subrogación real pero el mismo debería contemplar los intereses involucrados.
- La subrogación real por un bien de mayor valor se estima procedente pero puede ser cuestionada judicialmente en caso de existir un ejercicio abusivo del derecho.
- La subrogación real por un bien inmueble de menor valor no excluye de la protección al remanente en dinero resultante de la incorporación de un inmueble.
- La bancarización del dinero puede facilitar su determinación y es una alternativa interesante para acreditar la procedencia.
- Al no haber precisión en la normativa ni un criterio jurisprudencial consolidado, en cier-

tas situaciones será imprescindible el asesoramiento notarial sobre las diversas posturas doctrinales existentes y los riesgos que existen por la adopción de una u otra.

- El correcto asesoramiento acompañado de una adecuada técnica notarial minimizan los riesgos en la protección de la vivienda.
- Tal como fue necesaria una manifestación expresa del sujeto al momento de la afectación, se considera que es necesaria la exteriorización de la voluntad en los distintos momentos para que opere la subrogación real.
- El traslado de la afectación no está previsto por la ley y es una extensión indebida de la protección de la vivienda

VI) Reflexiones finales

La vivienda elemento esencial para el desarrollo de las personas y su protección ha sido un avance fundamental en nuestro derecho. La incorporación de la subrogación real era necesaria para evitar que diversas vicisitudes la tornaran ilusoria o significaran una limitación indebida a la libertad de los sujetos. No obstante ello, el Régimen de Vivienda no deja de ser una excepción al principio general de que el patrimonio del deudor es prenda común de los acreedores, y como tal debe ser interpretado restrictivamente. El titular y los beneficiarios sin lugar a dudas tienen un interés jurídico digno de tutela, pero el mismo no es absoluto y debe conjugarse con los derechos de los acreedores que eventualmente pueden llegar a tener igual o mayor trascendencia que aquel derecho.

Es necesario el avance en una reglamentación adecuada y completa de la subrogación real a fin de garantizar la protección de los principios generales de nuestro derecho y el interés de todos los sujetos que puede resultar afectado por su aplicación, particularmente es urgente que se establezcan mecanismos que garanticen los derechos de cónyuges y convivientes. También deben adoptarse recaudos para que se respete el artículo 244 C.C.C. tercer párrafo en cuanto prohíbe la afectación de más de un inmueble. La reglamentación debe contemplar que la incorporación de la subrogación real repercute en diversos aspectos del Régimen de Vivienda, llegando a la suspensión temporal de alguno de sus requisitos, como por ejemplo la habitación efectiva prevista por el artículo 247 del C.C.C. o la cohabitación para el supuesto de colaterales del artículo 246 inciso "b" del C.C.C.⁷⁸

Es necesaria la adecuada publicidad cartular y registral (en todas las etapas y variantes de la subrogación real) para el correcto funcionamiento del instituto.

No puede considerarse que el traslado de la afectación se asemeje a la subrogación real simplemente porque existe una pretensión de sustitución del inmueble protegido. El daño que aquella significaría para principios fundamentales de nuestro derecho es de una gravedad que no compensa los supuestos beneficios que podrían obtenerse con su incorporación.

La protección hoy reconocida se estima adecuada, pretender incorporar nuevas excepciones a reglas básicas de nuestro sistema jurídico no parece el camino adecuado.

⁷⁸ Se propone como ejemplo el caso de un acreedor que plantea la desafectación por falta de habitación de una vivienda que ha resultado destruida durante la tramitación del cobro del seguro que la amparaba, se estima que tal pretensión no debe ser acogida mientras exista una subrogación en trámite.

ALGUNAS PARTICULARIDADES DEL CONSENTIMIENTO EN LOS CONTRATOS POR ADHESION A CLAUSULAS GENERALES PREDISPUESAS CON OBJETO FUTURO¹

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

Por **Guillermo Juan Casanegra**

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

RESUMEN

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

ABSTRACT

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

¹ FEDE ARRATAS: El presente artículo titulado "ALGUNAS PARTICULARIDADES DEL CONSENTIMIENTO EN LOS CONTRATOS POR ADHESIÓN A CLAUSULAS GENERALES PREDISPUESAS CON OBJETO FUTURO", cuyo autor es el Escribano Guillermo CASANEGRA, proviene del volumen 6 del año 2019, se reedita y publicamos nuevamente en la actual edición para subsanar un error material de la editorial, en el que se consignaba por réplica la primera referencia con los datos del cv de otro autor, que figuraban a la página 29 de aquel ejemplar y que involuntariamente figuró en la página 41 que pertenecía al aporte del escribano CASANEGRA en dicha publicación.

PALABRAS CLAVE: CLAVES: Contratos por adhesión – Cláusulas.

KEY WORDS: KEY WORDS: Contracts for membership - Clauses.

I. Introducción

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

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

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

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

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

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

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

*para celebrar un contrato paritario, o uno por adhesión o uno de consumo.”*⁴

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

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

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

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

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

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

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

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

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

8 Para ejemplificar lo manifestado pensemos en una importante empresa multinacional que contrata adhiriendo al contrato con una pequeña compañía

ocurrir que aún siendo las partes de una *fuera* similar, una imponga a la otra las condiciones de contratación.

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

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

II) Particularidades los objetos futuros

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

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

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

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

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

local para la prestación de un servicio. Aunque tiene la potencialidad para renegociar las cláusulas e imponer condiciones tal vez ello no le interese por la escasa importancia o trascendencia del objeto.

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

10 Como ejemplo y sin pretender exhaustivos podemos citar la discontinuidad en un determinado material, la alteraciones de las normas constructivas

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

Cuando el objeto del contrato es un inmueble que no existe al momento celebrar el acuerdo, y por lo tanto no es viable su descripción como una realidad o su inspección por quien pretende adquirirlo, suele recurrirse a folletos publicitarios, maquetas, representaciones en computarizadas, planos o croquis esquemáticos a fin de precisar las características del mismo.

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

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

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

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

a. Requisitos de redacción y la autosuficiencia.

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

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

locales, la corrección del diseño que puede ser necesaria sobre la marcha por múltiples motivos, etc.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Para las cláusulas referidas a bienes inmuebles a construir y que sean contrarias a las normas en estudio, se considera que principio no sería viable aplicar el tenerlas *por no convenidas* ya que ello podría dejar al contrato sin uno de sus elementos

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

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

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

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

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

esenciales o con una mayor indeterminación en el objeto. En virtud de ello, y de acuerdo a la gravedad de abuso o infracción cometida por el predisponente, se estima que lo pertinente sería la interpretación *sentido contrario a la parte predisponente o la nulidad parcial del contrato con la integración simultánea en los casos más graves*²²; aunque no se descarta que en supuestos extremos deba declararse la nulidad total del contrato sin que este pueda ser integrado por el magistrado.

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

b. Reenvío a textos o documentos

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

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

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

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

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

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

23 Se trae a colación como ejemplo un poder real en el que la descripción del inmueble a construir se limita a lo siguiente “la propiedad inmueble destinada a Vivienda designada como UNIDAD Nº (...), ubicada en una fracción...” y referencia a la mayor superficie de manera bastante imprecisa finalizando la descripción con la referencia a que la misma comprende el porcentual sobre los bienes comunes asignados en el futuro reglamento.

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

c. La publicidad en los contratos de consumo por adhesión

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

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

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

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

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

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

IV) Conclusiones

1. Por la manera en que se forma el consentimiento en los contratos por adhesión se requiere una mayor precisión en su redacción.

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

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

TIEMPO COMPARTIDO EN EL CODIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACION. ASPECTOS NOTARIALES Y REGISTRALES

TIMESHARE IN THE CIVIL AND COMMERCIAL CODE OF THE NATION. NOTARY AND REGISTRY ASPECTS

Por **María Adriana Garay**¹

SUMARIO. I. INTRODUCCION. II. TIEMPO COMPARTIDO. GENERALIDADES. III. AFECTACION. IV) LEY 26.356. V) OTROS ASPECTOS REGULADOS EN EL CCCN. VI) CONCLUSION.

RESUMEN:

Nos proponemos analizar la figura del tiempo compartido a la luz de toda la normativa vigente, entendiendo que la afectación del mismo por la multiplicidad de disposiciones, resulta de compleja aplicación.

ABSTRACT

We intend to analyze the time-sharing figure in the light of current regulations, understanding that its affectation due to the multiplicity of normatives, is complex to apply.

PALABRAS CLAVE: Tiempo compartido, afectación, inscripción.

KEY WORDS: Time-sharing, affectation, inscripción.

I. Introducción

La figura del tiempo compartido se encontró regulada en nuestro País con la ley 26356 del año 2008. En sus orígenes la naturaleza jurídica de esta institución dividió a la doctrina, que con fundamentos muy distintos se pronunciaron inclinándose bajo la órbita de los derechos personales o de los derechos reales. El Código Civil y Comercial de la Nación puso fin al conflicto enunciándolo como derecho real en el artículo 1887 inc e. Su regula-

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

ción en el nuevo Código y la subsistencia parcial de la ley 25356 deja aspectos no claros respecto a la efectiva publicidad que debe dársele.

En este trabajo analizaremos la normativa vigente en lo que hace no solo aspectos generales, sino su afectación y los distintos organismos que lo rigen, desde el punto de vista notarial y registral.

II. Tiempo compartido. Generalidades

Bajo el denominador común de “Conjuntos Inmobiliarios”, el título VI Libro IV, del Código Civil y Comercial de la Nación regula a los Conjuntos Inmobiliarios y dentro de este Título, el Capítulo 1 regula a los conjuntos inmobiliarios (artículos 2073 al 2086), el Capítulo 2 al Tiempo Compartido y el Capítulo 3 a los Cementerios Privados. De allí que la doctrina para referirse a los Conjuntos Inmobiliarios de los artículos 2073 al 2086 se refiera como “conjuntos inmobiliarios propiamente dichos”, para separarlos de los otros derechos reales² regulados en los otros dos Capítulos del Título 6 : Tiempo Compartido y Cementerios Privados³.

La forma en que es regulado por el Legislador esta figura, es decir como Conjuntos Inmobiliarios- Título 6, significaría que forma al igual que los cementerios privados, parte de esta categoría “conjunto inmobiliario” Este criterio es opinable ya que hay grandes diferencias entre estas tres figuras.

Nos referiremos en primer lugar al Tiempo Compartido.

1) Concepto.

Artículo 2087. Concepto Se considera que existe tiempo compartido si uno o más bienes están afectados a su uso periódico y por turnos, para alojamiento, hospedaje, comercio, turismo, industria u otros fines y para brindar las prestaciones compatibles con su destino.

El artículo 2087 del Código Civil y Comercial no lo define, ni da un concepto del derecho real de tiempo compartido sino que determina cuando existe.

En doctrina se lo ha definido como aquel que “mediante el pago de un precio en dinero, puede usar y gozar, en forma periódica, exclusiva y alternada, durante un cierto periodo de tiempo, ubicado en el año calendario (fijo) o a ubicar (flotante) de un ámbito espacial determinado o determinable (departamento, casa, cabaña) o de una cosa mueble u otro bien, sin alterar su sustancia y al mismo tiempo aprovechar de los servicios e instalaciones que se ofrecepudiendo existir para el titular la posibilidad de intercambiar el periodo que le corresponde respecto del bien afectado por otro similar respecto de otro bien afectado, ubicado en el país o en el extranjero”⁴.

1.1 Bienes que integran el tiempo compartido

Se encuentra regulado en el artículo 2088 del CCCN:

Artículo 2088. Bienes que lo integran Con independencia de la naturaleza de los derechos que se constituyen o transmiten, y del régimen legal al que los bienes se encuentren sometidos, el tiempo compartido se integra con inmuebles y muebles, en tanto la naturaleza de éstos sea compatible con los fines mencionados.

² Ver al respecto enumeración del artículo 1887 del CCCN.

³ Marina Mariani de Vidal y Adriana Abella, Derechos Reales en el Código Civil y Comercial, Tomo I, Zavalía, Bs As, 2016, p. 314.

⁴ Mariani de Vidal, Marina y Abella Adriana, El tiempo compartido en el Proyecto del Código, LL, 2013-C, 679.

La doctrina entiende que no es preciso que el objeto sean cosas inmuebles. Puede tratarse de cosas muebles y aún de bienes. Así se lo ha ejemplificado con cosechadoras, sembradoras, helicópteros, yates, equipos de computación, aparatología médica, casas rodantes, como cosas muebles y marcas y patentes como ejemplos de bienes que no son cosas,⁵ o servicios tales como uso de software, servicios de auditoría contable.⁶

Creemos que el legislador al referirse al objeto del tiempo compartido en el citado artículo debió referirse a **cosas y bienes**,⁷ sin embargo no escapa al análisis que lo que ha se ha tenido en cuenta es la afectación de inmuebles con fines turísticos.

No obstante lo anteriormente expresado, el destino que pueden tener los bienes no necesariamente debe ser el turismo, sino hospedaje, alojamiento industria u otros fines. Entre los caracteres principales podemos mencionar:

- Debe haber un uso periódico, es decir que se reitere (ej. una vez al año). Este periodo puede ser fijo (el mismo mes) o flotante (en diversos periodos del año)
- los usuarios usan la cosa o bien por un periodo de tiempo llamado turno.
- el derecho de los usuarios en general es transmisible.
- se prevé la protección de los usuarios por la legislación de protección al consumidor.

1.2 Naturaleza del derecho

Situación anterior a la Sanción de la ley 26.356.

Surge en nuestro País a partir de la segunda mitad de la década de 1980. Como dice Kiper⁸ era un nuevo estado jurídico de la propiedad, producto de una modalidad contractual que consiste en otorgar un derecho que atribuye la facultad de usar y gozar con exclusividad de determinados bienes (generalmente inmuebles) sucesiva y alternadamente por periodos previamente establecidos de duración perpetua o temporal y transmisible por actos entre vivos o mortis causa.

Esta figura surge como un fenómeno de masificación del turismo y abaratamiento de costos, más allá de tener otras posibilidades de aplicación, tales como comercio o industria,

2. Denominación. Naturaleza Jurídica.

En nuestro País se difundió más con el nombre de tiempo compartido aunque en el derecho comparado se ha utilizado el término de multipropiedad.⁹

La figura en el campo de los derechos personales.

En este ámbito se concreta sin dificultad respaldándose en el artículo 19 de la Constitución Nacional, en tanto rige el principio de autonomía de la voluntad.

Así es que se lo ha encuadrado en un contrato innominado, en tanto no existe tipo contractual que corresponda en nuestro sistema legal.

5 Mariani de Vidal, obra citada.

6 Kiper Claudio, Tratado de Derechos Reales, Tomo I, Rubinzal-Culzoni, Bs As, 2016, p 757.

7 Ver al respecto artículo 1883 del CCCN

8 Kiper Claudio, obra citada, p. 740.

9 Así se lo denomina en Italia y España, en nuestro País con una ajustada mayoría en el VI Congreso de Derecho Registral (Posadas 1986), entre otros. De más está decir que el alcance de estas expresiones excede el ámbito de este trabajo.

También como un derecho personal que surge de un tipo de sociedad, con la facultad de usar y gozar en forma sucesiva y alternada, un determinado turno, según las previsiones obligacionales de sus estatutos, limitando la duración de la persona jurídica que tenga su titularidad.¹⁰

La figura en el campo de los derechos reales.

Campea en el ámbito del número cerrado y el orden público, cuestión de difícil solución por la amplitud de la institución que se estudia.

El Proyecto de 1987 ubicaba al tiempo compartido como un condominio de indivisión forzosa regulado en la última parte del 2715 a saber: *“La indivisión forzosa perdurará mientras subsista el sistema en el supuesto de constitución de condominios sobre conjunto de cosas, con asignación a los condóminos de usos y goces sucesivos y alternados por periodos determinados”*.

El Proyecto de 1998 lo ubicaba dentro de las “propiedades especiales” y el art. 2030 establecía *“La asignación de usos y goces sucesivos o alternados por periodos determinados, sobre un conjunto de cosas, puede sujetarse al régimen de los derechos personales o del condominio con indivisión forzosa sin límite de tiempo.”* Es decir, el Proyecto se inclinó para que fuera optativo el régimen de los derechos reales, y en este caso bajo la forma de condominio de indivisión forzosa.

El Código Civil y Comercial de la Nación.

El Código crea el derecho real de tiempo compartido. Es contemplado en la enunciación del art. 1887 inc. e), es un derecho real sobre cosa total o parcialmente propia (art 1888 CCCN, es un derecho principal (art 1889 CCCN) y que se ejerce sobre la posesión (art 1891 CCCN).¹¹

En relación a su naturaleza no podemos dejar de analizar la primera parte del artículo 2088 al referirse: *“Con independencia de la naturaleza de los derechos que se constituyan o transmitan....”*. Esta disposición deja librado a la voluntad e las partes caracterizarlo como un derecho real o personal. Es decir, no es obligatorio constituirlo como derecho real. Al decir de Mariani de Vidal, la norma permite al emprendedor comercializarlo como derecho real (art. 1887 in e) o como derecho personal.¹²

III. AFECTACION

Artículo 2089. Afectación La constitución de un tiempo compartido requiere la afectación de uno o más objetos a la finalidad de aprovechamiento periódico y por turnos, la que, en caso de tratarse de inmuebles, debe formalizarse por escritura pública, que debe contener los requisitos establecidos en la normativa especial.

La afectación resulta necesaria aun cuando se organice el sistema como derecho real o

¹⁰ Kiper, Claudio, obra citada, p. 743.

¹¹ En contra Mariani de Vidal Marina, para quien caracterizarlos como cosa propia se refiere más a la afectación al régimen de tiempo compartido que pueden llevar a cabo el dominio o los condóminos (art 1990 y 2090) y no a la titularidad de derecho de tiempo compartido propiamente dicho que se concede a los terceros, es decir a los usuarios. Ver al respecto Marina Mariani de Vidal y Abella Adriana, Derechos Reales en el Código Civil y Comercial, Tomo I, Zavallia, Bs As, 2016, pág.338..

¹² Al respecto Mariani de Vidal, obra citada, p. 336; Alterini Jorge Horacio, Código Civil y Comercial Comentado, Tomo X, La Ley, Bs As 2015, p. 69, Director del Tomo Cossari Nelson, para quien el derecho de los usuarios podría estar configurado como derechos reales o personales.

personal, pues brinda mayor seguridad jurídica a los usuarios y evita que sea cambiado el destino del tiempo compartido mientras se mantenga la afectación.

La norma se refiere a objetos, cuando resulta más preciso referirse a cosa o bien. Puede ser por un periodo de tiempo (art 2099 inc. a).

Si la afectación trata de inmuebles el Código requiere la escritura pública cuyo contenido regula la ley especial. Entendemos que esta normativa especial es la ley 26356 a la que más adelante haremos referencia, en aquello que el Código no deroga expresamente.¹³

Si el sistema recae sobre muebles no es necesario la escritura pública, salvo muebles registrables, como por ejemplo buques y aeronaves, en donde sus disposiciones especiales, exigen escritura pública o documento privado con firmas certificadas respecto de los actos constitutivos, traslativos o extintivos de derechos reales. En el caso de automotores se llevara a cabo en formularios provistos por el Registro y suscriptos ante el encargado de Registro o con firma certificadas (art.13 Decreto ley 6582/58).

