

ENERO/JUNIO/2018

986

REVISTA **NOTARIAL**

COLEGIO DE ESCRIBANOS PROVINCIA DE BUENOS AIRES

Fundada el 1 de agosto de 1894 - Decana de América

Director

Eduardo Gabriel Clusellas

Comité de redacción y referato

Mariano Costanzo

Gastón R. di Castelnuovo

Elba Frontini

María Rosa del Milagro Martín(†)

Nicolás Agustín Soligo Schuler

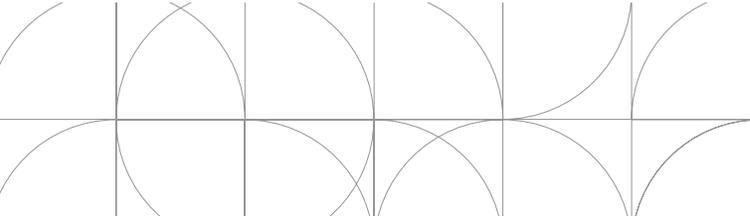
Marcela Haydée Tranchini de Di Marco

Marcelo Eduardo Urbaneja

Año 124 - Av. 13 N° 770 (B1900TLG)

La Plata - Provincia de Buenos Aires

República Argentina







Consejo Directivo

2018/2020

Presidente - Ignacio Javier Salvucci

Vicepresidente 1º - Maximiliano Molina

Vicepresidente 2º - Susana Surace

Secretario de Gobierno - Federico José Rodríguez Acuña

Secretario de Relaciones Institucionales - Mauricio Rodolfo Esponda

Secretario de Asuntos Previsionales - Ramiro María Flores

Secretaria de Aportes - María del Rosario Paso

Secretario de Asuntos Legales

y Documentación Digital - Néstor Daniel Lamber

Secretario de Administración - Guillermo Aníbal Longhi

Tesorero - Fernando Gabriel Sánchez

Protesorero - Eduardo Mario de Jesús Rivarola

Consejeros

Julio César Antollini

Leandro Horacio Atkinson

Eduardo José Bras

Juan Ignacio Cavagna

Fernando de Salas

Diego Daniel de San Pablo

Gastón Renato di Castelnuovo

María Nélide Dómina

María Cecilia Fioroni

Pablo Carlos Guerrero

María Cristina Iglesias

Guillermo Agustín Lagier

Federico Lallement

Esteban Rafael Morcillo

Mirta Gladys Negrelli

Haydée Sabina Podrez Yaniz

Santiago Francisco Oscar Scattolini

Rubén Santiago Stradiot

Patricia Elena Trautman

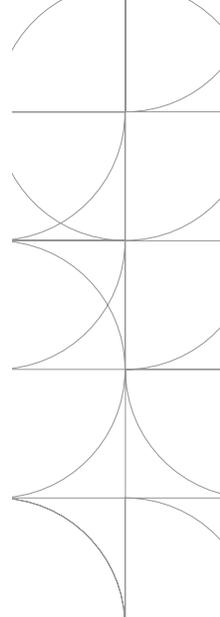
Maximina Zabala

**Decano Honorario del
Notariado Bonaerense**

Natalio P. Etchegaray

Delegaciones del Colegio de Escribanos

AZUL	Marcela Marta Voiscovich Av. 25 de Mayo 545 - (B7300FXF) - Tel. (02281) 43-2998 - Fax 43-0313
BAHÍA BLANCA	Marina Gabriela Arana Belgrano 252 - (B8000IJF) - Tels. (0291) 452-2953 / 453-9849 - Fax 454-5624
DOLORES	María Luciana Villate Buenos Aires 536 - (7100) - Tel. (02245) 44-7699 - Fax 44-3637
JUNÍN	María Paula Velilla General Paz 28 - (B6000FKB) - Tel. (0236) 443-2509 - Fax 443-3799
LA PLATA	Federico Travascio Calle 48 N° 716 - (B1900AND) - Tel. (0221) 482-9601 - Fax 483-5484
LOMAS DE ZAMORA	Alicia Noemí Broccardo Avda. Meeks 420 - (B1832DEJ) - Tels. (011) 4244-1453 / 6403 / 6408 - Fax 4292-3359
MAR DEL PLATA	Juan Manuel Area Avda. Independencia 2190 - (B7600DIR) - Tel. / Fax (0223) 493-6612 / 495-3649
MERCEDES	Mariano Castelucci Calle 18 N° 730 e/ 29 y 31 - (B6600HJT) - Tel. (02324) 42-4738 - Fax 42-7480
MORÓN	Diego Leandro Molina San Martín 283 - (B1708IHE) - Tel. / Fax (011) 4629-8658 / 4628-8243 / 4627-5093
NECOCHEA	Mariano Costanzo Calle 65 N° 2755 - (B7630HLY) - Tel. (02262) 43-1482 - Fax 42-5385
NUEVE DE JULIO	Guillermo Martín Álvarez Avda. Libertad 836 - (B6500EVV) - Tel. (02317) 42-2123 - Fax 42-4138
PERGAMINO	María Florencia Peries Leandro N. Alem 623 - (B2700LHM) - Tel. (02477) 42-3971
SAN ISIDRO	Santiago Luis Vassallo Chacabuco 484 - (B1642CHF) - Tels. (011) 4743-2052 / 3629 - Fax 4732-0862
SAN MARTÍN	Mariano Ignacio Socin Calle 91 (San Martín) N° 1834 - (B1650BEF) - Tels. / Fax (011) 4752-6132 / 4755-5630
SAN NICOLÁS	Eugenia Inés Zarranz Calle de la Nación 219 - (B2900AAE) - Tel. (0336) 442-5821 - Fax 442-4522
TANDIL	Juan Manuel García Gral. Martín Rodríguez 453 - (B7000A0I) - Tel. (0249) 442-5734 - Fax 444-3422
TRENQUE LAUQUEN	María de los Ángeles Pablos Avda. Leandro N. Alem 172 (B6400BBO) - Tel. (02392) 42-2105 - Fax 42-5970



Sumario 986

ENERO/JUNIO/2018

Editorial

En recuerdo de Raúl Rodolfo
García Coni
Elba M. Frontini
Marcelo Eduardo Urbaneja

7

Doctrina

Coexistencia de dos mundos: el
impacto del mundo digital en el
ordenamiento jurídico
Walter César Schmidt
Sebastián Justo Cosola

17

De la función notarial, las nuevas
tecnologías y las actuaciones nota-
riales en soporte digital
Franco di Castelnuovo
Santiago Falbo

71

Responsabilidad registral por infor-
me erróneo
Raúl R. García Coni

127

Casiano Calderón: homenaje de un
descendiente a un prócer que la
historia ha olvidado
Gustavo Arigós Calderón

137

Congresos y Jornadas

Las personas con discapacidad y
su participación en el proceso de
determinación de la capacidad.
¿Obstáculos diferenciados en su
perjuicio?
Lorena Raquel Sarquis

151

Sociedades

De pronto SAS. Sociedades por
acciones simplificadas
Franco Spaccasassi

173

Universidad Notarial Argentina

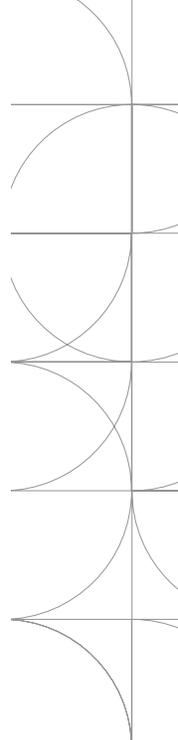
Prescripción adquisitiva entre con-
dóminos o coherederos
Sebastián E. Sabene

207

Academia Nacional del Notariado

Acuerdos convivenciales y el régi-
men patrimonial convencional de la
unión convivencial
Néstor Daniel Lamber

229



Técnica y Práctica Notarial

Subrogación real del régimen de vivienda

Nicolás A. Soligo Schuler **261**

Jurisprudencia

Síntesis de fallos

Mariano Costanzo **269**

Informaciones

XX Jornada del Notariado Novel del Cono Sur

Ciudad del Este, Paraguay, 17 al 19 de mayo de 2018 **285**

43° Convención Notarial

Ciudad de Buenos Aires, 27 al 29 de junio de 2018 **291**

Los conceptos vertidos en los artículos firmados representan la opinión de sus autores, no comprometiendo la posición institucional del Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires.

EN RECUERDO DE RAÚL RODOLFO GARCÍA CONI

ELBA M. FRONTINI
MARCELO EDUARDO URBANEJA

INTRODUCCIÓN

El 28 de abril de 2018 se cumplieron 10 años de la muerte de Raúl Rodolfo García Coni, el correntino que, desarrollando su actuación principalmente en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires, unió indisolublemente su nombre al Derecho Registral contemporáneo. La oportunidad es propicia para recordar la labor de una personalidad singular, pionera en todas sus vertientes, que se distinguió entre sus pares porque aunó con coherencia, a su imprescindible producción científica, el carácter de director de Registro.

Esquematar su legado, si bien conspira contra una obra con diversas aristas, permite también apreciar la magnitud y heterogeneidad de su significación.

SUS APORTES AL DERECHO REGISTRAL ARGENTINO

El interés de García Coni por el Derecho Registral inmobiliario (luego extendido al mobiliario) comenzó a manifestarse con señeras contribuciones en la década de 1950. Por ese entonces, los rasgos más elementales de la disciplina formaban parte de los programas de Derechos Reales y de Obligaciones, y no había en nuestro país juristas versados en la materia.

Ya se evidenciaba en esas contribuciones al primero y más vigoroso defensor de los caracteres liminares de la normativa local por entonces vigente, luego convertida en legislación nacional: título y modo para transmitir el derecho real, registración del título con efectos declarativos y no convalidantes, técnica de folio real para llevar el registro y de inscripción para volcar sus constancias.

Sus reflexiones fundantes exhibieron una vigorosa independencia de criterio, cuando en 1960 adhirió a la tesis de la constitucionalidad de los registros de la propiedad, por entonces solitaria idea de ese enorme civilista que fue Raymundo Salvat¹, noción regularmente rechazada por la doctrina y por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación².

En los albores de las contribuciones acerca de la registración inmobiliaria, puso en caja las anárquicas clasificaciones doctrinarias, utilizando un riguroso criterio distintivo que hoy nos resulta natural, separando los efectos declarativos y constitutivos por un lado y convalidantes y no convalidantes por el otro. Pero no se limitó al ejercicio académico expositivo, sino que, revelando nuevamente convicciones solventes y no medrosas, se enfrentó al pensamiento común de la civilística nacional y señaló los defectos de las inscripciones constitutivas y convalidantes. Y para hacerlo utilizó un sugestivo título: "¿Inmunidad o impunidad registral?"³.

Siempre en el sendero de enfrentar las polémicas, su habilidad dialéctica e inigualada solidez intelectual pudo apreciarse en el recordado in-

1 García Coni, Raúl Rodolfo, "Constitucionalidad de los registros dominiales", Revista Notarial, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, número 729, año 1960, p. 473 y siguientes.

2 Urbaneja, "La registración inmobiliaria argentina...", p. 553 y siguientes.

3 García Coni, Raúl Rodolfo, "¿Inmunidad o impunidad registral?", JA, doctrina, 1965-IV, p. 80 y siguientes.

tercambio epistolar con Julio Dassen, notorio defensor de la registraci3n constitutiva⁴.

Entre esas contribuciones, tuvo significativa proyecci3n su comentario de 1967 en la prestigiosa Enciclopedia Jur3dica Omeba a la voz "Registro de la Propiedad"⁵, en donde defendi3 con rigor la registraci3n declarativa y se seal3 que varias de las ventajas atribuidas al car3cter constitutivo de los registros reposaban, en realidad, en el folio real, generalmente ausentes en aquellas.

Las pioneras ideas se unieron al trabajo de Falbo y Scotti elaborando lo que ser3a luego en 1963 la ley bonaerense, en 1967 la de la ciudad de Buenos Aires y en 1968 la actual Ley Nacional Registral Inmobiliaria⁶.

Desde 1962 y hasta 1964 ser3a Presidente del Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, cuna del Derecho Registral inmobiliario argentino (pues de all3 proven3an los desempeos acad3micos y profesionales tanto de Garc3a Coni como de Falbo y de Scotti). Tambi3n acentu3 su faceta acad3mica desde la Direcci3n del Instituto de Derecho Registral que hasta 1964 depend3a del mismo colegio profesional y desde entonces de la Universidad Notarial Argentina.

Cuando entr3 en vigencia la primera versi3n del Anteproyecto de Falbo y Scotti en 1963, en la provincia de Buenos Aires, le cupo sistematizar los principios registrales que de ella dimanaban, revalidando su car3cter de m3ximo especialista en la materia.

En 1969, un a3o despu3s de comenzar a regir el decreto-ley 17.801/1968, fue designado por concurso como Director del Registro de la Propiedad de la Provincia de Buenos Aires, a la saz3n el m3s grande del mundo, y desde all3 su proyecci3n en el Derecho Registral se aceler3 sin rezagos.

4 Garc3a Coni, Ra3l Rodolfo, "Los compradores tambi3n son terceros", JA, doctrina, 1965-II, p. 3 y siguientes.

5 Garc3a Coni, Ra3l Rodolfo, voz "Registro de la Propiedad", en Enciclopedia Jur3dica Omeba, Ed. Bibliogr3fica Argentina, Buenos Aires, 1967, tomo XXIV, p. 513.

6 Para un detalle de la evoluci3n hist3rica del r3gimen registral inmobiliario argentino, v3ase Urbaneja, Marcelo Eduardo, "La registraci3n inmobiliaria argentina. Reflexiones contempor3neas en torno a sus aspectos medulares", en *Estudios de Derecho Civil con motivo del Bicentenario*, dirigido por Julio Conte-Grand y coordinado por Gabriel de Reina Tartiere, Buenos Aires, El Derecho, 2011, p. 553 y siguientes.

No escapa a nadie versado en la disciplina que el principal impacto de esa ley en el Derecho Registral fue el estricto y perfecto diagrama del principio de prioridad, propagado desde la llamada reserva de prioridad indirecta. Fue nuevamente García Coni quien expuso los pormenores de su funcionamiento y los hizo conocer fuera del ámbito registral, destacándose dos aportes imprescindibles⁷.

El rigor de su razonamiento jurídico y la profundidad de sus conocimientos se acrecentó en los criterios que impuso a ese organismo, la mayor parte de los cuales fueron seguidos por la generalidad de los autores y registros del país.

Entre lo mucho que al respecto podría resaltarse, señalamos ahora la idea acerca de la simultaneidad para el tracto sucesivo abreviado, plasmado en el artículo 16, inciso "d", de la Ley Nacional Registral Inmobiliaria. Con argumentos irrefutables indicó que los actos eran simultáneos si se otorgaban en el mismo día, lo que fue avalado por la doctrina y variados simposios jurídicos, y así también lo aplicó el registro bonaerense (más tarde sustentado normativamente en la DTR 5/1980) pero no el de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (art. 36 del decreto 2080/1980).

También resultaron luminosas sus ideas acerca de la calificación registral, en donde trató de colocar criterios orientadores a la más polémica cuestión del Derecho Registral, tanto en Argentina como en el mundo. Si bien ha variado ciertos aspectos periféricos de sus reflexiones, el núcleo argumental central no ha tenido sinuosidades⁸.

Finalmente, uno de los más importantes aportes realizados a la disciplina es frecuentemente desconocido. Se trata de una medular resolución contencioso-registral dictada a poco de su llegada al registro inmobiliario bonaerense, la 34/1969. Allí sentó las bases del impacto de la publicidad registral errónea frente a los compradores, resaltando la primacía del derecho de éstos cuando mediara buena fe, fundamentando la solución en las reformas de 1968. Estas ideas se plasmaron

7 García Coni, Raúl Rodolfo, "El juego de las prioridades", LL 1975-B-289 y siguientes; ídem, "La retroprioridad registral y su reserva", LL 1984-C-892 y siguientes.

8 García Coni, Raúl Rodolfo, *El contencioso-registral*, Depalma, Buenos Aires, 1981 (íntegramente dedicado a la calificación registral); ídem, "Calificación del registrador y consentimiento del cónyuge", *Revista Notarial* 793, p. 1987 y siguientes; ídem, "Las facultades del registrador para observar el incumplimiento de los requisitos del art. 1277 del Código Civil", *Revista Notarial* 811, p. 1595 y siguientes; ídem, "Encuadre de la función calificadora", *Revista del Notariado* 780, p. 1979 y siguientes.

luego en dos conocidas sentencias de 1976, una de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, en el plenario "A. de Malbin, Gladys"⁹, y uno de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, "Osswald, Federico G. c/ Provincia de Buenos Aires"¹⁰.

Las ideas basales de García Coni acerca de la publicidad cartular proyectaron ideas de varios de los trabajos de uno de los autores de este comentario (Marcelo Eduardo Urbaneja)¹¹, y las conclusiones de dos congresos nacionales de derecho registral (2009 y 2015, ciudades de Rosario y Santa Fe, respectivamente), con la Coordinación Nacional del mismo Marcelo E. Urbaneja.

Su producción bibliográfica sigue irradiando enseñanzas perdurables.

El primer libro, *Derecho registral aplicado*, se publicó en 1972 y fue a su vez el primer estudio orgánico y sistemático del plexo normativo registral de 1968¹². Contenía, además, una descripción tan aguda como inusual de los sistemas comparados, nacida de la visita del autor a registros extranjeros. Cabe recordar la coincidencia de su edición con la realización en Buenos Aires del Primer Congreso Internacional de Derecho Registral, a raíz del prestigio que Argentina adquiriría en función del decreto-ley 17.801/1968 (y que de allí en más siempre se resaltaría en los círculos académicos).

9 21/4/1976, ED 67-267.

10 22/06/1976, Revista Notarial 831, p. 531.

11 Urbaneja, Marcelo Eduardo, "Metodologías subsanatorias de inexactitudes registrales", LIX Seminario "Laureano Arturo Moreira" de la Academia Nacional del Notariado, de junio de 2010, pp. 53 a 75, publicación de la misma Institución, y Revista del Notariado, Colegio de Escribanos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en número 908, abril-mayo-junio de 2012, pp. 141 a 173; Urbaneja, Marcelo Eduardo, "Incidencia del Proyecto de Código Civil y Comercial de 2012 en algunos aspectos de la registración inmobiliaria", en *Estudios de derechos reales*. Con especial referencia al Proyecto de Código Civil y Comercial de 2012, coordinado por Nelson Gustavo Adrián Cossari, JA, 2012-IV (17/10/2012), pp. 80 a 87; Urbaneja, Marcelo Eduardo (2011): "La registración inmobiliaria argentina. Reflexiones contemporáneas en torno a sus aspectos medulares", en Conte-Grand, Julio (dir.), *Estudios de Derecho Civil con motivo del Bicentenario* (Buenos Aires, El Derecho), pp. 553-611; Urbaneja, Marcelo Eduardo (2010): "Proyecciones de la publicidad cartular frente a las inexactitudes registrales", Revista Notarial, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, N° 964, pp. 95-109; Urbaneja, Marcelo Eduardo (2009), "A propósito de las conclusiones del tema II del XV Congreso Nacional de Derecho Registral", Revista Notarial, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, N° 964, pp. 143-150.

12 García Coni, Raúl Rodolfo, *Derecho registral aplicado*, 1972, Ediciones Librería Jurídica, La Plata, provincia de Buenos Aires.

La segunda edición de la obra data de 1993 y se elaboró en coautoría con Ángel Agustín Frontini¹³. Desde el prólogo de la misma, Jorge H. Alterini señalaba el carácter clásico del texto, indispensable para quien quisiera comprender nuestro sistema registral. El libro conocería una tercera edición en 2006, siempre respetando la estructura básica original¹⁴.

En 1978 publicaría *El contencioso-registral*, que consignaba una singular visión del principio de legalidad, a través del cotejo de la función de calificación con todos los principios registrales¹⁵.

La tesis que lo convertiría en el primer Doctor en Derecho Registral de América llegaría en 1981, con *Procedimiento inscriptorio*¹⁶, en donde se abocó al examen de la estructura de los registros argentinos y de la metodología empleada con los documentos registrables.

Con *Registración inmobiliaria argentina* en 1983¹⁷ llegaría otro enfoque peculiar, en el que realizaría un análisis exegético de la Ley Nacional Registral Inmobiliaria e incorporaría el texto de artículos que proponía reformar, siempre conservando los perfiles vigentes. El prólogo de Miguel Norberto Falbo, coautor del Anteproyecto que precisamente fuera luego esa ley, le añadió un valor singular.

ACTIVIDADES ACADÉMICAS Y DOCENTES

El Dr. García Coni desarrolló asimismo una extensa tarea docente, como es natural a un jurista de su talla.

A su vocación docente se le debe la iniciativa de la fundación de la Universidad Notarial Argentina. El 29 de septiembre de 1964, el Consejo Directivo del Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, presidido por Raúl Rodolfo García Coni, aprobó el Estatuto Fundacional de

13 García Coni, Raúl Rodolfo, y Frontini, Ángel Agustín, *Derecho registral aplicado*, segunda edición, Depalma, Buenos Aires, 1993.

14 García Coni, Raúl Rodolfo, y Frontini, Ángel Agustín, *Derecho registral aplicado*, tercera edición, LexisNexis, Buenos Aires, 2006.

15 García Coni, Raúl Rodolfo, *El contencioso-registral*, Depalma, Buenos Aires, 1978.

16 García Coni, Raúl Rodolfo, *Procedimiento inscriptorio*, Fundación Editora Notarial, La Plata, provincia de Buenos Aires, 1981.

17 García Coni, Raúl Rodolfo, *Registración inmobiliaria argentina*, Depalma, Buenos Aires, 1983.

la Universidad Notarial Argentina como una institución sin fines de lucro, dedicada a los estudios de postgrado en el ámbito no sólo notarial sino del derecho, las ciencias sociales, económicas, filosóficas y políticas.

Formó parte del Consejo Directivo de la misma casa de estudios de postgrado en distintos períodos, habiendo sido elegido Rector de la misma en el año 1978.

Fue docente de la UNA por muchos años en la disciplina de Derecho Registral, en las carreras de Doctorado y Especialización en Derecho Notarial y en Derecho Registral. Los que tuvimos la suerte de contarlos entre nuestros maestros (como el caso de una de las autoras de esta nota, Elba M. Frontini) aprendimos de sus extensos conocimientos así como de una persona excelente que transmitía saberes y valores a sus educandos.

Fue director de tesis de doctorandos, quienes contaron con una completa, excelente y humana dirección, una guía con libertad y erudición.

Sin lugar a dudas podemos afirmar que fue uno de los iniciadores de la enseñanza del Derecho Registral como disciplina autónoma en las carreras de grado y de postgrado de Derecho en la Argentina.

Fue ante todo UN MAESTRO. Tanto sus clases como sus intervenciones en los numerosos congresos y jornadas que organizó y a las que concurrió eran escuchadas y consideradas por todos los concurrentes a efectos de desarrollar las conclusiones de los distintos temas y muchas de sus ideas fueron luego utilizadas para el dictado de jurisprudencia y la realización de proyectos legislativos.

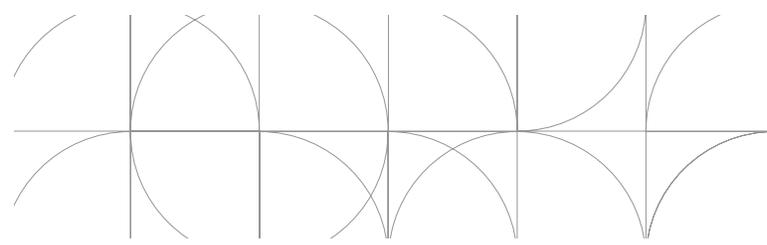
CONCLUSIÓN

Cuando el Código Civil y Comercial de la Nación de 2015 continuó consagrando el esquema tradicional, revirtiendo la primitiva idea de 2011 de los reformadores, es de estricta justicia evocar el recuerdo de quien, con su agudo decir y su esclarecido pensamiento, elaboró las pautas que colocaron a nuestro país a la vanguardia del Derecho Registral Inmobiliario internacional.

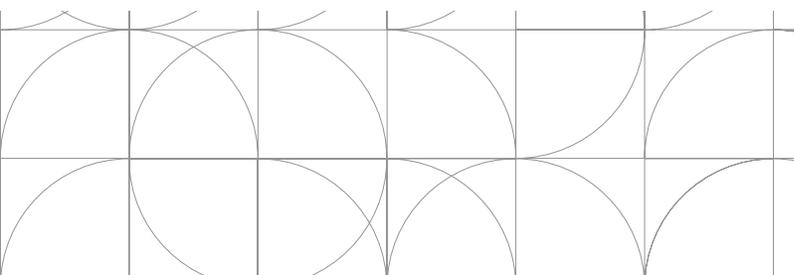
A la ilustre memoria de Raúl Rodolfo García Coni.

BIBLIOGRAFÍA

- García Coni, Raúl Rodolfo, "Constitucionalidad de los registros dominiales", Revista Notarial, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, número 729, año 1960, p. 473 y siguientes.
- García Coni, Raúl Rodolfo, "Calificación del registrador y consentimiento del cónyuge", Revista Notarial 793, p. 1987.
- García Coni, Raúl Rodolfo, "Las facultades del registrador para observar el incumplimiento de los requisitos del art. 1277 del Código Civil", Revista Notarial 811, p. 1595.
- García Coni, Raúl Rodolfo, "Encuadre de la función calificadora", Revista del Notariado 780, p. 1979.
- García Coni, Raúl Rodolfo, *Procedimiento inscriptorio*, Fundación Editora Notarial, La Plata, 1981.
- García Coni, Raúl Rodolfo, *El contencioso-registral*, Depalma, Buenos Aires, 1978.
- García Coni, Raúl Rodolfo, y Frontini, Ángel Agustín, *Derecho registral aplicado*, segunda edición, Depalma, Buenos Aires, 1993.
- García Coni, Raúl Rodolfo, y Frontini, Ángel Agustín, *Derecho registral aplicado*, tercera edición, LexisNexis, Buenos Aires, 2006.
- Urbaneja, Marcelo Eduardo, "La registración inmobiliaria argentina. Reflexiones contemporáneas en torno a sus aspectos medulares", en *Estudios de Derecho Civil con motivo del Bicentenario*, dirigido por Julio Conte-Grand y coordinado por Gabriel de Reina Tartière, Buenos Aires, El Derecho, 2011, p. 553 y siguientes.



DOCTRINA



COEXISTENCIA DE DOS MUNDOS: EL IMPACTO DEL MUNDO DIGITAL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO*

WALTER CÉSAR SCHMIDT
SEBASTIÁN JUSTO COSOLA

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Sistema notarial latino y anglosajón. 2.1. Finalidad de la exposición de los sistemas notariales. 2.2. Blockchain y bitcoins. 2.3. La seguridad de la blockchain. 2.4. ¿Blockchain viene a sustituir al notariado latino? La fuerza de la costumbre como fuente del derecho actual. El documento notarial: institución clásica. 2.5. Criptomonedas y activos digitales: ICOS, bitcoins, altcoins y tokens. 2.6. Los wallet o monederos. 2.7. Contratos inteligentes o *smart contracts* (aplicaciones *if-then* o aplicaciones condicionales). 2.8. Propiedad inteligente (o *smart property*). 3. Firma. Firma electrónica y firma digital. 3.1. Protocolo notarial electrónico y función notarial electrónica. 3.2. Seguridad jurídica no es igual a seguridad informática. 3.3. Riesgos y prevenciones. 4. Infraestructura digital notarial y protocolo digital: los cuatro aspectos relevantes a tener en cuenta. 5. Impacto.

* Trabajo presentado en la 33 Jornada Notarial Argentina (Bariloche, 20 al 22 de septiembre de 2018). Obtuvo el primer premio del jurado. Corresponde al tema I: Nuevas tecnologías.

to del mundo virtual en los derechos personalísimos. 5.1. Identidad personal, identidad digital e identidad virtual. 5.2. Domicilios: domicilio virtual y residencia digital. 6. Derecho sucesorio. 6.1. Sucesión de los bienes digitales. 6.2. Registro de voluntades digitales. 7. "Derecho al olvido". 8. *Excursus*: La función notarial creadora del derecho en el documento.

PONENCIAS

La inexistencia de un funcionario que dote de fe pública, controlando la legalidad y validez del consentimiento en los actos jurídicos en el sistema del *common law* generó que se busque mediante la industria del software las seguridades de las que carece el ordenamiento jurídico.

En el sistema notarial latino las nuevas tecnologías solo son nuevas herramientas al servicio de la función notarial fedante custodia y garante de la seguridad jurídica.

El documento digital firmado digitalmente es un instrumento privado, mientras que el firmado electrónicamente es un instrumento particular no firmado.

Es posible hablar de función notarial electrónica pero no de protocolo notarial electrónico en estos momentos.

Previo a hablar de protocolo notarial electrónico o escritura matriz digital debemos de hablar de infraestructura digital notarial a nivel país y de notarías particulares.

Seguridad informática no es seguridad jurídica. Desde una visión jurídica, para que un negocio sea válido no sólo es necesario verificar la validación de las claves sino que quien estampe la firma digital sea la persona titular de dicha firma y que además el consentimiento a dicho negocio sea prestado libre y voluntariamente, es decir sin vicios.

El inexplorado mundo digital comienza a mostrar el potencial de cambio en la redefinición de conceptos jurídicos y un enorme campo de acción notarial futuro que sólo debemos visualizar para estar a la vanguardia de las soluciones que la sociedad va a requerir y necesitar para la convivencia en dicho mundo.

01

INTRODUCCIÓN. EL IMPACTO DEL MUNDO DIGITAL EN EL MUNDO ANALÓGICO

Durante el transcurso del último medio siglo de vida -y dentro de él, especialmente, un marcado y usual impacto ocurrido en cada década-, la tecnología nos impacta de manera tal que modifica estructuralmente nuestra forma de actuar en lo personal, y lo que es aún más relevante y complejo para el derecho: en la vida de relación. En este marco, desde el siglo pasado:

a) A finales de la década del sesenta e inicios de la siguiente se crea el protocolo de comunicaciones para controlar la red militar ARPANET ocurriendo así la primera comunicación entre ordenadores de la red, compuesta en su origen, por cuatro computadoras.

b) En las postrimerías de la década de los ochenta, la humanidad asiste al desprendimiento de la red militar dando nacimiento a la red civil.

c) La década de los noventa proyecta la creación de la *World Wide Web* (*www*) y lo que generalmente denominamos internet.

d) El inicio del presente siglo marca el surgimiento de las redes sociales, con un impacto fenomenal en el mundo técnico y práctico del oficio del jurista. Por solo citar algunos de los últimos temas relevantes hacia los cuales el derecho debe dar respuesta acabada y concreta: la primer *criptomoneda*, el *Bitcoin* en dos mil nueve.

Pero eso no es todo aún. Por los tiempos que corren, asistimos a la consolidación definitiva del denominado blockchain -cuyo impacto mayor de influencia está proyectado para el año dos mil veinte- cuya naturaleza jurídica para nosotros es ser una tecnología disruptiva, solo comparable en su impacto y transformación de la vida diaria con lo que generó la Revolución Industrial o el nacimiento de internet.

En este indudable panorama, proyectar la verdad en el seno de los congresos y jornadas que abren el debate que consolida las conclusiones legítimas, es tan necesario como elemental. Se impone trabajar sobre bases ciertas, sólidas, de implementación real. Se trata, en primera instancia, de expresar la verdad, la certeza de lo que nos antecede.

Sobre lo expuesto, hay que decir que la ciencia del derecho hace tiempo que busca consolidar la cuestión de la tecnología e informática en la teoría académica. Es un trabajo arduo, que aún no se termina por consolidar ni por ni para ninguno de los operarios de la ley y de los principios. Los intentos han sido por demás de elocuentes incluso desde las disciplinas jurídicas consideradas como fuertes. Desde la iusfilosofía, Ricardo Guibourg advertía hace más de veinte años que la técnica del derecho se vería seriamente comprometida por lo que se dio a llamar, inmejorablemente, la *informática jurídica decisoria*¹. En los tiempos que corren, José Tobías caracteriza a la informática como disciplina que estudia el tratamiento racional y automatizado de la información a partir de la utilización de diversos instrumentos -computadoras y demás dispositivos- para alcanzar recepción, registro, procesamiento, conservación y uso, transcripción de datos, conocimientos y comunicaciones². Sin embargo, los recambios teóricos y prácticos mínimos y necesarios no acompañaron la celeridad del impacto tecnológico en la vida de la persona humana.

De alguna manera, incorporar la cuestión tecnológica al derecho implica admitir que muchas de las tareas clásicas del ejercicio práctico van a ir perdiendo fuerza e impulso, para dar vigor y vigencia a aquello que desde la generalidad es en la actualidad aceptado como principal herramienta de comunicación e información. Es una tarea necesaria y un desafío que el jurista juez, abogado, escribano, profesor de derecho, legislador y registrador debe afrontar con estoicismo, pero siempre teniendo presente que hay y existen bases o fundamentos inmodificables en la teoría jurídica general, y en lo que a nosotros respecta, en la notarial en particular.

La propia noción de nuevas o modernas tecnologías rápidamente es asociada al concepto de identidad, de seguridad, de rapidez y de eficiencia, generando de manera paralela otros temas que en el ideario general se vuelven moneda corriente: la siempre vigente alusión a la necesaria "eliminación de intermediarios", o la vital baja de costos relacionados con la cadena de producción, nociones relacionadas al empleo en la era de la maquinización, en-

1 Cfr. Guibourg, Ricardo, *Informática Jurídica Decisoria*, Astrea, Buenos Aires, 1993, pp. 1-10.

2 Cfr. Tobías, José W., "Derechos personalísimos", en Alterini, Jorge (DG)-Alterini, Ignacio (Coord.), *Código Civil y Comercial Comentado. Tratado Exegético*, tº I, Thomson Reuters-La Ley, Buenos Aires, 2016, p. 518.

tre otros considerandos de importancia.³ Son todos conceptos mercantilistas que, si bien válidos, en ciertos y puntuales aspectos, yerran cabalmente en ciertas fundamentaciones especiales. Así, existen determinados ámbitos de la vida comercial, social, empresarial y jurídica a los cuales los mencionados conceptos le son absolutamente ajenos y extraños.

Eficiencia -enseña la Real Academia de Letras (RAE)-, es la capacidad de realizar adecuadamente una función. Desde la lógica de los negocios fácil resulta caer en el siguiente anacronismo: tecnología = seguridad = rapidez = eficiencia = mayor rentabilidad. Esta apreciación no es aplicable a la ciencia jurídica, desde donde emergen distintos conceptos del término seguridad.⁴

En definitiva, a partir de estas premisas se vuelve imperioso analizar las puertas al "nuevo mundo" que las modernas tecnologías nos abren. Un mundo hasta hace poco desconocido, un mundo paralelo pero coexistente con el que estamos siendo y existiendo. Somos la generación que vive en dos mundos en forma simultánea: el mundo real, físico -en adelante, analógico- y el mundo virtual o digital, en el desafío por aceptar las diferencias que cada uno proyecta:

a) En el mundo analógico nuestra vida es finita, temporal, acotada; en el mundo virtual podríamos ser inmortales;

b) En el mundo analógico tenemos una única identidad, mientras que en el mundo virtual tendremos la identidad digital pero además, tantas identidades virtuales como quisiéramos;

c) En el mundo analógico nuestros bienes pueden ser escasos, sin embargo y al mismo tiempo en el mundo virtual podremos ser reyes de algún

3 Cfr. Oppenheimer, Andrés, *Sálvese quien pueda. El futuro del trabajo en la era de la maquinización*, Debate, Buenos Aires, 2018. El autor opina que la tecnología no necesariamente creará un desempleo masivo, pero sí cambiará de manera drástica la noción de lo que conocemos como un "empleo".

4 Y más profundo que ello: mientras en los ámbitos comerciales y hasta tecnológicos el concepto de seguridad solo se mira desde un aspecto técnico es decir seguridad = seguridad informática, desde el punto de vista jurídico la seguridad informática nada tiene que ver con la seguridad jurídica. La seguridad informática podrá colaborar para alcanzar el estándar de seguridad jurídica que una sociedad requiere, y el Estado debe garantizar, pero jamás, por ahora, la seguridad informática será seguridad jurídica pues hay varios aspectos que la tecnología no puede determinar.

reino o emperadores de algún imperio; y también en el aspecto patrimonial los bienes ocupan o no ocupan espacio físico: así, nuestro mundo virtual puede contener tantos libros, películas o canciones que en soporte físico ocuparían varios edificios o monumentos. El valor del patrimonio y su apreciación pecuniaria quizás sea mayor en el mundo invisible.

d) Finalmente, en el mundo analógico existen los “contratos” que son los acuerdos de voluntades a los que todos estamos acostumbrados, mientras que en el mundo virtual existen los “contratos inteligentes” que ni son contratos ni son inteligentes.

El desafío del presente trabajo es analizar el impacto de las nuevas tecnologías en la organización y en el ejercicio funcional del notariado, como también en algunas instituciones de nuestro ordenamiento jurídico. Se nos impone intentar alcanzar una pretendida “compatibilización” de ambos mundos, para poder desde ella alcanzar a comprender el alcance de algunas respuestas que hoy no presentan viables soluciones. ¿Cuáles son los efectos que genera la desaparición física del mundo analógico y como impacta en el mundo virtual? Sabemos que sucede con los bienes materiales, ahora: ¿qué es lo que sucede con nuestros bienes virtuales? ¿Y los digitales? ¿Adónde ir a buscarlos? ¿Dónde se encuentran? ¿Cómo cuidar nuestras inversiones digitales: como resguardar las criptomonedas y como asegurar que no se agoten o se extingan ante la propia desaparición física? ¿Qué clase de monedero -vida analógica- o *wallet* -vida virtual- resulta ser más seguro? ¿Y los blogs o canales de comunicación virtual -*Youtube*- que generan visitas y recaudan derechos? ¿Podría realizarse un “contrato inteligente” para que origine el cumplimiento y ejecución luego del fallecimiento? ¿Cómo podríamos visualizar el derecho sucesorio? ¿Que es el derecho al olvido? ¿Puede la persona humana seguir siendo voluntariamente inmortal en el mundo digital a pesar de la desaparición física? Estos son algunos de los interrogantes que nos plantea la convivencia entre ambos mundos que intentaremos abordar. Consecuentemente, el planteo a realizar se divide en etapas, explicativas y determinativas de las conclusiones a abordar.

02

SISTEMA NOTARIAL LATINO Y ANGLOSAJÓN

Teniendo en cuenta la función que el notario realiza, podríamos clasificar los sistemas notariales en dos, que son: el sistema notarial romano germánico -en adelante, sistema notarial latino-, con eje central en la tarea creadora del documento por un profesional del derecho, y el sistema notarial anglosajón, con un fuerte fundamento en la autenticación de firmas y copias. Otros notariados, como el soviético, son parte actual del estudio histórico de los sistemas notariales.⁵

En nuestro medio, ya la XVI Jornada Notarial Argentina puso el tema en discusión, recomendando la inconveniencia de tomar o recibir influencias del sistema del *common law*.⁶ En efecto, en aquellos países de tan cercana tradi-

5 Cfr. Cosola, Sebastián Justo, *Los efectos de la publicidad en el documento notarial (La decisión jurídica a partir de la convivencia de las instituciones jerarquizadas y de la conformación de una teoría de valores trascendentes)*, Buenos Aires, Biblioteca de la Facultad de Derecho-Universidad Austral, 2017, pp. 85-90. (Tesis doctoral).

6 La XVI Jornada Notarial Argentina celebrada en Mendoza (1976) propone un tema absolutamente interesante y poco común. Bajo el título estudio comparativo y crítico del sistema estadounidense en relación a la penetración de normas en los países de sistema latino en materia de constitución y transmisión de los derechos reales, los notarios allí reunidos consideraron que en los países de sistema de derecho anglosajón la constitución y transmisión de los derechos reales opera mediante instrumento privado sin intervención legal impuesta por un profesional del derecho, lo que en conjunto con un deficiente sistema de registración determina la existencia de vicios que afectan seriamente la seguridad jurídica que debe necesariamente imperar en el tráfico jurídico negocial. Reflexionan acerca del seguro de títulos, al que consideran absolutamente ineficaz e insuficiente como medio de acceso hacia la seguridad jurídica, ya que su misión no es suprimir riesgos sino de superar los males originados por un sistema viciado. Asimismo destacan las virtudes del sistema latino, que mediante la instrumentación pública en manos de un profesional del derecho que trae consigo el asesoramiento jurídico adecuado y la imparcialidad, conforma el más importante sistema de consolidación de los derechos reales. Las conclusiones de este punto del temario son realmente importantes, pero su tratamiento in extenso escapa a las necesidades de este trabajo. Es por ello que a estas alturas, quizás resulte únicamente conveniente destacar que en las mencionadas recomendaciones se insta a no admitir bajo ningún concepto el trasplante del sistema estadounidense para la transmisión y constitución de los derechos reales, por cuanto ello implicaría condenar parámetros fundamentales de seguridad jurídica, debiéndose en consecuencia rechazar el sistema de seguro de título, que se aleja de los principios propios de la función notarial como la matricidad, la idoneidad, la fe pública y la imparcialidad, intensificando positivamente la interacción de los notariados americanos y europeos a fin de evitar

ción en materia de derecho constitucional pero de tan lejana tendencia en materia de derecho privado, se implementa el sistema conocido como *seguro de títulos*, a través del cual se intenta cubrir los riegos que nacen de los defectos reales que ocurren, como en todos los países en donde el derecho es puesto en manos y ejercicio del hombre, en la celebración de contratos que tienen como objeto a los inmuebles.⁷ Con Olsen Ghirardi puede recordarse que el *common law* es un sistema que reconoce dos cuerpos de normas: *un derecho escrito, las leyes ordinarias originadas en el Congreso, y un derecho común, denominado common law, surgido de la actividad judicial, en las causas que constituyen en los conflictos privados un case law*.⁸ Por esta razón, uno de los elementos esenciales de la perdurabilidad del *common law* es la existencia de la doctrina del *precedente* obligatorio.⁹ Desde aquí entonces que pueda decirse que el sistema de *common law*, no otorga verdadero sustento al *documento como medio de prueba en juicio*, ya que hace prevalecer el régimen de prueba consuetudinario fundamentado en el desarrollo oral de la misma. Por el contrario, el *civil law* no solo otorga prioridad al elemento escrito, sino que además la forma escrita se erige como elemento indispensable tanto para la existencia del negocio jurídico como para su desarrollo como prueba en juicio, mucho más si se le reconoce al mismo la dación de fe.¹⁰ Desde aquí entonces que la *función notarial* en los

el desarraigo de la intervención, las costumbres y las tradiciones notariales. Cfr. Ciuro de Castello, Norma Elena (Recop.), Jornadas Notariales Argentinas (1944-2008), FEN, La Plata, 2010, p. 155 y ss.

- 7 Piazza, Marta Rosa, "Responsabilidad civil del notario. El seguro llamado de mala praxis. Sus diferencias con el seguro de título"; Armella, Cristina Noemí (Col.) *Anuario Iberoamericano de Derecho Notarial* N° 3, Madrid, 2004, p. 208 y ss. Argumenta la autora que el análisis jurídico del seguro de títulos se encuentra unido, indefectiblemente, al análisis económico de cada país y la utilización que se pretende instaurar es la del sistema imperante en los países como los Estados Unidos de Norteamérica y todos aquellos que estén regidos por el derecho anglosajón, que avalan el sistema en razón de ser necesario para el desarrollo de la economía que se encuentra únicamente sostenida por las entidades bancarias, las financieras, y las compañías aseguradoras que son las que emiten la póliza del seguro, asimilada a un contrato de indemnización contra la pérdida o el daño monetario efectivo que sufre el demandante asegurado.
- 8 Cfr. Ghirardi, Olsen, *El common law de los Estados Unidos de Norteamérica. Génesis y Evolución*, Academia Nacional del Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, p. 1. <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/artcommonlawestadosunidos> (Último acceso: 19/08/2018)
- 9 *Ibidem*, p. 4.
- 10 Cfr. Gutiérrez Zaldívar, Álvaro, "Los notarios en el *common law*", RdN 866, Buenos Aires, 2001, p. 187.

países de tradición anglosajona no tenga la trascendencia e importancia que tiene en todo el resto del mundo que adscribe al régimen de notariado latino puro, y que posiciona al notario como creador del documento e intérprete de la voluntad de las partes. El propio sistema anglosajón no permite que la función cumpla acabadamente la misión innata de la justicia, la fe y la seguridad. Y por ello es que encontramos a un oficial que en los países referidos lleva el nombre de *notary public*, que si bien reconoce orígenes en los funcionarios judiciales, no comparte en lo más mínimo ni los requisitos de acceso ni los de ejercicio de la función notarial tal cual nosotros la conocemos y valoramos. Su función es claramente *certificante*, y en ciertos estados modelo, como el de Nueva York, el *notary* es tanto oficial del estado como oficial del condado¹¹, naturaleza que es compartida en general en ese país del norte de América.¹²

Podemos así entonces recordar con Álvaro Gutiérrez Zaldívar que en general los países que presentan este sistema de ejecución jurídica -y a pesar de algunas diferencias meramente formales- reconocen a un oficial que no es un profesional del derecho, que no brinda asesoramiento legal -salvo que sea abogado, aunque en la práctica es altamente infrecuente-, ni puede aconsejar sobre la redacción jurídica de un documento; es además un oficial que cumple para el acceso mínimos requisitos formales -en general, no tienen examen de aptitud para el ingreso al oficio-, como tener la edad mínima requerida, sin exigencia de la ciudadanía, saber leer y escribir, entre otros recaudos meramente formales.¹³

2.1.

FINALIDAD DE LA EXPOSICIÓN DE LOS SISTEMAS NOTARIALES

Es importante establecer las considerables diferencias entre el sistema notarial latino y el sistema anglosajón porque principalmente la industria del software se encuentra en los Estados Unidos. Claramente, el origen, la perspectiva, y especialmente las carencias y deficiencias del sistema notarial

11 Cfr. Piombino, Alfred E., *Notary Public Handbook. A guide for New York*, East Coast Publishing, Poughkeepsie, New York, 1993, p. 1.

12 Cfr. Cárdenas Montfort, Emilio, *Notarial services in Nafta. The North American Free Trade Agreement*, author edition, Montreal Canada, 2004, p. 17.

13 Cfr. Gutiérrez Zaldívar, Álvaro, II Reunión Anual de la National Notary Association: informe del delegado del Colegio de Escribanos de Capital Federal, RdN 772, Buenos Aires, 1980, p. 1047.

anglosajón es lo que permite que se originen ideas que intenten brindar las soluciones para el hombre y la mujer de nuestros días a partir del software y de toda otra herramienta de similar naturaleza.

Cuando se nos plantea el tema de firma digital hablamos de “autoridad certificante” en firma digital, ya que en el sistema anglosajón no existe la figura del tercero imparcial que dota de fe pública a los actos jurídicos, controlando la legalidad y validez del consentimiento, función que ejerce el notario en el sistema notarial de tipo latino. Por ello, en el sistema anglosajón, y en ese escenario, se pensó en la “autoridad certificante” como tercero imparcial que acredite la identidad de las personas para darle un mínimo de seguridad. En nuestros países, el notario además de ser certificante, es creador imparcial, asesor y jurista que dirige la voluntad de las partes hacia su consolidación legal, dentro de los cánones que ordena seguir el derecho multicultural actual.

Los nuevos usos que se empiezan a ver para la utilización de la tecnología *blockchain* como la utilización en los registros de la propiedad, o registros de títulos de propiedad, todos con sus bemoles (principio de la no obligatoriedad de la inscripción, inexistencia de la teoría y práctica del instrumento público con efectos probatorios y ejecutivos, etc.).

Nuevamente: son siempre soluciones que se plantean a partir de las propias deficiencias del sistema documental y profesional anglosajón. Es por ello que cada vez que pensemos en tecnología y comencemos a tratar estos temas nunca podemos dejar de lado que estas soluciones fueron pensadas a partir de la carencia de un notariado de tipo latino en el sistema anglosajón. Sabiendo que seguridad informática no es seguridad jurídica, a partir de esta premisa debemos estudiar las soluciones que ellos encuentran a sus problemas. De esta forma se nos hará mucho más fácil comprenderlas y no caer en los errores habituales de creer que vienen a sustituir la profesión cuando en realidad no son más que nuevas herramientas al servicio de las personas, y en nuestro caso al servicio de la función notarial. El tratamiento de algunas de las modernas herramientas designadas es lo que sigue, en modo descriptivo.

2.2. BLOCKCHAIN Y BITCOINS

El primer día de noviembre del año dos mil ocho, Satoshi Nakamoto publica en una lista de correo de criptografía un artículo denominado "Bitcoin. Sistema de dinero efectivo electrónico de usuario a usuario". Poco tiempo después, el tres de enero del año siguiente, el mismo Nakamoto publica en la misma lista de correo *el software que da nacimiento al bitcoin, la primera criptomoneda o moneda digital.*

El Bitcoin se basa en la tecnología de red blockchain, conocida como cadena de bloques. Definir la blockchain es muy difícil pues tiene tantas aristas y funcionalidad que dependiendo desde donde se la analice es posible dar distintas definiciones. Sin embargo si la circunscribimos al mundo de las criptomonedas podemos decir que la red blockchain es una red de ordenadores distribuida cuyos pilares fundamentales son los "mineros" y la "prueba de trabajo". Todo el ecosistema de esta red se basa en la "prueba de trabajo".

Blockchain se crea para crear dinero efectivo (cash) digital, nace como respuesta a la crisis de confianza generada por los bancos con las hipotecas *sub-prime* en los Estados Unidos. A través del blockchain se elimina la intermediación de los bancos en la transferencia de dinero digital entre personas.

El papel moneda, propio de la realización de la mayor cantidad de transacciones en nuestro medio, presenta dos propiedades fundamentales. La primera es el anonimato: las partes puede hacer la transacción sin revelar su identidad. La segunda se refiere a la descentralización: el pago se realiza de manera directa entre las partes, sin que intervenga un banco u otro agente. Ese dinero es el utilizado habitualmente para las operaciones económicas, lo que implica además admitir en nuestras naciones la fuerza de la costumbre como fuente del derecho en este tema específico (art. 1 CCyC).

La creación de dinero digital debía de cumplir con las dos referidas propiedades del dinero efectivo, y además superar dos grandes desafíos como son: a) la doble emisión o doble gasto de la moneda, y b) la instrumentación de un mecanismo o herramienta que haga innecesaria la creación de un ente o Institución reguladora y que este mecanismo genere la confianza suficiente para que las personas inviertan en esta nueva moneda.

El funcionamiento de blockchain puede advertirse desde otra perspectiva, si se lo hace desde el mundo analógico. Se ha definido a blockchain como

un gran libro contable. Cuando hablamos de blockchain hablamos de dinero digital. Vulgarmente hablamos de dinero digital cuando tenemos dinero en un banco y lo gastamos con la tarjeta de crédito y/o débito, lo cierto es que eso no es dinero digital, será dinero electrónico, que previamente hemos llevado como dinero físico al banco a depositar en la cuenta. El banco lleva un libro contable donde dice que cantidad de dinero tiene cada persona y todos confiamos en el banco como institución. Cuando el banco paga a alguien, debita el monto de una cuenta. En *blockchain*, donde no hay institución, imaginemos que creamos dinero en internet que no tiene su respaldo en dinero físico y decidimos que uno de los usuarios lleve esa contabilidad, todos deberíamos confiar en él. Pero en la web muchos somos anónimos y desconocidos, por lo tanto esto no funcionaría, ni tampoco cumpliría con ninguna de las dos propiedades del dinero digital ya mencionadas: anonimato y descentralización. Para sortear estos inconvenientes se encuentra la solución haciendo que todos los usuarios tengan la posibilidad de tener una copia de ese “libro contable” y, además, para hacer un nuevo asiento, es decir para restar un monto a una cuenta y acreditarlo a otra, todos los usuarios de la red deben de estar de acuerdo, es decir debe existir consenso. Con este mecanismo tan sencillo pero complejo tecnológicamente se consiguió crear dinero digital en internet.

En el mundo analógico, el banco posee un libro contable. Ese libro contable está conformado por páginas y cada una de esas páginas tiene un tamaño determinado que nos permite colocar una determinada cantidad de transacciones. En el mundo digital al “libro contable” vamos a dejarlo de llamar “libro contable” y lo vamos a llamar, “cadena de bloques”. A las “páginas” vamos a llamarlas “bloques”. Se llama cadena de bloques porque cada “página” está referenciando a la anterior y posterior, es decir cada bloque está enlazado con el anterior y también con el posterior. En cada bloque se anotan las transacciones, y la red *Bitcoin* prevé la creación de un bloque cada 10 minutos.¹⁴

14 Hay muchas otras piezas que existen para que no se pueda modificar y para que el sistema sea seguro, una de ellas es “la prueba de trabajo”. Para generar un nuevo bloque es necesario realizar una “prueba de trabajo”. La prueba de trabajo es la resolución de un algoritmo matemático con el fin de determinar quién propone el siguiente bloque en la cadena principal. En este proceso se verifica que las monedas utilizadas no hayan sido gastadas anteriormente para así evitar el doble gasto. Esta prueba de trabajo es realizada por servidores que se denominan “mineros”. Los mineros son los que mantienen la seguridad del sistema y validan las transacciones. A cada minero que resuelva la prueba y logre crear un nuevo bloque se le

2.3.

LA SEGURIDAD DE LA BLOCKCHAIN

La seguridad de blockchain se basa en su estructura de red descentralizada y de aceptación de cada uno de los bloques a través del consenso de los mineros (nodos) que en ese momento están en la red. Para dimensionar e imaginarnos el funcionamiento de la red Bitcoin en estos momentos hay 11.094 nodos repartidos en 105 países que se encuentran tratando de resolver los bloques de blockchain. Dijimos que los mineros deben resolver cada 10 minutos el algoritmo matemático que permita la creación de un bloque. Ese bloque una vez creado y aceptado por el resto de los demás nodos se incorpora a la cadena de bloques y se comienza a generar la creación de un nuevo bloque, todo esto cada 10 minutos. Una vez que se generó el bloque ya no se pueden agregar más transacciones a las existentes, aunque se podrían cambiar una o varias de las transacciones que se encuentren registradas. Pero para cambiar esa o esas transacciones debo contar con el consenso del resto de los nodos existentes en la red para que validen el cambio y así poder lograr cambiar la mencionada transacción.¹⁵

En definitiva la red blockchain es segura en términos informáticos. La red nos garantiza la fiabilidad de la información y además la transparencia de la

“paga” con Bitcoin mediante la creación del mismo . Está programado que solo se emitirán 21.000.000 de Bitcoin y el último de ellos será “minado” en el 2140. Los bitcoins son divisibles hasta en ocho (8) decimales, es decir que un Bitcoin puede dividirse hasta en 0,00000001 y uno puede adquirir la cantidad de decimales de bitcoins que quiera o pueda. Para evitar el uso de tantos decimales algunas aplicaciones permiten denominar al bitcoins en unidades mas pequeñas. Así nacieron los “bits” y los “satoshi”. El bits equivale a 0,000001 bitcoins o lo que es lo mismo un millón de bits equivale a un bitcoins mientras que cien millones de satoshis equivalen a un bitcoins. El satoshi es la última fracción no divisible.

- 15 Todo esto debe ocurrir mientras que otro bloque no se haya creado ya que cada bloque está “encadenado” al bloque anterior y al bloque siguiente, porque si ya se creó otro bloque posterior necesito el consenso de toda la red no solo para modificar el bloque que quiero modificar sino todos los bloques posteriores. Si quisiera modificar una operación que se hizo hace 24 horas no sólo debería de modificar la operación del bloque que la generó sino que además necesitaría el consenso de toda la red para modificar los 144 bloques posteriores. Si crear un nuevo bloque requiere de un gran esfuerzo tecnológico con resolución de algoritmos matemáticos imaginemos el esfuerzo y la complejidad que sería modificar y lograr el consenso de todos los nodos en la red porque he querido modificar una transacción de hace un tiempo. Por ello se dice que es casi imposible la modificación de la red.

misma ya que cada uno de nosotros podría ver el historial de todas las transacciones que se hicieron desde el referido tres de enero de dos mil nueve en el que se minó el primer Bitcoin. La tecnología blockchain tiene virtudes pero también tiene limitaciones que son necesarias exponer. Si es casi imposible la modificación de un dato en una blockchain pública, ¿qué ocurriría si se ingresa un dato erróneo, ya sea por dolo o error del operador? ¿No generaríamos una falsa creencia de verdad en el dato cuando en realidad el mismo no es correcto?

2.4.

¿BLOCKCHAIN VIENE A SUSTITUIR AL NOTARIADO LATINO? LA FUERZA DE LA COSTUMBRE COMO FUENTE DEL DERECHO ACTUAL. EL DOCUMENTO NOTARIAL: INSTITUCIÓN CLÁSICA

Pensar, solo imaginar que una cosa así puede ocurrir es apresurar un resultado que de ninguna manera puede ocurrir. Si convenimos en que blockchain viene a sustituir al notariado, retornamos entonces a la ya antigua discusión notarial referida a lo mismo, solo que con la firma digital; lo mismo que pensar que el programa Autocad suplanta al arquitecto, o Ross a los abogados. Blockchain es una nueva herramienta producto de la evolución tecnológica del mundo. Evolución que no frena desde que se la denominara Aldea Global, internet, y la era o el siglo de las comunicaciones a través de medios electrónicos. Reiteramos, así como nació la maquina de escribir, la computadora, internet, firma digital y ahora blockchain, todos fueron medios de servicios puestos al alcance de los profesionales para que pueda sobre ello trabajarse, mejorar la calidad de vida de las personas, en base a la seguridad, la justicia y la certeza. La máquina de escribir no cambio la función notarial, solamente hizo que el notario dejara la pluma para escribir de otra manera; internet no modificó la función notarial, salvo en lo relativo al envío de información telegráfica que ahora se realiza vía electrónica; la firma digital no terminó con la función notarial, todo lo contrario: le permite tener sobre ella un determinado control. Lo mismo pasará con el blockchain, una nueva herramienta que, bajo la pretensión de celeridad y rapidez en las transacciones dinerarias, necesitará de los valores notariales relacionados con lo que nuestros primeros maestros nos enseñaban acerca de las operaciones notariales de ejercicio: información, asesoramiento, audiencias, puntos de acuerdo, asimilación del negocio a la ley y los principios, inversión realizada en base a la certeza y a la seguridad.

Pero además de ello, blockchain es una base de datos que se puede convertir en una base de Registro de la Propiedad, o del Registro que se quisiera, con una ventaja respecto de los existentes pues la estructura de red distribuida donde cada uno de los miembros de la red puedan tener una copia del archivo aportaría la transparencia requerida de todo organismo público, sería una gran herramienta contra la discrecionalidad de los funcionarios públicos y una gran arma en contra de la corrupción de la administración pública pues el historial de cada uno de los movimientos que tengan cada uno de los registros quedarán registrados en la cadena de bloques. Si pensamos en el Registro de la Propiedad casi se eliminaría la posibilidad de fuga registral, la pérdida o reconstrucción de una matrícula sería de muy fácil solución pues el hash (resumen) de la matrícula se encuentra dentro de la cadena de bloques y se podría recuperar invocando el archivo digital.

Empero, no desconocemos que la misma no deja de ser una base de datos y como toda base de datos registra lo que se quiera registrar, pero sin control de legalidad y veracidad de lo que se registra la información que se ingrese puede llegar a ser falsa o errónea, dando lugar a mas problemas que soluciones, éste es uno de los límites de esta tecnología.¹⁶ Si queremos registrar instrumentos privados tendremos una hermosa base de datos completa de instrumentos privados, con los efectos que el ordenamiento les da a los instrumentos privados, pero el hecho que se haya registrado no quiere decir que ese instrumento goza de los atributos de un instrumento público y mucho menos si lo que buscamos con la registración de los documentos públicos no sólo es la publicidad a terceros sino alcanzar un bien superior como es lograr la paz social.

En definitiva, como puede bien advertirse, blockchain es una nueva herramienta que aporta una transparencia nunca antes vista en razón de los avances científicos y tecnológicos con los que cuenta la humanidad actual; pero de ninguna manera viene a sustituir la función notarial, ni siquiera en la faz de custodia y conservación del documento pues en la cadena de bloques no se guardan los documentos sino solo un hash (resumen) del mismo que hace re-

16 Infobae del lunes 20/08/2018. Ver en <https://www.infobae.com/cripto247/bitcoin/2018/08/19/blockchain-es-ferpecto-cuales-son-los-limites-de-la-criptomoneda-mas-conocida/>

ferencia a la existencia del documento. El documento se registra en otra base, es por ello que decimos que la blockchain no cumple con la función de archivo ni custodia del documento.¹⁷ E insistimos, todo esto sin dejar de tratar el tema de la costumbre como fuente primordial del derecho, la misma que con el antiguo régimen era solo obligatoria si se transformaba en un uso repetido y reiterado en el tiempo y por varios miembros de una determinada comunidad, y que hoy es fuente primaria del derecho unificado privado y constitucionalizado actual (arts. 1, 2 y 3 CCyC).¹⁸ La sola costumbre determinará que en nuestras naciones el documento en el formato tradicional siga existiendo. Con bemoles, con el aprovechamiento de la tecnología puesta al servicio del hombre y de la mujer problematizados de nuestros días, que requieren respuestas concretas a cuestiones que requieren vital atención. Si sobre esto sostenemos que el moderno ordenamiento nacional incorpora las nuevas instituciones, elimina las antiguas y obsoletas y a la vez, conserva a las clásicas, sin duda alguna la teoría del documento notarial se erige inmutable, casi como en el Código Civil Argentino de Vélez Sarsfield, después de tanto tiempo, y con todo el derecho de haber sufrido, al menos en la parte informática, alguna modificación fehaciente. El documento notarial se mantiene incólume porque se enrola dentro del concepto de institución tradicional que son en definitiva, las que perduran a través del tiempo de los tiempos, porque son las que la humanidad necesita para gozar de credibilidad, seguridad y confianza, y hoy, de los valores más trascendentes que el derecho proclama y defiende, la justicia y la paz.

17 En el mundo Suecia, Georgia y Nicaragua están trabajando con esta tecnología para los Registros de la Propiedad Inmueble, mientras que en Estonia se está trabajando con el Registro Civil. En la Argentina el almacenamiento de los registros contables de las nuevas sociedades por acciones simplificadas (SAS) así como los registros públicos de las gestiones virtuales comprendidas en los trámites a distancia (TAD) están desarrollados utilizando la tecnología blockchain. NIC Argentina, la Cámara Argentina de Internet - CABASE y la Asociación de Redes de Interconexión Universitaria (ARIU), colaborarán en el desarrollo de una plataforma multiservicios de alcance federal basada en la tecnología Blockchain, la que permitirá la utilización de aplicaciones verticales pensadas para hacer contratos, transacciones y un sinnúmero de otras operaciones y estaría operativa antes de fin del año 2018.

18 Cfr. Aguiló Regla, Josep y Vigo, Rodolfo, *Fuentes del derecho, dos visiones*, Astrea, Buenos Aires, 2018, pp. 86-87.

2.5.

CRIPATOMONEDAS Y ACTIVOS DIGITALES: ICOS, BITCOINS, ALTCOINS Y TOKENS

Es imposible soslayar la temática de las criptomonedas y activos digitales cuando hablamos del impacto de las nuevas tecnologías y el mundo digital. La extensión del tema y la limitación del trabajo nos impide desarrollarlos en profundidad pero esbozaremos solo un concepto como introducción a cada uno de los temas y contextualización de ellos.

Los nuevos proyectos criptográficos requieren de una inversión inicial para el inicio o el desarrollo del mismo. Normalmente los desarrolladores presentan su proyecto a la comunidad de inversionistas mediante un documento “white paper” donde explican el proyecto a realizar, la potencialidad de uso y aceptación del mismo, la proyección a largo plazo, los desarrolladores del proyecto, además determinan sus áreas, la cantidad de tokens a crear, y la administración de los fondos recaudados, sus depósitos, forma de llevar sus registros y su ejecución. Estos estándares son esenciales para que el inversionista pueda evaluar y convencerse de la solidez y sustentabilidad del proyecto. Una vez presentado el proyecto se realiza la oferta inicial de moneda “Initial offering of coin (ICO)” cuya función es recaudar los fondos necesarios para iniciar el proyecto, es decir cada proyecto ofrece a la venta *token* de su proyecto, que los inversionistas adquieren aportando *criptomonedas* y generando el fondo de dinero necesario para la ejecución del proyecto. Previo a conceptualizar a las criptomonedas es importante definir y distinguir el dinero electrónico del dinero digital¹⁹, para luego sí definir a la *criptomoneda* y las monedas virtuales.

La *criptomoneda* a toda aquella moneda creada mediante un sistema criptográfico que utiliza su propia cadena de bloques y sirve como medio de pago en el mundo físico. No tienen un emisor concreto sino que su emisión y seguridad se basa en criptografía. Son una especie de dinero digital que tiene la capacidad de interactuar como medio de pago con el mundo físico o analógico y

19 Se entiende por dinero electrónico a cualquier intercambio de dinero que se haga por un medio electrónico ya sea moneda fiduciaria como dinero digital. Es dinero electrónico el dinero físico que se ve reflejado en un formato electrónico. Pagamos con dinero electrónico cuando pagamos con tarjeta, o mediante home banking. Se entiende por dinero digital todo aquel que es creado o existe en el mundo digital sin soporte físico. Dentro del dinero digital podemos distinguir a las criptomonedas y a las monedas virtuales.

el mundo digital, en consecuencia toda *criptomoneda* es también dinero digital y electrónico.²⁰

Se entiende por *monedas virtuales* todas aquellas que para su creación no necesitan necesariamente de una cadena de bloques y solo tienen la capacidad de interactuar en el mundo digital, para adquirir bienes virtuales, normalmente circunscripto a un determinado espacio digital. Son creadas por empresas y poseen un emisor determinado. Un ejemplo de moneda virtual serían las monedas de los juegos o videojuegos donde se puede tener dinero pero para comprar los bienes en dicho juego o ámbito circunscripto. En consecuencia toda moneda virtual es dinero digital.

Es importante comenzar a familiarizarnos no solo con los diferentes conceptos sino además poder visualizar que ya se han efectuado venta de inmuebles con bitcoins en España. En Argentina también hay ofrecimientos de departamentos donde se aceptan bitcoins. Ocurre lo mismo en Miami, Nueva York, Dubai, Distrito Federal de México y Tokio entre otros.

La palabra *token* tiene varios significados dependiendo el campo de acción del cual estemos hablando. En programación informática es un elemento del lenguaje de programación. En el campo de la seguridad informática es un dispositivo físico electrónico que permite almacenar claves criptográficas como la firma digital o datos biométricos como la huella dactilar. También dentro del mismo campo un token es una aplicación móvil (token de los bancos) que permite realizar operaciones de manera segura con una entidad determinada. En el campo de las finanzas se entiende por token a la representación digital de cualquier cosa que pueda estar en el comercio. Token es un nuevo término para una unidad de valor emitida por una entidad privada. De la misma forma que existen las criptomonedas, existen las acciones virtuales de una empresa. A esas acciones virtuales las denominamos token. El token es una nueva herramienta de inversión a través de la blockchain. Puede tener funciones de medio de pago pero además puede ser la representación de una acción o de los títulos valores, un producto, una casa, puntos en la tarjeta o en un

20 El Bitcoin fue la primera criptomoneda creada. Luego del Bitcoin se crearon muchas monedas más como el Litecoin, Z-Cash, Bitcoin Cash, Ethereum, Ripple, Monero entre otras, las cuales se denominan como "altcoins" o monedas alternativas, para diferenciarlas de la criptomoneda fundacional, el Bitcoin.

comercio, kilogramos de soja, kilovatios de electricidad, etc. Permite que todo pueda ser comercializable. El token se lo podría asimilar a una ficha de casino o de videojuegos. Cuando vamos al casino o a una sala de videojuegos, no podemos jugar con dinero sino con “fichas” que representen dinero. En este caso a las “fichas” del mundo físico las denominamos “token” en el mundo digital.

A diferencia de las criptomonedas cuya creación y generación no está regulada por ninguna empresa o entidad sino que la descentralización es una de sus cualidades esenciales, los token son generados por empresas en una blockchain ya existente que admite contratos inteligentes (*smart contracts*). Cada empresa o cada proyecto criptográfico que realiza su ICO, crean su propio token como parte del proyecto. Quienes invierten en ellos lo hacen pensando que en el futuro el valor de esos token va a aumentar en base a la potencialidad del proyecto emprendido.

Si un token es la representación de cualquier cosa que se encuentre en el comercio, podría ser la representación de un derecho sobre un inmueble o de la parte indivisa de un inmueble, pudiendo hablar entonces de la “tokenización de los inmuebles”, o podría ser el derecho de uso del mismo por tiempo determinado o indeterminado, pudiendo pensar en la evolución del instituto del tiempo compartido, ahora en formato digital. Debemos de pensar que en la fase inicial de la tokenización deberíamos de generar una “certificación notarial” que le otorgue la aptitud necesaria para el financiamiento de “tokenización de activos” entre ellos los inmobiliarios y expedir por cada propiedad un “Certificado notarial que identifique al titular con el derecho, calificando su legitimidad”. Al negocio del *crowdfunding* inmobiliario solo le queda pendiente la asignación de token a los derechos que la participación de cada inversor tiene.²¹

Es cierto que “la tokenización” está en una fase muy prematura, no solo por la falta de regulación internacional sino además por lo complejo que resulta comprender el concepto para su uso corriente entre los usuarios no tecnológicos. La tokenización inmobiliaria solo es cuestión de tiempo y el notariado debe proponer las herramientas y soluciones necesarias para una segura y certera comercialización de estos activos.

21 De la Fuente, Juan Ángel, “La tokenización de los inmuebles y el notariado”, Revista Internacional del Notariado (RIN) N° 123, p. 73, mayo de 2018.

2.6. LOS WALLET O MONEDEROS

Los monederos, también llamadas billeteras, son aplicaciones o herramientas informáticas que nos permiten guardar, enviar y recibir criptomonedas y criptoactivos donde nos indica el saldo e historial de todas nuestras transacciones. Estas aplicaciones se bajan al teléfono o la PC.

Un monedero puede tener múltiples direcciones donde recibir criptomonedas y todas ellas pueden ser válidas. Existen distintas clases de monederos las cuales podemos clasificar teniendo en cuenta su facilidad de uso y seguridad. Cuanto más fácil su uso menos seguro es el resguardo de nuestras criptomonedas y activos digitales.²²

La particularidad de estos monederos es que no requieren de nuestros datos personales para ser utilizados. La forma de acceder a ello es mediante la contraseña que, al inicio, se estableció para el acceso al mismo. Mas allá de este acceso todos los monederos tienen una forma de *back up* para el caso de pérdida, robo o destrucción del teléfono o la PC.²³

22 Yendo de lo más fácil e inseguro hasta lo más difícil y seguro para su uso tenemos a los Exchange o "casas de cambio de criptomonedas y criptoactivos". El manejo es similar a una cuenta corriente de un banco (por ejemplo LocalBitcoins.com). Luego vienen las carteras en línea que son sitios web donde el usuario tiene el manejo de su clave privada (por ejemplo Blockchain.info). Un poco más difícil el uso pero más seguro el control de sus fondos son las "aplicaciones de cartera" o "carteras por software" que son aplicaciones que se bajan a la PC o dispositivo móvil (por ejemplo Bitpay). Por último, las carteras más seguras son las "carteras por hardware" (por ejemplo Trezor). Existen también las carteras de papel.

23 Con este back up uno puede restablecer los fondos que tenía y recuperar el dinero en dicho monedero. Uno de los problemas que existen con este back up es que cada uno de los monederos tiene un método especial. La forma más utilizada consiste en la utilización de 12 o 24 palabras. Al momento de crear el monedero nos informan estas 12 o 24 palabras para el caso de pérdida del mismo. Para recuperar los fondos debemos escribir esas 12 o 24 palabras en el mismo orden que nos dieron al momento de crear el monedero. Otro de los problemas es que si esas palabras las dejamos al alcance de cualquier persona, quien las vea podrá restaurar los fondos en otro monedero y transferirlo, perdiendo nosotros todas nuestras criptomonedas y activos digitales. Otro método de back up seguro son los "monederos de papel". Estos monederos se crean en la Web con una dirección pública y privada, se transfieren los fondos que tengamos a esa dirección e "imprimimos el monedero en soporte papel". En dicha impresión estará nuestra clave pública como la clave privada. Para poder utilizar estos fondos deberemos abrir nuevamente un monedero en la web e importar nuestros fondos a la cuenta abierta en el nuevo monedero. Hay que tener en cuenta que cada vez que transferi-

La importancia de saber cómo funciona cada una de estas aplicaciones nos permite dimensionar los riesgos y consecuencia del uso de las mismas así como poder encontrar y brindar soluciones a los usuarios de los mismos.