1.1 Legitimación

Artículo 2090. Legitimación El instrumento de afectación de un tiempo compartido debe ser otorgado por el titular del dominio. En el supuesto en que dicho titular no coincida con la persona del emprendedor, éste debe comparecer a prestar su consentimiento a la afectación instrumentada.

La norma establece que el instrumento debe ser otorgado por el titular de dominio con la concurrencia del emprendedor cuando no coincida la figura del titular con el de emprendedor.

Como advierte Cossari¹⁴ no hay obstáculo para que la afectación sea en un condominio en donde se requiera la unanimidad de los condóminos o un bien sujeto a propiedad horizontal en donde se requerirá el consentimiento unánime de los consorcistas.

1.2 Los bienes

Para afectarlo deben cumplirse con los requisitos del art 2091 a saber:

Artículo 2091. Requisitos Los bienes deben estar libres de gravámenes y restricciones.

El emprendedor, el propietario, el administrador y el comercializador no deben estar inhabilitados para disponer de sus bienes. El propietario puede constituir hipoteca u otro gravamen con posterioridad a la inscripción de la escritura de afectación, con los efectos previstos en el artículo 2093.

Si existe una hipoteca anterior debe estar cancelada para que se pueda afectar el inmueble, igual ocurre con algún embargo u otro gravamen. Se entiende que si existen gravámenes posteriores y se ejecuta el inmueble se respeta la afectación, pues prevalecen los derechos de los usuarios (art. 2093 inc. b).

El Código requiere no sólo que los bienes estén libres de gravámenes o restricciones,

¹³ Al respecto ley 26994 aprobatoria del Código Civil y Comercial de la Nación, art 3 inc. g. .

¹⁴ Alterini Jorge, Código Civil y Comercial Comentado, obra citada, p. 73.

sino que los sujetos involucrados no se encuentren inhibidos. La exigencia a todas las personas que se pueden ver involucradas, es a los fines de proteger a los usuarios que no solo surge de la normativa del Código sino del derecho del consumidor.

1.3 Inscripción de la afectación y sus efectos

Se requiere pues la publicidad de la registración por los efectos que esta produce respecto de los terceros y de los usuarios.

Así se regula que:

Artículo 2092. Inscripción El instrumento de afectación debe ser inscripto en el respectivo Registro de la Propiedad y en el Registro de Prestadores y Establecimientos afectados a Sistemas de Tiempo Compartido previsto en la ley especial, previo a todo anuncio, ofrecimiento o promoción comercial.

El instrumento donde consta la afectación de los bienes debe inscribirse en el Registro de Prestadores y Establecimientos afectados al Tiempo Compartido, que para su funcionamiento se requiere de una ley especial. Este registro debe ser creado, pues actualmente sólo se cuenta con el Registro de Prestadores y Establecimientos Vacacionales, contemplado en el art 6 de la ley 26356, que funciona en el ámbito de la Secretaria de Turismo de la Presidencia de la Nación¹⁵

Además cuando se trate de cosas o bienes registrables deberá inscribirse en el Registro correspondiente a los mismos (inmueble, automotores, etc.)

En relación a la inscripción en el Registro de la Propiedad Inmueble la Normativa Técnico Registral del Registro General de la Provincia de Córdoba, Resolución General Nro. 4/2015, publicada en el B.O. el 02/12/2015 con vigencia a partir de 09/12/2015 expresa: Derecho real de Tiempo Compartido

99.1. Serán susceptibles de registración las escrituras públicas de afectación de inmuebles al régimen de Tiempos Compartido, inscriptas en el Registro de Prestadores y Establecimientos afectados a Sistemas de Tiempo Compartido; ello, conforme lo prescripto por los artículos 2.089 y 2.092 del Código Civil y Comercial de la Nación.

99.2. Serán susceptibles de registración las escrituras públicas de constitución de hipoteca u otro gravamen con posterioridad a la inscripción de la escritura de afectación (conforme artículo 2.091 del Código Civil y Comercial de la Nación) celebradas por el titular dominial.

99.3. Respecto de las escrituras públicas tanto de afectación del inmueble al régimen de Tiempo Compartido, cuanto de constitución de hipoteca u otro gravámenes dentro de dicho régimen, serán requisitos a calificar los siguientes, a saber: a) que esté instrumentada por escritura pública; b) que el titular registral coincida con la persona del emprendedor; c) que comparezca y consienta el emprendedor, en el supuesto de que el emprendedor no fuere el titular de dominio; d) que el o los inmueble/s afectado/s esté/n libres de gravámenes y restricciones; e) que el titular, el emprendedor, el administrador y el comercializador (en el supuesto de ser persona humana y/o jurídicas diferentes) no estén inhibidos; y f) que el propietario o el emprendedor no pretendan modificar el destino previsto en el instrumento original, lo que no está permitido.

99.4. La escritura pública de afectación o desafectación de un inmueble al régimen de

¹⁵ Art 6 ley 26356. Créase el Registro de Prestadores y Establecimientos Vacacionales afectados a Sistemas Turísticos de Tiempo Compartido, que funcionará en el ámbito de la SECRETARIA DE TURISMO de la PRESIDENCIA DE LA NACION.

Tiempo Compartido se registrará en la parte superior de la o las matrícula/s objeto del derecho real. El derecho real del adquirente de tiempo compartido, como así también las futuras registraciones se publicitarán en el rubro b) de la o las matrícula/s afectada/s.

Es decir habrá una matrícula para afectar el inmueble a tiempo compartido y el derecho de los adquirente se registrara en esa misma matricula en el rubro de b) correspondiente a gravámenes.(art 99.4 citado)

1.4 Efectos

Artículo 2093. Efectos del instrumento de afectación La inscripción del instrumento de afectación en el respectivo Registro de la Propiedad determina: a) la prohibición al propietario y al emprendedor de modificar el destino previsto en el instrumento; sin embargo, el emprendedor puede comercializar los periodos de disfrute no enajenados, con otras modalidades contractuales; b) la oponibilidad de los derechos de los usuarios del tiempo compartido, que no pueden ser alterados o disminuidos por sucesores particulares o universales, ni por terceros acreedores del propietario o del emprendedor, ni siquiera en caso de concurso o quiebra.

Doctrinariamente se ha dicho que la inscripción en el Registro de la Propiedad que corresponda hace nacer el "estado jurídico de tiempo compartido."¹⁶

La afectación conlleva a que el propietario o el emprendedor no pueden cambiar el destino del tiempo compartido.

El titular de dominio si bien puede realizar actos de disposición, los adquirentes deben respetar el destino impuesto en la afectación, lo mismo ocurre en el supuesto que falleciere, en cuyo caso los herederos se encuentran en la misma situación.

La norma en el inc. a) consagra una excepción, en el sentido que el emprendedor podrá comercializar los periodos de disfrute no enajenados por tiempo compartido, lo que resulta obvio pues en este caso no resulta perjudicado ningún usuario.

Los acreedores del titular de dominio o del emprendedor pueden ir contra los bienes afectados pero respetando siempre la afectación. Lo mismo ocurre en caso de quiebra del propietario o del emprendedor, para no perjudicar a los usuarios que tienen un derecho preferencial. Sería posible también constituir prenda con registro, no así prenda sin registro o anticresis, porque en estos supuestos se requiere la entrega de la cosa al acreedor y ello desnaturalizaría el sistema de tiempo compartido.

Como ya se anticipó, no es descartable una hipoteca constituida con posterioridad a la afectación, por el titular de dominio o los condóminos, pero el acreedor hipotecario como los adquirentes en subasta del inmueble, le serán oponibles los derechos de los usuarios que resultan **intangibles** respecto de aquellos, se trata de normas de orden público que los acuerdos privados no pueden afectar.¹⁷

Resulta obvio que tanto el acreedor hipotecario con hipoteca constituida con postero-

16 Saucedo Ricardo J., "El Régimen Jurídico del tiempo compartido en el Código Civil y en el nuevo Código y Comercial de la Nación", JA, 2014_IV.

17 Resulta aplicable el artículo 2093 inc. b del Código que establece la oponibilidad de los derechos adquiridos por los usuarios a todos los acreedores.

ridad a la afectación ni el adquirente en subasta ,podrán alegar ignorancia de la intangibilidad del derecho de los usuarios, por estar inscripta el Registro de la Propiedad, la escritura pública de constitución del sistema.

IV) LEY 26.356

La ley fue promulgada el 18 de marzo de 2008 y publicada en el Boletín Oficial el 25 de marzo de 2008.

El objeto de la ley es regular los Sistemas Turísticos de Tiempo Compartido. Tenía diez capítulos: Capítulo I Disposiciones Generales; Capítulo II De la Autoridad de Aplicación STTC; Capítulo III. De la Constitución del Sistema Turístico de Tiempo Compartido; Capítulo IV del Contrato de Tiempo Compartido; Capítulo V de la Administración de los STTC; Capítulo VI de la Comercialización y la publicidad de los STTC; Capítulo VII, de la instancia arbitral; Capítulo VIII de las Sanciones; Capítulo IX de la extinción del STTC; Capítulo X disposiciones Complementarias.

La ley de Sanción del Código Civil y Comercial deroga el Capítulo III De la constitución del Sistema Turístico de Tiempo Compartido, el Capítulo IV Del contrato de Tiempo Compartido; Capítulo V de la administración del SCTT y el Capítulo IX de la extinción del sistema turístico de tiempo compartido de la ley 26356.

Se deberá tener en cuenta en el análisis de la figura , los Capítulos no derogados.

Sistemas turísticos de Tiempo Compartido

Ley 26.356

Medida que regula los Sistemas Turísticos de Tiempo Compartido (STTC). Disposiciones Generales. Ambito de aplicación. Tipificación. Definiciones. Autoridad de Aplicación. Constitución. Contrato. Administración. Comercialización y Publicidad. Instancia Arbitral. Sanciones. Extinción. Disposiciones Complementarias.

Sancionada: Febrero 28 de 2008

Promulgada: Marzo 18 de 2008

El Senado y Cámara de Diputados de la Nación Argentina reunidos en Congreso, etc. sancionan con fuerza de Ley:

CAPITULO I DISPOSICIONES GENERALES

ARTICULO 1º - Ambito de aplicación. La presente ley regula los Sistemas Turísticos de Tiempo Compartido (STTC), con independencia de la naturaleza de los derechos que se constituyan o transmitan y del régimen legal al que se encuentren sometidos los bienes que los integran.

ARTICULO 2º - Tipificación. El Sistema Turístico de Tiempo Compartido debe integrarse con uno o más inmuebles, afectados a su uso periódico y por turnos para el alojamiento u hospedaje y para brindar otras prestaciones compatibles con su destino.

ARTICULO 3º - Definiciones. A los fines de la presente ley se define como:

– Sistema Turístico de Tiempo Compartido. Es el previsto en el artículo 2º, en adelante STTC.

- Usuario. Es quien adquiere el derecho de uso periódico en un Sistema Turístico de Tiempo Compartido, por sí o por terceros.
- Propietario. Es el titular dominial de un inmueble, quien lo afecta total o parcialmente, al Sistema Turístico de Tiempo Compartido.
- Emprendedor. Es la persona física o jurídica propietaria o con justo título de disposición del inmueble, que constituye el STTC para comercializar períodos de disfrute y brindar a los usuarios las prestaciones que lo integran, por sí o por intermedio de terceros.
- Vendedor. Es la persona física o jurídica que, en nombre y representación del emprendedor, promueve y ofrece en venta períodos de uso en un STTC.
- Revendedor. Es la persona física o jurídica que, por sí o por cuenta y orden de un usuario intermedia en el mercado secundario para la comercialización de períodos de un STTC.
- Administrador. Es la persona física o jurídica, que tiene a su cargo la gestión y coordinación del mantenimiento y uso de los bienes que integran un STTC.
- Red de Intercambio. Es la persona física o jurídica que intermedia entre la oferta y la demanda de períodos de los STTC, prestando servicios adicionales a usuarios.
- Prestador. Es la persona física o jurídica que comercializa STTC, y que de acuerdo al rol que ocupa en la comercialización del STTC responderá ante posibles conflictos que se susciten con los usuarios.
- Período de Uso. Son las fechas que le corresponden a un usuario en un STTC. Su extensión puede establecerse mediante las siguientes unidades de medidas, sin perjuicio de las que en el futuro determine la Autoridad de Aplicación:
 - 1.- Unidad de Medida Temporal. Es la extensión del período de uso contado en días, semanas o meses. La unidad de medida temporal puede ser determinada o determinable, de tal modo que:
 - Si el uso corresponde durante las mismas fechas de los años calendarios sucesivos, dará lugar a un período temporal fijo.
 - Si corresponde dentro de una temporada o entre determinadas fechas del año calendario, a elección del usuario y sujeto a disponibilidad, el período temporal será flotante.
 - 2.- Unidad de Medida por Puntos. Es aquella mediante la cual se adquieren derechos de uso canjeables y con equivalencias preestablecidas, entre un conjunto de prestaciones en diferentes unidades o STTC, con capacidad de alojamiento y turnos de extensión variables.
- Establecimiento Vacacional. Es el bien inmueble o parte de él, incluidas sus unidades vacacionales y sus áreas comunes, afectado total o parcialmente a un STTC.
- Unidad Vacacional. Es el departamento, suite, cabaña y en general toda unidad habitacional, que comprenda áreas de dormitorio, baño y espacios de ocupación exclusiva, que, a su vez forme parte de un establecimiento afectado total o parcialmente al STTC.
- Club Vacacional. Es la modalidad que asume el STTC cuando el período de uso, según se hubiese convenido en el contrato, se puede utilizar en diversas temporadas, en diferentes tipos de unidades, con capacidades de ocupación diversas, en fechas variables y en distintos establecimientos afectados total o parcialmente a un STTC.

CAPITULO II

DE LA AUTORIDAD DE APLICACION DE LOS STTC

ARTICULO 4° - Autoridad de Aplicación. La SECRETARIA DE TURISMO DE LA PRESIDENCIA DE LA NACION o el organismo que en el futuro futuro la sustituya será autoridad de aplicación y ente fiscalizador de los STTC.

La Autoridad de Aplicación debe instrumentar normas de procedimientos eficaces tendientes a la protección de los derechos del usuario de los STTC y a la prevención y solución de conflictos entre las partes intervinientes. A tal efecto se podrán suscribir convenios de cooperación, delegación y fiscalización.

ARTICULO 5° - Facultades. La Autoridad de Aplicación, por sí o a través del organismo en que ella delegue, queda facultada a inspeccionar y verificar en todo el territorio nacional, el cumplimiento de las normas que regulen el STTC, sin perjuicio de la aplicación de la Ley 24.240 de Defensa del Consumidor y normas complementarias, a través de sus respectivas autoridades de aplicación. Para el desempeño de esa función podrá inspeccionar los libros y documentos de los responsables, levantar actas de comprobación de las infracciones, efectuar intimaciones, promover investigaciones, solicitar la documentación que considere necesaria, promover acciones judiciales, solicitar órdenes de allanamiento, requerir el auxilio de la fuerza pública y llevar adelante toda otra medida que sea necesaria a los fines del cumplimiento de la presente ley.

ARTICULO 6° - Registro. Inscripción. Créase el Registro de Prestadores y Establecimientos Vacacionales afectados a Sistemas Turísticos de Tiempo Compartido, que funcionará en el ámbito de la SECRETARIA DE TURISMO de la PRESIDENCIA DE LA NACION.

Los titulares de los complejos o establecimientos vacacionales, los emprendedores, los administradores, los vendedores y revendedores, así como las redes de intercambio, previo al inicio de sus respectivas actividades, deberán inscribirse en aquel registro a cuyos efectos, los titulares de los establecimientos vacacionales justificarán el cumplimiento de los requerimientos edilicios y funcionales acordes a su destino y categoría, y los prestadores cumplimentarán los recaudos de idoneidad y solvencia, adecuados a la actividad de que se trate, que fijará la Autoridad de Aplicación. Son requisitos para el ejercicio de dichas actividades, la inscripción en el Registro previa habilitación otorgada por la Autoridad de Aplicación.

ARTICULO 7° - Denegatoria. La Autoridad de Aplicación deberá denegar el otorgamiento de habilitaciones a:

- a) Quienes no puedan ejercer el comercio;
- b) Los fallidos por quiebra durante el período de inhabilitación puesto por la Ley 24.522 y sus modificatorias;
- c) Los condenados con la accesoria de inhabilitación para ejercer cargos públicos; los condenados por hurto, robo, defraudación, cohecho, emisión de cheques sin fondos y delitos contra la fe pública; los condenados por delitos cometidos en la constitución, funcionamiento y liquidación de sociedades. En todos los casos hasta después de DIEZ (10) años de cumplida la condena;
- d) Los funcionarios de la administración pública cuyo desempeño se relacione con el objeto de la sociedad, hasta DOS (2) años desde el cese de sus funciones.

CAPITULO III

DE LA CONSTITUCION DEL SISTEMA TURISTICO DE TIEMPO COMPARTIDO

(Capítulo III — artículos 8° al 13, ambos inclusive — derogado por art. 3° inc. g) de la Ley N° 26.994 B.O. 8/10/2014 Suplemento. Vigencia: 1° de agosto de 2015, texto según art. 1° de la Ley N° 27.077 B.O. 19/12/2014)

CAPITULO IV DEL CONTRATO DE TIEMPO COMPARTIDO

(Capítulo IV — artículos 14 al 21, ambos inclusive — derogado por art. 3° inc. g) de la Ley N° 26.994 B.O. 8/10/2014 Suplemento. Vigencia: 1° de agosto de 2015, texto según art. 1° de la Ley N° 27.077 B.O. 19/12/2014)

CAPITULO V DE LA ADMINISTRACION DE LOS STTC

(Capítulo V — artículos 22 al 25, ambos inclusive — derogado por art. 3° inc. g) de la Ley N° 26.994 B.O. 8/10/2014 Suplemento. Vigencia: 1° de agosto de 2015, texto según art. 1° de la Ley N° 27.077 B.O. 19/12/2014)

CAPITULO VI DE LA COMERCIALIZACION Y LA PUBLICIDAD DE LOS STTC

ARTICULO 26° - Deber de Información. Los emprendedores, administradores, vendedores, revendedores y redes de intercambio, deben suministrar, con certeza y objetividad, información veraz, eficaz y suficiente, las características de los bienes que integran el STTC y de las prestaciones que ofrecen, detallando el tipo y alcances de los derechos que se transmiten o constituyen, según sea la actividad de que se trate, y demás condiciones de comercialización.