Uno de los mayores problemas que se plantean es que la pérdida de la contraseña para el acceso a los monederos que poseemos así como la imposibilidad de recordar o de acceder a las 12 o 24 palabras en el orden correcto que se necesitan para el *back up* del monedero hace que se pierdan todos los fondos que allí existían. Debemos recordar que, en virtud de la pretensión de anonimato que rige a las criptomonedas y los criptoactivos, la creación de cuentas no se vincula a ninguna persona sino solamente a una clave pública (dirección de la cuenta) y una clave privada (contraseña para acceder a la misma). En consecuencia esa desvinculación a una persona física hace imposible el recupero de todos los fondos en caso de pérdida del dispositivo, extravío u olvido de la clave de acceso a la cuenta o fallecimiento del titular de la cuenta sin que haya previsto la posibilidad que tanto él como sus herederos puedan recuperar o acceder a la misma. A este problema se le suma que el conocimiento de parte de alguna persona de la clave privada o de las 12 o 24 palabras que se necesitan para recuperar la cuenta permiten la sustracción de esos fondos de parte del titular, con lo cual nos encontramos con el problema que si terceras personas conocen dichos datos podrían sustraernos los fondos, pero si no los conocen y nosotros no tenemos la posibilidad de poder acceder a ellos ya sea porque nos incapacitamos o fallecemos dichos fondos se pueden perder para siempre.

Teniendo en cuenta lo dicho una posible solución a ello, nuevamente la función notarial se encuentra preparada para enfrentar el problema en auxilio de quienes han sufrido las pérdidas o los deterioros. De esta manera, con las herramientas que hoy poseemos, podría el titular solicitar notarialmente un acta de manifestación que incluya un sobre cerrado, solicitando la protocolización del mismo y que en el futuro, sea entregado a su curador en caso de su propia incapacidad o a sus herederos en caso de fallecimiento. Esta no sería la mejor solución salvo que el requirente tenga un solo monedero y no lo cambie nunca, cosa bastante improbable. De no ser así, podría pensarse en la redacción de un testamento, o quizás en una solución de carácter informáti-

mos los fondos del monedero de papel a la nueva cuenta se transfieren todos los fondos que existen en ese monedero no siendo posible pasar una parte de esos fondos.

co. Estamos pensando en soluciones que no existen pero que seguramente el notariado deberá de pensar como nuevas formas de prestación de servicios.²⁴

2.7.

CONTRATOS INTELIGENTES O SMART CONTRACTS (aplicaciones if-then o aplicaciones condicionales)

La denominación de contrato inteligente (*smart contract*) fue creada en mil novecientos noventa y cuatro por el jurista y criptógrafo estadounidense Nick Szabo y lo define como “un conjunto de promesas, especificadas en forma digital, incluidos los protocolos dentro de los cuales las partes cumplen las otras promesas”.²⁵

Un contrato inteligente es un programa informático que, cumplidas las condiciones establecidas en él, autoejecuta las prestaciones de forma autónoma sin necesidad de intervención humana. Los contratos inteligentes no solo interactúan con las personas sino además que lo puede hacer con programas u otros contratos inteligentes. Al estar en la blockchain su código de programación es abierto, visible, verificable por todos, e inmodificable aún cuando se encuentre una vulnerabilidad o falla de seguridad en la programación. En esto se acerca mucho a un contrato de adhesión. Las características que tienen estos contratos son la rapidez, autoejecutabilidad, seguridad y redactado en lenguaje de código informático.

24 Imaginemos la posibilidad de un servicio de *web hosting* notarial seguro al cual solo pueda acceder el requirente directamente y en el cual pueda ir actualizando cada una de las claves de sus monederos, como así también las claves de 12 o 24 palabras de recupero y que en caso de fallecimiento del mismo pueda el juzgado solicitar toda esa información a los efectos que los herederos no pierdan las criptomonedas o criptoactivos que el causante posea.

25 Szabo, Nick, “Smart contracts: building blocks for digital markets”, año 1996. Esta definición es una evolución de la definición dada oportunamente en 1994 donde decía que “Un contrato inteligente es un protocolo de transacción computarizado que ejecuta los términos de un contrato” en su trabajo “The idea of smart contracts”. En aquel momento Szabo teorizaba y predecía la utilización de estos contratos pero a la vez mencionaba que no era factible su uso por el desarrollo de la tecnología existente. Para la viabilidad de estos contratos es necesario que existan transacciones programables y criptomonedas (o moneda digital descentralizada en la idea de Szabo). Tuvo que esperar hasta el 2008 con la creación de Bitcoin y la tecnología blockchain para hacer realidad la idea planteada quince años antes.

Hablemos de la conceptualización dada por Szabo de “contratos inteligentes” que hoy se utiliza, ¿son realmente contratos? ¿Son realmente inteligentes? Teniendo en cuenta la lógica de programación y ejecutabilidad que dichos programas utilizan podríamos hablar de “aplicaciones if-then”²⁶ o “aplicaciones condicionales”. Cuando hablamos de “inteligentes” el mismo Szabo al definirlo dice que no está hablando de “inteligencia artificial”. La denominación de “inteligente” se asemeja más a la autonomía y autoejecutabilidad de las prestaciones. La inteligencia tiene que ver con la capacidad de unir conceptos diferentes y asociarlos y más cercano a esto con la capacidad de decisión propia o la voluntad, cosa que aquí no existe, por lo cual la denominación de inteligente no refiere a la capacidad de tomar decisiones por sí mismo sino que refiere a la autonomía y autoejecutabilidad de las prestaciones.

Para saber si la denominación de “contrato” es correcta debemos recurrir al articulado del CCyC. En él se nos dice: “Contrato es el acto jurídico mediante el cual dos o más partes manifiestan su consentimiento para crear, regular, modificar, transferir o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales”. De conformidad con el artículo doscientos ochenta y seis del CCyC el mismo expresa que “la expresión escrita... puede hacerse constar en cualquier soporte siempre que su contenido sea representado por texto inteligible, aunque su lectura exija medios técnicos”. La RAE establece que el significado de inteligible es “que pueda ser entendido”. Si bien es cierto que el lenguaje de programación puede ser entendido por expertos, no es el sentido que el CCyC adopta sino que el propio ordenamiento lo hace con un sentido que cualquier persona pueda entenderlo para así poder prestar su consentimiento a lo que está firmando. Es por ello que creemos que el lenguaje de programación no cumpliría con las formas establecidas para que los “contratos inteligentes” puedan ser denominados contratos. Autores de la magnitud de Guido Alpa han reconocido que el derecho de los contratos puede modernizarse y seguir una adecuada evolución, que no puede desconocer sus elementos iniciales, esenciales -consentimiento, objeto, causa y forma- ya que la unión de los mismos generará a las mayores probabilidades de justicia contractual.²⁷

26 Recordando a aquellas añejas instrucciones de “Basic” en los inicios de los lenguajes de computación, donde se expresaba si (if) tal cosa ocurre, entonces (then) tal cosa sucede.

27 Cfr. Guido Alpa, *El contrato en general. Principios y problemas*, Instituto Pacífico, Lima (Breña), 2015, p. 489.

2.8. PROPIEDAD INTELIGENTE O SMART PROPERTY

Junto con la llegada de los contratos inteligentes es posible extender dicho concepto a la propiedad. Podríamos hablar de “propiedad inteligente”.²⁸

Si juntamos las características de los contratos inteligentes con la creatividad de los desarrolladores, el avance exponencial de la tecnología y la Internet de las Cosas (IoT) la potencialidad en esta clase de contratos de ejecución sencilla es muy amplia. Hablamos de contratos de ejecución sencilla ya que al estar en lenguaje de código informático estos contratos están escritos con una rigidez que no permiten la interpretación de las cláusulas, así es que la programación prevé que ante tal hecho ocurre tal consecuencia. Para pensar en las posibles aplicaciones de esta clase de contratos debemos abrir un poco la mente ver donde nos va a llevar la internet de las cosas (IoT) y pensar que sería posible que nuestra propia heladera nos diga cuales alimentos tenemos vencidos o lo que nos falte, o que nuestro cepillo de dientes nos alerte sobre una carie e incluso haga una cita con el dentista, o contratemos una habitación de un hotel o de un departamento en la blockchain directamente con el dueño o la cadena hotelera donde nadie nos reciba y la puerta de acceso se desbloquee al verificar que hemos abonado la habitación, todo ello sin el costo de la intermediación que hoy significa Despegar, Booking, Airbnb, etc.²⁹ Teniendo en cuenta que los contratos inteligentes se autoejecutan habiéndose cumplido la condición, ¿que pasaría si suscribimos un contrato para que se cumpla después de nuestra muerte? En principio podríamos decir que no tendría validez pues no cumple con las formalidades del testamento pero siendo autoejecutable ¿cómo podrían los herederos enterarse de la suscripción de un contrato en

28 Este concepto está vinculado al concepto propuesto por Kevin Ashton en 1999 de *Internet de las cosas (IoT)* donde ya no solo los humanos nos conectaríamos a internet sino que las cosas también se conectarían a la web. Se prevé que para el 2020 habrá entre 22.000 y 50.000 millones de dispositivos conectados a la web. Esta tecnología unificará los mundos de la tecnología operacional y la tecnología de la información.

29 En el mismo sentido, la contratación de un coche Tesla auto-conducido, capaz de autogestionarse donde lo podemos contratar y si no se abona el viaje el auto no arranca o vuelve con el pasajero al lugar donde lo levantó. Un auto por sí solo, sin una compañía o empresa que lo maneje ni cobre comisión como Uber. ¿Y si adquirimos el auto con un préstamo bancario con prenda y no pagamos la cuota de la prenda y el auto se “autoembarga” no volviendo a encender hasta tanto no se abone la cuota del crédito?

esas condiciones? ¿Y si el causante suscribió un contrato en el cual establece que todo su patrimonio en criptoactivos sea transferido a una o más personas determinadas que no son sus herederos, violentando la legítima? ¿O decido compartir todos mis datos médicos una vez que haya fallecido? ¿Fantasía, ciencia ficción o realidad? La blockchain, el IoT y los contratos inteligentes han llegado para quedarse y con grandes promesas de revolución. Bienvenidos al nuevo mundo digital cada vez más relacionado con nuestro mundo físico, a tal punto que algunos ya hablan del Internet de Todas las Cosas (IoE).

03

FIRMA - FIRMA ELECTRÓNICA Y FIRMA DIGITAL

En razón de los tiempos y de las épocas, el derogado código civil centenario de Dalmacio Vélez Sarsfield³⁰ solo reconoció la firma ológrafa y el documento papel, a los que dividió en documentos públicos y privados, clasificación a la cual la doctrina agregó los documentos particulares. Mucho tiempo después, la Ley 25.506/2001 -complementaria del Código Civil en anterior vigencia- incorpora al ordenamiento jurídico la noción de documento digital, la firma digital y la firma electrónica, y lo que es aún más relevante: *la equiparación de los efectos jurídicos de la firma digital con la firma ológrafa (art. 3)*. Con el dictado de la Ley 25.506 teníamos instrumentos públicos y privados, firmados ológrafamente, documentos digitales firmados con firma digital o con firma electrónica. Un documento digital era reconocido como instrumento cuando estuviera firmado electrónicamente o digitalmente, y la diferencia entre la firma electrónica y la firma digital radicaba básicamente en dos cuestiones:

a) La *carga de la prueba*, ya que mientras en la firma digital se presumía que el firmante era el autor del documento en la firma electrónica correspondía a quien invocaba la firma electrónica probar la pertenencia de la misma a la persona en caso que ella la desconociera y,

30 Sancionado el 29 de septiembre de 1869, con vigencia a partir del 1 de enero de 1871, reformado varias veces, dejó de tener vigencia el 31 de julio de 2015.

b) Si bien la firma electrónica podía tener la misma plataforma tecnológica que la firma digital carecía de alguno de los requisitos legales para ser considerada firma digital y por ello se la consideraba electrónica. En ese momento un documento digital firmado electrónicamente era un instrumento privado.

Sin ahondar en el estudio de la firma electrónica y la firma digital, a modo de síntesis, debemos decir que entre ellas hay una relación de género a especie, siendo la primera el género y la firma digital la especie. El art. 4 de la Ley 25.506 -hoy derogado por el decreto 27 del año 2018- reconocía que las disposiciones de la ley no se aplicaban "... A 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" de lo que se infería que estarían excluidas de los alcances de la ley las escrituras públicas.³¹

Puede entonces pensarse, no sin razón suficiente, que la derogación del artículo es un nuevo paso hacia la escritura pública digital y el protocolo notarial electrónico.

Por su parte, la sanción del *Código Civil y Comercial de la Nación* (en adelante, CCyC) vino a modificar esta clasificación ya que reconoce que el requisito de la firma se encuentra satisfecho sólo si se utiliza firma digital, descartando a la firma electrónica. En virtud de ello, con la vigencia del CCyC tendremos documentos digitales firmados digitalmente, los que serán reconocidos como instrumentos privados, mientras que si están firmados electrónicamente serán reconocidos como instrumentos particulares no firmados de conformidad con el artículo doscientos ochenta y siete del mencionado ordenamiento.³²

31 En igual sentido Clara, Bibiana Luz, *Ley de firma Digital Comentada*, p. 45, Nova Tesis, Rosario, 2006.

32 El DNU 27/2018 modifica en forma parcial los requerimientos de firma manuscrita en contratos de tarjeta de créditos, cheques, letra de cambio y pagaré habilitando la suscripción de dichos actos mediante firma electrónica. Sin perjuicio de ello consideramos que todos los documentos firmados electrónicamente seguirán siendo instrumentos particulares no firmados. El decreto 733/2018 del 08/08/2018 potencia el uso de la plataforma TAD con firma electrónica también.

3.1. PROTOCOLO NOTARIAL ELECTRÓNICO Y FUNCIÓN NOTARIAL ELECTRÓNICA

La Ley 27.349 de Sociedades por Acciones Simplificadas se refiere a que la constitución de la sociedad puede confeccionarse mediante instrumento público o privado. En este último supuesto, las firmas deberán estar certificadas por autoridad judicial, notarial, bancaria o autoridad competente del registro público respectivo. Acorde a los nuevos tiempos y al avance que el impacto tecnológico tiene en la vida diaria y negocial la ley abre la posibilidad de la constitución de la sociedad por medios electrónicos e impone la inscripción de la misma exclusivamente mediante documento electrónico en el formato de archivo digital que oportunamente se establezca.³³

Los artículos treinta y cinco y cincuenta y nueve de la Ley 27.349/2017, en cuanto se refieren a la forma del estatuto social, sus modificatorias, poderes, e inscripción, impactan soberanamente en la clásica función notarial, especialmente porque no solo inserta con todo tipo de matices, lo que hemos denominado la "función notarial electrónica", sino que además exige hacer un análisis del término utilizado "protocolo notarial electrónico".

En nuestro país, toda existencia reflejada en el documento es advertida a través de una realidad con trascendencia jurídica denominada *protocolo*³⁴. El estudio del protocolo va unido a la historia de la documentación y más precisamente, de la documentación notarial. El mismo ha mutado a través de los tiempos, y de ser una simple anotación conservada por el escribano sobre el documento redactado en pergamino, se erigió como documento original que el notario conserva ordenadamente.³⁵ En nuestro país, como en el resto de los países del notariado romano germánico, el uso, cuidado y resguardo del protocolo se presenta como uno de los pilares de la función notarial.³⁶ Según la

33 El art. 59 cuando habla de los poderes electrónicos dice que "El estatuto de la SAS, sus modificatorias y los poderes y revocaciones que otorguen sus representantes podrán ser otorgados en protocolo notarial electrónico. Aun habiéndose otorgado en soporte papel, su primera copia deberá expedirse en forma digital con firma digital del autorizante. En dichos casos, la inscripción en el Registro Público que corresponda será exclusivamente en forma electrónica".

34 Lamber, Rubén A., *La escritura pública*, t° I, FEN, La Plata, 2003, p. 214.

35 *Ibidem*.

36 *Ídem*, p. 213.

acertada opinión de Rubén Lamber, el estudio y elaboración del protocolo debe ser abordado desde dos aspectos diferentes: uno de tipo *particular*, dirigido a conocer sobre las características y elementos externos configuradores del sustrato papel donde se redacta el *documento notarial*, y otro *general*, que se aprecia a la distancia, cuando el protocolo deja de ser un cuaderno compuesto por folios con numeración correlativa en el margen superior y logos que identifican al Colegio Notarial o institución emisora³⁷, para convertirse en los tomos anuales que con nota de apertura y de cierre, reúnen los documentos, la documentación incorporada, las notas marginales y el índice entre otros elementos de relevancia.³⁸

La palabra "protocolo" tiene distintas acepciones y dependiendo de la profesión desde la cual se la mire tiene su significado. Desde una visión notarial cuando hablamos de protocolo nos referimos a las escrituras matrices. El artículo trescientos del CCyC establece que el protocolo se forma con los folios habilitado y delega en cada una de las provincias reglamentar el mismo en cuanto a las características de sus folios, expedición, modos de colección, conservación y archivo. El artículo siguiente, al hablar de los requisitos, menciona que las escrituras pueden ser manuscritas o mecanografiadas o por medios electrónicos siempre que la redacción resulte estampada en el soporte que cada reglamentación local exija.

Teniendo en cuenta que el CCyC delega en las jurisdicciones locales la reglamentación de la formación del protocolo y que ninguna de éstas prevé la escritura matriz electrónica, es posible comprender la frase del artículo cincuenta y nueve de la Ley 27.349/2017 -referida al estatuto, sus modificaciones, los poderes y revocaciones- "podrán ser otorgados en protocolo notarial electrónico" que la misma no atenta contra la posibilidad de haber autorizado el acto en soporte papel (corporalidad clásica).

Creemos que en estos momentos no es posible hablar de protocolo notarial electrónico en la República Argentina³⁹ aunque sí es posible hablar de

37 *Ibidem*, p. 214.

38 *Ibidem*, p. 213.

39 No desconocemos que en el mundo ya se habla de matriz notarial electrónica y que ese es el camino al cual deben tender y propender todos los ordenamientos notariales. Solo estamos haciendo un análisis del estado de situación actual de las normativas notariales provinciales y en base a ello es que decimos que no es posible hablar de protocolo notarial electrónico.

función notarial electrónica. La inexistencia de protocolo digital no impide la circulación de copias o testimonios digitales, de actos que hayan sido autorizados en soporte papel, no solo porque la ley así lo exige sino porque en la expedición de las copias o testimonios sólo hay intervención notarial, donde el notario da fe sobre la concordancia entre la escritura matriz y el testimonio o copia. Esta función se encuentra expresamente receptada en el art. 11 de la Ley 25.506/2001 que expresa: "Los documentos electrónicos firmados digitalmente y los reproducidos en formato digital firmados digitalmente a partir de originales de primera generación en cualquier otro soporte, también serán considerados originales y poseen, como consecuencia de ello, valor probatorio como tales, según los procedimientos que determine la reglamentación".⁴⁰

3.2. SEGURIDAD JURÍDICA NO ES IGUAL A SEGURIDAD INFORMÁTICA

Es muy importante discernir entre la seguridad en términos informáticos de la seguridad en términos jurídicos. Son dos cosas absolutamente diferentes, donde la primera puede colaborar en parte para el logro de la segunda. Doctrinariamente no hay dudas en la diferenciación de estos términos, sin embargo cuando uno advierte que la confusión de conceptos llega a la legislación es donde comienza -¡y debe comenzar!- la preocupación del jurista, tornándose necesario ratificar ciertos conceptos contundentes de la ciencia jurídica en general, que no pueden ser descuidados ni olvidados, ya que no alcanza con saber ni con saber hacer: además hay que hacer saber.

El segundo párrafo del artículo treinta y cinco de la Ley 27.349/2017 establece que las sociedades por acciones simplificadas -en adelante, SAS- podrán constituirse por medios digitales con firma digital, con lo cual deja abierta la posibilidad que una o mas personas particulares, adoptando el contrato social tipo, constituyan una sociedad firmando digitalmente sin presencia notarial.

Entendemos también que previo a hablar de protocolo notarial electrónico debemos hablar de infraestructura notarial electrónica que permita el desarrollo, archivo, custodia y conservación del protocolo notarial electrónico.

40 En este sentido el Colegio de Escribanos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y el Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires ya tienen dictados sus reglamentos para la actuación digital notarial.

No ponemos en tela de juicio la elección del legislador por la cual se puede constituir este tipo de sociedad por instrumento privado con firmas certificadas, pero la aceptación de la constitución de una sociedad de este tipo mediante instrumento privado con firma digital sin presencia de una autoridad notarial, judicial, bancaria o administrativa⁴¹ evidencia, muy lamentablemente, la grave confusión de conceptos que tiene el legislador entre seguridad jurídica y seguridad informática.

En este sentido, si bien las tecnologías de la información, aportan velocidad y automatización a las gestiones que habitualmente realizan las personas, entendemos que hay determinados ámbitos, en donde es necesario ser muy cuidadosos en dicha aplicación, puesto que a veces la automatización sumada a la seguridad informática, pueden hacernos caer en el error de creer y afirmar que con ello se logra y obtiene la seguridad jurídica. No tenemos dudas, que hay determinados controles que, por lo menos hasta ahora, no pueden ser suplidos por ningún sistema informático, y claramente éste es el caso de la función que ejercen los notarios públicos latinos en lo que respecta a la intervención de los mismos, relacionando la seguridad jurídica que merece cada ciudadano y a su vez el propio Estado, en su doble vertiente: estática (propietario) y dinámica (tráfico). *La informática no es más que una herramienta al servicio de las personas, o en este caso de la función notarial. Dirigida y destinada a aportar agilidad a las transacciones, pero sin el descuido del objeto principal de la seguridad jurídica en el documento -que no es otra cosa que la justicia en su seno-: que la voluntad (real) de las partes, se ajuste al derecho (ley + normas + valores + principios) tutelados por un profesional del derecho en ejercicio de una función pública (certeza) que ordena y moldea su propia voluntad (justicia).* Si todas estas previsiones se cumplen, el resultado del documento creado y con el auxilio de la informática desde los alcances por nosotros establecidos, alcanzará la paz, que no es otra cosa que la previsión del conflicto. Una vez más: las bondades que la tecnología nos ofrece en procura de alcanzar agilidad y precisión tecnológica, no puede suplir el elemento de seguridad jurídica faltante que es la

41 Mencionamos a la certificación de firmas frente a una autoridad notarial, judicial, bancaria o administrativa porque fue el criterio que adoptó el legislador pero debemos decir que no estamos de acuerdo con la posibilidad de la certificación bancaria y propiciamos la certificación notarial por el deber de asesoramiento que tiene el notario en cada uno de los trámites de los cuales es parte, obligación que no poseen ni la autoridad judicial ni la administrativa en el ejercicio de su facultad certificante.

intervención del notario, creador del documento, aplicando para ello los deberes éticos notariales aplicados: asesoramiento, información y consejo; imparcialidad (con los requirentes & comparecientes); independencia (con terceros ajenos a la instrumentación del acto) y deber integrado de legalidad (reglas, normas y principios que el notario escoge de la escala jerárquica constitucional normativa para asegurar resultados justos).⁴²

3.3. RIESGOS Y PREVENCIONES

Consideramos necesario destacar los riesgos que implica la creencia que la firma digital ha venido a agilizar la dinámica de los negocios, otorgando seguridad a los contratantes mediante la validación de claves asimétricas, descartando la presencia del notario en la formalización del negocio especialmente en la observancia y control de la prestación válida del consentimiento. Es importante aclarar que las "Autoridades Certificantes", protagonistas necesarias para el funcionamiento de la infraestructura de clave pública (PKI), certifican únicamente la pertenencia de determinada clave pública con determinada persona física; sin realizar ningún tipo de certificación similar a la notarial.

Si bien la validación de las claves asimétricas es segura, hay un aspecto que tecnológicamente no es posible verificar, como lo es la prestación válida del consentimiento. La validación de las claves pública y privada se realiza en el entorno electrónico donde sólo se verifica la pertenencia y correspondencia de la clave privada con la pública. En caso que corresponda se da por válida la firma y se menciona quien es el titular de dicha firma.

Desde una visión jurídica, para que un negocio sea válido no solo es necesario verificar la validación de las claves sino que quien estampe la firma digital sea la persona titular de dicha firma y que además el consentimiento a dicho negocio sea prestado libre y voluntariamente, es decir sin vicios.

La firma manuscrita tiene un alto reconocimiento legal, pese a que puede ser falsificada, ya que contiene particularidades que la hacen fácil de compro-

42 Cfr. Cosola, Sebastián Justo, *Fundamentos del derecho notarial*, T° I, "La concreción del método", AdHoc, Buenos Aires, 2013, pp. 235-244.

bar y de vincular a la persona con ésta. Sin embargo, algo tan sencillo en la vida real no lo es tanto en la virtual o tecnológica.

La aposición de la firma ológrafa tiene un carácter subjetivo, pudiendo demostrarse a través del trazo ciertos aspectos de la personalidad (nerviosismo, coacción, síndrome alieno parental -antes temor reverencial-, entre otros), con lo cual sería posible y potencialmente, demostrar la existencia de un vicio en el consentimiento en el negocio jurídico. Además es necesario que quien firma sea la persona que dice ser.

En cambio la tecnología es totalmente objetiva, es decir, si en el proceso de validación la clave privada se condice con la pública, la firma inserta es de la persona a quien pertenece dicha clave privada, con independencia de los vicios de la voluntad que dicha persona podría estar padeciendo al momento de insertarla. Cuando hablamos que la firma se valida, la autoridad certificante nos dice que dicha firma pertenece a una persona determinada, pero no necesariamente que el titular de la firma sea quien esté insertando la clave privada. La presencia notarial en el momento de firmar, dando fe de conocimiento o individualización de la persona que inserta la firma, controla no sólo que quien inserta la firma lo haga voluntariamente y sin vicios de consentimiento, sino además que quien firma sea el titular de la clave privada.

Otro ejemplo del peligro que significaría la falta de presencia notarial en el uso de esta tecnología podría estar dado en aquellas personas a las cuales les sobrevino una incapacidad volitiva una vez obtenida la firma digital, es decir, una persona capaz solicita una firma digital la cual es otorgada y, durante la vigencia del certificado, le sobreviene una incapacidad.

Si seguimos el razonamiento anterior, la presencia notarial impediría la concreción del negocio viciado (generando la seguridad jurídica necesaria y requerida por el ordenamiento jurídico), mientras que la falta de presencia impediría la verificación y validación de la clave privada. Verificada la concordancia de las claves pública y privada se reputaría, en principio, válido el negocio realizado (dando lugar a un eventual conflicto por la falta de control en la prestación del consentimiento).

Es sabido que por medio de la grafología se pueden apreciar las cualidades psíquicas del autor de un escrito, es decir que es posible determinar si la

escritura es propia de una persona con un estado mental normal o anormal.⁴³ Desde el punto de vista notarial tenemos claro que los documentos digitales firmados digitalmente no relevan al notario de la función notarial que actualmente desempeña en la modalidad tradicional sino que constituyen una nueva forma de contratación, que no vienen a perjudicar la función notarial, sino, por el contrario, a revalorizar la misma, dando no sólo más énfasis e importancia a la presencia del notario en todo este procedimiento, sino además revitalizando su función de intérprete imparcial de la voluntad de las partes, guía, custodio y garante de la ausencia de vicios en la prestación del consentimiento. Así lo ha dicho la Unión Internacional del Notariado en innumerables ocasiones y ámbitos.⁴⁴

En suma: bienvenida la tecnología y con ella, todos sus aportes destinados a lograr celeridad, facilidad y recursos comunes -que todo el mundo conoce y maneja- para las antiguas, actuales y nuevas generaciones: pero con un profesional del derecho en ejercicio de una función pública que pueda proyectar tanto jurídica como éticamente el valor real de lo que las partes pretenden para regular sus derechos.

43 Serrano García, Pedro, en su libro *Grafística*, transcripto en www.colegiodecaligrafos.org.ar y publicado en la revista *Tecnipol* N° 54 habla de los escritos patológicos. Si bien dentro de las patologías analizadas hay muchas que no generan un vicio de la voluntad (histeria, manía, melancolía, epilepsia, ataxia, artritismo, etc.) también se encuentran las que, en determinados grados, generan la incapacidad de la persona (demencia, demencia precoz, delirios, etc.) Para un perito calígrafo existe la posibilidad técnica de observar y determinar, en muchos casos, si existe o no en un escrito cuestionado influencia característica de ciertos estados patológicos y aún el uso de algunas drogas, con el objetivo de determinar la autenticidad o falta de ella en los escritos de una persona (CNCiv., Sala F, noviembre 19-1980), ED, 92-344.

44 Cfr. Sáenz, Carlos Agustín y Schmidt, Walter César, "El aporte de la función notarial a la aplicación de las nuevas tecnologías", en la obra *El documento electrónico. Un reto a la seguridad jurídica*, coordinado por Javier Francisco García Mas, p. 312, Dykinson, Madrid, 2015. Asamblea General celebrada en el año 2016 en la ciudad de París aprobó un texto a propuesta de la República Argentina y España en iguales términos.

04. INFRAESTRUCTURA DIGITAL NOTARIAL Y PROTO- COLO DIGITAL: LOS CUATRO ASPECTOS RELEVAN- TES A TENER EN CUENTA

La vorágine a la que nos somete la tecnología con sus avances, el voluntarismo político y legislativo con el cual se sancionan las leyes para estar a la altura de las grandes potencias tecnológicas tratando de copiar soluciones foráneas para aplicarlas en nuestro país sin siquiera hacer un mínimo de esfuerzo para pensar en las distintas realidades sociopolíticas, culturales, educacionales y de organización política que cada uno de los países posee permiten que se establezca en una ley la mención a “protocolo notarial electrónico” sin siquiera conceptualizar el alcance del mismo ni advertir que su conformación no es materia de legislación nacional sino provincial.

La primera duda que se nos presenta es si al hablar de protocolo notarial electrónico se ha querido referir a la escritura matriz digital o dicha mención tiene algún otro alcance. Al hablar de “protocolo notarial electrónico” o “protocolo digital” o “escritura matriz digital”, pensamos a todas estas menciones como sinónimos, aunque somos conscientes que cada uno de dichos términos podría tener un alcance diferente y de hecho así lo consideramos.⁴⁵

Previo a referirnos al “protocolo notarial electrónico” o al “protocolo digital” o a la “escritura matriz digital” y ver las soluciones en los demás países, se nos impone analizar algunos aspectos y prerequisites que se deben de cumplir para poder hablar de “escritura matriz digital”:

a) El primero de ellos es la organización nacional de cada uno de ellos. La mayoría de los países tienen una organización nacional unitaria, centralizada a diferencia de la nuestra que es federal. En nuestra organización la facultad de la organización notarial no le fue delegada a la Nación y por lo tanto tenemos 24 jurisdicciones⁴⁶ con 24 legislaciones diferentes para la constitución,

45 Un análisis pormenorizado, distintivo y más profundo de los términos sería un trabajo en especial. Para el presente tomaremos a dichos términos como sinónimos para una mayor comprensión.

46 Las 24 jurisdicciones se conforman con las 23 provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

conformación, custodia y guarda del protocolo. Las distintas realidades sociales, culturales y hasta tecnológicas complejizan las soluciones, sin embargo nada es imposible pero tampoco es tan sencillo de llevar a cabo mediante un voluntarismo legislativo diciendo que a partir de mañana tenemos “protocolo notarial electrónico”.

b) El segundo aspecto es la infraestructura digital notarial. Cuando hablamos de este punto estamos pensando en la infraestructura digital que debemos de tener en cada una de nuestras escribanías (servidores dedicados y redundantes, estabilizadores, ups, *firewall*, *back-up* automático y permanente, etc.) como así también en cada uno de los colegios (por lo menos de aquellos que poseen Archivo de Protocolo) y si se quiere en el Consejo Federal del Notariado Argentino, dependiendo de las soluciones u objetivos que como notariado nos planteemos para estar a la vanguardia del uso de las nuevas herramientas tecnológicas y como usarlas para la efectiva y eficiente colaboración con el Estado.⁴⁷

c) El tercer aspecto es que para poder hablar de “escritura matriz digital” todos los comparecientes debieran de tener firma digital o el notario, en caso que el compareciente no la tuviera, debiera de poder estar en condiciones de brindar ese servicio. Salvo el caso de Estonia donde el noventa y ocho (98%) de la población tiene firma digital el resto del mundo no tiene esa realidad.

47 Cualquiera sea la solución que se encuentre es imperativo comenzar a pensar, analizar, capacitar y desarrollar acciones tendientes a proveer de infraestructura notarial digital a todo el notariado del país, además de capacitarlo en el uso de las nuevas herramientas. Este trabajo no sólo es ciclópeo sino además requiere de mucho tiempo para ponerlo en práctica y preparar los cimientos sobre el cual se va a desarrollar toda la labor notarial enteramente digital. Una de las primeras cuestiones a definir sería saber si cumpliendo con la organización nacional de nuestra Constitución Nacional mantenemos dicha organización y nos limitamos a la organización y conformación de base de datos provinciales, o si además de ello pensamos en una infraestructura nacional en el Consejo Federal del Notariado Argentino para que éste, como órgano de segundo grado, pueda a través de la base de datos interrelacionarse y colaborar con los estados nacionales y provinciales y, porque no pensar, asumir algunas obligaciones que hoy están en cabeza del notario particular para desobligarlo de dicha responsabilidad como la de informar a la Unidad de Información Financiera como actualmente lo hace el organismo Ancert en España. En todos los casos nos lleva a pensar en la parametrización que también se deberá definir a los efectos de la información que luego quiera brindarse o tener disponible.

d) El cuarto aspecto es que la sociedad y la mayoría de las instituciones y organizaciones debieran de estar preparadas para la circulación y recepción de documentación enteramente digital.

Una vez que tenemos definidos estos prerequisites podemos pensar en la "escritura matriz digital". En este punto habría que definir si pensamos en solo cambiar el soporte pero seguir con las mismas limitaciones que el papel nos impone o si abrimos la mente y pensamos en una matriz digital con un lenguaje digital que nos permita no solo la redacción del documento sino además incorporar archivos multimedia o hipervínculos que nos enlazar la documentación de la representación que se halla en otra escritura o eventualmente vínculos externos (siempre que sean seguros) como por ejemplo el texto de una ley en el Boletín Oficial, o un edicto publicado, y porqué no pensar en el certificado catastral y los certificados de dominio e inhabilitación.

Si elegimos solo cambiar el soporte papel por el soporte digital deberíamos de pensar hoy en formato PDF/A mientras que si pensamos más abiertamente y nos enfocamos en no solo cambiar el soporte sino además en potenciar el documento notarial electrónico podríamos pensar en lenguaje diferente: *html* o *xml*, por ejemplo, o en cualquier otro que pudiera cumplir dicha finalidad.⁴⁸

05. IMPACTO DEL MUNDO VIRTUAL EN LOS DERECHOS PERSONALÍSIMOS

Dos fueron los juristas argentinos originarios del tema de los derechos personalísimos, tan presentes y tan vigentes para el desarrollo del derecho actual. El primero de ellos, el maestro Alfredo Orgaz, fue contundente en épocas de valoraciones alejadas de los aspectos centrales de la personalidad humana: "Por ser la personalidad una cualidad jurídica y no un derecho subjetivo, aquella... no puede ser vulnerada por los demás sujetos... ni renunciada válida-

48 <http://www.notariallopis.es/blog/i/1400/73/la-matriz-digital-de-la-escritura-notarial-si-o-no-notartic>. (Último acceso: 19/08/2018).

mente por el propio sujeto, ni ampliada ni disminuida convencionalmente...".⁴⁹ Por su parte, la tesis doctoral de Santos Cifuentes algún tiempo después vino a completar el verdadero esquema de los derechos de la personalidad -reconocidos por el autor como personalísimos-, al afirmar que no hay cuestiones más considerables, de más clara esencia que la vida, el cuerpo, la libertad, el honor, la intimidad, la imagen, el secreto, el nombre y entre otros, la creación del autor para la vida del hombre en su individualidad y en su proyección social.⁵⁰ Desde esas dos primeras y claras perspectivas surgen las diversas teorías de los derechos personalísimos en la actualidad.

El CCyC recepta expresamente entre los artículos cincuenta y uno a sesenta y uno los derechos y actos personalísimos. Además, por la interpretación constitucional a la que adhiere el derecho privado, los mismos se encuentran dentro del análisis del derecho supranacional.⁵¹ Se puede advertir en forma subyacente la distinción entre los derechos personalísimos vinculados a la integridad física (arts. 54, 56, 57, 58, 59, 60 y 61) de los derechos personalísimos vinculados a la integridad espiritual (arts. 52, 53 y 1770). Son derechos personalísimos de las personas, el derecho a la vida, salud, intimidad, libertad, identidad, imagen, integridad, entre otros. En fin, son derechos humanos inalienables e inherentes a la calidad del ser humano. Nos abocaremos solo a dos de ellos como ejemplo de como impacta el mundo virtual en conceptos tan tradicionales y arraigados: *la identidad*, y *el domicilio*. El primero de ellos para poder distinguir la identidad física o analógica de la identidad digital y éstas de la identidad virtual. El segundo en virtud que tenemos claro que en el mundo físico uno de los caracteres del domicilio real y la residencia es la unicidad; sin embargo en el mundo digital el concepto de unicidad no se cumple y hasta podríamos ser residentes digitales de un lugar al cual jamás hemos visitado.

49 Cfr. Orgaz, Alfredo, *Derecho Civil Argentino. Personas individuales*, Depalma, Buenos Aires, 1946, p. 13. V. segunda edición ampliada del mismo autor, Ediciones Assandri, Córdoba, 1961, p. 11 y sig.

50 Cfr. Cifuentes, Santos, *Los derechos personalísimos*, Ediciones Lerner, Buenos Aires-Córdoba, 1974, p. 82.

51 Tobías, José W., *Derechos personalísimos*, ob. cit., p. 490.

5.1. IDENTIDAD PERSONAL, IDENTIDAD DIGITAL E IDENTIDAD VIRTUAL

Los organismos y las organizaciones internacionales que actúan en el marco del sistema interamericano de derechos son instrumentos de cooperación internacional, que tienen como misión de facilitar la cooperación para mantener criterios de paz. Dentro de la OEA y su proclamación constante acerca de los derechos fundamentales de la persona humana como pilar de la organización, se encuentran como órganos de protección de los derechos humanos la Comisión Interamericana de Derechos Humanos -promoción y observancia de la defensa de los derechos humanos con facultades consultivas- y la Corte Interamericana de Derechos Humanos -institución judicial autónoma que aplica e interpreta la Convención Americana sobre Derechos Humanos-.⁵² De ellas, la *Corte Interamericana de Derechos Humanos* ha definido a la *identidad* “como el conjunto de atributos y características que permiten la individualización de la persona en sociedad y, en tal sentido, comprende varios otros derechos según el sujeto de derechos de que se trate y las circunstancias del caso”.⁵³ En su seno, se afirma además que “la identidad personal está íntimamente ligada a la persona en su individualidad específica y vida privada, sustentadas ambas en una experiencia histórica y biológica, así como en la forma en que se relaciona dicho individuo con los demás, a través del desarrollo de vínculos en el plano familiar y social”.⁵⁴

Es inescindible la identidad física o analógica de la persona, sin embargo esa misma persona tiene además una identidad digital y seguramente tiene varias identidades virtuales. Entre la identidad virtual y la identidad digital hay una relación de género a especie.

Entendemos por identidad virtual a aquella identidad creada por una persona física en el mundo digital, con cierto grado de autonomía, para vin-

52 Cfr. Barboza, Julio, *Curso de organismos internacionales*, Zavallía, Buenos Aires, 2017, pp. 178-182.

53 Corte Internacional de Derechos Humanos, “Gelman vs. Uruguay”, 24 de febrero de 2011, N°122.

54 Corte Internacional de Derechos Humanos, “Fornerón e Hija vs. Argentina”, 27 de abril de 2012. Caso N°242.

cularse con otros dispositivos, aplicativos y personas. Cada persona puede tener tantas identidades virtuales como quisiera. Dichas identidades virtuales pueden tener cierta similitud y hasta coincidir con la identidad física o no. Se reconoce como identidad virtual al usuario-password que uno utiliza para vincularse en la red laboral que tengan en el estudio, local, empresa u oficina, con el banco, con su colegio profesional, con la red social a la que pertenece, etc. Normalmente una misma persona tiene varias identidades virtuales ya que con el Banco se vincula con un usuario, en su trabajo con otro, en su colegio profesional con otro, si posee un blog o página web seguramente es distinta a la que utilizaría si juega *on line* con sus hijos, hermanos o amigos.⁵⁵ El hecho que se le reconozca a la identidad virtual un cierto grado de autonomía no alcanza para considerarlo un nuevo sujeto de derechos y obligaciones ni desvincularlo de la persona física que la haya creado.

Consideramos a la identidad digital como una especie dentro de las identidades virtuales. Es la identidad que toda persona posee en el mundo digital. Sería el correlato digital de la identidad física o analógica. Siendo la identidad digital el reflejo del mundo físico en el mundo virtual sólo es posible tener una única identidad digital.⁵⁶

El CCyC y toda la doctrina al comentar los artículos donde se reconoce el derecho a la identidad refieren al derecho a la identidad biológica, cultural, patrimonial, de género, pero nadie hace mención a la identidad digital o virtual de la persona. Ni la comisión redactora ni los comentaristas del código hacen mención a estas identidades. Centrados en la persona humana omitieron advertir su propia existencia en el mundo digital, ya que todos ellos tienen en él una identidad digital y seguramente varias identidades virtuales. No queremos decir que por el hecho de reconocer la identidad física, la digital y la virtual, como tres identidades diferentes, cada una de

55 Para José Carmelo Llopis no existe la identidad virtual sino que son perfiles o cuentas. Ver <http://www.notariallopis.es/blog/i/226/73/existe-la-identidad-virtual>. Francisco Rosales reconoce la existencia de la identidad virtual. Ver en <https://www.notariofranciscorosales.com/existe-la-identidad-virtual-retoblog/> Último acceso: 20 de agosto de 2018.

56 Para Francisco Rosales la identidad digital no existe, ya que la considera inescindible de la persona física y la considera como uno de los elementos que configuran a la persona real. Ver en <https://www.notariabierta.es/identidad-digital-y-notarios/> Último acceso: 20 de agosto de 2018.

ellas son tres sujetos de derechos y obligaciones. Si bien son tres identidades distintas y a las que se les reconoce cierto grado de autonomía, todas confluyen y tienen vinculación con una persona física, siendo ésta el sujeto al cual se le reconoce los derechos y obligaciones que emanen de cada una de las identidades.

La justicia sin ahondar en el tema de la identidad digital y virtual, da por sentado la vinculación de dichas identidades a la persona física, al otorgar directamente legitimación activa a cada una de ellas en los reclamos frente a buscadores y redes sociales, entre otros.

A los efectos legales es necesario vincular una identidad virtual con una persona física. Si bien uno de los pilares de internet es el "anonimato", dicho concepto es relativo ya que se puede identificar a una persona o grupo de personas mediante la localización de la IP⁵⁷ y a partir de allí determinar la persona física que se encuentra detrás de esa identidad virtual.

5.2. DOMICILIOS: DOMICILIO VIRTUAL Y RESIDENCIA DIGITAL

El CCyC regula el tema a partir del artículo setenta y tres a setenta y ocho. En ellos se define el domicilio real, comercial o profesional, legal y especial. Sin embargo, aún cuando el código es reciente, no se ha conceptualizado al domicilio virtual, y mucho menos se ha pensado que en el nuevo concepto de residencia.

Al referirse al domicilio real, el cuerpo codificado de normas hace alusión al lugar donde se reside habitualmente. En el artículo setenta y siete -en materia de cambio de domicilio-, se deja establecido que la residencia es el lugar donde una persona se encuentra con ánimo de permanecer en ella. Tenemos dos elementos para determinar el domicilio real:

57 Tanto es así que hasta la ubicación de la IP determina la competencia jurisdiccional. Véase en el sitio de la Corte Suprema de Justicia de la Nación: CSJ 000572/2017/CS001 "N.N. s/ Delitos atinentes a la pornografía" CSJ001163/2016/CS001 "N.N. s/ Publicaciones, reprod. y/o distrib. Obscenas"; CSJ000902/2016/CS001 "N.N. s/ Publicaciones, reprod. y/o distrib. obscenas"; CSJ 000665/ 2016/CS001 "Panetta, Miguel Angel s/Infracción Art. 128 2º párrafo"; CSJ 000414/2016/CS001 "N.N. s/Infracción Art. 128 2º párrafo". <http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/consultaSumarios/consulta.html>. Búsqueda: "internet".

- a) Un elemento objetivo que es la residencia habitual,
- b) y uno subjetivo como es el ánimo o intención de permanecer en dicho lugar.

Uno de los caracteres del domicilio real es su unicidad, es decir no puede haber más que un domicilio real. Es cierto que el CCyC reconoce los cuatro domicilios ya mencionados pero cada uno tiene diferentes alcances desde el punto de vista jurídico lo cual no generan contradicción al momento de aplicar la norma. El concepto es correcto y en el mundo físico es fácilmente verificable, ¿pero qué ocurre en el mundo virtual? ¿Podría tener una residencia digital en un lugar distinto del cual físicamente resido?⁵⁸

Con la reciente incorporación al art. 3º de la Ley 11.683⁵⁹, se crea el domicilio fiscal electrónico donde se menciona que es un sitio informático seguro, personalizado y válido, registrado por los contribuyentes y responsables para el cumplimiento de sus obligaciones fiscales y para la entrega o recepción de comunicaciones de cualquier naturaleza. Para la Administración Federal de Ingresos Públicos -en adelante, AFIP- se trata de un domicilio virtual, seguro, personalizado y válido registrado por los ciudadanos y responsables para el cumplimiento de sus obligaciones fiscales y para la entrega o recepción de comunicaciones en el servicio *e-Ventanilla*.⁶⁰ Siguiendo el concepto del artículo en estudio, y adoptando la denominación que la AFIP le hace a este domicilio como domicilio virtual y con las posibles similitudes que puede tener con el domicilio especial podríamos decir que domicilio virtual es el espacio virtual que se elige para el ejercicio de los derechos y obligaciones en una relación jurídica. De este concepto se deduce que puedo tener tantos domicilios virtuales como quiera. Esto es así porque dependiendo de las relaciones que establezcamos quizás se nos

58 En la virtualidad la frontera es el propio planeta tierra, con cualquier dispositivo en mis manos puedo estar realizando una transferencia bancaria de una cuenta en Francia a otra en Australia, para poder retirar o adquirir ahí mismo bonos como inversión financiera, o desde una cuenta de Amazon de EEUU adquirir un artículo para que lo envíen a un domicilio en Argentina, o quizás controlar mi propio negocio de ventas online que se encuentra en una página de China pero cuyos pagos se hacen a una cuenta en Suiza, y todo esto manejado desde Vedia, en la República Argentina.

59 Modificado por art. 176 de la Ley 27.430, sancionada el 29/12/2017.

60 <http://www.afip.gob.ar/domiciliofiscalelectronico/>

exija un domicilio virtual determinado en un servidor específico, cuando no sea creado por el mismo organismo de gobierno.⁶¹

El domicilio virtual no necesariamente tiene vinculación con la residencia habitual física -como si lo tiene con el domicilio real-, también el concepto de residencia difiere en el mundo físico del concepto en el mundo digital. En el mundo físico la residencia está vinculada al lugar donde una persona se encuentra con ánimo de permanecer, sin embargo en el mundo digital uno podría ser residente digital sin siquiera haber pisado nunca el lugar del cual es residente, con lo cual el concepto de residencia digital no está ligado ni a la nacionalidad ni al lugar donde habito. Hay aquí un cambio de paradigma en el concepto de residencia. Esto surge a partir del año dos mil catorce cuando el Gobierno de la República de Estonia ofrece la residencia digital en su país, también denominada *e-residencia*. Esta residencia digital es distinta de la residencia tradicional y de la nacionalidad, por lo que no sólo los estonios sino cualquier persona que cumpla ciertos requisitos, y abone una tasa de cien euros, puede acceder a ella y obtener su e-residencia, adquiriendo una identidad digital certificada con la que puede acceder a servicios digitales bancarios, de educación e incluso de asistencia sanitaria.⁶²

Actualmente en Europa, a la luz del nuevo Reglamento de Protección de Datos Personales⁶³ que es aplicable a todos los residentes europeos, se discuten los alcances del concepto de "residente" teniendo en cuenta los llamados *e-residentes* que ocupan gran parte de la preocupación actual de las autoridades que pretenden regular tanto sus acciones como sus compromisos económicos y comportamientos financieros.

61 Por ejemplo con la AFIP tengo un domicilio virtual que es diferente al domicilio virtual que tengo con la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, la cual me exige un domicilio virtual en su propio servidor @scba.gov.ar; o con mi propio Colegio de Escribanos que me exige tener una cuenta en @colescba.org.ar; y así con otros organismos, independientemente de los domicilios que pueda establecer con el resto de mis obligaciones con otros particulares.

62 Uno de los autores del presente trabajo es residente digital de la República de Estonia desde el 24 de mayo de 2018 por lo cual posee su cédula de identidad digital provista por la República de Estonia junto a su token de firma digital, sin haber visitado nunca dicho país.

63 Vigente a partir del 25 de mayo de 2018.

06. DERECHO SUCESORIO

El CCyC establece que “la herencia comprende todos los derechos y obligaciones del causante que no se extinguen por su fallecimiento” (art. 2277). Además desde el mismo cuerpo se propugna que los herederos del causante pasan a poseer dichos derechos y obligaciones, a excepción de aquellos que no son transmisibles por sucesión, como así también continúan en la posesión de los bienes que el causante era poseedor (art. 2280).⁶⁴

En el mundo físico son fáciles de identificar tanto los derechos y obligaciones que no se extinguen por el fallecimiento como aquellos que no son transmisibles por sucesión. También resulta sencillo de identificar los bienes sobre los cuales se encontraba en posesión el causante.

Sin embargo en el mundo digital la identificación y posesión de los bienes no es tan sencilla. Partamos desde la base que, como ya lo hemos adelantado, el causante en el mundo físico es una persona humana identificable, mientras en el mundo digital podríamos seguir vivos, aún luego de haber fallecido físicamente. En el mundo digital reconocemos a la identidad digital, que tiene su correlato con la identidad analógica, pero también tenemos la identidad virtual, que tal como lo hemos dicho, podemos tener tantas identidades como uno quisiera. Si bien generalmente las identidades virtuales no tendrían relevancia económica, podrían darse casos que sí la tuvieran o podría suceder que el causante quisiera que dicha identidad sea manejada por otra u otras personas que no sean sus herederos. Dentro del patrimonio del causante, además de los “bienes analógicos” el causante seguramente tiene bienes digitales y bienes virtuales. Algunos sin valor económico y otros quizás con mucho valor económico. Pensemos en un canal de Youtube⁶⁵, en un blog, en Twitter, Insta-

64 Art. 2280 del CCyC.

65 Según la revista Forbes si sumamos lo que facturaron los 10 youtubers que más dinero ganaron (entre junio de 2016 y junio de 2017), se llega a la friolera de 127 millones de dólares. Un dato importante para tener en cuenta es que en el número 9 se encuentra “Ryan ToysReview” con una facturación de 11 millones de dólares. Lo particular es que Ryan es un nene de 6 años (¡sí, seis años!) que hace reseñas de juegos. Germán Garmendia es el youtuber más famoso de la comunidad hispana, de nacionalidad chilena, tiene 27 años, y posee dos canales de YouTube, el primero “HolaSoyGerman” con 33 millones de suscriptores y “JuegaGerman”

gram, Flickr, Snapchat, las criptomonedas, en los monederos digitales, en la biblioteca musical de iTunes, o en los libros adquiridos en Amazon, Kindle, etc.

¿Qué pasa con esas identidades? ¿Y con esos bienes? ¿Pasan esos bienes a los herederos? ¿Puedo legarlos a terceras personas? ¿Se cuantifican dichos bienes como para poder determinar si mi legado afecta la legítima?

¿Qué pasa con mis páginas de Facebook, LinkedIn, Twitter, Pinterest, Snapchat y toda otra red social? ¿Quién tiene derecho a cerrarlas? Es necesario un acuerdo de todos mis herederos? ¿Y si el cónyuge superviviente quiere cerrar las cuentas para dar por cerrada una etapa de su vida y poder continuar con la que le queda de ella, pero el resto de los herederos forzosos no quieren hacerlo, para mantener vivo el recuerdo de su padre o de su madre, quien tiene legitimación activa para hacerlo? Ante la colisión de intereses, ¿tiene el juez herramientas para poder dar solución al conflicto? ¿Quiénes tienen derecho a pedir el contenido de las cuentas y los archivos digitales? ¿Puede el causante impedir que una persona determinada o alguno de los herederos tenga acceso al contenido de sus cuentas (mientras no sean dinerarias) o a sus archivos digitales? ¿Cómo acceden los herederos a las páginas de redes sociales o monederos del causante si no tienen, ni ha dejado previsto almacenar sus contraseñas o depositarlas en algún lugar?

Ante la posibilidad de que sigan las páginas de redes sociales del causante abiertas, ¿tienen derecho sus herederos o su legatario a reclamar por ante cualquier lesión a mi persona o mi intimidad? De acuerdo al referido artículo cincuenta y dos del CCyC, parecería que sólo el causante tendría esa posibilidad ya que el Código no tuvo prevista la inmortalidad del mundo digital.

¿Podría legar el derecho de uso de mi imagen a una persona en el mundo físico y a otra persona en el mundo digital? ¿Cómo se cuantificaría para saber si afecta la legítima?

Estas y muchas dudas más son las que en realidad podrían plantearse en nuestros escritorios cuando algún requirente venga y nos manifieste su voluntad de testar o nos exprese estas dudas ante su fallecimiento.

con 24 millones de suscriptores al inicio del 2018. En Argentina Ángel David Revilla, conocido en el mundo virtual como Dr. Rossrotzank, es nacido en Venezuela, pero radicado en el país y enfocado al mundo paranormal, es el youtuber con más seguidores (12,1 millones).

Algunas de estas cuestiones podría resolver el causante si otorga un poder especial con efecto *post-mortem* en los términos del art. 380 inc. b) o de un poder especial irrevocable en los términos del art. 380 inc. c) para la cancelación de las cuentas en el entorno digital, además de la obtención de los contenidos y archivos digitales. Sin embargo, otras tienen soluciones más complejas.

Si tenemos dos mundos, el físico y el digital, porque no plantear la posibilidad de la conceptualización de la "herencia digital", la institución del "heredero digital", el "apoderado para ejecución de voluntades digitales" como lo establece la Ley de Voluntades Digitales de Cataluña.⁶⁶

6.1. SUCESIÓN DE LOS BIENES DIGITALES

El principio general ordena que los bienes digitales no se pueden heredar.

En el mundo analógico o físico, cuando uno compra un bien, el bien pasa a nuestro patrimonio, es de nuestra propiedad y podemos disponer de él de cualquier forma, incluso el mismo ingresa en el acervo sucesorio.

En los bienes digitales la cuestión es diferente. Cuando uno "compra" un bien, el mismo está asociado a un "usuario" de manera tal que no es posible cederlo, transferirlo o revenderlo, es decir que uno no "compra" el bien sino que solo adquiere un derecho al uso del mismo, en algunos casos de forma vitalicia. Esto se puede verificar tanto en la industria del videojuego (Steam) como en la música (iTunes) como en el contenido audiovisual (Netflix), así como en los libros (Amazon).⁶⁷ En consecuencia el bien no ingresa al patrimonio, no se puede disponer de él, salvo en el uso del mismo, el cual deberá seguir siendo con el usuario que lo adquirió, independientemente de la persona física que administre dicho usuario, en tanto y en cuanto el causante haya dejado la contraseña para poder acceder a dichos bienes a través de su usuario.

66 Sancionada el 27 de junio de 2017 con el número 10/2017.

67 Amazon remite a sus usuarios este párrafo con las condiciones legales: "Salvo que se indique específicamente lo contrario, no podrá vender, alquilar, distribuir, emitir, otorgar sublicencias, ni de algún otro modo asignar ningún derecho sobre el Contenido Digital o parte del mismo a terceros...".

6.2. REGISTRO DE VOLUNTADES DIGITALES

El notariado siempre ha estado a la vanguardia en el otorgamiento de respuestas a las demandas presentes o futuras de la sociedad. El primero de Enero del año mil novecientos sesenta en la Provincia de Buenos Aires comienza a regir la ley Orgánica del Notariado, Ley 6191 donde se crea el Registro de Testamentos, en el año 1965 se crea en la ciudad autónoma de Buenos Aires y luego las demás provincias siguieron el mismo camino. En el año 2004 por decisión del Consejo Directivo del Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, se crea el primer Registro de Autoprotección del país. En el año 2005 el Dr. Pedro Hooft, en el Departamento Judicial Mar del Plata, dicta la primera sentencia otorgando eficacia a los documentos notariales con directivas anticipadas y obliga a respetar la voluntad allí expresada. Hubo que esperar hasta el año 2009 que la Ley nacional de Salud Pública 26.509 receptara legislativamente lo que el notariado venía hablando, exponiendo y ejecutando en respuesta a una demanda social. Al igual que en la creación de los registros de actos de autoprotección, consideramos necesaria la creación de un registro de voluntades digitales. Hablamos de un registro de voluntades digitales ya que consideramos como materia de inscripción no sólo sería la voluntad del requirente para realizar los actos que considere pertinente luego de su fallecimiento sino además la posibilidad de designar a un “tutor o curador digital”⁶⁸ ante la propia incapacidad.

07. EL “DERECHO AL OLVIDO”

Hace ya veinte años, el diecinueve de enero del año mil novecientos noventa y ocho, el diario “La Vanguardia” de España publicaba en su edición impresa los anuncios sobre inmuebles embargados por el Ministerio de Trabajo en virtud de una deuda con la Seguridad Social. Uno de ellos pertenecía al abo-

68 Este tutor o curador digital podría ser la misma persona que designe para administrar el resto de sus bienes pero también podría ser una persona distinta con un ámbito de competencia solo circunscripto a la actuación del incapaz en el entorno digital.

gado Mario Costeja González y esposa. Diez años más tarde el diario digitaliza todas sus ediciones impresas creando su propia hemeroteca desde el primer ejemplar hasta el actual. Para esa fecha Mario Costeja González había abonado toda la deuda pero al hacer una búsqueda de su nombre en Google uno de los primeros resultados era el anuncio de subasta del año 1998. En noviembre de 2009 inicia un reclamo contra “La Vanguardia Ediciones SL” por protección de sus datos personales, solicitando la remoción del artículo a lo que el diario se niega en virtud de haber sido una información publicada de forma lícita, proveniente de un organismo del Estado y para cumplir un mandato legal de publicidad. Inicia entonces un reclamo frente a Google para que no se indexen sus datos en los motores de búsqueda a lo que Google también desestima el pedido. En virtud de ello Mario Costeja Gonzalez inicia un proceso ante la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) contra Ediciones La Vanguardia S.L., Google Spain y Google Inc. La AEPD desestima el reclamo contra el diario pero exige Google la desindexación de los datos. Google Spain y Google Inc. se niegan y recurren a la justicia invocando la nulidad del acto administrativo. El 13 de mayo de 2014 el Tribunal de Justicia de la Unión Europea termina fallando a favor de Mario Costeja Gonzalez y la AEPD dando nacimiento a lo que hoy se conoce como “derecho al olvido”.

En el mundo físico algunas acciones o cuestiones insignificantes de los hombres suelen desecharse de la memoria colectiva con el paso del tiempo. En el mundo jurídico existen ciertos institutos legales como la prescripción y la caducidad que facultan el borrado de datos o destrucción de expedientes con la finalidad que la vida continúe y las personas puedan rehacer su vida.

Ya hemos visto que el mundo digital no se rige por las mismas reglas. Un comentario replicado en una red social, una travesura de juventud sin importancia, una deuda insignificante que incluso fue abonada nos puede perseguir durante toda nuestra vida dejando una mácula en nuestra historia virtual que puede generarnos perjuicios o prejuicios sobre nuestra persona. La memoria digital perenne puede convertirse en una amenaza para la evolución y el mejor desarrollo de la persona.

Enmarcado en los derechos “ARCO” (acceso, rectificación, cancelación y oposición) de datos personales, el derecho al olvido no es un derecho autónomo sino la consecuencia de la aplicación, en el entorno digital, del derecho de cancelación (supresión) u oposición de los datos personales. El derecho al

olvido fue recepcionado legislativamente en el nuevo Reglamento Europeo de protección de datos personales. Hoy los residentes europeos gozan de este “derecho” para hacerlo valer frente a los motores de búsqueda. Podríamos conceptualizar al “derecho al olvido” como la acción mediante la cual una persona puede solicitar a los buscadores de internet que retiren los enlaces a su información personal.

De este concepto se extraen las siguientes conclusiones:

a) Sólo aplica a los buscadores de internet, no a cualquier página web u organización. Para la eliminación de la información de la fuente original se establecen otros mecanismos.

b) La información sigue estando en la web, se dificulta su búsqueda pero se puede encontrar, ya no a través de los buscadores, sino solo recurriendo a la fuente original que brinda la información.

c) La solicitud se deberá valorar caso por caso merituando la colisión de los derechos de libertad de expresión, el derecho a la información, la protección de datos personales, derecho a la dignidad, a la intimidad, a la privacidad.

El ejercicio de este “derecho” tiene excepciones la aplicación del mismo cuando sea necesario su tratamiento en ciertos casos particulares:

a) Ejercer el derecho a la libertad de expresión e información;

b) El cumplimiento de una misión realizada en interés público o en el ejercicio de poderes públicos conferidos al responsable;

c) Por razones de interés público en el ámbito de la salud pública;

d) Fines de archivo en interés público, fines de investigación científica o histórica o fines estadísticos, en la medida en que el ejercicio del “derecho al olvido” pudiera hacer imposible u obstaculizar gravemente el logro de los objetivos de dicho tratamiento, y

e) Para la formulación, el ejercicio o la defensa de sus demandas.

En la República Argentina la protección de datos personales está reconocida por la Constitución Nacional en su art. 43 como reconocimiento del hábeas data y ampliado en su concepción por la Ley 25.326 de Protección de Datos Personales. Dicha protección procede “en los casos en que se presuma la falsedad, inexactitud, desactualización de la información de que se trata, o el tratamiento de datos cuyo registro se encuentra prohibido en la presente

ley, para exigir su rectificación, supresión, confidencialidad o actualización". ¿Qué ocurre en los casos en que la información es lícita y veraz, pero no tiene relevancia pública y han pasado varios años desde el acontecimiento, como intenta proteger la creación doctrinaria del "derecho al olvido"? El art. 1 de la Ley 26.032 dice que "La búsqueda, recepción y difusión de información e ideas de toda índole, a través del servicio de internet, se considera comprendido dentro de la garantía constitucional que ampara la libertad de expresión".

En virtud de ello en Argentina no se reconoce, hasta ahora, el "derecho al olvido" como acción para reclamar ante los buscadores de internet la desindexación de los datos ya que se considera a los buscadores como meros intermediarios estando la posibilidad de búsqueda garantizada constitucionalmente. Así lo ha entendido la Corte Suprema de Justicia originalmente en el caso "Rodríguez, María Belén c/ Google Inc. s/ daños y perjuicios" luego ampliada a Yahoo de Argentina SRL donde se puso en discusión la colisión de dos derechos como eran la libertad de expresión y el derecho al honor y la imagen de parte de la demandante ya que la misma se desempeñaba como modelo profesional y argumentaba que se había hecho uso comercial de su imagen, donde además se la vinculaba con diversas páginas de contenido erótico y/o pornográfico lo cual era agravante para su persona e incompatible con su forma de vida. Allí la Corte dijo "... se trata de determinar si, en casos en los que está en juego la libertad de expresión, resulta procedente la tutela preventiva con el objeto de evitar que se produzca la repetición de la difusión de información lesiva para los derechos personalísimos de un sujeto... en esa línea esta Corte ha requerido que toda restricción, sanción o limitación a la libertad de expresión debe ser de interpretación restrictiva (conf. Doctrina de Fallos: 316:1623) y que toda censura previa que sobre ella se ejerza padece una fuerte presunción de inconstitucionalidad (conf. doctrina Fallos: 315:1943, considerando 10). Es por ese motivo que... este Tribunal se ha inclinado, como principio, a la aplicación de las responsabilidades ulteriores a raíz de los abusos producidos mediante su ejercicio, sea por la comisión de delitos penales o actos ilícitos civiles (conf. doctrina de Fallos: 119:231; 155:57; 167:121; 269:189; 310:508, entre muchos otros)... Que el principio expuesto solo podría ceder frente a supuestos absolutamente excepcionales, tal como lo reconoció la Corte en el citado precedente de Fallos: 324:975. Allí el Tribunal dispuso una medida de tutela preventiva por la cual prohibió la publicación en los medios de comunicación masiva del nombre de un menor que en un juicio civil en trámite reclamaba el reconocimiento

de la filiación de su presunto padre... A su vez la medida se ciñó estrictamente a lo que resultaba indispensable (prohibición de divulgar el nombre del menor) para evitar así una injustificada restricción de la libertad de prensa...". El mismo criterio se siguió en la causa "Gimbutas, Carolina Valeria el Google Inc. s/ daños y perjuicios", aunque en ambos casos la cuestión principal era la responsabilidad objetiva o subjetiva de los buscadores.

08. EXCURSUS: LA FUNCIÓN NOTARIAL CREADORA DEL DERECHO EN EL DOCUMENTO

Creemos que mientras siga vigente el art. 1 de la Ley 26.032 no habrá posibilidad de la aplicación del derecho al olvido en su expresión más pura tal como está legislado en el Reglamento Europeo de Protección de Datos Personales.

La pregunta que se nos suscita luego de haber visto la residencia digital es: ¿si el Reglamento Europeo de Protección de datos personales es aplicable a cualquier residente de la Unión Europea, un argentino, que es residente digital de Estonia, podría ampararse, en su calidad de *e-residente*, en los beneficios del Reglamento ya que nuestra legislación no nos ampara? Teniendo en cuenta que el "derecho al olvido" es solo aplicable en el mundo digital; que la *e-residencia* se encuentra vigente desde el año 2014 en Estonia: que el Reglamento Europeo entró a regir el 25 de mayo de 2018 y el mismo no discrimina ni diferencia sobre categorías de "residentes"; que la *e-residencia* en Estonia otorga ciertos derechos a quienes tienen la *e-residencia* y pueden ampararse en normas de la Unión Europea principalmente en la cuestión empresarial, es que consideramos que sería factible que un *e-residente* digital pueda ampararse en dicha normativa.

Hasta tanto eso no ocurra, o sea merecedor de críticas que de alguna manera pongan en peligro de demora las decisiones a tomar a los efectos de que el derecho al olvido pueda ser considerado, debe decirse que toda manifestación de parte interesada frente al notario para que la misma pueda ser allí reconocida en el contexto documental gozará de fe pública objetiva (certeza) y de fe pública subjetiva (recepción de la verdad). También de la justicia (es la propia voluntad de la parte concurrente que pretende que la misma se plasme

por los siglos, y es una verdad tutelada por el notario, lo que hace presumir su legalidad). Finalmente la seguridad estática y dinámica, previsibilidad y conservación, todos los valores que le otorgan al documento los efectos probatorios y ejecutivos.

Un documento notarial de estas características está destinado, a contramano de lo antedicho, a no ser olvidado. De manera que el derecho al olvido, esa herramienta fantástica que de alguna manera intenta resguardar, a tono con el avance del mundo, los derechos fundamentales de las personas, no puede ocurrir en el seno de un documento notarial auténtico, concebido como las leyes así lo predisponen, en el amplio marco de protección que le brinda el ordenamiento jurídico y los valores y principios que lo volvieron a plasmar, por la misma razón relevante brindada como fundamentos de exposición del CCyC, que se erige como razón suficiente para permitir la convivencia, entre tanta nueva moderna normativa, de una institución clásica al servicio del hombre, de la mujer, del niño o niña, del adolescente o del anciano de nuestros días. Pareciera ser que en ciertos y puntuales aspectos -los casos legislativamente seleccionados y fuera de ello, todo caso que sirva para ayudar a la humanidad en la búsqueda puntual de la versión jurídica de la paz- el documento notarial sigue siendo necesario para consolidar lazos de confraternidad entre quienes deciden dirigir sus conductas hacia los caminos de lo justo, de lo equitativo y de lo bondadoso. La bondad se ampara, en el actual CCyC, en el concepto de buena fe (art. 9).

Sin embargo, el derecho al olvido existe y existió siempre en el ejercicio práctico del derecho formulario. La ética que conforma a quien ejerce como notario vuelve el cuidado del protocolo como una cuestión esencial en el desarrollo profesional. La mente notarial debe siempre abstraerse de las personas para enfocar la atención en los temas que las personas traen a la notaría (ese es el ejemplo más importante de aplicación real de la imparcialidad). Si esta situación se resguarda como en la generalidad de los casos, teniendo en cuenta no solo el acceso a la información en el protocolo sino especialmente, los deberes que emanan del secreto profesional (penales éticos y civiles) el derecho al olvido también se cumple en las escribanías, en los archivos notariales, y en todo aquel documento que pretenda reflotar al presente aquello que en el pasado pudo haber sido doloroso o tortuoso.

Solo que siempre habrá una prueba de lo ocurrido a donde recurrir, cuando ya no haya más lugar a temer por el pasado, y mejor dicho, cuando haya

necesidad de reconstruir la historia de la humanidad tal cual ésta verdaderamente ha acontecido.

De esta manera, concluimos que los medios digitales o electrónicos, las modernas tecnológicas, y todas las actuales herramientas que están puestas al alcance del hombre y de la mujer pueden funcionar de mejor manera en aquellos lugares donde no existen medios milenarios arraigados de protección. Mientras que en los países de *common law* los modernas tecnologías puedan funcionar de manera más eficaz para alcanzar, por estos medios, un mínimo de seguridad que no le brinda el sistema jurídico, en los demás países del notariado latino como el nuestro siempre serán herramientas útiles para acompañar los verdaderos fundamentos del derecho sustantivo, que es el que se plasma creativamente en un documento por imposición de la ley (CCyC), con la técnica cuidada (leyes locales), y lo más importante: a solicitud de la humanidad (justicia) que procura los mejores y más óptimos resultados (paz), todo sostenido por esa enorme fuente del derecho, la costumbre hoy felizmente positivizada como principio -que hizo que el CCyC contemplara al documento notarial casi sin diferencias con el régimen anterior- haciendo del documento notarial una de las pocas instituciones tradicionales que con hidalguía y valentía, se mantienen firmes en la búsqueda de un buen presente y un mejor porvenir.

DE LA FUNCIÓN NOTARIAL, LAS NUE- VAS TECNOLOGÍAS Y LAS ACTUACIONES NOTARIALES EN SOPORTE DIGITAL*

FRANCO DI CASTELNUOVO
SANTIAGO FALBO

SUMARIO: Ponencias. 1. Introducción. PRIMERA PARTE. DE LA FUNCIÓN NOTARIAL. 2. La misión jurídico-social del Notario de tipo latino. 2.1. El objeto de la función notarial. 2.2. La contribución de la función notarial a la dinámica de las relaciones de derechos espontáneas. 2.3. Del ejercicio de la función notarial. 2.4. Del documento notarial como producto de la función. 2.4.1 De las cualidades del documento notarial. SEGUNDA PARTE. DEL DOCUMENTO. 3. Primeras aproximaciones al documento. 3.1. Elementos del documento. 3.2. De la corporalidad del documento. 3.2.1. De la grafía como corporalidad. 3.3. La docencia del documento. De la grafía como expresividad. 3.4. Del autor del documento. TERCERA PARTE. DEL DOCUMENTO DIGITAL. 4. Del documento digital. 4.1. De la materialidad del documento digital. 4.1.1. La pretendida inmaterialidad. 4.1.2. Del lenguaje informático binario. 4.1.3. De las particularidades de la materia. 4.2. De la grafía como corporalidad en el documento

* Trabajo presentado en la 33 Jornada Notarial Argentina, Bariloche, 20 al 22 de septiembre de 2018. Obtuvo un accésit del jurado. Corresponde al tema I: "Nuevas tecnologías".

digital. 4.3. De la grafía como expresividad en el documento digital. CUARTA PARTE. DE LA FIRMA DIGITAL. 5. Primeras aproximaciones a la firma digital. 5.1. Del surgimiento de la firma digital. 5.2. Evolución de los sistemas criptográficos: Criptografía simétrica y criptografía asimétrica. 5.3. La criptografía asimétrica. 5.4. Del algoritmo RSA como sistema de criptografía asimétrica. 5.5. Del desarrollo del algoritmo matemático RSA. 5.6. Del análisis del algoritmo. 6. De la recepción legislativa de la firma digital. 6.1. De la terminología empleada en la ley de firma digital. 6.2. De los documentos digitales y la firma digital en el Código Civil y Comercial de la Nación. 7. De las funciones de la firma. 7.1. De las funciones de la firma ológrafa o manuscrita. Su inescindibilidad. 7.2. De las funciones de la firma digital. Su escindibilidad. 8. De la seguridad jurídica y la seguridad informática. 8.1. De la seguridad jurídica y la seguridad económica. 8.2. De la seguridad informática. QUINTA PARTE. DE LA ACTUACIÓN NOTARIAL EN SOPORTE DIGITAL. 9. De la determinación de su viabilidad. 9.1. De los diferentes tipos de actuaciones notariales en soporte digital. 9.2. De los testimonios digitales. 9.3. De algunos elementos de seguridad informática. 9.4. Del blockchain. Una referencia especial. 9.5. Del protocolo notarial. Reseña. 10. Conclusiones. 11. Bibliografía

PONENCIAS

1) En el ejercicio de sus funciones, el notario interviene en la esfera del “imperio del Derecho en la normalidad”, constituido por la conducta social y las relaciones de quienes acuden al notario con el propósito de alcanzar ciertos fines, guiados por ciertos valores y debiendo ajustarse a lo dispuesto por el ordenamiento jurídico. Y lo hace procurando evitar la controversia y que de ese modo “la biología social se desarrolle sin conflictos ni traumas”, facilitando ese bien obrar y dotando a la vida social de la seguridad jurídica preventiva que “precisa para su desarrollo y para el logro del público bienestar”.

2) La seguridad jurídica preventiva deriva de las tareas llevadas a cabo por el notario en el proceso de formación del contrato (el juicio de juridicidad, el deber de asesoramiento y consejo, el alumbramiento de la voluntad de los requirentes, la interpretación y traducción jurídica de dicha voluntad, la asistencia para alcanzar y determinar un acuerdo entre la voluntad de los otorgantes, la adecuación al ordenamiento jurídico, la configuración del negocio jurídico, y la documentación, formalización y autorización del documento), que aseguran a las partes un cabal entendimiento del negocio y de las consecuencias jurídicas deseadas, reduciendo así las diferencias existentes entre ellas, mediante la libre prestación del consentimiento debidamente informado. Como tal no puede confundirse ni reducirse a la mera seguridad económica e informática.

3) Teniendo en cuenta la recepción de los documentos digitales y la firma digital, debemos afirmar que existe una verdadera equiparación legislativa entre documentos en soporte digital y documentos en soporte papel.

4) Analizando los elementos esenciales que caracterizan a la función notarial, los aspectos constitutivos del documento y las características especiales del documento digital, en virtud de los nuevos requerimientos de la sociedad moderna, podemos afirmar que es tanto posible como necesaria la incorporación de los documentos digitales como un nuevo soporte documental en el que se plasme el resultado de la actuación notarial.

5) Si bien no existe impedimento alguno para admitir la existencia de un protocolo notarial digital, un proceso paulatino y reflexivo hacia la digitalización del notariado pareciera aconsejar que el protocolo sea el último de los documentos en pasar al soporte digital, procurando mientras observar las valiosas experiencias que los notariados que ya han comenzado este proceso nos dejen.

01. INTRODUCCIÓN

Los avances tecnológicos que han tenido lugar en las últimas décadas han generado trascendentales cambios en las formas de comunicación actuales. El surgimiento de las computadoras personales a nivel mundial a partir de la década del 80', su perfeccionamiento y masificación fomentada especialmente por el nacimiento de internet a mediados de la década del 90', han generado nuevas formas de relación entre las personas, así como nuevos modos de interacción social.

La globalización, la utilización masiva de las computadoras y la estandarización de los lenguajes informáticos fueron elementos cruciales para el crecimiento exponencial que las nuevas tecnologías de la información tuvieron en nuestras sociedades, habiendo llegado en la actualidad a cantidades astronómicas de usuarios en todo el mundo.

Como referencia ilustrativa de esta realidad podemos mencionar que, de acuerdo a datos estadísticos¹, más del cincuenta y cuatro por ciento de la población mundial tiene acceso a internet. Cabe destacar que este porcentaje aumenta notoriamente en la Argentina, llegando en el año 2018 a superar el setenta por ciento de la población.²

Asimismo, el surgimiento de la firma digital y su consagración legislativa mediante la sanción de la Ley 25.506 en el año 2001 en la Argentina, han impactado notablemente en la concepción jurídica de los documentos digitales, y concretamente en su virtualidad de ser admitido como un soporte documental diferente al papel.

Por su parte, y centrándonos ya en la realidad actual de nuestro país, podemos destacar que tanto el estado nacional, como diferentes estados provinciales y la Ciudad autónoma de Buenos Aires, han adoptado una posición activa frente a la utilización de las llamadas tecnologías de la información y comunicaciones (TICs).

1 Provenientes del sitio oficial: <https://www.internetworldstats.com/stats.htm>.

2 Según la encuesta de proveedores del servicio de acceso a internet elaborada por el INDEC, en: https://www.indec.gop.ar/nivel4_default.asp?id_tema_1=3&id_tema_2=11&id_tema_3=54.

A modo de ejemplo podemos destacar, en el ámbito nacional, el “Plan de modernización del Estado”, impulsado por el decreto 434 del año 2016³; el decreto 27 de 2018 de desburocratización y simplificación; la Ley 27.349 de apoyo al capital emprendedor (que, entre otras cosas, crea las Sociedades por Acciones Simplificadas) y la Ley 27.446 del 30 de mayo de 2018, de simplificación y desburocratización de la administración pública, modificatoria de la Ley 25.506 de firma digital.

Por su parte, y en el ámbito provincial, se destaca el “Plan Estratégico de Modernización de la Administración Pública de la Provincia de Buenos Aires”, tendiente al logro de la mayor celeridad y eficacia en la prestación de bienes y servicios públicos, basándose en el uso intensivo de las mencionadas TICs.⁴

Este proceso de modernización del Estado nos ubica en un contexto de particular importancia social que nos impone la necesidad de repensar nuestra actividad cotidiana con el fin de adaptarnos en nuestra actuación profesional a los paradigmas tecnológicos propios de la informática actual.

Sin embargo creemos que es en estos tiempos de cambio cuando con mayor claridad debemos identificar los valores esenciales y principios de la función notarial, procurando que las nuevas tecnologías funcionen como herramientas que coadyuven al logro de los fines que la sociedad pretende alcanzar a través de nuestra intervención, y no, por el contrario, abandonar esos principios con el fin de que nuestra función se adapte a las nuevas posibilidades que los avances tecnológicos ofrecen.

3 Cuyos ejes centrales, definidos por la propia norma, son: 1. Plan de tecnología y gobierno digital (implementado mediante las aplicaciones de la plataforma de Trámites a Distancia (TAD); el Sistema de Gestión Documental Electrónica, entre otras); 2. Gestión integral de los recursos humanos; 3. Gestión por resultados y compromisos públicos; 4. Gobierno abierto e innovación pública; y 5. Estrategia país digital.

4 Al respecto ver Ley 14.828 de la Provincia de Buenos Aires.

PRIMERA PARTE. DE LA FUNCIÓN NOTARIAL

02. LA MISIÓN JURÍDICO-SOCIAL DEL NOTARIO DE TIPO LATINO

Si bien todos los ordenamientos jurídicos que receptan la función notarial, tanto aquellos de tradición latina como aquellos que sin tener nuestra raigambre han adoptado el sistema notarial del tipo latino por sus incuestionables ventajas jurídicas y sociales, contienen normas positivas que regulan la función y su órgano, el notario, en distintos aspectos (los principios y deberes que dirigen su obrar, los requisitos y modos de acceso al ejercicio, las tareas que desempeña el notario, su competencia, los efectos de su opus, el régimen disciplinario y de responsabilidad, la colegiación y la labor de los colegios, entre otros), muy difícilmente el rígido y frío molde de las normas pueda captar la profundidad de la misión notarial en todas sus dimensiones.

Por ello, será necesario esclarecer la esencia de nuestra misión, aquello que nos hace una institución⁵ jurídico-social de servicio que “ha sido siempre esencialmente factor de orden, de paz y de concordia entre los individuos”⁶; recordando que “la esencia de la figura del Notario no se halla tanto en las leyes como en la historia y sobre todo en las costumbres”.⁷

Esto no sin antes sugerir al lector ahondar en la temática a través de los trabajos de tantísimos juristas que le han dedicado muchas horas y páginas.⁸

5 Empleamos aquí el término institución teniendo especialmente en cuenta las acepciones 3 y 4 que nos ofrece el Diccionario de la lengua española de la Real Academia Española: 3. Organismo que desempeña una función de interés público, especialmente benéfico o docente; y 4. Cada una de las organizaciones fundamentales de un Estado, nación o sociedad.

6 Gaucheron, “En dos palabras”, prefacio a la Revista del Notariado 566, Buenos Aires, Argentina, 1948.

7 Lobetti-Bodoni, Franco, “L’esercizio dell’attività notarile come libera professione”, citado por Rodríguez Adrados, Antonio, *El Notario: función privada...*, op. cit., p. 217.

8 Entre ellos: Mengual y Mengual, Sanahuja y Soler, González Palomino, Castán Tobeñas, Carnelutti, Costa, Núñez Lagos, Giménez Arnau, Lora-Tamayo Rodríguez, Neri, Pondé, Mustapich, Allende, Segovia, González, Vallet de Goytisolo, Rodríguez Adrados, Bernard, López Palop, Mollada Llamazares, Delgado de Miguel, Gattari, Baldana, Villalba Welsh, Arata, Allende, Couture, Larraud, Fernández Casado, etcétera, etcétera, etcétera.

2.1. EL OBJETO DE LA FUNCIÓN NOTARIAL

Para comprender acabadamente la función notarial es necesario detenerse antes en el ámbito específico de la vida jurídica sobre el que la misma se desplegará para darle una forma determinada.

Siendo la conducta social el objeto del derecho, Vallet de Goytisolo⁹ y ¹⁰ explica que esa conducta social puede desarrollarse sin contienda, en la normalidad, o con contienda, en situación de controversia o, incluso, de transgresión jurídica. Y en respuesta a ello encontramos diversas funciones a través de cuyo ejercicio el Derecho se vive como arte, ellas son: *legislare* (crear la norma), *ministrare* (hacer cumplir la norma, función de la administración), *iudicare* (resolver conflictos, función del juez), *postulare* (defender intereses contrapuestos, función del abogado), *respondere* (aconsejar y resolver dudas, función común del abogado y el notario, pero más propia de este último) y *cavere* (prevenir, precaver, función específica del notario).

Así, en el ejercicio de sus funciones, el notario interviene en la esfera del “imperio del Derecho en la normalidad” y de la “realización normal del Derecho”¹¹, constituido por la conducta social y las relaciones de quienes acuden al notario con el propósito de alcanzar ciertos fines, guiados por ciertos valores y debiendo ajustarse a lo dispuesto por el ordenamiento jurídico. Y lo

9 “La misión del Notario”, conferencia pronunciada el 9 de abril de 1957 en el Colegio Mayor Santa María del Campo, publicada en la Revista de Derecho Notarial, abril-junio 1957, Madrid, España, 1957; también publicada por Delgado de Miguel, Juan Francisco en Deontología Notarial”, Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España, Consejo General del Notariado, p. 417 y ss.; de esta última publicación son las citas.

10 A propósito de ello, nos explica que el primer plano de examen corresponde a la relación jurídica y no a la norma, del mismo modo que en un examen médico el primer plano del examen corresponde al paciente y no a los conocimientos médicos. Pues “las normas están hechas para el servicio de la vida; no la vida para aplicar las normas”. Ídem, p. 423.

11 “Un entramado de relaciones humanas que se pretende se desarrollen en paz y en buena armonía, con justicia y para el bien común”. Vallet de Goytisolo, Juan B., “La función notarial de tipo latino”, conferencia pronunciada en el Palacio de Justicia de Brasilia el 8 de abril de 1978, durante el V Congreso Notarial Brasileño, publicada en la Revista de Derecho Notarial, abril-junio 1978.

hace procurando evitar la controversia y que de ese modo “la biología social se desarrolle sin conflictos ni traumas”, facilitando ese bien obrar y dotando a la vida social de la seguridad jurídica que “precisa para su desarrollo y para el logro del público bienestar”.¹²

A esta parcela del mundo jurídico, enriquecida, expandida y magnificada a partir de la consagración de la libertad civil y del principio “pactum-vincitleges”, es a la que alude el polígrafo altoaragonés Joaquín Costa¹³ al referirse al “derecho voluntario”, concepto al que arriba partiendo de considerar al derecho como un principio de libertad¹⁴ y que define como aquel en el que la voluntad de los particulares es soberana mientras no se oponga al derecho natural y al “derecho necesario”; y partiendo del principio de la autonomía de la voluntad, “se deja a cada individuo y a cada círculo social libertad de acción dentro de su privativa órbita, facultad de escoger dentro del código y poner en vigor la fórmula que mejor se acomode a su peculiar situación en cada caso, o de producir otra diferente”.¹⁵ Así, dentro del derecho positivo cabe holgadamente la infinita variedad de hechos en que florece y se diversifica la vida, de modo que sea el derecho quien siga a la realidad y no la realidad al derecho.

Por su parte, Eugen Erlich¹⁶ se refiere a ésta como la porción más amplia del Derecho y “fundamento de toda la vida jurídica”, y gráficamente la deno-

12 “La función Notarial de tipo latino”, conferencia pronunciada el 8 de abril de 1978 en el Palacio de Justicia de Brasilia, durante el V Congreso Notarial Brasileño, publicada en la Revista de Derecho Notarial, abril-junio 1978, Madrid, España, 1978; también publicada por Delgado de Miguel, Juan Francisco en “Deontología Notarial”, Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España, Consejo General del Notariado, p. 449 y ss.; de esta última publicación son las citas.

13 Véase entre otros títulos de su admirable obra, especialmente: *Teoría del hecho jurídico individual y social*, Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, España, 1880; *Reforma de la fe pública*, Guara Editorial, Zaragoza, España, 1984; y *Reorganización del Notariado, del Registro de la Propiedad y de la Administración de Justicia*, Imprenta Gráfica Excelsior, Biblioteca Costa, Madrid, España, 1917.

14 Al respecto, nos dice que el derecho es un orden de libertad, llegando a afirmar que la coacción no es derecho.

15 Citado por Vallet de Goytisolo, Juan B., *Manuales de metodología jurídica*, Tomo III, “De la determinación del Derecho”, Fundación Cultural del Notariado, Madrid, España, 2004, p. 217 y ss.

16 En su obra *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, citado por Vallet de Goytisolo, Juan B., *Manuales de metodología jurídica*, Tomo III, “De la determinación del Derecho”, Fundación Cultural del Notariado, Madrid, España, 2004, p. 218 y ss.

mina “Derecho Social Extraestatal”. Nos enseña que se trata de un producto social de la comunidad que preexiste a toda organización y le sirve de fundamento; dominado por la documentación de los negocios jurídicos y determinado por el contenido de los documentos jurídicos.

En este amplísimo espacio de la vida jurídica, donde la autonomía de la voluntad se encumbra como soberana y al que Vallet de Goytisolo se refiere como el ámbito de la determinación negocial del derecho¹⁷, requiere de una plasticidad que, mediante los actos o negocios jurídicos, permita a los particulares disponer para el futuro “una regulación vinculante de intereses dentro de sus relaciones recíprocas, para satisfacer variadas exigencias económico-sociales, todavía libres de la injerencia de todo orden jurídico”.¹⁸

Y así, las relaciones de derecho espontáneas¹⁹, al adecuarse prudentemente a las exigencias de la vida social, permiten adaptar el derecho a las nuevas realidades y lo hacen evolucionar, abriendo nuevos cauces por fuera de los diques legales, mostrándole al legislador necesidades sociales nuevas o inadvertidas.

Se trata pues de un ámbito jurídico inagotable, en permanente evolución en virtud de la dinámica negocial dialéctico-tensional en que se encuentran hechos, valores y normas, dimensiones inescindible y recíprocamente entrelazadas en tanto frutos de las exigencias de la vida social.

2.2. LA CONTRIBUCIÓN DE LA FUNCIÓN NOTARIAL A LA DINÁMICA DE LAS RELACIONES DE DERECHOS ESPONTÁNEAS

La complejidad del “derecho voluntario”, de las “relaciones de derecho espontáneas”²⁰, de la “determinación negocial del derecho” en el ámbito de la

17 Vallet de Goytisolo, Juan B., *Manuales de metodología jurídica*, Tomo III, “De la determinación del Derecho”, Fundación Cultural del Notariado, Madrid, España, 2004.

18 Betti, Emilio, *Teoría General del Negocio Jurídico*, Editorial Comares, España, 2001, p. 41.

19 Así las llama Jean Carbonnier, citado por Vallet de Goytisolo, Juan B., *Manuales de metodología jurídica*, Tomo III, “De la determinación del Derecho”, Fundación Cultural del Notariado, Madrid, España, 2004, p. 220 y ss.

20 De este modo las denomina Jean Carbonnier. Ver nota anterior.

autonomía de la libertad y de las relaciones *inter volentes*, precisa de juristas y profesionales del derecho que conduzcan, orienten y asistan a los individuos en la redacción de los documentos en los que las relaciones y negocios jurídicos son recogidos, para su más adecuada formulación jurídica, para dotarles de autenticidad y fuerza probatoria, y así garantizar la seguridad jurídica preventiva.

En consonancia con esto y en tres aportes fundamentales para el notariado²¹, el entonces Magistrado del Tribunal Supremo de España, José Castán Tobeñas, siguiendo lo expuesto por Monasterio y Gali en su *Biología de los derechos en la normalidad*, nos habla de “la necesidad que el Estado tiene de disponer de una función especial y de un órgano para atender al aseguramiento y garantía del derecho en su estado de normalidad”²², para luego considerar a la función notarial como una función de justicia que tiene “por misión asegurar el triunfo de la misma y, consiguientemente, de la moralidad, que va inseparablemente unida a la justicia en las relaciones civiles”.²³

El Notario se inserta en ese terreno como “una rueda de la dinámica jurídica para que los negocios jurídicos funcionen bien, sin chirriar, evitando que el aparato comercial se estropee, y, por lo tanto, que se produzcan enfermedades en el funcionamiento biológico de la sociedad, en los intercambios que desarrollamos los seres humanos en nuestra vida social...”.²⁴

21 Véase: “En torno a la función notarial”, conferencia pronunciada en la Academia Matritense del notariado el 30 de mayo de 1944, publicada en los Anales de dicha academia, Tomo II, Instituto Editorial Reus, Madrid, España, 1950, p. 367 y ss.; *Función notarial y elaboración notarial del derecho*, Instituto Editorial Reus, Madrid, España, 1946; y “Hacia la constitución científica del Derecho Notarial (notas para un esquema doctrinal)”, *Revista de Derecho Notarial I-II*, Madrid, España, 1953, p. 25 y ss.

22 Citado por Vallet de Goytisolo, Juan B., *Metodología...*, op. cit., Tomo II, p. 1085.

23 “En torno...”, op. cit., p. 374.

24 Vallet de Goytisolo, Juan B., “La función del Notario y la seguridad jurídica”, conferencia pronunciada en Rosario, República Argentina, el 17 de mayo de 1976, publicada en la *Revista de Derecho Notarial*, abril-junio 1976.

2.3. DEL EJERCICIO DE LA FUNCIÓN NOTARIAL

Para que ello sea posible, la función notarial se desenvuelve en dos planos que deben estar inescindiblemente unidos: una dirección conformadora, configuradora del *actum* documentado, ya sean hechos, situaciones, actos o negocios jurídicos; y otra autenticadora de lo que ve, oye y percibe con sus sentidos, de *visu et auditu* en el *dictum*, tanto en las escrituras públicas de elaboración formal de la vida jurídica en la normalidad como en las actas de constatación de hechos.

En la primera de las direcciones, la **conformadora**, el notario lleva a cabo tareas previas de consejero, previsor y asesor de quienes acuden a él con el fin de constatar hechos (actas) o de celebrar un negocio jurídico, ya sea de intercambio entre diversos sujetos (esfera contractual y actos jurídicos bilaterales), o bien para disponer sobre su propia esfera de competencia (por ejemplo, disposiciones de última voluntad o para la propia incapacidad, disposiciones o reconocimientos en el ámbito del derecho de familia, ofertas, entre otras).

Dichas tareas se concretan en el *respondere* y se condensan en:

- **El juicio de juridicidad** mediante el cual el notario analizará la situación de la que los requirentes parten, el negocio jurídico que pretenden realizar y sus elementos constitutivos (sujeto: identidad, capacidad, legitimación y voluntad suficiente; objeto: realidad física y titularidad jurídica; causas: veracidad y licitud) y el resultado y finalidades que se pretenden alcanzar.

Este juicio le permitirá desentrañar lo pretendido, su licitud moral, su legalidad y sus consecuencias; y en función de ello podrá aceptar o excusar su ministerio.

- **El deber de asesoramiento y consejo**, debiendo informar a las partes acerca del negocio y sus consecuencias, de las normas que lo rigen y de los medios y caminos jurídicos adecuados para lograr el resultado buscado, resolviendo dudas, dictaminando sobre las materias inciertas y prestando especial asistencia a quien la necesite, para que todos se encuentren en igualdad sustancial de condiciones al momento de determinar el *actum*.

Junto con estas funciones, el notario debe llenar otras concurrentes propias del *cavere*, con el fin de asegurar el cumplimiento del negocio y de los resultados pretendidos, buscando el punto de equilibrio de intereses, en función preventiva y cautelar, y que consisten en:

- **El alumbramiento de la voluntad de los requirentes**, a través de una tarea mayéutica mediante la cual les permitirá descubrir la verdadera intención de las partes y así completar, pulir y perfeccionar su voluntad inicial expuesta en la “primera audiencia”, la que puede ser oscura, incompleta, impensada, equivocada, ilegal, ilícita, imprevisora, deformada.

- **La interpretación y traducción jurídica de dicha voluntad**, con el fin de configurar el negocio jurídico específico y concreto que responda a lo buscado por los requirentes. En algunos casos podrán valerse de un negocio típico previsto positivamente por el ordenamiento jurídico, pero en muchos otros dicha voluntad solo podrá ser comprendida en un negocio atípico especialmente elaborado para esa situación.

- **La asistencia para alcanzar y determinar un acuerdo entre las voluntades de los otorgantes**, para alcanzar una “voluntad común” que asegure el futuro del negocio jurídico, su cumplimiento y sus resultados; para que ello sea posible, la colaboración imparcial del notario deberá ser libremente aceptada y deberá limitarse a exponer ventajas, desventajas y posibles soluciones, pero sin proponer ni imponer ninguna, procurando que sean las partes las que cuenten con la información para poder en conjunto optar por la que consideren mejor.

- **La adecuación al ordenamiento jurídico**, buscando las mejores vías previstas por el derecho positivo o abriendo nuevos cauces cuando la realidad sobrepase la letra de la ley, que entonces deberá admitir el avance de las nuevas soluciones formadas por una conciencia recta y justa en pos del bien superior de los individuos y la sociedad.

- **La configuración del negocio jurídico**, como culminación de las tareas anteriores, engarzando la voluntad de los sujetos, el objeto, la causa con las cláusulas precisas que aseguren la plena y total realización alitigiosa de los fines queridos, dentro del marco de la ley, la moral y la naturaleza de las cosas.

Para estas funciones de *respondere* y *cavere* el Notario se encuentra en inmejorables condiciones por su imparcialidad, que le permite buscar el equilibrio de intereses y garantizarlos a las partes en función preventiva y cautelar, sin sustituir la voluntad de las partes, ni imponiéndoles la suya propia (pues carece de *imperium*). Precisamente allí radica el prestigio del Notario, que “si se quiere que sea sólido debe ser social más que legal”.²⁵

25 “La misión...”, op. cit., p. 424.

Por su parte, en la segunda dirección, la *autenticadora*, el notario desarrolla una triple tarea de: documentación, formalización (dación de forma pública) y autorización (dación de fe pública).

Al hacerlo, insertándose en el *dictum*, asume la autoría del documento, narrando lo que oye y percibe por sus sentidos (*de visu et auditu*) -en la esfera de los hechos- y recogiendo las declaraciones de los otorgantes, ya conformadas, configuradas y traducidas jurídicamente -en la esfera negocial-; controla y califica la legalidad de lo documentado y lo inviste de una presunción de legitimidad, validez y eficacia; y da autenticidad y fuerza probatoria a lo oído y percibido y a las declaraciones contenidas en el instrumento público redactado.

Vemos aquí plasmadas las tareas de redactar el instrumento conforme a las leyes, de calificar la legalidad de lo documentado invistiéndolo de una presunción de legitimidad y validez, y de autenticar en ejercicio de la fe pública notarial de que esta investido; a las que también se refiere como labor de documentación, en orden a la fijación de la redacción jurídica, y labor de formalización -dación de forma pública- y de autorización -dación de fe pública- en orden a la exteriorización de la redacción jurídica.²⁶

Así entendida la labor de los notarios latinos, queda claramente expuesta la contribución de la función notarial al progreso del derecho, al ser los primeros en receptar el consenso social y sus nuevas necesidades y al resolver para el caso concreto la tensión existente entre las conductas de los requirentes, los fines perseguidos, los valores en pugna y la rigidez del ordenamiento jurídico positivo, flexibilizando las normas y abriendo nuevos caminos a las voluntades e intereses legítimos de los particulares en el ámbito de la libertad civil.

Esta contribución fue lúcidamente reflejada en los estudios de tantísimos autores, especialmente en España. Entre ellos, el notario español Rodríguez Adrados enseña al respecto, siguiendo a Giuliani, que "El despacho del notario es la sede más apropiada y más eficiente de la actividad contractual, la oficina experimental siempre activa en la que las leyes y los conceptos jurídicos, éticos, sociales, económicos que las inspiran se hacen materia viva, tejido de relaciones concretas, productos de consumo cotidiano", y agrega que el notario tiene que aclimatar las nuevas normas, que dar cauce a las nuevas nece-

26 "La misión...", op. cit., p. 428.

sidades y participa en el proceso formativo de la norma jurídica, que va de la solución aislada a la cláusula de estilo, a la tipicidad social y al reconocimiento jurisprudencial.²⁷

Aporta sobre el asunto Vallet de Goytisolo²⁸ cuando nos habla de la determinación notarial del derecho y explica que los notarios latinos como artífices del derecho han contribuido “a configurar y concretar el derecho, hallando soluciones justas para satisfacer las nuevas necesidades”, “coadyuvan con el pueblo en la formación de las costumbres y el esclarecimiento de su *consensus*”, anticipan “al legislador en el hallazgo de soluciones, formulaciones jurídicas y nuevas instituciones”, y siempre han “ayudado al legislador estimulándole, aportándole y ofrendándole su conocimiento de la realidad y su experiencia para la formulación más adecuada de nuevas soluciones legislativas o para la realización de las reformas legales precisas”.

Por ello, afirma que, como supo explicar Joaquín Costa, “los notarios han guiado a los pueblos en el alumbramiento de sus costumbres, surgidas a través de las prácticas negociales que las generan. Las cláusulas documentales han flexibilizado algunas instituciones que eran demasiado rígidas, han reforzado otras y configurado algunas nuevas para responder mejor a las necesidades que, en cada momento, se hacen sentir en la vida social”.²⁹

Castán Tobeñas³⁰ lo observa al referirse a la elaboración notarial del derecho, y nos dice que el notario comunica las normas con la vida, con la naturaleza de las cosas y con la utilidad social; adaptando y dando elasticidad a los preceptos, pudiendo moverse con libertad y mayor amplitud que

27 Rodríguez Adrados, Antonio, “El Notario: función privada y función pública”, conferencia pronunciada en la Academia Granadina del Notariado el 8 de noviembre de 1979; Escritos Jurídicos II, Colegios Notariales de España, Consejo General del Notariado, Madrid, España, 1996, p. 214 y ss.

28 A lo largo de toda su obra, pero especialmente en sus *Manuales de metodología jurídica*, Tomo III, “De la determinación del Derecho”, Fundación Cultural del Notariado, Madrid, España, 2004, p. 245 y ss.; y “La Determinación Notarial del Derecho”, Anales de la Academia Matritense Del Notariado, Tomo XXXV.

29 *Manuales de metodología jurídica*, Tomo IV, Metodología de la ciencia expositiva y explicativa del Derecho, Fundación Cultural del Notariado, Madrid, España, 2004, p. 174.

30 Véase especialmente *Función notarial y elaboración notarial del derecho*, Instituto Editorial Reus, Madrid, España, 1946.

los jueces, buscando que la solución sea justa y equitativa. En esta línea de pensamiento, ha afirmado que “los prácticos del derecho y especialmente los notarios, recogiendo las pulsaciones del medio social, han adaptado las leyes a las necesidades y tendencias de cada momento histórico, con medios ingeniosos, que han sido uno de los más interesantes factores de la evolución del Derecho”.

Esta colaboración notarial también es destacada por Tomás Ogayar y Ayllón³¹, quien en una conferencia pronunciada en la Academia Matritense del Notariado en 1971 explica la aplicación notarial del derecho exponiendo que el notario, legionario de la verdad, cuenta con el arma de la “interpretación suficiente para eludir la injusticia de la norma... mediante su acomodación a las transformaciones de la vida”.

En esa tarea, moldea los actos jurídicos dentro de las categorías de la ley, pero también abre paso a muchos tipos de figuras, procurando lograr que dichos actos sean expresión de la moral más rígida y del derecho más justo. Se erige así en un fundamental “colaborador en el proceso dinámico de creación del orden jurídico”, que incluso “va a la vanguardia del legislador” preparando la oportuna reforma legislativa.

Participa de esta tesis José María Porcioles³² cuando manifiesta que el notario tiene “el privilegio... y la gran responsabilidad de recoger las manifestaciones embrionarias de la vida jurídica, a las que tras un fecundo proceso constitutivo, debe darles forma legal”, aportando “inéditas fórmulas”, abriendo “cauces de nuevas concepciones doctrinales”, colocando “los primeros sillares de la futura legislación”.

Creemos que este es el enfoque que, con justicia, los autores de la reforma sostienen al expresar en los fundamentos que “debe calificar los presupuestos y elementos del acto y configurarlo técnicamente por los siguientes motivos: (i) la intervención de agentes públicos (en general) y la

31 “Aplicación notarial del Derecho”, conferencia pronunciada en la Academia Matritense del Notariado, Anales de la Academia Matritense del Notariado, Tomo XIX, España.

32 Citado por Vallet de Goytisolo en “La misión del Notario”, conferencia pronunciada el 9 de abril de 1957 en el Colegio Mayor Santa María del Campo, publicada en la Revista de Derecho Notarial, abril-junio 1957; y *Manuales de metodología jurídica*, Tomo III, “De la determinación del Derecho”, Fundación Cultural del Notariado, Madrid, España, 2004, p. 254 y ss.

de escribanos en particular, ha sido impuesta por la ley para acompañar al ciudadano en la ejecución de actos legislativamente seleccionados, con la finalidad de conferirles legalidad, validez y eficacia; (ii) esta finalidad se obtiene a través del asesoramiento, la configuración técnica, y sobre todo, la adecuación de la voluntad a lo expresado y narrado luego en documentos matrices que son conservados, archivados y exhibidos a quienes detentan interés legítimo; (iii) por ello es que, como bien expresa Fiorini, los instrumentos gozan de fe pública, porque son el resultado de un conjunto de solemnidades aplicadas a las etapas previas (calificaciones) y durante éste (acto público técnicamente configurado, con dirección del oficial, y garantizando la libertad de expresión y en su caso las adecuaciones de la voluntad a la verdadera intención de las partes). A ello se suma que en forma coetánea se instrumenta, con rigurosas solemnidades aplicables al tipo de papel, su autenticidad, las tintas, los procedimientos de edición, el contenido (idioma, prohibición de abreviaturas, espacios en blanco, enmiendas no salvadas, etc.). Los documentos matrices quedan en resguardo, lo cual facilita su auditoría y todos los controles que corresponda aplicar. Este conjunto de solemnidades (entendidas como garantías de jerarquía constitucional) es el fundamento de su privilegiada oponibilidad, que deviene de la fe pública que merecen; (iv) todo ello demuestra que la esencia de la función notarial no es la de conferir fe pública, como habitualmente se afirma, sino que su esencia es la de brindar protección a los ciudadanos en los actos y negocios de máxima trascendencia, legislativamente seleccionados, a través de un conjunto de operaciones jurídicas que son las que fundamentan su eficacia *erga omnes*. La fe pública es el efecto de tal conjunto de operaciones...".³³

Y si bien se refieren a actos "legislativamente seleccionados", esos son solo aquellos en los que la intervención notarial es impuesta por la ley, pero nada impide que los ciudadanos acudan a los notarios en cualquier caso, en busca de asesoramiento, protección y justicia. Que lo hagan dependerá de nuestro esfuerzo y de nuestra capacidad para brindar a la sociedad el servicio que merece, el que inevitablemente redundará en el ensanchamiento

33 Extracto de los fundamentos del Código Civil y Comercial de la Nación, Sección 5 "Escrituras y actas" del Capítulo 5 "Actos jurídicos" del Título IV "Hechos y actos jurídicos".

de la justicia, la paz y el bien común, contribuyendo a conservar la “biología de los derechos en la normalidad” y un orden social justo.

Por último, no quisiéramos dejar de advertir que para poder llevar adelante su alta y compleja misión y responder al interés social coadyuvando a la consecución del bien común, será necesario que cada notario reúna unas determinadas cualidades que pueden resumirse en ciencia, conciencia, lealtad, imparcialidad, veracidad, solidaridad, prudencia y justicia con los requirentes, con la corporación, con los compañeros y con la sociedad; procurando alcanzarlas en el máximo grado posible.

Recordando que siempre la actuación del notario deberá encontrarse dirigida e informada por los principios notariales, líneas fundamentales que ayudan a comprender la institución. Ellos son: a) principios relativos a la función notarial y al notario: rogación, veracidad, intermediación, legalidad, profesionalidad, imparcialidad, libre elección de notario y dación de fe; b) principios atinentes al instrumento público y su eficacia: autoría, consentimiento, forma escrita, unidad de acto formal, matricidad y protocolo, eficacia sustantiva, mixta y formal. Y todos ellos coronados por el principio de inescindibilidad de elementos públicos y privados.^{34 y 35}

Advertiendo además que “Son tan importantes los intereses que la sociedad deposita en manos del Notario, tan graves los asuntos que se ventilan en su estudio, que no puede responder dignamente a esta confianza sino con un grado máximo de moralidad”.³⁶

34 Esta clasificación responde a la propuesta de Rodríguez Adrados: ídem.

35 El desarrollo en extenso de estos principios podrá el lector encontrarlo en numerosísima doctrina notarial. Aquí solo nos limitamos a enunciarlos como complemento necesario para una visión cabal de la función notarial.

36 Citado por Delgado de Miguel, Juan Francisco: “La esencia deontológica de la profesión notarial”, publicado en *Deontología Notarial* de Juan Francisco Delgado de Miguel, Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España, Consejo General del Notariado, Madrid, España, p. 28.

2.4.

DEL DOCUMENTO NOTARIAL COMO PRODUCTO DE LA FUNCIÓN

Por su parte, la obra, el producto de la función notarial, el documento notarial con sus especiales características en tanto instrumento público, constituye para el caso concreto el resultado las relaciones dialécticas tensionales entre conducta, valor y norma; resultado al que las partes arriban con la asistencia, el asesoramiento, el consejo del notario, que los guía en ejercicio de la función notarial, en su doble vertiente conformadora y autenticadora.

Se trata de una solución, un cauce, un punto de equilibrio que trata de resolver en forma pacífica un conflicto de intereses entre las partes y que da origen a una nueva norma individual que es ley para las partes, goza de un especial valor jurídico y probatorio, y que deberá ser respetada por toda la sociedad y por el Estado, en tanto no sea ilegal, contraria a la moral, al orden público o a la naturaleza de las cosas.

El notario, guiado por la ética, los usos sociales y la prudencia, conducirá a sus requirentes en el ámbito de lo posible, de la libertad civil y de la autonomía de la voluntad, siguiendo los cauces que dejan libres las normas imperativas y prohibitivas, procurando que la solución a la que arriben, el documento notarial, sea la más justa y equitativa para el caso concreto.

En esa dirección, Lora-Tamayo afirma que "la equidad está presente no sólo en el momento de la ejecución del contrato, sino también en el de su formación. Los acuerdos a los que las partes lleguen han de ser equitativos desde un principio y en ello el notario ha de jugar un papel fundamental, mediante su labor asesora, redactora y de control de la legalidad...".³⁷

Y en la medida en que esa solución se repita se irán formando los usos notariales, dando un nuevo significado que podría llegar a ser incorporado al ordenamiento jurídico positivo, en función de una nueva integración normativa determinada por las nuevas exigencias axiológicas y la nueva realidad social, en un proceso dialéctico inagotable.

37 "Aplicación por el notario de la equidad", Revista Jurídica del Notariado, enero-marzo 2005, Consejo General del Notariado, Madrid, España, 2005, p. 211.

Ferré Morego lo ilustra al destacar que “Los usos notariales, especialmente los revelados en las convenciones notariales, constituyen a la larga una aportación a las formaciones legales, una intervención de los prácticos del derecho en la esfera de la normación jurídica, cerrando un ciclo lógico e inevitable entre la norma reguladora y la vida palpitante de los negocios jurídicos”.³⁸

Al respecto expresaba Núñez Lagos que “La actividad documental del notario como jurista se desenvuelve en la zona de la autonomía de la voluntad... Esto significa configurar las declaraciones de voluntad de las partes, dentro de la Ley, produciendo el texto del documento, la Ley del contrato”.³⁹

2.4.1

De las cualidades del documento notarial

No podremos realizar aquí un estudio detenido de la naturaleza jurídica del documento notarial, que sería además fútil después de los trabajos de los maestros en la materia (Núñez Lagos, Pelosi, González Palomino, Rodríguez Adrados, etcétera), pero sí quisiéramos destacar algunas de sus cualidades.

El documento notarial fruto de las tareas dichas tareas, opus que deja el notario y corolario de la función notarial, es entonces la expresión del pensamiento humano (no solo una representación del mismo), un hecho jurídico⁴⁰ y al mismo tiempo un acto jurídico⁴¹, cuyo autor es el notario y que se encuentra dotado de autenticidad o fe pública, la que irradia sobre tres

38 Citado por Vallet de Goytisolo, Juan B. en *Manuales de metodología jurídica*, Tomo III, “De la determinación del Derecho”, Fundación Cultural del Notariado, Madrid, España, 2004, p. 258.

39 Núñez Lagos, Rafael, *Hechos y derechos en el documento público*; Publicaciones del Instituto Nacional de Estudios jurídicos, Serie 3ª, Monografías de derecho Español, Núm. 10; Madrid; 1950. También publicado en Ed. Universidad Notarial Argentina, La Plata, 1969, p. 45.

40 Nuñez Lagos, Rafael, “Contenido sustantivo de la escritura pública”, Tomo Centenario de la Ley del Notariado, Sección Segunda, Vol. 1, pág. 6; citado por Lora-Tamayo Rodríguez, Isidoro en “La seguridad jurídica del contrato”, XVI Congreso Internacional del Notariado Latino, Lima, 1982, publicado por la Junta de Decanos de los Colegios Notariales, 1982.

41 Rodríguez Adrados, Antonio, “Naturaleza jurídica del documento auténtico notarial”, VI Congreso Internacional del Notariado Latino, Bruselas, 1963; citado por Lora-Tamayo Rodríguez,

planos: la autenticidad subjetiva o de autoría, la autenticidad corporal o del documento como cosa y la autenticidad ideológica (esta última atinente al pensamiento documentado, los actos propios del notario, los hechos que el notario percibe por sus sentidos, los juicios del notario y el contenido de las declaraciones).

Para que esa autenticidad sea posible y perdurable es necesario que el notario, cuidando de la forma, penetre en el contenido, en el acto documentado; y esto, a su vez, solo es posible en tanto y en cuanto lleve a cabo todas las tareas esenciales de la función notarial, arriba explicadas.

A su vez, de esas tareas notariales, del control preliminar y la tutela de legalidad realizada por el notario, se deriva la presunción de validez del negocio formalizado.

"De aquí pues, que ambas presunciones encuentren fundamento en la autoría del documento. El documento notarial es auténtico y se presume válido y legítimo porque su autor es un notario que ha ajustado el negocio en cuanto a su fondo y forma a la legalidad vigente".⁴²

De este modo, el documento notarial: a) reviste valor constitutivo de contratos, actos y negocios jurídicos; b) es título apto para ejercer los derechos que en él constan; c) reviste por sí mismo valor publicitario en el tráfico jurídico (por la presentación del título) el que es robustecido mediante los registros públicos con el fin de lograr una publicidad mayor y crear una protección plena tanto para el titular como para los terceros de buena fe; d) tiene valor jurídico probatorio y procesal por su fuerza ejecutiva y su enorme valor como prueba y en la prueba.

Isidoro en "La seguridad jurídica del contrato", XVI Congreso Internacional del Notariado Latino, Lima, 1982, publicado por la Junta de Decanos de los Colegios Notariales, 1982.

42 Lora-Tamayo Rodríguez, Isidoro en "La seguridad jurídica del contrato", XVI Congreso Internacional del Notariado Latino, Lima, 1982, publicado por la Junta de Decanos de los Colegios Notariales, 1982, p. 47.

SEGUNDA PARTE. DEL DOCUMENTO

03.
PRIMERAS APROXIMACIONES AL DOCUMENTO

Como hemos visto dentro de los diferentes aspectos propios del ejercicio de la función notarial se destaca por sobre todos la labor documentadora del notario, en su carácter de fedatario público, cuyo resultado final se concreta con la gestación del documento público notarial.

El documento, pues, ocupa el centro del derecho notarial. Es en torno a él que se estructura toda la regulación jurídica de la actividad notarial, y es, a su vez, el resultado final y materializado de su actividad. Sostenía Rafael Núñez Lagos ya en su introducción a los *Hechos y Derechos en el Documento Público* que “Los notarios hacemos documentos... En el principio fue el documento. No hay que olvidarlo. El documento creó al notario, aunque hoy el notario haga al documento”.⁴³

Aproximándonos hacia la concepción del documento, sostenía el maestro español que “todos los autores están conformes en que el documento es una cosa *-corporal-* que *-docuit-*, que enseña, que nos muestra algo”.⁴⁴ En la misma línea, explicaba Carlos A. Pelosi que el vocablo documento reconoce su origen en la palabra “*dekos*” en la lengua indoeuropea. De la raíz “*dek*” nace el verbo latino *doceo*, y de éste el vocablo *documentum*, con tres acepciones primarias: aquello con lo que alguien se instruye, aquello que se refiere a la enseñanza, aquello que se enseña.⁴⁵

Con un alcance similar el propio Pelosi nos enseñaba, indagando acerca del origen etimológico del concepto de instrumento, que “La voz instrumento deriva del verbo latino *instruere*. Es algo que está destinado a instruirnos e informarnos del pasado”.⁴⁶

43 Núñez Lagos, Rafael, *Hechos y derechos...*, cit., p. 11.

44 Núñez Lagos, Rafael, “Concepto y clases de documentos”, conferencia pronunciada en la sede del Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires el día 9 de agosto de 1956, en *Estudios de derecho notarial*, Tomo I, Ed. Instituto de España, Madrid, 1986, p. 273.

45 Conforme Pelosi, Carlos A., *El Documento Notarial*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1980, p. 3.

46 Pelosi, Carlos A., op. cit., p. 13.

3.1. ELEMENTOS DEL DOCUMENTO

Podríamos identificar, pues, dos elementos esenciales que debe contener el documento para ser tal: el primero, la corporalidad, la entidad material del documento como cosa. El segundo, la docencia, la capacidad del documento (cosa) de contener alguna expresión del pensamiento del hombre.⁴⁷

Resulta conveniente anticipar desde aquí los siguientes extremos: por un lado, el documento, como objeto cultural, resultará siempre producto de la creación humana. Por esta razón aquel *docere* o enseñanza, aquel contenido intelectual, será expresión del pensamiento del hombre. Más concretamente, expresión del pensamiento *del autor* del documento.

Por el otro, tanto desde el aspecto material (cosa) como desde el aspecto intelectual (capacidad de ser expresión) nos encontramos con un elemento esencial en común, esto es, la grafía. Como veremos a continuación, la grafía debe ser considerada tanto por ser elemento material que se encuentra incorporado al documento como cosa, como, desde el aspecto intelectual, por ser el vehículo por el cual se exterioriza aquella expresión del pensamiento del hombre.

3.2. DE LA CORPORALIDAD DEL DOCUMENTO

Analizado desde el aspecto material, decir que el documento es una cosa corporal puede resultar una verdad de Perogrullo, mas esta característica recobrará una particular trascendencia cuando nos detengamos luego en el estudio del documento digital.

La doctrina ha sido pacífica al señalar que el aspecto material del documento es un elemento esencial para su conceptualización como tal. El documento es una cosa. Y dentro de sus diversas clasificaciones, una cosa mueble. Así sostenía una vez más Núñez Lagos: "El documento es móvil y manejable, pasa de mano en mano. Esto lo diferencia del monumento, que es fijo, inmueble, estático".⁴⁸

47 Seguimos en este punto los conceptos y lineamientos desarrollados por Rafael Núñez Lagos en "Concepto y clases de documentos", op. cit., p. 273 y siguientes.

48 Núñez Lagos, Rafael, "Concepto y clases de documentos", op. cit., p. 274. Explica luego, refiriéndose a la historia de la corporalidad del documento, que "Las primeras señales gráficas

En cuanto a la materia de aquella corporalidad es conveniente anticipar desde aquí que si bien es cierto que el papel se ha impuesto como el soporte prácticamente excluyente de los documentos en los últimos siglos, esto obedeció a cuestiones prácticas, por la aptitud de la materia de poder contener elementos gráficos que permitan plasmar la expresión del pensamiento humano, mas éste (el papel) no es un elemento esencial.⁴⁹

3.2.1.

De la grafía como corporalidad

Desde el aspecto de la corporalidad del documento la grafía se presenta, primero, como un elemento estático, incorporado materialmente a la cosa. Antes de ser analizada como un elemento intelectual, debe serlo como elemento material.

En este sentido podemos decir que son los signos gráficos, inteligibles para el hombre, incorporados a la cosa.

3.3.

LA DOCENCIA DEL DOCUMENTO. DE LA GRAFÍA COMO EXPRESIVIDAD

El segundo aspecto de la grafía está dado por su aptitud de ser medio de expresión del pensamiento del hombre, por la docencia, la aptitud de poder dar a conocer el contenido expresivo del documento, desde el autor hacia la cosa, y desde la cosa al destinatario.

Desde esta perspectiva la característica esencial de la grafía está dada por la virtualidad ser inteligible para el hombre en el lenguaje convencional. De la posibilidad de acceder a su contenido intelectual, de comprender su significado. "El docu-

de comunicación los hombres primitivos las hicieron en el suelo, sobre la madre tierra, o en el tronco de los árboles. La necesidad de movilizar, de hacer cosa mueble, esas señas, llevó a emanciparlas, a segregarlas, resultando así: de la tierra, la briqueta caldea; del árbol, el liber o biblos del cercano oriente". En el mismo sentido, ver Pelosi, Carlos A., op. cit., p. 36.

49 Al respecto ver Núñez Lagos, Rafael, "Concepto y clases de documentos"; op. cit., p. 277. "Modernamente se ha impuesto el papel en la corporalidad del documento. Mas esto no quiere decir que el papel tenga la exclusiva".

mento ha de expresar el pensamiento de su autor; la grafía ha de estar preñada de significaciones tanto para el autor del documento -que no hay que confundir con el autor del hecho jurídico documentado- como para sus destinatarios. No basta la grafía; hace falta su significación inteligible y transitiva. No hay documento por azar. El documento es hijo, si no de la premeditación, al menos de la conciencia".⁵⁰

Como hemos visto la nota esencial que hace que la grafía sea un elemento constitutivo del documento, condición necesaria de su existencia como tal, radica en la virtualidad de ser medio de expresión del pensamiento humano. Por ello, ya en el año 1963, adelantaba Antonio Rodríguez Adrados: "La tradición jurídica nos ha legado una serie de variedades documentales unidas por la nota esencial de constituir la expresión, mediante una grafía, del pensamiento de un hombre, su autor; no es posible limitar en principio a la escritura esa grafía, puesto que la técnica ha desarrollado o puede desarrollar, en lo futuro, otros procedimientos de expresión del pensamiento..."⁵¹

3.4. DEL AUTOR DEL DOCUMENTO

El último de los elementos constitutivos del documento está dado por la existencia y reconocibilidad de su autor. "¿Es posible un documento sin autor?" se preguntaba Rafael Núñez Lagos, concluyendo a continuación que "El anónimo no ha sido considerado jamás como documento. Puede ser un indicio y hasta una prueba y quizá un comienzo de prueba por escrito; pero nunca ha sido una prueba documental".⁵²

No debe confundirse al autor del documento con la autoría material, por la redacción o confección del mismo. La autoría que aquí nos interesa es ideológica. Ahora bien, debemos diferenciar entre autor del documento y autor de las declaraciones contenidas en el documento. Es autor del documento quien asume, mediante signos reconocibles, la paternidad del mismo.

50 Núñez Lagos, Rafael, "Concepto y clases de documentos", op. cit., p. 279.

51 Rodríguez Adrados, Antonio, "Naturaleza jurídica del documento autentico notarial"; en Revista Notarial 787, La Plata, 1969. También publicado por Junta de Decanos de los Colegios Notariales, Madrid, 1963, p. 13.

52 Núñez Lagos, Rafael, "Concepto y clases de documentos", op. cit., p. 280.

“El documento no es tal si no se reconoce a su autor. Toda la teoría del documento reposa sobre la reconocibilidad de su autor y sobre la *calidad* de este. El anónimo no es documento. Hay que advertir que en todo caso hay que evitar la confusión entre autoría y firma. Para que un documento tenga su autor, no es necesario que esté firmado. Basta que para el destinatario sea evidente, con evidencia objetiva, la paternidad”.⁵³

La existencia del autor es un elemento esencial del documento. La firma, en cambio, es uno de los modos en que se puede lograr aquella vinculación entre el autor y el documento.

TERCERA PARTE

04. **DEL DOCUMENTO DIGITAL**

Teniendo en cuenta todo lo dicho en los apartados anteriores, llega ahora el momento de estudiar en profundidad el documento digital, su conceptualización e identificación como un tipo documental y la posibilidad de su incorporación a la órbita del derecho notarial. Para ello debemos analizar si es posible identificar en el documento digital aquellos elementos constitutivos y esenciales que caracterizan al documento.

Para facilitar el desarrollo anticipamos que analizaremos primero la materialidad del documento digital. Luego, la incorporación de la grafía a la materia. Por último, la capacidad de esa grafía de ser expresión del pensamiento del hombre.

4.1. **DE LA MATERIALIDAD DEL DOCUMENTO DIGITAL**

El aspecto de la materialidad del documento digital es uno de los que mayores particularidades presenta, pues, como observaremos a continuación, el concepto de documento digital se encuentra generalmente ligado a la idea de la inmaterialidad.

53 Núñez Lagos, Rafael, “Concepto y clases de documentos”, op. cit., p. 282.

Debemos partir por reconocer que existen justas razones para la generalización de aquella idea, pues la materia que sirve de soporte a los documentos digitales existe en un plano que resulta ser, por lo general, imperceptible para el destinatario.

4.1.1.

La pretendida inmaterialidad

Así, en esta línea de ideas se ha dicho que "... cuando vemos en la pantalla del ordenador un texto escrito con el sistema alfabético lo que se está produciendo es una especie de traducción simultánea, absolutamente volátil, de un texto creado y almacenado en el sistema binario. Los signos que vemos en la pantalla, reconocibles como signos de escritura, no existen en la realidad natural, sino tan solo en el mundo de la llamada realidad virtual; carecen de entidad material...". Continúa más adelante: "...Lo que vemos en la pantalla del ordenador no es lo que está almacenado en nuestro disco duro sino su exteriorización fugaz mediante un proceso instantáneo de descodificación al lenguaje alfabético del sistema binario".⁵⁴

Diremos, para comenzar, que no se trata aquí de una traducción fugaz ni volátil del lenguaje binario. Por el contrario, la traducción de aquel lenguaje será siempre la misma. A determinada combinación específica de bits corresponderá un contenido concreto, y no otro.

Por su parte, tampoco es correcta la afirmación de que el documento digital carezca de entidad material. Al respecto Antonio Rodríguez Adrados exponía: "No nos encontramos, ciertamente, ante un documento 'desmaterializado', como dicen Valerie y Luc Weyts; no estamos, como afirma por su parte Zagami, ante 'documentos totalmente inmateriales'... lo que ocurre es que al lado de una materia -el papel- tenemos ahora otros soportes -el disco duro, el disquete, el CD Rom, etc.-...".⁵⁵

Analicemos, pues, las particulares características del lenguaje informático binario y su relación con el soporte material de los documentos digitales.

54 Madridejos Fernández, Alfonso, *La copia notarial electrónica*, Ed. Colegio Notarial de Madrid, Madrid, 2007, p. 37. A su vez el autor cita a Torres Lana, José-Ángel, "Formas del negocio y nuevas tecnologías", *Revista de derecho privado*, julio-agosto 2004, pp. 489 a 523.

55 Rodríguez Adrados, Antonio, *Firma electrónica y documento electrónico*, Ed. Consejo General del Notariado, Madrid, 2004, p. 16.

4.1.2.

Del lenguaje informático binario

Todo documento digital está formado por un conjunto de bits asociados de una manera determinada, unidos en un archivo bajo un formato específico.

Un bit⁵⁶ es la unidad de medida mínima de la informática, compuesta por una de dos posibilidades dadas por los polos de la materia con propiedades ferro-magnéticas que sirve de soporte, interpretada por el lenguaje informático binario como un cero o como un uno.

A su vez, el lenguaje informático binario se construye mediante el agrupamiento de una determinada cantidad de bits para conformar una unidad (mayor) llamada byte. Dependiendo de los sistemas operativos de las computadoras, el lenguaje informático podrá agrupar de a ocho, dieciséis, treinta y dos o sesenta y cuatro bits para un solo byte.⁵⁷

Para partir de un ejemplo concreto y comprender al documento digital como cosa podemos tomar al disco rígido de un ordenador normal. Desde el aspecto material el disco rígido contiene metales con propiedades magnéticas que en base a determinado impulso reaccionan de una manera específica. Podemos imaginarnos al disco rígido como una plancha de muchísimos puntos microscópicos. Cada uno de estos puntos vendría a ser una especie de imán, un metal que reaccionará de una manera determinada al estar cerca de otro imán. Como es sabido, cada imán está compuesto por dos polos, luego, los polos opuestos se atraen, los polos iguales se repelen.

Son estos dos polos magnéticos, estas dos posibilidades, que el lenguaje informático interpreta bien como un cero, bien como un uno.

Así, en un lenguaje de ocho bits un byte está compuesto por la combinación de ocho posibilidades de ceros y unos. En términos matemáticos tenemos dos posibilidades (o cero o uno) elevado a la potencia de ocho. Esto da como resultado 256 combinaciones posibles para un solo carácter.

⁵⁶ La palabra "bit" viene del acrónimo del inglés "binary digit", o dígito binario.

⁵⁷ Estos son los sistemas más generalizados en la actualidad.

Luego, el proceso de grabación en un disco rígido se conforma por un impulso magnético que torna aquellos materiales que componen al disco bien en ceros, bien en unos.

En consecuencia, de este proceso resultará que en un espacio físico microscópico del disco rígido se habrán alojado una inmensa cantidad de bits (ceros y unos) que son la materia de todo documento digital.

4.1.3.

De las particularidades de la materia

Lo primero que debemos destacar aquí es que la materia, en los documentos digitales, resulta ser de menor relevancia que en el resto de los documentos. Observemos que un documento digital puede copiarse íntegramente y así aquella extensa cadena de bits agrupados se replicará de manera idéntica a la cadena original. A su vez este proceso puede repetirse indefinidamente, generando copias idénticas del mismo documento.

Al respecto sostiene Rodríguez Adrados que "... los documentos electrónicos presentan una materialidad de menor incidencia en el documento, porque un soporte electrónico puede ser sustituido por otro con permanencia del mismo documento... el documento electrónico puede pasar de un cuerpo a otro, de un soporte a otro, manteniendo su identidad; un soporte le es siempre necesario, pero los soportes concretos son intercambiables, totalmente accidentales".⁵⁸

En efecto en términos informáticos resulta apropiado hablar de "clonación" de los documentos, más que de "copias". No creemos que esta particularidad presente problema alguno con la concepción material del documento digital, solo la ponemos de resalto para comprender sus peculiares características.

Podemos concluir, pues, en que el soporte material del documento digital está dado por los metales con propiedades magnéticas en los que se alojan los bits que lo componen.

58 Rodríguez Adrados, Antonio, *Firma electrónica y documento electrónico*, Ed. Consejo General del Notariado, Madrid, 2004, p. 17.

4.2. DE LA GRAFÍA COMO CORPORALIDAD EN EL DOCUMENTO DIGITAL

El aspecto de la grafía como corporalidad en el documento digital también presenta sus particularidades que conviene poner de resalto. Habiendo definido ya el aspecto material del documento digital como cosa, avanzaremos hacia el aspecto material de la grafía, esto es la *incorporación* de los signos gráficos a la cosa.

Desde el aspecto material, la grafía está dada por aquel conjunto de códigos binarios, identificados como bits, alojados en un soporte digital, asociados de una manera específica.

Dicho de otra forma, la grafía como corporalidad está dada por los bits que componen al documento digital.

4.3. DE LA GRAFÍA COMO EXPRESIVIDAD EN EL DOCUMENTO DIGITAL

Comprender el aspecto de la expresividad de la grafía contenida en el documento digital pareciera ser más sencillo que comprender el de la materialidad, pues, en general, los documentos digitales se presentan ante nuestros sentidos con caracteres comprensibles en el lenguaje convencional.

Dicho esto debemos detenernos aquí para analizar la relación existente entre aquellos caracteres perceptibles en el lenguaje convencional y los bits que componen al documento digital como materia.

Para comprender esta relación volveremos a tomar como ejemplo, por ser el más sencillo, el lenguaje informático de ocho bits.

Tal como vimos en los apartados anteriores, en un lenguaje de ocho bits, cada uno de los caracteres que conformen al documento ocupará una combinación específica de bits agrupados de a ocho. Tenemos, pues, dos posibilidades por cada bit (cero o uno), elevado a la potencia de ocho. Esto nos da como resultado que cada carácter estará formado por una agrupación de bits específica, dentro de 256 posibilidades dadas.

A su vez existe un código estandarizado que permite asignar a cada una de esas 256 combinaciones un carácter específico. Este código es conocido

como código ASCII (por las siglas en inglés de “American Standard Code for Information Interchange”, o código Americano Estándar para el Intercambio de Información⁵⁹).

De esta manera podemos traducir cada una de esas 256 combinaciones posibles a los caracteres que según el mentado Código ASCII les correspondan, obteniendo como resultado un conjunto de caracteres comprensibles en el lenguaje convencional, que será la traducción instantánea mediante el ordenador de aquellos bits agrupados.

Cabe aclarar que, aunque los procesos actuales son exponencialmente más complejos, los principios que los rigen son los mismos.⁶⁰

Consecuentemente podemos considerar que la grafía en los documentos digitales cumple acabadamente con la función de ser expresión del pensamiento del hombre.

CUARTA PARTE. DE LA FIRMA DIGITAL

05. PRIMERAS APROXIMACIONES A LA FIRMA DIGITAL

Podríamos afirmar que antes del surgimiento de la firma digital, los documentos digitales no habían logrado alcanzar características de seguridad informática suficientes -y mucho menos de seguridad jurídica- como para ser considerados documentos por los ordenamientos.

Esto se debía, principalmente, a dos aspectos propios de los documentos digitales: el primero, por la latente mutabilidad del contenido del documento digital. El segundo, por la dificultad en la atribución de la autoría a un sujeto determinado.

59 Se puede ver la tabla del Código ASCII en: <https://elcodigoascii.com.ar/>

60 De hecho, en la actualidad se utiliza el lenguaje hexadecimal que viene a reemplazar al binario, dentro del cual se utilizan 18 caracteres (todos los números de un dígito, más las primeras ocho letras del abecedario) en lugar de 2 (cero o uno). Mas esto no es más que una traducción del lenguaje binario originario.

Así, el contenido de un documento digital sin firma, de un archivo de computadora cualquiera, no solo podría alterarse con facilidad a través de un ordenador, sino que, además, podrían ocultarse los rastros de aquellas modificaciones, de manera que se tornen imperceptibles para el usuario.

Lo mismo podría decirse de la autoría. La posibilidad del documento digital de contener signos que permitan la reconocibilidad de su autor era ciertamente limitada.

5.1. DEL SURGIMIENTO DE LA FIRMA DIGITAL

La firma digital reconoce su origen en un algoritmo matemático desarrollado en el año 1977, conocido como algoritmo RSA, nombrado por las siglas de los apellidos de sus creadores: Ronald Linn Rivest, Adi Shamir y Leonard Adleman.

En efecto, el algoritmo RSA es un sistema criptográfico basado en la utilización de procedimientos asimétricos, lo que es conocido en el ámbito de la criptografía como sistemas de criptografía asimétrica, sistemas de criptografía de dos claves, o sistemas de criptografía de clave pública.

De esta última denominación se desprende, por sus siglas en inglés (*public key infrastructure*), el dominio de internet que el Ministerio de Modernización de la Presidencia de la Nación⁶¹ utiliza como principal plataforma de firma digital en la Argentina: <https://pki.jgm.gov.ar/app/>.⁶²

La idea misma de la firma digital surge por la necesidad de la transmisión y recepción de mensajes entre dos puntos distantes, de manera tal que resulte imposible su interceptación, o que si fuera interceptado, el contenido del mensaje no pudiera alterarse, o, en algunos casos, ni siquiera pueda ser comprendido.⁶³

61 De conformidad con el art. 29 de la Ley 25.506 de Firma Digital, modificado por el art. 4 de la Ley 27.446, el Ministerio de Modernización es la autoridad de aplicación de la firma digital en la Argentina.

62 En donde "pki" representa las iniciales de las siglas en inglés de "infraestructura de clave pública" o, como hemos dicho, "public key infrastructure".

63 Dependiendo de la finalidad que se busque, cualquiera de esas necesidades puede ser satisfecha.

Partiendo por su raíz etimológica, criptografía viene del griego *kryptos*: “oculto”, y *graphé*: “grafía”, o “escritura”. Consecuentemente, su significado puede traducirse como el arte de la escritura oculta.

5.2. EVOLUCIÓN DE LOS SISTEMAS CRIPTOGRÁFICOS: CRIPTOGRAFÍA SIMÉTRICA Y CRIPTOGRAFÍA ASIMÉTRICA

En un sistema de criptografía simétrica, la simetría estará dada por la identidad entre el elemento utilizado para codificar, y el elemento utilizado para decodificar.

A modo de ejemplo, un sistema de criptografía simétrica podría ser el reemplazo de las letras del abecedario por el número que le corresponda según el orden en el que se ubiquen en el alfabeto. A la letra “a” le corresponderá el número 01, a la letra “b” el 02, y así sucesivamente.

El proceso de encriptación estará dado por el reemplazo de las letras que compongan el mensaje original por los números correspondientes al orden en que cada letra se ubica. Supongamos, pues, que el mensaje original sea “hola”. El mensaje encriptado, de acuerdo al método propuesto, será: “08161201” (en donde “08” es “h”, “16” es “o”, “12” es “l”, y “01” a).

El proceso de decodificación será exactamente el mismo pero en la dirección inversa. El receptor recibirá el mensaje encriptado (08161201), y reemplazará los caracteres numéricos por las letras del abecedario que le corresponda según el mismo orden planteado. De esta manera el mensaje encriptado vuelve a su sentido original, y se torna comprensible para el receptor.

El problema con los sistemas criptográficos simétricos radica en que, para que dos personas puedan comunicarse mediante mensajes encriptados, debían conocer previamente el método de codificación que utilizarían, pues tanto para codificar como para decodificar se realizaba el mismo cálculo, aunque de manera inversa.

Si lo que se buscaba mediante los sistemas criptográficos era la imposibilidad de la comprensión del mensaje, para el caso de que fuera interceptado, el mismo problema cabría para la comunicación de la clave simétrica utilizada para codificar y decodificar. De alguna manera el autor del mensaje debía comunicarle a su receptor cual era el método que había utilizado para codificarlo.

Este problema fue el punto de partida para el surgimiento y desarrollo de los sistemas de criptografía asimétrica que veremos a continuación.

5.3. LA CRIPTOGRAFÍA ASIMÉTRICA

Un sistema de criptografía asimétrica viene a ser extremadamente más complejo que los anteriores, pues requiere de algún algoritmo que permita mantener una relación entre dos elementos matemáticos diferentes y vinculados entre sí, en donde uno de ellos será utilizado solamente para encriptar, y el otro solo para desencriptar.

No resulta para nada sencillo comprender estos sistemas, ni pretendemos agotar aquí el tema, pero debemos tener en cuenta algunas características propias de la criptografía asimétrica.

La primera, que la relación existente entre un sistema de criptografía asimétrica y el algoritmo matemático utilizado para la generación de los elementos empleados para codificar y decodificar es tan estrecha, que resulta imposible comprender cabalmente su funcionamiento sin comprender aquel cálculo matemático.

La segunda, que tanto el concepto informático de la firma digital, como su concepción jurídica, se apoyan en este esquema de algoritmos matemáticos de criptografía asimétrica basado en el par de claves para la codificación y decodificación de mensajes.

5.4. DEL ALGORITMO RSA COMO SISTEMA DE CRIPTOGRAFÍA ASIMÉTRICA

En concreto, el algoritmo RSA parte por la generación de dos elementos matemáticos interrelacionados entre sí. Esto es lo que se conoce como el par de claves. Uno de estos dos elementos, la clave pública, será potencialmente conocido por todos. El otro, la clave privada, se mantendrá en secreto, y será de exclusivo conocimiento de su titular.

En la práctica la clave privada no es realmente conocida por su titular, sino

que se encuentra alojada exclusivamente en un dispositivo físico criptográfico denominado "token", que cumple un rol esencial en el proceso de aplicación de la firma digital.

Asimismo, teniendo en cuenta que la clave pública debe ser pasible de ser conocida, la propia firma puede incluir la clave pública. De esta manera el sujeto recibe el mensaje encriptado y también la llave para desencriptarlo. El receptor sabrá, al usar la clave pública del emisor, que fue ese emisor quien le aplico su clave privada.

El proceso de generación de este par de claves interrelacionadas entre sí es un complejo cálculo matemático, a partir del cual surgen estos dos valores identificables, cada uno, con una de las dos claves.

5.5. DEL DESARROLLO DEL ALGORITMO MATEMÁTICO RSA

Para la generación de este par de claves se parte de la elección de determinados números de manera aleatoria (aunque siguiendo parámetros necesarios). Así n es el resultado de la multiplicación de p por q , siempre que p y q sean números primos y enteros. Para graficarlo en términos matemáticos⁶⁴ elegiremos los siguientes: $p= 61$ y $q= 53$. El resultado de la multiplicación de p por q será= $3233 (n)$.

Los valores de p y q serán parte de la clave privada, por lo tanto permanecerán en el exclusivo conocimiento de su titular (con la salvedad hecha más arriba), de manera que los procesos matemáticos que involucren estos valores (p y q) solo pueden realizarse en una dirección. Dicho de otra forma: a partir de los valores de p y q puedo llegar a determinar el valor de n , mas a partir del valor de n resulta extremadamente difícil deducir los valores de p y q .

Luego, al valor n se le aplica la función phi de Euler (ϕ), esto es, tomar los dos valores que conforman n (p y q), restarle 1, y volver a multiplicarlos. Retomando los valores anteriores, el cálculo sería: $61 - 1= 60$; $53 - 1= 52$; 60 por $52= 3120$ (esto es ϕn).

64 Para facilitar la comprensión y permitir el cotejo de lo que aquí explicamos, utilizaremos los mismos números que han sido utilizados en: <https://es.wikipedia.org/wiki/RSA>.

El tercer paso es la elección de un tercer valor, denominado e . Siempre que e sea mayor a uno, y menor que $\phi(n)$ (en el ejemplo 3120), a su vez, co-primo con éste (e y $\phi(n)$ no deben tener ningún divisor en común). Digamos como ejemplo que e es igual a 17. Tanto n como e integrarán valores que conforman la clave pública.

Finalmente, el último paso para la generación del par de claves según el algoritmo RSA radica en computar el valor d , que también forma parte de la clave privada, de exclusivo conocimiento de su titular. La dificultad radica en que para calcular (y conocer) el valor de d , se torna necesario conocer previamente los valores que conformaban n , esto es p y q . Pues de otra forma, se torna imposible realizar el cálculo de $\phi(n)$.

El último cálculo será: e por $d \bmod \phi(n) = 1$. En donde "mod" o módulo, es el resultado de multiplicar e (17) por d (hasta aquí desconocido) y dividirlo por $\phi(n)$ (3120), y tomar la resta de la división (sin continuar con los decimales: así si dividimos 27 por 5, la resta será 2, pues multiplicar 5 por 5 da como resultado 25, luego faltan 2 para llegar a 27).

Tenemos entonces que 17 multiplicado por un número equis (d) módulo 3120 *tiene que dar como resultado 1*. En términos matemáticos, d debe ser el multiplicador modular inverso de " $e \bmod \phi(n)$ ". Finalmente tenemos que d es igual a 2753, pues multiplicar 17 por 2753 da como resultado 46801, si dividimos 46801 por 3120 la resta de dicha división dará como resultado 1.

La relación existente entre estos valores permite mantener el secreto de una porción de los datos que conforman el algoritmo, dando a conocer la otra parte de los datos, de manera tal que aplicando cualquiera de las dos partes de la ecuación el resultado permita determinar que el mensaje original fue encriptado utilizando una clave determinada. Clave pública y clave privada son dos porciones del mismo algoritmo.

Por su parte el proceso de encriptación del mensaje será el siguiente: se parte del mensaje original (m) elevado a la potencia de d (2753) módulo n (3233). Este procedimiento da como resultado la obtención de c , que vendría a ser el mensaje encriptado.

Luego, para volver al número que resulte de aquel cálculo (será c : el mensaje encriptado) al mensaje original (m), se debe seguir el siguiente procedimiento: c elevado a la potencia de e (17) módulo n (3233) = m (se vuelve al mensaje original).

En el ejemplo propuesto (tomado, a su vez, del ejemplo que propone Wikipedia en el desarrollo del sistema de encriptación RSA) se utilizan nú-

meros sencillos, considerablemente pequeños, para facilitar la comprensión del algoritmo. Pero en la realidad para que el sistema alcance determinados parámetros de seguridad se utilizan números compuestos por una cantidad de dígitos extremadamente largos.⁶⁵

En definitiva, estos procedimientos informáticos son los que dan basamento a los conceptos de no repudio (referido a la presunción de autoría del documento) e integridad (asociado a la no alteración del contenido del contenido del documento) asociados a la firma digital.

5.6. Del análisis del algoritmo

Con el desarrollo anterior queremos señalar la complejidad que representa el cálculo de este algoritmo, pues esto determina, asimismo, la complejidad que representa su descifrado.⁶⁶

De esta manera podemos apoyarnos en que los elementos matemáticos involucrados en el proceso de firma digital, pueden ser considerados seguros en la actualidad.

06. DE LA RECEPCIÓN LEGISLATIVA DE LA FIRMA DIGITAL

La Ley 25.506 introdujo, en el año 2001, el concepto de firma digital en nuestro país. La norma vino a recoger las nociones expuestas anteriormente, en el sentido expresado, esto es, definiendo que el concepto de firma digital se apoya en un sistema de criptografía asimétrica basado en una *infraestructura de clave pública*. Aunque resulta más ilustrativo referirnos a un *sistema de crip-*

65 Incluso el mensaje del cual se parte (m) necesariamente debe contener una cantidad determinada de bits, de lo contrario el cálculo puede ser incorrecto (a modo de ejemplo, si el mensaje (m) fuera igual a 1, aunque luego se le aplique cualquier potencia, dará como resultado 1). Para esto se utilizan mecanismos de relleno, tendientes a ampliar la cantidad de bits que componen el mensaje original, como mecanismo previo a los cálculos matemáticos.

66 Por ejemplo para un hacker.

tografía de dos claves, empleamos esta terminología por ser la más utilizada, especialmente por su traducción al inglés.

Así, en su art. 2 dispone que “Se entiende por firma digital al 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”.

Por su parte los arts. 7 y 8 de la Ley contienen las formulaciones jurídicas de las presunciones de autoría (no repudio) e integridad, en los siguientes términos: “Se presume, salvo prueba en contrario, que toda firma digital pertenece al titular del certificado digital que permite la verificación de dicha firma”; y el art. 8 dispone que: “Si el resultado de un procedimiento de verificación de una firma digital aplicado a un documento digital es verdadero, se presume, salvo prueba en contrario, que este documento digital no ha sido modificado desde el momento de su firma”.

6.1. DE LA TERMINOLOGÍA EMPLEADA EN LA LEY DE FIRMA DIGITAL

Resulta conveniente detenernos aquí en algunos conceptos empleados por la ley, propios de la esfera de la firma digital.

No debemos confundir los conceptos de *certificado de firma digital*, con la *firma digital* en sí misma.

- El *certificado de firma digital* es el resultado de la generación del par de claves, mediante el algoritmo definido anteriormente, emitido por la Autoridad Certificante (AC), plasmado en un dispositivo físico determinado, mediante el cual se vinculan los datos de aquellos algoritmos con un sujeto determinado.