ARTICULO 27° - Promociones. Las personas físicas o jurídicas que para la captación de potenciales usuarios ofrezcan regalos, premios, participación en sorteos, cupones, chequeras o cualquier documento representativo de derechos de alojamiento, estadías o viajes, ya sea en entrevistas individuales o grupales, telemarketing, medios gráficos o electrónicos u otros, deben:

- a) Indicar por el mismo medio que la finalidad de la promoción es venderles el STTC;
- b) Especificar claramente la verdadera naturaleza, valor, especie y dimensiones de los premios y regalos ofrecidos, así como las condiciones, costos, limitaciones y restricciones para acceder a los mismos;
- c) Precisar en la primera comunicación, por cualquier medio que ésta se realice, el objeto, características y el tiempo real de duración de la entrevista, cuando ésta sea la condición para recibir el premio, regalo y/o participar en sorteos;
- d) Entregar los premios y regalos en el momento de la presentación o dentro de los VEINTE (20) días de realizada la misma, informando si existieren costos no cubiertos en razón de traslado u otros;
- e) Abstenerse de imponer procedimientos exageradamente onerosos o impedimentos que tengan por objeto hacer desistir al potencial usuario, del premio, regalo o sorteo.

ARTICULO 28° - Documento Informativo. Toda persona física o jurídica que se dedique profesionalmente a la transmisión de derechos en los STTC, deberá editar un documento informativo que tendrá el carácter de oferta vinculante, para ser entregado sin cargo a quien solicite información y a los potenciales usuarios en la primera entrevista. En el documento, como mínimo, se precisará:

- a) La identificación y domicilio del emprendedor y de toda persona física o jurídica que intervenga profesionalmente en la comercialización de los derechos en los STTC;
- b) La naturaleza real o personal de los derechos que se ofrecen y su duración;
- c) Los datos de inscripción del STTC de que se trate en los registros respectivos, con expresión de la titularidad y las cargas y con aclaración que pueden ser consultados a los

finde de conocer la situación jurídica de los bienes afectados, así como el íntegro contenido del instrumento de afectación;

d) Si el o los inmuebles afectados al STTC se encuentran construidos y en funcionamiento o en construcción. En este último caso, fecha límite para su terminación y habilitación;

e) Descripción precisa del o de los bienes sobre los que se ha constituido el STTC y de su ubicación;

f) Servicios e instalaciones de uso común a las que el futuro usuario podrá acceder, condiciones para el acceso y en su caso, los costos y las bases para su determinación;

g) Las prestaciones que el usuario podrá disfrutar y condiciones de uso de las mismas;

h) El precio y duración del período de uso mínimo. Importe de la primera cuota a abonarse por gastos de administración y mantenimiento del sistema o su estimación y el procedimiento para el cálculo de las cuotas futuras;

i) La identificación y el domicilio del administrador;

j) La información del derecho de desistimiento a favor del adquirente, con transcripción del texto del artículo 18 y asimismo, con indicación de la persona y domicilio al que deberá comunicarse el desistimiento en caso de ejercitarse el mismo;

k) La identificación y el domicilio de la red de intercambio a que se encuentre afiliado el STTC y consecuentemente, la posibilidad de suscribir contrato con ésta, haciendo constar la cuota a abonarse como socio en el programa de intercambio, su periodicidad y las tasas de intercambio correspondientes.

ARTICULO 29° - Publicidad. Las precisiones formuladas por el emprendedor en anuncios, folletos, circulares u otros medios de difusión gráfica o electrónica, obligan a aquél y se tienen por incluidas en los contratos de tiempo compartido. Cuando los bienes afectados a un STTC se encuentren en construcción, toda publicidad referida a ellos deberá hacerse constar expresamente.

ARTICULO 30° - Lealtad comercial. Toda persona física o jurídica que se dedique profesionalmente a la transmisión de derechos en los STTC no podrá recurrir a presiones, al acosamiento y manipuleo del potencial usuario, alentando sus motivaciones de compra con argumentos y aseveraciones realistas, no ilusorias, que no se presten a dobles interpretaciones o que contengan falsas promesas, ocultamientos o engaños. Los argumentos de venta, orales o escritos, deberán ser coincidentes con los contenidos del contrato de tiempo compartido.

ARTICULO 31° - Comercialización de los STTC en el exterior. Los STTC ubicados en el exterior podrán comercializarse en la República Argentina, previa autorización y registración, debiendo el emprendedor y el propietario en su caso, acreditar ante la autoridad de aplicación:

a) Su existencia legal, sus derechos sobre el o los establecimientos vacacionales, las condiciones necesarias para su comercialización en el Sistema Turístico de Tiempo Compartido y los poderes de su representante legal;

b) Que el vendedor se encuentra inscripto en el Registro de Prestadores y Establecimientos Vacacionales afectados a los Sistemas Turísticos de Tiempo Compartido que por esta ley se crea;

c) Que el o los establecimientos vacacionales a comercializar, se encuentran construidos, en operación y adheridos a alguna red internacional de intercambios.

CAPITULO VII DE LA INSTANCIA ARBITRAL

ARTICULO 32° - Tribunal Arbitral. Para la resolución de conflictos que pudieren suscitarse entre los usuarios y los prestadores de los SISTEMAS TURISTICOS DE TIEMPO COMPARTIDO (STTC), será de aplicación el SISTEMA NACIONAL DE ARBITRAJE DE CONSUMO (SNAC), perteneciente a la órbita de la Subsecretaría de Defensa del Consumidor de la SECRETARIA DE COORDINACION TECNICA del MINISTERIO DE ECONOMIA Y PRODUCCION, en su carácter de Autoridad de Aplicación de la Ley N° 24.240 de Defensa del Consumidor, normas concordantes y complementarias. Dicho sistema extrajudicial y voluntario atenderá y resolverá aquellos casos en los que pueda existir alguna violación a los derechos emanados de la Ley N° 24.240 de Defensa del Consumidor.

Las asociaciones de consumidores y cámaras empresarias, podrán ser invitadas para que integren los tribunales arbitrales, conforme al artículo 59 de la Ley N° 24.240.

ARTICULO 33° - Adhesión. Quienes adhieran al sistema de arbitraje deberán manifestarlo expresamente en oportunidad de inscribirse en el registro que se crea por el artículo 6° de la presente ley. Dicha aceptación, se hará constar en el contrato suscripto entre el prestador y el usuario; la nómina de prestadores adheridos a la instancia arbitral, será publicada cada año en el Boletín Oficial de la República Argentina a cargo de la Cámara Argentina de Tiempo Compartido. Se tendrá por no convenido el sometimiento de consumidores y usuarios a cualquier arbitraje cuando lo hayan aceptado antes del nacimiento del conflicto.

CAPITULO VIII

ARTICULO 34° - Actuaciones administrativas. La Autoridad de Aplicación podrá iniciar actuaciones administrativas en caso de presuntas infracciones a esta ley, sus normas reglamentarias y resoluciones que en consecuencia se dicten, de oficio o por denuncia firmada y fundada, de quien invocare un interés legítimo o actuare en defensa de un interés general de los usuarios.

ARTICULO 35° - Procedimiento. Las sanciones se aplicarán previo sumario, si no se hubiere acordado la instancia arbitral. Se citará al sumariado concediéndole un plazo de DIEZ (10) días hábiles, que podrán ampliarse a VEINTE (20) días hábiles cuando razones de distancia o complejidad así lo aconsejen, para que presente su defensa y ofrezca las pruebas pertinentes. La Autoridad de Aplicación podrá disponer medidas de prueba para mejor proveer, en cualquier estado del procedimiento.

Toda notificación deberá efectuarse personalmente o por cualquier otro medio fehaciente. En este último caso serán válidas las que se efectúen en el domicilio constituido por el responsable en el Registro de Prestadores y Establecimientos Vacacionales afectados a los Sistemas Turísticos de Tiempo Compartido.

ARTICULO 36° - Recursos. Contra las resoluciones recaídas en los sumarios administrativos, podrá interponerse un recurso directo ante la autoridad judicial competente en la materia de la jurisdicción respectiva.

ARTICULO 37° - Prescripción. Las acciones por infracción a las leyes, decretos y resoluciones que rijan la prestación de los servicios de tiempo compartido, prescribirán a los DOS (2) años, contados desde la fecha de comisión de la infracción.

ARTICULO 38° - Sanciones. Sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal que pueda corresponder, los infractores a las disposiciones de la presente ley y a las disposiciones que la reglamenten serán pasibles de las siguientes sanciones:

- a) Multa; desde pesos DOS MIL (\$ 2.000) hasta pesos UN MILLON (\$ 1.000.000), montos que podrán ser modificados por el Poder Ejecutivo nacional;
- b) Inhabilitación temporaria;
- c) Revocación de la habilitación.

En el caso de inhabilitaciones temporarias y revocación de la habilitación, se deberá garantizar a los usuarios del sistema, el efectivo cumplimiento de las obligaciones contraídas y de los servicios ya contratados.

La habilitación podrá ser revocada, además, si se constatare alguna causa sobreviniente de las enumeradas en el artículo 7°.

CAPITULO IX

DE LA EXTINCION DEL SISTEMA TURISTICO DE TIEMPO COMPARTIDO

(Capítulo IX — artículo 39 — derogado por art. 3° inc. g) de la Ley N° 26.994 B.O. 8/10/2014 Suplemento. Vigencia: 1° de agosto de 2015, texto según art. 1° de la Ley N° 27.077 B.O. 19/12/2014)

CAPITULO X

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS

ARTICULO 40° - Reglamentación. La presente ley será reglamentada por el Poder Ejecutivo nacional dentro de los NOVENTA (90) días de su entrada en vigencia.

ARTICULO 41° - Orden Público. La presente ley y sus normas reglamentarias, son complementarias del Código Civil y se consideran de orden público a todos sus efectos.

ARTICULO 42° - Adecuación. Los emprendedores y propietarios de inmuebles, que a la fecha de la vigencia de la presente ley, hubieran iniciado su comercialización bajo el STTC, tendrán UN (1) año de plazo a partir de la publicación de la pertinente reglamentación, para adecuarse a lo establecido en la presente ley.

ARTICULO 43° - Contratos anteriores. Los contratos celebrados con anterioridad a la sanción de la presente ley o dentro del plazo referido en el artículo 42, se regirán por sus propios términos, hasta el vencimiento del plazo establecido en el citado artículo 42, no pudiendo invocarse sus disposiciones cuando se opongan a los derechos y beneficios que expresa o implícitamente en aquélla se reconocen.

ARTICULO 44° - Comuníquese al Poder Ejecutivo.

DADA EN LA SALA DE SESIONES DEL CONGRESO ARGENTINO, EN BUENOS AIRES, A LOS
VEINTIOCHO DIAS DEL MES DE FEBRERO DEL AÑO DOS MIL OCHO.

- REGISTRADO BAJO EL N° 26.356 -

EDUARDO A. FELLNER. - JULIO CESAR C. COBOS. - Enrique Hidalgo. - Juan H. Estrada.

V) OTROS ASPECTOS REGULADOS EN EL CCCN

1.1 La intangibilidad.

Este tema fue tratado en el punto 2 al referirse a los efectos de la registración y el dere-

cho de los usuarios que resultan oponibles a todos los terceros.

1.2 Deberes y Garantías a cargo del Emprendedor.

Lo regula el artículo 2094:

Artículo 2094. Deberes del emprendedor Son deberes del emprendedor: a) establecer el régimen de utilización y administración de las cosas y servicios que forman parte del tiempo compartido y controlar el cumplimiento de las obligaciones a cargo del administrador; b) habilitar un Registro de Titulares, que debe supervisar la autoridad de aplicación,¹⁸ en el que deben asentarse los datos personales de los usuarios y su domicilio, períodos de uso, el o los establecimientos a los que corresponden, tipo, extensión y categoría de las unidades, y los cambios de titularidad; c) garantizar el ejercicio del derecho de los usuarios, en la oportunidad y condiciones comprometidas; d) abonar las cuotas por gastos del sistema de las unidades no enajenadas.

1.3 Deberes del Administrador y de los usuarios.

En cuanto a los deberes de los usuarios el artículo 2095 regula:

Artículo 2095. Deberes de los usuarios del tiempo compartido Son deberes de los usuarios del tiempo compartido: a) ejercer su derecho conforme a su naturaleza y destino, sin alterarlos ni sustituirlos y sin impedir a otros usuarios disfrutar de los turnos que les corresponden; b) responder por los daños a la unidad, al establecimiento, o a sus áreas comunes, ocasionados por ellos, sus acompañantes o las personas que ellos autorizan, si tales daños no son ocasionados por su uso normal y regular o por el mero transcurso del tiempo; c) comunicar a la administración toda cesión temporal o definitiva de sus derechos, conforme a los procedimientos establecidos en el reglamento de uso; d) abonar en tiempo y forma las cuotas por gastos del sistema y del fondo de reserva, así como todo gasto que pueda serle imputado particularmente.

En cuanto a la administración se dispone:

Artículo 2096. De la administración La administración puede ser ejercida por el propio emprendedor, o por un tercero designado por él. En tal caso, ambos tienen responsabilidad solidaria frente a los usuarios del tiempo compartido, por la debida gestión y coordinación en el mantenimiento y uso de los bienes.

Artículo 2097. Deberes del administrador El administrador tiene los siguientes deberes, sin perjuicio de los establecidos en los regímenes legales específicos: a) conservar los establecimientos, sus unidades y los espacios y cosas de uso común, en condiciones adecuadas para facilitar a los usuarios el ejercicio de sus derechos; b) preservar la igualdad de derechos de los usuarios y respetar las prioridades temporales de las reservaciones; c) verificar las infracciones al reglamento de uso y aplicar las sanciones previstas; d) interponer los recursos administrativos y acciones judiciales que corresponden; e) llevar los libros de contabilidad conforme a derecho; f) confeccionar y ejecutar el presupuesto de recursos y gastos; g) cobrar a los usuarios las cuotas por gastos, fondos de reserva y todo otro cargo que corresponda; h) rendir cuentas al emprendedor y a los usuarios, conforme a liquidaciones de ingresos y gastos certificadas por contador público, excepto en el caso que se optara por aplicar el sistema de ajuste alzado relativo; i) entregar toda la documentación y los fondos existentes, al emprendedor o a quien éste indique, al cesar su función; j) comportarse tal como lo haría un buen administrador de acuerdo con los usos y prácticas del sector.

¹⁸ El registro de titulares es privado pero debe ser supervisado por la Autoridad de Aplicación que actualmente por el art 4 ley 26356 es la Secretaría de Turismo de la Presidencia de la Nación o el órgano que en el futuro lo constituya.

Artículo 2098. Cobro ejecutivo El certificado emanado del administrador en el que conste la deuda por gastos del sistema, los rubros que la componen y el plazo para abonarla, constituye título para accionar contra el usuario moroso por la vía ejecutiva, previa intimación fehaciente por el plazo que se estipula en el reglamento de administración.

1.4 Extinción

No podemos dejar de tener en cuenta lo regulado en materia de extinción del derecho:

Artículo 2099. Extinción La extinción del tiempo compartido se produce: a) por vencimiento del plazo previsto en el instrumento de afectación; b) en cualquier momento, cuando no se han producido enajenaciones, o se han rescindido la totalidad de los contratos, circunstancia de la que se debe dejar constancia registral; c) por destrucción o vetustez.

1.5 Relación de Consumo y derechos real del adquirente. Normas de Policía.

Artículo 2100. Relación de consumo La relación entre el propietario, emprendedor, comercializador y administrador del tiempo compartido con quien adquiere o utiliza el derecho de uso periódico se rige por las normas que regulan la relación de consumo, previstas en este Código y en las leyes especiales.

Artículo 2101. Derecho real del adquirente de tiempo compartido Al derecho del adquirente de tiempo compartido se le aplican las normas sobre derechos reales.

Estos últimos dos artículos se refieren a la ya dicho, que se aplican también las normas de derecho del consumidor y de los derechos reales. Esta última disposición, pese a que el artículo 2101 del CCCN lleva el título de derecho real del adquirente de tiempo compartido, la literalidad del texto no dice que sea un derecho real, sino que se le aplican las normas de los derechos reales. Ello nos lleva a arribar a la conclusión ya analizada en cuanto a la naturaleza jurídica del tiempo compartido, que puede constituirse como derecho real o personal.¹⁹

Artículo 2102. Normas de policía El propietario, emprendedor, comercializador, administrador y usuario del tiempo compartido deben cumplir con las leyes, reglamentos y demás normativas de índole nacional, provincial y municipal relativas al funcionamiento del sistema.

VI. Conclusión

El Artículo 2089 del CCCN expresa que la constitución de un tiempo compartido requiere la afectación de cosas o bienes a la finalidad de aprovechamiento periódico y por turnos, exigiendo la formalidad de la escritura pública cuando se refiere a inmuebles, remitiendo a la "normativa especial" a los fines de cumplir con todos los requisitos.

Entendemos que esta normativa especial es la ley 26356 en aquello que el Código no deroga expresamente.

Si el sistema recae sobre muebles no es necesario la escritura pública, salvo muebles registrables, como por ejemplo buques y aeronaves, en donde sus disposiciones especiales, exigen escritura pública o documento privado con firmas certificadas respectos

¹⁹ Al respecto artículo 2088 del CCCN "... con independencia de la naturaleza de los derechos que se constituyen o transmiten...."

de los actos constitutivos, traslativos o extintivos de derechos reales. En el caso de automotores se llevará a cabo en formularios provistos por el Registro y suscriptos ante el encargado de Registro o con firma certificadas (art.13 Decreto ley 6582/58).

Queda claro que el instrumento de afectación debe ser otorgado por el titular de dominio con la concurrencia del emprendedor, cuando no coincida la figura del titular con el de emprendedor.

El instrumento donde consta la afectación de los bienes debe inscribirse en el Registro de Prestadores y Establecimientos afectados al Tiempo Compartido, que para su funcionamiento se requiere de una "ley especial" (artículo 2092). Este registro debe ser creado, pues actualmente sólo se cuenta con el Registro de Prestadores y Establecimientos Vacacionales, contemplado en el art 6 de la ley 26356, que funciona en el ámbito de la Secretaria de Turismo de la Presidencia de la Nación.

Asimismo el Registro de la Propiedad Inmueble en la Provincia de Córdoba regula la inscripción con la Normativa Técnico Registral Resolución General Nro. 4/2015, publicada en el B.O. el 02/12/2015 con vigencia a partir de 09/12/2015.

Esta normativa exige crear una matrícula para afectar el inmueble a tiempo compartido y el derecho de los adquirentes se registrará en esa misma matrícula en el rubro b) correspondiente a gravámenes.(art 99.4 citado).

No podemos pasar por alto la complejidad de las inscripciones en los distintos registros correspondientes a las cosas o bienes objeto de tiempo compartido, así como en un "Registro Especial" aun no regulado, la remisión que surge del artículo 2092 del Código, a una "ley especial", así como la distintas disposiciones que las propias provincias han legislado respecto de este instituto. Si bien ha quedado suficientemente claro, qué aspectos de la ley 26356 no han sido derogados expresamente, la remisión a la "normativa especial" del art. 2089 CCCN, así como "la Ley especial" a la que hace referencia el artículo 2092 del CCCN citado, tornan confusa tanto la afectación como su inscripción. Proponemos pues, una reforma legislativa en tal sentido.

SOBRE LA “FORMA” EN LOS CONTRATOS Y LA LABOR DE LOS NOTARIOS*

ABOUT THE “FORM” IN CONTRACTS AND THE WORK OF NOTARIES

Por **Rodrigo Padilla**¹

SUMARIO: I. Introducción; II. Concepto de forma en los contratos y clasificación de los mismos; III. Forma y contenido; IV. Forma y prueba; V. Principio de libertad de formas. Implicancias; VI. “Formas” de contratación modernas: sus ventajas y riesgos; VII. La forma más exquisita: la escritura pública. Sus ventajas y desventajas; VIII. A modo de “epílogo”.

RESUMEN:

El presente trabajo trata sobre la forma y prueba de los contratos y la labor del notario.

ABSTRACT

This paper deals with the form and proof of contracts and the work of the notary.

PALABRAS CLAVE: Contrato. Forma. Prueba.

KEY WORDS: Contracts. Form. proof.

I. Introducción

Nadie pone en tela de juicio que la “forma” es un elemento indispensable del contrato (como lo es de su género próximo: el acto jurídico), tal como lo son el consentimiento, el objeto, el contenido y la causa².

* Fue un grato honor de nuestra parte brindar una colaboración para una obra escrita junto a prestigiosos juristas españoles, italianos y argentinos. El libro se titula: Elementos de los contratos. Un enfoque comparado. Directores: Silvia Díaz Alabart (España), Enrico Gabrielli (Italia) y Luis F. P. Leiva Fernández (Argentina), La Ley, 2020, trabajo titulado: “Sobre la forma de los contratos: la contratación moderna y la labor de los notarios”, pp. 452 y ss.

¹ Abogado, Doctor en Derecho en Universidad de Salamanca, Miembro Titular del Instituto Noroeste de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba, Profesor Titular de Derecho Registral USPT.

² López de Zavalía, en su clásica obra, siguiendo a Carnelutti, se apartó de la doctrina general al tratar sobre los “requisitos” del contrato, vale decir de todo aquello de lo que depende que haya un contrato válido y que éste alcance a regular determinados intereses, al distinguir los “presupuestos”, de los “elementos” y “circunstancias” del contrato. Respecto de los presupuestos, se refiere a aquellos requisitos anteriores y extrínsecos al contrato, puesto que existen independientemente de él e incluso subsisten después de él para cualquier otra negociación sin que queden incorporados al mismo. En esta categoría ubica a la capacidad y el poder de negociación en el sujeto y la idoneidad en el objeto, aunque dicha lista no es exhaustiva. Como elementos del contrato llama a todo lo que es constitutivo del mismo e intrínseco a él. En esta categoría enrola a la forma y al contenido, siendo el contenido lo que se prescribe,

Es que resulta imposible prescindir de la forma, por más básica, elemental o rudimentaria que ésta sea. Sin forma no habría posibilidad alguna que los contratantes expresen su voluntad (“libre”) y puedan brindar su *consentimiento* para el negocio de que se trate. Hasta que no se exteriorice su voluntad (vg. *proposito in mente retentum* -retener el propósito en la mente-) no se generará ningún efecto, menos de los jurídicos buscados con el contrato (*intentio iuris*).

Acaso en este lugar introductorio -puesto que necesariamente indagaremos sobre la función del notario- sea conveniente otra vez recordar a DE GÁSPERI, quien acertadamente señaló que “El derecho de todos los pueblos y de todos los tiempos los rodeó de formalidades más o menos estrictas de donde viene la distinción entre actos solemnes y formales y los que no lo son. La exigencia de la forma escrita en las relaciones jurídicas, la existencia del testimonio, del instrumento que da la fe de un hecho, cuya redacción requiera ciencia y prudencia trajo consigo el personaje especializado encargado de tal servicio, que con el correr del tiempo es toda una institución que rige la función notarial”³.

El propósito buscado en este trabajo consiste en despertar ciertas dudas o inquietudes surgidas merced a las *nuevas contrataciones* que, muchas veces, descuidan las “formas” desprotegiendo, así, al contratante que actúa de *bona fides*. Por supuesto que no pretendemos resurgir aquellas “formalidades” antiguas, como las del derecho quirritario, por ejemplo, sino en buscar un punto de equilibrio entre las necesidades modernas de contratación cuidando y, acaso, respetando las “formas” en las que deben hacerse. En pocas palabras, pretendemos llegar a ese “justo medio”, muchas veces el preferido. Para ello antes deberemos pasar somera revista de algunos temas elementales y situar en su debido contexto la problemática, que si bien no pretendemos resolver, por no constituir el objeto principal de este breve artículo, al menos dejaremos sentadas nuestras inquietudes al respecto.

II. Concepto de forma en los contratos y clasificación de los mismos

Enseñó ALPA que la “forma es el modo en el cual debe ser redactado el negocio, o exteriorizada la voluntad negocial. Normalmente la forma es libre: en nuestro ordenamiento (a diferencia de otro, como en el antiguo derecho romano autoritario) rige el principio de libertad de formas”⁴, tema que analizaremos *infra*.

También señaló que en ocasiones puede ser prescripta una forma determinada cuyo respeto algunas veces condiciona la *validez* del negocio y en otras condiciona sólo la prueba del mismo. De allí que la forma puede ser requerida para la validez (*ad substantiam*) o para la prueba (*ad probationem*). Además agregó que cuando la ley prescribe una forma determinada (forma legal) o las partes eligen una forma de común acuerdo (forma convencional), ella se convierte en un “elemento esencial del negocio” que si no es respetada genera la nulidad del mismo⁵.

y la forma cómo se prescribe. Dentro del contenido, cabe hablar de cláusulas esenciales (-essentialia communia-, sin cuya mención el contrato carece de contenido o no tiene un contenido determinado -essentialia propria-), naturales (las que la ley supletoriamente inserta) y accidentales (insertadas por las partes). También es factible agregar un elemento “psicológico”, la voluntad, esto es el lado interno del consentimiento. Finalmente llama circunstancia a todo lo que siendo extrínseco al contrato se valora no antes (sino sería un presupuesto) sino durante la aparición del contrato o su ejecución, influyendo en su destino. Circunstancias son el tiempo y el lugar, como el cumplimiento de una condición, y el conjunto de factores económicos que fueron tenidos en vista para contratar. Circunstancia es el medio ambiente en el que surge, llega a ser eficaz, y se desvuelve el contrato. Ver: LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J., Teoría de los contratos. Parte general, 2ª ed., Víctor P. de Zavalia, Buenos Aires, 1975, pp. 50 y ss..

3 Citado por MARTÍNEZ SEGOVIA, Francisco, Función Notarial, cit., p. 20..

4 Conf. ALPA, Guido, El contrato en general. Principios y problemas, prólogo de Juan Espinoza Espinoza, traducción de Jaliya Retamozo Escobar, Instituto Pacífico, Lima, 2015, p. 132.

5 Conf. ALPA, Guido, El contrato en general. Principios y problemas, prólogo de Juan Espinoza Espinoza, traducción de Jaliya Retamozo Escobar, Instituto Pacífico, Lima, 2015, p. 132..

Con más detenimiento ha resaltado LÓPEZ DE ZAVALÍA que "El contrato es formal o solemne, cuando la ley exige una forma determinada para la validez del acto. La ausencia de la forma prescripta trae la nulidad: a) plena, en los solemnes absolutos (vg. donación inmobiliaria); b) efectiva, en los solemnes relativos (vg. compraventa inmobiliaria) pues aún cuando el negocio no valga como el tipo querido, vale como otro contrato. El contrato es no formal o no solemne, cuando la ley no le impone una forma determinada, aunque pueda imponer ciertos recaudos a los fines de la prueba (forma *ad probationem*)⁶.

El reconocido iusprivatista europeo LEIVA FERNÁNDEZ, en su reciente Tratado de los contratos, entiende, con razón, que la forma de los mismos es el medio o el modo, "con el cual se muestra la declaración (expresa) de voluntad, es decir el aspecto exterior que muestra la voluntad. La forma es el molde que contiene la voluntad de las partes y se exterioriza, adquiriendo un significado, a través del que los terceros pueden reconocerla"⁷.

Respecto de la clasificación de las formas, sostiene LEIVA FERNÁNDEZ que el art. 969 del nuevo Código Civil y Comercial argentino, recoge aquellas tres categorías a saber: por un lado, están los contratos formales o solemnes (forma *ad solemnitatem*, visceral, constitutiva, sustancial, etc.), que al exigir una forma determinada su omisión provoca la *nulidad* del acto privándolo de todo efecto jurídico; por el otro existen también un grupo intermedio en donde la forma solemne es relativa, y si no se observa la misma, no provoca la invalidez del contrato, sino que le confiere una *eficacia distinta* de la natural, pero efectiva (actos convertibles); finalmente se encuentran aquellos contratos "no formales o informales", que pueden celebrarse con cualquier forma, pues la forma aquí es exigida a los efectos de probarlos judicialmente (*ad probationem*), pero no afecta en nada su existencia ni sus efectos⁸.

Por su parte el Código Europeo de los Contratos (elaborado por la prestigiosa Academia de Pavía) contiene una clasificación de formas de los mismos bastante compleja. Primero, se encarga de determinar lo que debe entenderse como una "*forma especial so pena de nulidad*", estableciendo en el art. 34.1 que cuando para la conclusión del contrato se requiera una forma especial so pena de nulidad, dicha forma "debe" ser adoptada por las partes, aunque lo hagan en actos no simultáneos, siempre que ello sea admisible. Agrega aquel art. 34.2, algo básico al prescribir que, salvo pacto en contrario, los contratos "reales" se perfeccionan con la entrega efectiva de la cosa que constituye su objeto.

A su turno, el art. 35 nos refiere a *los contratos que requieren la forma "escrita" so pena de nulidad* y enumera: los que tienen por objeto la transmisión de la propiedad o la transmisión o constitución de derechos reales sobre bienes inmuebles; también ello se aplica a los contratos "preliminares", salvo que las normas nacionales dispongan otra cosa, dejando a salvo las normas comunitarias y las de los Estados en cuyos territorios se encontraran dichos inmuebles; respecto del contrato de *donación*, es terminante al determinar que deben constar en "escritura pública" so pena de nulidad, aunque se traten de bienes muebles, salvo que éstos tengan un valor muy reducido.

6 LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J., Teoría de los contratos. Parte general, 2ª ed., Victor P. de Zavalía, Buenos Aires, 1975, p. 62.

7 LEIVA FERNÁNDEZ, LUIS F. P., Tratado de los contratos. Parte general, Tomo I, La Ley, Buenos Aires, 2017, p. 431..

8 LEIVA FERNÁNDEZ, LUIS F. P., Tratado de los contratos. Parte general, Tomo I, La Ley, Buenos Aires, 2017, pp. 77 y 78, y pp. 433 y 434. Por cierto que el artículo 969 del nuevo Código argentino determina que "Los contratos para los cuales la ley exige una forma para su validez, son nulos si la solemnidad no ha sido satisfecha. Cuando la forma requerida para los contratos, lo es sólo para que éstos produzcan sus efectos propios, sin sanción de nulidad, no quedan concluidos como tales mientras no se ha otorgado el instrumento previsto, pero valen como contratos en los que las partes se obligaron a cumplir con la expresada formalidad. Cuando la ley o las partes no imponen una forma determinada, ésta debe constituir sólo un medio de prueba de la celebración del contrato". Dicho sea de paso, esta doctrina ya era defendida hace décadas por PADILLA, René A., Forma y prueba de los contratos, Plus Ultra, Buenos Aires, 1972.

En materia de la forma requerida para la *prueba del contrato*, señala que si se requiere una forma especial para la prueba del contrato, la efectiva conclusión del mismo debe resultar de un acto que revista tal forma, según su art. 36.1. Además determina que se requiere la forma “escrita” para la prueba de los contratos de un valor superior a los 5.000 euros, siendo necesario contar con fecha cierta para la oponibilidad a terceros, a menos que se pruebe que el tercero lo conocía. Agrega que deja a salvo las disposiciones comunitarias y las de los Estados Miembros que, aun requerida una forma especial para la prueba del contrato, “consientan que la existencia del mismo se demuestre mediante otros medios de prueba” (conf. art. 36.3 *in fine*).

Finalmente se encarga del tema de las “*formas convencionales*”, determinando en el art. 37 que, dejando a salvo las disposiciones comunitarias o nacionales donde el contrato se haya celebrado, “si las partes han convenido por escrito la adopción de una determinada forma para la conclusión del mismo, hay que presumir que dicha forma ha sido querida para su validez”.

A modo de síntesis de este acápite se puede concluir que a) siempre es menester algún tipo de forma para que se exteriorice la voluntad de las partes y logren prestar su consentimiento a los fines de llegar a un contrato; por ello es erróneo afirmar que existen contratos “no formales”; b) ahora bien, habrá que indagar en cada ordenamiento jurídico en particular a los fines de poder discriminar qué contratos son formales (*strictu sensu*) y cuáles en los que prima la libertad de formas o informales; c) a grandes rasgos es factible diferenciar, por un lado contratos en los cuales la forma es determinada por la ley, y otros en los cuales son los mismos contratantes quienes eligen expresar su voluntad en una forma determinada. Estos tipos serían de contratos con *formas determinadas, legal o convencionalmente*, forma que deberá respetarse; d) asimismo, dentro de los contratos “formales” es aún dable sub-clasificarlos, primero en formas *ad probationem* y *ad solemnitatem* (o *ad substantiam*); en puridad sólo estos últimos son verdaderos contratos “formales”, pues en los primeros la forma sólo cobrará relevancia si acaso se incumple el contrato y deba probarse el mismo; e) dentro de la amplia gama de contratos solemnes o *ad solemnitatem*, es posible aún distinguir en absolutos y relativos; los primeros, ante su inobservancia, tienen como consecuencia la nulidad del contrato; los *ad solemnitatem* relativos, si no se cumple la forma estipulada, pueden aun generar otros efectos dicho contrato, no los principales, esenciales o característicos de ese tipo especial, pero sí otros distintos (como ser el de elevar dicho convenio a la forma prescripta y así lograr generar sus efectos propios); f) en pocas palabras, a veces la forma es requerida para lograr la *validez* del contrato, pues su inobservancia acarrea la *nulidad* del mismo; otras con la finalidad que cumpla sus efectos propios, y ante su inobservancia nos encontraremos frente a un problema de “*eficacia*”; finalmente, los “no formales o informales”, en los cuales el requisito siempre ineludible de la forma, lo es a los fines de *probar* el mismo en caso de incumplimiento o controversia.

III. Forma y contenido

Hablar de forma sin darle la entidad o importancia que la misma “materia” o “contenido” es algo tan absurdo que, acaso, nos privaríamos de toda obra de arte. E incluso, como se dijo, es imposible que exista un “contenido” en el contrato sin que sea exteriorizado por medio alguna “forma”. Queda claro que el contenido es “lo que las partes dicen en el contrato” (dependerá ello de cada tipo contractual específico) y la forma es “cómo” lo dicen. Destacaba LÓPEZ DE ZAVALÍA que forma y contenido son “inseparables”. “Lo que se dice,

de alguna manera se lo dice. Forma es la palabra hablada, la escrita, la mímica; forma es el silencio mismo. Toda manera de expresar algo es una forma"⁹.

Pues bien, como vimos, existe cierta tipología de contratos que exige formas más estrictas o rigurosas (contratos solemnes) que otra. La "fórmula", por decirlo de alguna manera, sería la siguiente: *a mayor importancia, complejidad e intereses comprometidos (contenido), mayor será la forma exigida*.

IV. Forma y prueba

Ahora bien, como señalamos *ut supra*, existen contratos que dada su simplicidad jurídica y material, valor económico, etc., pueden ser realizados por los contratantes en -o con- la forma que ellos "elijan". Y generalmente elegirán la forma más sencilla, ágil, dinámica y menos costosa¹⁰.

Al elegir estos tipos de formas (privadas, y a veces, ni siquiera escrita y mucho menos "autenticada"), mientras el contrato sea cumplido de bona fides por ambas partes (si fuera el caso), no habrá problema alguno y la forma elegida (cualquiera que haya sido) solamente habrá sido un vehículo para comunicar la voluntad de los contratantes y "formar" su consentimiento.

No obstante, si existe algún tipo de incumplimiento (sea éste relativo, sea absoluto -cuestión que no podemos indagar en este trabajo-), dicho vehículo habrá colisionado y ya será menester observar qué "forma" tenía. Si contaba o no, siguiendo con la analogía, con un seguro de responsabilidad civil ante tal "accidente" -el incumplimiento de algunas de las partes-.

En estos contratos es cierto que la forma exigida es sólo a los efectos de la "prueba" del contrato de que se trate. Pero ¿cuándo debemos probar un contrato? Pues cuando estemos ante un proceso judicial -o alguna instancia análoga o antesala del mismo, vg. mediación, arbitraje, etc.- y es allí donde cobra especial importancia la forma utilizada por los contratantes (e incluso si hubo principio de prueba instrumental, o comienzo de ejecución, etc.). Allí recién se valorará la importancia de la forma empleada, más allá de su contenido y cumplimiento que estarán en plena discusión, y la conveniencia de usar al menos la forma escrita con firmas certificadas de los contratantes. Por supuesto que cada ordenamiento en particular prescribe diversas normas para estos tipos de contratos y distintos medios de pruebas admisibles.

Forma y prueba¹¹, en una palabra, están, más allá del tipo contractual de que se trate, íntimamente vinculadas, y esta conexión resulta sumamente relevante en los procesos judiciales. Para cerrar con un tipo de fórmula diríamos: *a "mayor o mejor" forma usada, menores problemas probatorios tendrá el contratante que sí cumplió con la obligación de su parte*. Y a no olvidarse jamás que los contratos nacen para ser cumplidos, siendo el cumplimiento (pago o *solutio, lato sensu*) su muerte natural.

9 LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J., Teoría de los contratos. Parte general, 2ª ed., Víctor P. de Zavalia, Buenos Aires, 1975, p. 183. LEIVA FERNÁNDEZ también enseña que forma y contenido son conceptos inseparables, porque lo que se expresa de alguna manera se manifiesta. Forma, destaca, es la palabra hablada, la mímica, y hasta el propio silencio. Es decir, cualquier manera de expresar es una forma, que constituye un elemento esencial del acto jurídico junto al sujeto y al objeto. Así, como elemento del acto jurídico, la forma conecta a los otros dos entre sí. "Es el modo con el cual el sujeto (primer elemento), propende a la obtención del objeto buscado (segundo elemento). Así las cosas, la forma es la manera de exteriorizar la voluntad que la norma requiere para determinados negocios o las solemnidades prescriptas para su creación", conf. LEIVA FERNÁNDEZ, LUIS F. P., Tratado de los contratos. Parte general, Tomo I, La Ley, Buenos Aires, 2017, pp. 431 y 432.

10 Por cierto que nada impide que las partes convengan una forma aún más exigente que la impuesta por la ley, pero es claro que ello sucede en contadísimas ocasiones.

11 Para un desarrollo más profundo del tema remitimos a PADILLA, René A., Forma y prueba de los contratos, Plus Ultra, Buenos Aires, 1972.