Este proceso de generación del par de claves se traduce en un documento digital en sí mismo, el cual, a su vez, lleva la aplicación de la firma digital de la propia autoridad certificante. De allí surge la definición del art. 13 de la Ley 25.506: “Certificado digital. Se entiende por certificado digital al documento digital firmado digitalmente por un certificador, que vincula los datos de verificación de firma a su titular”.

A su vez, el certificado de firma digital se aloja en un dispositivo físico denominado *token*, que cumple una función primordial en el procedimiento de aplicación de la firma digital en concreto. En efecto la exclusividad del conocimiento de la clave privada al que se refiere el art. 2 de la Ley se traduce en que ésta (la clave privada) se encuentra únicamente dentro del *token*.

De esto se desprende, asimismo, la obligación de mantener el control exclusivo de los datos de creación de firma digital y la prohibición de su divulgación contempladas en el inciso a) del art. 25 de la Ley.

- **La firma digital**, en cambio, es la aplicación en concreto de la clave privada del firmante a un documento digital específico. De esta manera el documento digital firmado contendrá un dato, un rastro que permita identificar la utilización de la clave privada del firmante.

En verdad en la práctica la aplicación de la firma digital involucra varios procesos sucesivos automatizados, entre los que debemos destacar la aplicación de la función hash.

- **La función hash** puede definirse como la creación de un resumen de un documento digital mayor. Es un proceso que se utiliza para generar, partiendo de un documento compuesto por una gran cantidad de bits, un documento considerablemente menor, formado por una pequeña cantidad de bits de una extensión estandarizada, a la manera de un extracto de algunos de los bits del documento original.

Asimismo a un documento digital en concreto le corresponderá siempre un *hash* específico. Esto es, si realizamos la función *hash* de un mismo documento múltiples veces, el resultado será siempre el mismo.⁶⁷

En la práctica el proceso de firma digital implica, primero, la creación del *hash* del documento que se quiere firmar. Luego la aplicación de la clave privada del firmante al *hash* del documento que se quiere firmar. De esta manera lo que se encripta es el *hash*, y no el documento principal.

Luego, el proceso de validación de la firma consiste en, primero, aplicar la clave pública del firmante al *hash* del documento, encriptado con su clave privada. El resultado de esta operación será recuperar el *hash* original. A continuación se genera un segundo *hash* del documento firmado, y se compara con aquel *hash* ori-

67 El hash será siempre el mismo.

ginal recuperado. Del cotejo de estos dos *hash* surgirá si ha habido modificaciones en el documento luego de la firma.

Claro que todo esto sucede de manera automática, y será imperceptible para los usuarios, pero estos son los procesos informáticos que se desarrollan en la aplicación de una firma digital.

- Una *Autoridad Certificante* (AC) de firma digital es la entidad que presta los servicios de certificación, generando los certificados de firma digital de los solicitantes y suscriptores. A su vez, las autoridades certificadoras cuentan con una estructura de *Autoridades de Registro* que "... efectúan las funciones de validación y de otros datos de los solicitantes y suscriptores certificados, registrando las presentaciones y trámites que les sean formulados por éstos".⁶⁸

Por su parte, el Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires se ha constituido como Autoridad de Registro de Firma Digital del Certificador ONTI, estableciendo que los suscriptores de certificados serán las personas físicas que sean notarios de la Provincia de Buenos Aires en pleno ejercicio de la profesión.

6.2. DE LOS DOCUMENTOS DIGITALES Y LA FIRMA DIGITAL EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN

El art. 288 del Código Civil y Comercial de la Nación establece: "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"⁶⁹, asimilando, de esta manera y en lo que hace a sus efectos probatorios, a la firma digital con la ológrafa.

68 De la política única de certificación de la Autoridad Certificante ONTI (Oficina Nacional de Tecnologías de Información), en: <http://pki.jgm.gov.ar/cps/cps.pdf>, p. 7.

69 Resulta interesante advertir que, en la redacción del anteproyecto que dio origen al actual Código Civil y Comercial de la Nación, el art. 288 establecía que "... el requisito de la firma de una persona queda satisfecho si se utiliza un método que asegure indubitablemente la autoría e integridad del instrumento". El texto de la norma actual reemplazó los términos "un método", por "una firma digital".

Luego, los arts. 289 y 290 y concordantes del mismo cuerpo legal, al establecer los requisitos de los documentos públicos, así como los arts. 299 al 301 referidos a las escrituras públicas no exigen al soporte papel como exclusivo, lo que permite admitir a los documentos digitales como soportes.

Especialmente el art. 301, al establecer los requisitos de las escrituras públicas, dispone que "... Las escrituras públicas... pueden ser manuscritas o mecanografiadas, pudiendo utilizarse 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...", lo cual representa, ciertamente, una notable previsión, incluyendo específicamente el principio de equiparación del soporte digital.

Por su parte, y ya dentro de la órbita de los documentos notariales, el art. 308 dispone que: "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...", admitiendo así aquel principio de la equiparación del soporte digital al papel.

07. DE LAS FUNCIONES DE LA FIRMA

7.1. DE LAS FUNCIONES DE LA FIRMA OLÓGRAFA O MANUSCRITA. SU INESCINDIBILIDAD

De acuerdo con lo estudiado, todo documento requiere para ser tal de un autor. Para que esa autoría cobre relevancia jurídica será necesario un elemento de "documentación"⁷⁰, que haga reconocible a su autor y así convierta en documento algo que antes no lo era.

70 En la terminología diplomática se lo denomina elemento de "validación"; sin embargo, siguiendo a Antonio Rodríguez Adrados, consideramos más propio llamarlo elemento de "documentación", "puesto que no da validez a lo que anteriormente fuera nulo, sino que convierte en documento algo que antes no lo era, y en tal sentido 'hace' el documento". *Firma electrónica y documento electrónico*, Ed. Consejo General del Notariado, Madrid, 2004, p. 36 y ss.

En los documentos cartáceos, si bien existen otros como el sello, el elemento de documentificación por antonomasia es la firma, cuya excelencia en tal sentido viene dada fundamentalmente de la ligazón que la misma implica entre el documento, las declaraciones en él contenidas y las personas; es decir, la atribución de autoría del documento y de las declaraciones que contiene.

Vemos allí las funciones que Francesco Carnelutti⁷¹ asignaba a la firma:

-*una indicativa*, por la cual se señala al autor. En la actualidad habitualmente esa función ya no es encomendada a la firma, sino que en el cuerpo mismo del documento se señala a las personas intervinientes. Esto se debe entre otras razones, a que la firma ha dejado en la mayoría de los casos de ser nominal y legible. Por otro lado, esa función indicativa no cumple una función certificante de la veracidad de esa atribución de autoría.

-*una declarativa*, función principal por la cual el firmante asume como propio el documento y, fundamentalmente, su contenido, en tanto manifestación de su voluntad. Por ello, es una condición fundamental para esta función declarativa el carácter personal, inseparable e inescindible de la firma y su autor, y ello lo consigue justamente por ser “manuscrita”, único medio para determinar con seguridad la autoría de la firma.

La firma manuscrita está indisolublemente unida al sujeto, siendo por tanto inseparable de su titular, no existiendo intermediación entre la persona y la firma.

Vemos en esta función declarativa la sustancial diferencia entre la firma y el sello como elementos de “documentificación”, en tanto el sello podrá completar la función indicativa e incluso una función certificante cuando sea un sello público, pero nunca podrá satisfacer la función declarativa, en la medida en que por su naturaleza escindible el sello podrá ser aplicado por alguien distinto a su titular.

71 “Studi sulla sottoscrizione”, citado por Antonio Rodríguez Adrados en *Firma electrónica...*, op. cit., p. 37.

7.2.

DE LAS FUNCIONES DE LA FIRMA DIGITAL. SU ESCINDIBILIDAD

Adentrándonos ya en el campo digital, corresponde entonces detenernos en las funciones de la firma digital.

Entendida como una herramienta tecnológica con sus características propias y distintivas ya estudiadas, la firma digital satisface la función indicativa arriba señalada, puesto que a partir de la generación de un certificado y su vinculación con una persona específica por parte de una autoridad certificante, podrá determinarse la procedencia del documento digital firmado.

Sin embargo, en lo que respecta a la función declarativa, en tanto el dispositivo de creación de la firma digital es escindible de su titular, la misma no quedará satisfecha, ya que "...en ningún caso garantizará quien ha hecho uso material de la firma..."⁷², pues "... La firma electrónica⁷³ es un mecanismo separado de la persona y, por tanto, puede ser utilizado por otra distinta de su titular".⁷⁴

Al respecto, explica Antonio Rodríguez Adrados: "La llamada firma electrónica, por el contrario, es escindible o separable de la persona, puesto que se pone al igual que el sello mediante un utensilio, un dispositivo de creación de firma, que puede accionar su mismo titular, pero también un tercero, con consentimiento del titular de la firma o si él, con o sin delito, estando el titular vivo o muerto..."⁷⁵

Continúa más adelante, en relación a la definición legal de la firma electrónica de la ley española "... esos datos solo podrán usarse como medio de identificación del titular de la firma electrónica, pero no del firmante, de

72 Cavallé Cruz, Alfonso; "Viabilidad de la matriz u original del documento notarial en soporte electrónico"; obra inédita, facilitada por el propio autor durante el transcurso de la beca de perfeccionamiento instituida por el Consejo General del Notariado Español; Madrid, 2014.

73 En la terminología de la legislación española, la firma electrónica es equivalente a la firma digital del derecho argentino.

74 Bolás Alfonso, Juan, "Firma digital, comercio electrónico y fe pública notarial"; en Revista Jurídica del Notariado N° 36, octubre-diciembre 2010, p. 42. El autor, por las particularidades terminológicas a las que hicimos referencia oportunamente, se refiere a la firma electrónica reconocida, prevista en la ley española, asimilable a la firma digital del derecho argentino.

75 Antonio Rodríguez Adrados; "Firma electrónica y documento electrónico", Ed. Consejo General del Notariado, Madrid, 2004, pp. 49-50.

la persona que en cada caso concreto acciona el dispositivo de creación de firma electrónica, que es al único que podemos denominar firmante”.⁷⁶

En virtud de esa escindibilidad propia, quizás sería más correcto hablar de “sello digital”, tal como lo hace la ley alemana de 1997 al referirse a la firma digital como *siegel* (sello de datos digitales).

Y también de esa escindibilidad nace la presunción legal de que toda firma digital pertenece al titular del certificado digital que permite la verificación de dicha firma. Observemos que dicha presunción deviene innecesaria en el ámbito de la firma ológrafa, como resultado de su inescindibilidad y la consecuente atribución al firmante de los efectos que emanan del documento.

08. DE LA SEGURIDAD JURÍDICA Y LA SEGURIDAD IN- FORMÁTICA

8.1. DE LA SEGURIDAD JURÍDICA Y LA SEGURIDAD ECONÓMICA

Luego del estudio de la función notarial, del documento notarial como producto de aquella, y del documento y la firma digital, podemos afirmar que la seguridad jurídica preventiva deriva de las tareas llevadas a cabo por el notario en el proceso de formación del contrato, las que aseguran a las partes un cabal entendimiento del negocio, garantizando la comprensión de las consecuencias jurídicas deseadas, reduciendo así las diferencias existentes entre las partes, mediante la libre prestación del consentimiento debidamente informado.

Esta seguridad jurídica preventiva “... se concibe no como una pura seguridad económica, en la que se garantice el valor estimado del bien, sino como seguridad del tráfico, en la que se trata de asegurar el bien mismo que

76 Antonio Rodríguez Adrados, “Firma electrónica...”, cit. p. 52.

se adquiere”.⁷⁷ Es más, “el aseguramiento de la compensación patrimonial... en nada robustece la seguridad jurídica de la contratación. Más aún, parte de que el contrato ha sido ineficaz, de que... la seguridad jurídica no ha funcionado, de que se ha producido un daño que debe resarcirse. El orden jurídico incurriría en una dejación y en una contradicción a sus fines si sustituye la seguridad jurídica por la mera seguridad económica”.⁷⁸

“La seguridad, además, es hoy en nuestro ordenamiento un valor de entronque constitucional, que aunque no participa de la Justicia no entra en colisión con ésta, sino que evita el mal de la contienda judicial, aunque sea de este mal del que salga triunfante la Justicia. La Sociedad pide una seguridad que le evite llegar a ese recurso último en el que se dirimen, con sacrificio, las diferencias entre las partes”.⁷⁹

8.2. DE LA SEGURIDAD INFORMÁTICA

Consecuentemente el soporte documental en el cual se plasme el desarrollo de la función notarial en nada altera su esencia, pues será ésta la que garantice la seguridad jurídica, a través del desarrollo de las tareas a las que nos referimos al comienzo del presente (el juicio de juridicidad, el deber de asesoramiento y consejo, el alumbramiento de la voluntad de los requirentes, la interpretación y traducción jurídica de dicha voluntad, la asistencia para alcanzar y determinar un acuerdo entre la voluntad de los otorgantes, la adecuación al ordenamiento jurídico, la configuración del negocio jurídico, y la documentación, formalización y autorización del documento).

Asimismo, desde esta perspectiva, “Cuando se habla de seguridad en las transacciones electrónicas debe distinguirse entre: -La seguridad jurídica contractual, es decir, la seguridad jurídica que afecta al proceso de elaboración de un contrato, a la válida prestación del consentimiento con-

77 Exposición de clausura de Ilmo. Sr. D. Julio Burdiel Hernández, en las jornadas sobre la fe pública extrajudicial, organizadas por el Ministerio de Justicia y el Consejo General del Notariado los días 18, 19 y 20 de abril de 1994, publicado en *La fe pública*, ed. Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España; Madrid, 1994, p. 225.

78 Lora-Tamayo Rodríguez, Isidoro en “La seguridad jurídica del contrato”, op. cit. p. 13.

79 Exposición de clausura de Ilmo. Sr. D. Julio Burdiel Hernández, op. cit. p. 223.

tractual y a la producción de sus efectos. -Y la seguridad de la comunicación del mensaje, que implica garantizar no sólo que el mensaje llegará a su destinatario, sino también la procedencia o identidad de quien lo envía, la integridad del mensaje y su confidencialidad”.⁸⁰

En este sentido podemos decir que la firma digital es una herramienta que indudablemente contribuye a la seguridad informática en tanto asegura la inalterabilidad del documento y permite la reconocibilidad del autor a partir de la mentada presunción legal de autoría en cabeza del titular del certificado digital. Mas, también aquí, podemos afirmar que esta seguridad informática, por sí sola, no hace a la seguridad jurídica preventiva.

Por el contrario su mayor aporte se da en el ámbito de la seguridad económica, en tanto la presunción de autoría implica una imputación legal de responsabilidad al titular del certificado digital por los daños causados. “... La indemnización de unos daños y perjuicios, aunque se tratara de una responsabilidad objetiva, es algo totalmente distinto del vínculo contractual; las obligaciones contractuales no pueden nacer de una negligente custodia, sino *ex contractu*, de una declaración de voluntad... pretender basar la contratación electrónica directamente en la ley, en los usos o en la buena fe, y no en la voluntad de los contratantes y en su declaración, supone olvidarnos de toda la teoría del contrato y del negocio jurídico y sustituir nuestro sistema de la contratación por otro sistema de imputación de una conducta, de clara inspiración norteamericana”.⁸¹

80 Bolás Alfonso, Juan, “Firma electrónica, comercio electrónico y fe pública notarial”, en *Notariado y contratación electrónica*; citado por Rodríguez Adrados, Antonio, en *Firma electrónica y documento...*, op. cit., p. 55.

81 Rodríguez Adrados, Antonio. “La firma electrónica”, comunicación leída el 5 de junio de 2000 en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, publicado en *Revista Jurídica del Notariado* N° 35, julio-septiembre 2000, pp. 141-175. Citado por Francisco Javier García Más en “La seguridad jurídica preventiva y las nuevas tecnologías”, publicado en *La reforma de la justicia preventiva* (Seminario organizado por el Consejo General del Notario en la UIMP), Civitas Ediciones S.L., Madrid, 2004.

QUINTA PARTE. DE LA ACTUACIÓN NOTARIAL EN SOPORTE DIGITAL

09. DE LA DETERMINACIÓN DE SU VIABILIDAD

Habiendo analizado ya los elementos esenciales que caracterizan a la función notarial, los aspectos constitutivos del documento y las características especiales del documento digital, en virtud de los nuevos requerimientos de la sociedad moderna, podemos afirmar que es tanto posible como necesaria la incorporación de los documentos digitales como un nuevo soporte documental en el que se plasme el resultado de la actuación notarial.

Aquellos elementos propios de la seguridad informática que brinda la firma digital en cuanto a la reconocibilidad del autor del documento y la inmutabilidad de su contenido, además de los que en el futuro las nuevas tecnologías puedan desarrollar (incluso las tecnologías que en la actualidad se encuentran en auge tales como el *blockchain*), representan herramientas invaluableles que pueden coadyuvar al logro de los fines perseguidos por la función notarial, tendientes a garantizar la seguridad jurídica preventiva y la justicia en amplísimo campo de las relaciones de derecho espontáneas.

Más el cambio del soporte documental en el que se plasme el desarrollo de nuestra función no implica modificación alguna respecto de los principios que la rigen, al modo en que debe ser ejercida y a las tareas que el notario debe llevar a cabo para cumplir cabalmente su misión, en los sistemas del notariado de tipo latino.

9.1. DE LOS DIFERENTES TIPOS DE ACTUACIONES NOTARIALES EN SOPORTE DIGITAL

Teniendo en cuenta la recepción de los documentos digitales y la firma digital tanto en la Ley 25.506⁸², como en el Código Civil y Comercial de la Na-

82 Ley de firma digital de 2001, modificada el 30 de mayo de 2018 por la Ley 27.446. Ver además la normativa relacionada al comienzo, referida al proceso de modernización del estado.

ción⁸³, debemos afirmar que existe una verdadera equiparación legislativa entre documentos en soporte digital y documentos en soporte papel.

Consecuentemente la actuación notarial en soporte digital solo requiere de una reglamentación local que establezca los requisitos y los medios necesarios para desarrollarla.

Son indudables los beneficios que, en el ámbito de la seguridad informática, brindan las nuevas herramientas tecnológicas en pos de la comunicación e interacción entre los notarios, los colegios notariales, el Consejo Federal del Notariado Argentino y los organismos públicos, a nivel local, provincial, nacional e, incluso, internacional, facilitando y agilizando el ejercicio de la función y disminuyendo los costes de la misma, todo ello en aras de la plena satisfacción de las necesidades y las demandas de los requirentes y, en definitiva, del bien común.

Sin embargo, no teniendo el tiempo ni el espacio para profundizar en todos los temas que hubiéramos querido, creemos de suma importancia detenernos en las actuaciones propiamente notariales en soporte digital.

Sin pretender abarcar todos los tipos de actuaciones notariales en soporte digital que pueden darse en la realidad, analizaremos algunos casos de aplicación que consideramos podrán ser de utilidad.⁸⁴

En primer lugar debemos hablar de la *certificación notarial de la autenticidad del contenido de documentos*.

En este sentido debemos destacar que el aspecto digital de la actuación estará dado por el documento en el cual se plasme la actividad del notario. Tengamos en cuenta que estaremos frente a una actuación notarial digital cuando la constancia de la actuación quede plasmada en un documento digital, independientemente de los soportes de los documentos que la originen.

Así, tanto podemos certificar en soporte digital la autenticidad de un documento digitalizado (escaneado), cuyo soporte original sea el papel, y aquí estaríamos frente a una actuación notarial en soporte digital; como certificar en el papel

83 Especialmente en sus artículos 288 (firma digital), 289 y 290 (documento público), 299 a 301 (escritura pública) y el 308 (copias o testimonios) y concordantes.

84 Al respecto podemos mencionar, como normas reglamentarias, al "Reglamento de actuación notarial en soporte digital" del Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, así como al "Reglamento de la utilización de firma digital" del Colegio de Escribanos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

la autenticidad de un documento nativo digital impreso, aunque aquí no estemos frente a una actuación notarial en soporte digital.

Naturalmente también podremos certificar copias digitales de documentos nativos digitales. En este caso cobrará una especial relevancia el proceso de *validación del documento original*, y la constancia notarial que realicemos al respecto.

Por último debemos considerar que la constancia de la actuación notarial deberá quedar reflejada en un folio notarial, por ello, en las actuaciones notariales en soporte digital, debemos pensar en la existencia de folios digitales que sean soporte de aquellas constancias.

También podemos mencionar la *certificación notarial de firma digital*, consistente en la constancia notarial de legitimidad de la aplicación de la firma digital por un particular.

Si bien podría plantearse que la firma digital en sí misma ya contiene un elemento indicativo de su titular, y más allá de las consideraciones realizadas oportunamente en torno a su escindibilidad, creemos que la intervención notarial en el proceso de la aplicación de la firma digital puede agregarle al documento elementos que le otorguen mayor valor jurídico, garantizando el uso legítimo del certificado digital, la capacidad y libertad del firmante, el conocimiento y la comprensión del contenido del documento logrando así la adecuación de las conductas intersubjetivas al ordenamiento jurídico.

9.2. DE LOS TESTIMONIOS DIGITALES

Por todo lo expuesto podemos igualmente admitir la existencia de testimonios digitales, esto es, las copias originales de las escrituras matrices o protocolos.

Al respecto el mismo consistirá en la reproducción de la escritura matriz, sea por copia mediante el escaneo del protocolo (lo que podríamos denominar testimonio por digitalización), sea por la reproducción del contenido intelectual de aquella escritura matriz, íntegramente en los folios digitales (o testimonio por reproducción).

Aquí, dada la mayor trascendencia jurídica de estos documentos, debemos considerar con detenimiento los elementos de seguridad necesarios para su implementación. Tal como anticipamos, y para comenzar, se debe prever la

existencia de folios digitales, esto es, un elemento oficial y estandarizado en el que se plasme la actuación notarial digital.

9.3. DE ALGUNOS ELEMENTOS DE SEGURIDAD INFORMÁTICA

Asimismo la propia informática ha generado otras herramientas de seguridad, entre las que podemos destacar al Código Seguro de Verificación (CSV), elemento que se utiliza para vincular un documento digital en concreto con un código específico, que puede considerarse de gran utilidad en la implementación de los documentos notariales digitales.

De esta manera el documento digital cuenta con un código mediante el cual se puede acceder al mismo documento digital, o a algún dato de él, por lo general, ingresando en una página web específica. En la práctica el código está compuesto por una larga cantidad de letras y números que aparece visibles en el documento, previendo la situación de que el usuario lo imprima, lo que permite recuperar el documento digital desde su impresión al papel.

Al respecto en la asamblea de la Unión Internacional del Notariado (UINL), celebrada en Budapest en octubre de 2014, en el desarrollo del tema interno a cargo del coordinador Enrique Brancós Núñez, "El documento Notarial y su acceso al registro de la propiedad, la eficacia registral de aquel", se propuso "que se adopte el sistema de código seguro de verificación -CSV- para comprobar la autenticidad de los documentos matrices u originales en los supuestos en que resulte aconsejable para agilizar el tráfico jurídico".

Por su parte esta herramienta requiere de un almacenamiento controlado de los documentos digitales que contengan aquellos CSV. Pareciera lógico, pues, encomendar la administración de este almacenamiento a los colegios notariales respectivos.

Resta por mencionar aquí que existe un sistema complementario de aquel CSV, dado por la generación de un código QR (del inglés *quick response*, respuesta rápida) que contenga igualmente un código que permita recuperar datos del documento original, con la particularidad del proceso de lectura, pues el código QR permite ser captado por sensores o cámaras, devolviendo instantáneamente el dato relacionado (por ejemplo, desde un teléfono celular).

Naturalmente, los documentos notariales digitales deberán llevar la firma digital del notario que los autorice. Tengamos en cuenta que en todos los casos el carácter público del documento estará dado por la intervención del notario como autor, por las características propias de la función notarial ya vistas, lo que exterioriza con la aplicación de su firma digital. Es decir que el carácter público del documento no dependerá nunca de quien sea la autoridad certificante o la autoridad de registro; a pesar de lo cual consideramos de vital importancia que cuando menos la autoridad de registro sea el colegio notarial en el que se encuentre colegiado el notario autorizante, puesto que ello facilitará y asegurará las funciones de contralor que corresponde ejercer al colegio profesional.

Por su parte, también se contempla que estas actuaciones lleven el certificado de proceso aplicado por el colegio notarial respectivo, entendido como un proceso de firma digital automático que indica la habilitación para el ejercicio de la función del profesional al momento de la autorización del documento.

Este proceso realiza el mismo control que hoy hacen los colegios al realizar la venta de los folios de actuación notarial.

9.4. DEL BLOCKCHAIN. UNA REFERENCIA ESPECIAL

En este contexto debemos mencionar a la tecnología *blockchain*, entendida como una herramienta tecnológica que ofrece un sistema de registro de datos digitales seguro.

En efecto *blockchain*, cuya traducción literal del inglés es “cadena de bloques”, es un sistema de almacenamiento de datos que utiliza una base de datos distribuida, de manera tal que toda la información, contenida en “bloques” para el sistema, se replica idénticamente en cada computadora que interviene como un nodo, esto es, usuario y servidor al mismo tiempo.

Reconoce su origen en el año 2008 con la publicación del *bitcoin paper*, publicado bajo el seudónimo de Satoshi Nakamoto, de gran valor práctico, en el cual se desarrolla el funcionamiento y los procedimientos informáticos implicados del sistema, aportando conceptos como *proof-of-work*, *nonce* o *hash*.

El sistema se basa en procesos entrelazados de creación de bloques, en donde cada bloque contiene el total de los datos de la base de datos. El último

bloque contiene todos los documentos digitales que se hayan generado en el último lapso de tiempo desde la generación del bloque anterior, más un hash o resumen de este bloque anterior. A su vez, ese bloque anterior contiene un hash o resumen de su antecesor, y así sucesivamente, por lo que se podría decir que la totalidad de los bloques se encuentran unidos o encadenados. De allí el nombre de “cadena de bloques”.

Por su parte el proceso de generación de un bloque se logra mediante lo que se denomina *proof-of-work*. Para comenzar debemos tener en cuenta que a este proceso de generación de un bloque se lo puede denominar proceso de “cerrado” de un bloque, porque a partir de éste, el bloque quedará efectivamente cerrado, y se pasará a trabajar en el siguiente conjunto para cerrar el siguiente bloque.

Así, la prueba de trabajo consiste en la realización de un cálculo matemático tal que dé como resultado un dato específico y preestablecido, con un procedimiento que contiene elementos aleatorios. De acuerdo con el propio *bitcoin paper* de Nakamoto, la *proof-of-work* consiste en “... escanear en busca de un valor que, cuando fuese hasheado... el hash comience con un número de cero bits”.

En concreto la *proof-of-work* establece que un bloque se va a cerrar cuando, al crear el hash de la totalidad de los documentos contenidos en él (incluido el hash del bloque anterior), este hash comience con una cantidad determinada de bits en una posición determinada. A modo de ejemplo, podría establecerse que el bloque se va a cerrar sí, al crear el hash del conjunto, dicho hash comience con “00”, o con “000”.

Como hemos visto oportunamente, la función hash dará siempre el mismo resultado. Esto es: al realizar la función sobre un conjunto determinado de documentos, el resultado será siempre el mismo hash. Consecuentemente, para lograr generar un cambio en la composición de aquel hash, se le debe agregar “algo” a aquel conjunto, para que, luego del agregado, se genere un hash diferente.

Ese “algo”, a su vez, se denomina *nonce*, y no es más que un agregado, algo que se le suma al conjunto total de documentos que pertenecen al bloque actual, solo para forzar la generación de un hash distinto que cumpla con los parámetros establecidos.

Este proceso de *proof-of-work* implica una producción continua e ininterrumpida de cálculos matemáticos en búsqueda del *nonce* que, de manera

aleatoria, genere un hash que satisfaga aquel parámetro. La complejidad del parámetro establecido, a su vez, aumenta de manera exponencial.

Esto es lo que en la práctica desarrollan los llamados “mineros”, que no son más que enormes cantidades de computadoras, que pueden estar agrupadas en lo que se denominan “granjas”, conectadas a la red como un nodo, generando, cada una, una inmensa cantidad de cálculos matemáticos, hasta que alguno de ellos logre dar con aquel resultado deseado, lo que es recompensado (así ocurre en el caso del bitcoin) con el pago de una *criptomoneda* a favor del minero que logre cerrar el bloque.

La seguridad informática que este sistema propone se basa en que, dado el trabajo constante que los nodos tienen que realizar, la base de datos se encuentra constantemente replicada y actualizada en todos ellos, de manera que se torna extremadamente difícil la alteración de alguno de los elementos contenidos en la base de datos.

Una observación nos merece el enorme consumo de energía que estos sistemas demandan, energía que, en su gran mayoría, se ve desperdiciada en la generación, constante y repetida, de cálculos matemáticos improductivos para la obtención de datos aleatorios.

9.5. DEL PROTOCOLO NOTARIAL. RESEÑA

Debemos comenzar por afirmar que es posible admitir la existencia de un protocolo notarial digital.

Dicho esto el análisis que debemos realizar aquí es acerca de la conveniencia y utilidad de la modificación del soporte de las escrituras públicas matrices o protocolares, mas no el de su viabilidad, pues la mentada equiparación legislativa nos obliga a proyectar sus posibles aplicaciones.

Ahora bien, tratándose de escritura públicas matrices debemos proceder con la máxima prudencia⁸⁵, y pensar en un sistema de resguardo seguro, confiable y duradero de aquéllas, que cuente con los mayores elementos de seguridad informática posibles, de acuerdo a las tecnologías existentes.

85 Entendida en los términos expuestos por Cavallé Cruz, Alfonso; “Viabilidad de la matriz...”, op. cit. p. 17: “La prudencia es la virtud del que toma las decisiones acertadas en el tiempo oportuno”.

De lo contrario, y por las especiales características que hacen al documento notarial y su trascendencia en el ámbito de la seguridad jurídica preventiva, creemos que resultará aconsejable el mantenimiento del soporte papel para las escrituras matrices.

Respecto de la conveniencia del cambio aquí proyectado, si bien no podemos desconocer las ventajas propias de la digitalización en la administración de los datos pertenecientes a una base determinada, y guiados por la prudencia propia que el caso amerita, creemos queda aún mucho por avanzar en tantos otros aspectos, antes de adentrarnos en la implementación del protocolo digital.

Observemos, por su parte, que una de las mayores ventajas del documento digital con firma digital se encuentra en el plano de la circulación, por la celeridad que esto implica, proporcionando comunicaciones seguras entre dos puntos distantes.

Por el contrario, un proceso paulatino y reflexivo hacia la digitalización del notariado pareciera aconsejar que el protocolo sea el último de los documentos en pasar al soporte digital, procurando mientras observar las valiosas experiencias que los notariados que ya han comenzado este proceso nos dejen.

10. CONCLUSIONES

El notariado “ha nacido biológicamente, de la misma realidad social y de sus necesidades”⁸⁶, erigiéndose desde su mismo origen como una solución adecuada y satisfactoria a las exigencias sociales de las distintas épocas.

Siendo ello así y comprendida la función notarial en los términos expuestos en el presente desarrollo, el notariado como órgano social vivo y en permanente movimiento al compás de la configuración social, cultura e idiosincrasia de cada pueblo, debe continuar procurando la incorporación creciente de valores trascendentes a las relaciones sociales, encontrando las respuestas convenientes a las demandas propias del presente y de ser posible adelantándose a los problemas del futuro.

86 Rodríguez Adrados, Antonio, “El Notario: función privada y función pública. Su inescindibilidad”, *Escritos Jurídicos II*, Colegios Notariales de España, Consejo General del Notariado Español, 1996, p. 217.

Ello nos exige entender a las nuevas tecnologías como herramientas invaluableles que coadyuven al desarrollo de nuestra función y no como amenazas a la misma. No advertir esto implicaría ignorar o desconfiar de la utilidad, la esencia y los fines propios del notariado de tipo latino.

Nos parece oportuno destacar aquí la observación que hiciera Alfonso Cavallé Cruz cuando sostenía: "Hace décadas fue objeto de debate la conveniencia o inconveniencia de la máquina de escribir en las notarías, en aquella ocasión el argumento de los que rechazaban el nuevo artilugio fue las mayores garantías de autenticidad de la escritura manuscrita (el debate hizo que hubiera que esperar a finales de la década del 50 del pasado siglo para que se comenzase a redactar las matrices a máquina, casi un siglo después de la invención de la máquina de escribir)...".⁸⁷

Está claro que hoy no contamos con ese tiempo para dar la solución que la sociedad espera; la respuesta debe ser inmediata y eficiente, pero siempre respetando la esencia de la función notarial, en tanto ello garantizará el cumplimiento de la misión jurídico social del notariado, resguardando la seguridad jurídica y la justicia del orden social.

En definitiva, el futuro depende de lo que demande la sociedad y de cómo ésta valore la seguridad jurídica preventiva, lo que, a su vez, dependerá del comportamiento de los notarios a nivel individual e institucional.

Ante ello, el Notariado, como institución, deberá trabajar continuamente "para mejorar sus parámetros de calidad, agilidad y coste, para lo cual será fundamental la plena incorporación de las nuevas tecnologías"⁸⁸, pero cuidando denodadamente no defraudar la confianza que la sociedad ha depositado en nosotros.

Conscientes de que el prestigio de nuestra profesión "ha provenido de su satisfactorio cumplimiento, de modo generalizado, de cuanto ha querido la esencia de su función, exigente de una dedicación plena, con entrega total, honestidad profesional, saber jurídico y sentido humano, experiencia, tanto

87 Cavallé Cruz, Alfonso; "Viabilidad de la matriz...", op. cit.

88 Juan Bolás Alfonso, en "Economía, competencia y función notarial", publicado en "La reforma de la justicia preventiva", Seminario organizado por el Consejo General del Notariado en la UIMP, Ed. Civitas, Madrid, 2004, p. 156.

adquirida por el ejercicio profesional como recibida de la tradición notarial⁸⁹, aspiramos a que todos concibamos nuestra función como una verdadera vocación de servicio que merece y exige ser vivida honorable y plenamente, con total dedicación, convencidos de que somos todos solidariamente partícipes y responsables de su futuro y de conservar y acrecentar el prestigio y la gloriosa herencia que nos legaron quienes nos antecedieron, en beneficio de los intereses generales.

Y para que todo esto sea posible, además del compromiso, dedicación y entrega total de cada uno de nosotros, será imprescindible la activa colaboración de los órganos colegiados notariales, a nivel local, nacional e internacional, para promover, coordinar y desarrollar la función notarial, y fundamentalmente, por ser lo más importante, asegurar y garantizar la ética que debe presidir su ejercicio.

11. BIBLIOGRAFÍA

Por cuestiones de extensión, la bibliografía utilizada para el presente ha sido oportunamente indicada en las citas al pie.

89 "Retos actuales al Notariado", publicado en *Deontología Notarial* de Juan Francisco Delgado de Miguel, Junta de Decanos de los Colegio Notariales de España, Consejo General del Notariado, Madrid, España, p. 473.

RESPONSABILIDAD REGISTRAL POR INFORME ERRÓNEO*

RAÚL R. GARCÍA CONI

El fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y de la Cámara Nacional Civil, sala F (El Derecho, 3-XII-977) contiene elementos que se refieren a las consecuencias que acarrea la omisión de una hipoteca en las certificaciones registrales que debieron informarla.

Con bastante anterioridad la Corte Suprema ya había declarado “que, en principio, quien contrae la obligación de prestar un servicio lo debe realizar en condiciones adecuadas para llenar el fin para que ha sido establecido, siendo responsable de los perjuicios que causare su incumplimiento o su irregular ejecución (doctrina de los arts. 625 y 630 del Código Civil)” (Fallos, t. 182, p. 5), máxime -agregamos nosotros- cuando el encargado de ese servicio ejerce el monopolio de su prestación.

* Comentario a un fallo de la Corte Suprema de Justicia, publicado originalmente en Revista Notarial 830, correspondiente al año 1977. El contenido completo del fallo se publica a continuación del presente comentario.

La responsabilidad resarcitoria del Estado no admite discusión y, en lo que atañe a cuestiones registrales, ha sido consagrada en las leyes que regulan la colaboración técnico-financiera de los colegios notariales con los registros de la propiedad, ya sea en base a un seguro (Ley 17.050 de Capital Federal y similares de varias provincias) o por medio de un fondo de garantía (Ley bonaerense 7701).

Extraña, en consecuencia, que de una vez por todas el Estado no se allane a la reparación extrajudicial de los errores cometidos por sus agentes (arts. 1112 y 1113, Código Civil) y que, por otra parte, no oponga excepciones que pueden invalidar la demanda.

Todo ello ocurre, en uno u otro sentido, porque en estas demandas contra el Estado no se da ingerencia suficiente a las autoridades de los registros de la propiedad que, por su especialización "ratione materiae", pueden coadyuvar eficazmente en la articulación de la defensa.

Lo que sí se ha discutido, cuando el Registro equivoca su certificación, es quién debe ser el damnificado: si el acreedor cuyo derecho inscripto no fue publicado (seguridad de los derechos) o el acreedor que se apoya en esa certificación errónea para requerir una inscripción (seguridad del tráfico). Nos inclinamos decididamente por esta última alternativa, basada en la apariencia jurídica, aunque luego haremos ciertas salvedades, omitidas en el fallo.

La llamada "fuga registral" por deficiencia informática, es un problema inherente a la falibilidad humana que encuadra en la responsabilidad "in eligendo e in vigilando" del Estado, el que muchas veces incurre en una tercera responsabilidad cuando la ecuación horas-hombre se ve colmada por la gran cantidad de certificaciones que deben despacharse en horas, situación bastante frecuente en registros funcionalmente hipertróficos y económicamente infradotados.

Influye también la técnica empleada, pues la completividad del certificado queda asegurada cuando se emplea la metodología del folio real, en que la expedición de copias facsimilares equivale a la exhibición del asiento, superponiéndose la publicidad material y la formal.

Con lo que el Estado gasta en resarcir errores registrales propios del sistema "cronológico-personal" (folios protocolizados) se puede avanzar bastante en la conversión al régimen del folio real mediante la matriculación "de oficio" que hemos preconizado desde la Dirección del Registro de la Propiedad de la Provincia de Buenos Aires.

En "Certificaciones registrales erróneas" (Revista Notarial 771), como antes lo hiciera la Comisión de Consultas del Colegio (dictamen de los escribanos Cerávolo, Falbo y Moreira, en Revista Notarial 764, p. 105), sostuvimos que la omisión de un embargo en una certificación no impide la inscripción del título. Este criterio se refleja en la resolución contencioso-registral N° 34 del 17 de noviembre de 1969 del Registro bonaerense, que establece la siguiente escala de valores: a) el derecho personal debe ceder ante el derecho real; b) la inscripción (especie) tiene más jerarquía que la mera anotación (género); y c) la doble rogatoria (certificación e inscripción) obliga más al Registro que el simple pedido de anotación.

La Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, la Cámara de Apelaciones Civil y Comercial de Rosario, y la Cámara Nacional Civil (salas A, B y F) se habían pronunciado categóricamente en igual sentido (vid nuestro *Derecho registral aplicado*, p. 229, Ed. Librería Jurídica La Plata, 1972).

Como en Capital Federal hubieron fallos adversos a esta postura, la Cámara Nacional de Apelaciones dictó fallo plenario el 21 de abril de 1976 resolviendo que el embargo omitido en una certificación catastral "no obstaculiza la inscripción" del acto jurídico apoyado en ese certificado. La doctrina moderna acompaña esa solución, pero no faltan opiniones en contrario, como las de Krichmar (Jurisprudencia Argentina, Doctrina, 1973, p. 395) y Sing (Fides N° 59/60, p. 573).

Según el fallo que comentamos, la transferencia del bien hipotecado "sólo pudo concretarse merced a una errónea expedición de los certificados del Registro".

Disentimos con tales apreciaciones, pues con ser grande la importancia de la publicidad registral, existen otras publicaciones computables. Dicho de otra manera, la publicidad que nos interesa no se agota en sede registral y como "ningún escribano o funcionario público podrá autorizar documentos de transmisión, constitución, modificación o cesión de derechos reales sobre inmuebles, sin tener a la vista el título inscripto en el Registro.." (art. 23, Ley 17.801), deberá también observar (como elemento de calificación notarial) si en dicho título figuran las notas de desmembración o gravamen que están obligados a consignar los notarios para intercambiar información (arg. art. 996, Código Civil). Estas notas marginales además de obligatorias son muy ilustrativas y el no considerarlas (o no consignarlas) implica grave responsabilidad notarial (art. 902, Código Civil y leyes orgánicas del notariado).

Es curioso que en el fallo glosado la defensa no arguyera sobre la existencia u omisión de la nota de hipoteca, que el escribano de la posterior escritura debió tener en cuenta.

La omisión en un certificado del informe sobre la existencia de un embargo no puede ser aplicable por analogía al de la omisión de la hipoteca, pues en el caso de esta última deben ponderarse otras circunstancias.

El embargo es el resultado de una obligación “propter rem” que origina una “anotación” registral, mientras que la hipoteca constituye un derecho real cuyo asiento es una “inscripción”. El deudor puede ignorar la existencia del embargo (y si pagó puede creer que le ha sido levantado), pero el deudor hipotecario no puede prevalerse de la falta de inscripción (art. 3135, Código Civil) ni de la circunstancia de que tal inscripción no aparezca en el certificado. En este último caso no cabe la presunción de buena fe y estamos en presencia de una figura penal.

Si se omite el informe sobre la hipoteca, además de la responsabilidad del Registro existe la responsabilidad civil y/o disciplinaria de un escribano y la responsabilidad civil y penal del deudor hipotecario que, aparentemente, en el caso de referencia ha procedido con toda impunidad.

El derecho registral, como disciplina jurídica autónoma presenta características diferenciales con respecto al derecho civil. Para éste la matriz prevalece sobre el testimonio si tuvieren discrepancias (art. 1009, Código Civil) mientras que para el derecho registral es más importante el testimonio porque éste contiene datos sobrevenientes que son claves para quien deba tener ese título a la vista (art. 23 cit., Ley 17.801).

Precisamente, por lo expuesto, el Registro de la Propiedad de la Provincia de Buenos Aires no acepta copias autenticadas de la matriz sino que exige la presentación del testimonio para la reconstrucción de sus asientos, para poder analizar el contenido de las notas del título. Lamentablemente como no lleva fichero por deudores hipotecarios, al reponer las minutas de dominio no está en condiciones de informar por hipotecas, pues ignora si en la minuta reemplazada existió nota de correlación con el protocolo de hipotecas. De ahí la necesidad de guiarse por las constancias externas estampadas en el testimonio.

El problema de la reconstrucción de asientos, más grave en el sistema cronológico-personal, se atenúa en el del folio real, que cuenta con dispositivos

de seguridad (exhibición a través de un cristal, microfilmación de las minutas, etc.).

La importancia del testimonio resulta también de la necesidad de asentar en el Registro los que se emitieren con numeral posterior (segundos, terceros, etc.), lo que priva de valor circulatorio a los ejemplares anteriores (art. 28 Ley 17.801).

Aunque no puede equipararse ni siquiera “mutando mutandi” la omisión de un embargo (derecho personal) con la de una hipoteca (derecho real), estamos de acuerdo con las conclusiones finales del fallo acotado. Tales omisiones no obstan a la inscripción de los derechos con vocación registral basada en la apariencia jurídica de una certificación que no puede ser impugnada “ex post facto” y el damnificado por el Registro debe ser resarcido.

La condición de un asiento registral es su oportuna publicidad, lo que significa que la función del Registro es doble: inscribir primero para informar después. Si no comunica la situación jurídica de sus asientos es como si éstos no existieran, puesto que “la plenitud, limitación o restricción de los derechos inscriptos y la libertad de disposición, sólo podrá acreditarse con relación a terceros por las certificaciones...” (art. 22, ley 17.801).

El Registro debe responder doblemente por sus errores. Su primera respuesta tiene que ser afirmativa en cuanto a la inscripción (o anotación) requerida por quien cumple con toda la preceptiva legal y se apoya en un certificado que considera idóneo. La otra respuesta consiste en indemnizar a aquéllos con los que cumplió a medias su cometido cautelar (inscripción o anotación sin la consecuente publicidad de lo registrado).

DAÑOS Y PERJUICIOS: CERTIFICADOS ERRÓNEOS DEL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

DOCTRINA:

1. *Es responsable el Estado provincial (arts. 1112 y 1113, Cód. Civil) si la garantía hipotecaria con que contaba el actor se tornó de imposible ejecución por haber transferido el deudor el dominio de las unidades a que había quedado sometido el bien, transferencia que sólo pudo concretarse merced a una errónea expedición de los certificados del Registro; la responsabilidad de la Provincia no puede exceder el valor de cuatro unidades, al que el actor limitó su reclamo y que cubre el importe del crédito más sus intereses al tiempo de entablarse la demanda.*

2. *En la acción contra el Estado provincial por reclamo de los perjuicios que ocasionó la errónea expedición de certificados por el Registro de la Propiedad, la prescripción debe computarse desde el momento en que el actor tuvo conocimiento de que la acción indemnizatoria quedó expedita a su favor, lo que ocurrió con la notificación de la sentencia que decidió que la garantía hipotecaria era inejecutable contra los nuevos titulares del dominio del bien.*

3. *La sola frustración de una garantía hipotecaria regularmente constituida constituye un daño jurídico cierto, no eventual, que debe ser indemnizado a menos que la demandada pruebe la existencia de otros bienes suficientes y embargables en manos del deudor real, que alguien o disminuyan el daño sufrido por el acreedor, o bien demuestre que el valor venal del inmueble embargado era insuficiente para solventar el crédito.*

4. *No se vulnera el principio de especialidad (art. 3109, Cód. Civil) en razón de haber sido otorgada la hipoteca en garantía de una deuda en dólares, pues el importe del crédito queda determinado conforme con lo previsto por el art. 608 del Código Civil.*

Tribunal: Corte Suprema.

Fecha: junio 22 de 1976.

Autos: Osswald, Federico G. c. Provincia de Buenos Aires.

Publicado en: El Derecho, de 3 de diciembre de 1976, fallo N° 28.786.

FALLO:

Buenos Aires, 22 de junio de 1976.

Resulta.:

1° - Que a fs. 3 se presenta por medio de apoderado Federico Gottlob Osswald iniciando demanda contra la provincia de Buenos Aires por cobro de la suma de u\$s 12.400 con sus intereses, o su equivalente en pesos argentinos al día del pago y \$ 1.961,50 debidamente actualizados de acuerdo con el valor de la moneda, con sus intereses y costas.

Expresa que con fecha 1° de febrero de 1963 dio en préstamo la suma de u\$s 14.400 con un interés del 12 % anual que debía abonarse por trimestres anticipados, gravando el deudor como garantía con una hipoteca en primer grado dos lotes de terreno ubicados en Villa Sarmiento, actualmente Ramos Mejía, partido de Morón, provincia de Buenos Aires, con todo lo edificado, plantado, adherido al suelo, cuya denominación catastral es Circunscripción II, sección B, manzana 219, parcelas 6 g y h, calle Virrey Liniers 656/58, Ramos Mejía, la que fue inscripta en el Registro de la Propiedad de la Provincia de Buenos Aires bajo el n° 73.610, folio 1556, con fecha 20 de marzo de 1962.

Señala que el 22 de setiembre de 1967 el deudor (Andrés del Arco) no realizó los pagos convenidos, por lo que se promovió la correspondiente ejecución hipotecaria, en la que se dictó sentencia de remate, pero cuyo cumplimiento resultó imposible debido a que terceros adquirieron diversos departamentos construidos en los lotes hipotecados, amparados

por certificados expedidos por el Registro de la Propiedad de la Provincia demandada en los que se indicaba la inexistencia del gravamen hipotecario.

Sostiene que tales circunstancias y, en general, las que surgen del expediente "Osswald, Federico Gottlob c. del Arco, Andrés, sobre ejecución hipotecaria" indican que por las anomalías del Registro de la Propiedad no se pudo en su momento hacer efectiva la garantía hipotecaria del caso, naciendo así la responsabilidad de la Provincia.

Luego de otras consideraciones y de citar el derecho aplicable, termina pidiendo que oportunamente se haga lugar a la demanda condenándose a la demandada al pago de la suma reclamada o su equivalente en moneda argentina, con sus intereses, actualizándose la parte del reclamo en moneda argentina de acuerdo con la desvalorización monetaria. Pide costas.

2° - Que corrido el traslado de la demanda, lo contesta a fojas 24, también por medio de apoderado, la provincia de Buenos Aires, negando en primer término los hechos y el derecho invocado por la actora. Asimismo, articula la nulidad de la hipoteca por contrariar el principio de especialidad, opone la defensa de falta de acción por no haberse perseguido el cobro contra el deudor o los actuales propietarios, cuestiona la tasa de interés pactada en el mutuo, articula la prescripción de la acción y termina pidiendo el oportuno rechazo de la demanda, con costas.

3° - Que a fojas 45/48 la actora contesta los traslados de las excepciones opuestas solicitando su rechazo y a fojas

52 la demandada amplía los términos de la contestación de la demanda al haberse subsanado a fojas 45 vta. la omisión incurrida por la actora en su escrito inicial en cuanto a la denuncia del juzgado y secretaría ante los que tramitó la ejecución hipotecaria, procedimiento que quedó convalidado con el proveído de fojas 63. En esta oportunidad se reitera con mayores fundamentos la excepción de prescripción oportunamente opuesta, sosteniéndose además que para el hipotético caso de prosperar la demanda, el monto de la condena no podría ser nunca superior a la suma de \$ 35.402, que es el monto de la ejecución supuestamente frustrada. Asimismo, a fojas 61 vta./62 se alega la extinción de la hipoteca.

4° - Que a fojas 66/69 la actora contesta el traslado conferido a fojas 63. Y abierta la causa a prueba se produjo la que informa el auto de fojas 180, sobre cuyo mérito alegaron ambas partes, llamándose a fojas 207 autos para sentencia, providencia que se encuentra consentida.

CONSIDERANDO:

1°.- Que esta causa es de la competencia originaria de la Corte Suprema, por tratarse de un pleito civil entablado por un vecino de la Capital Federal contra una provincia, de conformidad con lo dictaminado a fojas 13 y a fojas 206 por el Procurador General (arts. 100 y 101, Constitución Nacional y 24, inciso 1°, decreto-ley 1285/58).

2° - Que por su índole y efectos propios, corresponde tratar en primer lugar la defensa de prescripción, que la parte

demandada plantea con fundamento en que desde el presunto hecho que dio origen a la demanda hasta que ésta se dedujo, transcurrió un plazo superior al término de dos años a que se refiere el artículo 4037 del Código Civil.

3° - Que contrariamente a lo afirmado por la defensa, en el caso, el punto de partida de la prescripción debe computarse desde el momento en que el actor tuvo conocimiento de que la acción indemnizatoria quedó expedita en su favor; hecho que sólo se produce con la notificación del pronunciamiento de la Cámara Civil de fecha 6 de junio de 1972, que puso fin a la situación de incertidumbre creada con motivo de informes contradictorios del Registro de la Propiedad, al decidir que la garantía hipotecaria era inejecutable contra los nuevos titulares de dominio de los bienes. Por lo tanto, al tiempo de entablarse la demanda, el 13 de setiembre de 1972 no se había cumplido el plazo del art. 4037 antes citado, aplicable dada la naturaleza de los hechos de que se trata.

4° - Que la conclusión expuesta no se altera por la circunstancia de que el actor haya manifestado su conformidad con el sometimiento del inmueble al régimen de la propiedad horizontal, puesto que su voluntad de no renunciar a la garantía real quedó exteriorizada al dejar expresa constancia de que el gravamen debía subsistir respecto de varias unidades. A lo cual cabe agregar que las denuncias realizadas a fojas 26, 30/31 y 35 de la ejecución tampoco permiten modificar lo expuesto, ya que ellas si bien revelan el conocimiento del acreedor respecto del régimen legal del inmueble, no implican que hubiera estado informado de la can-

relación de la hipoteca ni del perjuicio que esa situación le causaba.

5° - Que en lo atinente a la defensa de falta de acción opuesta, que la demandada funda en que la acreedora debió perseguir el cobro de su crédito contra el deudor o contra los actuales tenedores de los bienes, cabe señalar su improcedencia, habida cuenta que, como ya lo ha dicho esta Corte, la sola frustración de la garantía individualizada en el embargo malogrado, constituye un daño jurídico cierto, no eventual, que debe ser indemnizado, a menos que la demandada pruebe la existencia de otros bienes suficientes y embargables en manos del deudor real, que anulen o disminuyan el daño sufrido por el acreedor, o bien demuestre que el valor venal del inmueble embargado era insuficiente para solventar el crédito (Fallos, 827-108 [El Derecho, 54-398, fallo 24.262]).

6° - Que tal criterio, aplicable también en la especie en que media frustración de una garantía hipotecaria regularmente constituida (arts. 3108, 3149 y cctes., Código Civil), autoriza a admitir la legitimación del actor, máxime cuando nada se ha probado acerca de los extremos referidos y al peritaje cumplido a fojas 96/102 -que sólo mereció una crítica vaga e imprecisa de la parte demandada a fojas 106/107, no atendible frente a los fundamentos del dictamen señalado (art. 476, Cód. Procesal)- acredita que las unidades sobre las que el actor mantuvo en vigencia la hipoteca, respondían sobradamente al importe de su obligación. Por lo demás, la posibilidad de reclamar de los terceros adquirentes de buena fe el cobro del crédito por parte del acreedor, quedó resuelta

en forma negativa por la Cámara Civil en su sentencia de fs. 264 (consids. 3° y 4°).

7° - Que tampoco resulta admisible la pretendida extinción de la hipoteca basada en la falta de reinscripción oportuna de ésta, antes de la iniciación de la demanda. Para llegar a tal conclusión basta señalar que aparte de la manifiesta inutilidad de reinscribir una hipoteca declarada inejecutable por aplicación del art. 3° del Código Civil el término de conservación de los efectos del registro de la garantía quedó prorrogado a veinte años (conf. art. 3151, Cód. Civil, modificado por el decreto-ley 17.711/68), plazo obviamente no cumplido en el *sub judice*.

8° - Que en cuanto a la alegada nulidad de la hipoteca por contrariar el principio de especialidad previsto por el artículo 3109 del Código Civil, en razón de haber sido otorgada en garantía de una deuda en dólares, tampoco debe prosperar. No se vulnera el principio señalado por el hecho de que la deuda se concrete en una suma cierta de moneda extranjera, pues el importe del crédito queda determinado conforme con lo previsto por el art. 608 del Código Civil, conclusión que se refuerza si se tiene en cuenta que es válida la constitución de la garantía sobre la base de un valor estimativo en los supuestos a que se refiere el art. 3109 del mismo Código. Ello, claro está, sin perjuicio de su conversión a moneda argentina en caso de ejecución del crédito (art. 520, Código procesal).

9° - Que al no prosperar las defensas referidas, corresponde establecer ahora si median las circunstancias que determinan la responsabilidad de la demandada. Según surge del expediente agregado *ad*

effectum videndi et probandi, la garantía se tornó de imposible ejecución por haber transferido el deudor el dominio de las unidades a que había quedado sometido el bien; transferencia que sólo pudo concretarse merced a una errónea expedición de los certificados del Registro y que permitió la venta de las unidades como libres de gravámenes cuando en realidad no lo estaban. Dado que tal error se origina en la conducta imputable al personal encargado del referido Registro y con ello se ha causado un daño al acreedor, resultan de aplicación al caso las disposiciones de los artículos 1112 y 1113 del Código Civil; por lo que debe admitirse la responsabilidad del Estado provincial (Fallos, 270-78; 273-75 [El Derecho, 27-133, fallo 13.687]; 278 - 224).

10. - Que como consecuencia de lo expuesto, corresponde establecer ahora la medida de la indemnización que se reclama. A tal efecto, debe computarse el hecho de que el propio actor limitara el reclamo al valor de cuatro unidades, motivo por el cual la responsabilidad de la provincia no podrá exceder de dicho valor, toda vez que si se hubiera llegado a la su-
basta judicial, la efectividad de la garantía no podría superarlo (Fallos, 280-404). Empero, como el peritaje de fs. 96/102 pone de manifiesto que el monto de la tasación cubría el importe del crédito con más sus intereses al tiempo de entablarse la ejecución, debe admitirse que también alcance en la actualidad para responder a dichos renglones, dado que la obligación en moneda extranjera debe ser pagada según cotización que corresponda al día del pago (arg. art. 520, Cód. Procesal). De modo que la condena ascenderá a la suma necesaria para satisfacer el crédito reclamado.

11. - Que en cuanto a los accesorios de la condena, estima esta Corte que tratándose de una deuda contraída en dóla-

res, pagadera en pesos moneda nacional cuyo importe es susceptible de ser actualizado hasta el día del pago (conf. art. 520 cit.) resulta aceptable la objeción de la demandada respecto de la tasa de intereses, que en el caso no debe exceder del 6 % anual (Fallos, 283-267 [El Derecho, 47-321, fallo 21.905] y 283 283-392; 288-164).

12.- Que en razón de existir condena en costas en la ejecución, la frustración de la garantía alcanza también a ellas (artículos 1067, 1068, 1069 y concs., Cód. Civil), siendo procedente en este aspecto admitir la liquidación practicada a fs. 227 /278, aprobada a fs. 288 vta., por un total de \$ 1.951,50, dado que no fue objeto de observación por la demandada. La corrección de estos valores en función de la depreciación monetaria que la parte solicita, resulta admisible, según lo tiene resuelto esta Corte (Fallos, 278-231, consid. 14), estimándose equitativo sobre la base de una prudente interpretación de la realidad económica, elevar este rubro a la suma de \$ 25.000 (art. 165, Cód. Procesal).

Por ello, se hace lugar a la demanda. En consecuencia, se condena a la provincia de Buenos Aires a pagar dentro de los diez días, la suma de \$ 10.115 dólares estadounidenses (u\$s 10.115), en su equivalente en moneda argentina al día del pago, con sus intereses desde la notificación de la demanda, los que deberán ser calculados sobre la base de una tasa del 6% anual, y también la suma de \$ 25.000 y sus intereses, calculados desde la notificación de la demanda a una tasa del 6 % hasta el momento de esta sentencia. Los posteriores se pagarán sobre la base de los que cobra el Banco de la Nación Argentina en sus operaciones habituales de descuento. Con costas.

Horacio H. Heredia, Adolfo R. Gabrielli, Alejandro R. Caride, Federico Videla Escalada, Abelardo F. Rossi.

MISCELÁNEAS

CASIANO CALDERÓN:
HOMENAJE DE UN
DESCENDIENTE A
UN PRÓCER QUE
LA HISTORIA HA
OLVIDADO

GUSTAVO ARIGÓS CALDERÓN

AGRADECIMIENTO

Quisiera dedicar este trabajo a mis amigos académicos, el Embajador Miguel Ángel Espeche Gil, quien sabedor de mi amor por la Historia me acercó al Instituto Argentino de Genealogía, para que también me interesara por la Historia Rioplatense; al doctor Isidoro Ruiz Moreno, quien me insistiera para que estudiando la historia de mi familia me interesara por la historia de nuestro solar entrerriano; y al doctor Víctor Luis Funes, quien me enseñó que aquellos que tenemos el privilegio y el honor de descender de viejas familias virreinales y/o fundacionales del interior, debemos estar orgullosos de ellos, y no dejarnos seducir por la cosmopolita Buenos Aires, para que no ocurra como solía decir, parafraseando a don Néstor Pizarro Iriondo: "Entre el Teatro Colón, el Jockey Club y el Tabaris, se acabó el federalismo".

Aquellos que somos dignos herederos de la historia y las tradiciones de nuestros antepasados, tenemos la obligación y la responsabilidad de atesorarlas y transmitir las a las generaciones venideras, para que no ocurriera como decía Cicerón: “Los pueblos que desconocen su Historia están irremediablemente condenados a repetir los mismos errores”, que luego repetiría Nicolás Avellaneda.

Esto es lo mismo que condenarnos al olvido.

Los antiguos griegos dirían que esta es la temida venganza de las erinas (furias) que citando a Apolo en la última parte de la “Orestíada”, en “Las Suplicantes”, se refiere a ellas como: “Vírgenes abominables y vetustas que después de tantos años guardan su doncelez, pues ni Dios, ni hombre, ni siquiera fiera alguna querrían comunicarlas jamás. Nacieron para el mal, habitan las horrendas tinieblas del tártaro, en las profundidades de la tierra, y de los hombres y de los Dioses que habitan el Olimpo son por iguales aborrecidas”.

Y ello, ¿por qué es así?

Pues los hombres que olvidan su pasado y las tradiciones de sus mayores los condenan irremediablemente a desaparecer; y la Historia, en su desprecio por los que la olvidan, invoca a las temibles diosas justicieras para que descarguen su furia vengadora sobre los insensatos herederos de tradiciones de las que no son dignos, condenándolos así a la intrascendencia y a la mediocridad.

Don Casiano Hipólito Fernando Calderón nació en la Villa de San Sebastián de Gualeguay Grande, Entre Ríos, el 13 de agosto de 1784¹, como dice su partida de nacimiento. Originalmente esta Villa llevaba el nombre de San Antonio de Gualeguay, nombre que luego recuperaría.

Era hijo de *Don José Matías Ramón José Sánchez de Calderón*, nacido el 3 de marzo de 1754 en San Vicente de la Barquera, Cantabria, como dice su partida de bautismo, e inscripto como *José Santos Calderón Sánchez*, en la partida de matrimonio, notario eclesiástico, y de Doña Juana María Moreno Medina y Arias Montiel², casados el 6 de noviembre de 1783 en Gualeguay³, natural de San Nicolás de los Arroyos.

Don Casiano Calderón es enviado por sus padres a la Ciudad de Santa María de los Buenos Ayres, Capital del Virreinato, a estudiar en el Real Colegio de San Carlos, fundado por el progresista e ilustrado Virrey del Río de la Plata, Don Juan José de Vértiz y Salcedo, que fuera bautizado así en homenaje a Su Majestad Don Carlos III, Rey de España y de Indias.

En el transcurso del año 1807, siendo estudiante, se produce la Segunda Invasión Inglesa. Actúa allí como oficial a las órdenes de Don Juan Martín de Pueyrredón; tenía entonces veintitrés años. Terminados sus estudios superiores, Don Casiano ingresa a instancias de sus padres en el Seminario de los padres franciscanos recoletos, en Buenos Aires, donde realiza sus estudios de teología con miras a ser sacerdote. Producidos los Movimientos de Mayo de 1810 y cuando aún no se hablaba de independencia sino de autogobierno por los españoles de Indias o criollos, se produce un violento enfrentamiento entre padre e hijo, en el cual Don Casiano defiende las nuevas ideas, consideradas éstas por su señor padre como traición a la Corona.

-
- 1 Parroquia San Sebastián del Gualeguay Grande (después San Antonio), L. B. I, 1781-1784, f. 40. Fue bautizado el 22 de agosto de 1784. Pads. Martín Mince y la abuela (materna) Bartola Medina.
 - 2 De acuerdo a la documentación aportada por el doctor Manuel Leiva, según el expediente de limpieza de sangre otorgado en la Villa de Gualeguay, el 4 de septiembre de 1800, los abuelos maternos de Juana María Medina resultaron ser Agustín Arias Montiel y María Eudoxia o Eudoria Medina.
 - 3 Parroquia San Antonio, L. M. I, f. 6. Tes. D. Nicolás Medina y D. José Castro. En el expediente de información matrimonial de Casiano Calderón para contraer nupcias con Da. Rosa López Carballo, declara ser hijo de D. José Santos Calderón y de Da. Juana Mónica Moreno (9 octubre 1830) Asimismo, la partida de defunción consigna Juana Mónica Moreno fallecida el 7 de julio de 1825 en Gualeguay. Cfr Parroquia San .Antonio, L. D. III, f. 64.

Enfrentado entonces con la voluntad paterna, Don Casiano abandona las aulas del seminario y participa de los acontecimientos de mayo de 1810. Se alista en el ejército y sirve como oficial a las órdenes del Comandante Don Hilarión de la Quintana y del general Don José María Rondeau.

Más tarde, con el grado de alférez, se incorpora al Ejército del Norte, y se encamina con esta columna expedicionaria que tenía como propósito liberar al Alto Perú del dominio realista, viéndose obligado por motivos familiares a terminar la campaña para regresar a su ciudad natal. Superado el enfrentamiento con su padre, éste le confía el manejo de sus negocios, a la par que consagra su vida a luchar por los ideales de mayo.

Con el grado de Teniente actúa a las órdenes de los comandantes Don Hilarión de la Quintana y Don Bartolo Zapata, enfrentando los ataques de los españoles. En el combate de "Los Toldos" destruyen los buques de su propiedad "San José" y "El Anima", y su casa de negocios fue completamente saqueada. No obstante ello, auxilia al general Don Manuel de Sarratea en su campaña al litoral uruguayo entregándole dos mil caballos, gran cantidad de carretas con provisiones y la yunta de bueyes necesarios para llevar adelante la campaña. El Director Supremo de las Provincias Unidas del Río de La Plata, Don Gervasio Antonio de Posadas, designa al general Don Hilario de la Quintana para que organice una división de ejército en Entre Ríos, para reforzar el ejército del Norte al mando del General Don Juan Manuel Belgrano.

Don Casiano con el grado de Capitán es designado ayudante de campo, estableciéndose el asiento de la división en Gualeguaychú. Producida la rebelión del Ejército del Norte, el General Don Hilarión de la Quintana recibe órdenes de Buenos Aires de disolver el cuerpo de ejército, retirándose Don Casiano con grado de Sargento Mayor. Dictada la Declaración de Independencia en julio de 1816, Don Casiano se traslada a Paraná, donde ejerce la profesión de Escribano siendo el primer Escribano Público de la Provincia de Entre Ríos.

Entiende entonces que dos son los factores fundamentales para la organización nacional, fruto de esa Independencia que tanto ha costado: 1) la educación; 2) el orden público; estos altos ideales debían ser alcanzados a través de la creación de escuelas que formaran a la población, y a través de leyes que regularan los derechos y obligaciones de los ciudadanos; preocupaciones ambas de las que dará testimonio a lo largo de toda su vida, y que le valdrán manifestaciones en su contra y amenazas de muerte: "muerte al Hacedor de las Leyes", acontecimiento a cuyas circunstancias nos referiremos más adelante.

Considero que más allá de la violencia que estos acontecimientos significaron, debía sentirse enormemente halagado por el reconocimiento que dichas amenazas contenían, por cuanto constituían un claro testimonio de que toda su actuación pública había estado caracterizada por su compromiso con el estado de derecho y de la legalidad, en una época de inestabilidad política y desprecio por la ley.

El 23 de septiembre de 1821 se produce la revolución encabezada por Don Juan Garrigó y Don Casiano Calderón que depone al Gobernador Ricardo López Jordán, medio hermano del general Don Francisco Ramírez, que había sido gobernador de la República de Entre Ríos (1818-1821). Se designa entonces una Junta de Gobierno que integra entre otros Don Casiano Calderón y convoca a elecciones para el Primer Congreso Entrerriano.

Casiano Calderón es electo diputado por Gualeguay y designado Primer Presidente de Congreso de Entre Ríos. Este congreso designa al Coronel Don Lucio Norberto Mansilla, Gobernador de la Provincia. Consciente de la necesidad de organizar jurídica y políticamente a la Provincia, Don Casiano Calderón elabora un proyecto de *Estatuto Provisorio Constitucional* que, presentado al congreso, con dictamen elocuente del Doctor Pedro José Agrelo, importante jurista, es aprobado por unanimidad y promulgado por el Gobernador Don Lucio Mansilla el 4 de marzo de 1822, como Ley fundamental de la Provincia. Durante mucho tiempo se le atribuyó al doctor Agrelo dicho Estatuto Constitucional, pero modernas investigaciones históricas han demostrado que el verdadero autor fue Don Casiano Calderón. Siguiendo estos lineamientos, con el fin de fomentar la instrucción pública y combatir el analfabetismo, el Estatuto Constitucional faculta al Congreso a dictar leyes para la educación pública (artículo 40). Se crean entonces escuelas de primeras letras en Paraná, Concepción del Uruguay, Gualeguaychú, Gualeguay y Nogoyá. En enero de 1822 se inician en Paraná negociaciones entre las provincias del litoral, representada la Provincia de Buenos Aires por su Ministro de Gobierno general Don Francisco de la Cruz, Santa Fe por el Ministro Don Juan Francisco Seguí, Corrientes por el presbítero Don Juan Nepomuceno Goytia, y Entre Ríos por Don Casiano Calderón, designado por el Gobierno de la Provincia. Estas negociaciones culminan con la celebración del *Tratado del Cuadrilátero*, el 25 de enero de 1822, considerado la base del federalismo argentino, uno de los pactos preexistentes a los que hace referencia el preámbulo de la Constitución Nacional.

Asimismo, Don Casiano Calderón fue designado Ministro Plenipotenciario ante el Gobierno de la Provincia de Corrientes para fijar los límites entre esa Provincia y la de Entre Ríos, con motivo de su secesión en 1822, estableciendo como límite provincial el río Guayquiraró, devolviéndole a Corrientes los departamentos de Esquina y Curuzu Cuatíá, que permanecían ocupados por Entre Ríos hasta el momento.

Don Casiano Calderón es también autor del diseño del escudo de la Provincia de Entre Ríos. El proyecto de ley fue aprobado por unanimidad el 8 de marzo de 1822. Establece: "Ningún particular tiene derecho para dar sellos ni acordar distintivos en la Provincia, sino el Congreso. Son en consecuencia incompetentes todos los que se han introducido hasta el presente. El sello de la Provincia será en adelante un escudo ovalado y formado con un cordón por el canto y dos ramas de laurel por dentro, el óvalo se dividirá horizontalmente en dos cuarteles irregulares. La división la harán dos manos entrelazadas, en el superior de menor extensión habrá una medalla de plata en campo grana, con una inscripción distribuida proporcionalmente por la parte de arriba (Provincia de Entre Ríos). En el inferior de mayor extensión habrá un sol de oro en campo verde. Por encima de él se verá esta inscripción distribuida del mismo modo (Unión, Libertad y Fuerza). El sol tendrá treinta y dos rayos, dieciséis flamígeros y dieciséis rectos alternados".

El escudo se modificó en 1836 según Ley del 16 de marzo. Se reemplazó la palabra Unión por Federación, por cuanto si bien la Provincia consideraba a la unión un carácter fundamental, también concedía a dicho principio del federalismo un carácter casi sagrado. Designado por el Gobernador Don Lucio Mansilla con los cargos de Contador General de la Provincia y Administrador de Aduanas, renuncia a la presidencia del Congreso y ocupa dichas funciones desde el 28 de junio de 1822 al 4 de abril de 1826. En 1825 es designado ministro de Hacienda del Gobernador Coronel Juan León Solá (1824/1825) (1827/1829), gestión caracterizada por su espíritu progresista. Durante su ministerio se dictó la Ley General de Tierras de la Provincia, que ordenó los derechos de los adquirentes de tierras fiscales y la de los ocupantes de las mismas y se regularizaron los derechos de los pobladores.

En 1826 Don Casiano Calderón es elegido diputado al Congreso General Constituyente reunido en Buenos Aires, convocado para organizar constitucionalmente a la Nación. Don Casiano Calderón es designado Secretario de dicho Congreso que preside Don Manuel de Arroyo y Pinedo. El Presidente Don Bernardino

Rivadavia remite al Congreso un proyecto de Constitución, que es rechazado entre otros por Don Casiano Calderón, por su fuerte carácter unitario (designación de gobernadores provinciales por el Gobierno Nacional).

El 7 de febrero de 1831 el Gobernador de Entre Ríos, Coronel Don Pedro Barrenechea (1828/1829) (1830/1831), le otorga el título de Escribano Público y de Número de todos los ramos, Registro de Escrituras Públicas número uno de Paraná, fundando así la primera Escribanía de Registro de la Provincia, designándolo Escribano Mayor de Gobierno de la Provincia de Entre Ríos. Instalada la Capital de la Confederación Argentina en Paraná, el Presidente Capitán General Don Justo José de Urquiza lo designa Escribano Mayor de Gobierno de la Nación, llamándolo al designarlo "Como el entrerriano que por todo lo que había sido, hacía honor a su Provincia". Ocupó dicho cargo todo el tiempo que el Gobierno de la Confederación tuvo su asiento en Paraná, es decir, la presidencia de Don Justo José de Urquiza y los dos años de Don Santiago Derqui, ya que en 1862, después de la batalla de Pavón, la disolución de las autoridades nacionales y de la elección de Bartolomé Mitre como Presidente de la República, la Capital se trasladó a Buenos Aires, primero transitoriamente y luego definitivamente.

Quisiera hacer particular mención a los acontecimientos ocurridos en Paraná durante uno de los gobiernos del coronel Don Juan León Sola, y a los que me refiriera anteriormente: "Encontrábase una tarde Don Casiano en casa de Don Camilo Idoate, frente a la plaza mayor, hoy 1° de Mayo, y llegó allí un amigo que los anoticia, que frente a la casa de Don Casiano se encuentra en el mayor desorden un grupo de emponchados que en actitudes agresivas, gritan: '¡Muera el Hacedor de Leyes!'" Don Casiano intenta en el acto dirigirse a su casa, pero sus amigos lo obligan a desistir y lo embarcan en una barca rumbo a Santa Fe. La familia se salva en casa de Don Joaquín Albariño Solivan, consuegro de Don Casiano Calderón, y tatarabuelo de Don Ramón Albariño, Gobernador de Entre Ríos (1950/1952).

Creo que el mejor homenaje que Don Casiano Calderón debió recibir en su vida, debió ser este calificativo de "Hacedor de Leyes", ya que es el reconocimiento a todo su esfuerzo de alcanzar el orden público a través del ordenamiento jurídico; un claro testimonio de su elevado espíritu precursor de la Generación del Ochenta.

D. Casiano casó con Da. Rosa López Carballo o Carballo o Caraballo el 9 de octubre de 1830 en Paraná, él de 46 y ella de 36 años, nacida en Buenos Aires, viuda de D. José Castro⁴.

Veamos la sucesión:

1. *Pedro Calderón Carballo* nació en Buenos Aires. Escribano. Se casó con *Celestina Albariño Albarisqueta* el 23 de marzo de 1846 en Paraná, él de 23 y ella de 22 años (hija de Joaquín Albariño Salivan y de Ana Josefa Albarisqueta Labin). Padres de nueve hijos, entre ellos María Del Tránsito Antonia Calderón Albariño, quien se casa con Esteban Ramón Arigos Camps (mis bisabuelos).

2. *Luis Calderón Carballo* se casó con *Sinforosa del Carmen Albariño Albarisqueta* el 20 de diciembre de 1846 en Paraná. Con sucesión.

3. Ambrosio Calderón Carballo se casó con Saturnina García Hereñú el 19 de enero de 1845 en Paraná (hija de José García y de Severina Hereñú Pérez). Sin sucesión.

4. Antonio Calderón Carballo se casó con Narcisa de los Dolores Albariño Albarisqueta el 15 de marzo de 1853 en Paraná.

5. María del Carmen Antonia Calderón Carballo se casó con Cirilo Calderón el 14 de enero de 1864 en Paraná (hijo natural de Candelaria Lencina).

Lo curioso del caso es que tres hijos del matrimonio Calderón-López Carballo: Pedro, Luis y Antonio Calderón Albarisqueta, se casaron con las hermanas Celestina, Sinforosa y Narcisa Albariño Albarisqueta, respectivamente. O sea que tres Calderón Carballo se casan con tres hermanas Albariño Albarisqueta.

Falleció el 2 de diciembre de 1865 en Paraná. Sus restos descansan en el cementerio de esa ciudad.

Quisiera concluir este homenaje con las palabras de la profesora Clara Johnson, al inaugurarse en la primera mitad del siglo pasado la escuela que lleva su nombre en Paraná:

4 Parroquia Ntra. Sra. del Rosario, L. M. III, f. 66 v. Tes. D. Camilo Idoate y Da. Petrona Aguirre. En el expediente de información matrimonial de Casiano Calderón para contraer nupcias con Da. Rosa López Carballo, la contrayente firma Rosa López Carballo (9 octubre 1830)

“La historia a su vez ha dejado caer frecuentemente sobre quienes más contribuyeron a forjarla, inexplicables olvidos, injustificados errores e imperdonables postergaciones en la exaltación, no ya a la apoteosis triunfal de las grandes personalidades, sino tan sólo en la mención fugaz del nombre tan siquiera de ello, para presentarlos a las generaciones venideras.

Pero entre las tinieblas del olvido o de la injusticia, en un momento dado surge un haz potente y luminoso que desgarrando sus espesas brumas hace elevar al bronce o al mármol del homenaje en la justa reivindicación del varón probado. Hoy señores, nos hallamos nuevamente ante uno de estos casos. La vida, los hechos y aún el nombre de Don Casiano Calderón, han sido relegados inexplicablemente a un silencio dignificante.

Y es dignificante ese silencio inexplicable, no porque su nombre ni sus virtudes necesitaran purificarse -harto puras fueron ellas-, sino porque en él, cual en un crisol inmenso, se aquilatan méritos y magnifican actos, para salir de él rutilantes e incandescentes rayos a deslumbrar a aquellos que contemplan el resurgir glorioso del ostracismo del silencio de esa alma grande y de ese espíritu noble”.

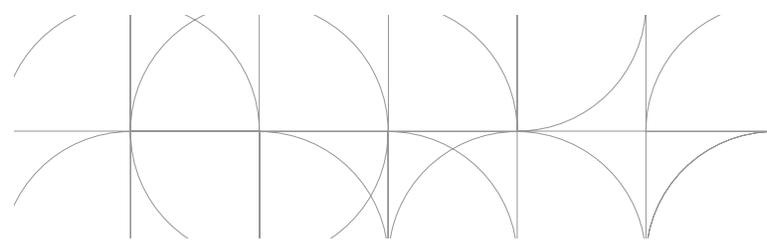
De más está decir el enorme orgullo que significa descender de Don Casiano Calderón y Moreno Medina y Arias Montiel, y recibir de él la tradición notarial, que a través de mi tatarabuelo Don Pedro Calderón y López de Carballo, mi tío bisabuelo Don Manuel Calderón Albariño, mi tío abuelo Luis Arigós Calderón y mi padre Don Amadeo Alberto Arigós Calderón, he heredado de mis mayores. Para mí esto significa el compromiso que desde la época virreinal y a través de varias generaciones hasta nuestros días, hemos contraído con la Argentina.



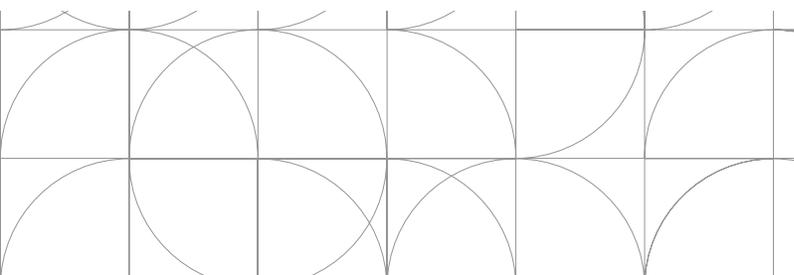


José María Cordero
J. M. Cordero





CONGRESOS Y JORNADAS



LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD Y SU PARTICIPACIÓN EN EL PROCESO DE DETERMINACIÓN DE LA CAPACIDAD*

¿Obstáculos diferenciados en su perjuicio?

LORENA RAQUEL SARQUIS

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Las personas con discapacidad en el marco jurídico nacional e internacional. 3. Mecanismos de vigilancia: convencionales y extraconvencionales. 4. La importancia de la doctrina del control de convencionalidad. 5. Personas con discapacidad y el derecho al debido proceso. Intervención en juicio con carácter de parte y asistencia letrada. ¿Obstáculos diferenciados en su perjuicio? 6. Como cierre, una propuesta.

* Trabajo presentado en el 2 Congreso internacional sobre discapacidad y derechos humanos, realizado en La Plata en septiembre de 2017. Corresponde a la Comisión 2, "Capacidad jurídica -art. 12-. Reforma argentina. Nuevos roles de operadores jurídicos, interdisciplinarios y actores sociales. Control de convencionalidad", y obtuvo la primera mención por parte del jurado.

01. INTRODUCCIÓN

Una jornada académica siempre es una oportunidad propicia para hacer un stop en nuestra actividad diaria y dedicarnos a volcar por escrito ideas y pensamientos que tenemos en relación a un tema que nos preocupa. En mi caso, ese tema es la intervención de las personas con discapacidad mental o psicosocial en el proceso de determinación de capacidad; preocupación surge al advertir -tanto de la lectura de la jurisprudencia como de mi labor profesional como Curadora Oficial- que no es poco frecuente observar la resistencia que muchos operadores del sistema judicial tienen en reconocerlas y respetarlas como “sujetos de derecho”. Múltiples actitudes y actividades procesales lo demuestran no obstante por cuestiones de espacio sólo queremos referirnos al derecho que les asiste de participar en el proceso judicial con carácter de parte y asistidos por un letrado.

A principios de este siglo, se dio un gran paso cuando en el Sistema Universal de Derechos Humanos fue adoptada la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, tratado que en nuestro país reviste jerarquía constitucional. No escapa a nuestro conocimiento que no se trata tan sólo de la existencia de un ordenamiento normativo dirigido a garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos sino que además -conforme lo adelantó la Corte Interamericana en su primer sentencia- es necesaria “una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos”.¹

Somos conscientes que las resistencias que se advierten -aún con la mejor voluntad en mucho de los casos- tienen directa vinculación con el fuerte arraigo de creencias, vinculadas a estereotipos negativos, construidas en el tiempo en tanto no fueron años, décadas sino siglos en los que han imperado otros modelos de tratamiento poco respetuosos de su digni-

1 Caso “Velásquez Rodríguez vs. Honduras”, sentencia del 29 de julio de 1988, párr. 167.

dad² y donde la negación de derechos estaba fuertemente relacionada con la idea de protección.

En el presente trabajo pretendemos visibilizar algunas prácticas judiciales, que entendemos contrarias a la normativa vigente en nuestro país y a los estándares que en relación a las personas con discapacidad fija el derecho internacional de los derechos humanos, con la idea de permitirnos pensar y debatir el tema en la búsqueda de modificar esas prácticas que impiden a las personas con discapacidad (en adelante: PCD) acceder en forma efectiva a la justicia y en igualdad de condiciones con las demás.

02.

LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL MARCO JURÍDICO NACIONAL E INTERNACIONAL

El art. 75 de la Constitución Nacional dedicado a las funciones del Congreso tiene dos incisos -22 y 23- que son centrales para los habitantes de nuestro suelo, en general, y muy en particular, para determinados grupos vulnerables como lo son las personas con discapacidad. El primero, relativo a la incorporación de diversos tratados de derechos humanos y el segundo, destinado a reconocer que se deben “promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad”.

Argentina, en relación a este colectivo específico ha ratificado la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Per-

2 Sobre los diferentes modelos de tratamiento puede leerse: Palacios, Agustina, *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, 1ª edición, Madrid, Colección CERMI, Ed. Cinca, 2008, p. 37 y ss. Y en relación al tratamiento que en una importante época de la historia han recibido las personas con padecimiento mental, Foucault, Michel, *Historia de la locura en la época clásica*, Tomos I y II, 2ª ed., 2ª reimpresión, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2015.

sonas con Discapacidad (en adelante: CIADDIS)³ y la Convención sobre los derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante: CDPD)⁴; la primera, pertenece al sistema interamericano y se le ha reconocido jerarquía supra legal y la segunda, nacida en ámbito universal, fue reconocida con rango constitucional, por vía indirecta en el año 2014.

El posicionamiento adoptado en la última reforma constitucional -que representa una clara apertura al derecho internacional de los derechos humanos- fue reafirmado recientemente con la puesta en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante: CCyC) que en la redacción de los arts. 1 y 2 establece: “Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte...” y “La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta ... las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos...”. En la Sección III del Título Primero de ese digesto se ofrece una nueva regulación aplicable a las personas con discapacidad mental o psicosocial bajo la denominación “Restricciones a la Capacidad” y cuyo valor sustancial entendemos está dado en que ha incluido “... numerosas normas de sustancia formal que integran un típico sistema de tutela procesal diferenciada en el caso para la protección efectiva de los derechos de las personas con capacidades restringidas... a tono con el deber de aseguramiento positivo que corresponde al Estado en todas sus ramas, y particularmente a la judicial (art. 75 inc. 23, Constitución Nacional)”.⁵

3 Aprobada mediante Ley 25.280, sancionada el 06/07/2000 y publicada en BO el 04/08/2000. Este tratado ha sido un instrumento pionero no solo dentro de la OEA, sino que ha sido referente mundial, toda vez que se encargó de aportar las bases conceptuales en materia de discapacidad.

4 Aprobada mediante Ley 26.378, sancionada el 21/05/2008 y publicada en BO 09/06/2008; se le otorga jerarquía constitucional mediante Ley 27.044, sancionada el 19/11/2014 y publicada en BO 22/12/2014.

5 Berizonce, Roberto O., “Normas procesales del Código Civil y Comercial de la Nación. Personas con capacidades restringidas”, publicado en La Ley, 12/05/2015.

03. MECANISMOS DE VIGILANCIA: CONVENCIONALES Y EXTRACONVENCIONALES.

Ninguno de los problemas que afectan al futuro de la humanidad puede ser efectivamente resuelto, y ninguno de los valores de nuestro tiempo puede ser realizado fuera del horizonte del derecho internacional...

Luigi Ferrajoli⁶

La vigencia de los tratados de derechos humanos incorporados en el cuerpo del derecho nacional, produce cambios en varios sentidos pero sólo hemos de destacar dos cuestiones que entendemos centrales: por un lado, que la operatividad de dichas normas importa la consagración de obligaciones de carácter objetivo que representan estándares de comportamiento dirigidos principalmente a la actuación de los poderes públicos pero que también alcanzan a los agentes no estatales⁷ y por otra parte, la posibilidad que se brinda a los individuos de convertirse en sujetos de derecho internacional⁸ con la consecuente posibilidad de reclamar a nivel internacional la responsabilidad estatal después que el Estado haya tenido la oportunidad de declarar la violación y reparar el daño ocasionado por sus propios medios, cuestión que tiene estricta relación con el principio de complementariedad o subsidiariedad del sistema interamericano.⁹

De manera que, es necesario conocer no sólo letra del tratado específico sino también las directrices que emanan de los órganos creados por cada tratado para su supervisión. En este punto, se hace necesario recordar que tanto en el ámbito regional como universal existe un sistema de monitoreo y vigilancia del cumplimiento de los derechos humanos por parte de los Estados basado en dos tipos de mecanismos. El primero de

6 Ferrajoli, Luigi, *Derechos y Garantías, La ley del más débil*, traducción de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, Ed. Trotta, 4º ed., p. 151.

7 Opinión Consultiva 18/03, párr. 140, posición que se reitera -entre otros precedentes- en el caso de la masacre de "Mapiripán vs. Colombia", sentencia de 15/09/2005, párr. 111.

8 Ferrajoli, Luigi, *Derechos y Garantías...*, p. 145.

9 Caso "Gelman vs. Uruguay, supervisión de cumplimiento de sentencia", resolución de Corte IDH de 20/03/2013, párrs. 70 y 72.

ellos es un mecanismo convencional, constituido por los comités creados en virtud de los propios tratados, que vigilan el cumplimiento y progreso de los estados partes a las normas internacionales establecidas en dichos documentos.¹⁰ El segundo es un sistema de verificación independiente del marco de los tratados, llamado mecanismos extraconvencionales, los cuales dependen del Consejo de Derechos Humanos. Este se conforma por “procedimientos especiales” destinados a promover los derechos humanos en relación con cuestiones o temas concretos, o para examinar la situación en determinados países -pueden estar integrados por una persona denominada “Relator Especial”, “Representante del Secretario General” o “Experto Independiente”, o por un grupo de trabajo¹¹- y a ello se agrega, un nuevo mecanismo que es el Examen Periódico Universal del Consejo de Derechos Humanos (EPU).¹²

Vamos a acotar el tema para relacionarlo solo al colectivo de las personas con discapacidad.

Dentro de los mecanismos convencionales pertenecientes al ámbito de la OEA, encontramos:

1) *el Comité para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad* (en adelante: CEDDIS), que es la instancia encargada de monitorear la implementación de la CIADDIS.¹³

2) *la Comisión Interamericana de Derechos Humanos* (en adelante: Comi-

10 Los comités expresan su actividad a través de las observaciones generales, que en su faz interpretativa contribuyen en aclarar el contenido y alcance de las obligaciones consagradas en los tratados; las observaciones finales, donde recogen las conclusiones que proceden del examen que estos órganos realizan periódicamente a los estados y el dictamen sobre comunicaciones individuales, que se refieren al resultado del análisis que efectúa el Comité sobre el fondo de las comunicaciones individuales (la Convención Interamericana no permite las denuncias individuales a diferencia de la CDPD).

11 Manual de los procedimientos especiales de derechos humanos de las Naciones Unidas, disponible en <http://www2.ohchr.org/spanish/bodies/chr/special/manual.htm>; consulta del 22 de julio de 2017.

12 Información disponible en <http://www.ohchr.org/SP/HRBodies/UPR/Pages/UPRMain.aspx>; consulta del 22 de julio de 2017.

13 El CEDDIS, en el marco de su función de intérprete ha adoptado la Ob. Gral. N° 1 sobre la necesidad de interpretar el artículo I.2, inciso b) *in fine* de esa Convención Interamericana en el marco del art. 12 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

sión IDH)¹⁴, órgano que desarrolla una intensa labor en pos de las personas con discapacidad¹⁵, entre otras actividades, ha dictado medidas cautelares para la protección y resguardo de los derechos de las PCD en los casos “Pacientes del Hospital Neuropsiquiátrico de Paraguay” (2003); “Pacientes del Hospital Federico Mora de Guatemala” (2012) y en el caso, “Irene” respecto a Argentina (2016).

3) *la Corte Interamericana de Derechos Humanos* (en adelante: CIDH o Corte) -órgano creado por la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante: CADH)¹⁶- que ejerce *función jurisdiccional y consultiva*. Como instancia judicial internacional dicta *sentencias* (en el curso o al cabo del procedimiento contencioso), *medidas provisionales* (función preventiva), *las medidas de supervisión de cumplimiento* (función ejecutiva) y otras determinaciones que emite en ejercicio de sus funciones jurisdiccionales; es la intérprete oficial y última del Pacto de San José y en esa calidad, el día 26 de septiembre de 2006, adopta en pleno la doctrina del “control de convencionalidad” en el Caso “Almonacid Arellano vs. Chile”.¹⁷

El máximo tribunal regional se ha expedido en relación a los derechos de personas con discapacidad en los casos “Ximénes López vs. Brasil” (2006); “Dacosta Cadogan vs. Barbados” (2009); “Furlán y familiares vs. Argentina” (2012); “Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica” (2012); “González Lluy y otros vs. Ecuador” (2015) y “Chinchilla Sandoval vs. Guatemala” (2016).

14 Es un órgano principal y autónomo de la OEA encargado de la promoción y protección de los derechos humanos en el continente americano y realiza su trabajo con base en tres pilares: 1) el Sistema de Petición Individual; 2) el monitoreo de la situación de los derechos humanos en los estados miembros, y 3) la atención a líneas temáticas prioritarias. Fue creada en la V Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores celebrada en 1959 en Santiago de Chile y luego, la Convención Americana de Derechos Humanos, establece su organización, funciones, competencia y procedimiento en el capítulo VII.

15 Sobre el tema puede leerse: Vinque Banfi, Analía y Puente Galván, Sofía, “Los derechos de las personas con discapacidad y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos”, *Revista Latinoamericana de Derecho Internacional, LADI*, p. 13, disponible en: www.revistaladi.com.ar/numero1-banfi-galvan/.

16 La CADH fue aprobada por la República Argentina según Ley 23.054; promulgada el 19/03/1984; publicada en el Boletín Oficial el 27/03/1984 y ratificada el 14/08/1984, con una reserva y declaraciones interpretativas; también desde la reforma constitucional del año 1994 goza de jerarquía constitucional.

17 Caso “Almonacid Arellano y otros vs. Chile”, sentencia del 26/09/2006.

Dentro de los mecanismos convencionales pertenecientes al ámbito de la ONU podemos encontrar:

4) *el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad* (en adelante, CRDP).¹⁸ En su rol de intérprete, ha aprobado la Ob. Gral. N° 1: "Artículo 12: Igual reconocimiento como persona ante la ley"; Ob. Gral. N° 2: "Artículo 9. Accesibilidad"; Ob. Gral. N° 3: "Art. 6. de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad sobre mujeres y niñas con discapacidad" y Ob. Gral. N° 4: "Art. 24 sobre Educación Inclusiva".¹⁹ Sin perjuicio de ello, otros comités de derechos humanos de la ONU en sus observaciones generales han abordado en forma particular el tratamiento de las personas con discapacidad.²⁰ Dicho Comité ha elaborado observaciones finales respecto de la Argentina²¹ y por otra parte, ha dictaminado en catorce comunicaciones individuales presentadas en virtud del Protocolo Facultativo de la CDPD.²²

Dentro de los mecanismos extraconvencionales pertenecientes al ámbito de la ONU:

5) *la Relatora Especial sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, designación que ha recaído sobre Catalina Devandas Aguilar y en el marco de esa labor, ha presentado ante el Consejo de Derechos Humanos diversos informes de valor sustancial para comprender los aspectos claves que propone el modelo social de la discapacidad.

18 El Protocolo Facultativo reconoce en el art. 1 la competencia del Comité para recibir y considerar comunicaciones de individuos que se hallen bajo la jurisdicción de un Estado y que aleguen ser víctimas de una violación, por ese Estado Parte, de cualquiera de los derechos enunciados en el Pacto.

19 CRPD/C/GC/1; CRPD/C/GC/2; CRPD/C/GC/3 y CRPD/C/GC/4.

20 Ob. Gral. N° 18 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (1991) y la Ob. Gral. N° 5 del Comité del PIDESC (1994) y en otras observaciones generales si bien no dan tratamiento particular refieren de modo transversal a las PCD (Lidon Heras, Leonor, "Discapacidad y Observaciones Generales de los comités de derechos humanos de la ONU: una relación asimétrica entre la invisibilidad, el modelo médico y el modelo de derechos humanos", Revista Española de Discapacidad, I (I): 47-72).

21 Con fecha 27/09/2012 el CRDP ha formulado observaciones finales con relación a la Argentina (CRPD/C/ARG/CO/1).

22 Australia (4 casos); Austria (1 caso); Italia (1 caso); Suecia (2 casos); Brasil (1 caso); Alemania (1 caso); Argentina (1 caso); Hungría (2 casos); Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte (1 caso).

04.

LA IMPORTANCIA DE LA DOCTRINA DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

... la trascendencia de la nueva doctrina sobre el "control difuso de convencionalidad" es de tal magnitud, que probablemente en ella descansa el futuro del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y, a su vez, contribuirá al desarrollo constitucional y democrático de los Estados nacionales de la región. La construcción de un auténtico "diálogo jurisprudencial" -entre los jueces nacionales y los interamericanos-, seguramente se convertirá en el nuevo referente jurisdiccional para la efectividad de los derechos humanos en el siglo XXI. Ahí descansa el porvenir: en un punto de convergencia en materia de derechos humanos para establecer un auténtico ius constitutionale commune en las Américas.

Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot²³

La doctrina del *control de convencionalidad*, fue construida en base a las lucidas aportaciones de Sergio García Ramírez, quien en un primer momento dijo: "que 'los ojos y las tareas' no debían ponerse sólo en la Constitución (control de constitucionalidad) sino en los tratados internacionales de derechos humanos (control de internacionalidad) en la medida de que se trata de valorar actos nacionales a la luz de actos internacionales".²⁴ Luego, como juez interamericano, colocó la piedra basal al emitir sus votos razonados en los casos Myrna Mack Chang, Tibi, López Álvarez y Vargas Areco²⁵. A partir de allí y más puntualmente desde que fuera adoptada por el pleno de la Corte, en el *leading case* Almonacid Arellano, se han ido modelando los contornos esa doctrina en algo más de 40 sentencias dictadas en ejercicio de la jurisdicción contenciosa y en una opinión consultiva.²⁶

23 Su voto razonado en relación con la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso "Cabrera García y Montiel Flores vs. México", del 26/11/2010.

24 Cfr. su conferencia brindada en el Seminario Permanente de Análisis de Temáticas o Decisiones del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, 2a. Jornada Abierta: Control de Convencionalidad, 17/11/2015, disponible en <https://www.youtube.com/watch?v=BJed8Gb9LMo>.

25 Utiliza la expresión "control de convencionalidad" en sus votos razonados de los casos Myrna Mack Chang (2003), Tibi (2004), López Álvarez (2006) y Vargas Areco (2006).

26 OC-21/14, párr. 31.

En el año 2013, la Corte ha dicho que la jurisprudencia interamericana ha acuñado el concepto del *control de convencionalidad* y que este debe ser concebido como “una institución que se utiliza para aplicar el Derecho Internacional, en este caso el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y específicamente la CADH y sus fuentes, incluyendo la jurisprudencia de este Tribunal”.²⁷ Esta doctrina, conforme fuera expuesto por ese tribunal, ha tenido una amplia acogida en los estados parte del Pacto de San José aunque en ese proceso se producen marchas y contramarchas como ha ocurrido recientemente en nuestro país.²⁸

A continuación, vamos a desarrollar en forma muy sintética algunas aristas de la referida doctrina que entendemos serán de utilidad para luego abordar el tema que nos hemos propuesto. Puntualmente, nos vamos a referir a: 1) los órganos que deben ejercer el examen de compatibilidad entre las normas internas y las normas convencionales; 2) los diferentes grados de intensidad con los que es posible ejercer el control y, 3) los parámetros normativos sobre los que ha de ejercitarse.

En el primer punto, debe considerarse que la labor de control se efectúa o debiera efectuarse en dos ámbitos diferentes, a saber: a) en “sede internacional”²⁹, labor que incumbe, original y oficialmente, a la Corte IDH en su carácter de guardián e intérprete final de la CADH y b) en “sede nacional”³⁰, función que se encuentra primordialmente en cabeza del Poder Judicial -así fue expuesto en las primeras sentencias- pero que luego se hizo extensiva a “los órganos del Poder Judicial”³¹, “Jueces y órganos vinculados a la administración

27 Caso “Gelman vs. Uruguay. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia”, ap. 65.

28 En este punto hemos de marcar la ruptura en el recorrido jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que ha significado lo resuelto en el “ Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/informe de sentencia dictada en el caso “Fontevéchia y D’Amico vs. Argentina” por la Corte Interamericana de Derechos humanos”, 14/02/2017; disponible en <https://www.csjn.gov.ar>.

29 Suele nombrárselo como “control propio, original o externo”(García Ramírez); “control complementario de convencionalidad” (Caso “Gelman vs. Uruguay, Supervisión de cumplimiento de sentencia”); “control secundario” (Hitters) y “en sede internacional” (Sagüés).

30 También llamado “control interno” (García Ramírez), “control primario (Hitters), “en sede nacional (Ferrer Mac Gregor) o “desde abajo” (Sagüés).

31 Caso “Almonacid Arellano y otros vs. Chile”. Sentencia de 26/09/2006, párr. 124.

de justicia en todos los niveles³², “Ministerio Público”³³; “cualquier autoridad pública y no sólo el Poder Judicial”³⁴ y “todas las autoridades y órganos de un Estado Parte”.³⁵ En este punto, puede advertirse la ampliación del catálogo de legitimados.

La siguiente cuestión, íntimamente vinculada a la anterior, se relaciona con la diferente intensidad o diferentes grados con que se puede ejercer este método o procedimiento de conciliación de normas³⁶; en general, se alude a la existencia de dos niveles de control: el primero de ellos, tiene “efecto positivo o constructivo”³⁷ o también denominado “interpretación convencional o conforme”³⁸ e implica que los jueces, ante todo, deben tratar de armonizar la normativa interna a la convencional a través de una interpretación convencional de la norma nacional salvándose así la convencionalidad de la norma interna.³⁹ Este “proceso interpretativo de armonización” lo puede realizar cualquier juez o autoridad pública dentro de sus respectivas competencias, quedando reservada la “inaplicación” o “declaración de invalidez” de la norma inconventional exclusivamente a los jueces que dentro del sistema nacional tengan

32 Caso “Cabrera García y Montiel Flores vs. México”, sentencia del 26/11/2010, párr. 225; caso “López Mendoza vs. Venezuela”, sentencia del 1/09/2011, párr. 226; caso “Liakat Ali Alibux Vs. Surinam”, sentencia del 30/01/2014, párr. 151; caso de Personas Dominicanas y Haitianas expulsadas Vs. República Dominicana, sentencia del 28/08/2014, párr. 311.

33 Caso “Gudiel Alvarez, y otro (Diario Militar) vs. Guatemala”, sentencia del 20/11/2012, párr. 330 y caso “Mendoza y otros vs. Argentina”, sentencia del 14/05/2013, párr. 221.

34 Caso “Gelman vs. Uruguay”, sentencia del 24/02/2011, párr. 239.

35 Caso “Masacre de Santo Domingo vs. Colombia”, sentencia del 30/11/2012, párr. 142; criterio que se reitera en el caso “Gelman vs. Uruguay, resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia”, del 20/03/2013, párr. 66 y 72 (obligación propia de todo poder, órgano o autoridad del Estado); caso “García Cruz y Sánchez Silvestre vs. Estados Unidos Mexicanos”, sentencia del 26/11/2013, párr. 59 y nota 76; caso de Personas Dominicanas y Haitianas expulsadas vs. República Dominicana, sentencia del 28/08/2014, párr. 497; caso “Rochac Hernández y otros vs. El Salvador”, sentencia del 14/10/2014, y el caso “García Ibarra y otros vs. Ecuador”, sentencia del 17/11/2015, párr. 103.

36 Ello tiene íntima relación con el hecho que algunos Estados Parte de la Convención tienen un control constitucional concentrado y por principio, sus jueces no podrían ejercer un control difuso de convencionalidad.

37 Sagüés, Néstor Pedro, refiere al efecto represivo o destructivo y al efecto positivo.

38 Voto razonado del Juez Ad Hoc Eduardo Ferrer Mac-Gregor, párrs. 34 a 41.

39 Ibid.

competencia para ello.⁴⁰ Son entonces, los jueces nacionales -tanto en sistemas de control constitucional concentrado o difuso- quienes han de escoger como primera medida la interpretación conforme los parámetros de protección porque sólo “así se puede lograr una mayor utilidad sin ‘romper’ un dispositivo legal doméstico, esto es cuando se lo ‘interpreta’ usando el criterio más favorable”.⁴¹ El segundo nivel de control, se ejerce con efecto “represivo o destructivo”⁴² o “con mayor grado de intensidad”; aquí el control es de mayor grado cuando se tiene competencia para inaplicar o declarar la validez de la norma general y es procedente sólo cuando no existe una “interpretación convencional” posible que permita salvar la convencionalidad de la norma interna.⁴³ Cuando la norma doméstica opuesta al Pacto o a la jurisprudencia de la Corte IDH, es inconvencional o anticonvencional, tiene un resultado de mínima: no se aplica al caso bajo examen, se descarta o resulta inválida para el mismo. Aquí el Juez nacional, actúa como órgano represivo”. En términos cronológicos de operatividad primero se debe hacer funcionar el control constructivo y luego el represivo.⁴⁴

Sobre este tópico, la Corte IDH ha dado un mensaje claro en el sentido de que todos los jueces y órganos que realicen funciones jurisdiccionales desde una perspectiva material deben ejercer el control de convencionalidad y la expresión tantas veces utilizada por ese tribunal -“evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes”- no puede interpretarse como limitante para ejercer el control difuso de convencionalidad sino como una manera de *graduar* su intensidad.⁴⁵

40 Ferrer Mac-Gregor, *Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad*, op. cit., 11. En el ámbito nacional Bidart Campos, Germán, *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, Ediar, Buenos Aires, 1995, t. VI, pp. 560 y 561; Sagüés expone que en concreto el juez nacional que actúa como órgano constructivo debe consumir un exhaustivo reciclaje del material normativo local; según el autor la interpretación conforme es un mecanismo de “rescate de normas”, El “control de convencionalidad” en el sistema interamericano, op. cit., p. 425 y lo expuesto en la conferencia sobre control de convencionalidad.

41 Hitters, Juan Carlos, “Control de convencionalidad. Adelantos y retrocesos”, *Estudios Constitucionales*, año 13, N° 1, 2015, pp. 123-162.

42 Ferrer Mac-Gregor en el voto razonado se refiere a los diferentes grados de intensidad y Sagüés alude al efecto represivo o destructivo y al efecto positivo o constructivo, ibíd.

43 Voto razonado de Ferrer Mac-Gregor, cit., párrs. 36 y 41.

44 Sagüés, Néstor Pedro, El “Control de Convencionalidad” en el sistema interamericano, op.cit., pág. 424; del mismo autor, conferencia sobre control de convencionalidad; disponible en <https://www.youtube.com/watch?v=3qDfGlbcuDU>, consulta del 8 de enero de 2017.

45 Voto razonado del Juez Ad Hoc Eduardo Ferrer Mac-Gregor en relación con la sentencia del caso “Cabrera García y Montiel Flores vs. México”, del 26/11/2010, párr. 34 a 41.

Por último, nos queremos referir a los diferentes parámetros sobre los que debe ejercerse el examen de compatibilidad y es aquí donde en los dos extremos encontramos: a) las “normas supranacionales”, “material normativo controlante” o “norma de referencia”⁴⁶ y b) las “normas locales o domésticas” o “material normativo controlado”. En relación al material normativo controlante, desde que la Corte IDH adopta en pleno la referida doctrina expuso que “el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención *Americana*”.⁴⁷ Luego, en fecha reciente, ha expuesto que sus sentencias no sólo son atrapantes en el caso concreto (vinculación directa *inter partes*), sino que también producen efectos vinculantes *para todos los estados signatarios de la CADH*, en lo que respecta a la interpretación que ese órgano efectúa de las normas convencionales (vinculación indirecta *erga omnes*).⁴⁸ Cuestión ésta no exenta de controversias y que excede el marco de este trabajo hacer un análisis más detenido.

Lo que sí resulta útil para nuestra tarea es traer otra cuestión relacionada con el material el *material normativo controlante* en tanto como ser verá tiene directa vinculación a las personas con discapacidad y a la interpretación que en relación a sus derechos efectúa el Tribunal Interamericano en tanto el Pacto de San José no contiene una disposición específica explícita sobre los derechos de las PCD y que fue en décadas posteriores, cuando en el Protocolo de San Salvador se estableció (aunque con una terminología poco apropiada “minusválidos” pero utilizada en esa época) la protección específica de aquellas en el art. 18 y que recién varios años después, fue adoptada la CIADDIS.

46 Cabe aclarar que los términos “material normativo controlante” y “material normativo controlado” son utilizados por el Dr. Sagüés en sus trabajos: “Obligaciones internacionales y control de convencionalidad”, *Revista de Estudios Constitucionales*, vol. 8, 2010, p. 126-127 y *El “control de convencionalidad” en el sistema interamericano y sus anticipos en el ámbito de los derechos económicos- sociales. Concordancias y diferencias con el Sistema Europeo*, p. 429 y ss.

47 Casos “Almonacid Arellano y otros vs. Chile”; “Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú”; “Boyce y otros vs. Barbados”; “Radilla Pacheco vs. México”; “Cabrera García y Montiel Flores vs. México”; “Furlan y Familiares vs. Argentina”, entre muchos otros.

48 Sobre este punto, ha brindado esclarecedoras pautas la Corte IDH en la Resolución de Supervisión de cumplimiento de sentencia dictada en el caso “Gelman vs. Uruguay”, resolución de Corte IDH del 20/03/2013, párrs. 67 a 69; sobre el punto también puede leerse el trabajo de Hitters, Juan Carlos, *Control de convencionalidad. Adelantos y retrocesos*, op. cit., p. 152.

En este punto, queremos hacer expresa alusión a que en algunas sentencias la Corte IDH -además del Pacto de San José- ha incluido otros tratados de derechos humanos nacidos en el ámbito de la OEA y aún otros pertenecientes al sistema universal. Sobre estos últimos, en muchas oportunidades la Corte ha dicho que “toma en cuenta” en el examen de los casos litigiosos, otros instrumentos del orden internacional, externos al sistema interamericano, que no le han conferido competencia material. En estos casos, si bien no adopta decisiones que impliquen la aplicación directa de tales convenios recoge de aquellos conceptos con fines de interpretación y es lo que ha ocurrido con la CDPD.⁴⁹ Así, pueden formar parte de su jurisprudencia los estándares establecidos por la Corte Europea de Derechos Humanos, tratados internacionales del sistema universal, las resoluciones de los Comités de Naciones Unidas, las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos o incluso los informes de los relatores especiales de la OEA o de Naciones Unidas, entre otros, siempre y cuando la Corte IDH los utilice y los haga suyos para formar su interpretación del *corpus juris interamericano* y crear la norma convencional interpretada como estándar interamericano.⁵⁰

05. PERSONAS CON DISCAPACIDAD Y EL DERECHO AL DEBIDO PROCESO. INTERVENCIÓN EN JUICIO CON CARÁCTER DE PARTE Y ASISTENCIA LETRADA. ¿OBSTÁCULOS DIFERENCIADOS EN SU PERJUICIO?

El derecho al debido proceso se encuentra consagrado en el art. 18 de la Constitución Nacional y en la mayoría de los tratados de derechos humanos que gozan jerarquía constitucional.⁵¹ No obstante, es en el art. 8 de la Conven-

49 García Ramírez, Sergio, *El control judicial interno de convencionalidad*, cit., p. 137; entre otros tratados a los que expresamente ha aludido: la Convención sobre los Derechos del Niño, la CEDAW, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, los Convenios de Ginebra y varios instrumentos referentes a los derechos de los migrantes.

50 Nota 64 de su voto razonado en el caso Cabrera García, cit.

51 Convención Americana (arts. 7 a 9 y 25); Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (arts. 2, 3 y 14); Declaración Americana DH (art. XVIII, Derecho de Justicia) y Declaración Universal DH (arts. 8, 9, 10 y 11).

ción Americana donde encuentra su previsión más amplia y a ello, se deben sumar los estándares fijados por la Corte IDH respecto al contenido, exigencias y alcances del derecho.⁵²

En su línea jurisprudencial la Corte ha expuesto que las garantías mínimas fijadas en el 8.2 de la CADH para el proceso penal son extensivas al proceso civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter⁵³ y que, las “garantías judiciales” del art. 8 se refieren a las exigencias del debido proceso legal, así como al derecho de acceso a la justicia. En relación al derecho al debido proceso, afirmó que “se refiere al conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acto del Estado que pueda afectarlos”⁵⁴ y que el mismo incluye un elenco de garantías mínimas entre las que se encuentran: la presunción de inocencia; el derecho a ser oído; a contar con un tribunal competente, independiente e imparcial, definido con anterioridad por ley; a obtener un pronunciamiento fundado y dentro de un plazo razonable; a ser asistido por un defensor; a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable; y a recurrir el fallo ante un juez o tribunal superior.⁵⁵

Ese catálogo de garantías procesales⁵⁶, en el caso de las personas con discapacidad, se ha visto ampliado en tanto la Corte IDH ha elevado la participación del Ministerio Público como estándar convencional, al afirmar que “en aras de facilitar el acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, es relevante la participación de otras instancias y organismos estatales que puedan coadyuvar en los procesos judiciales con el fin de garantizar la protección y defensa de los derechos de dichas personas”.⁵⁷

52 Convención Americana sobre Derechos Humanos, comentario, Steiner Chistian y Uribe Patricia (editores), comentario al art. 8 por Juana María Ibáñez Rivas, Ed. Konrad Adenauer Stiftung-Eudeba, 2014, p. 211.

53 Caso “Vélez Loo vs. Panamá”, sentencia del 23/11/2010, entre muchos otros.

54 Caso Nadege Dorzema, cit, párr. 156.

55 Colección de Dictámenes sobre Derechos Humanos “El derecho al debido proceso”, Cuadernillo 4, Ministerio Público Fiscal Procuración General de la Nación y Dirección Gral. de Derechos Humanos, p. 11, disponible en: file:///C:/Users/seven/Documents/GRUPOS%20VULNERABLES/Cuadernillo-4-El-derecho-al-debido-proceso.pdf.

56 El catálogo puede ampliarse a la luz del avance de los derechos humanos conforme lo expuesto por la Corte IDH, OC. 17/02, del 28/08/2002, Serie A, Nº 17, párr. 115 y caso Lori Berenson Mejía vs. Perú, sentencia del 25/11/2004, párr. 176.

57 Caso “Furlán y familiares vs. Argentina”, sentencia del 31/08/2013, párr. 241.

Asimismo, el Tribunal Interamericano, en relación a ciertos grupos en situación de vulnerabilidad, entre los que se encuentran las PCD, ha reconocido la necesidad de efectuar “interpretaciones diferenciadas” puntualizando que para que para el debido proceso legal exista realmente, “es preciso que un justiciable pueda hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables”.⁵⁸ De esta manera, para que el proceso alcance sus objetivos, “debe reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia”⁵⁹, siendo que “la presencia de condiciones de desigualdad real obliga a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses”⁶⁰; “Si no existieran esos medios de compensación, ampliamente reconocidos en diversas vertientes del procedimiento, difícilmente se podría decir que quienes se encuentran en condiciones de desventaja disfrutan de un verdadero acceso a la justicia y se benefician de un debido proceso legal en condiciones de igualdad con quienes no afrontan esas desventajas”.⁶¹

Muy recientemente, la Corte Suprema de Justicia de la Nación expresó: “recae sobre los juzgadores un deber de tutela reforzado, pues se encuentran involucradas dos personas en situación de vulnerabilidad y, por lo tanto, titulares de un amparo especial”⁶² y “el respeto de la regla del debido proceso debe ser observado con mayor razón en el caso de quienes padecen un sufrimiento mental debido al estado de vulnerabilidad, fragilidad, impotencia y abandono en el que se encuentran frecuentemente estas personas, lo que reafirma el principio constitucional a una tutela judicial efectiva”⁶³.

Ahora bien, pese a la claridad de los estándares descriptos que son

58 OC-16/99, ap. 117; OC-18/03, ap. 121. En este mismo sentido, ver también caso “Vélez Loor vs. Panamá”, sentencia del 23/11/2010, ap. 143.

59 OC-16/99, ap. 119. En este mismo sentido, ver también caso “Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia”, sentencia del 25/11/2013, ap. 130.

60 Caso “Furlán y familiares vs. Argentina”, sentencia del 31/08/2013, párr. 268.

61 Caso “Baldeón García vs. Perú”, sentencia del 6/04/2006, párr. 202.

62 CSJN, 05/05/2016, “G., A. N. c. S., R. s/filiación”, AR/JUR/5545/2016.

63 CSJN, el 22/12/2015, “Terruli, Jorge Miguel c/González, Manuel Enrique y otros s/ ejecución hipotecaria”, www.csjn.gov.ar/sentencias-acordadas-y-resoluciones/acordadas-de-la-corte-suprema.

directamente aplicables a la intervención de las PCD en el proceso de determinación de capacidad y que han sido receptados en la regulación dispuesta por el CCyC, se observa que suelen ¿confundirse? dos de los derechos que en forma autónoma integran el catálogo de garantías mínimas del debido proceso, a saber: el derecho a participar en calidad de “parte” en el proceso judicial con asistencia letrada y el derecho a ser oído.

En esta cuestión, como en muchas otras, el CCyC marca claras diferencias con el Código de Vélez, en tanto acentúa la intervención de las PCD en el proceso al reconocerle expresamente “el carácter de parte”⁶⁴ posición que refuerza cuando dice: “si la persona en cuyo interés se lleva adelante el proceso ha comparecido sin abogado, se le debe nombrar uno para que la represente y le preste asistencia letrada en el juicio” (art. 36) y en la misma sintonía, lo dispuesto en el art. 31. e) “la persona tiene derecho a participar en el proceso judicial con asistencia letrada, que debe ser proporcionada por el Estado si carece de medios”.

El derecho a la asistencia legal, debe ser garantizado por el juez en la primera oportunidad procesal⁶⁵; por ello, si la persona comparece sin abogado, debe nombrársele uno de inmediato, a fin de que le represente y preste asistencia durante todo el proceso.⁶⁶

Por su parte, el derecho a ser oído -directamente vinculado con el principio de intermediación y que en el CCyC no es tomado no como un acto procesal aislado como un “momento” sino “durante el proceso” como una acción continuada para la participación directa de la persona⁶⁷- se encuentra previsto en los artículos siguientes: 1) art. 35, que dispone que: “El juez debe garantizar la inmediatez con el interesado durante el proceso y entrevistarlo personalmente antes de dictar resolución alguna, asegurando la accesibilidad y los ajustes razonables del procedimiento de acuerdo con a la situación de aquél...”; 2) art. 40, que prescribe: : “... la sentencia debe ser revisada por el Juez en un plazo no superior a los tres años, sobre la base

64 Con anterioridad tanto la doctrina como la jurisprudencia lo había reconocido fundado en la inviolabilidad del derecho de defensa en juicio.

65 Caso “Vélez Loor vs. Panamá”, sentencia del 23/11/2010, párr. 132.

66 *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, Gustavo Caramelo, Sebastián Picasso, Marisa Herrera (directores), 1a ed., Ciudad Autónoma de Buenos, Tomo I, Libro primero, arts. 1 a 400, Ed. Infojus, 2015, comentario a los arts. 22 a 50 por Fernández, Silvia E., p. 97.

67 *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, op. cit, p. 90.

de nuevos dictámenes interdisciplinarios y mediando audiencia personal con el interesado” y 3) art. 707, que establece: “Las personas mayores con capacidad restringida... tienen derecho a ser oídos en todos los procesos que los afectan directamente...”.

Sumado a ello, lo dispuesto por el art. 706 que establece: “El proceso en materia de familia debe respetar los principios de tutela judicial efectiva, intermediación, buena fe y lealtad procesal, oficiosidad, oralidad y acceso limitado al expediente. a) Las normas que rigen el procedimiento deben ser aplicadas de modo de facilitar el acceso a la justicia, especialmente tratándose de personas vulnerables...”.

Si bien el posicionamiento adoptado en el CCyC resulta contundente en cuanto reconoce a la PCD el carácter de “parte”, colocándola en situación de poder llevar adelante todos los actos procesales reconocidos en el ordenamiento legal, son los impedimentos prácticos que se ofrecen en el ámbito judicial los que generan preocupación. Se suele observar en los procesos que, en general, se reduce la participación de la PCD a la audiencia previa al dictado de la sentencia, acto procesal que en términos del CCyC requiere la intervención del Ministerio Público y al menos un letrado que le preste asistencia; en este último punto, pese a la claridad normativa se efectúan diferentes interpretaciones en las que se soslaya lo prescripto conforme se advierte en el muestreo siguiente:

- en algunos casos la providencia sólo se limita a hacerle saber que “debe comparecer con patrocinio letrado”⁶⁸ sin adoptarse ningún mecanismo para dar efectividad a ese derecho cuando la persona se presenta sin asistencia;

- en otros expedientes, directamente se ordena la designación de un Curador *ad litem* función que ejerce el funcionario de la Defensoría Oficial⁶⁹;

68 B.R.J. s/Determinación de Capacidad Jurídica. Expte. N° JU-4633-2012. Dpto. Judicial Junín, Junín, 27/06/2017 “... Se hace saber al Sr. B.R.J. que deberá concurrir personalmente, munido de su documento de identidad y con patrocinio letrado. Para el caso de no poder contar con patrocinio particular se le hace saber que cuenta con el servicio de la Defensoría Oficial y el Consultorio Jurídico Gratuito del Colegio de Abogados Departamental (art. 35 CCyC). Notifíquese”. “B.M. s/Determinación de la Capacidad Jurídica” (inédito).

69 “B.M. s/Determinación de la Capacidad Jurídica”, Dpto. Judicial de San Nicolás; en la apertura a prueba el Juzgado de Familia dispuso: “Asimismo, deberán proceder al sorteo para designar un Curador *ad litem* a la causante en autos”. Y que más adelante una Defensora Civil respon-

- existen también antecedentes judiciales, donde se establece que la audiencia debe celebrarse “con presencia del Asesor de Incapaces”⁷⁰ y nada se dice del abogado defensor;

- en otros casos, se entiende que asistencia letrada prevista por la ley se encuentra cumplimentada con la intervención de la Curadora Oficial actuante.⁷¹

Hay que mencionar además, que también circulan algunas propuestas relativas a la creación de un Registro de Abogado de Apoyo para el ejercicio de la Capacidad Jurídica de las Personas con Discapacidad que parecen proyectarse más bien a prestar asistencia letrada en la audiencia establecida en los arts. 35 y 41 CCyC.

Por último, entendemos que reducir la participación de la PCD en el proceso judicial de determinación de capacidad con el solo fin de ser oída importa permanecer instalados en viejos modelos de intervención y hace caer en letra muerta lo establecido en especial en los arts. 12 -igual reconocimiento como persona ante la ley- y 13 -acceso a la justicia- de la CDPD y art. 3 -derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica- y art. 8- garantías judiciales- de la CADH. En definitiva, conforme lo ha dicho el órgano que supervisa la aplicación de la Convención de la ONU, “... El Comité recuerda también que la discriminación puede ser consecuencia del efecto discriminatorio de una norma o medida carente de la intención de discriminar pero que afecte desproporcionadamente a las personas con discapacidad”.⁷²

-
- de: “Que vengo a evacuar la vista conferida, asumiendo que en autos me corresponde en mi carácter de Curadora Provisoria de la Persona de la Causante (cfrme. 622 y ccdtes. CPC y 31 inc. e y 707 del CCyC”; en este caso se evidencia confusión entre el Curador *ad litem* y el abogado defensor. (Inédito).
- 70 Cámara 1a de Apelaciones en lo Civil y Comercial de San Isidro, sala I ,16/03/2017, “B.L. s/ Determinación de la capacidad jurídica”, cita online: AR/JUR/8474/2017. En este fallo se deja sin efecto la resolución de primera instancia en la que el magistrado en vista al diagnóstico médico de la persona había entendido innecesaria la audiencia del art. 35 de modo que si bien avanza en este sentido es cuestionable que nada haya dicho de la participación con intervención letrada.
- 71 “A.H.A. s/Determinación de Capacidad Jurídica”. Expte. 7081/2009. Junín, 2/03/2016... “IV.- En virtud de lo solicitado por la Curadora Oficial a fs. 519 y lo normado por el art. 31 inc. e, 35 y 707 del CCyC (t.o. Ley 26.994), fijase la audiencia del día 22 de abril de 2016 a las 9.30 hs. a los fines de tomar contacto y oír a la causante de autos. Que a los efectos del art. 31 inc. e CCyC, es criterio de la Infrascripta que el objetivo de asistencia letrada previsto por la ley se encuentra cumplimentado con la intervención de la Curadora Oficial actuante, la que huelga remarcar, reviste carácter de abogada. Notifíquese”. (Inédito).
- 72 CRPD/C/16/D/7/2012.

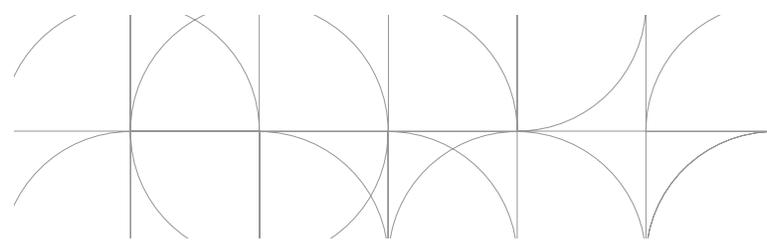
06

COMO CIERRE, UNA PROPUESTA

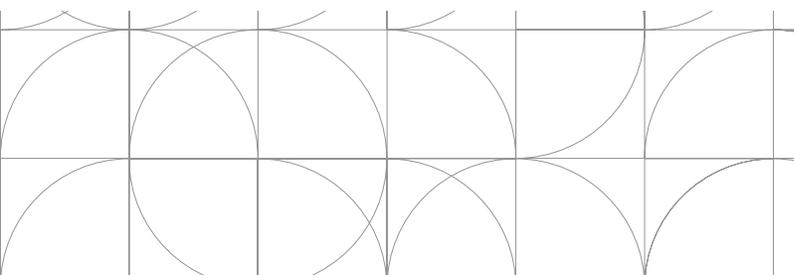
Con el fin de superar las dificultades evidenciadas y en vista a las consideraciones efectuadas en la primera parte de este trabajo donde hemos abordado algunas aristas de la doctrina del “control de convencionalidad” -particularmente aquella que establece el deber de realizar una “interpretación convencional o conforme”, entendemos que atañe al Juez nacional -en su carácter de director del proceso- y al Ministerio Público -como organismo estatal que debe coadyuvar con el fin de garantizar la protección y defensa de los derechos de las personas con discapacidad⁷³, el deber de asegurar la intervención en calidad de parte de la PCD mental o psicosocial en el proceso de determinación de capacidad que se le sigue y, que dicha participación sea ejercida en el marco del derecho irrenunciable a ser asistido por un abogado defensor. Es en punto donde queremos hacer la siguiente propuesta: iniciadas las actuaciones por los legitimados -salvo que lo hubiere efectuado el propio interesado- como primera providencia se debe hacer saber en formato accesible o en lenguaje sencillo que le asiste el derecho de participar en carácter de parte y que debe designar un abogado defensor de su elección, debiéndose fijar un plazo para su cumplimiento y vencido el mismo, si no obra en autos tal presentación, el Juez de oficio o a instancia del Ministerio Público, deberá nombrar uno del Estado para que lo represente y preste asistencia en juicio. Eventualmente, se podrán aplicar analógicamente y hasta tanto las normas procesales se adecuen, las reglas de la nulidad previstas en el digesto civil.⁷⁴

73 El Ministerio Público de conformidad con el art. 103 y en aplicación análoga de lo dispuesto por el art. 40 que establece que es fiscalizar el cumplimiento efectivo de la revisión judicial y por el principio de oficiosidad el mismo Juez (arts. 706 y 709).

74 Caso “Mejía Idrovo vs. Ecuador”, sentencia del 5/07/2011, párr. 77; el art. 386 del CCyC sanciona con nulidad absoluta los actos que contravienen el orden público.



SOCIEDADES



DE PRONTO SAS. SOCIEDADES POR ACCIONES SIMPLIFICADAS*

FRANCO SPACCASASSI

SUMARIO: 1. Trabajo académico. 1.1. Introducción. 1.2. Pre-lación normativa. 1.3. Constitución. 1.3.1. Forma. 1.3.2. Requisitos. 1.3.3. Inscripción. 1.4. Socios. Unipersonalidad. 1.5. Responsabilidad de las SAS. 1.6. Objeto. 1.7. Capital social. 1.7.1. Capital social mínimo. Integración. 1.7.2. Acciones. 1.7.3. Prestaciones accesorias. 1.7.4. Aumento de capital. 1.7.5. Aportes irrevocables. 1.8. Organización. 1.8.1. Cambio de paradigma. 1.8.2. Órgano de gobierno. 1.8.3. Órgano de administración. Representación. 1.8.4. Órgano de fiscalización. 1.9. Contingencias del contrato social. 1.9.1. Reforma. 1.9.2. Transformación. 1.9.3. Disolución. 1.10. Libros digitales. 2. Ponencias. 2.1. *De lege lata*. 2.2. *De lege ferenda*. 3. Bibliografía. 3.1. Doctrina. 3.2. Jurisprudencia. 3.3. Legislación.

* Trabajo presentado en el XXIX Encuentro Nacional del Notariado Novel, desarrollado en Corrientes. Obtuvo el primer premio del jurado. Corresponde al tema "Régimen asociativo como herramienta para el desarrollo económico".

01. TRABAJO ACADÉMICO

1.1. INTRODUCCIÓN

El 12 de abril del año 2017 se publicó la Ley 27.349 denominada Ley de Apoyo al Capital Emprendedor (en adelante LACE); en ella se incorpora la sociedad por acciones simplificada (en adelante SAS), como un nuevo tipo societario. Esta nueva sociedad fue planteada como una herramienta más para promover el emprendedurismo. Sin embargo, la SAS no está limitada solo a los emprendedores; es también para todas las empresas, aunque no califiquen como emprendedores en los términos del art. 2 de la Ley.

Este nuevo tipo societario le da un fuerte golpe al principio imperativo con el que se regula el Derecho Societario; principio que ya había sido golpeado con la modificación realizada por la Ley 26.994 a la sección cuarta del capítulo primero de la Ley General de Sociedades 19.550 (en adelante LGS). Expresamente, este nuevo tipo societario les da mayor libertad a los socios a la hora de regular su contrato social. Y, además, atrae prometiendo una inscripción registral en el plazo de un día; valiéndose para eso de la utilización de la firma digital.

La Ley no tuvo una aplicación automática, por la falta de reglamentación. Como es habitual, el Poder Ejecutivo se encarga de la reglamentación de las leyes, pero en este caso el decreto 711/2017 solamente reglamentó el título primero de la Ley. El título segundo, relativo al financiamiento público mediante el sistema de *crowdfunding*, es reglamentado por la Comisión Nacional de Valores. Y el título tercero, relativo a las SAS, debe ser reglamentado por cada una de las jurisdicciones locales.¹

1 Cuando la Ley 26.994 deroga el Código de Comercio velezano, deroga la atribución de competencia del Registro Público para la reglamentación en materia de sociedades. Si bien hubo varios proyectos para que haya una ley registral societaria nacional, como la 17.801 para los Registros de la Propiedad, ninguno tuvo sanción legislativa; por lo que hoy solo están las leyes locales que se autoatribuyen competencia para reglamentar.

En consecuencia, cada provincia tiene su contrato modelo de SAS, con criterios diferentes y trámites diferentes. Es así que, para la Ciudad de Buenos Aires, la Inspección General de Justicia reglamentó la Ley en la Disposición 6/2018, con entrada en vigencia el 1 de septiembre del 2017. Y para la Provincia de Buenos Aires, la Dirección Provincial de Personas Jurídicas reglamentó la Disposición 131/2017, con entrada en vigencia el 22 de diciembre del año 2017.

La aplicación de la ley tiene otras vicisitudes, que no tienen que ver con la reglamentación, sino con la aplicación de las plataformas donde se hace la registración. Diferentes usuarios han denunciado problemas. Uno de los temas es el control de homonimia, porque para las SAS el sistema no permite reserva de nombre. Si bien la TAD hace un control previo o preliminar, ha pasado en Ciudad de Buenos Aires que aprueba la TAD e IGJ rechaza después la inscripción. La única alternativa actual es desistir del trámite; lo que es una complicación porque la sociedad se constituye convencionalmente. Otro problema es con los libros digitales, y la verificación de la clave de las actas (*hash*). Si bien en Ciudad de Buenos Aires está funcionando, es desde hace menos de un mes.

En este trabajo, haremos una descripción de las sociedades por acciones simplificadas, sin querer abarcar todos y cada uno de los puntos en debate sobre el tema. La intención es dar un marco que explique las ponencias que se proponen al final.

1.2. PRELACIÓN NORMATIVA

Lo primero que llama la atención, es que la Ley 27.349 no incluye a las SAS dentro de la LGS. Es decir que el Título III de la Ley 27.349 debe interpretarse con los alcances y el espíritu de este cuerpo normativo autónomo. Y luego, por disposición del art. 33 de la Ley, remitirse *supletoriamente* a la LGS. Es decir, que los principios y normativas imperativas de la Ley 19.550 solo son de aplicación en cuanto sean coherentes con la Ley 27.349.

En consecuencia, la interpretación de las SAS se hace primero por la LACE; en la que se notan claramente dos principios.

El primero es la *flexibilidad normativa* que le da preeminencia a la autonomía de la voluntad. Se puede modificar plenamente la estructura societaria,

y se pueden poner cuestiones ajenas a la sociedad típica: inventar órganos, facultades, votaciones, quórum, en fin, cualquier cosa. Hasta el nombre de los órganos es libremente definible, con sus alcances y atribuciones. Eso lo hace un tipo societario muy útil a la hora de querer organizar protocolos familiares, que permiten que determinadas cuestiones extrapatrimoniales encuentren su regulación en la organización societaria.

El segundo principio es que la LACE toma a la SAS como un híbrido formado por "lo mejor" de la sociedad de responsabilidad limitada, en adelante SRL, y de la sociedad anónima, en adelante SA. En pocas palabras, de la SA toma la representación del capital en acciones; lo que facilita su transmisión y negociación, al no requerir la modificación del contrato social. Y de la SRL, toma la organización y las cuestiones personalistas; lo que surge claramente del art. 49 de la Ley 27.349.

Teniendo en cuenta las cuestiones planteadas, la prelación normativa a la hora de verificar los derechos y las obligaciones de las partes, así como sus vinculaciones con los terceros, es: 1) Las normas imperativas de la Ley 27.349, como las restricciones del capital mínimo del art. 40, las limitaciones del art. 39, el contenido del acto constitutivo del art. 36, o las normas relativas a los aportes irrevocables del art. 45. 2) Las normas imperativas de la LGS, como las de la sociedad de objeto lícito con actividad ilícita del art. 19, la prohibición de participaciones recíprocas del art. 32, o las reglas del procedimiento de liquidación de la sección XIII del Capítulo Primero. 3) Normas Imperativas del Código Civil y Comercial de la Nación, como las vinculadas al abuso de derecho del art. 10 y concordantes, fraude del art. 13, 338 y concordantes, o la inoponibilidad de la persona jurídica (*disregard of legal entity*) del art. 144. 4) Las normas libremente pactadas en el contrato constitutivo, para las cuales *no* es necesario adoptar el modelo determinado en el art. 38 de la Ley 27.349. 5) Las normas supletorias de la Ley 27.349, en lo que no estuviera expresamente acordado en contrato social, como el art. 48 para la cesión de acciones. 6) Las normas de la SRL para el funcionamiento de los órganos de gobierno, la administración, la fiscalización, así como los deberes y obligaciones de sus agentes, establecidas en los art. 157 a 162 de la LGS. 7) Las normas supletorias de la LGS, como las que determinan la administración en el procedimiento de fusión del art. 84 última parte, o la no responsabilidad por obligaciones anteriores a la transformación del art. 76. 8) Las normas supletorias del Código Civil y Comercial.

En fin, salvo por algunas normas de orden público, se le da preeminencia a la autonomía de la voluntad. La SAS deja de ser un "chaleco de fuerza"

para ser un “traje a medida”. Los escribanos deben tratar a las SAS como a los fideicomisos; cada fideicomiso o cada SAS, es un complejo entramado de derechos y obligaciones único e irreplicable, que hay que revisar de principio a fin para verificar la legitimidad de los administradores. Los que surgen de un instrumento que tiene publicidad registral, y es en consecuencia oponible a terceros; y que hace a la buena fe que emerge del adecuado estudio de títulos en una determinada contratación.

1.3. CONSTITUCIÓN

1.3.1. Forma

El art. 35 de la Ley 27.349 establece la forma que deberá tener el acta constitutiva o contrato social de la SAS. Nos menciona los bien conocidos instrumento público e instrumento privado; pero sobre este último se tienen que hacer dos salvedades. En primer lugar, que habilita la “certificación bancaria” de la firma. En este sentido, es reprochable que se incorpore en una ley nacional una forma de verificar la identidad de los socios mediante una persona que no ocupa el rol de funcionario público, ni tiene las responsabilidades acordes. Máxime, si tenemos en cuenta que la mal conocida como “certificación bancaria” no realiza una verificación de identidad, sino que se realiza por la comparación de la firma registrada en el banco por el titular de una cuenta bancaria tipo cuenta corriente. Es decir que el empleado de la entidad bancaria compara la firma obrante en el contrato social, con la firma que surge de sus registros; la cual ha sido puesta frente a otro empleado del banco en un formulario interno del banco.

La segunda cuestión es que la SAS puede constituirse por instrumento privado digital. Lo englobamos dentro de los instrumentos privados, atento a que ese es el alcance que la firma digital tiene según el art. 288 del Código Civil y Comercial de la Nación; el cual coincide con lo determinado en el art. 3 de la Ley 25.506. El 288 establece que la firma digital es firma para instrumento privado; que la consecuencia de la firma digital es la presunción de que quien ha firmado digitalmente es el propietario del certificado utilizado para la firma. Y con esto queda suplido el requisito de la certificación de la firma, establecido para su constitución.

No vamos a entrar en el debate sobre si es o no adecuado reemplazar la seguridad jurídica que otorga la certificación de la firma por una persona humana diferente en carácter de funcionario público, por la celeridad de tener un procedimiento matemático que cumple la misma función, aunque de manera particular y auto gestionada. Lo cierto es que basta la firma digital para cumplir con el requisito de la “certificación”. Sin embargo, en las reglamentaciones de la plataforma de “Trámites a distancia”, en adelante TAD, solamente es requisito la firma digital de uno de los socios. Esta disposición es inconstitucional puesto que, si bien uno de los socios ha suscripto digitalmente el documento digital, el resto de los socios simplemente han refrendado el instrumento mediante firma electrónica en los términos del art. 5 de la Ley 25.506. Es decir, que el procedimiento actual de la plataforma TAD, cuando se utiliza firma digital en lugar de certificación de firma digital, no cumple con lo determinado en el art. 35 de la Ley 27.349. Ellos porque el art. 287 del Código Civil y Comercial define a los instrumentos Privados, como aquellos *firmados*; y la Ley 25.506 solo toma como firma a la firma digital, no la electrónica.

1.3.2. Requisitos

Determina el art. 36 el contenido del instrumento constitutivo, de manera muy similar al art. 11 de la LGS. Y por primera vez se incluye en la legislación, algo que en la práctica de los organismos de contralor sucede habitualmente: el modelo “tipo”, que se considera preaprobado.

Para la conformación del tipo societario SAS, la ley, a modo de orden público, impone condiciones. La primera de ellas está determinada como una “limitación” cuyo incumplimiento deviene en una carga para los socios; y la segunda está determinada como una “prohibición”, cuyo incumplimiento hace irregular a la sociedad.

La primera de ellas está determinada en el art. 39, y se refiere a una limitación cualitativa en base al objeto y al elenco societario. No pueden adoptar este tipo las sociedades de economía mixta, las sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria, las que realicen operaciones de intermediación entre recursos financieros (mediante operaciones de capitalización, ahorro o de cualquier otra forma requieran dinero o valores al público con

promesa de prestaciones o beneficios futuros), o aquellas que exploten concesiones o servicios públicos. La prohibición se extiende a aquellas sociedades que sean controladas por una sociedad prohibida, o a la participación en más de un treinta por ciento del capital de una sociedad prohibida. Es decir, que una SAS no puede tener el treinta por ciento del capital de una sociedad de economía mixta, o de una entidad financiera; a la vez que no puede una entidad financiera o una sociedad de economía mixta, controlar una SAS.

Llama la atención, en esta primera limitación, que no hay límite para el capital. Es decir, que una SAS puede tener más de cincuenta millones de pesos (\$50.000.000) de capital, y no caer en la fiscalización propia que les cabe a los demás tipos societarios que limitan su responsabilidad y tienen este capital. Si bien en el proyecto estaba esta limitación, fue excluida en la Cámara de Diputados. Parece adecuada a los principios de la Ley 27.349 la omisión del inc. 2 del art. 299 de la LGS; ello atento a la naturaleza personalista de esta sociedad, que hace innecesario forzar un órgano de fiscalización que puede ser ajeno a la voluntad de las partes. El fundamento de la fiscalización estatal permanente impuesta en el inc. 2 del art. 299, radica en hacer una valla para que los administradores de las sociedades no se aprovechen espuriamente del capital aportado para los socios; y en el mayor contralor estatal que deben tener estas grandes sociedades. Para este último motivo, el Estado ya ha demostrado excesiva capacidad de contralor a través de sus diferentes organismos fiscales; y al ser estas sociedades por acciones personalistas, los socios rara vez están fuera de la sociedad. El socio es un colaborador de lujo, primero en todo sentido; y no un simple inversor que una vez por año concurre a la sociedad a retirar sus dividendos.

Menos coherente parece la remoción del inc. primero del art. 299 de la LGS, el cual remite a las sociedades que hagan oferta pública de sus acciones o debentures. Si bien es cierto que las SAS pueden cotizar en los mercados de valores, los posibles inversores no encontrarán las garantías suficientes para verse incentivados a invertir. Máxime teniendo en cuenta que el contrato puede ser libremente pactado, y que les es impuesto de manera automática en el momento en que se haga la suscripción de las acciones. Su coherencia se encuentra pues en el Título II de la Ley 27.349, en lo que se refiere al sistema de captación de ahorro público mediante el sistema de *crowdfunding*; específicamente, con lo determinado en el art. 24, incs. I y II, de la LACE.

La omisión de este requisito, o el incumplimiento de esta limitación, le genera la carga a la sociedad de transformarse en un tipo de la Ley 19.550 en el lapso de seis meses desde que se tomó conocimiento del mismo por la sociedad. Es decir, que la SAS que haya incurrido en una de las causales del art. 299 incs. 2, 3 y 4, tiene seis meses para subsanar ese defecto, o transformarse en una sociedad de otro tipo "regular". Caso contrario, los socios son responsables de manera solidaria e ilimitada por las deudas de la sociedad, aunque de manera subsidiaria al patrimonio de la misma.

Dos cuestiones llaman la atención sobre este punto. La primera de ellas es que el tipo al que se transforme la sociedad, tiene que ser regular. Es decir, que la sociedad no puede adoptar un contrato de las llamadas "simples sociedades" o "sociedades de la cuarta sección". La segunda cuestión que llama la atención, es que el administrador de la sociedad no es responsable junto con los socios por el incumplimiento de la carga de transformarse antes de terminado el plazo de seis meses. Además de estas limitaciones del art. 39, el art. 40 determina que el capital social tiene que ser equivalente a dos salarios mínimo, vital y móvil, al momento de la constitución. Sin perjuicio de que luego se hace el análisis del capital de la SAS, es poderosamente llamativo como la Ley ha dado un criterio de indiferencia al capital social; el que marca una pauta de interpretación para todo el ordenamiento jurídico societario.

Dos salarios mínimos a la hora de redactar este trabajo, consisten en veintiún mil cuatrocientos pesos (\$21.400); acorde a la resolución 3/2018 del Consejo Nacional del Empleo, la Productividad y el Salario Mínimo, Vital y Móvil. Este capital es realmente mínimo, si se tiene en cuenta la diversidad de actividades que puede realizar la sociedad, además de la limitación de responsabilidad de sus socios. Esta norma nacional pone aún más en crisis el concepto de capital social como garantía de los terceros; y hace posible ver en el futuro que las legislaciones locales tengan que modificar sus reglamentaciones en lo referido al control de la relación lógica objeto-capital.

A diferencia de lo determinado en el caso de las limitaciones del art. 39, la Ley 27.349 no determina una sanción. Por lo que el incumplimiento de esta prohibición traerá aparejado que la sociedad no pueda calificarse como el tipo societario SAS, y deba calificarse como una sociedad de cuarta categoría sin limitación de responsabilidad. Pero, de manera simplemente mancomunada, por el art. 24 de la LGS.

1.3.3. Inscripción

Al derogarse el Código de Comercio con la Ley 26.994, no hay una norma de fondo que imponga el control de legalidad de los instrumentos a registrarse; sin embargo, el mismo se justifica las regulaciones locales. Y por más flexible que pretenda ser la Ley 27.349, es necesario transitar los procedimientos registrales en los cuales se verifique lo determinado en el art. 38 de la Ley 27.345, y más. Los organismos de contralor y registración de personas jurídicas no van a dejar de controlar todos los elementos de las SAS; los cuales revisarán minuciosamente, salvo que sea adoptado el modelo tipo.

En esa inscripción se realizarán las publicaciones de edictos a que hace mención el art. 37 de la Ley 27.345. La reglamentación de IGJ incorpora la novedad de que la publicación en el boletín oficial se hace por la plataforma TAD.

Esta inscripción se tiene que hacer en el plazo de 24 horas, si se adopta el modelo preaprobado determinado en el art. 36 de la Ley. Esta inscripción, en la jurisdicción de la Ciudad de Buenos Aires, simultáneamente otorga la Clave Única de Identificación Tributaria.

1.4. SOCIOS - UNIPERSONALIDAD

Una de las grandes ventajas de las SAS es su unipersonalidad. Si bien la ley no introduce las sociedades unipersonales a la legislación argentina, las sociedades anónimas unipersonales, o SAU, requieren una estructura más compleja y tienen un contralor estatal permanente. Eso hace a las SAU propias de la gran empresa, o de las sociedades extranjeras, que tienen la posibilidad de correr el costo de una estructura cara para conseguir su unipersonalidad.

La SAS, por el contrario, no necesita una estructura específica para poder ser unipersonal. Puede constituirse con varios socios, luego un socio hacerse propietario de todas las acciones, y luego de mucho tiempo, ceder nuevamente las acciones para hacerse pluripersonal; todo ello sin tener que cambiar el estatuto, su denominación o su estructura en lo más mínimo. Esta adaptabilidad o reversibilidad del elenco societario es propia de las sociedades por acciones, y es la principal virtud de las SAS.

La modificación realizada al art. 94 de la LGS, y la incorporación del 94 bis, no contrarían esta situación. Ello atento a que el art. 94 no enlista la reducción a uno del número de socios como causal de disolución; por lo que la adquisición eventual del capital accionario no genera la disolución. Y el 94 bis solamente impone la transformación a SAU para las sociedades en comandita simple, o por acciones, o de capital e industria; al no estar incluidas las SAS, ni haberse incorporado por la Ley 27.349 a su texto, cuando estas devienen a unipersonal no tienen que transformarse.

El art. 49 de la Ley 27.349 expresamente aclara que el socio único puede ejercer todos los puestos. Sin perjuicio de que el artículo siguiente impone a la sociedad la designación de un director suplente, para el caso de que la sociedad prescinda de órgano de fiscalización. En este sentido, no es posible que el mismo socio se designe síndico y administrador, para evitar designar un administrador suplente. Ello porque la función de la disposición es que exista alguien que pueda manejar la sociedad en caso de ausencia del administrador.