V. Principio de libertad de formas. Implicancias

Como se dijo *ut supra*, la regla consiste en que la forma sea “libre”; vale decir que impera el principio de la libertad de las formas, de allí que, como regla, los contratos son no formales -informales- o, mejor dicho, con formas libres. *Ad exemplum*, el nuevo Código Civil y Comercial argentino dice al respecto, en su art. 1015, que “Sólo son formales los contratos a los cuales la ley les impone una forma determinada”. Dicho principio, tomado literalmente del Proyecto del año 1998 (art. 958), ya obraba en el Código de Vélez (arts. 974 y 1182) y es el receptado en forma prácticamente unánime en los demás ordenamientos jurídicos.

Es que si bien la forma solemne (con presencia de testigos, el empleo de gestos o rituales, etc.) era común en el pasado, sobre todo para determinados actos, por razones de economía, de celeridad del tráfico y del comercio, de modificación de las costumbres, etc., se mutaron notablemente las reglas sobre las formas¹²: hoy “los negocios que deben estipularse en una forma determinada constituyen la excepción, más que la práctica ordinaria”¹³.

Si bien ello es indudable, no debe olvidarse que las formas legales o solemnes actuales no están establecidas sólo en el interés de los contratantes y que además ellas contribuyen notablemente a la seguridad jurídica cumpliendo una labor anti-litigio, entre otras y, por ello, tales formas son requeridas especialmente para ciertos contratos. Tales aseveraciones no desvirtúan el principio de libertad de formas, pero le imponen un límite preciso.

Pues bien, el principio de “libertad de formas” implica, -amén que las partes pueden elegir la forma que quisieran-, como bien lo enseña LEIVA FERNÁNDEZ -al menos para el derecho argentino- que éstas pueden firmarlo (si eligieron una forma escrita) en cualquier día, sea hábil o no, y en cualquier hora. Además no es necesario consignar el lugar y fecha del otorgamiento (por supuesto con la clara excepción del “testamento ológrafo”), ni el nombre y domicilio de las partes ni sus demás datos personales. Se puede escribir tanto en letras cuanto en números y ser redactado en cualquier idioma o “dialecto” (sea lengua viva o muerta), sobre cualquier soporte y por cualquier persona -sea o no el otorgante-, en forma manuscrita, con lapicera, bolígrafo, lápiz, mecanografiado o impreso. Tampoco se requiere, si acaso se ha incurrido en un error material, que éste se “salve” en el instrumento, siempre que sea entendible. Lógicamente tampoco se requiere la utilización de testigos¹⁴.

Obviamente, sigue el autor citado diciendo, que aunque no es necesario ninguno de esos elementos, constituye una buena práctica incluirlos, de ser necesaria la “prueba” sobre la veracidad de lo allí asentado (vg. la fecha, servirá para calcular el plazo de prescripción; la mención de la Escribanía ante la cual fue otorgado el poder que se invoca en la representación, servirá para demostrar que efectivamente el apoderado ostentada dicha repre-

12 Recordemos, *ad exemplum*, aquel primitivo Derecho quirritario al que hicimos referencia en la introducción. Allí y entonces la distinción entre “cosas” se las hacía entre las *res mancipi* y las *res nec mancipi*. Para lograr la transmisión de las *res mancipi* se exigía la forma solemne de la *mancipatio*, que era un acto simbólico que necesitaba contar con cinco testigos (ciudadanos romanos púberes), además de la presencia del *librepens*. Ellos eran una suerte de “registros vivos”, pues tenían la obligación de dar fe de la ceremonia practicada que básicamente consistía en que el adquirente golpeaba uno de los platos de la balanza que sostenía el *librepens* y pronunciaba una forma solemne mientras el enajenante guardaba silencio. No está de más recordar que sólo los *quirites* (ciudadanos romanos) podían ser titulares de las mentadas *res mancipi*. También existían otros “actos solemnes”, tales como la *adjudicatio* (usada en los procesos de partición y deslinde) y la *in iure cessio* (proceso ficticio de la reivindicación), hasta que dichas formas solemnes caen en desuso y son reemplazadas (en lo que concierne) por la *traditio* (entrega voluntaria de la cosa que realiza el *tradens* al *accipiens*). Derivamos para estos temas a los autores romanos clásicos.

13 Conf. ALPA, Guido, *El contrato en general*. Principios y problemas, prólogo de Juan Espinoza Espinoza, traducción de Jaliya Retamozo Escobar, Instituto Pacífico, Lima, 2015, p. 132.

14 Conf. LEIVA FERNÁNDEZ, LUIS F. P., *Tratado de los contratos*. Parte general, Tomo I, La Ley, Buenos Aires, 2017, pp. 428 y 429.

sentación, etc.). Por ello es común que los contratantes "sigan un orden corriente que se inicia con el nombre domicilio y carácter de cada una de las partes, o de sus poderdantes llegado el caso, para luego enunciar el objeto del acto y sus cláusulas particulares"¹⁵.

VI. "Formas" de contratación modernas: sus ventajas y riesgos.

Es evidente que en la actualidad muchos contratos se celebran sin que las partes ni siquiera se conozcan, o con formas -o formularios- preestablecidas por una de ellas, o través de computadoras, con firma digital y, por supuesto, a distancia, etc.

Todo ello trae una serie de ventajas clarísimas, pero también se corren grandes riesgos, sobre todo si de una operación importante tratamos. De allí que el formalismo o "neoformalismo" sea tan necesario hoy como lo era antaño, aunque con distinta finalidad y distintos medios utilizados.

Y ante la pregunta de cuáles son las razones del "formalismo", vale contestar con ALPA que "Se trata de una multiplicidad de razones. Ante todo, el legislador quiere llamar la atención de las partes hacia la operación económica que están cumpliendo, para que perciban su importancia (tutela de las partes); después, quiere poner a los terceros en la posibilidad de conocer el negocio (tutela de terceros); luego para hacer que el adquirente perciba exactamente las características del inmueble que está adquiriendo (tutela de la confianza de los adquirentes); existen también razones de naturaleza publicitaria, referidas a la oportunidad de que ciertas operaciones aparezcan visibles si son redactadas de forma escrita y por acto público o escritura privada autenticada, por razones de imposición fiscal, etc. *El defecto de forma no admite subsanación*"¹⁶.

En este mismo sentido LEIVA FERNÁNDEZ profesa, como *ventajas* del formalismo que: facilita el acto por quien lo otorga; protege a los otorgantes de su propia ligereza; facilitan la "prueba" de la existencia y contenido del acto; cuando contienen algún tipo de "publicidad", protegen los intereses de terceros; también la utilización de formas preconstituidas favorece la actividad recaudadora del fisco e incluso algunos contratos de adhesión ayudan a la celeridad del tráfico negocial (vg. transporte de personas).

No obstante, las "formas determinadas" también conllevan algunos *inconvenientes*. Por ejemplo, requieren mayor desembolso e incomodidad (vg. acto notarial); además constituye un inconveniente "potencial", el riesgo de que por vicios o defectos de forma caiga el acto jurídico; además de que algunas formas (vg. la notarial) traban la celebración de actos jurídicos conspirando, así, con la celeridad en los negocios¹⁷.

15 Conf. LEIVA FERNÁNDEZ, LUIS F. P., Tratado de los contratos. Parte general, Tomo I, La Ley, Buenos Aires, 2017, p. 430.

16 Conf. ALPA, Guido, El contrato en general. Principios y problemas, prólogo de Juan Espinoza Espinoza, traducción de Jaliya Retamozo Escobar, Instituto Pacífico, Lima, 2015, p. 135. Por supuesto que los ejemplos que brinda el citado autor, de los actos que deben realizarse por acto público, o bien por escritura pública, bajo sanción de "nulidad", se refieren al ordenamiento italiano en especial (art. 1350 CC, cuya larga lista hace referencia de modo especial a los actos concernientes a los eventos jurídicos de los inmuebles, la constitución o la extinción de derechos reales "menores", la locación de más de 9 años, los contratos de sociedad en los cuales se confieren inmuebles, las rentas vitalicias, las divisiones de inmuebles y de otros derechos reales inmobiliarios, las transacciones que tengan por objeto las relaciones jurídicas enumeradas) y la imposibilidad de "subsanación" también es propia de cada ordenamiento jurídico de que se trate. Por ejemplo, en el Derecho argentino debe tenerse en consideración que el art. 1017 del nuevo Código Civil y Comercial determina que deben ser otorgados por escritura pública: a) los contratos que tienen por objeto la adquisición, modificación o extinción de derechos reales sobre inmuebles -con excepción de los casos realizados mediante subasta-; b) los contratos que tengan por objeto derechos litigiosos o dudosos sobre inmuebles; c) todos los actos que sean "accesorios" de los contratos otorgados en escritura pública; d) los demás contratos que, por disposición de la ley o acuerdo de las partes, deben ser otorgados en escritura pública. Por su parte, el art. 1018 se refiere al otorgamiento pendiente del instrumento (instituto de la "conversión"), que constituye una obligación de hacer si el futuro contrato no requiere una forma bajo sanción de nulidad (vg. boleto de compraventa inmobiliaria). No podemos detenernos aquí en estos interesantes temas.

17 Conf. LEIVA FERNÁNDEZ, LUIS F. P., Tratado de los contratos. Parte general, Tomo I, La Ley, Buenos Aires, 2017, pp. 426 y 427

VII. La forma más exquisita: la escritura pública. Sus ventajas y desventajas

Señalaba LÓPEZ DE ZAVALÍA que el Derecho cuando impone determinados tipos de formas (legales) para ciertos contratos trae sus inconvenientes y sus ventajas. Como inconvenientes, es claro que la exigencia de formas “determinadas” imprime pesadez en los negocios, así también las dificultades para el otorgamiento de escrituras públicas (el tiempo que insumen, el costo de las mismas, etc.), constituyen serios obstáculos para la agilidad de las transacciones. Además el principio de “buena fe” puede verse resentido, pues el hombre honrado se siente siempre ligado a la palabra dada, cualquiera sea la manera en que se haya expresado.

Pero también profesó que las ventajas son grandes. En efecto, “Constituye un fuerte dique contra la precipitación; permite distinguir claramente entre las tratativas y el contrato, y dentro de éste entre el preliminar y el definitivo; facilita la prueba; dota de mayor visibilidad al acto para su conocimiento por los terceros; disminuye el número de procesos. La más pesada de todas las formas legales, que es la notarial, presenta también sus ventajas particulares, pues la intervención de un técnico del Derecho con el examen que éste verifica, y el asesoramiento que otorga impide caer en nulidades e ineficacias”¹⁸.

Pues bien, como es de público conocimiento, nuestro sistema (el del derecho continental europeo y el de los países latinoamericanos -entre tantos otros que al día suman 88 países-) se enrola en el grupo intermedio del sistema latino en donde se delega una importantísima misión a los notarios, al ser éstos profesionales del Derecho que cumplen una función pública, la de dar fe a los actos en los que intervienen -*grosso modo*-, función que debe siempre tenerse en consideración.

VIII. A modo de “epílogo”

Ahora bien, como señalamos en la introducción de este tema no pretendíamos brindar soluciones, sino más bien despertar inquietudes y buscar ese justo medio que equilibre las formas modernas de contratación (muchas veces internacional y a través de computadoras, donde los contratantes ni remotamente se conocen) con la labor tan importante que en el seno de nuestra sociedad cumplen los notarios.

Por ejemplo, amén del quehacer cotidiano que realizan los notarios en sus Escribanías, nos preguntamos cómo actuarán frente a esta nueva realidad: acaso certificarán firmas en forma digital; quizás labrarán actas y escrituras también en forma digital; acaso será conveniente que practiquen “actas de constatación” de las sociedades, empresas, etc., que publicitan sus servicios en internet para así probar su existencia, patrimonio, etc., salvaguardando los derechos de los probables co-contratantes. Adviértase que hoy una persona que vive en Tokio puede realizar una compraventa inmobiliaria, desde allí y sólo apretando una tecla (claro si cuenta con los medios necesarios) de una propiedad situada en Miami. ¿Están preparados todos los notarios para afrontar esta nueva realidad?

En fin, cerraremos este acápite reproduciendo algunas conclusiones a las que se arribó en el XXIV Congreso Internacional del Notariado Latino (celebrado en México en el año 2004) que contundentemente concluyó que:

1. Considerando que la firma electrónica es un instrumento técnico al servicio de la función notarial, hace votos para que los notariados miembros dispongan de los medios

18 LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J., Teoría de los contratos. Parte general, 2ª ed., Víctor P. de Zavalia, Buenos Aires, 1975, pp. 184 y 185.

necesarios a fin de fomentar la introducción de las nuevas tecnologías, la formación de los notarios y la firma electrónica notarial.

2. Hace votos para que la Unión Internacional del Notariado Latino promueva las líneas directrices de la política de la certificación de la firma electrónica.

3. Considerando que en la circulación internacional del documento público notarial electrónico no puede prescindirse de la verificación generalizada de la firma y de la cualidad del notario en ejercicio, hace votos para que la certificación de la firma electrónica del notario esté bajo el control de los notariados miembros.

4. Considerando que el notariado debe garantizar la aplicación de las nuevas tecnologías en la función notarial, que es fundamental que los principios esenciales del notariado latino permanezcan inalterados en el comercio electrónico, teniendo en cuenta además el papel del notariado en el mismo, y en la prevención de los conflictos en las relaciones jurídicas, el notario aporta un valor añadido en respuesta a las exigencias de confianza y seguridad requeridas por la sociedad moderna, hace votos para que los notariados miembros vigilen la permanencia de los requisitos propios del documento público notarial y que son entre otros, la presencia física de las partes ante el notario, la firma del documento por aquellos y el notario, la fecha y la conservación del documento público notarial por el notario, tanto en soporte electrónico como en papel, manteniéndose intacta su fuerza probatoria y ejecutiva, al servicio de la sociedad.

5. Hace votos para que se destaque el papel del notario como oficial público en las comunicaciones con los Registros Públicos y con la Administración en general, debiéndose adoptar las medidas normativas y de carácter tecnológico necesarias, para hacerlas posibles y seguras, en particular garantizando a los notarios el acceso directo a los Registros Públicos, para el cumplimiento de su función pública.

6. Considerando que el notariado latino contribuye a la creación de un espacio jurídico de seguridad global a través de la libre circulación de los documentos públicos notariales, con toda su fuerza probatoria y ejecutiva, tanto en soporte electrónico como en papel, hace votos para que sean adoptadas las medidas técnicas y legislativas para el pleno reconocimiento de tales documentos a nivel mundial.

7. Considerando los distintos grados de desarrollo de las nuevas tecnologías en los notariados miembros, hace voto para que prime el principio de solidaridad y ayuda entre los mismos, que se encuentra en los fundamentos de la Unión Internacional del Notariado Latino.

He aquí, pues, los nuevos retos de la función notarial ante el vertiginoso cambio vivido en estas últimas décadas, sobre todo en materia de "formas" (y modalidades modernas) de los contratos.

Y no se crea que este problema sólo afecta a la "forma" de los contratos, pues también habrá que replantearse algunos temas elementales en materia contractual en general (amén de las soluciones particulares que sobre tales dispongan los ordenamientos positivos locales e internacionales aplicables), *ad exemplum*: habida cuenta la existencia y uso masivo de *software*, "inteligencia artificial", máquinas expendedoras, firma electrónica -o escaneada en el mejor de los casos-, inscripciones registrales digitales, contratos firmados por medio de posnet (vg. los concluidos con las tarjetas de crédito), etc.

Frente a todo ello habrá que preguntarse si ¿puede existir una suerte de media firma digital; o aplicarse los principios de la firma incompleta a esta situación particular? ¿Si la firma en tabilla o posnet hace presumir el consentimiento? y, de ser así, ¿con respecto

a qué parte del texto? ¿Acaso, puede existir firma separada del texto, como sucede con las "tabletas"? ¿Se suprimió la exigencia y existencia del "doble ejemplar"? En fin, dudas y más dudas que sólo dejamos planteadas y que se pueden multiplicar con facilidad, máxime si tenemos presente este flagelo que la pandemia está produciendo en el mundo, lo que acelerará aún más las "actividades digitales", de las cuales los notarios no deben ni pueden quedar ajenos.

ENTORNO A LA DUDOSA CLASIFICACIÓN DE ESCRITURAS JUDICIALES

THE DOUBTFUL CLASSIFICATION OF JUDICIAL DEEDS

Por Augusto Piccon

SUMARIO: Introducción. Desarrollo. A- ¿En base a qué clasificamos? B - ¿A partir de qué hablamos de escrituras judiciales? *Escrituras de recopilación de antecedentes judiciales. C- Origen de la clasificación: *Escrituras de Protocolización: Casos. El término Técnico. ¿Fin que persigue? ¿Es una Escritura? Designación del Escribano. Transcripción. Escrituras de Ejecución Forzada. D- Criterios de la relación del expediente. Modelos de la Doctrina según: Falbo Dalessio. Villalba Welsh, Heguy. Conclusión.

ABSTRACT: Introduction. Developing. A- On what basis do we classify? B - From what do we speak of judicial deeds? *Writs of compilation of judicial antecedents. C- Origin of the classification: * Protocolization Deeds: Cases. The technical term. End pursued? Is it a Scripture? Appointment of the Notary. Transcription. Deeds of Forced Execution. D- Criteria of the relation of the file. Models of the Doctrine according to: Falbo Dalessio. Villalba Welsh, Heguy. Conclusion.

PALABRAS CLAVE: Escrituras Judiciales. Escrituras de recopilación de antecedentes judiciales. Protocolización. Designación del Escribano. Transcripción. Escrituras de Ejecución Forzada. Criterios del Expediente.

KEY WORDS: Judicial Deeds. Deeds of compilation of judicial records. Protocolization. Appointment of the Notary. Transcription. Deeds of Forced Execution. File Criteria.

I. Introducción

El desempeño responsable de nuestra tarea diaria en la Escribanía, nos exige recurrir continuamente a la doctrina en busca de ayuda para solucionar aquellos temas que nos plantean dudas, ya sea porque no se nos había presentado antes el caso, porque el caso plantea nuevas aristas, porque el tiempo pasa y la memoria no siempre funciona a la perfección, o bien porque queremos mejores fundamentos para nuestro actuar. No nos gusta poner algo en nuestras escrituras sin saber exactamente el por qué de ponerlo. Nos resistimos al simple modelo. Cuanto más pasan los años, queremos más el modelo fundamentado.

Hay que tomar decisiones en compañía de aquellos que han estudiado en detalle el tema que nos aqueja. Por suerte hoy recurrir a esta ayuda es fácil, porque tenemos un acceso a información mediante un canal virtual a la biblioteca del mundo: Internet; pero paradójicamente a la vez es muy difícil porque entre tanta información nos podemos marear. Hay que entender entonces que todos esos conocimientos tienen un cierto orden, como los libros de nuestra biblioteca. El inconveniente es que esta tarea se pone un poco ardua y pesada en este tema, estudiar el orden que ella tiene, puede resultar muy teórico, para el fin práctico que busco, que en última instancia es ver como hago yo mi escritura. Siempre que voy directamente a los modelos, me quedo sin lo más rico e interesante, del por qué se armó ese modelo de esa manera. Pero en este caso especialmente como vamos a ver, conocer acerca de la clasificación va a ser muy útil para entender los modelos que se nos presentan y tomar decisiones.