Tampoco hay límite en cuanto a la cantidad de socios. A pesar de que el art. 49 de la Ley 27.349 aplica supletoriamente la organización de la SRL, no resulta de aplicación lo determinado en el art. 146 de la LGS. Es decir, que la SAS no tiene el límite de cincuenta socios que tiene la SRL. Esta no aplicación surge, en primer lugar, de que el art. 49 remite a las reglas de funcionamiento de los órganos sociales; es decir, los art. 157 a 162 de la LGS. Y, en segundo lugar, porque la aplicación de las normas de la LGS es supletoria, de acuerdo a lo determinado en el art. 49 y 33 de la Ley 27.349. Una norma supletoria solamente rige cuando nada impone la normativa de fondo a suplir, y nunca imponiendo mayores requisitos que los determinados por la misma. Ello es propio del principio de clausura determinado por el art. 17 de nuestra Constitución Nacional.

La única limitación que surge de la unipersonalidad, es que una SAS unipersonal no puede conformar una SAS unipersonal. Esto está expresamente determinado en el art. 33 de la Ley 27.349. Ahora bien, atento al Principio de clausura citado, nada impide que una SAU sea la única socia de una SAS; o viceversa, que una SAS sea la única socia de una SAU. Ello, siempre y cuando con eso no se violen las disposiciones determinadas en el art. 39 de la Ley 27.349, en cuanto a las limitaciones de ser controlada o controlante de una sociedad que acuda al ahorro público o exploten concesiones o servicios públicos. En este caso, la SAS en cuestión tiene dos opciones: o bien subsana la

situación que la hace caer en la prohibición, incorporando un socio que tenga más del setenta por ciento del capital de la SAU en cuestión, la que dejaría de ser SAU para ser SA; o bien se transforma en un tipo societario regular.

Si se elige la opción de la conversión se plantea un segundo problema. Atento a que el art. 1 de la LGS entiende que la única sociedad unipersonal es la sociedad anónima, el único tipo elegible es la SAU. Ahora bien, el mismo art. determina que una SAU no puede constituirse por una SAU.

Sin entrar en el debate de las sociedades devenidas en unipersonales, partimos de la postura que la prohibición del art. 1 no es solamente originaria, sino que se mantiene a lo largo de toda la vida de la sociedad; caso contrario sería muy sencillo desvirtuar la disposición de orden público determinada en la LGS. En consecuencia, una SAS unipersonal que constituye una SAU que acuda al ahorro público, debe transformarse en el plazo de seis meses en una SAU; y como una SAU no puede ser la única accionista de otra SAU, tenemos que definir qué sucede. Allí la doctrina se divide entre si es una sociedad de la sección cuarta, si nada ocurre y se mantiene la limitación de responsabilidad por una incorrecta redacción del art. 94 bis, o si la sociedad debe disolverse.²

Sea como fuera, para este caso particular, pareciera que la opción es fusionarse por absorción, o recuperar la pluralidad de socios de cualquiera de las dos sociedades. Si la SAS recupera su pluralidad de socios, debe de todas formas transformarse a cualquier tipo societario regular de la LGS, a efectos de cumplir con el 39 de la Ley 27.349. Si la SAU deviene a SA, incorporando otros socios, la SAS tiene que tener una participación de treinta por ciento o menos, por el mismo artículo.

En cuanto a las sociedades constituidas en el exterior, para ser socias de una SAS tienen que estar inscriptas por el art. 118 o por el 123 de la LGS. Las disposiciones de la sección XV del capítulo primero de la LGS son de orden público y de aplicación. Y no implica agregar un requisito que no tiene la Ley 27.349 de prelación normativa superior a la LGS; ello es porque la regulación

2 Para una relación del análisis de las sociedades devenidas a unipersonales, las posturas que la doctrina toma y los fundamentos son tomados para plantear ello, ver el trabajo "En torno a la unipersonalidad y las sociedades no constituidas según los tipos previstos y otros supuestos. Panorama actual" de Franco di Castelnuovo y Elda Fernández Cossini, citado en bibliografía.

de las sociedades constituidas en el extranjero no está dentro del ámbito de aplicación de la Ley 27.349, sino de la LGS.

Atento a que el art. 34 de la Ley 27.349 no distingue a la hora de establecer la prohibición, una sociedad extranjera unipersonal no puede constituir una SAS unipersonal.

1.5. RESPONSABILIDAD DE LAS SAS

En las SAS, los socios limitan su responsabilidad al capital que se suscribe, como en la SRL. Ello surge de los arts. 34 y 43 de la Ley 27.349.

Si bien es rescatable la intención del legislador de incentivar el emprendedurismo, y sin ánimo de entrar en el debate sobre la función actual del capital societario, es al menos remarcable lo reducido del capital social. Si bien las entidades de crédito, los proveedores y demás contratantes de la sociedad pueden tomar otros respaldos a la hora de contratar con las SAS, hay algunos posibles acreedores de la misma que no tienen esa fuerza negocial. En particular, los empleados en relación de dependencia y los consumidores. Por ello, la Ley 27.349 específicamente menciona en su art. 62 la aplicación de la Ley de Contrato de Trabajo. En especial, a los artículos vinculados a la interposición y mediación como fraude a la ley laboral (art. 29); la cesión, subcontratación y la delegación (art. 30); y los conjuntos económicos (art. 31). La interpretación de estos artículos de la Ley de Contrato de Trabajo ha dado lugar a fallos donde se extiende la responsabilidad por el fraude a la ley laboral a los socios de una sociedad con responsabilidad limitada³. Si bien esta jurisprudencia es solo aplicable cuando la sociedad se transforme en un mero recurso para el fraude a la ley, es posible prever una jurisprudencia *pro operario* en caso de duda, y en contra de la limitación de responsabilidad establecida en el art. 34.

Por otro lado, no hay una relación expresa de la normativa que defiende al consumidor, como si la hay para el *crowdfunding* (art. 32 de la Ley 27.349).

3 El *leading case* en la materia es el conocido fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación "Palomeque, Aldo René c/ Benemeth S.A. y otro", 03/04/2003. Otros fallos se han encargado de delimitar la extensión de la responsabilidad agregando que es excepcional.

Eso no puede, bajo ningún punto de vista, interpretarse como que las SAS están exentas de las responsabilidades que les podrían caer si son calificadas como proveedores en una relación de consumo. En particular, es de remarcar el art. 40 de la Ley 24.240, el cual establece la responsabilidad solidaria entre los miembros de la cadena de producción, en la eventualidad de un daño en la relación de consumo; una SAS constituida en el último eslabón de esta cadena de producción no limita la responsabilidad de los socios que estén en los eslabones anteriores.

Y vale la pena remarcar que, en la SAS unipersonal, el socio-administrador puede fácilmente realizar actividades en competencia con la sociedad. Ello abre la puerta al mal uso de la sociedad, a efectos de promocionar un determinado producto o servicio como prestado por el socio de manera personal, pero suscribir finalmente el contrato de consumo con la SAS. En este sentido, vale la pena remarcar que el régimen tuitivo del consumidor le da preeminencia a la relación de consumo, determinada en el art. 1092 del Código Civil y Comercial, con prescindencia de quiénes son las partes en el contrato de consumo. De esta manera, el consumidor también podría saltar la aparentemente insalvable valla de la limitación de responsabilidad.

Ello, sin perjuicio de la principal falla en el sistema de responsabilidad de las sociedades chicas. El art. 6, inc. d, de la Ley Nacional de Procedimiento Tributario (Ley 11.683, T.O. 821/98) establece la responsabilidad subsidiaria de los directores y administradores de las sociedades de derecho privado, por las deudas impositivas de estas. Esto, en la cruda realidad de que en la mayoría de los casos los socios son los administradores, implica de hecho una extensión de una deuda societaria a los socios. Vale la pena remarcar, que este artículo de la ley nacional tiene su equivalente en los códigos fiscales locales.

1.6. OBJETO

La Ley 27.349 permite el objeto amplio y plural. Si bien originariamente la redacción del objeto no lo establecía expresamente, la Ley 27.444 modifica el inc. 4 del art. 36, y determina que el objeto puede ser amplio, plural e inconexo.

Esto se establece expresamente debido a que, en algunas jurisdicciones, la autoridad de contralor competente adscribía a la teoría del objeto único. Esta

ley, como se planteó con relación al capital mínimo, incluye ahora una norma orientadora para todo el ordenamiento societario; no debiendo tomarse como un caso aislado, sino como una directriz de interpretación de la política legislativa que va más allá de la SAS. Una interpretación diferente puede tildarse de arbitraria, al discriminar consecuencias jurídicas diferentes, para situaciones similares. Si en la SAS se permite el objeto amplio, plural e inconexo, no hay un fundamento válido hay para imponerla en el resto de los tipos societarios.

En fin, se puede realizar cualquier tipo de actividad en el objeto, el cual solamente requiere que sea preciso y determinado.

1.7. CAPITAL SOCIAL

1.7.1. Capital social mínimo - Integración

Como ha quedado dicho, el art. 40 establece un capital social mínimo, que es realmente insignificante; adscribiendo así a los planteos más modernos sobre la función del capital social. No se toma la idea de capital de manera clásica, como garantía indirecta.

Sin ánimo de entrar en el debate, ni de plantear una postura sobre en la discusión, lo cierto es que la función del capital en las sociedades ha estado en crisis en los últimos años. Y de la misma manera que esta ley toma clara postura sobre la discusión contractualista o imperativista de la regulación societaria, también lo hace sobre el capital como garantía de los terceros que contraten con la sociedad. Un capital social menor a mil dólares estadounidenses, no puede ser tomado en cuenta como una garantía para ningún tipo de emprendimiento. En este caso, bajo el pretexto de reducir costos de transacción para los emprendedores de nuestro país, esta ley hace que conceptos como infracapitalización de los aportes queden prácticamente fuera de uso.

La Ley, en el art. 42, establece que los aportes pueden ser realizados en bienes. Atento a lo determinado en los arts. 15 y 16 del Código, nuestro ordenamiento privado determina la relación entre las cosas y los bienes como una relación de género a especie; donde los bienes son aquellos objetos de derecho susceptibles de tener un valor económico, y las cosas son aquellos bienes que

sean materiales o tengan una realidad corpórea. Por lo que podemos entender que son aportables a las SAS cualquier clase de “bienes”, tengan o no entidad física. En consecuencia, podríamos aportar, créditos, *know how*, derechos de propiedad intelectual, y muchas otras cuestiones propias del emprendedurismo y las *start-ups*.

Sin embargo, hay tres cosas que llaman la atención. La primera es la distinción entre bienes dinerarios o no dinerarios; una clasificación de los bienes que no está en la sección primera, del capítulo primero, del título tercero del Libro Primero del Código Civil y Comercial de la Nación. Tampoco está esta diferenciación en la LGS; la que hace referencia a “aportes dinerarios” en el arts. 172, inc. 3, 179, inc. 3, y 187, segundo párrafo. Atento a que el art. 765 del Código Civil y Comercial determina que las obligaciones de dar dinero son las obligaciones que se cumplen entregando la moneda de curso legal y forzoso, se puede interpretar que los bienes dinerarios son dinero, y que los bienes no dinerarios son todos aquellos que no lo sean.

La segunda cuestión que llama la atención, es que la Ley 27.349 flexibiliza el procedimiento determinado en los arts. 51, 52 y 53 de la LGS, con relación a la valuación de los bienes en especie. La Ley 19.550 establece un procedimiento en el cual la autoridad de contralor debe valuar los aportes en especie, de acuerdo al valor de mercado o al valor pericial, y al cual los socios deben atenerse; en la Provincia de Buenos Aires, esa valuación debe hacerse con un inventario valuado y certificado por contador público, y refrendado por el Consejo Profesional de Ciencias Económicas. Y a tal punto es fija la valuación realizada, que, si por algún motivo los socios desearan aportar los bienes a un valor mayor al cotizado, deberán integrar en dinero la diferencia. Los aportes así realizados, pueden ser impugnados en el caso de insolvencia, si esta ocurriera dentro de los cinco años. Todo ello, en pos de defender a los terceros de la tan temida infracapitalización de las sociedades.

La Ley 27.349 determina que los aportes de los bienes en especie se realizarán a la valuación que los socios unánimemente acuerden, la que puede ser impugnada en caso de insolvencia si esta ocurre en el plazo de cinco años. El método de valuación, libremente elegible por los socios, tiene que tender al valor real de los bienes a aportarse; y los socios tienen el deber de dejar constancia en el acta constitutiva y en los estados contables, de los antecedentes utilizados para realizar la valuación. Deber que, por otro lado, no tiene

sanción para su incumplimiento; por lo que es previsible que la jurisprudencia futura provocará la impugnación de las valuaciones no realizadas acorde a la normativa.

Finalmente, el tercer punto que llama la atención, es que el art. 42 de la Ley 27.349 no tiene una prevención como la del art. 39 de la LGS. Es decir, que no limita los aportes a bienes susceptibles de ejecución forzada. El art. de la Ley 19.550 está en el capítulo primero de la LGS, cuyo ámbito de aplicación son todas las sociedades que se constituyan en la República Argentina; y la redacción de este artículo de la parte general es clara: se refiere a todas las sociedades “por acciones”. En consecuencia, si entendemos que las acciones de la SAS son las mismas acciones que las de las SA, SAU, SAPEM y SCA, la conclusión lógica es que este artículo de orden público de la ley general se aplica a las SAS. El hecho de que el art. 42 no limite los aportes a los bienes de ejecución forzada, no es contradictorio con las disposiciones generales de las sociedades por acciones. Es más, de haberlo repetido, la Ley 27.349 hubiera caído en una redundancia normativa.

Sin embargo, el art. 41 de la Ley 27.349, el cual encuentra su contrapartida en el art. 187 de la LGS, plantea el interrogante nuevamente. El 187 segundo párrafo determina que los aportes no dinerarios deben consistir en obligaciones de dar; excluyendo a las obligaciones de hacer y de no hacer, las cuales no pueden referirse a cosas. Esa aclaración está ausente en la redacción el art. 41, marcando una diferencia significativa con el artículo de la parte especial de la LGS. En otras palabras, el legislador ha optado por *no* limitar los aportes en especie a las obligaciones de dar. A esto, sumado el hecho de que el art. 42 usa el vocablo “bienes”, nos permitiría plantear que, para este tipo societario, los aportes de los socios pueden constar en obligaciones de dar sumas de dinero, a los que la ley refiere como “bienes dinerarios”; y obligaciones de dar cosas, obligaciones de hacer, y hasta obligaciones de no hacer, si entendemos de manera amplia a lo que la ley se refiere como “bienes no dinerarios”.

Finalmente, el art. 41 de la Ley 27.349 repite la primera parte de lo determinado en el art. 187 de la LGS, en lo referido a la suscripción e integración del capital social. Con la diferencia de que, nuevamente, remite al contrato social para que éste determine libremente los términos y alcances de la suscripción. Eso sí, se mantiene la obligación del aporte del veinticinco por ciento del capital y la integración de la totalidad de los bienes en especie. Esta última disposición

hace dificultoso el aporte de “bienes” que consistan en obligaciones de tracto sucesivo. Si, por ejemplo, el bien que uno de los socios se compromete a aportar consiste en “hacer una página web”, o “aplicar el *know how* de un proceso productivo”, mal puede integrar el cien por ciento de esa obligación al momento de la suscripción. Incluso el uso del concepto integración implica la transferencia de la propiedad de un bien, por lo que mal puede consistir en obligaciones que no sea de transferir la propiedad sobre un bien.

Por lo tanto, sin perjuicio de la polémica redacción del art. 42, los “bienes” a los que hace referencia el artículo son aquellos que sean susceptibles de ejecución forzada. A lo que cabe agregar que esos bienes pueden ser, o no ser, cosas.

1.7.2.

Acciones

Similar cuestión de redacción surge de la primera parte del art. 40 de la Ley 27.349, que desafortunadamente se refiere a las acciones como “partes” del capital. Sin embargo, las acciones de la SAS son las mismas acciones que las de la Ley 19.550. Y hay que remitirse a todo el régimen de las acciones, que se aplica; incluso la nominatividad de la Ley 24.587, y la oponibilidad a partir del registro de accionistas que lo lleva la misma sociedad.

Además, las acciones son títulos valores; y si bien son bienes registrables, el art. 1815 del Código Civil y Comercial de la Nación aclara que no se les aplican a los títulos valores las normas de los bienes registrables. Esto permite evitar la forma solemne absoluta de la donación de acciones; y podría interpretarse que no hay acciones reipersecutorias.

Aclara el art. 46 de la Ley 27.345, que puede haber acciones nominativas o escriturales; ordinarias o preferidas. Vale la pena remarcar que el modelo tipo de la Inspección General de Justicia incluye es de acciones escriturales.

Sí innova el art. 47 de la Ley 27.345, al regular que en las acciones de las SAS se puede tener tanto preferencia económica como política. En este sentido, está regulado diferente a lo normado en el art. 216 de la LGS. Pueden emitirse acciones con voto plural o individual, aun cuando tengan privilegios económicos. El régimen de derechos que cada acción otorga, es libremente determinable por los socios, y oponible a terceros.

Finalmente, la SAS puede regular la transferencia de acciones; pudiendo hasta prohibir su transferencia de manera absoluta por diez años. El art. 48 de la Ley 27.349, como una prueba más del libertario principio de flexibilidad normativa, regula contrariamente a lo determinado en el 214 de la LGS. Incluso permite que, por acuerdo unánime de socios, esa prohibición se prorrogue por 10 años más. Y las cesiones que se hagan en contravención a lo determinado son nulas. Solamente requiere el artículo que esas limitaciones estén debidamente publicitadas cartularmente en el título de las acciones, y en los certificados que se emitan de sus depósitos o de las acciones escriturales.

En esta transferencia de acciones, no es de aplicación lo determinado en el tercer y cuarto párrafo del art. 150 de la LGS; a pesar de que la responsabilidad limitada de la SAS sea como la de las SRL. El art. 43 de la Ley 27.349 no toma del art. 150 la solidaridad entre cedente y el cesionario por la falta de integración del capital suscripto.

1.7.3.

Prestaciones accesorias

En el art. 42, la Ley 27.349 permite que se hagan prestaciones accesorias, similares a las que regula el art. 50 de la LGS. Como estas no son aportes al capital, y si bien no lo dice expresamente el art. 42, se limitan a obligaciones de hacer *intuitu personae*.

La prestación accesoria tiene como contraprestación una compensación económica libremente pactable; que puede ser incluso mayor que la utilidad que correspondería al socio de acuerdo al porcentaje de capital. El valor de la compensación lo determinan los socios de manera unánime, en un mecanismo de valuación similar a los aportes en especie; pero al no formar parte del capital, no es de aplicación la impugnación por terceros determinada en el art. 42.

Tiene algunas diferencias con la regulación de la Ley 19.550. En primer lugar, además de servicios futuros o simultáneos a la celebración del contrato, la Ley 27.349 permite que sean prestaciones que ya se han realizado; o sea, que permite que servicios que se han prestado sean considerados como prestaciones accesorias cumplidas. Esto llama la atención puesto

que el beneficiario de esas prestaciones es necesariamente un tercero, puesto que la sociedad no se había constituido. En consecuencia, pueden estas prestaciones cumplidas a alguien que no es la sociedad, generarle a esta la obligación de abonar la contraprestación económica.

En segundo lugar, las prestaciones accesorias pueden ser obligaciones de terceros; para ello la ley utiliza el concepto de “proveedores externos”, innovando en el vocabulario técnico del régimen societario. En el art. 50 de la LGS, el legislador utilizó el concepto de obligaciones de terceros en oposición a las prestaciones accesorias; al decir que aun cuando las obligaciones de hacer recaigan en los socios, si no están determinadas en el contrato social, son obligaciones de terceros que no deben computarse como prestaciones accesorias. En este caso, la LACE permite que las prestaciones recaigan directamente sobre terceros, sin aclarar si la compensación económica de estas recae sobre algún socio o se le debe abonar directamente al tercero. Dado el principio de flexibilidad normativa que trasunta toda la regulación, ambas opciones son posibles. Sin perjuicio de lo cual, es estrictamente necesario que la prestación surja del contrato social; ya sea del instrumento originario o de posteriores reformas.

En tercer lugar, la Ley 27.349 establece una norma supletoria para la modificación de las prestaciones accesorias diferente a la LGS. Mientras en las sociedades típicas de la Ley 19.550 es necesaria la mayoría necesaria para modificar el contrato, en las SAS es necesaria la unanimidad de los socios. Siempre que en el contrato social nada se diga, en las SAS, así como en la sociedad colectiva, sociedad en comandita simple, sociedad de capital e industria, es necesaria la unanimidad; en las SRL, salvo que el contrato diga otra cosa, es necesario tres cuartas partes del capital social y el voto de al menos un socio minoritario; y en las SA, y las sociedades en comandita por acciones, por mayoría absoluta de los votos presentes, con un quórum no menor al treinta por ciento del capital, salvo que el estatuto indique otra cosa.

Finalmente, para el caso de cesión de las acciones con prestaciones accesorias pendiente de cumplimiento, es también más gravosa la solución de la Ley 27.349 que de la LGS. Mientras que la última parte del art. 50 de la Ley 19.550 requiere la conformidad del directorio, en la LACE se requiere de la conformidad de todos los socios.

Estas dos últimas diferencias están basadas en el carácter personalista de la obligación que surge de las prestaciones accesorias, pero agravada en un tipo societario que se piensa para las sociedades cerradas o de familia, y que apunta a aquellas empresas donde el capital no es lo más importante. Es del espíritu de la Ley 27.349 darle las herramientas a aquellos emprendedores que tienen más valor en ideas o habilidades, las cuales pueden adoptar el carácter de prestaciones accesorias, que en capital. Por ello, si bien en principio cuando la prestación accesoria no se cumple el obligado debe sustituirla por otra, puede que se pacte que sea una causal de disolución de la sociedad.

1.7.4.

Aumento de capital

En principio, el aumento de capital en las SAS es igual al aumento de capital de las sociedades anónimas. Con la diferencia de que las condiciones para su aprobación van a ser las que surjan del contrato social, y no del art. 188 de la LGS. Es decir que, ante el silencio del contrato de las SAS, el aumento del capital implicaría una reforma del mismo y debe adoptarse por la mayoría necesaria para su modificación.

La ley agrega una particular norma registral, que determina que siempre y cuando lo prevea el contrato social, el capital aumentado que no supere el cincuenta por ciento del capital *inscripto* no requiere registración. Es decir, que para computar si debo o no debo inscribir el nuevo aumento de capital, necesito verificar el capital que está en el Registro Público, no el último aumentado. En ese sentido, la ley agrega que todos aquellos aumentos realizados para superar el límite -y que no están inscriptos- deben ser comunicados al registro para la verificación del tracto sucesivo registral. Se puede interpretar que esas comunicaciones se pueden hacer todas juntas, cuando se tenga que inscriba el aumento; ello ya que la ley no determina plazos. Sin embargo, delega directamente esa cuestión a la reglamentación. El art. 40 de la disposición 6/2017 de la IGJ entiende que la notificación se debe hacer, pero no determina el momento; la disposición 131/201 de la DPPJ nada determina.

La Ley 27.349 permite que las acciones se emitan con primas de emisión individuales. La prima de emisión es un sobreprecio para que los que compran el capital aumentado se vean equiparados a los socios fundadores. En la Ley 19.550 esto se permite en el art. 202, pero de manera genérica. Es decir, cada emisión tiene que tener la misma prima para todas las acciones. En la Ley 27.349, el art. 44 permite hacer de manera discriminada y de manera individual las primas para cada acción. Eso es para que los intangibles se valoricen contablemente; la idea es sobrevaluar la idea original que aportaron en un primer momento los socios originarios. El aporte del dinero que harían los socios a incorporarse en el aumento de capital sería contablemente mucho mayor que el capital original puesto por los socios.

1.7.5.

Aportes irrevocables

La Ley 27.349 incorpora una práctica contable, que tenía su regulación disposiciones de algunos órganos de contralor: los aportes irrevocables. De esta manera, se introduce una normativa que bien podría estar en la parte general de la Ley 19.550.

La ley permite aportes irrevocables a cuenta de futuros aumentos de capital. Pero una vez integrado el dinero en la caja de la sociedad, el administrador tiene que contestar sobre su destino en el plazo de quince días. Es decir que, si uno de los socios integra dinero en la caja de la sociedad sin una emisión de capital previa, el órgano de administración tiene quince días para decidir si es un préstamo o un aporte a cuenta de futuros aumentos de capital.

Una vez aceptado, la sociedad tiene un plazo de veinticuatro meses para la instrumentación del aporte. La Ley 27.349 no determina una consecuencia para el caso que la sociedad no lo realice; pero es posible interpretar de la redacción del artículo que los aportes que no sean capitalizados en ese plazo no pueden tomarse a cuenta de un aumento de capital. Es decir que, de no capitalizarse en el plazo, los aportes deben devolverse. Claro está que, en este caso, nada impide a la sociedad aumentar el capital y compensar la deuda con el aporte que debe hacerse para la adquisición de las acciones emitidas.

1.8.

ORGANIZACIÓN

1.8.1.

Cambio de paradigma

Esta es, sin lugar a dudas, la mayor modificación con relación al régimen societario general. La organización interna de este tipo societario, así como las reglas para la representación, es libremente pactable entre los socios. Dice el art. 49 de la LACE que los socios determinarán la estructura de la sociedad, y el funcionamiento de los órganos sociales. Y en el caso de que no se determine nada en particular, serán de aplicación las normas de la sociedad de responsabilidad limitada. En este sentido, los contratos que se redacten tienen que tener especial cuidado con lo determinado en el tercer párrafo del art. 160 de la LGS; es decir que, si un socio representare el voto mayoritario, es necesario el consentimiento del otro socio para realizar modificaciones en el contrato social. Al efecto, el modelo tipo de la IGJ tienen una regulación contraria al "veto de la minoría" en su artículo octavo; y el modelo de contrato de la DPPJ, en su artículo octavo.

Esta nueva modalidad de flexibilidad normativa se presenta como una herramienta muy útil, a la hora de armar sociedades a medida para las sociedades de familia. Y permite incluir dentro del contrato social, cuestiones que históricamente se regulaban en contratos parasocietarios que no era oponibles a la sociedad. Hoy no es necesario hacer contratos de sindicación de acciones, o poderes inadecuados; estas reglas se pueden determinar en el contrato social, y eso otorga publicidad y oponibilidad.

1.8.2.

Órgano de gobierno

Si los socios nada dicen, como se ha mencionado, se aplican las normas de la SRL. Y luego el art. 53 se encarga de repetir lo regulado por el art. 159 de la LGS. Es decir que, la reunión de socios puede tomar decisiones mediante tres mecanismos:

1) La consulta fehaciente regulada en el art. 159 de la LGS, debiendo el administrador dejar constancia en el libro de actas con un acta suscripta por

él. Salvo que el contrato social diga lo contrario, sería de aplicación lo determinado en el art. 162 de la LGS, con relación a la guarda de los votos emitidos.

2) Los socios se pueden autoconvocar de manera unánime. En este caso, agrega el art. 49 de la Ley 27.349 que no todos los puntos tienen que resolverse de manera unánime. Solo debe aprobarse con la totalidad del capital societario *quorum* y orden del día; definido ello, son necesarias las mayorías determinadas en el contrato social para la toma de decisiones, siendo la residual más de la mitad del capital social.

3) La asamblea, con convocatoria que se realizará por medio fehaciente a los domicilios designados en el contrato; la convocatoria no es por edictos. El quórum es el determinado en el contrato social, y si nada dice el quórum está dado por la mayoría suficiente para decidir el orden del día.

La Ley 27.345 incluye la posibilidad de que las reuniones de socios se realicen fuera de la sede social, o mediante medios de comunicación que permitan la deliberación a distancia. Expresamente regulado en el art. 53, la Ley 27.349 solo requiere que dicha posibilidad esté estipulada en el contrato social, y que se guarden las constancias del medio utilizado para comunicarse.

1.8.3.

Órgano de administración. Representación

Nuevamente, los socios pueden pactar cómo se organiza la administración y la representación de la sociedad. Sin perjuicio de lo cual, existen algunas disposiciones imperativas. En primer lugar, si se prescinde de sindicatura, debe designarse al menos un suplente. En segundo lugar, las modificaciones y designaciones deben inscribirse en el Registro Público, ratificando lo determinado por el art. 60 de la LGS.

En las SAS, como en las SRL, está permitido que la duración del órgano de administración sea indeterminada; es decir que puede durar tanto como cuanto dure la sociedad. Esto es útil atento a que, si bien el Código Civil y Comercial de la Nación y la LGS identifican el carácter declarativo de la inscripción, en la práctica muchas entidades bancarias y la AFIP piden la inscripción como requisito de validez.

SOCIEDADES

Establecen los arts. 50 y 51, última parte, de la LACE, que la administración y la representación no pueden ser ejercida por personas jurídicas. Esto es igual en todas las personas jurídicas, salvo en los consorcios.

En cuanto a la responsabilidad, el art. 52 de la Ley 27.349 remite a lo determinado en el art. 157 de la LGS. Este, luego de determinar que en la gerencia plural la responsabilidad es en la medida de la intervención en el hecho que ha causado el daño, remite a la responsabilidad de los directores, cuando la gerencia es colegiada. Ello hace aplicable los arts. 274, 275, 273, 272 y 271 de la LGS, que regulan de manera particular el principio general determinado en el art. 59 de la LGS. En particular, es importante entender que la remisión al 157 de la LGS hace aplicable la prohibición de contratar con la sociedad del 271, que hace nulos los contratos celebrados entre el administrador y la sociedad que no hayan sido refrendado por la reunión de socios.

Una diferencia importante con la LGS está en que el art. 51 de la Ley 27.349 determina que solamente uno de los administradores tiene que tener domicilio en el país; mientras que el art. 256 de la LGS requiere que la mayoría de los directores lo tengan.

La celebración de las reuniones de administradores se regula de manera similar a las reuniones de socios; pudiendo realizarse la convocatoria por medios electrónicos debiendo asegurarse su recepción. Pueden autoconvocarse sin citación previa, realizarse en la sede social o fuera de ella, e incluso utilizarse medios de comunicación simultáneos con resguardo de los mismos.

Con relación a la representación, la Ley 27.349 cambia el criterio del art. 58 de la LGS. Para las SAS la redacción es positiva, o estricta; mientras que en el resto de los tipos sociales la redacción es negativa, o amplia. En el art. 58 solo queda afuera el acto realizado por el representante que sea notoriamente extraño al objeto social; mientras que en la LACE tiene que haber siempre una relación con el objeto de la sociedad, ya sea directa o indirectamente. Si un acto es extraño al objeto social, pero no lo es de manera notoria, el acto es nulo por el art. 51 de la Ley 27.349 mientras que es válido para el resto de los tipos sociales.

Finalmente, la Ley 27.349 incorpora en el art. 52 al administrador de hecho. Esta figura permite extender la responsabilidad a todos aquellos que

efectivamente participen en la administración de la sociedad, aunque no estén formalmente designados como administradores. Este artículo requiere que la administración sea "habitual", no permanente; y la extensión de responsabilidad se puede hacer, aunque no hayan participado del hecho que ha causado el daño.

1.8.4.

Órgano de fiscalización

La sindicatura es opcional y se rige por las normas de la sindicatura de las sociedades anónimas, en lo que no esté expresamente planteado en el contrato social. Cuando la sociedad prescinda de sindicatura, entendemos de aplicación lo determinado en el art. 55 de la LGS, teniendo los socios las facultades de fiscalización.

1.9.

CONTINGENCIAS DEL CONTRATO SOCIAL

1.9.1.

Reforma

Nuevamente el principio de flexibilidad normativa hace su presencia. La reforma se hace por el mecanismo, mayorías, *quorum*, y demás condiciones que determine el contrato. Es totalmente flexible.

Debido a la prelación normativa planteada por la ley, los mecanismos de modificación de la LGS son estrictamente supletorios. Es decir, que se aplican ante el silencio del contrato social.

1.9.2.

Transformación

Determina el art. 61 de la Ley 27.349 que los tipos societarios de la LGS se pueden transformar en SAS. En el artículo no hay una determinación de un proceso especial, aunque pareciera que el primer párrafo del art. 61 es la puerta a todo un procedimiento especial de transformación. Sin embargo,

la ley simplemente delega en los registros públicos el dictado de las normas reglamentarias.

Atento a la prelación normativa planteada al inicio del trabajo, es de aplicación lo determinado en los arts. 74 a 81 de la LGS. No es de aplicación el principio de flexibilidad normativa, atento a que las sociedades que se transformen en SAS entran dentro del ámbito de aplicación de la Ley 27.349 recién cuando finaliza el proceso.

Las SAS se pueden transformar en cualquier tipo de la LGS; y en este caso si tiene plena vigencia el principio de flexibilidad normativa, pudiendo el contrato social determinar el procedimiento de transformación de manera libre.

La transformación en uno de los tipos societarios de la LGS es obligatoria si no cumple con las limitaciones del art. 39 de la Ley 27.349. Ya hemos hecho mención de dicho proceso, con las consecuencias de su incumplimiento.

1.9.3.

Disolución

Para el caso de disolución, los socios pueden adoptar el criterio del art. 94 de la LGS, y designar nuevas causales; pero no pueden desconocerse las determinadas en dicho artículo, atento a su carácter de orden público. No se podría determinar que una SAS subsista a pesar de haberse vencido su plazo, o por la cancelación de la oferta pública de sus acciones, o por la declaración en quiebra.

Incluso el art. 55 de la Ley 27.349 ratifica este criterio, al utilizar la conexión "o". Dice el artículo que si la SAS se disuelve por cualquiera de estas causales: Por voluntad de los socios, o sea el inc. 1 del art. 94 de la LGS; o por las causales previstas en la LGS, o sea, todos los incs. del art. 94. Lo que la flexibilidad normativa permite, es incluir nuevas causales de disolución, que funcionan como condiciones resolutorias establecidas en el contrato social.

El art. 56 de la Ley 27.349 determina que el procedimiento de liquidación es el establecido en la LGS.

1.10. LIBROS DIGITALES

El art. 58 de la Ley 27.349 ratifica que las SAS tienen que llevar su contabilidad; lo que está expresamente determinado para todos los tipos societarios en la LGS y para todas las personas jurídicas en el Código Civil y Comercial de la Nación. Para el segundo párrafo, relacionado a que la AFIP ha de determinar la forma de hacerlo, el ente recaudador dictó la Resolución General 4115-E/2017, donde remite a la Resolución General 3077, de aplicación general para todas las sociedades. Es decir, se deben subir los estados de situación patrimonial en formato PDF a la plataforma de la AFIP.

El artículo determina que las SAS deben llevar registros. En particular, libro de actas, libro de registro de acciones, libro diario y libro de inventario y balances. Eso no significa que la sociedad no pueda llevar más registro si lo deseara. Dice expresamente el artículo que estos registros deben ser individualizados por medios electrónicos en el registro público. Lo que se traduce en que el procedimiento de rúbrica de libros debe ser realizado de manera digital.

El párrafo siguiente determina que los registros podrán implementar mecanismos a los efectos de *permitir* a las SAS suplir esos libros con libros digitales. En la actual práctica de IGJ y de DPPJ, hay que imprimir el acta, firmarla físicamente, y luego subir el PDF escaneado al libro digital. Eso da un número llamado hash que verifica día y tiempo; cuando uno quiere verificar si el archivo que tengo es la versión original e inalterada, y que coincide con el que consta en el libro de actas, se debe volver a subir el archivo a la plataforma y comparar los números de hash. El "libro original" es el que está subido a la plataforma TAD. Y quienes quieran exhibir el acta, deben exhibir el archivo en formato PDF que subieron a la plataforma. El libro digital, agrega la reglamentación, tiene que estar guardado en tres lugares diferentes, que tienen que estar determinados en la primera acta. Y siempre se guarda el firmado que se subió.

Es importante remarcar que el art. 51 de la Disposición 6/2017 de la IGJ, y el art. 39 de la Disposición 131/2017 de la DPPJ, establecen la *obligatoriedad* de llevar de manera digital los registros determinados en el art. 58 de la Ley 27.349. Esta reglamentación avanza sobre lo determinado en el artículo de la ley de fondo, imponiendo una forma determinada que debiera ser facultativa.

Esta reglamentación es inconstitucional, por ir en contra de la prelación normativa; una disposición reglamentaria no puede ir más allá de lo determina-

do en la ley de fondo. Es como si las disposiciones de la Dirección de Personas Jurídicas impusieran la forma de escritura pública para la celebración de la cesión de cuotas de una SRL. La forma está regulada por la ley de fondo, que determina las cuestiones propias de los actos jurídicos.

Pero, además, hay un verdadero incentivo a no utilizar los libros digitales; vinculado con la imposibilidad de organizar un aspecto fundamental del trabajo con relación al tiempo: la fecha. Una de las cuestiones prácticas que más flexibilidad otorga el régimen societario, es que la rúbrica de los libros y su correcta implementación, hacen presumir como verdaderas las fechas que están determinadas en ellos. En particular, con relación a los asientos del libro diario. Utilizar los registros digitales le hace imposible a los operadores contables de las sociedades acumular la carga de datos en el libro de la sociedad. Dice el art. 45 de la Disposición de DPPJ y el art. 57 de la Disposición de IGJ, que los asientos no pueden tener una fecha anterior a tres meses desde la registración del acta en el libro digital.

Ello hace que sea necesario contar con otras herramientas administrativas, que permitan consolidar la información de manera rápida. En ese sentido, la utilización de los registros digitales implica necesariamente la adquisición de plataformas electrónicas de gestión, que le permitan a los administradores de la sociedad generar reportes diarios que puedan verificarse y subirse a la plataforma TAD para su registro en el libro diario. Esta posible solución plantea un costo que, en términos de opción de recursos, hace más atractiva a los libros tradicionales; si el costo de poder flexibilizar la estructura administrativa implica adoptar otro tipo societario, es necesario plantearse que criterio tildará la balanza.

Puesto en términos prácticos, la imposición de los registros digitales a las SAS implica generar una estructura administrativa rígida que se contrapone con la flexibilidad normativa que impera en todo el espíritu de la Ley. Sacrificamos conceptos como el capital como garantía de los acreedores en pos de reducir costos de transacción; solo para imponer por la reglamentación el costo de transacción definitivo: la imposibilidad de autogestionar la contabilidad de la sociedad.

Por eso, no solamente es acorde a derecho, sino además más acertada en términos de incentivos económicos, la solución de la disposición 957/2017 de la Dirección Provincial de Personas Jurídicas de Río Negro, que requiere para la inscripción de la SAS los registros físicos determinados en el art. 58 de la Ley

27.349; sin perjuicio de que esta disposición tiene que ser complementada con otra que permita la utilización de registros digitales.

02. PONENCIAS

2.1. DE LEGE LATA

- La constitución por medios digitales requiere que todos los socios firmen el digitalmente, en los términos del art. 2 de la Ley 25.506; no siendo suficiente firmas electrónicas refrendadas por una sola firma digital. Los instrumentos así suscriptos pueden ser tomados como instrumentos particulares, pero no cumplen lo determinado en el art. 35 de la Ley 27.349, que requiere la forma de instrumento privado.

- El incumplimiento de las limitaciones del art. 39 de la Ley 27.349 deviene en la responsabilidad ilimitada, solidaria y subsidiaria. Mientras que el incumplimiento del capital mínimo tiene como consecuencia la responsabilidad ilimitada, simplemente mancomunada y subsidiaria, por aplicación de la Sección IV del Capítulo Primero de la Ley General de Sociedades.

- Si una SAS fuere la única accionaria de un SAU que requiera dinero o valores al público con promesa de prestaciones o beneficios futuros, o bien explote concesiones o servicios públicos, solo cabe la transformación de la SAS en otro tipo societario regular, o la atomización del capital de la SAS incorporando un socio con mayoría calificada.

- La limitación de responsabilidad de los socios en la SAS no implica desconocer los supuestos de extensión de responsabilidad de los ordenamientos impositivos, laborales, o del consumidor.

- Las disposiciones de la ley que relativizan el capital social y que imponen el objeto amplio, son directrices la reglamentación de todos los tipos societarios. Caso contrario es posible plantear la arbitrariedad de las reglamentaciones.

SOCIEDADES

- El capital de una SAS puede integrarse con bienes que no sean cosas, siempre y cuando sean susceptibles de ejecución forzada.

- La reglamentación no puede imponer la utilización de los registros digitales, puesto que del art. 58, segunda parte, apartado 3, de la Ley 27.349, solamente surge la habilitación de los mismos y no su obligatoriedad.

2.2. DE LEGE FERENDA

- Las regulaciones de la Ley 27.349 relativas a las sociedades por acciones simplificadas, deben estar incluidas en la Ley General de Sociedades. Teniendo especial cuidado en las normas que pueden ser generales para todos los tipos, como los relativos a los aportes irrevocables, y aquellas que son específicas del nuevo tipo societario.

- La determinación de la certificación de firma por entidad bancaria, determinada en el art. 35 de la Ley 27.349, debe ser eliminada por no guardar coherencia con la certificación judicial, notarial y administrativa realizada por funcionarios públicos.

03. BIBLIOGRAFÍA

3.1. DOCTRINA

- AA.VV. Artículos 15, 16 y 17. *Código Civil y Comercial de la Nación: Comentado, Anotado y concordado*. Modelos de redacción sugeridos. Coordinado por Eduardo Gabriel Clusellas. Buenos Aires, Astrea-FEN, 2015 (Tomo I).

- AA.VV. Artículos 15, 16 y 17. *Código Civil y Comercial de la Nación: Comentado*. Dirigido por Lorenzetti, Ricardo Luis. Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2014 (Tomo I).

- Benseñor, Norberto R. y Rodríguez Acquarone, Pilar M., "Sociedad por acciones simplificadas. Un nuevo tipo social", en AA.VV., *LXXIII Seminario Teórico-Práctico Laureano Arturo Moreira*, Buenos Aires, 1 y 2 de junio de 2017, Academia Nacional del Notariado, 2017.

- Coase, Ronald H. "The Nature of the firm", en: *Economica*, Londres, The London School of Economics and Political Science, noviembre 1937.

- Di Castelnuovo, Franco y Fernández Cossini, Elda, "En torno a la unipersonalidad y las sociedades no constituidas según los tipos previstos y otros supuestos. Panorama actual", en Revista del Notariado 927, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, junio 2017.

- Duprat, Diego A. J., "Sociedad por Acciones Simplificada (SAS)", en La Ley, Buenos Aires, La Ley 21/04/2017.

- Molina Sandoval, Carlos A., "Sociedad por Acciones Simplificada (SAS)", en La Ley, Buenos Aires, La Ley 21/04/2017.

- Nissen, Ricardo A., *Curso de Derecho Societario*, 2da, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 2006.

3.2. JURISPRUDENCIA

- Corte Suprema de Justicia de la Nación. "Palomeque, Aldo René c/ Benemeth S.A. y otro", 03/04/2003.

3.3. LEGISLACIÓN

-Ley Nacional 19.550 (T.O. 1984). Congreso de la Nación Argentina. Ciudad de Buenos Aires. Boletín Oficial 03/01/2007.

-Ley Nacional 25.506. Congreso de la Nación Argentina. Ciudad de Buenos Aires. Boletín Oficial 14/12/2001.

-Ley Nacional 26.994. Congreso de la Nación Argentina. Ciudad de Buenos Aires. Boletín Oficial 08/10/2014.

-Ley Nacional 27.349. Congreso de la Nación Argentina. Ciudad de Buenos Aires. Boletín Oficial 12/04/2017.

-Disposición 131/2017. Dirección Provincial de Personas Jurídicas DPPJ Buenos Aires. Boletín Oficial 21/12/2017.

-Resolución General 6/2017. Inspección General de Justicia. Ciudad de Buenos Aires. Boletín Oficial 27/07/2017.

-Resolución 957/2017. Inspección General de Personas Jurídicas. Río Negro. Boletín Oficial 18/12/2017.

-Disposición 02/2017. Superintendencia de Personas Jurídicas y Registro Público de Comercio. La Pampa.

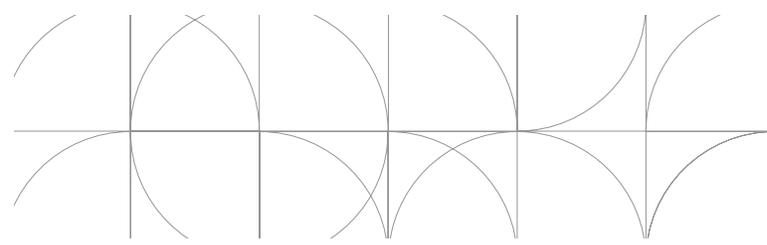
-Resolución General 4115-E/2017. Administración Federal de Ingresos Públicos. Buenos Aires. Boletín Oficial 01/09/2017.

-Resolución General 4114-E/2017. Administración Federal de Ingresos Públicos AFIP Buenos Aires. Boletín Oficial 01/09/2017.

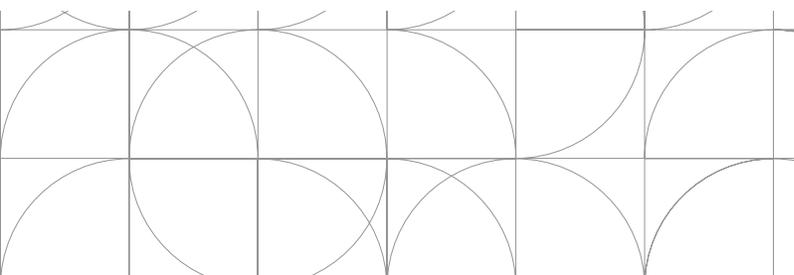
SOCIEDADES

-Resolución General 4173-E/2017. Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP). Ciudad de Buenos Aires. Boletín Oficial 26/12/2017.

-Resolución 56/2017. Agencia de Recaudación ARBA. Buenos Aires. Boletín Oficial 02/01/2018.



**UNIVERSIDAD
NOTARIAL
ARGENTINA**



PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA ENTRE CONDÓMINOS O COHEREDEROS

SEBASTIÁN E. SABENE

SUMARIO: 1. Introducción. 2. La prescripción como modo de adquirir derechos reales. 3. El carácter legal de la adquisición por prescripción. 4. ¿Cuáles son los derechos reales susceptibles de ser adquiridos por prescripción? 5. El supuesto planteado: el derecho real de condominio o la comunidad hereditaria como situación jurídica inicial. 6. La prescripción adquisitiva como vía idónea para que un condómino adquiera el dominio de la cosa. 7. Conclusión.

01. INTRODUCCIÓN

El ejercicio conjunto de un derecho frecuentemente acarrea conflictos entre sus titulares. La conducta humana es imprevisible y ante una misma situación jurídica, no existen dos sujetos que se comporten del mismo modo.

En el ámbito del derecho de propiedad, y de los derechos reales en particular, la cotitularidad evidencia este fenómeno y podemos decir que usualmente hay un copropietario más dedicado a los asuntos comunes que el o los restantes.

Dentro de la amplia gama de consultas que los operadores jurídicos con experiencia en esta disciplina recibimos, tiene un particular protagonismo el caso del condómino o coheredero que ha poseído por largo tiempo el o los inmuebles y, por razón de ello, pretende obtener un título en sentido formal que lo declare dueño exclusivo.

En atención a presentarse el caso como una consulta de frecuente verificación, dedicaremos este breve artículo a un abordaje sustancial de la prescripción adquisitiva entre condóminos o coherederos.

02. LA PRESCRIPCIÓN COMO MODO DE ADQUIRIR DE- RECHOS REALES

Dispone el art. 1897 del CCyC lo siguiente:

“La prescripción para adquirir es el modo por el cual el poseedor de una cosa adquiere un derecho real sobre ella, mediante la posesión durante el tiempo fijado por la ley”.

Es, entonces, un modo adquisitivo excepcional que conduce a la adquisición de ciertos derechos reales, a partir de la conjugación de dos elementos: la *posesión* y el *tiempo*.

Abordaremos cada uno de estos elementos en forma separada:

A. LA POSESIÓN

Del art. 1909 puede extraerse un concepto de posesión, definida como *el poder de hecho que una persona, por sí o por medio de otra, ejerce sobre una cosa, comportándose como titular de un derecho real, lo sea o no*.

En la posesión, se identifican -al igual que en el art. 2351 del Código velezano- los dos elementos que enseñaba Savigny: el *corpus* (poder físico y efectivo de la persona sobre la cosa) y el *animus rem sibi habendi* (el comportamiento propio del titular de un derecho real).

Con respecto a este último elemento, puede observarse que la norma actual presenta mayor claridad que la derogada. Es oportuno recordar que el art. 2351 reconocía la calidad de poseedor al que tenía efectivamente la cosa "con intención de someterla al ejercicio de un derecho de propiedad". Esta expresión normativa había requerido un gran esfuerzo de la doctrina que concluyó en la interpretación de que el vocablo "propiedad" en su texto, no debía entenderse como sinónimo de derecho real de dominio, sino como equivalente a cualquier derecho real que se ejerza por la posesión.

Nos parece evidente que el CCyC recepta esta doctrina ya que, en definitiva, el poseedor se comportará como titular de alguno de los derechos reales ejercibles por la posesión, aunque en el caso concreto que aquí estudiamos deberá tratarse de un derecho real que, además de ejercerse por la posesión, sea prescriptible, es decir, susceptible de ser adquirido por prescripción. Volveremos sobre este aspecto *ut infra*.

Al igual que en la vigencia del Código velezano, afirmamos que sólo la posesión es susceptible de conducir, con el transcurso del tiempo y el cumplimiento de sus recaudos legales, a la adquisición de un derecho real. La tenencia, por consiguiente, se mantiene excluida de este efecto jurídico.

La posesión debe ser *ostensible* y *continua* (arg. art. 1900, CCyC). En el primer sentido, aprecia la doctrina que la posesión es ostensible cuando no es clandestina¹, idea que se apoya en la posibilidad de que el titular registral haya conocido o podido conocer la posesión del usucapiente, para articular la acción reivindicatoria, tendiente a interrumpir la prescripción en curso.

1 Kiper, Claudio M., en: Lorenzetti, Ricardo Luis, *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, Tomo IX, Ed. Rubinzal Culzoni, p. 71.

La *continuidad*, en cambio, obedece a la necesidad de que el usucapiente materialice los actos posesorios en forma continuada o sucesiva.

Hemos afirmado que, aunque el art. 1900 del CCyC no mencione que también debe ser ininterrumpida -lo que ya no depende de los actos del poseedor sino de terceros que eventualmente hayan interrumpido el curso de la prescripción- igual recaudo se desprende del juego de los arts. 2544 y siguientes.²

B. EL TIEMPO

El *tiempo* de la prescripción adquisitiva inmobiliaria podrá ser de *veinte años (prescripción vicenal)*³ o *diez años (prescripción decenal)*⁴, de acuerdo al caso.

En la prescripción vicenal, la *posesión* -con los recaudos apuntados- unida al *tiempo* requerido serán suficientes para producir la adquisición del derecho real, aun cuando su ejercicio no repose sobre ningún título, o cuando se apoye en un título nulo; pues, en este caso, se trata de la consolidación jurídica de una situación de hecho preexistente, y se produce aun cuando la posesión haya sido adquirida por apoderamiento, mereciendo la calidad de *posesión viciosa*.⁵

Distinto es el supuesto de la prescripción adquisitiva breve, en la cual el legislador exige sólo diez años, en atención que la posesión se ejerce en virtud de un *justo título* y con *buena fe*.

Ello nos motiva a recordar el concepto de justo título que no ha sufrido modificaciones en comparación con la legislación anterior.

Así es que el art. 1902, primer párrafo del CCyC conceptualiza al justo título como el que "tiene por finalidad transmitir un derecho real principal que se ejerce por la posesión, revestido de las formas exigidas para su validez, cuando su otorgante no es capaz o no está legitimado al efecto".

2 Ver: Sabene, Sebastián E., "Abordaje registral y catastral de la prescripción adquisitiva", en Sabene, Sebastián E. (Dir.) - Panizza, Leopoldo (Coord.), *Derecho Registral. Una perspectiva multidisciplinaria*, p. 80.

3 Arg. art. 1899, CCyC.

4 Arg. art. 1898, CCyC.

5 Arg. art. 1921, CCyC.

El justo título reúne las condiciones de forma, pero adolece de un defecto de fondo, que puede consistir en la falta de capacidad del otorgante o en la circunstancia de no encontrarse legitimado para transmitir o constituir el derecho real de que se trate.

En materia inmobiliaria, entonces, el justo título debe cumplir la exigencia formal indicada en el art. 1017, inc. "a", del CCyC -es decir, la *escritura pública*, con la sola excepción de la subasta- de modo que *debe excluirse toda posibilidad de que un acto documentado en instrumento privado o instrumento público de otra especie⁶, pueda ser calificado como un justo título*.

Desde nuestra actividad catedrática, resaltamos que es útil identificar al justo título "por lo que le falta y no por lo que tiene". En términos más precisos, es imprescindible comprender que *el justo título, de no ser por ese defecto, habría sido un título suficiente*. De allí la relevancia de que el artículo reproducido señale que ha sido un título que ha tenido por finalidad transmitir el derecho real, aunque por el defecto apuntado, quede sometido a la necesidad de sanear el título por esta vía especial.

El justo título precisa articularse con la buena fe para lograr el saneamiento por prescripción adquisitiva breve. La *buena fe* requerida consiste en "no haber conocido ni podido conocer la falta de derecho a ella", conforme se desprende del art. 1902, segundo párrafo, del CCyC. Sin embargo, creemos oportuno mencionar que, a nuestro criterio, tal norma debe ser integrada con el art. 1918 del mismo cuerpo de normas, por cuanto exige que la persuasión de la legitimidad en la posesión debe hallar causa en un error de hecho, esencial y excusable.

Cuando se trate de inmuebles, debe aplicarse el tercer párrafo del artículo 1902 -aplicable a todas las cosas registrables- que, recibiendo los criterios doctrinarios y jurisprudenciales dominantes durante el régimen anterior, requiere el examen previo de: a) la *documentación*; y b) las *constancias registrales*.

Con el empleo del vocablo "documentación", pensamos que se recibe la reiterada jurisprudencia que ha considerado que es requisito para conformar la buena fe, la realización del *estudio de títulos* por el notario autorizante de la escritura pública⁷, en combinación con los arts. 1061, 1724 y 1725 del CCyC.

6 Arg. art. 285, CCyC.

7 En tal sentido: CSJN, 12/11/1986, en autos "Inverfin Compañía Financiera C/ Provincia de Buenos Aires", LL, 1987-C-144; ídem, 15/07/1997, en autos "Terrabón S.A. C/ Provincia de

03.

EL CARÁCTER LEGAL DE LA ADQUISICIÓN POR PRESCRIPCIÓN

La prescripción adquisitiva opera *ministerio legis*. Ello implica que es la ley -y no el juez- quien produce la adquisición del derecho. Por tal motivo, *la sentencia es declarativa*, aunque difiera el momento a partir del cual se considera operada la prescripción, según se trate de prescripción adquisitiva breve o larga.⁸

Aunque hubiera sido deseable que el art. 1894 del CCyC -ocupado de legislar las adquisiciones legales de derechos reales- mencionara expresamente a la prescripción adquisitiva, se desprende de otras normas que el modo adquisitivo en estudio se produce por ley.⁹ Por tal motivo, ya hemos sostenido que el artículo mencionado no es taxativo, sino meramente enunciativo de algunos supuestos de adquisición legal.¹⁰

Así, puede observarse que el art. 1896 del CCyC dispone claramente que “el juez no puede constituir un derecho real o imponer su constitución, excepto disposición legal en contrario”.

La prescripción adquisitiva no es una excepción a esta regla. Puede observarse de su propia regulación que el carácter declarativo de la sentencia anuncia que el juez no crea el derecho real sino que declara el que la ley ha hecho nacer.¹¹

Buenos Aires”, LL, 1999-A-507; CNCiv., Sala F, 27/08/1979, en autos “Sigfrido S.A. en: Erdman del Carril, Elisa M. E. y otros C/ Lozada, Mario”, LL, 1980-D-290. En la doctrina, así lo han sostenido durante el régimen anterior, entre otros: Mariani de Vidal, Marina, *Curso de Derechos Reales*, tomo 3, Ed. Zavallía, 6ª edición, p. 409; Highton, Elena, “Soluciones a algunos problemas que plantea el art. 1051 del Código Civil”, LL, 1980-D-290. En lo tocante a la cuestión en el régimen actual, así lo hemos sostenido en: Mariani de Vidal, Marina - Sabene, Sebastián, en Bueres, Alberto (Dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación y normas complementarias*, 6 tomos, Ed. Hammurabi, en prensa.

8 En la prescripción adquisitiva larga, el derecho real se considera adquirido el día en que se cumplió el plazo correspondiente; en la prescripción adquisitiva breve, en cambio, los efectos se retrotraen al día del inicio de la posesión. Ver arts. 1903 y 1905 del CCyC.

9 Gurfinkel de Wendy, Lilian, *Derechos Reales*, Segunda edición actualizada de acuerdo al nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, Tomo I, Ed. Abeledo Perrot, p. 291.

10 Areán, Beatriz, en Bueres, Alberto (Dir.), *Código Civil y Comercial...*, p. 250. Tanto es así que pueden mencionarse otros casos también omitidos, entre ellos: la adquisición del dominio de tesoros, el aluvión, la avulsión.

11 Debe apuntarse que del mismo modo que el segundo párrafo del art. 1903 se refiere a “la sentencia declarativa de prescripción breve”, el segundo párrafo del art. 1905 hace lo propio

Así es que el primer párrafo del art. 1905 del CCyC dispone que “la sentencia que se dicta en los juicios de prescripción adquisitiva, en proceso que debe ser contencioso, debe fijar la fecha en la cual, cumplido el plazo de prescripción, se produce la adquisición del derecho real respectivo”. Por consiguiente, considerando que la adquisición se produce por el solo cumplimiento del plazo de prescripción, resulta claro que es la ley la que crea el derecho real.¹²

La articulación de un proceso judicial posterior se apoya en tal adquisición. Por ello es que decimos que quien inicia una acción de prescripción adquisitiva, alegando -y pretendiendo probar- la posesión y el tiempo requeridos, ya es -por hipótesis- titular del derecho real pertinente. Sin embargo, debe probar que se han configurado en el caso los elementos de la prescripción adquisitiva (posesión y tiempo), pues aunque ya está investido de su *título-causa*, aun no cuenta con su *título-instrumento* y, por consiguiente, no se encuentra legitimado registralmente para disponer.

En este sentido, la deducción de la prescripción adquisitiva como acción se endereza hacia la obtención del título en sentido formal, que quedará configurado con la eventual sentencia favorable que, en orden a lo normado en el art. 2º, inciso “a”, de la Ley 17.801, será *documento registrable*.

Lo mismo cabe predicar para los supuestos en que la prescripción adquisitiva se plantea como reconvencción frente a la acción reivindicatoria iniciada por el titular registral.

Pero distinta es la solución cuando el demandado en la acción reivindicatoria se limita a oponer excepción de prescripción adquisitiva, pues esta defensa procesal tiene como única finalidad la paralización de la acción reivindicatoria planteada por el titular registral. Por lo tanto, quien opone excepción en tales términos y triunfa, ocasiona solamente el rechazo de la pretensión deducida

con “la sentencia declarativa de prescripción larga”. Por lo tanto, ambas son sentencias declarativas y, como tales, operan con alguna retroactividad. Lo que difiere es el alcance de ésta última. En la breve, la retroactividad se traslada al tiempo en que comienza la posesión, mientras en la prescripción adquisitiva expresamente se dispone que no es así. Creemos que, con apoyatura en la corriente doctrinaria que así lo ha defendido durante el régimen antecedente, en la prescripción larga la sentencia retrotrae los efectos al día en que se sumaron los veinte años.

12 Es la interpretación compatible, a su vez, con la exigencia de que la sentencia fije la fecha de adquisición del derecho.

por el actor. En este supuesto, no estamos en presencia de un documento registrable porque el juez no declara adquirido el derecho real por el usucapiente, aun cuando juzgue que ha sido probado y, con fundamento en ello, rechace la acción reivindicatoria. Debemos recordar que, en orden al principio dispositivo, el juez no debe pronunciarse sobre peticiones no formuladas por las partes.

04.

¿CUÁLES SON LOS DERECHOS REALES SUSCEPTIBLES DE SER ADQUIRIDOS POR PRESCRIPCIÓN?

Aunque el art. 1897 del CCyC parece hacer alusión a cualquier derecho real, su interpretación debe combinarse con el art. 2565, de acuerdo a cuyo texto "los derechos reales principales se pueden adquirir por la prescripción en los términos de los arts. 1897 y siguientes".

Por consiguiente, como primera conclusión cabe decir que *sólo los derechos reales principales admiten este modo adquisitivo*. Es oportuno aclarar que en la categoría de derechos reales principales se ubican todos los derechos reales con exclusión de los derechos reales de garantía (hipoteca, anticresis y prenda), de conformidad con el art. 1889 del CCyC.

Sin embargo, es necesario advertir que existe un derecho real principal al que la ley le niega expresamente esta posibilidad, y un segundo caso que suscita debates doctrinarios.

En el primer sentido, el *derecho real de superficie* -aun siendo principal- tiene excluida la posibilidad de ser adquirido por usucapión larga en el art. 2119 del CCyC.¹³

En segundo lugar, se discute si es jurídicamente posible la adquisición de servidumbres por prescripción. Ante el silencio de la norma, una corriente de opinión interpreta que, tratándose de un derecho real principal, la respuesta afirmativa se impone de la mano del art. 2565 antes apuntado.¹⁴

13 CCyC, art. 2119: "El derecho de superficie se constituye por contrato oneroso o gratuito y puede ser transmitido por actos entre vivos o por causa de muerte. No puede adquirirse por usucapión. La prescripción breve es admisible a los efectos del sanamiento del justo título".

14 Areán, Beatriz, en Bueres (Dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación. Analizado, comparado y concordado*, Tomo 2, Ed. Hammurabi, p. 252.

En sentido opuesto, nos pronunciamos negando esta posibilidad, debido a que la norma referida permite que los derechos reales principales sean adquiridos por prescripción “en los términos de los artículos 1897 y siguientes”, exigiendo este artículo -como elemento estructural de la prescripción adquisitiva- la *posesión*. Considerando que las servidumbres positivas “se ejercen por actos posesorios concretos y determinados sin que su titular ostente la posesión”¹⁵, no habiendo posesión, mal puede existir prescripción adquisitiva.¹⁶

En resumen, desde nuestra óptica la prescripción adquisitiva es aplicable a todos los derechos reales, a excepción de los siguientes: hipoteca, anticresis, prenda, superficie y servidumbre.

05.

EL SUPUESTO PLANTEADO: EL DERECHO REAL DE CONDOMINIO O LA COMUNIDAD HEREDITARIA COMO SITUACIÓN JURÍDICA INICIAL

El CCyC enfatiza la distinción entre el condominio y la comunidad hereditaria. Si bien podemos señalar como rasgo común entre ambos institutos, que existe pluralidad de sujetos, un único objeto de derecho y la existencia de partes indivisas o cuotas partes que son indiciarias de la medida del derecho de cada copartícipe, también existen numerosas diferencias que el legislador se ocupó de marcar.

Entre otras, podemos señalar:

a.- El condominio es un derecho real y, como tal, recae sobre cosas, sin perjuicio de que cada condómino encuentre en la parte indivisa la medida de su derecho. La comunidad hereditaria, en cambio, tiene por objeto la herencia, que es universalidad jurídica.

15 Arg. art. 1891, CCyC.

16 Mariani de Vidal, Marina - Sabene, Sebastián E., en Bueres, Alberto (Dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación y normas complementarias*, 6 tomos, Ed. Hammurabi, en prensa. Ver también: Mariani de Vidal, Marina - Abella, Adriana, “Las servidumbres en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación. Aspectos salientes”, JA, 2012-IV-1342.

Ello impide categorizar al coheredero como titular de un derecho real. Efectivamente es titular de un derecho de propiedad, pero su derecho revestirá la condición de real cuando sea declarado en el acto de la partición.

En otros términos, durante la comunidad hereditaria, los coherederos son cotitulares en una comunidad de bienes, pero los derechos que ostentan recaen sobre la universalidad, y no particularmente sobre los objetos que la componen. En otros términos, no ostentan ningún derecho real sobre estos objetos.

b.- En el *condominio*, la administración de la cosa común se resuelve por mayoría absoluta y, en caso de empate, por la decisión de la suerte, de conformidad con los arts. 1993 a 1995 del CCyC¹⁷; en la *comunidad hereditaria*, en cambio, los actos de administración de los bienes del acervo exigen el consentimiento de todos los coherederos¹⁸, recurriéndose a la intervención judicial sólo en caso de disenso, sin perjuicio de la posibilidad de designar un administrador judicial.¹⁹

c.- Para la división judicial de un condominio, es competente el juez del lugar de situación de la cosa²⁰; para la partición judicial de la herencia, lo es el juez del sucesorio, operando el fuero de atracción.²¹

d.- El condominio puede nacer por *contrato*, por *testamento*, por *ley* o por *prescripción adquisitiva*; la comunidad hereditaria, en cambio, tiene una sola causa generadora, consistente en un hecho jurídico: la *muerte del causante*.²²

e.- Si bien puede señalarse como denominador común que en ambos institutos el cotitular puede, en principio, disponer de su parte indivisa -en el

17 Con respecto a la resolución azarosa en caso de empate, nos hemos pronunciado en el sentido de que la solución legal no puede entenderse en el sentido de que, planteado el conflicto, los particulares no puedan acceder al juez, puesto que una interpretación del estilo colisionaría con la garantía constitucional de acceso a la justicia. Ver: Fazio de Bello, Marta y Sabene, Sebastián E., "El derecho real de condominio en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación de 2012", JA, 2012-IV-994.

18 Arg. art. 2325, CCyC.

19 Arg. arts. 2345 y ss., CCyC.

20 Arg. art. 5º, inc. 1º, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación; y art. 5º, inc. 1º, Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires.

21 Arg. art. 2336, CCyC.

22 Arg. art. 2323 y conc., CCyC.

condominio, parte indivisa de la cosa²³; y en la comunidad hereditaria, parte indivisa de la herencia²⁴- existe una sustancial diferencia:

I.- En el condominio, la disposición de la parte indivisa se llevará a cabo a través de actos que servirán de causa a la transmisión de un derecho real (v.gr., venta de parte indivisa). Tales actos deberán ser seguidos de la tradición para que el derecho real se transmita, en atención a lo normado en el art. 1892 del CCyC.

II.- En la comunidad hereditaria, el acto dispositivo acaecerá con la celebración de actos que tienen por objeto las acciones y derechos que se tienen por la calidad de heredero (v.gr., cesión de acciones y derechos hereditarios). Estos últimos no necesitan de la tradición para producir efecto traslativo.

Ahora bien: sin perjuicio de las distinciones que apuntamos, la situación jurídica que nos planteamos en este artículo puede presentarse en ambos casos, permitiendo analizar tanto la *prescripción adquisitiva entre condóminos* como la *prescripción adquisitiva entre coherederos*.

06. LA PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA COMO VÍA IDÓNEA PARA QUE UN CONDÓMINO ADQUIERA EL DOMINIO DE LA COSA

Una de las causales de extinción del condominio es la atribución legal de la propiedad a un tercero por la prescripción adquisitiva ganada por él. La solución es lógica: si un tercero ha adquirido el inmueble común por prescripción, siendo el dominio exclusivo, ello produce la extinción del condominio en cabeza de los condóminos.

Pero el caso que aquí se analiza es diverso: la prescripción adquisitiva es intentada entre los condóminos o coherederos, esto es, un condómino o coheredero pretende excluir al otro de la coposesión y consagrarse como titular de dominio.

23 Arg. art. 1989, CCyC.

24 Arg. arts. 2302 y ss., CCyC.

La vía usucaptiva para la resolución de estos casos no es sencilla y presenta aristas que hay que analizar cuidadosamente.

Organizaremos su análisis sobre la base de tres ejes:

- a.- La posibilidad jurídica de la usucapión entre condóminos o coherederos
- b.- En caso afirmativo, ¿cuál es el objeto de la acción?
- c.- ¿Qué debe probar el condómino o coheredero usucapiente?

A. POSIBILIDAD JURÍDICA DE LA USUCAPIÓN ENTRE CONDÓMINOS O COHEREDEROS

La doctrina sostiene, en pensamiento unánime, que la usucapión entre condóminos o coherederos es perfectamente posible, aunque rendir la prueba de los hechos y actos que permiten conducirnos hacia ella no sea tarea sencilla.

En la vigencia del Código velezano, disponía su art. 3460 que:

“La acción de partición de herencia es imprescriptible, mientras que de hecho continúe la indivisión; pero es susceptible de prescripción, cuando la indivisión ha cesado de hecho, porque alguno de los herederos, obrando como único propietario, ha comenzado a poseerla de una manera exclusiva. En tal caso la prescripción tiene lugar a los veinte años de comenzada la posesión”.

En términos similares, dispone el art. 2368 del CCyC lo siguiente:

“La acción de partición de herencia es imprescriptible mientras continúe la indivisión, pero hay prescripción adquisitiva larga de los bienes individuales si la indivisión ha cesado de hecho porque alguno de los copartícipes ha intervertido su título poseyéndolos como único propietario, durante el lapso que establece la ley”.

La norma, que textualmente campea en el ámbito de la comunidad hereditaria, es aplicable al condominio por mandato del art. 1984 del CCyC.

Por lo tanto, el Código vislumbra la posibilidad de que un coheredero o condómino comience a poseer la cosa común -o una, varias o todas las cosas del acervo hereditario- en forma exclusiva, despojando a sus consortes y poseyendo con dichos alcances por un período mínimo de veinte años.

Sabemos que la gestión normal del condominio y la comunidad hereditaria se desarrolla a través del ejercicio de una coposesión legítima de todos sus titulares, quienes tienen derecho a poseer la totalidad de la cosa, aunque en forma conjunta.²⁵

Sin embargo, pueden los condóminos o coherederos suscribir convenios de partición de uso que organicen materialmente diversos espacios físicos o temporales en los cuales la posesión de cada condómino o coheredero será exclusiva. Se trata de los convenios de uso y goce -también llamados particiones de uso- contemplados en los arts. 1987 y 2370 del CCyC.

También es posible que uno de los condóminos o coherederos acuerde con los demás la ocupación de toda la cosa, a cambio del pago de un determinado canon por dicho concepto.²⁶

Pero ninguno de estos supuestos debe confundirse con el que aquí nos ocupa, puesto que en todos ellos está presente el consentimiento de todos los condóminos o coherederos y el reconocimiento por parte de cada uno de ellos del derecho a la coposesión que tienen los restantes.

Más aún, tampoco es éste el caso en que uno de los condóminos o coherederos ocupa la totalidad de la cosa, a la espera de que eventualmente los demás lo intimen fehacientemente al pago del canon correspondiente.

Nuestro estudio se enfoca en el condómino o coheredero que activamente despoja al otro de la coposesión a que tiene derecho, emplazándose en la misma de forma exclusiva y excluyente, por un determinado período de tiempo -veinte años en materia inmobiliaria-, elemento este último que caracteriza al instituto de la prescripción.

Por aplicación de los principios generales en materia de prescripción adquisitiva, la doctrina admite la posibilidad de un condómino o coheredero de usucapir contra los demás, aunque con estrictos criterios a la hora de evaluar la prueba a producirse.

25 Arg. arts. 1986 y 2328, 1º párrafo, CCyC.

26 Arg. arts. 1988 y 2328, 2º párrafo, CCyC.

B.- EL OBJETO DE LA ACCIÓN DE PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA EN LA USUCAPIÓN ENTRE CONDÓMINOS O COHEREDEROS

El abordaje del objeto de la acción de prescripción adquisitiva en el supuesto en estudio presenta distintas posturas.

Una corriente doctrinaria entiende que, en este supuesto, el objeto de la acción de usucapión será la parte indivisa correspondiente al condómino demandado, puesto que es aquélla cuya titularidad no tiene el usucapiente.

En esa línea, afirman que sería absurdo intentar la usucapión sobre toda la cosa, cuando una parte indivisa de la misma ya pertenece al condómino o coheredero por otro título.

Quienes defienden esta idea, también afirman que, si el Código prevé la reivindicación de parte indivisa -como lo hacía anteriormente el art. 2761 del Código Civil; y actualmente el art. 2251 del CCyC- con idéntico criterio, igual alcance se le debe dar a la prescripción adquisitiva, intentándola sólo sobre la parte indivisa, puesto que es la misma parte que podría haber reivindicado el demandado y no lo hizo, antes del cumplimiento del plazo de la prescripción.

Participamos de la corriente opuesta, sosteniendo la idea de que, aun en este caso, el objeto de la acción de prescripción adquisitiva es la cosa, y no la parte indivisa de la cual el condómino o coheredero usucapiente no es titular.

Exponemos, a continuación, los fundamentos de nuestra postura:

I. La vinculación entre el objeto de la prescripción adquisitiva y el objeto del derecho real

El art. 2565 del CCyC proclama que “los derechos reales principales se pueden adquirir por la prescripción en los términos del arts. 1897 y siguientes”.

A su turno, el art. 1897 dispone que “la prescripción para adquirir es el modo por el cual el poseedor de una cosa adquiere un derecho real sobre ella, mediante la posesión durante el tiempo fijado por la ley”.

La solución es armoniosa con el art. 1883, por cuanto establece, como regla general, que los derechos reales tienen por objeto una cosa.