Hoy les pido paciencia para encontrar el libro que buscan. Hoy vamos a perder tiempo y ganar entendimiento. Porque vamos a partir descifrando el orden de la doctrina para analizar este tema, más precisamente vamos a ver que libros entrarían en el estante de las escrituras judiciales, que caracteres comunes tienen, como para estar en el mismo lugar y diferenciarse del resto. Vamos a ver cual es el criterio o los criterios para llamarlas tales y si se les puede criticar. También vamos a ver un poco de historia, si... la pesada historia que mis alumnos se resisten a estudiar, pero que no saben como ayuda a entender y el entender es el primer paso del estudio de un tema.

Generalmente podríamos englobar a simple vista varios tipos de escritura con esta clasificación.

- Escrituras de Protocolización
- Escrituras de ejecución forzosa de contrato
- Escrituras con legitimación judicial de un sujeto
- Escrituras de recopilación de antecedentes

Pero veamos si es así...

Desarrollo

A- ¿En base a qué clasificamos?

Las clasificaciones que hace la doctrina, siempre son útiles, porque para hacerlas se debe analizar, estudiar y comparar, y esto de por si nos deja comprender mejor el objeto sobre el cual concentramos nuestra atención. Y aunque toda clasificación en si es teórica, está basada en una realidad, porque los objetos existen ya con sus similitudes y diferencias.

La ley, y con esto me refiero a todo tipo de normas, incluso las arancelarias, podrá tomar estas clasificaciones, y atribuirle a alguno de los grupos formados ciertas consecuencias, o a veces puede suceder al revés, establecer el legislador una clasificación, que la doctrina no haya estudiado antes, en base a ciertas características del objeto. Pero esto no debe confundirnos para dilucidar de donde nace la clasificación realizada, si observamos con atención, veremos que todas las clasificaciones, tanto en un caso como en el otro, son hechas en base al objeto mismo que es clasificado, de sus cualidades, sus características propias, luego las distintas consecuencias se desprenden de esas diferentes cualidades o características.

B- ¿A partir de qué hablamos de escrituras judiciales?

Sin duda que cuando clasificamos a las escrituras en judiciales y no judiciales, hay algún elemento, una cualidad o característica particular que observamos en unas, que las otras no tienen. Para poder diferenciarlas, tendríamos que preguntarnos entonces ¿cuál es ese elemento común que se destaca para agruparlas, y del cual deriva el nombre de este tipo de escrituras? Pero... también podemos preguntarnos ¿cuál es el origen de esta clasificación? Dejemos esta segunda pregunta para más tarde.

Veamos primero si hay un elemento común para agruparlas, o por lo menos cual es el que entiende la doctrina. Lamentablemente no podemos tomar a Gattari como referencia, porque si bien realiza un trabajo muy útil al mostrar y explicar modelos de escrituras de este tipo, tímidamente habla de “escrituras judiciales y conexas con juicios” sin dar en realidad mayores explicaciones de porque separa las aguas, quizás no quiso entrar en polémicas con el tema e ir de lleno a la práctica.

En la doctrina encontramos variedad de opiniones, para algunos puede ser bien específica la característica y reducir de entrada el grupo llamado escrituras judiciales, a un selecto y estricto número de escrituras, para otros es más amplio el abanico y entienden que la solución adecuada es establecer un elemento común que permita la entrada en el grupo de todas aquellas escrituras que tienen algún tipo de relación con la actividad del órgano jurisdiccional, porque todas ellas de una manera o de otra hacen que el escribano estudie un instrumento judicial para redactar su escritura y de allí empezar a hacer los distinguos entre las diferentes escrituras judiciales. Así tenemos definiciones en doctrina demasiado amplias como la de Hirsch que nos dice que “se dan los supuestos para calificar a una escritura como judicial cuando el poder jurisdiccional actúa a través de todo el negocio jurídico”¹ lo cual es decir mucho y nada a la vez.

Sin embargo, nosotros ¿qué vamos a hacer?, vamos a tomar este camino amplio, sin perjuicio que luego reveamos o no lo correcto de esta clasificación. Vamos a tomar esta postura más abarcativa y para ello vamos a seguir a un muy gran jurista como es Carlos Pelosi que nos dice que “la calificación de escrituras judiciales se hace en función de su contenido y no precisamente de su forma, ni de las partes o personas que las otorgan. Se consideran judiciales las escrituras que tienen por objeto instrumentar contratos o actos jurídicos de origen judicial, que emanan de actuaciones judiciales tramitadas ante los tribunales, o, como en el caso más común (ventas judiciales o subastas) exteriorizan un contrato perfeccionado en un expediente judicial; o bien las que contienen o autentican actuaciones judiciales o contratos formalizados judicialmente.”²

Por supuesto que esto parece muy amplio, pero aunque no pareciera nos está acotando las posibilidades. Podríamos empezar por una cuestión temporal ya que en esta relación de la escritura que realiza el escribano con el acto realizado por la autoridad jurisdiccional, hay dos elementos de los cuales uno es primero, más precisamente el acto del órgano jurisdiccional y luego posteriormente la escritura del escribano, si la escritura es presupuesto o elemento de una decisión judicial esta no será lo que llamaremos una escritura judicial, sino más bien una escritura que dio lugar un litigio.

1 HIRSCH León, citado por FERNÁNDEZ FERRARI, José María en “Escrituras judiciales”, Revista del Notariado 774 de 1980.

2 PELOSI, Carlos, “¿Que se entiende por escritura judicial?”, Revista del Notariado 655 del año 1961, págs. 7/27, también en Dictamen como Asesor Legal aprobado por el Consejo Directivo del Colegio de Escribanos de la Capital Federal en sesión de 18 de junio de 1973, de la Revista Notarial 729 de 1973.

Volvamos a Pelosi, y veamos que este autor hace hincapié en no quedarnos con el aspecto formal "De tal manera la escritura no puede adquirir distinta fisonomía según la firma o no el Juez, ya que el carácter judicial se integra por un conjunto de elementos y no por la firma en la sala de público despacho del juez, ni por la intervención de este en el acto escriturario"³ Que es en realidad lo primero que se nos viene a la mente cuando pensamos en una escritura judicial, pero sin embargo la doctrina va más allá y ve entonces

la vinculación del acto o hecho contenido en la escritura, con la actuación del órgano jurisdiccional.

Por qué decimos "del acto o hecho", pues porque la doctrina incluye un tipo de escrituras que no solemos hacer aquí en Córdoba. Una escritura que no tiene como contenido un acto jurídico, o sea no es una escritura pública propiamente dicha, sino una escritura acta, un acta protocolar, donde el escribano hace toda una relación del expediente donde se produjo la venta por subasta y agrega copia de dichas actuaciones, a manera de brindar un resumen de lo sucedido en el expediente judicial, a los efectos de inscribir la compra en subasta. Son las llamadas:

1- Escrituras de recopilación de antecedentes judiciales

Estas escrituras, no tienen como contenido un acto jurídico sino que se constata la existencia de un expediente judicial, y se lo hace a manera de recopilación de antecedentes para demostrar la existencia de una venta judicial. O sea una venta ya concluida en un expediente judicial, donde no es necesario otro instrumento que esas mismas actuaciones, en virtud del Art 1017 inc a (que reproduce en esto al 1184 del Código de Velez).

Aquí en Córdoba no es común que el adquirente en subasta pida al escribano este tipo de escritura, sin embargo en provincia de Buenos Aires lo es y está establecida en su ordenamiento procesal. También está establecida en el Código Procesal de la Nación la facultad de requerirla: Art 587 "La escritura de protocolización de las actuaciones será extendida por escribano sin que sea necesaria la comparecencia del ejecutado. El adquirente que solicita la escrituración toma a su cargo la realización de las diligencias tendientes a ella, pero no está obligado a soportar los gastos que corresponden a la otra parte" Es lógico que no sea necesaria la comparecencia del ejecutado y tampoco lo es la del juez; pues carecería de sentido que una vez celebrada la venta íntegramente en el expediente, ahora estuviera presente para no transmitir nada, pues todo ya ha sido transmitido.

Sabemos que la venta judicial queda perfeccionada, una vez aprobado el remate, pagado el precio o la parte que corresponda si se otorgan facilidades de pago, y luego de realizada la tradición del inmueble a favor del comprador. Pero, sin embargo el Art. 587 de Código Procesal, dispone que la escritura de protocolización de las actuaciones será extendida por el escribano sin que sea necesaria la comparecencia del ejecutado. Ello no implica exigir la escritura, sino solamente admitir la posibilidad de que cuando se opta por otorgarla, se haga sin la comparecencia del propietario ejecutado.

¿Cuál es el fundamento de realizar este tipo de escritura? Sería una especie de recopilación del título de dominio del inmueble adquirido en subasta o remate judicial (que algu-

³ PELOSI, Carlos, "¿Que se entiende por escritura judicial?", Revista del Notariado 655 del año 1961, págs. 7/27, también en Dictamen como Asesor Legal aprobado por el Consejo Directivo del Colegio de Escribanos de la Capital Federal en sesión de 18 de junio de 1973, de la Revista Notarial 729 de 1973.

nos también lo quieren llevar a otros casos como la sentencia declarativa de dominio en el juicio de prescripción adquisitiva o usucapión). Generalmente se lo hace para inscribir, con un instrumento más claro y bajo el control de un escribano, acostumbrado a relacionarse con el Registro Inmobiliario, pero sin dejar de ver claramente que también sin duda, está buscando un respaldo documental para un derecho tan importante. Se busca el refugio de estas actuaciones en el protocolo notarial, garantía de seguridad, orden y perdurabilidad, características estas que pese al carácter instrumentos públicos, no han logrado mostrar los expedientes judiciales.

Como dije, aquí en Córdoba, no lo usamos. En Buenos Aires tienen las dos posibilidades, o quedarse con las actuaciones judiciales, con ese expediente e inscribirlo, o pedir la transcripción al protocolo notarial, e inscribir una escritura Acta, que recopila todo lo contenido en el expediente. Si nos piden hacerlo aquí en Córdoba, podríamos perfectamente realizar esta escritura Acta, pero el Registro no lo inscribiría, pues solicitaría que ingrese directamente el instrumento original que da forma a la causa, y no uno de segundo orden. Salvo, el caso de que una ley lo establezca, entonces si lo tendría que hacer. Entiendo que este podría ser el caso cuando venga la subasta ordenada por un juzgado federal.

Hay que tener en cuenta con relación a esta venta, que es una venta forzosa, no es una venta convencional. Es más, los procesalistas hacen una diferencia entre esta venta forzosa, en la que hablan de subasta; y cuando es por voluntad de las partes, hablan de remate, aun judicial. Por ejemplo, en la división de condominio, cuando hay acuerdo de las partes en vender a través de un remate, no habría subasta sino remate. En cuanto a la naturaleza jurídica podemos decir que es un acto procesal: La subasta en principio se rige por normas procesales, y luego por las normas del Código Civil y Comercial, porque estas normas se refieren a la transferencias que una persona hace a otra por medio de un contrato, es decir, a las enajenaciones convencionales, carácter que no revisten las ventas forzadas, cuyo régimen jurídico es diferente. "La subasta es un acto procesal, mediante el cual se enajena, por un auxiliar del juez que actúa en representación, el bien o bienes embargados para satisfacer con su producto el importe del crédito que dio origen a la ejecución". (Cam.Nac. de Apel. Civ, Sala E. Autos : "Kovacs, Alejandro R. y otro ", del 7/05/96. LL,1997 - E- 1058).

Hay todo un estudio de la doctrina en cuanto a los requisitos a dejar plasmados en esta escritura, que hoy voy a dejar de lado, no solo porque aquí en Córdoba no lo hacemos regularmente, sino porque me interesa dedicarle el tiempo a otro tipo de las llamadas escrituras judiciales y a la clasificación en si.

C- Origen de la clasificación

Donde se ha escrito mucho sobre escrituras judiciales, es en la ciudad y en la provincia de Buenos Aires. Lamentablemente no por un estudio desinteresado de las características de estas escrituras, sino más bien por una cuestión de honorarios, ya que la ley les permitía fijar un arancel mayor en caso de que la escritura sea considerada judicial. Digo lamentablemente porque la clasificación, parte del análisis de cuando asignar mayor honorario al escribano y no de la característica misma de la escritura. Se desfigura a mi entender el tema cuando la analizamos desde la consecuencia impuesta por la ley a ese tipo de escrituras, y eso le pasa a Pelosi, quien abre el abanico entendiendo que no solo son judiciales las escrituras que firma el juez. También le pasa a otros autores que luego cierran esta amplitud desplegada, en virtud del mucho o poco trabajo que debe hacer el escribano. Así por ejemplo en un trabajo realizado por varios autores renombrados se dice que "La

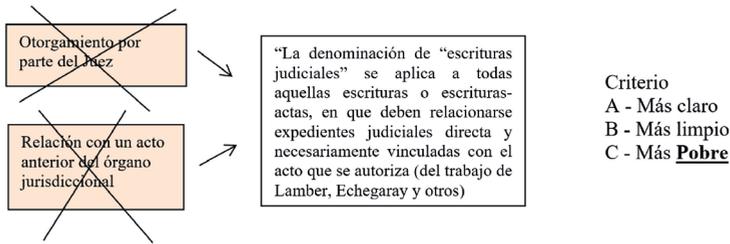
denominación de “escrituras judiciales” se aplica a todas aquellas escrituras o escrituras-actas, en que deben relacionarse expedientes judiciales directa y necesariamente vinculadas con el acto que se autoriza⁴ y vemos aquí en esta definición, algo más de claridad en este aspecto. O sea que el nombre está vinculado a la relación que el escribano debe hacer del expediente en su escritura. Desde el punto de vista conceptual es más limpio y congruente. Porque si el criterio en principio nos vincula a toda escritura relacionada con un acto anterior del órgano jurisdiccional, deberíamos también incluir en este apartado a las escrituras en las que se hace uso del tracto abreviado, establecido en el Art 16 de la ley 17801 en relación a los bienes hereditarios. Allí nuestra escritura sin duda está claramente relacionada con un acto previo del órgano jurisdiccional, pero la doctrina no la menciona ni en lo teórico ni cuando escriben sus modelos. ¿No es acaso una situación donde debemos estudiar un expediente con su correspondiente resolución judicial?

Es cierto que en este tema del tracto abreviado de los herederos, estamos analizando la legitimación objetiva (según piensa la gran mayoría) y por eso su análisis lo dejamos plasmado en el Corresponde, pero nadie en doctrina plantea esta característica como determinante para entrar o no el concepto de escritura judicial. Podríamos entonces decir que cuando el análisis lo hacemos para realizar la legitimación subjetiva y por ende la legitimidad del actuar del juez en nuestra escritura es escritura judicial, y cuando analizamos desde la legitimidad objetiva que demuestra la relación del sujeto como propietario de la cosa, no es una escritura judicial. Pero no es esto lo que plantea la definición que vimos de Echegaray y Lambert sino la relación de todo el expediente lo que marca la diferencia. Tengamos cuidado, porque si bien es cierto que en nuestras escrituras se deja plasmada la resolución judicial que declara quienes son los herederos, o también a quien fue adjudicado el bien (dependiendo el caso de tracto abreviado). el estudio del expediente se hace igual en general en todas las demarcaciones. Aquí en Córdoba esto sería más comprensible puesto que el Código Arancelario para Abogados y Procuradores (ley 9459) en su Art 59 establece la necesidad del escribano de contar con la famosa copia de la declaratoria apta para tracto abreviado, donde el juzgado interviniente hace todo un estudio previo a otorgarla, verificando la conformidad de todos los intervinientes y correspondientemente la no existencia de medidas cautelares (en el expediente), etc. Pero esto, no existe desde siempre en Córdoba, recuerdo la antigua recomendación del Escribano Ahumada en analizar el expediente y no quedarse solo con la exhibición de la resolución judicial que declaraba a los herederos. No en todas las provincias existe esta copia especial de la resolución judicial, y sobre todo en otras demarcaciones está previsto que el notario debe pedir el expediente por cinco días para analizarlo y realizar la escritura. Si bien entonces no relacionamos todo el expediente, el mismo es estudiado, pero por no plasmarlo no sería escritura judicial, pero y ¿si hicieramos relación de todo el expediente hasta llegar a la resolución judicial?

Evidentemente no podemos quedarnos en algo tan superficial, pero esto es lo que parece surgir de este criterio. Vemos entonces claramente con este criterio que no es un acto previo del órgano jurisdiccional, lo que determina su nombre, sino el trabajo desplegado por el notario para relacionar todo lo más importante sucedido en un expediente, en la escritura.

La comprensión de esta situación es necesaria para entender sobre todo por qué Pelosi dejaba afuera de esta clasificación a las escrituras de Protocolización de un testamento.

4 ARAMOUNI, Alberto; ETCHEGARAY, Natalio P.; FERNANDEZ ARSUAGA, Alberto; LAMBER Rubén A.; ROLLA Eduardo R. ; SAPEY Emma y STANKIEWICH Fernando, “El artículo 583 del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires”, Revista Notarial 976 del 2014 pág 113 .



2- Escrituras de Protocolización

Casos

Dos son los casos de Protocolización, el primero y más conocido es de la protocolización de testamentos, pues la ley (Art 2339 CCC) dispone que los testamentos ológrafos, una vez cumplidos los extremos legales: comprobación de la autenticidad de la escritura y firma del testador (por pericial caligráfica según el Código Civil y Comercial y comprobación por testigos según el 867 CCCP), y rubrica del principio y fin de cada una de sus páginas por el magistrado actuante, serán mandados protocolizar. Y si bien la ley no dice específicamente que debe hacerlo con un escribano, como decía el antiguo 3692 de Velez, "mandará que se entregue con todas las diligencias hechas, al escribano actuario, y que se den copias a quienes corresponda". El mismo ordenamiento legal lo establece claramente para otros supuestos, como el otorgado en el extranjero. Así el 2645 lo manda a "remitir al juez del último domicilio del difunto en la República, para que lo haga incorporar en los protocolos de un escribano del mismo domicilio. No conociéndose el domicilio del testador en la República, el testamento debe ser remitido por el ministro de Relaciones Exteriores a un juez nacional de primera instancia para su incorporación en los protocolos de la escribanía que el mismo juez designe".

Por otro lado está la protocolización de los documentos otorgados en el extranjero que tienen por objeto transmitir el dominio de bienes raíces, situación que estaba regulada en el antiguo art. 1211, Cód. Civil, y que ya no se menciona en el Código, que entendemos sigue siendo necesaria para tener el respaldo documental en el país, y si bien la normativa en el Art 302 permite que los otorgantes puedan "requerir al notario la protocolización de un instrumento original en idioma extranjero, siempre que conste de traducción efectuada por traductor público, o intérprete que aquél acepte" entendemos que no es suficiente, la ley debería haber exigido como lo hacía antes la participación del órgano judicial, para asegurar la autenticidad de los mismos, recordemos que no todos los países cuentan con la escritura pública como documento formal, y esto es materia de orden público. Por lo tanto es la única manera de salvar esta situación.

El término Técnico

Si bien la gente común y la misma ley confunde los términos protocolizar y agregar al protocolo, técnicamente son dos cosas diferentes por sus presupuestos y sus efectos.

Protocolizar si bien es agregar un instrumento al protocolo, es más que eso, puesto que solo se puede protocolizar en virtud de orden judicial y como consecuencia el instrumento pasa a tener el valor de instrumento público, efecto que no tiene cualquier otro instru-

mento agregado al Protocolo y que solo adquirirá en ese caso, fecha cierta en virtud del Art 317 (antiguo 1035 del CC)

En esto, anteriormente el Código Civil era sumamente claro, pues en el Art 1003 sobre todo después de la reforma introducida por las leyes 11846, 15875 y 17711 disponía: "La protocolización de documentos exigida por ley, se hará por resolución judicial previa" y a su vez el Art 984 establecía "El acto bajo firma privadas mandado a protocolizar entre los instrumentos públicos por juez competente, es instrumento público desde el día en que el juez ordenó la protocolización".

Vemos que la ley dejaba clara esta situación, o sea el valor de instrumento público de ese documento mandado a protocolizar, que ahora debemos interpretar. Pero tampoco es muy difícil hacerlo, puesto que antes de la orden de protocolizar, el juez corrobora la autenticidad, por lo tanto se agrega un documento auténtico al protocolo, y la principal característica del documento público es la de ser un instrumento auténtico, que ahora contará con el respaldo documental, el cuidado en un protocolo para su conservación. Esta situación de autenticidad, que por supuesto también puede ser impugnada, no es una presunción de validez, no es la resolución judicial que aprueba el testamento, así la jurisprudencia se ha expedido diciendo que "constituye una medida cautelar que no entraña ninguna decisión sobre la validez del testamento, pudiendo los interesados impugnarlo por los medios legales correspondientes", como ha dicho la Cám. Civ. 1ª, 2/11/33 (J.A. 44-104) y la Cám. Civ. 2ª, 12/8/38 (J.A. 63-526). Así nuestro Código Procesal dice en su Artículo 866.- El auto que acuerde o niegue la apertura, no hará cosa juzgada respecto a la validez o nulidad del testamento.

Fin que persigue

El sentido que tiene protocolizar un instrumento es dotarlo de matricidad, para que goce de los beneficios que tienen nuestras escrituras, con un original resguardado en el Protocolo y una copia con pleno valor probatorio, con pleno valor de instrumento público que circula, y que demuestra tan eficazmente nuestro derecho, como su matriz, pero con el beneficio de no tener el temor de que se pueda perder el derecho por la pérdida o deterioro del instrumento que estoy haciendo circular.

¿Es una escritura judicial?

Pelosi se resiste a ver en la escritura de Protocolización una especie de Escritura judicial, es más la da como el ejemplo de una escritura necesariamente firmada por el juez que no es escritura judicial, porque el instrumento que se protocoliza, que se agrega al protocolo, no es judicial, es un instrumento privado, que el juez requiere al escribano que lo protocolize sin más.

El destaca que "La calificación de escrituras judiciales se hace en función de su contenido y no de su forma, ni de las partes o personas que las otorgan. El carácter de judicial se integra por un conjunto de elementos y no por la firma en la sala de público despacho del juez ni por la intervención de éste en el acto escriturario" Él está haciendo un análisis de la normativa de honorarios, y entiende que el derecho a cobro del 50% más de honorarios no es solo por salir de la escribanía, puesto que esto ya está establecido en la normativa y sería redundante, sino que se refiere a la exigencia en estas escrituras de otros tipos de tareas "el mayor empleo de energías intelectuales y manuales, la mayor capacidad productora, el tiempo que insume, el esfuerzo calificado que supone, el aumento

de tareas personalísimas e indelegables e inclusive la necesaria relación económica en el facio ut des, puede condensarse una idea de ellas, mediante la siguiente caracterización: 1) Trabajos fuera de la oficina (examen del expediente para comprobar si ha tramitado sin vicios de procedimiento, si se halla en condiciones para el otorgamiento de la escritura o cuáles son las formalidades que deben cumplimentarse, tomar los datos necesarios, aceptar el cargo, retirar el cheque, etc., etc.). 2) Trabajos profesionales. Pueden a su vez agruparse en dos clases: liquidaciones y rendiciones de cuentas y requerir medidas conducentes al a) Extrafedatarios. Consisten en los escritos que deben ser preparados y presentados en el expediente para activar el procedimiento, formular otorgamiento. b) Específicamente notariales. Se relacionan principalmente con la redacción. Es necesario ordenarlas sobre la base de las constancias del expediente, que suelen tener varios cuerpos, dificultando su relación prolija. Debe ponerse especial cuidado en comprobar que no se haya incurrido en vicios de procedimiento que perjudiquen el título y que son admisibles, teniendo en cuenta el recargo de trabajo de los juzgados. Incluso la recepción del expediente crea una seria responsabilidad por su guarda⁵

Allí vemos lo desvirtuado del concepto para esta clasificación de escrituras en escrituras judiciales y otras que no lo son. Evidentemente que si tomamos la primeras notas y el presupuesto de la vinculación del acto o hecho con la actuación del Órgano jurisdiccional, no pueden no estar incluidas las Escrituras de Protocolización en sentido estricto, como lo es la Protocolización de un testamento. Porque el hecho constatado está en íntima relación con la actuación del Juez, si no hay orden judicial que mande protocolizar, solo será una mera agregación al protocolo, y aún tomando el criterio de Pelosi, la actuación del escribano demanda una tarea especial, no es común para el notario dirigirse a Tribunales, vamos a tener que controlar la realización de tareas del magistrado (que se haya realizado la rubrica del testamento) que haya una designación del notario, que haya una orden con los presupuestos necesarios (control de autenticidad), etc.

Designación del Escribano

También otra de las características de esta escritura es que más allá de la orden que va a permitir hacer el requerimiento, hay una designación del escribano que va a efectuar la protocolización, y tenemos que aceptar dicha designación en el expediente judicial, esta es una característica común con otras escrituras de las llamadas judiciales, que se podrán tomar como referencia, para la clasificación por ej podríamos decir que son escrituras judiciales las que son realizadas por un escribano que ha sido designado para hacerlo por la autoridad judicial.

Es de resaltar que en estas escrituras de Protocolización, se plantea generalmente un problema en cuanto de esa designación que hace el juez, si es a pedido de parte o no, o si tiene que respetar la voluntad del testador, y esto va a depender de la legislación formal de cada provincia. En unas los designa el juez de una lista oficial, existente en tribunales, otra veces lo designa a pedido de parte interesada, pero este tema a generado mucha discusión sobre todo si la ley formal nada dice con respecto, como pasa en Córdoba.

Hay jurisprudencia a favor del derecho de los interesados para proponer el escribano que ha de otorgar la escritura de protocolización (Juris. Civ., t. XI-1912, pág. 26; t. CLXXXVIII, pág. 145; Cám. Civ., t. 154, 398; t. 188, 145). Pero también hay jurisprudencia en contra

5 PELOSI, Carlos, Dictamen como Asesor Legal aprobado por el Consejo Directivo del Colegio de Escribanos de la Capital Federal en sesión de 18 de junio de 1973, de la Revista Notarial 729 de 1973

sosteniendo que " 1) Constituye una facultad privativa del juez la designación de escribano para la protocolización del testamento, con independencia del que hubiere designado el testador o en su caso del propuesto por los causahabientes. 2) Si se admite que es "privativo" del órgano jurisdiccional designar a quien protocolizará el testamento, resulta contradictorio luego limitar la facultad del juez en cuanto a la designación del funcionario a la voluntad de las partes interesadas en la sucesión -quienes, en el caso, aún no revisten la condición de herederos- al no haberse declarado la validez del testamento en cuanto a sus formas." (Cámara Nacional Civil, Sala F. Revista del Notariado 794 de 1984)

No debería ser esto un tema que genere tanta discusión, porque lo central es la autenticidad que establece previamente el juez, no la incorporación en nuestros protocolos, y luego de protocolizado se puede seguir discutiendo esta autenticidad, además como dice Francisco FERRARI CERETTI en el comentario al fallo citado "Los escribanos para desempeñar la función pública de titulares o adscriptos de un registro, deben llenar todos, sin excepción los requisitos que las leyes orgánicas establecen. Duran en el cargo, mientras conservan buena conducta, probidad y eficiencia. En tales condiciones todos ofrecen las mismas garantías, que hacen a la seguridad de los actos públicos. Por tanto, son acreedores de respeto y se lesiona su investidura cuando sin motivo valedero se les aparta del desempeño de un cometido, para el que el causante o sus sucesores los proponen." ⁶

Transcripción

La ley no nos exige que transcribamos literalmente el contenido del testamento, no hay un paseje que así lo establezca, ni en la anterior regulación del Código de Velez, que era, mucho más completa ni en el actual. Tampoco tenemos normas de forma que así lo impongan. Por supuesto que tenemos algunos autores en la doctrina como Gattari que nos dicen que es recomendable hacerlo "...si por ventura se extraviara el original, posiblemente sería aceptable que en el juicio se hiciera valer la transcripción. En cierta oportunidad, por haberse extraviado un original en secretaría, se hizo valer una fotocopia certificada por el actuario. Por otro lado, si se desglosa el testamento original para agregarlo al protocolo, ¿qué constancias quedarían en el expediente de sus palabras exactas?" es evidentemente que hacerlo solo puede traer ventajas, es una cuestión de lógica pensar que sino vuelve el original al expediente, debe volver algo más que una copia certificada y el acta realizada en escritura donde se deja constancia de su agregación, es necesario que el mismo surja en su texto de la misma escritura, y que este documento sin más sea el que circule. Además en este caso se tendría que perder ya no solo el testamento en sí, sino también la hoja de Protocolo que contiene el acta de protocolización, para causar un verdadero problema.

3- Escrituras de ejecución forzosa de contrato

Son las escrituras derivadas de un juicio de escrituración, donde la autoridad judicial condena a una de las partes a cumplir con su obligación de hacer, su obligación de instrumentar la voluntad exteriorizada en un contrato anterior, en escritura pública, y que al no cumplir con dicha condena, el juez lo hace en sustitución⁷ de él.

En general cuando mencionamos a las escrituras judiciales, esta es la primer escritura que se nos viene a la mente, no solo porque generalmente las otorga el Juez, sino porque

⁶ FERRARI CERETTI, Francisco, comentario a fallo Revista del Notariado 794 de 1984

⁷ Utilizamos esta palabra "sustitución" en vez de "representación" siguiendo en esto al maestro VENTURA, que se aparta inteligentemente del término usado por nuestro Código Civil y Comercial, para remarcar que hay diferencias en este actuar del juez con los representantes en general.

el acto a llevarse a cabo está en íntima relación con una decisión judicial, que obliga al demandado a otorgarla o que legitima al juez a suplantar a una de las partes del contrato.

Aquí hay un Juicio previo que **condena a escriturar** (firmar, otorgar la escritura) en virtud de la ejecución de un contrato que contiene una obligación de hacer, no como contenido predispuesto del contrato sino generalmente por la conversión legal del instrumento nulo en uno válido que obliga a otorgarlo. O sea hay una necesidad del otorgamiento de la escritura pública, porque hay que transmitir el dominio en la forma que determina la ley, debido que para que la tradición sea modo de adquisición del dominio debe ser por título suficiente, y este título suficiente debe ser una escritura pública.- Aquí hay una diferencia fundamental con respecto a escritura que recopila antecedentes de una su- basta judicial, en ella la transmisión se efectúa en el expediente, ese es el título suficiente.

Artículo 512 CPCCN: *“La sentencia que condenare al otorgamiento de escritura pública, contendrá el apercibimiento de que si el obligado no cumpliere dentro del plazo fijado, el juez la suscribirá por él y a su costa.- La escritura se otorgará ante el Registro del escribano que proponga el ejecutante, si aquél no estuviere designado en el contrato.- El juez ordenará las medidas complementarias que correspondan”.-*

Artículo 817 CPCCPcba.- *Si el condenado a escriturar no cumpliere la sentencia en el plazo fijado, la escritura pública será suscripta por el juez a costa de aquél y se otorgará ante el escribano convenido, o en su defecto, ante el que proponga el ejecutante. El tribunal ordenará las medidas complementarias que correspondan.*

Antiguamente el art. 1187 CC, con relación a la obligación que disponía el art. 1185, decía que será juzgada como una obligación de hacer, y la parte que resistiera su cumplimiento podrá ser demandada por la otra para que otorgue la escritura pública, bajo pena de resolverse la obligación en el pago de daños e intereses. Pero hoy en día el Código Civil y Comercial es mucho más claro y no da lugar a interpretaciones doctrinarias para discutir si esta es una obligación personalísima o no y así dice el ARTÍCULO 1018.- Otorgamiento pendiente del instrumento. El otorgamiento pendiente de un instrumento previsto constituye una obligación de hacer si el futuro contrato no requiere una forma bajo sanción de nulidad. Si la parte condenada a otorgarlo es remisa, el juez lo hace en su representación, siempre que las contraprestaciones estén cumplidas, o sea asegurado su cumplimiento.

Siendo entonces el objeto de esa obligación una prestación de hacer, nada impide que el acreedor obtenga su cumplimiento mediante la actuación de un tercero, el juez. Pregunta: ¿una vez dictada la sentencia que condena a escriturar en el juicio de conocimiento, se puede otorgar la escritura? No, porque en dicha sentencia se obliga al vendedor-demandado, y recién una vez vencido el plazo fijado en la sentencia, la suscribirá el juez por él y a su costa, formándose un pequeño incidente con lo cual se da inicio a un proceso de **ejecución de sentencia**. (art.512 CPCCN).

Aquí con esta escritura, no cabe duda que entraría en la clasificación de escritura judicial, con el criterio de que fuera otorgada por el juez, o en relación a un acto previo del órgano jurisdiccional, pero ¿en relación al otro criterio, el de la relación del expediente?

D- Criterio de la relación del Expediente

Hasta acá hemos visto que la doctrina el único punto claro o simple para hacer esta clasificación ha sido la relación del expediente en la escritura.

Parecería entonces que solo dos tipos de escrituras compartirían esta características: Las escrituras de recopilación de antecedentes de la compra en subasta y las escrituras de otorgamiento forzado de un acto.

Pero uno puede entender en la Escritura Acta de recopilación de antecedentes, que la ley de la provincia de Buenos Aires llama de protocolización, (con críticas en relación a ese nombre), que se realice un estudio pormenorizado de toda la documentación que tiene el expediente, y se relacione en la escritura, por dos motivos: uno de ellos es buscar un respaldo documental de dicho instrumentos que se ve en ese entonces no entendía poseer el expediente judicial y por otro lado porque la compra en subasta es un acto complejo, como le gusta decir al escribano Ahumada, no solo está el acta de remate, sino también la aprobación de la misma, el pago del precio, etc, todo realizado en diferentes momentos. Por lo tanto se ve que en estas demarcaciones como Buenos Aires, se quería contar con un solo instrumento, que simplificase su inscripción en el Registro de la propiedad inmueble, y con el cual se pudiera manejar el adquirente. Por esa razón es claro que el escribano debe estudiar todo el expediente y hacer referencia y transcripción de todo lo que es importante dejar plasmado, para lograr todos estos objetivos.

Diferente es la relación de todos los diferentes instrumentos de un expediente en el otro caso de escritura judicial, o sea de la que llamamos de ejecución forzada de un contrato, donde la escritura, no es una escritura acta, es una escritura que contiene el acto jurídico mismo de la venta, no es simplemente una reflejo de la venta producida fuera del protocolo. "Se trata en el caso de una escritura pública constitutiva de la transmisión de dominio de la que no se puede prescindir y en la que queda concluido el negocio jurídico con el consentimiento de las partes ya adelantado en el contrato base del juicio y firmada por el juez en reemplazo del demandado y el comprador en el momento del otorgamiento. Nada tiene que ver esta escritura, con la del artículo 583 del Código Procesal"⁸ (el autor se refiere aquí al Códig procesal de la provincia de Bueno Aires)

Aquí lo central es la escritura misma, y la documentación es solo al efecto de ver la legitimación del Juez para firmar en sustitución (como le gusta decir al escribano Ventura) o reemplazo como dicen Lamber y Echegaray, o simplemente como dice en otro pasaje la ley "por él" refiriéndose al demandado.

Veamos algunos modelos de la doctrina:

FALBO⁹

ESCRITURA NÚMERO..... - En la ciudad de Buenos Aires, Capital de la República Argentina, a veintidós días de Julio de mil novecientos ochenta y dos, el autorizante, Miguel Norberto FALBO, Escribano Público, titular del registro número..., me impongo del contenido de los autos que se relacionaran del cual resulta que se ha dispuesto el otorgamiento de la presente, a cuyos efectos me constituyo en el público despacho del señor

8 ARAMOUNI, Alberto; ETCHEGARAY, Natalio P.; FERNANDEZ ARSUAGA, Alberto; LAMBER Rubén A.; ROLLA Eduardo R. ; SAPEY Emma y STANKIEWICH Fernando, "El artículo 583 del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires", Revista Notarial 976 del 2014 pág 113

9 FALBO Miguel Norberto VIII SEMINARIO LAUREANO MOREIRA, 2 y 3 MAYO 1983

Juez, doctor Carlos Saúl Martínez, a cargo del Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil número del Departamento Judicial de esta Capital, de mi conocimiento por notoriedad, donde también concurre a los efectos de otorgar esta escritura las personas de mi conocimiento don Aníbal Ramón VERNENGO, (L.E. 5.201.174), casado en primeras nupcias con Griselda Renee Lorenzo, nacido el 16 de Octubre de 1927, y don Raúl Angel VERNENGO, (L.E. 5.204.579), casado en primeras nupcias con Lidia Rosa Yáñez, nacido el 8 de Octubre de 1931, ambos argentinos, domiciliados en calle Pedro de Mendoza número 1430 de esta ciudad, capaces, doy fe, como de que su señoría expresa: PRIMERO: Que de acuerdo a lo que resulta y ha dispuesto en los autos "VERNENGO Aníbal R. y otro c/BUENO Manual A. y otro s/Escrituración" (expediente 61643 año 1977), en trámite en el Juzgado a su cargo, transmite a título de venta a los señores"

(El subrayado me pertenece para indicar que luego en la escritura más precisamente en el punto CUARTO se relaciona todo el expediente)

..... "CUARTO: El autorizante hace constar que para la redacción de esta escritura tiene a la vista el expediente citado por el señor Juez, las certificaciones expedidas por el Registro de la Propiedad y por la Dirección de Catastro de lo que resulta: I) RELACIÓN Y TRANSCRIPCIÓN DEL EXPEDIENTE: A fojas trece se presenta Aníbal Ramón Vernengo y Manuel Angel Modesto Cantero, promoviendo demanda por escrituración contra Manuel Amadeo Bueno y sus hijos Hugo Alfredo, Cesar Héctor, Sara Esther, Elsa Noemí y Ligia Edelmira Bueno. Alegan que según boleto del 29 de Julio de 1972 adquirieron de los demandados el inmueble objeto de la presente por el precio de Sesenta millones de pesos de curso legal, habiéndose abonado en ese acto la suma de Veinticinco millones de pesos contra entrega de la posesión, y el saldo sería entregado al otorgarse la escritura traslativa de dominio según lo convenido. Por fin, no habiendo dado cumplimiento la demandada con su obligación de otorgar la escritura respectiva, se solicita su condena a tales efectos A fojas veintidós se presenta el apoderado de Cesar Héctor, Ligia Edelmira, Sara Esther y Elsa Noemí Bueno, reconociendo la celebración de la promesa de venta, alegando fuerza mayor justificante del incumplimiento"

(Y así continua con la relación del expediente)

VILLALBA WELSH¹⁰

COMPARECEN el señor Juez del Séptimo Juzgado en lo Civil, Comercial y Minas de esta Circunscripción, doctor Raymundo Marcelino Salvatierra y doña Celestina Rodríguez Vivaldi, argentina, soltera, matrícula individual 30.825.406, vecina de esta ciudad, mayor de edad y de mi conocimiento. Y DICEN: Que por expediente (relatar las vicisitudes procesales de la demanda hasta llegar a la sentencia por la que se condena a escriturar y a la intimación a hacerlo su pena de otorgar el Juzgado la escritura). Por tanto, los comparecientes OTORGAN: Primero: Saúl Jorge Rosacruz (o sea el demandado vendedor) vende a Celestina Rodríguez Vivaldi un inmueble..... etc. Segundo: El precio de esta venta es de CIENTO MILLONES DE PESOS que el vendedor recibió de la compradora con anterioridad.....etc."