En el CCyC no existe una norma como el art. 3952 del Código Civil, que disponía “pueden prescribirse todas las cosas cuyo dominio o posesión puede ser objeto de una adquisición”, marcando la identidad entre el objeto del derecho real

y el objeto de la prescripción adquisitiva. Esto, a nuestro criterio, ha mejorado la regulación legal de esta prescripción, al menos en lo que a este aspecto se refiere.

Actualmente, la ley deslinda adecuadamente lo que, desde hace años afirmamos desde nuestra actividad docente: el *objeto inmediato* de la prescripción adquisitiva es el *derecho real* de que se trate; la *cosa*, en cambio, es objeto de éste último. En ese orden de ideas, *no se adquiere por prescripción un inmueble, sino un derecho real sobre él*.

Podemos decir que la cosa es *objeto mediato* de la prescripción adquisitiva, por resultar objeto del derecho real que, por medio de ella, se adquiere.

En función de esta vinculación que apuntamos, nos resulta lógico que la acción judicial que se intente tenga por objeto la cosa, no así la parte indivisa.

II. El animus del dominio no es el mismo animus del condominio

Esta es tal vez una de las cuestiones más complejas pero más reveladoras de esta situación.

Sabemos que la posesión se forma con la concurrencia de dos elementos: el *corpus* y el *animus rem sibi habendi*. El primero, poder físico ejercido sobre la cosa; el segundo, la voluntad del sujeto de no reconocer en otro un señorío superior.

Sin embargo, el elemento subjetivo de la posesión *-animus-* tiene diversos alcances y efectos según el derecho real de que se trate, en los casos de posesión legítima. Así, el *animus* de un titular dominial no es el mismo que el *animus* de un usufructuario. Ambos son poseedores legítimos pero el alcance del *animus* del usufructuario está limitado por el contenido legal de ese derecho real. Quien tiene el ánimo de poseer a título de usufructuario reconoce, por ejemplo, la limitación temporal de su derecho, lo que no ocurre con el que posee con ánimo de dueño, que apela a la perpetuidad.

Del mismo modo, quien tiene el *animus* de poseer a título de condómino, en verdad tiene un *ánimo de coposesión*, lo que es rotundamente distinto al *ánimo de dueño*, ya que el primero reconoce la existencia de otro u otros sujetos con igual derecho sobre la misma cosa e implica una auténtica convivencia en el ejercicio de esa coposesión, de conformidad con lo dispuesto en el *art. 1912 del CCyC*.

No compartimos el argumento de quienes sostienen que el condómino o coheredero usucapiente sólo deben usucapir la parte indivisa restante con

fundamento en que la cuota parte que les pertenece ya está en su patrimonio, pues -si bien ello es cierto- no lo es menos que esa parte indivisa que ostenta el condómino usucapiente es poseída con ánimo de condómino, siendo dicho ánimo insuficiente a los fines de la pretendida usucapición, ya que el mismo deberá ser dirigido hacia el ejercicio de una *posesión exclusiva y excluyente*.

Debe tenerse en cuenta, asimismo, que la prohibición de adquirir por un título una cosa que ya se tiene por otro, es explicable cuando la pretendida segunda adquisición es derivada, pero distinta es la solución cuando nos hallamos frente a una adquisición originaria, como ocurre en el caso de la prescripción adquisitiva.

En consecuencia, la usucapición debe ser intentada sobre toda la cosa puesto que en el proceso judicial respectivo, el actor deberá probar haber poseído con *ánimo de dueño*, lo que implicará -como veremos posteriormente- la debida probanza de una interversión de título, acreditativa del cambio de causa en virtud de la cual ejerce su posesión.

Quien reconocía en otros el derecho de poseer, al intervertir su título deja de hacerlo y excluye a sus consortes de la posesión, mutando su *animus*. Este nuevo animus convierte a la posesión anterior (coposesión) en una nueva posesión (exclusiva y excluyente) que deberá ser probada en relación a su objeto: la cosa.

No puede el usucapiente valerse de la posesión que ejercía en virtud del título que dio nacimiento al condominio, porque con la prescripción adquisitiva quien prescribe va contra el título publicitado en sede registral, que en este caso reconoce a los demás condóminos el derecho de poseer.

En tal sentido, sería una contradicción por parte del accionante pretender adquirir sólo la parte indivisa del demandado, alegando que la otra parte ya la tiene por otro título, cuando con la prescripción adquisitiva extingue el derecho que emerge del acto contenido en ese título.

III. La acción de reivindicación sobre parte indivisa reafirma esta postura

El fundamento de la teoría opuesta, enfocado en que la reivindicación de parte indivisa sirve de argumento para concluir que la usucapición debe tener idéntico alcance, conduce, a nuestro criterio, a reafirmar nuestra tesis.

Aseveramos que la diferencia al respecto entre reivindicación y prescripción adquisitiva encierra un razonamiento lógico: en una reivindicación, el actor tiene el título pero no la posesión, e ilógico sería que teniendo título sobre una parte indivisa de la cosa pretenda reivindicar la totalidad de la misma contra su condómino, puesto que su título limita su derecho. En esos términos, el condómino o coheredero desposeído reivindicará su parte indivisa, pretendiendo ser puesto nuevamente en la coposesión de la cosa común.²⁷

En cambio, en la usucapión el esquema es inverso: se tiene la posesión pero no el título. En contraposición al caso anterior, se parte de lo material y se pretende llegar a lo ideal, y la materialidad sólo puede probarse en relación a *objetos materiales*, es decir, a las cosas.

Por otra parte, en el primer caso el sujeto reivindica su derecho, apoyándose en su título a los fines de concretar el ejercicio del derecho contenido en él; en el segundo, el sujeto ataca su propio título y se consagra en una posesión con mayores alcances y efectos a los que surgen del mismo, poseyendo con normas contrarias a las de su derecho.

Por lo expuesto, como lo hemos hecho durante la vigencia del Código Civil, continuamos afirmando que, en la prescripción adquisitiva entre condóminos o coherederos, el objeto de la acción es la cosa.

C.- LA PRUEBA QUE DEBE PRODUCIR EL CONDÓMINO O COHEREDERO USUCAPIENTE

El condómino o coheredero usucapiante debe alegar y probar la interversión del título, punto de partida para el comienzo del ejercicio de la posesión exclusiva y excluyente por el plazo mínimo de veinte años.

La interversión de título supone el cambio de la causa o título en virtud del cual se está poseyendo o teniendo una cosa.

Aunque el CCyC, al regular los casos de interversión de título, sólo parece referirse a la *tradio brevi manu*, *constituto posesorio* y a la interversión unilateral del título en virtud de la cual el tenedor de la cosa deviene poseedor, ciertamente, en el caso que aquí se analiza, existe un supuesto de interversión.

27 Arg. art. 2251, CCyC.

Se trata indudablemente de una interversión puesto que opera una mutación de la *causa possessionis*, pues quien coposeía con otro u otros sujetos, principia a poseer en forma exclusiva y excluyente.

Entendemos que, para comprender los requisitos que deben verificarse en el caso particular, debemos interpretar por analogía el contenido del art. 1915 del CCyC que legisla la interversión unilateral del título para el caso en que el tenedor se convierte en poseedor de la cosa.

Reproducimos a continuación la parte pertinente de tal norma:

“(…) Se pierde la posesión cuando el que tiene la cosa a nombre del poseedor manifiesta por actos exteriores la intención de privar al poseedor de disponer de la cosa, y sus actos producen ese efecto”.

Aplicando la referida analogía, podemos afirmar que, en el caso del condómino o coheredero usucapiente, para que se produzca la interversión deben configurarse los siguientes requisitos: a) la voluntad de desposeer al coposeedor; b) la exteriorización de esa voluntad; y c) la efectivización de la exclusión pretendida.

Es el criterio sostenido por la jurisprudencia uniforme.²⁸

Por consiguiente, la prueba que debe rendir el usucapiente no se limita a la acreditación de haber poseído en forma exclusiva la cosa común, puesto que el uso y goce de ella es parte del contenido del derecho real de condominio, o de los derechos emergentes de la comunidad hereditaria, de modo que nada se intervierte por la verificación de esa situación jurídica.

La prueba de la posesión contraria a la presunción legal aludida debe ser *inequívoca*.

Sin embargo, debe apuntarse que es procedente distinguir la carga probatoria del condómino usucapiente según que el otro condómino o coheredero haya incurrido en *inacción* o en *abandono*. En el supuesto en que el copartícipe

28 Ha dicho la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires que: “La interversión de título solo ocurre cuando se manifiesta por actos exteriores la intención de privar al restante poseedor de disponer de la cosa y cuando esos actos producen ese efecto (arts. 3453, 2354, 2458 del Código Civil)” (Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, en autos “Martínez, Elbio y otro c/ López y López, Jesús María s/ Usucapion”, 08/11/1998, LL 1988-A, 279 - DJBA 1988-135, 426 - AyS 1988-IV, 241).

demandado se haya mantenido inactivo, la prueba de la posesión exclusiva y excluyente deberá producirse con mayor certeza y el juez deberá apreciarla con criterio más estricto. Aquí cobran relevancia los actos de disposición material, para los cuales el ordenamiento jurídico exige el consentimiento de todos los condóminos o coherederos. Si, debiendo ser así, fueron ejecutados por uno solo de ellos, éste último revela una interversión del título que reúne las condiciones requeridas por la norma.

Así, ha dicho la jurisprudencia:

“La confección de un plano y la consecuente subdivisión del lote original, exteriorizan un supuesto de interversión de título -en el caso de un condómino- mudando la causa de su posesión, y revelador de su ‘animus domini’ exclusivo y excluyente”.²⁹

Del mismo modo, se ha resuelto lo siguiente:

“Si la prescripción es título idóneo para que un condómino o coheredero extinga el parcial derecho de sus otros comuneros y adquiera para sí la propiedad de la totalidad de la cosa, ello lo es a condición de que intervenga su título de coposeedor por el único poseedor, excluyendo así de la relación real con la cosa a los demás condóminos o coherederos. A partir de dicha mutación o interversión es que comienza a correr el plazo usucaptivo”.³⁰

En cambio, cuando el condómino demandado haya *abandonado* la posesión en los términos del art. 1931, inciso “e”, del CCyC, y el actor tenga debida prueba en tal sentido, sus actos posesorios se probarán con menor estrictez, puesto que aquí, a nuestro criterio, no parece justo suponer que el condómino o coheredero ocupante ha representado la posesión de un sujeto que la ha abandonado.

A todo evento, recordemos que para ello será necesario contar con la diligente probanza de un desprendimiento material con la voluntad de no continuar en la posesión de la cosa, puesto que de lo contrario, el abandono no producirá la pérdida de la posesión.

29 Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, en autos “Ordoqui, Jorge c/ Bravi, Luis y/o quien o quienes resulten herederos s/ Usucapión”, 31/07/1990, AyS 1990-II-738.

30 Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de La Plata, en autos “Dolset, Martha Alicia c/ Tarantino, Francisco s/ Prescripción veinteañal”, RSD-150-95 S 27-6-1995.

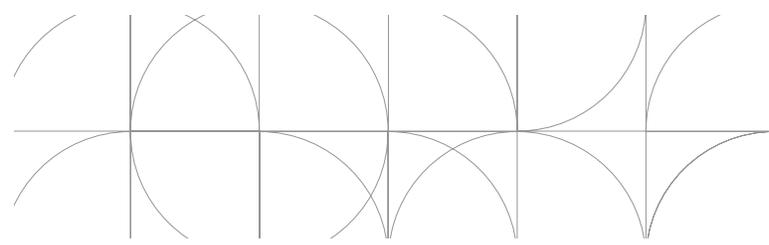
Al obtener el condómino o coheredero la sentencia firme que declare adquirido su dominio, se habrá extinguido en forma absoluta el condominio anterior, tratándose éste de otro supuesto de extinción de este derecho real.

07. CONCLUSIÓN

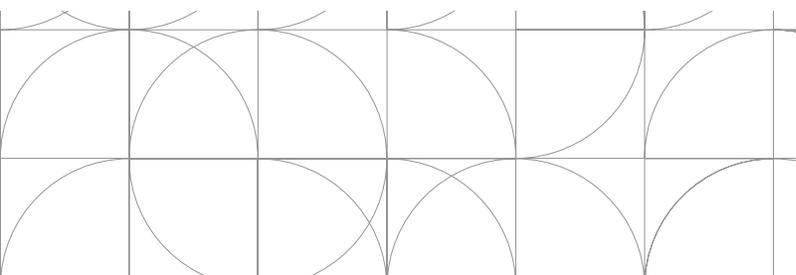
Sobre la base de la posibilidad jurídica de prescribir contra condóminos o coherederos, es destacable que se trata de supuestos específicos en los que el profesional con incumbencia en la ciencia jurídica que intervenga, deberá examinar cuidadosamente los actos posesorios realizados y calificar con adecuación si de los mismos puede inferirse la interversión de título mencionada.

El juez, por su parte, deberá desarrollar una valoración rigurosa de la prueba rendida, que será mayor o menor en atención a las circunstancias del caso.

De este modo, la prescripción adquisitiva entre condóminos o coherederos, cuando es procedente, se erige como una de las soluciones posibles a los conflictos que se planteen entre ellos como consecuencia de la ocupación exclusiva de uno o algunos, por un largo período de tiempo.



**ACADEMIA
NACIONAL DEL
NOTARIADO**



ACUERDOS
CONVIVENCIALES
Y EL RÉGIMEN
PATRIMONIAL
CONVENCIONAL
DE LA UNIÓN
CONVIVENCIAL*

NÉSTOR DANIEL LAMBER

SUMARIO: 1. Introducción: acuerdos convivenciales en general. 1.1. Técnica notarial. 2. Pactos convivenciales de carácter patrimonial. 2.1. El pacto convivencial causal del régimen patrimonial convencional. 2.1.1. Técnica notarial. 2.2. Comunidad de bienes adquiridos durante la convivencia. 2.2.1. Relación interna de comunidad entre convivientes. 2.2.2. Relación externa de comunidad y los bienes registrables en particular. 3. Pacto convivencial que determina compensación económica (arts. 524 y 525 CCyC). Transmisión o constitución de derecho real sobre inmueble. 3.1. Técnica notarial. 4. Cláusula en pacto convivencial que amplía las cargas de los miembros de la unión convivencial. 4.1. Técnica notarial. 5. Pacto de reconocimiento de aportes de los convivientes. 5.1. Técnica notarial.

* Transcripción de la exposición del autor en el LXXIV Seminario teórico-práctico Laureano Arturo Moreira, organizado por la Academia Nacional del Notariado en la Ciudad de Buenos Aires los días 16 y 17 de noviembre de 2017.

01.

INTRODUCCIÓN: ACUERDOS CONVIVENCIALES EN GENERAL

El Código Civil y Comercial en sus arts. 513 y siguientes prevé la posibilidad que durante la vigencia de la situación jurídica de unión convivencial de dos personas y hasta el cese de la convivencia puedan celebrar acuerdos en que regulen sus relaciones familiares en sus aspectos tanto personales como patrimoniales. Asimismo entendemos que no hay prohibición alguna que impida la celebración antes de conformarse todos los requisitos de la unión convivencial para su reconocimiento (p. ej. el plazo previo de dos años) como un acuerdo bajo la condición suspensiva de cumplir todos los requisitos de los arts. 509 y 510 CCyC.

Los integrantes de toda unión convivencial inscripta o no en el Registro de Civil -en su sección de Uniones Convivenciales- o el que se podría crear al efecto en los términos del art. 511 CCyC en cada jurisdicción local, podrán celebrar estos acuerdos con el solo requisito de estar en esta situación familiar, ser mayores de edad y capaces y ser hechos por escrito.

La forma escritura, sin discriminar el tipo de instrumento, tiende a respetar el principio de libertad de formas, el contenido personal y no solo de relaciones reales sobre bienes, y la regulación de la relación interna entre los convivientes, propio de la amplitud de su objeto. Pero concluimos que cuando éste sea de carácter patrimonial y regule la adquisición, modificación o extinción de derechos reales sobre inmuebles, debe otorgarse por escritura pública conforme el art. 1017 inc. a) CCyC por constituir un contrato en los términos del art. 957 CCyC.

El acuerdo convivencial prevé la exigencia de inscripciones diversas para su validez, tanto en el Registro de Uniones Convivenciales, en el que es suficiente en cuanto a su forma con ser por escrito, y en los registros de bienes en particular comprendidos en acuerdo o sus efectos sobrevinientes, en que se debe cumplir con la forma impuesta para el bien según su naturaleza, como es la escritura pública para los que afecten los derechos reales sobre inmuebles.¹

1 Conf. Roveda - Giovanetti, en Rivera-Medina (Dir.), *Código Civil y Comercial*, T. II, p. 274.

Por su parte Basset² pese a sostener que no es exigible la escritura pública, señala la necesidad de cumplir esta forma en tanto no exista un registro donde inscribirlos; en especial para el caso de las uniones convivenciales no inscritas en el Registro Civil; y asimismo recomienda al menos su protocolización para tener los efectos de fecha cierta.

El contenido de estos acuerdos puede ser tanto patrimonial como extra-patrimonial, y los supuestos enumerados por el art. 514 CCyC son meramente enunciativos o ejemplificativos, y en modo alguno taxativos.³

Los convivientes podrán regular sus relaciones personales como el domicilio de convivencia (fijación de la vivienda familiar), establecimiento educativo al que asistirán los hijos, cobertura de asistencia médica prepaga u obra social del grupo familiar, pautas de fijación de alimentos durante la convivencia o posterior, asistencia de hijos comunes o de uno de ellos con discapacidad que convivan en la familia ensamblada de hecho, convenios de asunción de responsabilidad parental afín, entre otros; o sus relaciones patrimoniales con la mayor amplitud y el solo límite de respetar orden público, el principio de igualdad entre los convivientes y no afectar derechos fundamentales de cualquiera de ellos (art. 515 CCyC).

Derivación directa del principio de igualdad, es la especial consideración que deben tener estos acuerdos del deber de protección del más débil, posición que como señalan Kemelmajer y Herrera es más proclive a padecer la mujer en estas uniones⁴, concluyendo en que es un límite a su eficacia. Basset comparte tal apreciación, pero en términos más generales y advierte que “abrir la puerta a formas laxas de vida familiar no es proteger a los débiles o los más vulnerables, es dar herramientas a los fuertes que tienen acceso al asesoramiento y a la decisión”.⁵

2 Basset, Úrsula (coordinadora), T. III, en Alterini, Jorge H. (Dir. gral.), *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético*, La Ley, 2° ed. actualizada y comentada, comentario art. 513.

3 Conf. Azpiri, en Bueres (Dir.), *Código Civil y Comercial*, T. I, p. 381.

4 Kemelmajer de Carlucci, Aída y Herrera, Marisa, “El régimen económico del matrimonio y de las uniones convivenciales y la protección de la mujer en el Código Civil y Comercial”, www.nuevocodigocivil/wp-content/uploads/2016/06.

5 Basset, Úrsula (coordinadora), T. III, en Alterini, Jorge H. (Dir. gral.), *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético*, La Ley, 2° ed. actualizada y comentada, comentario art. 514 p. 2.

Este respeto a la parte más vulnerable lo distingue de los contratos en general, y hace necesaria una analogía para su interpretación y ejecución a contratos donde existe una parte débil, como los de consumo o de cláusulas predispuestas, sin llegar a estar incluidos en estas categorías, pero que demuestra la razón de su regulación fuera del título de los contratos patrimoniales, y dentro del de la unión convivencial.

Lloveras destaca en su naturaleza el límite de la solidaridad familiar: "Se crea y plasma en el CCyC un modelo de unión convivencial, basado en la autonomía personal que reconoce la responsabilidad y solidaridad como límites del propio sistema: el riesgo de un ejercicio anti funcional de los derechos por alguno de los miembros de la pareja pueda provocar un daño al otro, particularmente en el momento más álgido del desarrollo histórico de la unión como en el cese o ruptura de la convivencia".⁶

El principio de solidaridad y responsabilidad familiar deriva directamente de la aplicación del plexo constitucional y convencional internacional que constituyen derechos fundamentales de cada uno de sus miembros.

El reconocimiento de la autonomía de voluntad con estos límites tiene un piso de mínima, que es el núcleo duro de normas indisponibles en toda familia, consagrados también para la familia matrimonial en los arts. 454 y siguientes, que se reiteran para la unión convivencial en los arts. 519 a 522: deber de contribución, responsabilidad y protección de la vivienda familiar.

Fuera de estos límites los convivientes pueden celebrar estos acuerdos con la más amplia libertad, y establecer un régimen patrimonial a su medida, de algunos o todos los bienes, sin estar sometidos a regímenes tasados y predeterminados como en las convenciones matrimoniales o prematrimoniales.

6 Lloveras, Nora, "Libertad con responsabilidad y solidaridad: la regulación de las uniones convivenciales en el Código Civil y Comercial", www.sajj.gov.ar; www.infojus.gov.ar id. SAJJ DACF150401.

1.1. TÉCNICA NOTARIAL

El acuerdo convivencial importa el reconocimiento o acreditación de la unión convivencial, que puede realizarse con o sin testigos. En el presente ejemplo no comparecen testigos de la existencia de la unión convivencial.

ACUERDO CONVIVENCIAL DE INVENTARIO DE BIENES PREVIOS A LA UNIÓN

Escritura Número... PACTO CONVIVENCIAL DE INVENTARIO DE BIENES: ... En la Ciudad y Partido de Lanús, Provincia de Buenos Aires, República Argentina, a... de... de..., ante mí, ..., Notario Titular del Registro Notarial..., comparece el señor... y la señora... Justifican su identidad con sus documentos nacionales de identidad que en copia autenticada agrego a la presente en los términos del artículo 306 inciso a) del Código Civil y Comercial. De la audiencia notarial resulta su aptitud de entender y querer la naturaleza del acto y declaran bajo juramento que no se encuentran sujetos a procesos que limiten su capacidad. Intervienen por sí. Requieren dé forma notarial a sus declaraciones que interpreto y redacto en los capítulos y artículos siguientes. CAPÍTULO I - EXORDIO: RECONOCIMIENTO DE UNIÓN CONVIVENCIAL - PRIMERO: Los comparecientes declaran bajo juramento que reconocen que conforman entre sí desde el... una unión convivencial no inscripta basada en la común relación afectiva de carácter singular, pública, notoria, estable y permanente, compartiendo un proyecto de vida en común; y que no están comprendidos en las incompatibilidades del artículo 510 del Código Civil y Comercial. SEGUNDO: Las partes manifiestan que es su voluntad no inscribir esta unión convivencial en el Registro previsto por el artículo 511 del Código Civil y Comercial, por lo cual liberan al autorizante de solicitar y obtener tal inscripción. CAPÍTULO II - PACTO CONVIVENCIAL - PRIMERO: Los convivientes declaran bajo juramento que desde antes de su unión convivencial, la señora... es la directora y propietaria del instituto de enseñanza de inglés..., con domicilio en...; y el señor... es copropietario con su madre... de la ferretería..., con domicilio en... que heredara de su fallecido padre... SEGUNDO: Las partes realizan el inventario de los bienes muebles y créditos, así como de las deudas del instituto de enseñanza de inglés..., del que resulta el siguiente detalle:... TERCERO: Las partes realizan el inventario de los bienes muebles y créditos, así como de las deudas de la ferretería..., del que resulta el siguiente detalle:... CUARTO: Las partes reconocen que tales bienes, y los que se incorporen por subrogación, gestión o desarrollo comercial de cada emprendimiento, son de propiedad exclusiva de cada uno de los convivientes, y el otro no ha hecho aportes, ni se presumirá aportes por esfuerzo común en ellos, renunciando recíprocamente

a todo reclamo de uno a los bienes del emprendimiento del otro conviviente. LEO a los comparecientes esta escritura que otorgan y firman por ante mí.

02. PACTOS CONVIVENCIALES DE CARÁCTER PATRIMONIAL

El Código Civil y Comercial recepta a la unión convivencial como una de las situaciones jurídicas familiares reconocidas y reguladas, pero a diferencia de la matrimonial da preferencia en su regulación por la autonomía de voluntad, en particular en cuanto a lo patrimonial.

El art. 513 CCyC ordena en general que las disposiciones de este Título son aplicables *excepto pacto en contrario*, por escrito y dejando a salvo la indicada norma inderogable. El art. 518 CCyC establece que las relaciones económicas entre los convivientes *se rigen por lo estipulado en el pacto de convivencia*; y solo a falta del mismo determina la libre administración y disposición por cada integrante de sus propios bienes como si la unión no existiese. Y el art. 528 CCyC establece que *a falta de pacto* no habrá división de los bienes sino que mantendrá cada uno lo suyo, sin perjuicio de los principios de enriquecimiento sin causa, la interposición de personas y otros que puedan corresponder, subsistiendo el mismo régimen anterior a la reforma legislativa.

La jurisprudencia posterior a la reforma ha ratificado estas normas con su concordante interpretación por la doctrina al sostener que si no existe pacto convivencial los bienes se mantendrán en el patrimonio del conviviente a quien ingresaron, y ratifican el criterio precedente de que la sola convivencia no crea una sociedad de hecho, caso en que se debe probar la constitución del ente, objeto y negocio social, *affectio societatis*, aportes en dinero, bienes o trabajo, y propósito común de obtener utilidades y solventar pérdidas.^{7y8}

7 Cám. Civ. y Com. San Isidro, Sala II, 2/5/2017, autos: "F.M.A. c/RA s/medidas cautelares", elDial AAA114: surge claramente que en lo relativo a las cuestiones patrimoniales derivadas de las uniones de hecho, en que no exista pacto alguno o no traten acerca del reclamo de una compensación económica ni de uso o atribución del hogar convivencial, deberán ser canalizadas a través de otras figuras legislativas consagradas en el nuevo ordenamiento jurídico, dado que a éste se remite a los principios generales".

8 Cám. Apel. en lo Civ. Com., Lab. y Min. de Neuquén, Sala I, 27/7/2017, autos: "B.M. c A.V. J. L s/disolución de sociedad", AR/JUR/51693/2017.

El actual pacto convivencial oponible entre partes desde su celebración y a terceros desde su inscripción, permite reconocer sin prueba o instancia judicial alguna la comunidad de bienes e intereses, con sus efectos sobre los bienes adquiridos con el esfuerzo común, admitiendo su tratamiento conjunto para ciertos aspectos como es el de su distribución al cese, donde se podrán dividir y compensar entre sí los comunes aportes realizados incluyendo atribuciones de todo tipo de cosas, bienes, deudas o derechos, como cuando se liquida la indivisión comunitaria consecuente de la extinción de los gananciales, sus recompensas y cargas. Así pueden asumir efectos propios de la liquidación y partición de bienes tanto en su relación interna entre los convivientes como externa frente a terceros.

En las relaciones internas su eficacia será inmediata y total, en cambio en la externa requerirá la previa exteriorización de tal situación de comunidad con respecto a cada bien en particular, por lo cual su verdadera eficacia será operativa con respecto a los bienes registrables, pero no a los no registrables.

2.1. EL PACTO CONVIVENCIAL CAUSAL DEL RÉGIMEN PATRIMONIAL CONVENCIONAL

El pacto convivencial limitado al contenido patrimonial -el objeto de este ensayo- es la causa de la constitución del régimen patrimonial de la unión convivencial, sea con carácter general o con relación a uno o más bienes. Determinará la comunidad de bienes e intereses que integran sus relaciones patrimoniales con amplia libertad, pudiendo estructurarse con un parangón al de ganancialidad del matrimonio por todos los bienes o solo algunos, de reconocimiento de participaciones de diversa proporción según la actividad que cada uno de los convivientes, previendo o estimando una compensación económica por el previsible desequilibrio al cese de la unión por ruptura o fallecimiento, entre otros.

Rige en su mayor expresión el principio de autonomía de voluntad y la amplia libertad de contenidos, a diferencia de las convenciones matrimoniales o prematrimoniales que solo permiten optar entre dos regímenes rígidos, pero no flexibilizarlos, modificarlos o personalizarlos a la medida de los convivientes con el solo límite del núcleo duro inderogable, el orden público, el principio de igualdad y los derechos fundamentales de los integrantes de la familia convivencial.

Dado que el régimen supletorio parte de la libre administración y disposición en la gestión de los bienes durante la convivencia, y su subsistencia con posterioridad a su cese (arts. 518 y 528 CCyC), el pacto de los convivientes siempre importará autoimponerse las limitaciones o restricciones que estimen oportuno en la gestión y división de sus bienes en cuanto a sus relaciones de la comunidad de vida, bienes e intereses que necesaria y naturalmente devienen de su relación de familia convivencial.

2.1.1. Técnica notarial

Se incluye el proyecto de escritura de pacto convivencial causal del régimen convencional patrimonial de la unión convivencial, elaborado para el *Código Civil y Comercial. Comentado, anotado y concordado*, bajo la dirección de Eduardo G. Clusellas, Ed. Astrea-FEN, 2015, T. II, p. 602:

“ESCRITURA NÚMERO... PACTO DE CONVIVENCIA: A y B. En la Ciudad y Partido de La Plata, Capital de la Provincia de Buenos Aires, República Argentina, a..., ante mí,... Notario Titular del Registro Notarial... de La Plata, comparecen los convivientes A (datos); y B (datos)... CAPÍTULO I - EXORDIO - PRIMERO: A y B manifiestan que mantienen una unión convivencial desde hace cinco años, cuyo reconocimiento otorgaron por escritura pública pasada ante mí, el..., al folio... de este Protocolo, la cual optaron por no inscribir. SEGUNDO: Las partes expresan que su relación familiar tiene como sustento económico la explotación personal del comercio de propiedad de A, y que B ha renunciado al ejercicio de su actividad laboral para la cual se ha capacitado, perdiendo antigüedad, experiencia y la merma de sus posibilidades de acceso a nuevo empleo, para dedicarse a la atención de sus hijos en común, y el hijo menor de B de una unión matrimonial anterior, y la asistencia de la madre de A, que vive en un departamento separado pero en el mismo inmueble donde tienen radicada su vivienda familiar, sita en la calle 58 número... de La Plata, y que las partes declaran haber adquirido en condominio y en partes iguales. CAPÍTULO II - PACTO DE CONVIVENCIA - PRIMERO: Las partes acuerdan celebrar el presente pacto de convivencia, que con relación al régimen de bienes se registrará subsidiariamente y en todo lo no regulado por las disposiciones de los artículos 505 a 508. SEGUNDO - DISTRIBUCIÓN DE LAS CARGAS DEL HOGAR, PROPIO SOSTENIMIENTO Y DE LOS HIJOS COMUNES O MENORES DE UNIÓN ANTERIOR: Se establece que en tanto el conviviente B no se reinserte

en el mercado laboral la contribución económica y contribución a los gastos del hogar, sostenimiento de ambos convivientes, los hijos en común, y el hijo menor de B y la madre de A, serán aportados por A; en tanto que la contribución de B consistirá en su atención personal de los hijos en común, ya sea con su trabajo personal o la dirección de las personas que se contraten para la atención del hogar y la madre de A. Las partes acuerdan atribuir a estas contribuciones igual valor entendiendo que ambos lo hacen en partes iguales.

TERCERO - GESTIÓN DE LOS BIENES: Cada uno de los convivientes conserva la libre administración y disposición de los bienes personales, sin perjuicio del modo de atribuir el bien al momento del cese de la unión convivencial según este pacto, que no afectará el acto de disposición frente a terceros. Las partes no podrán reclamar ni alegar limitación alguna al acto de disposición, gravamen o administración por su titular, por su eventual división futura que no les confiere derecho actual alguno, al tercer adquirente de buena fe.

CUARTO: ATRIBUCIÓN DE LA VIVIENDA FAMILIAR: Las partes acuerdan que para el caso de cese de la unión convivencial por cualquier causa, le será adjudicada a A en pleno dominio.

QUINTO - DIVISIÓN DE LOS BIENES ADQUIRIDOS POR EL ESFUERZO COMÚN: a) Las partes acuerdan que al momento de cese de la unión la división de los bienes se hará atribuyendo el inmueble sede la unión convivencial, sus mejoras y muebles indispensables a A. b) Toda mejora que no implique mantenimiento, sino una ampliación de las construcciones existente generará un crédito a favor de A. Al efecto las partes suscriben copia de los planos municipales aprobados y revalúos que ratifican que coincide con las construcciones existentes y su calidad. Toda construcción adicional deberá abonarse de acuerdo a la determinación de valor que hagan dos tasadores inmobiliarios, que propondrán uno cada conviviente, que deberán además ser peritos judiciales en esta Provincia. c) Las partes manifiestan que durante el período de convivencia A ha adquirido un vehículo Toyota Hilux dominio..., que se describe en el capítulo siguiente, cuyo dominio se adjudica a A, o el precio resultante de su disposición... se adjudicará a B. (...) OCTAVO: los restantes bienes que se adquieran durante la convivencia continuarán de propiedad del que los hubiere adquirido sin restricción ni limitación alguna.

CAPÍTULO III - PUBLICIDAD DE ATRIBUCIÓN DE BIENES REGISTRABLES AL MOMENTO DEL CESE DE LA UNIÓN CONVIVENCIAL - PRIMERO: Las partes, en cumplimiento del pacto de convivencia del capítulo anterior ruegan la inscripción en el Registro de la Propiedad Inmueble de la cláusula de atribución a B en caso de cese de la unión convivencial del inmueble sito en... (descripción)... SEGUNDO: Las

partes en cumplimiento del pacto de convivencia del capítulo anterior ruegan la inscripción en el Registro Nacional de la Propiedad Automotor de la cláusula de atribución a A en caso de cese de la unión convivencial del vehículo... (descripción). CAPÍTULO IV - CONSTANCIAS NOTARIALES: a) RECONOCIMIENTO DE UNIÓN CONVIVENCIAL... b) TÍTULO: 1) inmueble... 2) automotor... c) CERTIFICACIONES: 1) Registro de la Propiedad Inmueble... 2) Registro Nacional de la Propiedad Automotor... LEO..., doy fe".

2.2. COMUNIDAD DE BIENES ADQUIRIDOS DURANTE LA CONVIVENCIA

La particularidad de este régimen patrimonial supletorio -a diferencia de los matrimoniales- es que al momento del cese no se presume ni considera el trabajo en el hogar como aportes ni el esfuerzo para la adquisición de los bienes por uno u otro. Pero sí se lo hará en caso de pacto expreso entre ellos, lo cual hace más que estimable su otorgamiento, y nos impone distinguir la relación interna y externa de comunidad y su exteriorización.

La posibilidad de este reconocimiento convencional es la vía elegida por el legislador para hacer efectivos los derechos-deberes constitucionales y convencionales de solidaridad y responsabilidad familiar en su protección de la mujer y niños, niñas y adolescentes. Estos principios fundan la constitución de una comunidad de bienes e intereses de la familia de hecho estructurada bajo la regulación de la unión convivencial.

Pero a diferencia de la familia matrimonial el orden público cede y se delega en la voluntad autorreferencial para determinar el proyecto de vida familiar conforme el art. 19 de la Constitución Nacional. Para ello se opta por establecer un piso bajo con las normas imperativas de los arts. 519 a 522 CCyC y luego dejar librado a los convivientes el programar su régimen patrimonial convivencial.

Así podrán establecer un régimen de participación, fijando pautas de acreditación de la proporcionalidad de los aportes, o tasando aportes presuntos de acuerdo a la actividad en la sociedad de cada uno y roles familiares asumidos en partes que no sean iguales.

Sin embargo, en caso de optar por hacer sustentar su régimen convencional sustentando en las relaciones de comunidad fruto de la debida

solidaridad familiar entre los convivientes, lo pueden hacer tanto en sus relaciones internas o externas según lo permita la naturaleza de los bienes en particular.

Este fundamento en los derechos deberes que fundan la comunidad familiar, aun de hecho, de estarse a ello, tiene prioridad sobre las cuestiones sucesorias en tanto se mantengan en límites asimilables a los previstos en el art. 2392 CCyC y el art. 455 y concordantes del Código Civil.

A la hora de analizar, interpretar y juzgar la elección de una cierta comunidad en los bienes adquiridos durante la convivencia, la remisión por analogía al régimen de comunidad de gananciales en el matrimonio se impone. No así los adquiridos antes de ellas, o durante la misma, por herencia, legado o donación o por subrogación de éstos.

2.2.1. Relación interna de comunidad entre convivientes

El pacto convivencial constituye la relación interna de comunidad entre los convivientes, pudiendo entonces hacer valer estos aportes o esfuerzo común, sin necesidad de acreditar otros extremos a fin de hacer valer los principios generales del derecho contemplados en la parte final del art. 528 CCyC entre otros. Es decir, es el acto probatorio y determinante de los límites de la comunidad de bienes adquiridos durante la convivencia sin necesidad de resolución judicial al efecto.

Se convierte así en el acto formal escrito que determina la existencia de la comunidad de hecho de esos bienes sin más, y permite su distribución, sea en valor o en especie según el caso y cláusulas pactadas.

No es el acto constitutivo de una comunidad de derecho o *juris*, al modo de la indivisión hereditaria o postcomunitaria sobre los bienes que la ley incluye (transmitidos *mortis causa* por el causante o adquiridos bajo el régimen de gananciales conforme el art. 475 CCyC); sino que determina una comunidad de hecho con respecto a cada bien adquirido pero sin constituir un condominio.

Mientras en el condominio pro indiviso o de tipo romano la propiedad se comprime a la porción de cada parte y en caso de renuncia de uno acrece el otro condómino (art. 1898 CCyC), en esta comunidad de hecho sin asignación de partes indivisas, nacen relaciones de comunidad en la faz interna y el re-

conocimiento de la participación del no titular al momento del cese de la convivencia por su esfuerzo de aportes de otra índole al dinerario durante ella, p. ej., el trabajo en el hogar que le permitió al titular trabajar fuera del hogar por una remuneración y ahorrar en dinero al no asumir las tareas propias de la atención interna de la familia convivencial.

La consideración de estas relaciones internas de la comunidad entre los convivientes y con independencia de terceros, es lo que ha llevado a la nueva jurisprudencia, y ante la falta de pactos convivenciales a compartir los conceptos de Galli Fiant: "a la hora de resolver los conflictos referidos a los bienes por la disolución de la unión de hecho o convivencial, el mayor desafío que se presenta será la búsqueda del equilibrio entre la independencia patrimonial por la que optaron -consciente o inconscientemente- los miembros de la pareja y la equidad, que solo se realiza reconociendo a cada uno el derecho a que se compense el sacrificio realizado a favor del otro".⁹

El Dr. Guardiola en su voto en los autos "R.R.D. c/B.M. de los A. s/ división de cosas comunes"¹⁰ explica claramente la existencia de esta comunidad en los bienes adquiridos durante la convivencia aún sin pacto -cuyos argumentos compartimos- al decir: "... del pronunciamiento se advierte que los únicos bienes respecto de los cuales se tuvo por acreditada la comunidad en razón de su adquisición (dos lotes de terreno y un automóvil) están desvinculados de una actividad comercial o lucrativa... ahora bien, ello no impide reconocer al conviviente la calidad de partícipe de una comunidad de bienes e intereses.

Ello aplicando el principio *jura novit curia*, fue admitido desde hace ya tiempo (15 de diciembre de 1989) en un precursor fallo de la SCJ Mendoza Sala I ('O.H. en 23928 c/M.C.A. p/Ord. s/Inc', *Derecho de Familia*, Abeledo Perrot, N° 5, p. 97 y ss.) en el cual la Dra. Kemelmajer de Carlucci explicaba que aunque la mera duración de la unión concubinaría es insuficiente para probar partes económicos, no se puede desconocer que

9 Galli Fiant, María Magdalena, Conflictos sobre bienes en las uniones de hecho: la búsqueda del equilibrio entre la libertad y la equidad, LL Litoral, 2011, p. 404, citado por Cám. Civ. y Com. San Isidro, Sala II, 2/5/2017, autos: "F.M.A., c/RA s/medidas cautelares", eDial AAA114; y Cám. Civ. y Com. de Junín, 11/04/2017, autos: "R.R.D. c/B.M. de los A. s/división de cosas comunes", eDial AA9ECD.

10 Cám. Civ. y Com. de Junín, 11/04/2017, autos: "R.R.D. c/B.M. de los A. s/división de cosas comunes", eDial AA9ECD.

es una circunstancia importante ya que no responde al orden natural de los hechos de la vida cotidiana el deducir que los fondos del marido solo sirvieron para mantener la comunidad de vida y que en cambio los de la mujer se destinaron a la adquisición de bienes. Jurídicamente se recurría a las figuras de interposición real de personas (en la faz externa del o de los actos adquiridos) y al mandato oculto (en la relación interna).

En el mismo sentido expresaba Bossert (CNCiv. Sala F, 5/11/91 JA N° 5772, p. 41) que si el reclamo se funda en sostener que con los aportes de uno y otro se han construido y adquirido inmuebles a nombre del demandado, ya no se trata de la figura típica de la sociedad de hecho sino de la más amplia de la comunidad de derechos e intereses.

O como decía Belluscio ('La distribución patrimonial de las uniones de hecho', La Ley 1991-C-958) 'cuando se produce la conclusión de la unión es preciso que el tema sea solucionado por aplicación de normas que regulen situaciones análogas o de los principios generales del derecho. La existencia de bienes adquiridos con aportes de uno y otro conviviente, sea en capital o en trabajo, no significa necesariamente que haya entre ellos una sociedad de hecho, ni la regulación societaria es suficiente para resolver todos los problemas de orden patrimonial que puedan presentarse a raíz de que cuando la unión concluya haya bienes así adquiridos. Cuando la adquisición de bienes con aportes de ambos convivientes, aunque sea a nombre de uno solo de ellos, no se haga con finalidad lucrativa, al concluir la unión de hecho deben determinarse los aportes respectivos y dividirse los bienes en proporción a tales aportes, o por mitades en caso de no poderse demostrar la entidad de los correspondientes a uno y otro'. Siguiendo este criterio me he pronunciado en 'Y., M.R. c/U.M.F. s/Disolución y liquidación de sociedad', expte. 41748 RSD-83-48 S. 03/04/2007 JUBA B1600161.

En última instancia lo que en verdad importa es que se hayan probado los aportes para la compra del bien, la inexistencia de *animus donandi* y surja una causa por la cual se reflejó la realidad económica que dio origen".

El pacto convivencial en los expresos términos del art. 514 inc. c) CCyC al referirse a la división de los bienes obtenidos por el esfuerzo común en caso de ruptura, permite acreditar el aporte conjunto en dinero, bienes o trabajos, sin finalidad lucrativa, y basado en lo que la conducta de uno que permite al otro obtener los bienes para la adquisición, dado que la sola

existencia de la convivencia no crea de por sí la presunción de adquisición con ese esfuerzo compartido.¹¹

No se trata de una expresa contraprestación, pero admite la norma en el equitativo término “esfuerzo común” el dar cabida a esta causa que en modo alguno es gratuita porque contiene el elemento de “sacrificio” propio de los actos onerosos para la adquisición.

El principio de solidaridad familiar que funda la caracterización de la comunidad de bienes e intereses en la unión convivencial, lo sitúa al momento de su cese en el parangón con la partición de bienes en particular que en el caso integran un comunidad de hecho, con sus elementos en el negocio partitivo, cuyo carácter neutro explica su sentido de no ser un contrato de contraprestaciones recíprocas como toda partición -o división de bienes para usar la terminología del art. 514 CCyC- que también los distingue netamente de los actos gratuitos. En esta división no se pretende ni obtener una ventaja a cambio de un sacrificio ni un beneficio sin sacrificio alguno, sino que su causa fin categórica es el recuperar lo dado o aportado, con la particularidad que al igual que el art. 455 CCyC para el matrimonio, si las partes lo pactan es un aporte legítimo el trabajo en el hogar.

Por lo cual, al momento de su división no se estará atribuyendo gratuitamente al conviviente no titular el bien o un crédito, ni tampoco transmitiéndolo a ese momento, dado que lo que se hace no es más que restituirse el aporte (esfuerzo) invertido para su adquisición y a ese momento. Denota el carácter propio de una comunidad en la que participa el bien, como sucede en la adjudicación por división del condominio o por partición de bienes gananciales que integran la indivisión postcomunitaria.

Lo explicado es plenamente aplicable a la relación interna entre los convivientes, y para su acreditación entre ellos basta el pacto bajo la forma por instrumento privado; pero el art. 517 CCyC incorpora como novedad que este pacto convivencial debe inscribirse en el Registro de Uniones Convivenciales del art. 511 CCyC y los registros de los bienes en particular según su naturaleza a los efectos de su oponibilidad a terceros.

11 CCivCom. Resistencia, Sala III, 21/4/2005, LL litoral 2005-982, CNCiv. Sala I, 4/10/01 LL 2002-B-471 anteriores a la reforma pero que continúan siendo aplicables en el régimen supletorio del art. 528 CCyC.

2.2.2. Relación externa de comunidad y los bienes registrables en particular

La comunidad interna trasciende y se hace valer ante terceros por su inscripción, pese a lo cual se ha señalado que su contenido convencional no afecta la garantía del patrimonio de cada conviviente con respecto a sus acreedores que no se ve disminuido por la existencia de pacto, aún cuando se encuentre inscrita en el Registro de Uniones Convivenciales, dado que al decir de Basset: “Los acreedores no pueden constatar la situación patrimonial de cada conviviente. Menos aún si se trata de convivencias no registradas. La inseguridad comercial sería enorme y resulta inadmisibles”.¹²

Hemos señalado nuestra opinión concordante en que no puede afectar la garantía común de los acreedores¹³ lo cual es lógica consecuencia de la libre administración y disposición del titular registral también puede verse compelido a su enajenación forzosa en caso de subastas por deudas personales, al igual que cada cónyuge responde frente a sus acreedores tanto con sus bienes propios como con los gananciales de su titularidad sin que ello afecte las relaciones de la comunidad de bienes del matrimonio.

Si bien los efectos del pacto son oponibles a terceros desde el cese de la convivencia (art. 517 2° párr. CCyC), momento en el cual opera la condición suspensiva para hacer efectivo el modo de división pactado, no puede perderse de vista la inscripción en el registro de los bienes registrables en cuanto su naturaleza, como el inmobiliario.

El pacto convivencial en estos términos, permite reconocer la existencia del aporte del no titular para la adquisición del bien por el esfuerzo común de ambos convivientes, al inscribirse con relación al bien registrable, está haciendo ostensible y público *erga omnes* en los términos del art. 1893 CCyC tal situación: la comunidad de hecho con relación a ese bien en particular mediante el respectivo asiento como lo prevé la O.S. 45/2015 del Registro de la Propiedad Inmueble de la Provincia de Buenos Aires.

12 Conf. Basset, Úrsula (coordinadora), T. III, en Alterini, Jorge H. (Dir. gral.), Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético, La Ley, 2° ed. Actualizada y comentada.

13 En Clusellas, Eduardo G. (Coord.), *Código Civil y Comercial. Comentado, anotado y concordado*, Ed. Astrea-FEN, T. II, p. 608.

En tales casos, la comunidad interna de intereses se hace pública con respecto al bien particular adquirido, aún cuando no constituyeran un condominio. No habrá partes pro indivisas, pero surgirá que el derecho real del titular no es tan pleno al momento de cese de la unión convivencial, sino modalizado por constar la condición de su modo de división y atribución, y pondrá en evidencia la realidad económica de la relación jurídica establecida. Esta determinará la extensión del derecho adquirido, aún cuando el titular conserve la libre disponibilidad y administración del bien registrable.

La comunidad no solo será eficaz en su faz interna sino también en la externa frente a terceros, pero además constituirá el título del derecho real una vez acreditada la causal de cese, por lo cual es indispensable su celebración bajo la forma escritura pública.

El pacto modifica el derecho real de dominio, en tanto establece el modo de atribución del mismo entre los convivientes al momento del cese de la convivencia, p. ej. en partes indivisas iguales, bajo la condición suspensiva de constituir un condominio entre ellos, o el supérstite y los herederos del causante.

La comunidad reconocida en el pacto es la causa de la modificación del derecho real a la cosa, bien o inmueble, determinando un derecho condicional, con eficacia suspensiva que será operativo con la sola acreditación del cumplimiento de la condición. Es decir bastará con la escritura pública que dé cuenta del pacto convivencial que reconozca el aporte común con respecto al inmueble inscripta, y la que acredite el acaecimiento del hecho del cese de la unión convivencial, p. ej. al relacionar la partida de defunción de uno. No se requiere nuevo otorgamiento para tramitación del sucesorio, dado que la voluntad de atribuir está formalmente expresada en la primera escritura pública causa fuente de la adquisición del derecho real por el o la conviviente supérstite.

2.2.2.1. Adjudicación o transmisión del derecho real entre convivientes

El principio es que el traspaso del bien que integra el patrimonio de uno de los convivientes al otro es un acto traslativo, es decir, se debe transmitir el derecho real de dominio, condominio, propiedad horizontal, superficie, derecho real desmembrado, etcétera. Se trata de bienes personales de cada uno que no se presume comunidad ni aportes en común para su adquisición, y así es como se presentan frente a terceros.

Así puede suceder que el pacto convivencial se otorgue por escritura pública al momento del cese de la unión convivencial dando cuenta de este aporte o esfuerzo común del no titular, pero como ello no es oponible *erga omnes*, la relación de comunidad solo tiene eficacia en su faz interna, pero no en la externa, por lo cual deberá transmitirse el dominio.

Por excepción hemos planteado el supuesto particular de este especial pacto convivencial, que durante la vigencia de la convivencia da cuenta de este aporte, o esfuerzo del no titular al momento de su adquisición, que las partes reconocen que fue determinante para ello y que además se tomó razón en el registro del bien registrable.

Este contrato traslativo del derecho real del tercero al conviviente adquirente titular, además es constitutivo de esta comunidad de hecho con respecto al bien, que lo integra a la de bienes e intereses de la unión convivencial oponible *erga omnes* por efecto del art. 1893 CCyC.

Su eficacia con respecto a la relación real con la cosa o bien registrable no es inmediata, sino que el art. 514 inc. d) CCyC la sujeta al hecho futuro e incierto del cese de la unión convivencial, donde operará el reconocimiento de este aporte realizado por el no titular al momento de la adquisición.

El no titular no recibe el derecho real ni en donación o a título gratuito al momento del cese, ni tampoco por la entrega de contraprestación a ese momento, sino que viene a recibir lo que ya tenía desde el momento genético o de adquisición del derecho real en cuestión por su esfuerzo invertido aún cuando fuera del trabajo en el hogar.

Se está ante la situación análoga de la adjudicación por partición de bienes indivisos postcomunitarios, con la particularidad y misma diferencia de esta con la división de condominio que se computan y dividen bienes, cosas o derechos de cualquier naturaleza, pudiendo incluso considerarse la liquidación de recompensas por cargas o contribuciones de la unión convivencial o asunción de deudas por el otro en los términos de los arts. 520 y 521 CCyC o su ampliación por voluntad de las parte en pacto convivencial.

En este particular pacto entendemos que cabe calificarlo de adjudicación del derecho real por responder a la realidad económica del negocio jurídico, y no como acto traslativo. En definitiva, al cese se liquida la comunidad exteriorizada y reconocida en el pacto y se determinan los bienes de cada uno de los integrantes de la extinta unión convivencial o sus sucesores.

Esta constitución comunitaria del bien en particular no afecta el derecho de los acreedores del titular durante la convivencia, por lo cual si los convivientes desean su plena oponibilidad a los acreedores del otro conviviente deberá recurrir a la adquisición en condominio o comunidad pro indivisa de efectos diferenciados como se señaló, sin perjuicio que el pacto convivencial dé cuenta de su carácter comunitario a fin de facilitar su eventual división entre ellos con otros derechos a adjudicarse que no sean cosas.

En este supuesto, el pacto convivencial será la legítima causa que admitirá la división de condominio con bienes de distinta naturaleza o incluso que sean de titularidad solo de uno de ellos y no de ambos.

El pacto convivencial de división de bienes adquiridos por el esfuerzo común por la expresa norma del art. 514 inc. d) CCyC es la causa de la partición de estos bienes, que por no ser una comunidad de derecho en principio requerirá la transmisión de bienes de uno al otro; salvo el caso excepcional de bienes registrables en que la comunidad de hecho surja de modo expreso del propio título del derecho real y/o pacto convivencial que lo modifica, con su consecuente inscripción en el registro de bienes en particular, que dejó prevista la adjudicación por el reconocimiento del esfuerzo común realizado al momento de su adquisición, dado que sin el ni ella no se hubiera producido.

2.2.2.1.1. Praxis

Al efecto de la mejor explicación en su aplicación en un caso particular de la situación se transcribe a continuación la contestación que formulara en consulta a la Asesoría Notarial Personalizada del Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires¹⁴:

"14.2.- Transferencia por división de bienes de la misma. Acuerdo privado. Compensación

CONSULTA:

La consulta en cuestión presenta un acuerdo privado de liquidación de unión convivencial y una compensación económica (art. 524 CCyC) por instrumento privado en donde intervine en un principio solo certificando las firmas.

14 Lamber, Néstor D., en Cuaderno de apuntes notariales, Año XII, 2016, N° 140, p. 25.

En dicho acuerdo las partes acordaron la forma de adjudicar las acreencias habidas a lo largo de los dieciocho años de convivencia, en especial el monto y la forma de liquidar la pensión compensatoria (art. 524), en el cual la Sra. A revistió la calidad de acreedora y el Sr. B la calidad de deudor de la suma dineraria a establecerse.

Las partes acordaron que:

1.- A la Sra. A le corresponderá recibir como prestación única total y definitiva; en pago y cancelación de su crédito; y en compensación por el desequilibrio que ocasiona a su respecto la ruptura de la convivencia, tomando en especial consideración la atribución de la sede del hogar común:

a) el 100 % del derecho de propiedad y dominio del inmueble ubicado en... La titularidad de dicho inmueble se encuentra registralmente inscrita en cabeza de B. Se comprende en esta adjudicación la cesión correspondiente a una acción nominativa no endosable de un voto del club de campo.

b) el 50 % indiviso sobre el derecho de propiedad y dominio que le corresponde a B sobre un automotor. La partición de los muebles que obraban en el hogar común ya se ha realizado de común acuerdo.

2.- Al Sr. B el 100 % del derecho de propiedad y dominio del inmueble. La titularidad de dicho inmueble se encuentra en cabeza de A.

3.- El 50 % indiviso que le corresponde a A, fideicomiso...

El presente reviste el carácter de convenio privado y confidencial.

Las partes se comprometen a suscribir toda la documentación que fuere necesaria para efectivizar las transferencias de todos los bienes inmuebles muebles registrables, acciones, cuotas sociales, incluido el otorgamiento del asentimiento previsto en el art. 456 en todos los casos en que ello fuere necesario y en los plazos estipulados

4.- El procedimiento para perfeccionar las adjudicaciones que en este acto se convienen será el siguiente respecto de los automotores: dentro de los diez días de la fecha las partes deberán suscribirse la documentación necesaria para que cada beneficiario inscriba el vehículo a su nombre o de terceros y/o firmar los certificados '08' correspondientes, siendo dichos gastos y honorarios a cargo de cada adjudicatario.

5.- Respecto de los inmuebles, dentro de los cuarenta y cinco días de suscripto el presente las partes se comprometen en forma irrevocable a suscribir toda la

documentación que fuese pertinente tales como las respectivas escrituras de adjudicación y/o los poderes especiales irrevocables que fuesen necesarios para perfeccionar las adjudicaciones resueltas y mencionadas en este convenio.

6.- A opción del adjudicatario, podrá optarse por la homologación del presente acuerdo y efectivizar la respectiva inscripción registral por vía judicial.

En la práctica, ¿cuál es la forma correcta que debo seguir para que se cumpla lo acordado por las partes? ¿Debo instrumentar una escritura de adjudicación con todos los bienes enunciados en donde se adjudiquen los mismos de acuerdo a este convenio (como si fuera una adjudicación por disolución de la sociedad conyugal) o las escrituras de compraventa y los formularios '08' para automotor?

Para el caso de que fuera una escritura de adjudicación, ¿qué certificados son los que tengo que solicitar?

Se establecieron plazos para la instrumentación pero ya vencieron; ¿debo hacer mención alguna de estos plazos o ellos deben manifestar algo? Les certifique las firmas el 14/07/2016.

El acuerdo, ¿tributa Impuesto de Sellos? Es el primer acuerdo de unión convivencial que recibo.

RESPUESTA

1.- En el caso en consulta, las partes no tienen un pacto convivencial previo al cese de la unión convivencial, por lo cual los bienes que tuvieron durante la misma son de gestión de cada uno de sus titulares (libre administración y disposición, sin perjuicio de la protección de la vivienda familiar del art. 522 CCyC) según el art. 518 CCyC. Además, al momento de su cese y a falta de tal referido pacto, se mantienen en el patrimonio en que ingresaron (conf. art. 528 CCyC).

Con respecto a los bienes de la unión convivencial, no existiendo una comunidad previa, si al momento del cese se pretende que no se mantengan en el patrimonio en que ingresaron, se deben otorgar escrituras traslativas de dominio actuales y no hay adjudicación de lo que previamente no se tenía en comunidad.

Sólo si hubiera un pacto convivencial previo se podría concluir que se adjudica, porque tal pacto permite tal posibilidad en el art. 514, incs. b) y c), CCyC, al admitir la atribución del uso de la vivienda o si la prevén anticipadamente la división de los bienes adquiridos con el esfuerzo común. Pero tratándose de bienes registrables, tal situación excepcional debe estar inscrita para ser oponible a terceros (conf. art. 517 CCyC), como lo exige y prevé la orden de servicio N° 45/2015 del Registro de la

Propiedad Inmueble de la Provincia de Buenos Aires, con relación a los inmuebles al ratificar esta oponibilidad a terceros se anoticiará con la registración en el rubro 'B' de la matrícula del inmueble objeto del pacto convivencial.

La posibilidad de la adjudicación importa la existencia de titularidad de derecho en condominio del inmueble, o que el mismo integre una comunidad de bienes, que podrá ser jurídica -como en el caso de las indivisiones hereditarias o postcomunitarias-, o como ahora admite la reforma de hecho, integrándose sólo con algunos bienes por la valorizada autonomía de voluntad en estos pactos convivenciales (que permiten un régimen especial al dominio, como sucede al permitir la atribución futura del bien adquirido por el esfuerzo común de los convivientes bajo la condición suspensiva de acaecer el cese de la unión convivencial).

La excepcionalidad de este pacto y la modificación del dominio con rasgos de integrante de una comunidad de intereses de ambos convivientes importa el necesario pacto y su inscripción para ser oponible a terceros.

A falta de dicho pacto convivencial previo y registrado, no se ve posible la adjudicación en especial en la eficacia erga omnes del derecho real. Tal pacto y registro puede ser al momento de la adquisición o posterior, y puede ser modificado cuantas veces las partes lo estimen oportuno.

Cabe analizar si, al momento del cese, la extensión del principio de autonomía de voluntad puede interpretarse que tenga el efecto de reconocer a ese momento el esfuerzo común de ambos convivientes, formar la comunidad de bienes y adjudicar en consecuencia, pudiendo dejar de lado la norma supletoria del art. 528 CCyC.

Como he señalado al comentar el art. 514 en el Código Civil y Comercial. Comentado, anotado, concordado, bajo la coordinación de Eduardo Gabriel Clusellas (tomo II, pág. 600), debemos tener presente que: '... nos encontramos en dos aspectos o esferas diferenciadas. La interna, entre los convivientes que han celebrado el pacto, podrá tratarse analógicamente a una comunidad, si así lo han establecido para todos los bienes adquiridos durante la convivencia, o solo uno o alguno; la externa, frente a terceros se regirá por la apariencia que general el ejercicio de buena fe de los derechos, y que contratarán con los convivientes como si fueran individuales, sin importar este pacto de convivencia, salvo su oponibilidad, en caso de su registro con relación a los bienes registrables'.

El pacto de cese de la convivencia tiene plena eficacia interna, pudiendo reconocer entre ellos todas las relaciones de comunidad, pero frente a terceros se deberá estar a lo previamente publicitado.

Analógicamente no podemos dejar de lado que en el régimen patrimonial matrimonial no se admite, en la primera parte del art. 466 CCyC, el reconocimiento del carácter propio de un bien al momento de la extinción de la comunidad por mera confesión de partes, ni durante la indivisión postcomunitaria sin cumplir expresas formalidades.

Por ello, a falta de pacto convivencial inscripto con respecto a los inmuebles, en principio cada conviviente mantiene la titularidad del bien que ingresó en su patrimonio y deberá transmitir el derecho real al otro.

La causa de la transmisión dominial será este acuerdo, que importa el de las compensaciones por los aportes hechos con esfuerzo común -estonoparece surgir así de este convenio-, o meras compensaciones económicas. Es un acto traslativo en modo alguno gratuito, en que las partes valuarán cada bien o, en su defecto, acordarán como valor fiscal especial.

Se trata de un contrato atípico donde el pago de la contraprestación será la entrega de las cosas o el derecho a titularizar ellas mismas, sin necesidad de otorgar el instrumento formal. Es decir, la contraprestación podrá entenderse cumplida con el acuerdo (cesión de derechos), la entrega de la posesión de la cosa, más el poder irrevocable para los inmuebles, o con la certificación del formulario '08' y entrega para los autos, aun cuando no estuvieren inscriptos. Las contraprestaciones son esos derechos personales a transmitir derechos reales o personales.

Con respecto al inmueble y al 50 % del automotor a recibir A, de la consulta parece deducirse que lo recibe en pago de la compensación económica acordada. De ser así, se deberá acreditar el crédito de A con el acuerdo y otorgar la respectiva escritura de transmisión del inmueble por dación en pago.

Con respecto al inmueble que será recibido por B, no surge de lo transcrito que previamente haya un reconocimiento eficaz frente a terceros con la debida publicidad registral del art. 517 CCyC y que determine que las partes hayan establecido alguna especie de comunidad de bienes en que estuviere incluida, por lo cual se deberá estar a una transmisión.

En ambos casos el acuerdo es el contrato preliminar para la transmisión de dominio, dado que no tenía el adquirente el derecho previo a la cosa como sucede en el condominio (parte indivisa que se expande al todo), o de las comunidades de bienes, indivisión en que se es titular de la universalidad de la cual se adjudica bienes por su cuota parte.

De la consulta, siendo el convenio al momento del cese de la convivencia, no habiendo condominio, universalidad jurídica o de hecho preexistente, en el caso particular entiendo que no se está en un supuesto de adjudicación, dado que la universalidad de hecho se pretende crear y explicitar al momento de su extinción, no teniendo en consecuencia permanencia en el tiempo ni oponibilidad a terceros por su falta de inscripción.

Por lo expuesto para el caso en los términos de la consulta, interpreto que se deberá estar a la transmisión de dominio, no siendo uno de los casos de adjudicación admisibles en el régimen patrimonial convencional de la unión convivencial.

2.- Los certificados a solicitarse son los habituales de toda transmisión de dominio: inhibición, dominio (con reserva), catastro y administrativos de expensas.

Lo mismo sucedería en caso de ser una escritura de adjudicación por el pacto convivencial inscripto si existiese.

3.- La consideración del plazo cumplido es relevante entre las partes para dispensar expresamente las consecuencias de la mora.

4.- La consulta sobre el impuesto de sellos no puede responderse por este medio y debe dirigirse a la asesoría tributaria. Néstor Daniel LAMBER.”

03.

PACTO CONVIVENCIAL QUE DETERMINA COMPENSACIÓN ECONÓMICA (ARTS. 524 Y 525 CCYC). TRANSMISIÓN O CONSTITUCIÓN DE DERECHO REAL SOBRE INMUEBLE

Los arts. 524 y 525 CCyC establecen el derecho del conviviente que sufre un desequilibrio patrimonial manifiesto empeorando su situación económica en ocasión de la ruptura de la convivencia frente al otro, a reclamar una compensación, al igual que en el caso de divorcio o de nulidad del matrimonio el cónyuge de buena fe.

Este instituto incorporado a las relaciones de las familias no importa la fijación de alimentos ni el resarcimiento de un daño por la ruptura, sino la mera compensación objetiva de este desequilibrio en aras a la solidaridad familiar y la dedicación brindada a la familia postergando su pleno desarrollo perso-

nal, laboral, profesión, comercial o industrial, lo cual lo coloca en situación de vulnerabilidad frente al otro para reinsertarse en estos ámbitos en caso de la ruptura de la convivencia.

La compensación económica es un derecho personal, creditorio, de carácter patrimonial, que una vez devengado es susceptible de disposición sin restricciones por su titular, y le confiere el derecho a ser pagado en la forma prevista, como puede ser la entrega de bienes, usufructo de bienes, una renta que no podrá superar el término de la convivencia, u otro modo que las partes acuerden.

Si bien el art. 525 CCyC da las pautas para la fijación judicial, nada prohíbe que la compensación económica se determine en un pacto convivencial al momento del cese de la convivencia o previo a ello, o determine la pautas de determinación, fijando pautas de procedencia, fijación y monto, sin necesidad de homologación judicial. Los convivientes en ejercicio pleno de la autonomía de voluntad pueden incluirlo en estos pactos.¹⁵

Se diferencia en el particular de la unión matrimonial, que en aras al mayor rigor del orden público, no admite la inclusión de esta cláusula ni en las convenciones prematrimoniales ni en las matrimoniales.¹⁶

Esta compensación solo se prevé para el caso de ruptura de la unión convivencial, no procediendo en el caso de cese por fallecimiento o declaración de presunción de fallecimiento¹⁷, lo cual aparece inequitativo, pero guarda relación con la inexistencia de vocación hereditaria entre convivientes y la política legislativa de no continuar relaciones jurídicas con los herederos del causante, al igual que a falta de pacto el art. 528 CCyC manda que en principio se lo trate como si no hubiese existido la unión en lo patrimonial. Sin embargo creemos que no se debería entender prohibida tal previa creación de un crédito a favor del otro condicionado al momento del cese por estas causales, lo cual también podría establecer en un legado. No se deberá esta compensación en caso de

15 Conf. Lloveras, Nora, "Las uniones convivenciales: efectos personales y patrimoniales durante y tras la ruptura", LL on line AR/DOC/4365/2014; Krasnow, "Las uniones convivenciales", en Rivera-Medina (Dir.), *Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial*, pp. 384 y 385.

16 Conf. Medina, Graciela, "Compensaciones económicas en el Proyecto de Código Civil", LL 2013-A-472.

17 Conf. Roveda-Giovanetti, en Rivera-Medina (Dir.), *Código Civil y Comercial*, T. II, comentario al art. 525.

cese por matrimonio entre los convivientes, caso en que perderá eficacia el acto y solo en caso de ruptura podrá reclamarlo en los términos de los arts. 441 y 442 CCyC pero ya como cónyuge y con vocación hereditaria en su caso.

El hecho de haber nacido un crédito con justa causa y en compensación del empobrecimiento patrimonial causado por la ruptura de la convivencia, claramente nos sitúa ante un acto oneroso, que por lo tanto no cabe presumir gratuito, y los herederos del deudor deberán en su caso demostrar la simulación del acto obteniendo la correspondiente resolución judicial de nulidad a fin de obtener la restitución de la cosa o bien dado en pago en los términos del art. 392 CCyC, pero asimismo por esta misma norma, será inoponible la nulidad al subadquirente a título oneroso y de buena fe, por lo cual los títulos causados en esta transmisión por compensación económica no son observables por carecer de acción real contra este subadquirente en tanto no se haya obtenido la sentencia de nulidad previa o anoticiado registralmente medida cautelar al efecto. Caben las mismas consideraciones con respecto a los acreedores del deudor de esta compensación reconocida aún en caso de la acción pauliana.

La deuda creada por esta causal debe ser pagada, y si lo es en entrega de bienes inmuebles o derechos desmembrados como el usufructo, se está ante un caso de transmisión onerosa del derecho real que debe otorgarse necesariamente por escritura pública (dación en pago) tributando por todo acto oneroso pero sin necesidad de justificar origen de los fondos aquí inexistentes.

La exigencia de la escritura pública traslativa del derecho real no puede ser suplida por el convenio homologado judicialmente ni sentencia judicial, que solo condena a otorgar la escritura pública en su caso, como lo ha señalado con respecto a la constitución de usufructo en este caso la Conclusión III, d) de la Comisión V, Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Bahía Blanca, 2015: "Constitución judicial: En razón de lo dispuesto por el art. 2133 CCyC, en ningún caso el juez puede constituir un usufructo o imponer su constitución", con especial consideración a este supuesto en su debate.

3.1. TÉCNICA NOTARIAL

ESCRITURA NÚMERO... PACTO POR CESE DE UNIÓN CONVIVENCIAL: A y B. TRANSMISIÓN POR COMPENSACIÓN ECONÓMICA. En la Ciudad y Partido de La Plata, Capital de la Provincia de Buenos Aires, República Argentina,

a..., ante mí,... Notario Titular del Registro Notarial... de La Plata, comparecen A (datos); y B (datos)... CAPÍTULO I - EXORDIO - ÚNICO: A y B manifiestan que mantuvieron hasta el... una unión convivencial no inscripta desde el..., cuyo reconocimiento otorgaron por escritura pública pasada ante mí, el..., al folio... de este Protocolo, y ratifican que de común acuerdo resolvieron el cese de la convivencia y la unión convivencial. CAPÍTULO II - COMPENSACIÓN ECONÓMICA - PRIMERO: Las partes han hecho una evaluación de los roles y dedicación en interés de la familia asumidos por cada uno durante la unión convivencial dentro y fuera del hogar, y el modo en que afectó a cada uno en su situación económica, reconocimiento que de ello devino el empobrecimiento de A causado al momento de la ruptura de la convivencia y el consecuente desequilibrio manifiesto con la situación económica de B comparadas al momento del inicio de la unión convivencial, por lo cual resuelven que B reconoce como compensación económica a favor de A la suma de... pesos. SEGUNDO: Las partes acuerdan que B entregará en pago de tal compensación determinada y exigible a partir de la fecha, el usufructo vitalicio y gratuito, y sin obligación de rendir cuentas ni dar garantía, sobre el inmueble de su propiedad sito en... CAPÍTULO III - DACIÓN EN PAGO - PRIMERO: B constituye usufructo vitalicio en pago de la suma adeudada por compensación económica del capítulo anterior a A, que acepta el inmueble... (descripción)... SEGUNDO: Las partes ratifican que se da en pago por la adeudada por la transmitente al adquirente de..., el que se tendrá como precio de esta transferencia inmobiliaria. TERCERO: Las partes se otorgan suficiente recibo y carta de pago total por la compensación económica adeudada por compensación con el precio del usufructo transmitido. CUARTO: Las partes renuncian recíprocamente a todo reclamo o acción, por la presente dación en pago. QUINTO: B transmite todos los derechos de usufructo y posesión por este título sobre el inmueble descrito a A que adquiere, y declara haber recibido la posesión antes de ahora, conservando el constituyente la posesión como nudo propietario. SEXTO: B declara bajo juramento que es de estado civil divorciado y no tiene en los presente inmuebles radicada su vivienda familiar, no correspondiendo asentimiento alguno por la naturaleza del acto, carácter del bien y su destino. CAPÍTULO IV - CONSTANCIAS NOTARIALES: Acredito: a) TÍTULO: 1) con la primera copia de la escritura pública del... INSCRIPTA en el Registro de la Propiedad Inmueble el..., en la Matrícula..., que el inmueble le corresponde a B, por donación que le hiciera siendo de igual estado civil, su padre... b) CERTIFICACIONES: 1) con los certificados expedidos por el Registro de

la Propiedad de fecha... de... de..., bajo los números... (inhibiciones) y... (dominio), que la transmitente no registra inhibiciones para disponer de sus bienes; el dominio consta y está libre de gravámenes, restricciones e interdicciones. 2) con el certificado expedido por la Dirección Provincial de Catastro Territorial bajo el número..., que a... le corresponde la partida inmobiliaria..., que tiene una valuación fiscal para este año de..., y especial para impuestos al acto de \$... AGREGO a la presente los certificados relacionados. Las constancias de identificación tributarias las conservo en carpeta relacionada a la presente. LEO a los comparecientes esta escritura que otorgan y firman por ante mí, doy fe.

04. CLÁUSULA EN PACTO CONVIVENCIAL QUE AMPLÍA LAS CARGAS DE LOS MIEMBROS DE LA UNIÓN CONVIVENCIAL

El art. 519 CCyC establece entre las normas inderogables que los convivientes se deben entre sí asistencia, que en parangón con el art. 431 CCyC referido a los efectos personales del matrimonio importa la asistencia mutua sosteniendo un proyecto de vida en común basado en la cooperación que en lo patrimonial es análogo al art. 455 CCyC de contribuir al propio sostenimiento, el del hogar y de los hijos comunes o de uno de ellos menor de edad o con capacidad restringida que viva con ellos.

Incluye los deberes de educación, vestido y salud con respecto a la familia, pero el pacto puede extender los mismos o ratificarlos para el caso de quien entiende que podrían no estar incluidos aspectos como el esparcimiento.¹⁸

Las partes pueden ampliar el deber de contribución legal por encima del mínimo en aras a la solidaridad familiar, y aumentar el aporte de uno en considera-

18 Conf. Basset, Úrsula (coordinadora), T. III, en Alterini, Jorge H. (Dir. gral.), *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético*, La Ley, 2° ed. Actualizada y comentada, comentario art. 514, "también puede haber pretensiones específicas de contribución (que dan por incluida la contribución base): tales como que el colegio de los hijos comunes sea uno designado de antemano por los convivientes, que se mantendrá una cobertura de salud con la cual ya hay una preexistencia determinada; puede haber incluso un convenio de alimentos durante la convivencia, o el detalle en la contribución de los gastos, o de los modos en que cada uno contribuirá".

ción del trabajo del otro en el hogar, o según sus condiciones socio-económicas, o incluir donaciones de bienes personales a los hijos comunes, o los gastos de conservación de los bienes del otro.