¹⁰ VILLALBA WELSH Alberto VIII SEMINARIO LAUREANO MOREIRA, 2 y 3 MAYO 1983

DALESIO¹¹

En la ciudad ... yo, el autorizante, ... , Escribano titular del registro número ... , impuesto del contenido de los autos que se relacionarán, de los cuales resulta que se ha dispuesto el otorgamiento de la presente, me constituí siendo las diez horas en la sala del público despacho del señor Juez, doctor ... , a cargo del Juzgado ... , quien se encuentra presente y a quien conozco por notoriedad, y donde también concurre a los efectos de otorgar esta escritura ...

El escribano se constituye en la sede del juzgado, pues es el juez quien otorga la escritura dado que el demandado se encuentra en rebeldía o bien no ha cumplido con su obligación en el plazo otorgado por el juez en su sentencia. El conocimiento del juez se cumple en el caso en examen por la notoriedad que impone su condición de tal.

(Su Señoría DICE: PRIMERO: Que de acuerdo con lo que resulta y ha dispuesto en los autos..., en trámite por ante el Juzgado a su cargo, transmite a título de venta al otro compareciente... UN INMUEBLE sito en... SEGUNDO: Esta venta se realiza por el precio total de...

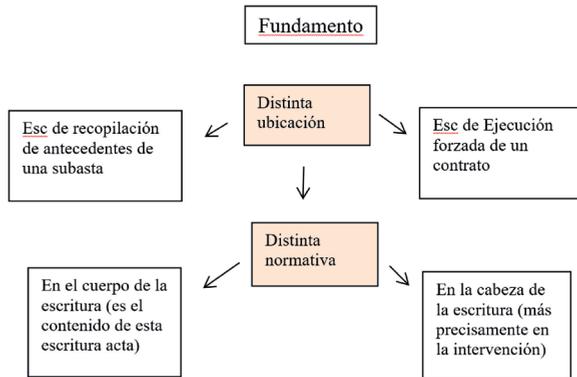
HEGUY¹²

Interviene el primero en su carácter de Juez, titular del Juzgado Nacional en lo Civil Número 102, secretaría única a cargo de la Dra. Paula Méndez, en los autos caratulados: "PERKINS, María c/ULLOA, Pedro s/ escrituración", Expediente Nro. 23444/2009, en cumplimiento de la sentencia dictada el 4 de septiembre de 2010, Y que más adelante se relacionará. El segundo interviene en su carácter de APODERADO de María PERKINS, titular del Documento Nacional de Identidad número 12.234.111, CUIT. 23-12234111-4, argentina, nacida el 16 de enero de 1958, soltera, domiciliada en la calle Fraga 2345 de esta Ciudad, a mérito del Poder especial para adquirir el inmueble objeto de la presente, otorgado en la Ciudad de París, Francia, ante el notario Pierre Cashi, titular del Registro 23 del distrito 17 de París, el cual se encuentra debidamente Apostillado, bajo el número 2345, el 2 de diciembre de 2009 y traducida al español por el traductor público Pierre Casavi, Matrícula Folio 123, Tomo IV del Colegio de Traductores de la Ciudad de Buenos Aires, debidamente legalizado por el mencionado Colegio. Documento que en sus originales tengo a la vista para este acto, con facultades suficientes para el acto y agrego a la presente"

Entiendo que es un error hacer la relación de todo el expediente en este tipo de escritura. Es muy diferente la escritura de "Protocolización" de una compra en subasta, más allá de su naturaleza (ser una escritura acta) sino porque en ella las actuaciones judiciales son el centro mismo de la escritura, su objeto el dejar plasmado todo lo importante que pasó en ese expediente, pero en una escritura de ejecución forzada de un contrato, el centro es el acto jurídico llevado a cabo (generalmente una compraventa) y entonces del expediente solo surge la legitimación de uno de los sujetos a los efectos de otorgarla, el juez. Es para corroborar su legitimación. Como nos gusta decir la legitimación subjetiva, regulada en el código específicamente en el Art 307, y allí debe ser tratada como toda la documentación habilitante que solemos tener presente.

11 VILLALBA WELSH Alberto VIII SEMINARIO LAUREANO MOREIRA, 2 y 3 MAYO 1983

12 HEGUY Genoveva Modelo de compraventa inmobiliaria. Juez en juicio de escrituración. Comprador: Apoderado con poder otorgado en el extranjero, Elementos de práctica notarial. Di Lalla Ediciones 2011



Como sería entonces el modelo:

ESCRITURA NUMERO: Constituido a requerimiento de parte interesada en el despacho de su señoría, en el Juzgado Civil Comercial Conciliación y Familia de Primera Instancia y Primera Nominación, en la Ciudad y Pedanía de ALTA GRACIA, Departamento SANTA MARIA, Provincia de CORDOBA, República ARGENTINA, a los ... días del mes de de dos mil, ante mí: Augusto Luis PICCON, Escribano Titular del Registro Notarial Número Cuatrocientos veintitrés, comparecen: su señoría la Dra Ruperta MARTINEZ, argentina, nacida el diecinueve de Diciembre de mil novecientos cincuenta y seis, Documento Nacional de Identidad número quince millones ochocientos treinta y ocho mil cuatrocientos setenta y ocho (DNI N° 15.838.478), soltera, con domicilio especial en la sede del Juzgado, y el señor José Luis MOLINA, ..(todos los datos)... , personas de mi conocimiento doy fe, así como que la Dra Ruperta MARTINEZ concurre a este acto en su carácter de Jueza del Juzgado Civil Comercial Conciliación y Familia de Alta Gracia de Primera Instancia y Primera Nominación, de lo que doy fe por notoriedad y en relación a los autos ".....I JOSE LUIS C/....., ANGELA - ORDINARIO" Expediente 311036 y a los efectos de ejecutar lo resuelto en dichos autos por Sentencia Número quince de fecha uno de abril de dos mil catorce que en la parte pertinente dice: "RESUELVO: 1) Acoger a la demanda incoada por el Sr José Luis, y en consecuencia condenar a Ángela a que en el plazo de treinta días otorguen a favor del actor escritura traslativa de dominio del inmueble que se describe como "lote de terreno designado con el N°42 de la manzana oficial N°17 bajo apercibimiento de efectuarla el Tribunal y en caso de resultar la obligación a cargo de la demandada de cumplimiento imposible, se resolverá el contrato en daños y perjuicios en la etapa de ejecución de sentencia. 2) Imponer las costas a las demandadas, a cuyo fin difiero la regulación de honorarios profesionales de los Dres. María Paula y Fernando, hasta tanto se acredite el valor real y actual del inmueble motivo de autos, de conformidad a lo dispuesto en el apartado IV. PROTOCOLICESE, HAGASE SABER Y DESE COPIA", copia de la sentencia mencionada agregó al presente protocolo conste. En vista de lo expuesto, su señoría manifiesta que: viene por este acto a cumplir con lo dispuesto en los autos mencionados y por lo tanto en ausencia de la demandada y titular registral del inmueble AngelaE, argentina, nacida el dos de agosto de mil novecientos treinta y tres, Documento Nacional de Identidad número dos millones cuatrocientos cincuenta y dos mil setecientos sesenta y nueve (DNI N° 2.452.769) , CUIT/L N° 27-02452769-2, soltera, con domicilio en Calle Córdoba N° 432, de esta ciudad, EXPRESA que en sustitución de ella transfiere a título de VENTA a favor de José

(Una nota al margen es que si bien es costumbre firmar en el público despacho del juez, este costumbre, no es impedimento para que se firme en el despacho del Escribano, así nuestro CPCC dice: "Facultad de trasladarse Artículo 62.- La facultad de cometer diligencias judiciales a las autoridades subordinadas del comitente, se entenderá sin perjuicio de la facultad de trasladarse éste a cualquier lugar de su competencia y practicarlas por sí mismo.")

Como dijimos, en muchos de los modelos que da la doctrina, de este tipo de escritura (las de ejecución forzosa de un contrato) se hace también la recopilación de antecedentes del expediente en forma referenciada, sin explicar el por qué, ¿De donde viene entonces esta confusión de hacer prácticamente lo mismo en las dos escrituras? Pues de la confusión que se daba antiguamente en los dos casos por la antigua redacción y procedimientos establecidos en los Códigos, el antecedente del Art. 583 del Código de Procedimientos Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires, era el 531 que en su redacción anterior establecía: "Efectuado el remate, si los bienes fueran muebles o alhajas, serán entregados al comprador por el martillero, quien deberá consignar, dentro del octavo día, el precio de la venta en el Banco de la Provincia. Si fuesen bienes raíces, aprobado el remate, se mandará dar la posesión al comprador, y **se otorgará la correspondiente escritura** por el ejecutado, dentro del tercer día o en su defecto por el juez, una vez consignado el precio. Los fondos depositados por el comprador no podrán ser extraídos bajo pretexto alguno, **hasta que se haya firmado la escritura de transmisión de dominio**, salvo los gastos de escrituración a cargo del vendedor, y los de remate".

Por su parte el artículo 520 del Código Procesal Civil y Comercial (nacional) establecía lo siguiente: "Aprobado el remate, si los bienes fuesen muebles o alhajas, serán entregados al comprador, previa consignación y depósito del precio en el establecimiento público destinado al efecto. Si fuesen raíces, **se otorgará la competente escritura** por el ejecutado, y en su defecto por el juez, debiendo también consignarse previamente el precio".

A simple vista vemos que la escritura en estos casos, parecía tener una importancia superior, parecería ser la escritura traslativa de dominio, la que contuviera verdaderamente la venta, pero era el punto culmine en realidad de todo un proceso, y en el cual solo se dejaba constancia de todo lo actuado y por eso era lógico la recopilación de antecedentes, lo que no tenía sentido en última instancia era la participación del demandado. Pero en punto a lo estrictamente superficial ya no se diferenciaba tanto de la escritura de ejecución forzosa de un contrato, en ambas o firmaba el ejecutado o firmaba el juez, pero lo que hacían en una y otra escritura era diferente. Entiendo yo que de estas yuxtaposición de dos escrituras judiciales tan vinculadas deriva esta costumbre de poner en los modelos toda una recopilación de antecedentes que obran en el expediente, que en cierta manera repite los vistos y considerando de la sentencia judicial.

El cambio en el art 583 de 1968, con relación al 531 y que plantea también la duda en la doctrina de si llamar a esta escritura judicial o no porque ya no es necesaria la firma del juez, tiene su origen como fuente, según Pelosi y Perez Delgado, "los artículos 39 y 40 de la Ley Notarial de Mendoza: El artículo 39, inciso 3º, de dicha ley prescribe: "No será necesaria la presencia y firma del juez que la dispuso", y el artículo 40 dispone: "La protocolización de actuaciones judiciales relativas a títulos supletorios y a subasta pública, se efectuará por acta con las formalidades previstas en el artículo anterior, en las que se relacionará y transcribirá además las partes principales del juicio. El acta deberá conte-

ner también la individualización del inmueble y las especificaciones exigidas en los actos relativos a la transmisión de esta clase de bienes"¹³.

Como dijimos anteriormente la escritura de ejecución forzosa de un contrato es una escritura común, que tiene una diferencia solo en cuanto a la legitimidad de uno de los comparecientes, sin embargo eso no quiere decir que no hay que tener en cuenta ciertos puntos

En primer lugar la **Designación del Escribano**: En principio debería intervenir el Escribano designado en el boleto, pero sino está designado, se plantea un inconveniente, y habrá que ver la legislación del lugar si lo debe designar el juez de una lista al efecto o lo designa con la proposición del ejecutante. Aquí en Cba y en la nación es a proposición del ejecutante

El problema se puede plantear, cuando está designado en el boleto, con relación a la diferente **competencia territorial del Juez y Escribano**: En principio habría que tener en cuenta que en cuanto a la acción es una acción personal por lo tanto la competencia del Juez, es la del lugar de cumplimiento, si no está designado la del lugar de celebración, y siempre está la posibilidad de que hayan prorrogado la jurisdicción, y en ese caso puede ocurrir que el escribano designado no sea de la jurisdicción del juez, que pasa en este caso: en primer lugar debemos recordar que se puede otorgar y firmar una escritura de venta de un inmueble ubicado en distinta jurisdicción o provincia a la del escribano autorizante de dicha escritura, pero no puede un escribano trasladarse para autorizar el acto en tribunales donde no tiene competencia para autorizarla, puesto que de hacerla sería una escritura nula, por esto mismo, parte de la jurisprudencia y doctrina entienden que ante la imposibilidad fáctica de escriturar con el escribano designado de común acuerdo en el boleto, se debe autorizar al ejecutante o comprador a designar uno nuevo dentro de la jurisdicción, todo esto en virtud de considerar que es indelegable la potestad del juez de la firma en sustitución de parte, ya que él debe ejercer el contralor sobre el acto culminante de todo el proceso, y esto es parte de su jurisdicción (El Cod Proc de la Nación expresamente en el 512 dice expresamente "sin posibilidad de que un tercero cumpla dicho trámite en su nombre" . Otros opinan por el contrario que en estos casos deberá librarse el exhorto correspondiente al juez de la jurisdicción del escribano para que haga cumplir la sentencia, el juez que firma la escritura busca hacer cumplir la condena, y esto implica una diligencia y no un acto de imperium, el cual se refleja en dicha sentencia de condena, título ejecutivo, cuyos efectos jurídicos ningún juez puede desconocer sin violar el principio de cosa juzgada .

Algunos opinan que así también el magistrado puede delegar en personas del mismo estrado administrativo del Poder Judicial o personas designados especialmente para esta tarea, lo cual es muy discutido por la letra de la ley que específicamente habla del "Juez".

Otro punto a tener en cuenta y que distingue claramente estas escrituras de las escrituras de recopilación de antecedentes de una subasta son en relación a las **Medidas Cautelares**: El juez no puede por sí y ante sí ordenar el levantamiento de las medidas cautelares, es el propio interesado el que debe instar a la realización de los trámites, subrogándose en el lugar del deudor y a su costa. La explicación es lógica, ya que no se puede levantar los embargos al solo y único efecto de escriturar, debido a que este tipo de levantamiento que se da en la subasta, y lo vemos claramente en las normas de ins-

13 ARAMOUNI, Alberto; ETCHEGARAY, Natalio P.; FERNANDEZ ARSUAGA, Alberto; LAMBER Rubén A.; ROLLA Eduardo R. ; SAPEY Emma y STANKIEWICH Fernando, "El artículo 583 del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires", Revista Notarial 976 del 2014 pág 113

cripción es porque en ella hay un precio sobre el cual puedan concurrir los acreedores, la venta forzosa hace suplantar el bien ese (parte del patrimonio, prenda común de los acreedores) por el precio que se obtuvo en la misma. En cambio en la compraventa realizada en escritura mediante la sustitución del juez no hay pago de precio.

Otra punto importante que se puede pasar por alto y que es importante tener en cuenta es el Asentimiento, a diferencia de venta en subasta se debe verificar el cumplimiento del art. 470 o 456 como en cualquier escritura.- El Juez no puede suplir al cónyuge sino surge también esto de la sentencia y ello deberá ser por supuesto por su participación en todo el proceso o al menos por su intimación a participar. *"... la circunstancia que se condenara al demandado a escriturar no significa que no deba requerirse el asentimiento de su cónyuge, tal como lo exige el arto 1277 del Cód. Civil... el juez actuante no puede suplir el asentimiento sin antes citar al cónyuge... a fin de que haga valer sus derechos... debería intimarse a dicha cónyuge para que manifieste si presta su asentimiento con la operación, en el plazo de cinco días, bajo apercibimiento de tenerla por conforme en el caso de silencio... si aquella negare su asentimiento deberá indicar las razones, las que... serán evaluadas por el juez en el proceso..."* (Cam. Nac. de Apel. Civ., Sala E. Autos: "E., L. G. C.T., E." del 18/10/83) (Rev. Not., 874-847).-

Sin embargo pese a tener en cuenta todas estas cuestiones particulares que se dan en la escritura de ejecución forzosa de un contrato podemos decir que en la estructura en general no es diferente a las que realizamos siempre, la única diferencia es la comparencia de su señoría y por ende la intervención para acreditar la legitimación subjetiva.

E- Conclusión

¿Qué son las escrituras judiciales?

Es muy difícil englobar a toda una serie de escrituras muy distintas entre si en un concepto como este, si bien a veces comparten ciertas características en común, como puede ser el otorgamiento de la autoridad jurisdiccional, como ocurre con las escrituras de Protocolización o las de ejecución forzada de un contrato, son diametralmente distintas por el contenido, una se trata de una escritura acta y otra de una escritura pública propiamente dicha. O si bien son ambas escrituras actas como la de protocolización de testamento o las de recopilación de antecedentes de una subasta, son totalmente distintas porque el requerimiento en una parte de la autoridad jurisdiccional y en otra de un sujeto particular.

No vamos a dejar de reconocer que el estudio del tema siempre es útil, porque aunque concluyamos que no podemos hablar de escrituras judiciales hemos diferenciados a todas las que podrían entrar por una razón o por otra, por un criterio o por otro en esta clasificación y siempre sacamos provecho de esta comparación.

Por lo tanto, el consejo es que si una normativa va a establecer un honorario diferencial, establezca claramente que escritura de las mencionas lo va a tener. Y el otro consejo es no utilizar esta terminología para referirse a algunas de estas escrituras, porque puede generar confusión su vínculo con las demás.