Se fundan en un derecho-deber constitucional de solidaridad familiar, y el derecho de los hijos comunes a integrar una familia que satisfaga sus necesidades afectivas y materiales en proporción al estándar de vida de sus progenitores, y están comprendidos en los beneficios enumerados en la primera parte del art. 2392 CCyC como excluidos de colacionar, siempre en relación a la fortuna de quien asuma tales deberes, por lo cual no se puede tener como actos que afecten la porción legítima de los herederos, que son en principio los beneficiarios sino directos al menos de forma indirecta.

4.1. TÉCNICA NOTARIAL

Ejemplo de estas cláusulas son las presentadas en el artículo segundo del proyecto elaborado en el punto 2.1.1 del presente.

N° ... PACTO CONVIVENCIAL: A y B. En la Ciudad y Partido de...

CAPÍTULO I -... PRIMERO: Las partes resuelven de común acuerdo que A renunciará a su prestación médica prepaga, para incorporarse a la de B, junto con sus hijos comunes y de B, a fin de tomar un plan médico familiar integral. SEGUNDO: El responsable de pago ante la empresa de salud será B, sin perjuicio de lo cual A asume la obligación solidaria del pago de las cuotas y toda prestación médica y sanitaria complementaria. TERCERO: B se compromete en caso de cese de la convivencia a asegurar la continuidad de A y sus hijos a cargo en la cobertura de la empresa de salud a que se incorporan:..., en el plan que corresponda, realizando toda solicitud, presentación y gestión a tal fin..., doy fe.

05.

PACTO DE RECONOCIMIENTO DE APORTES DE LOS CONVIVIENTES

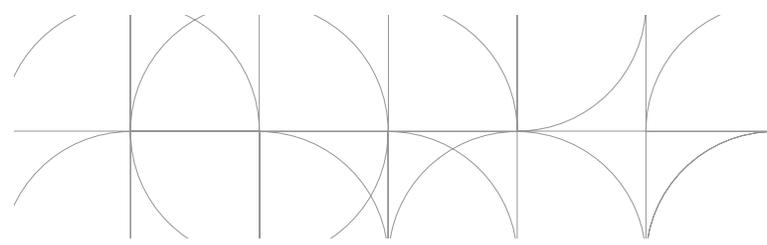
El pacto convivencial tiene por destino evitar el conflicto entre los convivientes o sus descendientes, en especial al momento del cese de la convivencia. Se convierte así en un medio adecuado para acreditar o preconstituir pruebas a realizar en el eventual futuro proceso judicial que con su otorgamiento se puede evitar.

En el ejemplo siguiente se desarrolla el reconocimiento de los aportes hechos por el no titular, en una situación similar a los hechos del fallo que dictara la Sala H de la Cámara Nacional Civil del 23/5/2007¹⁹, en el que se desarrollan los argumentos que llevaron a la enunciación del enriquecimiento sin causa como uno de los principios generales del derecho que habilitan la excepción del régimen supletorio del art. 528 parte final CCyC.

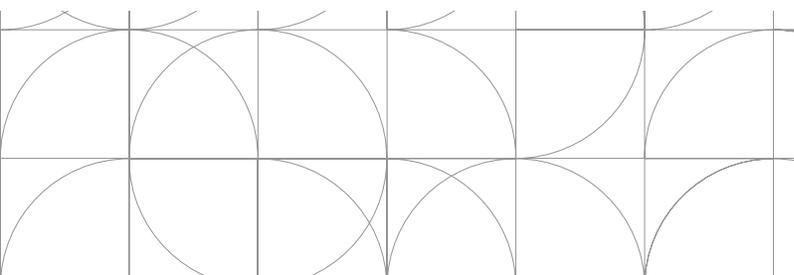
5.1. TÉCNICA NOTARIAL

Nº... CAPÍTULO I - PACTO CONVIVENCIAL - PRIMERO: Los convivientes Mario M y Dora D, declaran bajo juramento que el señor Mario M adquirió, estando ya conviviendo en la situación de la actual unión convivencial, el 10 de junio de 2009 por escritura pública, un inmueble... SEGUNDO: En este acto el señor Mario M reconoce que tal inmueble lo adquirió en su momento con dinero que la señora Dora D había recibido por la indemnización laboral por su despido de la empresa..., pero que se hizo a su nombre por el aporte que él había hecho en la compra de un automóvil BMW... que se titularizara a Dora D, el cual ya se ha enajenado y recibido el precio de venta el señor Mario M. TERCERO: A fin de reconocer los reales aportes en el patrimonio de la unión convivencial, reconoce que la compra del inmueble..., destinado a la sede de vivienda de su común familia convivencial, fue hecho por la señora Dora D, por lo cual resuelven que tal bien integra los bienes en común de los convivientes y con finalidad de su vivienda en común, y acuerdan que al momento del cese de la unión convivencial, por cualquier causa, será adjudicado a la señora Dora D, solicitando que se tome nota en el Registro de la Propiedad Inmueble. CUARTO: Cumplido y acreditado en forma fehaciente el hecho de la condición de esta transmisión inmobiliaria, cualquiera de las partes podrá otorgar la respectiva escritura pública de cumplimiento de la condición y transmisión de dominio e inscripción registral, quedando recíprocamente facultadas a ello, otorgándose poder especial recíproco y con efectos *post mortem* en los términos del artículo 380 inciso b) del Código Civil y Comercial, y facultad de autocontratación para el cumplimiento de este pacto y otorgar la respectiva escritura pública. SEGUNDO: Al efecto facultan a sus apoderados para... (facultades de estilo)... CAPÍTULO II - CONSTANCIAS NOTARIALES... LEO..., doy fe.

19 LL 2007-F-67 con nota de Solari, Néstor, "Enriquecimiento sin causa entre convivientes".



TÉCNICA y PRÁCTICA NOTARIAL



SUBROGACIÓN REAL DEL RÉGIMEN DE VIVIENDA

NICOLÁS AGUSTÍN SOLIGO SCHULER

EL RÉGIMEN DE SUBROGACIÓN DE LA VIVIENDA

El instituto de “Bien de familia”, regulado en la Ley 14.394, ha sido sustituido por las normas contenidas en el Capítulo 3 (Vivienda) del Título III (Bienes) del Libro I (Parte General) del Código Civil y Comercial de la Nación, que han innovado en distintos aspectos de la figura, tales como el carácter declarativo de la inscripción registral¹ y la afectación por una persona sin familia, que puede designarse a sí misma como beneficiaria.²

La posibilidad de subrogar la vivienda consiste en una gran novedad normativa, ya que el régimen derogado carecía de esta figura, que solo fue anticipada por la jurisprudencia.³

1 Art. 244, CCyC, a diferencia del régimen derogado (art. 35, Ley 14.394).

2 Por otra parte, el destino del inmueble debe ser vivienda (arts. 244 y 247) o mixto (habitación y explotación personal), a diferencia del derogado “bien de familia”, que permitía afectar al sistema a inmuebles que sólo consistieran en el negocio u oficina del afectante.

3 Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de San Isidro, sala I, “Kipperband, Jacobo c. Registro de la Propiedad Inmueble de la Provincia de Buenos Aires”, 3/2/1997, AR/JUR/4756/1997. Como expresa sabiamente la sentencia, “Desde la óptica del deudor fallido,

El art. 248 del Código Civil y Comercial establece que “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”.

Esta disposición permite al constituyente vender su vivienda y adquirir otra en reemplazo de la anterior, con el mantenimiento de la prioridad temporal de la primera afectación.

Se trata de una aplicación del mecanismo de la subrogación real, puesto que el inmueble o el dinero que ingresa al patrimonio toma el lugar del bien de-afectado. El dinero obtenido como precio de la compraventa continúa afectado al sistema y el inmueble que ulteriormente se adquiera con dicha suma se afectará al régimen de vivienda por subrogación, en los términos del artículo citado.

Aunque se desvincule el inmueble del régimen, la afectación al sistema continúa vigente a través del objeto que lo reemplaza (el dinero cobrado como precio de la compraventa o el inmueble obtenido por permuta). Por este motivo, el art. 250 del Código Civil y Comercial exige el asentimiento del cónyuge o del conviviente inscripto para la *transmisión o gravamen* del inmueble, mientras que el art. 255, inciso “a”, reproduce igual exigencia para la desafectación al sistema.

REGLAMENTACIÓN LOCAL

El Registro de la Propiedad de la Provincia de Buenos Aires ha reglamentado este instituto a través de la Disposición técnico registral número 10/2016, cuyo art. 9° impone los siguientes recaudos para el documento que contenga la desafectación del inmueble con reserva de subrogación⁴:

“a) si el inmueble es adquirido simultáneamente con la disposición del bien afectado, deberán surgir del documento los datos de la primitiva afectación. El

la imposibilidad de realizar la sustitución del bien de familia con fecha retroactiva a la primera inscripción se presenta como una suerte de esclavitud a residir indefinidamente en un mismo lugar aunque no se ajuste a sus necesidades, lesionando además el derecho a la vivienda familiar tutelada por la Constitución Nacional, la Constitución Provincial y protegida por diferentes tratados internacionales.

4 El Registro de la Ciudad de Buenos Aires ha hecho lo propio a través de la Disposición 4/2016.

asiento registral que se practique deberá contener los datos de la afectación originaria”.

“b) 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”.

La norma reglamentaria exige la reserva de subrogación en oportunidad de que el inmueble egrese del patrimonio del afectante originario⁵. En caso de no efectuarse una reserva expresa, el Registro interpreta que se extingue el régimen de vivienda, sin posibilidad de subrogar el inmueble con posterioridad ni de incorporar esta previsión por escritura complementaria⁶.

Asimismo, la disposición citada ha considerado que el inmueble objeto de la subrogación no puede preexistir en el patrimonio del afectante, al calificar al bien de “adquirido”, en concordancia con la literalidad del art. 248 del Código Civil y Comercial. Esta interpretación ha sido respaldada jurisprudencialmente en los casos “Coto”⁷ y “Vega de Torchia”⁸, ambos durante el año 2016. En este sentido, el nuevo inmueble objeto de la afectación debe adquirirse por permuta o compraventa y no puede ser recibido por donación ni preexistir en el patrimonio del afectante.⁹

5 En cambio, la reglamentación de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires soslaya esta exigencia en los siguientes términos: “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” (art. 4, DTR 4/2016).

6 La reserva se anota en el folio real del inmueble enajenado con el Código registral “561-32”.

7 Cámara 1a de Apelaciones en lo Civil y Comercial de La Plata, sala I, Dirección General del Registro de la Propiedad, expediente 23077-1003/2016, iniciado por el notario Emilio coto, 14/6/2016.

8 Cámara 1a de Apelaciones en lo Civil y Comercial de La Plata, sala III, Dirección General del Registro de la Propiedad, expediente 2307-0001222/2016, iniciado por la notaria Hilda Vega de Torchia, 29/12/2016, AR/JUR/107617/2016.

9 La norma vigente se apartó de las XX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, CABA, 2005, Comisión N° 4 (Protección jurídica de la vivienda), que señalaron la necesidad de una futura reforma legislativa que previera la subrogación real “Incluso, a fin de que el constituyente pueda optar por transferir la protección a otro inmueble de su propiedad”.

Es posible subrogar un inmueble afectado anteriormente al régimen de “bien de familia”, por tratarse del instituto legal sucesáneo que reglamenta el mandato constitucional de la protección de la vivienda (art. 14 bis, Constitución Nacional).

ASPECTOS PRÁCTICOS

Si la desafectación del inmueble proviene de una compraventa, resulta conveniente el depósito del dinero obtenido como precio, para permitir la trazabilidad del monto, sin que se confunda con el resto del patrimonio, teniendo en cuenta la protección *sine die*¹⁰ que opera hasta la adquisición del nuevo inmueble.

Si se compra y afecta por subrogación un bien de mayor valor, la doctrina interpreta que la adquisición no puede perjudicar a los acreedores, quienes se encuentran legitimados para incoar una acción de inoponibilidad a los efectos de enjugar las deudas con el dinero invertido en exceso.¹¹

Si se adquiere un inmueble de menor valor, el dinero remanente puede ser invertido en un destino afín a la vivienda (mejoras o muebles indispensables del hogar), contando con la protección legal si los valores no se confunden con el resto del patrimonio¹² (por ejemplo, podría dotarse de trazabilidad al dinero a través de la bancarización y del retiro progresivo para la compra de muebles o materiales de construcción).

Si el inmueble que se desafectará del régimen se encuentra embargado, debe rogarse la sustitución judicial de la medida cautelar con carácter previo a la escritura o el adquirente debe reconocerla y tomarla a su cargo para evitar la inscripción provisional de la escritura en el Registro. No opera un desplazamiento automático de la medida cautelar, sino que debe tomar intervención el órgano jurisdiccional.¹³

10 La ley lamentablemente no ha establecido un plazo para el empleo de la suma de dinero utilizada en la subrogación de la vivienda.

11 Conf. Mesquida, Silvina M. y Koon, María L., “La protección de la vivienda en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación”, DFyP 2014 (noviembre), 3/11/2014, p. 61.

12 Conf. Zavala, Gastón A., “Subrogación de vivienda. Interpretación del régimen en el contexto jurídico”, DFyP 2018 (octubre), 12/10/2018, p. 16.

13 Conf. Abella, Adriana N. y Regis, Ariel, comentario al artículo 248, en Clusellas, Eduardo G. (Coord.), *Código Civil y Comercial. Comentado, anotado y concordado*, Buenos Aires, Astrea y Fundación Editora Notarial, 2015, Tomo 1, p. 643.

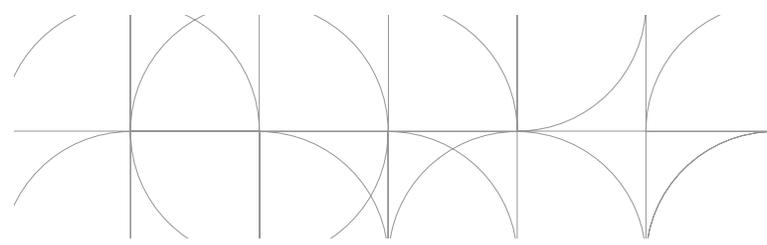
A continuación se ofrece una cláusula ejemplificativa de la reserva de subrogación real del régimen de vivienda en una escritura de compraventa:

“El transmitente manifiesta que: a) el inmueble antes deslindado fue afectado al ‘régimen de vivienda’ según escritura número... de fecha..., autorizada por el escribano... del Partido de..., al folio... del Registro..., habiéndose inscripto en el Registro de la Propiedad con fecha..., bajo el número..., en la Matrícula... del Partido de..., declarando como beneficiarios a...; b) en virtud de haber decidido vender el bien, DESAFECTA voluntariamente el inmueble deslindado del ‘régimen de vivienda’, con EXPRESA RESERVA DE SUBROGACIÓN REAL, trasladando el beneficio al importe que lo sustituye en concepto de precio, en los términos del artículo 248 del Código Civil y Comercial de la Nación; c)... presta el asentimiento conyugal respecto de la desafectación precedente, en los términos del artículo 250 del Código Civil y Comercial de la Nación”.

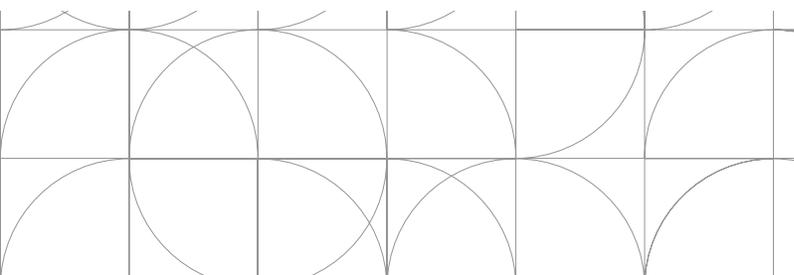
La cláusula de subrogación real del inmueble en la escritura de adquisición debe contener los siguientes requisitos: a) la manifestación de subrogar el anterior régimen de vivienda; b) el empleo del dinero obtenido como precio en la escritura de venta; c) la relación de la reserva en la escritura de enajenación y la correspondiente inscripción registral; y d) la relación de la afectación originaria. El texto sugerido puede ser del siguiente tenor:

“El comprador manifiesta que: a) afecta el inmueble adquirido al RÉGIMEN DE VIVIENDA POR SUBROGACIÓN REAL, en los términos del artículo 248 del Código Civil y Comercial de la Nación, en razón de haber empleado en la presente compra el dinero recibido por la venta de un inmueble ubicado en ..., según escritura número..., de fecha..., pasada ante mí el Autorizante, al folio... de este Registro, cuyo testimonio se inscribió con fecha..., bajo el número..., en la Matrícula... del Partido de..., habiendo efectuado en dicha escritura la respectiva desafectación del citado inmueble con expresa reserva de subrogación real, cuya afectación originaria al ‘régimen de vivienda’ se había efectuado por escritura número... de fecha..., autorizada por el escribano... del Partido de..., al folio... del Registro... de su titularidad, inscripta en el Registro de la Propiedad con fecha..., bajo el número..., en la Matrícula... del Partido de...; b) declara como BENEFICIARIOS, de acuerdo con el artículo 246 del Código Civil y Comercial de la Nación, a sí mismo, a su cónyuge... (datos personales) y a su hijo... (datos personales). El compareciente acredita los vínculos invocados con la siguiente documentación que en sus originales tengo a la vista y en fotocopias autenticadas agrego a la presente escritura: 1) el Certificado de

Matrimonio de... con..., del cual surge que el mismo se celebró con fecha... y se anotó en la Oficina del Registro Civil de..., de la Dirección Provincial del Registro de las Personas, bajo el Acta..., Tomo..., Folio..., del Libro de Matrimonios del año...; y 2) el Certificado de Nacimiento de... y del que surge que nació con fecha..., es hijo de... y..., y fue anotado en la Oficina del Registro Civil de..., de la Dirección Provincial del Registro de las Personas, bajo el Acta..., Tomo..., Folio..., del Libro de Nacimientos del año...; y c) convive con todos los beneficiarios en el inmueble objeto de este acto, no se haya acogido ni tramita igual beneficio ni en esta ni en otra jurisdicción y el bien no tiene más destino que la habitación de los beneficiarios nombrados”.



JURISPRUDENCIA



SÍNTESIS DE FALLOS DE INTERÉS JURÍDICO-NOTARIAL

Selección realizada por
MARIANO COSTANZO

Divorcio. Compensación económica: análisis comparativo de la situación patrimonial de cada uno de los cónyuges al inicio del matrimonio y al momento de producirse el divorcio. Desequilibrio manifiesto que importa un empeoramiento de la situación patrimonial

La litis del fallo apelado

La actora demanda a su exesposo por compensación económica "sine die" y pide una cuota mensual del 20% de los ingresos que percibe el demandado y el mantenimiento como beneficiaria de la obra social de la que goza su marido. En la sentencia dictada en primera instancia se resolvió rechazar la demanda de acción de compensación económica interpuesta, habiendo interpuesto la actora el recurso de apelación que habilitó la instancia de alzada.

Doctrina judicial de Cámara

Resalta primero el Tribunal que no existía en el Código de Vélez una norma que estableciera el derecho a la compensación económica entre cónyuges, regulado en el art. 441 y ss. del Código Civil y Comercial, despejando luego el primer concepto en cuanto a que la compensación económica no resulta una consecuencia necesaria e inmediata del divorcio y no guarda relación alguna con las conductas que los cónyuges puedan imputarse, dejando de lado la nueva legislación el concepto de culpa. En este sentido, cita doctrina: "...La pensión compensatoria consiste en la prestación económica, que debe abonar un cónyuge al otro, nacida en virtud del desequilibrio

manifiesto que importa un empeoramiento de la situación patrimonial, ocasionada por el quiebre del matrimonio. Tiene su fundamento en el principio de solidaridad familiar y puede ser realizada a través de una prestación única, o mediante una renta por tiempo determinado o, excepcionalmente, por plazo indeterminado. O de cualquier otro modo que las partes acuerden, o disponga el juez....Al tratarse de una herramienta destinada a lograr un equilibrio patrimonial, es necesario realizar un análisis comparativo de la situación patrimonial de cada uno de los cónyuges al inicio del matrimonio y al momento de producirse el divorcio, para poder evaluar si hubo eventualmente un desequilibrio que necesite ser recompuesto a través de la fijación de una compensación económica; además de la comprobación de que exista nexo de causalidad entre el quiebre matrimonial y el empeoramiento del patrimonio del cónyuge que reclama la compensación.... Consideramos, asimismo, que la idea de la compensación no debe ser tomada como regla general, sino de modo excepcional, como elemento morigerador, ante la demostración de un real desequilibrio patrimonial, que signifique un empeoramiento de la situación ocasionada por la ruptura del matrimonio..." (*Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, Julio César Rivera y Graciela Medina, Mariano Esper (coordinador), Tomo II, pp. 85/86).

En razón de la doctrina expuesta, dio mérito la Cámara al hecho de que no obstante la ruptura conyugal, el demandado cohabitó con la actora hasta que esta obtuvo un trabajo, habiendo expresado ésta última tener un excelente estado de salud, encontrándose cubierta por la obra social de su trabajo. También se consideró en el fallo, que las partes llevaron adelante la partición privada de los bienes gananciales y que producto de esta operación la actora obtuvo un capital, no habiéndose cuestionado ciertos aportes que realizó el demandado a la vivienda de la actora.

Concluye el Tribunal que la compensación económica no persigue igualar patrimonios, ni garantizar al cónyuge beneficiario el derecho a mantener el nivel de vida que tenía durante el matrimonio, pues es de carácter excepcional y debe resultar de un claro desequilibrio producido a raíz del divorcio. En apoyo de la conclusión, citó jurisprudencia en ese sentido: "La compensación económica del art. 441 del CCyC tiene el carácter de excepcional, en tanto no puede ser fuente de resarcimiento en sí mismo, por la circunstancia de que haya finalizado el proyecto de vida en común de los cónyuges, unilateralmente o por el acuerdo de ambos. Ello es así, pues la

viabilidad de la prestación compensatoria no puede funcionar de manera automática luego de la sentencia de divorcio, ante la petición de uno de los cónyuges, toda vez que el derecho a ella debe resultar de un claro desequilibrio producido a raíz del divorcio, evitando planteos judiciales que lleven a su otorgamiento en la mayoría de los divorcios decretados" (CC0102 MP 162513 573-R I 01/12/2016, Carátula: "B. ,M. V. C/ S. ,G. F. S/ Acción de compensación económica").

Valorando las pruebas producidas unas con otras y todas entre sí, luego de haber realizado una comparación de la situación patrimonial de cada uno de los cónyuges al inicio del matrimonio y al momento de producirse el divorcio, el Tribunal entiende que no se aprecia un desequilibrio que amerite una compensación económica, pues no se hallan acreditados los requisitos previstos por la ley para que así se proceda (arts. 14, 14 bis tercer párrafo y 75 inc. 22 CN y arts. 1, 3, 10, 441, 442 y ccs. CCyC y art. 375, 384 y ccs. CPCC), y termina confirmando la sentencia apelada.

Tribunal: Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mercedes, Sala III, 21 octubre 2017, Autos "G., S. D. C. c/C., R. L. S. s/acción de compensación económica".

Fallo completo:

Consulte este Fallo completo ingresando en el buscador web de la Suprema Corte de Justicia bonaerense (www.scba.gov.ar/jurisprudencia/ActualidadPBA.asp)

Lesión subjetiva. Adultos mayores destinatarios de una especial protección estatal

La litis del fallo apelado

En abril de 2011 se instrumentó la venta de un inmueble por el precio de ciento veinticinco mil pesos que se pagaría del siguiente modo: mil pesos en efectivo antes de firmar la escritura; siete mil pesos mediante depósito bancario y el saldo en 58 cuotas mensuales y consecutivas de los siguientes

tes montos: 1 a 18, mil quinientos pesos cada una; 19 a 38 dos mil pesos cada una y 39 a 58, dos mil quinientos pesos cada una; pactándose la mora automática y, para el caso de atraso, un interés igual a la tasa pasiva del Banco Nación. El comprador recibió la posesión del inmueble, firmándose un comodato a favor del vendedor, por un año, renovable pero que podría resolverse a solicitud de las partes.

El Sr. Juez Titular del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial dictó sentencia mediante la cual resolvió tener por configurado el vicio de lesión subjetiva y, consecuentemente, anuló los actos jurídicos que vincularon a las partes (compraventa y comodato) disponiéndose la restitución mutua de lo entregado (salvo la compensación por los daños admitidos). Es decir, procesalmente, desestimó la demanda por resolución contractual intentada; hizo lugar al reclamo reconvenicional efectuado en lo que respecta a la declaración de nulidad de la compraventa y del contrato de comodato instrumentados; hizo lugar al reclamo de resarcimiento de daños y perjuicios; y rechazó el reclamo de daños y perjuicios efectuado respecto del notario. El actor reconvenido interpuso recurso de apelación.

El Juez de Grado decidió la controversia con arreglo a la preceptiva vigente al momento de la celebración de los actos aquí cuestionados. Ello no fue objeto de cuestionamiento alguno y, por lo demás, es lo que la Alzada entendió correspondía hacerse conforme las previsiones del art. 7 del CCyC.

Doctrina judicial de Cámara

Preliminarmente, sostiene la Cámara: "... que los elementos técnicos del acto lesivo en nuestro dispositivo legal son tres. Ellos son: a) Elemento objetivo, constituido por la notoria desproporción de las prestaciones; b) el elemento subjetivo de la víctima, conformado por la situación de "necesidad", "ligereza" e "inexperiencia" de la misma, y c) el elemento subjetivo del beneficiario, consistente en la explotación de ese estado de inferioridad en que se encuentra la parte afectada (de acuerdo: Moisset de Espanés, Luis, "Los elementos de la lesión subjetiva y la presunción de aprovechamiento", J.A. Doc. 1974, pág. 719; Di Cio, Alberto, "La lesión subjetiva en el art. 954 del Código Civil", E.D. 40-703; Llambías, Jorge J., "Estudio de la reforma del Código del Código Civil-Ley 17.711", págs. 62/63, ed. Jur. Arg. Bs.

As., 1969; Baglini, Elías, "IV Congreso Nacional de Derecho Civil", Córdoba 1971, pág. 680; Carranza, Jorge, "El vicio de lesión en la reforma del Código Civil", pág. 835 y sgs. cap. II)..."

Sostiene también que un trascendente sector de opinión -doctrinaria y pretoriana-, que comparte, entiende que probada la "desproporción" de las prestaciones -únicamente- se genera una presunción *iuris tantum* sobre la existencia del vicio, incumbiendo la carga de la prueba al que sostiene lo contrario.

Determinó el Tribunal que el precio que se pagó es claramente inferior al de mercado; puntualmente, un poco más que un 55%. Consideró además el contexto en el que aquella suma (inferior al precio de mercado) fue pagada en cuotas mensuales por casi cinco años, y sin intereses. Así sostuvo que el desbalance patrimonial que rodeó a la operatoria fue muy evidente, agregando luego que el hecho de que el precio pudiera haber sido fijado de común acuerdo, no quita la desproporción. También ponderó el Tribunal que la circunstancia de que el vendedor pudiera seguir ocupando el inmueble no justifica semejante desproporción de prestaciones (se pagaba poco más de la mitad, en cuotas por cinco años y sin intereses); más aun -consideró- cuando el comodato en cuestión era por un año, renovable pero también rescindible al solo pedido del propietario.

Con relación al elemento subjetivo, valoró la Cámara la edad del vendedor, que contaba, al momento de suscribirse la escritura de venta, con 87 años de edad. Esta sola circunstancia -dice la Cámara- es ya un elemento a tener en cuenta, conforme lo enseñan las máximas de la experiencia. Se cita la causa nro. 57.754 (R.S. 113/10) que frente a un planteo similar se estableció que las situaciones de edad avanzada son presupuestas -en nuestro enconfrado constitucional- como desniveladoras respecto de las personas más jóvenes (art. 75 inc. 23 Const. Nac., 36 Const. Pcial.). En efecto, se concluyó, los adultos mayores son, o deberían ser, en nuestro ámbito jurídico, destinatarios de una especial protección estatal. Queriendo significar con esto, que la especial protección a este particular grupo etario (al igual que acontece con niños, niñas y adolescentes) es obligación específica del Estado, impuesta por la Constitución, incluso ya antes de la suscripción de la Convención Interamericana sobre la protección de los derechos humanos de las personas mayores (y actualmente reforzada por dicha Convención). Entonces, el juzgamiento de las circunstancias subjetivas de la persona (necesidad, ligereza o inexperiencia), en el caso de la lesión subjetiva, debería hacerse siempre en clave constitucional y convencional. Esto no es solo patrimonio del CCyC, en tanto la Constitu-

ción -y las Convenciones- precedían a tal cuerpo normativo, como también lo precedían la específica protección que, a los adultos mayores, debía dispensarse por imperio constitucional.

El test “Mini Mental” (cuyas limitaciones la perito describió) arrojó como resultado “demencia moderada”; refiriendo la necesidad de llevar a cabo pruebas neurológicas para realizar el diagnóstico definitivo.

Recapitula el Tribunal: el vendedor cuenta con 87 años de edad al momento de celebrarse la venta (con todo lo que ello implica), de una condición económica muy modesta y con una patología visual considerable; todo esto está fuera de dudas pues se encuentra acreditado en el proceso. En cuanto a su situación y estado mental, la perito psicóloga no ha podido expedirse, pero no por razones vinculadas con la conducta o actividad procesal del demandado reconviniendo; con todo la perito a cuatro años de los hechos encuentra ciertas patologías mentales concretas, que describe e informa. Concluye así la Cámara que lo más fehaciente es que las patologías de las que nos habla la perito existieran al momento de celebrarse la venta.

De este modo, desde el punto de vista de la Alzada, las condiciones de la venta actúan en el caso indiciariamente como corroboración del aspecto subjetivo (art. 163 inc. 5 CPCC). Incluso, y si alguna duda existiera, debería resolverse en favor de la persona cuyo estado de vulnerabilidad ha quedado acreditado y a la cual debe dispensársele especial protección estatal. Entonces, si el cúmulo de evidencia arroja como posibilidad por demás razonable de que el estado psicofísico al momento del hecho pudiera haber estado desmejorado o no haber sido óptimo, y no hay razón suficiente para considerar lo contrario, es la antedicha la conclusión preferible.

En cuanto a los dichos de la empleada del notario, ella misma nos dice que quien fue a consultar por la escritura fue el comprador; por lo demás, en cuanto a la comprensión del vendedor acerca del acto (la testigo dice que tenía “toda la comprensión”), pero no surge de autos cual sería la calificación profesional de la deponente para efectuar semejante aserto; y, aquí lo fundamental, los dichos de la testigo se contraponen con el cúmulo de elementos probatorios objetivos y convincentes que anteriormente se han analizado.

En suma, está probada en autos la manifiesta desproporción entre lo abonado y el precio del inmueble; está probado, además, que el vendedor se encontraba en una situación subjetiva de vulnerabilidad que, si bien no

implicó una falta total de discernimiento, perfectamente puede encuadrarse en las de ligereza e inexperiencia que menciona el art. 954. Sostiene el Tribunal que si bien es cierto que para la configuración de la lesión subjetiva habría que emplear, por regla, un criterio más bien estricto, expresa que ese criterio no puede ser demasiado severo cuando están en juego derechos de personas vulnerables (adultos mayores) so pena de emitir una decisión constitucionalmente reprochable. Con todo -sostuvo finalmente la Cámara-, y en el caso, aun aplicando un criterio no muy laxo, la desproporción es muy evidente y las condiciones subjetivas del actor, están bien probadas. Ello, en el contexto de la norma enunciada, haría presumir la explotación, sin que surjan pruebas en contrario.

Tribunal: Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Morón, Sala II, 21 de noviembre 2017, Causa N° MO-40548-2011 R.S.246/2017, autos "C. J. C. C/ M. F. S/ Resolución de Contratos Civiles/Comerciales".

Fallo completo:

Consulte este Fallo completo ingresando en el buscador web de la Suprema Corte de Justicia bonaerense (www.scba.gov.ar/jurisprudencia/ActualidadPBA.asp)

Aceptación de herencia. Caducidad del plazo para aceptar. Aplicación del Código Civil

La litis del fallo apelado

La resolución apelada declara operada la caducidad del plazo para aceptar o repudiar la herencia y en consecuencia tiene a DBD, HJJ y EBJ, por renunciantes a la herencia de MRJ en cuanto resultan cónyuge superviviente e hijos del nombrado; todo ello con fundamento en el art. 2288 del CCyC. Los recurrentes ser agravan de esa forma de resolver, manifiestan que el derecho aplicable a la sucesión del difunto es el vigente al momento de su fallecimiento, señalan que ello era un principio indiscutido que estaba expresado claramente en el art. 3282 del Código Civil de Vélez Sarsfield y que también lo expresa el actual art. 2277 del CCyC.

Doctrina judicial de Cámara

Preliminarmente, sostiene la Cámara que con el fallecimiento del causante se abre su sucesión, en ese mismo momento; este hito temporal conlleva la ley aplicable al proceso sucesorio. De allí que habiéndose producido el deceso de MRJ el día 30/09/1995 resulta sin duda alguna de aplicación el Código Civil (Ley 340, arts. 3282 Cód. Civil; 7 CCyC). Continuando el análisis expresa la Alzada que el art. 3313 del Código velezano establece un plazo de 20 años para aceptar o renunciar la herencia, más no impone sanción alguna para quien o quienes no se pronunciaron en aquel lapso; que se debe computar desde que se produjo la apertura del sucesorio, vale decir en forma concomitante con el fallecimiento del *de cuius*. Acreditado el deceso del causante el 30 de setiembre de 1995, al tiempo en que se inició el proceso sucesorio -6 de julio de 2016-, concluye que el plazo de caducidad se encontraba vencido sin duda alguna.

Se pregunta el Tribunal en qué situación quedan esos presuntos herederos que no aceptaron ni repudiaron la herencia durante aquel tiempo; sobre todo cuando la doctrina se mantuvo dividida con respecto a la solución que se debe dar ante tal situación, hasta el presente en que el art. 2288 CCyC determina que se los considerará renunciantes. Explica que hay que tener presente que Vélez no se pronunció sobre las consecuencias de la no aceptación o renuncia una vez cumplido el plazo. En consecuencia, entiende razonable para dar solución al caso tener a los recurrentes por aceptantes de la herencia en tanto es la mejor interpretación que se puede dar al referido art. 3313 ante el sistema que rige la transmisión sucesoria en el derecho imperante al tiempo de la apertura de la sucesión.

A mayor abundamiento, señala la Cámara que los presuntos herederos no han visto controvertido su derecho a la posesión de la herencia, ya sea por otros herederos de rango posterior ni por terceros (Bueres-Highton, *Código Civil y normas complementarias, Análisis doctrinal y jurisprudencial*, T. 6A, pág. 91/93, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2016).

Se hace lugar al recurso y se revoca el decisorio apelado.

Tribunal: Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Dolores, 5 diciembre 2017.

Fallo completo:

Consulte este Fallo completo ingresando en el buscador web de la Suprema Corte de Justicia bonaerense (www.scba.gov.ar/jurisprudencia/ActualidadPBA.asp)

Simulación

La litis del fallo apelado

Las hijas promovieron demanda de simulación contra los actos ostensibles celebrados entre su padre fallecido y el hijo de un anterior matrimonio de la esposa en segundas nupcias del causante. Fue en el sucesorio donde compareció el demandado y presentó dos instrumentos privados con firma certificada ante notario, por medio de los cuales el causante le vendió cuatro bienes inmuebles. Adujeron las actoras que son nulas las mencionadas compraventas (que denominaron actos ostensibles), por cuanto la intención de los contratantes fue encubrir la verdadera naturaleza de los actos (que en realidad consistieron en donaciones), bajo la apariencia de un acto entre vivos a título oneroso, y, de este modo, evitar la adquisición de los bienes por parte de las actoras una vez que se produjera el fallecimiento de su padre. La sentencia de primera instancia rechazó la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta, y se hizo lugar a la demanda de simulación entablada con relación a los actos jurídicos otorgados. En consecuencia, se declaró la nulidad -por el vicio de simulación- de los dos boletos de compraventa suscriptos.

Doctrina judicial de Cámara

En orden a la procedencia de la acción de simulación, adujo la sentenciante que en los procesos de simulación cobra trascendencia la explicación y demostración de la *causa simulandi*, que consiste en la razón o motivo determinante que han tenido las partes para concertar el acto ficticio. Y en torno a este recaudo sostuvo que el *sub caso* se centra en el pedido de nulidad de dos boletos de compraventa -con firma certificada-, a través de los cuales el causante dispuso de todo su patrimonio a favor del único hijo

de su segunda cónyuge.

Así aseveró la *a quo* que la única forma que tenía esta cónyuge para detentar la totalidad de los bienes una vez que falleciera el causante, fue hacer lo que hizo, esto es, sacarlos del patrimonio del causante de manera previa y dárselos a su único hijo, proveniente de su primer matrimonio. De esta manera, no compartiría los bienes con las tres hijas del causante, partiendo de la base de que los mismos eran propios y, por ende, debían repartirse en partes iguales, por cabeza. Destacó la juzgadora que esta fue la intención porque la posesión no fue entregada al comprador, los impuestos siguieron a cargo del vendedor, y éste vendió pero siguió explotando gratuitamente las propiedades. Agregó, además, que una vez fallecido el vendedor, la posesión de uno de los bienes la siguió detentando su cónyuge supérstite, mientras que la posesión de los restantes bienes la recibió el adquirente de su madre, conforme surge de su absolución de posiciones y de su contestación de demanda.

Al examinar las demás presunciones que la condujeron a la decisión adoptada, señaló la *a quo* que los dos boletos de compraventa se hicieron en la misma fecha y, en el caso de las fracciones de campo, por un precio por debajo del valor de mercado, según surge de la pericia de tasación producida en autos. Volvió a destacar la magistrada -como indicio revelador de la simulación- que la explotación y usufructo de todos los bienes siguió en cabeza del vendedor, quien a su vez se debía hacer cargo de los impuestos, y agregó que más tarde la continuó ostentando la cónyuge supérstite, quien es la ocupante de uno de los bienes.

En un aspecto esencial de la cuestión de autos, aseveró la juzgadora que no hubo acreditación fehaciente del origen de los fondos del comprador, que permita tener por veraz el pago del precio indicado en los boletos de compraventa; ni, como contrapartida, la acreditación del destino que le habría dado a ese dinero el matrimonio. Adujo que ni la documentación allegada a la contestación de demanda, ni las declaraciones de algunos testigos, fueron convincentes en cuanto a la demostración cabal del caudal económico del demandado.

Corresponde señalar, en primer término, que los hechos de autos quedaron íntegramente cumplidos durante la vigencia del Código Civil (arts. 955, 956, 957, 960 de dicho cuerpo normativo), por lo que ésta resulta la

norma aplicable en la especie (art. 7 del CCyC). Sin perjuicio de ello, las disposiciones del nuevo código sirven de valiosa guía interpretativa, tal como lo ha señalado este tribunal en numerosos precedentes (arts. 333, 334, 335 y 336 del CCyC; esta Sala, causa n°61761, "Casaux", sentencia del 4-5-2017).

En el caso en juzgamiento se está ante una demanda promovida por las herederas del causante que no han tenido participación alguna en los negocios jurídicos que se reputan simulados. Y en este orden de ideas ha señalado la Suprema Corte Bonaerense que: "La prueba de la simulación frente a terceros es corrientemente la de presunciones, pues en estos casos se toman con tiempo las precauciones necesarias para ocultar el acto y se borran los rastros que él pudiera dejar para desvanecer todo elemento probatorio" (S.C.B.A. Ac. 74459, sentencia del 29/9/2004, "Guerrero", sumario JUBA B 27608; esta Sala, causa n°46366, sentencia del 19-2-2004, "Guerrero de Martínez...").

En consonancia con ello, ha puntualizado el Superior Tribunal Provincial, que: "La prueba de la simulación que puedan aportar los terceros, no tiene la limitación que el contradocumento impone a las partes, teniendo a su favor todos los medios probatorios posibles, porque se encuentran en desventaja con respecto a las partes, de allí que se le permita ofrecer el dicho de testigos, y cualquier elemento presuncional que pueda llevar a la convicción del juzgador estar en presencia de un acto ficticio" (S.C.B.A. Ac.83100, sentencia del 23/4/2003, "Rivadulla", sumario JUBA B 26693, entre otros).

Revestía especial importancia la demostración de que el adquirente poseía suficiente capacidad económica para efectuar los pagos, en la época en que se concertaron las operaciones. Explica así el sentenciante que a partir de la debida acreditación de esta circunstancia habría sido posible presumir la existencia de compraventas reales y descartar el vicio de simulación endilgado por las accionantes. Hizo hincapié en que la valoración de esa capacidad económica del comprador debe realizarse en concreto, con específica referencia al negocio en análisis y dentro del marco temporal en que el mismo se formalizó; por lo que no basta con una demostración genérica de ingresos que no guardan la necesaria articulación con las operaciones impugnadas (art. 384 del Cód. Proc.).

Sostiene el Tribunal que esta carga probatoria no fue satisfecha en modo alguno, considerando que el caso se encuentra claramente configurado el indicio denominado subfortuna, que es uno de los más frecuentes y de mayor elocuencia: “la falta de recursos económicos del comprador para efectuar el desembolso que demandó la adquisición de los efectos en la operación de compraventa impugnada, constituye una seria presunción del carácter simulado de la misma”, habiéndose agregado que “constituye una seria presunción de simulación la imposibilidad económica del adquirente para realizar el contrato y cumplir las obligaciones que de él nacen” (conf. Mosset Iturraspe, ob. cit., tomo I, con cita de varios fallos). Cita más adelante a la Casación Provincial que ha señalado: “De acuerdo con las teorías de las cargas probatorias dinámicas, a los demandados por simulación de un acto jurídico por un tercero ajeno a él, no les es suficiente negar la existencia de los hechos fundantes alegados por el demandante, ni afirmar la sinceridad del susodicho acto atacado, puesto que se les hace necesario e imprescindible aportar pruebas que convenzan de la honestidad del negocio cuestionado” (S.C.B.A. C 90342, sentencia del 21-12-2011, “Rossi y Vilapreño S.A. c/Savini Angel y otros s/nulidad de donación y venta del inmueble”, sumario JUBA B3901373).

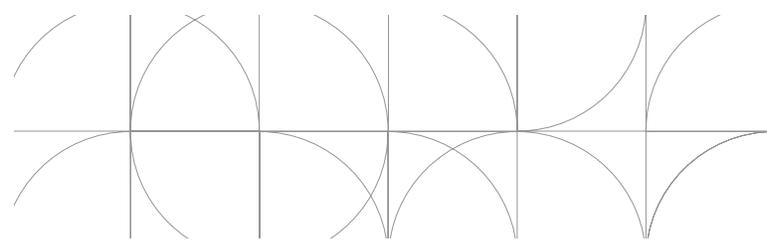
Sin pruebas suficientes en el sentido indicado, no alcanzó a percibir el sentenciante cuál habría sido la necesidad que tuvo el causante para enajenar la totalidad de los bienes que componían su patrimonio, dando por configurado el indicio denominado *necessitas* (innecesidad), cuya síntesis conceptual es la falta de necesidad para la realización del negocio impugnado, para enajenar, gravar, etcétera, que funciona como contracara de la *causa simulandi*. Mientras la *causa simulandi* intenta explicarnos el motivo de la falsedad del negocio aparente, el indicio *necessitas* busca explicarnos su veracidad, su existencia real. Del fracaso de esta explicación, de la carencia de una necesidad a satisfacer con el negocio impugnado, se extrae un dato simulatorio (conf. Mosset Iturraspe, ob. cit., tomo I, p. 320); agregando sobre la base de la misma cita doctrinal que la alegación de un motivo para la enajenación, por más lógico y plausible que parezca, no es suficiente, debiendo ir acompañado de la prueba, pues sólo de esta manera se podrá justificar el negocio, la *necessitas*, y destruir, a la vez, el indicio *causa simulandi* (ob. cit., tomo I, p. 320).

Se culmina aplicando la doctrina casatoria que señala las circunstancias indicativas de simulación en el negocio jurídico: la situación patrimonial de las partes y, en especial, la falta de recursos del adquirente; la ausencia de razones para ceder los bienes transmitidos y la especial oportunidad en que se realizó un acto de disposición (S.C.B.A. citada causa C 90342 del 21/12/2011, "Rossi y Vilapreño S.A.", sumario JUBA B 3901372). Así, bajo el análisis del plexo probatorio reunido en los autos del fallo, no lo quedaron dudas al sentenciante de que los negocios impugnados fueron simulados, y, en consecuencia, confirmó la sentencia apelada en cuanto se rechazó la excepción de falta de legitimación pasiva y se hizo lugar a la demanda de simulación, declarándose la nulidad de los boletos de compraventa objetos del proceso, por el vicio de simulación.

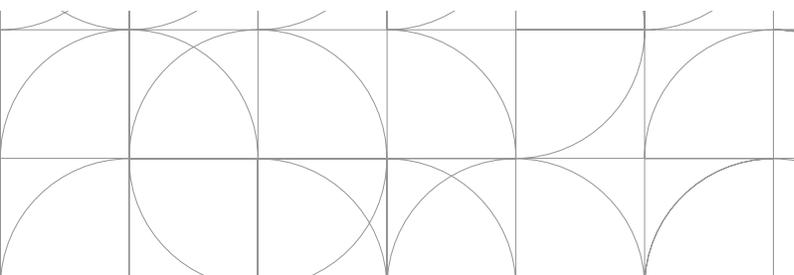
TRIBUNAL: Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Azul, Sala II, 8 Marzo 2018, Causa N° 2-62605-2017, "F. M. E. y Otros C/ R. G. D. y Otra S/Simulación".

Fallo completo:

Consulte este Fallo completo ingresando en el buscador web de la Suprema Corte de Justicia bonaerense (www.scba.gov.ar/jurisprudencia/ActualidadPBA.asp)



INFORMACIONES



XX JORNADA DEL NOTARIADO NOVEL DEL CONO SUR

**Ciudad del Este, República del
Paraguay, 17 al 19 de mayo de 2018**

**Tema I: El futuro de la función notarial. El Ciber Notario
(redes sociales). E-Commerce y la función notarial**

CONCLUSIONES

En Ciudad del Este, Departamento de Alto Paraná, República del Paraguay, a los 18 días del mes de mayo del año 2018, siendo las 15:30 hs. en el marco de la XX Jornada del Notariado Novel del Cono Sur y del XIII Encuentro Nacional del Notariado Novel, se reúne la Comisión Redactora del TEMA I: "El futuro de la función notarial. El ciber notario (redes sociales). E-Commerce y la función notarial", integrada por las siguientes personas: Ilsa Santos Ávalos, Coordinadora Internacional de Paraguay y Presidenta de la Comisión; Sandra Johana González Rivas, Coordinadora Nacional de Paraguay y Secretaria de la Comisión; Santiago Falbo y Diego José Mayordomo, Coordinadores Nacionales de Argentina, Graciela Cami Soria, Coordinadora Nacional de Uruguay, Wendell Jones Floravante Salomao, Coordinador Nacional de Brasil, así también están presentes los Escribanos Flavia Daiana Hurt (Argentina); Gustavo Alejandro Boccolini (Argentina); Montserrat Estigarribia Cabrera (Paraguay); Rodrigo René Guerrero Sanabria (Paraguay); Talita Seiscento Baptista (Brasil); Francisca Spila (Argentina); María Eugenia Gueret (Argentina), Ana Paula Rodad (Uruguay); Diego Andrés Fuentes Brito (Uruguay) y Nicolás García Rodríguez (Uruguay), autores de los dieciséis (16) trabajos presentados y expuestos.

INFORMACIONES

CONSIDERANDO:

Como fuera establecido en las pautas para la realización de los trabajos, la trascendencia que en la actualidad ha tomado el uso de internet, no solo como medio de comunicación, sino que además ha permitido desarrollar nuevas formas de contratación; situación que nos ha llevado a plantear en esta oportunidad, una reflexión acerca de su impacto en la función notarial, en la medida en que representa un desafío y a la vez una oportunidad para proyectar la intervención del Notario en esta área como garantía de extender la seguridad jurídica existente en las tradicionales formas de contratación al mundo digital, y luego de un intercambio de pareceres basados en las ponencias presentadas se arriba a las conclusiones siguientes:

El desafío que presentan los tiempos imperantes exige una adaptación del quehacer notarial, principalmente de la técnica, y la defensa de los caracteres esenciales que hacen a la identidad y existencia del notariado de tipo latino.

La necesidad humana de contar con un tercero profesional capacitado de confianza que cumpla con la función de justicia preventiva y garantice la seguridad jurídica representa un elemento esencial en la función notarial, y no puede ser suplida por tecnología alguna.

El soporte papel que en la actualidad se utiliza para reflejar la Función Notarial tiene valor simbólico, pero no determina la esencia de ésta. Consecuentemente se puede proyectar la implementación de un protocolo notarial digital en la medida en que se mantengan los principios del notariado latino, destacándose entre ellos el principio de intermediación; pues el carácter de público del documento notarial está dado por la intervención del notario en su calidad de profesional del derecho con potestad fedante, independientemente del soporte que refleje su actuación.

Se propone que los colegios notariales propicien la creación de una plataforma digital que permita a sus notarios la elaboración de documentos públicos digitales, como ya existe en el notariado uruguayo y brasileño.

Se recomienda que todos los certificados pre-escriturarios para la formalización de escrituras públicas sean solicitados y obtenidos a través de plataformas digitales en forma instantánea, así como la digitalización de los antecedentes registrales para la visualización de los mismos desde un usuario asignado al notario, y además incorporar las inscripciones digitales, a los fines de brindar un servicio más ágil y acorde a las exigencias de nuestros tiempos.

Mientras la función notarial sea una profesión que genere confianza en la sociedad, capaz de brindarle seguridad jurídica, la misma se mantendrá plenamente vigente, lo que se logra acatando los principios deontológicos y velando por su cumplimiento.

La tecnología es capaz de asegurar la veracidad de la información contenida, de garantizar la trazabilidad de la misma y securitizar la transacción realizada a través de una red determinada y el cifrado/descifrado de los documentos, pero ésta no sustituye el servicio que presta el notario, aunque sí exige su especialización para dar las respuestas que los nuevos requerimientos sociales plantean.

Considerando que son pocas las herramientas que nos ofrece el Derecho para la protección del patrimonio digital *post mortem*; es necesario que se produzca una regulación de manera global sobre la cuestión sucesoria digital, a través de pactos o tratados internacionales, sin afectar la privacidad.

Es necesaria la existencia de un testamento ante un notario, con el nombramiento de un "albacea o heredero digital" para que todos los activos digitales de valor afectivo y patrimonial sean preservados, así como la existencia de un reglamento específico al respecto.

Se encuentra en las redes sociales un espacio para celebrar nuevos contratos y generar prueba digital, así como la incorporación paulatina del blockchain en las áreas que más se adapten a sus características.

Se pregona la compatibilización de la teoría general del contrato con novedosos instrumentos como los *smart contracts* o contratos inteligentes y el trabajo interdisciplinario entre informáticos y notarios.

Por último, se afirma que el uso de las nuevas tecnologías es útil y necesario para la función notarial, no por una cuestión de modernidad o tendencia, sino en la medida que faciliten la labor del Notario y no la desnaturalicen.

Tema II: El notario en la prevención del lavado de activos

CONCLUSIONES

En Ciudad del Este, departamento de Alto Paraná, República del Paraguay a los 18 días del mes de mayo del año 2018, en el marco de la XX Jornada del Notariado Novel del Cono Sur y del XIII Encuentro Nacional del Notariado No-

INFORMACIONES

vel, se reúnen la comisión redactora del Tema II: "El Notario en la prevención del lavado de activos", integrada por las siguientes personas: Nicodemus Ortigoza Gómez, Coordinador Internacional Paraguay y Presidente de la Comisión; Cynthia Natalia García Rodas, Coordinadora Nacional Paraguay y Secretaria de la Comisión; Lucía Pujol, Coordinadora Nacional Argentina; María Eugenia Gueret, Subcoordinadora Nacional Argentina; Lydia López Sosa, Coordinadora Nacional Uruguay, así también están presentes los Escribanos Gustavo Dal Molin De Oliveira y Fernando Rubén Baez Artecona, autores de dos de los siete trabajos presentados y expuestos.

CONSIDERANDO:

Que los actos ilícitos de lavado de dinero, financiamiento del terrorismo y proliferación de armas de destrucción masiva, se han constituido en riesgo y amenaza en múltiples actividades, distorsionando la economía y comprometiendo el sistema financiero y la seguridad jurídica. Teniendo en cuenta que el estado a través del notario público se encuentra presente en las transacciones entre los particulares, por ende ejerce un rol fundamental en la prevención del lavado de activos y siguiendo las recomendaciones del Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI) los diferentes estados han establecido normas y políticas con el fin de prevenir o mitigar el lavado de activos.

POR ELLO la Comisión propone al pleno las siguientes conclusiones:

Que los países y bloques económicos unan esfuerzos en la prevención y represión del lavado de activos creando canales de información internacional de consulta sobre personas políticamente expuestas, y señales de alertas comunes de la región que deberán ser puestas a disposición de los escribanos para facilitar la detección de situaciones de riesgos.

Igualmente los notarios con la colaboración del colegio o asociación de escribanos y la unidad de inteligencia financiera deben implementar programas internos y regionales antilavado de activos y de combate al financiamiento del terrorismo, aprovechando las nuevas tecnologías, de manera a lograr un sistema de alertas pudiendo al mismo tiempo compartir información dentro del propio grupo profesional, así como: establecer precauciones adicionales compatibles con la situación peculiar de cada uno de los países.

Siendo el notario diligente en su actuar y cumpliendo con los deberes objetivos impuestos por la leyes, mitigará los riesgos y cumplirá su función preventiva respecto al lavado de activos.

A los efectos de obtener mayor colaboración de los requirentes y cumplir cabalmente las obligaciones que nos imponen nuestras respectivas legislaciones es necesario publicitar a la sociedad sobre los controles que debemos hacer y a los que estamos obligados por la ley.

Por último, convenimos que la función del notario público, sea en los actos simples o en los más complejos, ejerce un rol fundamental siendo éste el encargado de recibir la manifestación de voluntad de las partes, analizarlas, formular el acto jurídico y realizar las diligencias debidas para detectar y transmitir información sobre operaciones inusuales o sospechosas de lavado de activos, por lo que proponemos realizar por los canales correspondientes, lo necesario para mantener las incumbencias notariales y promover la formalización de los actos y contratos relacionados a bienes patrimoniales con intervención notarial evitando caer en la informalidad y por ende propiciar el descontrol.

43° CONVENCIÓN NOTARIAL

Ciudad de Buenos Aires
27 al 29 de junio de 2018

Tema I: Uniones convivenciales

Coordinadora: María Marta Luisa Herrera
Subcoordinadores: Cecilia Celeste Korniusza
Diego Mariano Mage

Comisión redactora: María Marta Luisa Herrera
Cecilia Celeste Korniusza
Diego Mage

Tratamiento del Tema I de la 43 Convención Notarial del Colegio de Escribanos de CABA.

El tratamiento del tema indicado, comenzó con la exposición que brindaron tres especialistas en la materia de derecho de sucesiones, Dra. Natalia Torres Santomé, Derecho Internacional Privado, Dra. Nieve Rubaja, y la Directora del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas de CABA, Dra. María Laura Pitiot.

En su exposición, la Dra. Torres Santomé refirió la importancia de la inclusión en el nuevo CCyC del instituto que nos convoca, a pesar de las críticas que recibió su regulación por la doctrina especializada, en especial en la regulación de las cuestiones patrimoniales derivadas, con la presencia de excesiva cantidad de normas de orden público.

INFORMACIONES

Destacó la regulación del derecho de protección de la vivienda familiar entre convivientes, y la posibilidad del ejercicio de la autonomía de la voluntad a través de la celebración de pactos de convivencia. Asimismo, la especialista aclaró que, a su criterio, se requiere que la unión convivencial esté inscripta en el registro civil y en el registro de propiedad correspondiente, para que sea necesario contar con el asentimiento del conviviente no titular para disponer de la vivienda familiar y desafectar el régimen de protección de la vivienda familiar.

Distinguió los efectos derivados del cese de la convivencia, en vida de los convivientes o por fallecimiento de uno de ellos. Resaltó la importancia del derecho de habitación del conviviente supérstite en caso de ruptura por fallecimiento de uno de los integrantes de la unión convivencial, aunque criticó la exigüidad del plazo conferido (solo dos años) y la falta de normas claras en cuanto a su implementación y registro, no obstante reconocer que se trata de un derecho real que nace *ex lege*.

La Dra. Nieve Rubaja, analizó el instituto de la unión convivencial desde la perspectiva del derecho internacional privado. Enfatizó la inexistencia de normas convencionales al respecto, pero sí la existencia de regulación relativa a la jurisdicción competente y ley aplicable, en la fuente interna, a raíz de la sanción del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación.

Enfatizó la pertinencia de la inclusión de las normas de conflicto de ley aplicable y jurisdicción en la ley de fondo nacional, lo que constituye una novedad legislativa y una necesidad derivada de la constitucionalización de los derechos fundamentales de las personas. Sin perjuicio de ello, criticó la solución territorialista relativa al derecho aplicable al fondo de dichas relaciones interpersonales, que, aunque políticamente correcta, puede a veces llevar a la existencia de soluciones disvaliosas cuando se plantea una cuestión en un caso con elementos extranjeros.

Sugirió la posibilidad de ampliar el punto de conexión del 2628 CCyC, sobre todo en los casos en los que los requisitos para constituir la unión en el extranjero fueran más flexibles que los exigidos por la ley nacional, cuando se pretendan ejercer los derechos derivados de dicha unión convivencial en el país. Señaló que evidentemente, no podrían escindirse las cuestiones relativas a la constitución y reconocimiento de la unión de los efectos que producen.

Finalmente, expuso que, no obstante los intentos de los organismos internacionales especializados para analizar y proponer a través de las convenciones, normas de armonización internacional para regular el instituto, los mismos han sido desestimados en virtud de la inexistencia de principios comunes en las legislaciones nacionales que los regulan, y la poca afinidad de las legislaciones vigentes en los países.

A su turno, la Dra. Ana Laura Pitiot, se refirió a las diferencias y similitudes entre matrimonio, unión civil, unión convivencial y certificado de convivencia, conforme la ley vigente.

Manifestó que el dictado de la Disposición 18/2018 del Registro Civil de CABA propone la reformulación de normas del organismo, a la luz de las disposiciones del CCyC.

El Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires ha sido pionero en el reconocimiento de los derechos de los convivientes, a través de la sanción de la Ley de unión civil 1004, en mayo 2002, cuyas disposiciones se encuentran aún vigentes. Resaltó que a diferencia de la unión convivencial que es una situación de hecho, la unión civil debe ser inscripta en el registro civil de CABA; siendo su inscripción constitutiva de los derechos de los convivientes.

Subrayó que desde la entrada en vigencia del CCyC se han inscripto en la CABA más uniones convivenciales que uniones civiles. Confirmó que se encuentra vigente y en funcionamiento el registro de pactos de uniones convivenciales en el organismo, que funciona en forma presencial y TAD. Y finalmente aclaró que los funcionarios no califican el contenido de los pactos de uniones convivenciales cuya inscripción se inscribe.

Aseguró que el organismo está estudiando la posibilidad de otorgar libretas de familias para uniones civiles y uniones convivenciales, al momento de su registración.

Finalmente y en lo relativo al cese de las uniones civiles y las uniones convivenciales afirmó que existe criterio unificado: Si es de común acuerdo, se registra sin inconvenientes. Caso contrario, se exige notificación fehaciente al conviviente por carta documento, y, en su defecto, por edictos.

Terminada la exposición de las disertantes, se trataron las ponencias presentadas por cada uno de los escribanos que enviaron trabajos para el Tema.

INFORMACIONES

Cada uno de ellos contó con un plazo de exposición y debate de sus ponencias y argumentos contenidos en los trabajos.

CONCLUSIONES:

- El Código Civil y Comercial reconoció a la unión convivencial como una nueva forma de organización familiar, otorgándole una regulación jurídica propia que la diferencia del instituto del "matrimonio".

- La convivencia permanente, estable, singular, pública y notoria es esencial en la configuración de la unión convivencial.

- La unión convivencial constituye un "estado de familia" para los convivientes y no altera su estado civil. De dicho estado de familia se derivan consecuencias jurídicas personales y patrimoniales, pero no confiere derecho sucesorio a los convivientes ni importa la posibilidad de aplicar analógicamente las presunciones legales derivadas del régimen del matrimonio.

- La inscripción de la unión convivencial tiene efectos declarativos y no constitutivos. La registración de la unión habilita a solicitar la libreta de familia al registro civil respectivo, en los términos del art. 1 del CCyC.

- El escribano no es responsable de la exactitud o veracidad de las manifestaciones relativas al estado de familia asentados en la escritura conforme a la manifestación de las partes. La fe de conocimiento y la individualización del otorgante no alcanza a la veracidad del estado de familia, domicilio o vecindad de los otorgantes o requirentes de las escrituras públicas.

- No obstante lo anterior, debe tenerse en consideración en el ejercicio de la función notarial, que quien declaró que se "encuentra en unión convivencial", aunque no la haya registrado, tendrá que afrontar las consecuencias derivadas de dicho reconocimiento de estado de familia.

- El cese de la unión convivencial en los términos del art. 523 inc. f) del CCyC (notificación fehaciente unilateral al otro conviviente), puede instrumentarse por carta documento, acta notarial y, en su caso, por publicación de edictos (por aplicación analógica de las disposiciones de la Ley 1004 de la CABA).

- El régimen del Título III del Libro Segundo del CCyC en lo relativo a las relaciones personales y patrimoniales de los convivientes resulta supleto-

rio, con las limitaciones de ley, en el caso de que los convivientes hubieran instrumentado pactos de convivencia.

- El pacto de convivencia es un acuerdo que permite regular el proyecto de vida común de los convivientes, regulando sus relaciones patrimoniales y personales. Rige, para su redacción y modificación, el principio de la autonomía de la voluntad de las partes con los límites del orden público, la igualdad de trato de los convivientes y lo dispuesto por los arts. 255 inc a), 513 *in fine*, 515, 518 *in fine*, 519, 520, 521, 522 CCyC. Para que su oponibilidad *erga omnes*, el pacto deberá inscribirse en los registros correspondientes (Registro Civil, Registro de la Propiedad Inmueble, Registro de Propiedad Automotor, etc.).

- No es un requisito para instrumentar un pacto de convivencia que la unión convivencial se encuentre inscrita en el Registro Civil y Capacidad de las Personas.

- No obstante la libertad de forma que rige para la instrumentación del pacto de convivencia, se recomienda su instrumentación por escritura pública. Asimismo, se recomienda: a) la inclusión de cláusulas relativas a la forma y domicilio constituido de los convivientes para notificar unilateralmente el cese de la convivencia; y b) la inclusión de una cláusula de compromiso arbitral, por la que se designe al Tribunal de Arbitraje General y Mediación del Colegio de Escribanos de CABA para dirimir cualquier controversia de carácter patrimonial entre las partes, derivada del mismo pacto o la situación de hecho entre ellos establecida.

- Las transmisiones de dominio que se generan entre los exconvivientes pueden tener como causa generadora la "compensación económica", prevista o no en el pacto, y la adjudicación conforme al art. 1984 CCyC. Se admite, ante el conflicto, el contrato de transacción. La "compensación económica" a que refiere el art. 524 CCyC a favor del exconviviente que sufre un desequilibrio económico manifiesto con causa en la convivencia y su ruptura, puede consistir en una prestación económica, en el "usufructo de determinado bien", o en lo que hayan acordado las partes o lo que en definitiva, establezca el juez.

- Por disposición legal, y sin perjuicio de lo que los convivientes pudieran haber acordado en el pacto de convivencia, se requiere el asentimiento convivencial para:

INFORMACIONES

a) disponer de los derechos sobre la vivienda familiar (art. 522 CCyC).

b) desafectar de la protección de la vivienda (art. 255 inc. a CCyC).

c) y siempre que la convivencia estuviera inscrita en el Registro Civil (art. 522 y 255 inc. a CCyC) y así fuera publicitado por el Registro de la Propiedad que corresponda (conf. art. 22 Ley 17.801 y concordantes).

La necesidad de contar con este asentimiento se extiende a los siguientes supuestos: a) que el titular de dominio hubiera declarado su condición de conviviente y la existencia de su unión convivencial al momento de adquirir el bien y ello constara en el título de dominio del enajenante; y/o b) que el titular del dominio lo declare al momento de disponer el bien de que se trate.

- La sanción por incumplimiento de lo dispuesto por el art. 522 CCyC es la nulidad relativa del acto. Tanto en ese supuesto, como en el del art. 245 inc. a) CCyC, la omisión del asentimiento del conviviente con unión convivencial inscrita, puede ser subsanada con posterioridad por el conviviente no titular.

- El derecho real de habitación del conviviente supérstite tiene un fin asistencial de raigambre constitucional, que garantiza el derecho a la vivienda digna y adecuada a quien compartiera un proyecto de vida con el/ la causante.

- Deben diferenciarse los requisitos para la operatividad de la adquisición del derecho real de habitación del conviviente supérstite (*ipso iure* y *ex lege*, con la muerte del causante) de los previstos para su oponibilidad respecto de terceros interesados y de buena fe (que requiere de la inscripción registral), dejando a salvo los derechos de los acreedores del *de cuius*.

- Habida cuenta de lo normado por los arts. 2 inc. a y 3 inc. a de la Ley 17.801, se propicia que el documento registrable portante del derecho real de habitación del conviviente supérstite, sea preferentemente la escritura pública. En la misma podrá comparecer el conviviente supérstite y los herederos declarados del conviviente fallecido, pudiendo plasmarse otras cuestiones atinentes al derecho real (conservación, pago de gastos y contribuciones, etc.).

- Es posible la designación del conviviente no titular como beneficiario del régimen de protección de la vivienda, siendo el conviviente no inscripto

el único caso en que la ley no requiere acreditación de vínculo de ningún tipo.

DE LEGE FERENDA:

- Por armonización con el art. 672 CCyC debe entenderse posible designar beneficiarios del régimen de protección de la vivienda, a los hijos del conviviente (o del cónyuge) no titular, que no sean a su vez hijos del afectante, y bastará a tal fin la acreditación del vínculo con uno solo de los convivientes, sea que ese conviviente sea también condómino afectante o mero beneficiario no titular.

- Ante la situación fáctica de darse conjuntamente la convivencia con impedimento de ligamen, requisitos del art. 510 incs. d y e del CCyC, debe considerarse la existencia de unión convivencial, ya que se encuentran en dos incisos separados, sin que de la lectura literal del artículo mencionado pueda extraerse que la ausencia de ligamen debe estar presente durante todo el plazo de la convivencia.

Tema II: Nuevas tecnologías

Coordinador: Pablo Luis Manganaro

Comisión redactora: Pablo Luis Manganaro
Verónica Rocchi

1. Es necesaria la incorporación de las nuevas tecnologías a la actividad notarial, capacitando a los escribanos sobre el uso correcto de la firma digital en los documentos electrónicos, concientizándolos acerca de su naturaleza jurídica.

2. El documento notarial confeccionado en soporte digital tiene el mismo valor legal que el instrumento confeccionado en soporte papel, siempre y cuando el mismo se ajuste a las normas locales que habiliten su expedición, y se encuentre firmado digitalmente conforme Ley 25.506 y sus reglamentaciones.

INFORMACIONES

3. Las implementaciones de la Ley 25.506 dan un nuevo soporte para los documentos de índole notarial, sin embargo la función no varía. El escribano deberá continuar receptando la voluntad de las partes y dar forma legal a la misma, brindando asesoramiento, redactando los documentos idóneos que dota de autenticidad y velando por el otorgamiento eficaz de aquellos actos que, ameritan mayor tutela por parte del Estado, dada su importancia social.

4. Es necesario reglamentar los procesos para la inserción de la documentación habilitante en el protocolo notarial, cuando la misma constituya un documento digital, en particular cuando se trate de documentos específicos de representación.

5. La utilización de un programa firmador, que valide la condición y ejercicio de la función notarial mediante un certificado vigente, jerarquiza el uso profesional de la firma digital, siendo innecesaria su legalización posterior, permitiendo la circulación del documento notarial electrónico a nivel nacional.

6. Las normas vigentes en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires, son adecuadas para sustituir el soporte papel de las escrituras de más de treinta años, en un soporte de digitalización, con igual valor probatorio y jurídico, perdurable en el tiempo, con mejores posibilidades de conservación y funcionalidad para la actividad notarial. La destrucción del soporte papel, quedará a consideración de la norma local que así la autorice.

7. La digitalización de los protocolos notariales, complementa y garantiza el deber de custodia de los colegios notariales que han asumido esta responsabilidad.

8. El ordenamiento jurídico se orienta a la conformación de instrumentos digitales, dejando abiertas las puertas para la creación de un protocolo notarial digital, que emule las experiencias exitosas de otros países del notariado latino.

Tema III: Sociedad por acciones simplificada (SAS) Transformación de otros tipos societarios en SAS

Coordinadora: Victoria Masri
Subcoordinadores: Alicia Olivares
Eduardo Favier Dubois

Comisión redactora: Victoria Masri
Alicia Olivares,
Pilar María Rodríguez Acquarone,
María Cesaretti
Ariel Gustavo Dasso
Fernando Pérez Hualde
Alejandro Ramírez

CONCLUSIONES

Más allá de la discusión teórica que aún se mantiene respecto a la tipicidad de la SAS o su consideración como clase o tipología, lo concreto es que la ley especial permite expresamente que cualquier sociedad de alguno de los tipos previstos en la Ley General de Sociedades podrá transformarse en SAS y viceversa.

La amplia autonomía de la voluntad que la Ley 27.349 propone, hacen de la SAS la figura más adecuada para la empresa familiar. Debe especialmente considerarse la inclusión de cláusulas tendientes a la prevención de conflictos, así como la resolución de los mismos por medio del arbitraje y la mediación, evitando el proceso judicial.

Es indudable el beneficio que genera la incorporación de las nuevas tecnologías que tienden a una mayor simplificación y celeridad tanto en el trámite de constitución como en el funcionamiento propio de la estructura societaria. Más allá de ello, se considera con especial valor la amplia autonomía de la voluntad en la que el asesoramiento profesional es fundamental. Se propicia la adopción del estatuto libre, que contenga las cláusulas y previsiones consensadas y analizadas por los socios fundadores que tiendan a dar respuestas a las necesidades particulares de cada emprendimiento.

INFORMACIONES

Siendo la figura del administrador de hecho una derivación de la teoría de la apariencia y primacía de la realidad, para su aplicación debe seguirse un criterio de extrema prudencia. La influencia dominante del socio controlante o las directivas impartidas por éste a los administradores por él designados no son suficientes para calificarlo como administrador de hecho, toda vez que en el caso, el socio no actúa personalmente como administrador sino en ejercicio de los derechos derivados de su participación. Ni podrá escudarse el administrador de hecho detrás de un poder para escapar a las responsabilidades que la ley le impone como tal, ni deberá temer el apoderado que actúa ejecutando decisiones tomadas por el órgano de administración y no ejerce más que funciones ejecutivas y representativas cumpliendo instrucciones impartidas por aquel.

La opción entre objeto determinado o amplio es facultad de los constituyentes. Frente al objeto amplio y plural se ve reducida la posibilidad de los actos notoriamente extraños o exorbitantes al mismo.

El capital social mantiene su importancia para medir la participación de los socios. Sin perjuicio de ello, dado lo exiguo de la cifra mínima exigida, este no parecería resultar apto para oficiar como garantía frente a terceros.

No existiendo límite máximo al capital social y pudiendo cotizar en bolsa, la SAS resuelta una estructura apta para cualquier tipo de emprendimiento a toda escala.

Propiciamos la inclusión de la cláusula compromisoria arbitral en el modelo de estatuto tipo.

Pudiéndose caracterizar a la SAS como a una sociedad de tipo personalista, para el caso que se hubiera establecido la restricción a la transferencia de las acciones, frente al acreedor del socio deberá aplicarse en forma analógica la solución prevista por el art. 57 de la LGS.

La SAS constituye la figura idónea para la planificación de la inversión empresarial al permitir, vía la figura de los contratos conexos, reglamentar los derechos y obligaciones de los socios y las sanciones por su incumplimiento mediante la exclusión social, fuera del régimen rígido de la LGS.

Una herramienta útil e innovadora, a los efectos de evitar conflictos entre socios mayoritarios y minoritarios en las SAS, sería la incorporación del régimen de la declaración unilateral de adquisición de participaciones residuales,

actualmente regulado únicamente para sociedades que hacen oferta pública de sus acciones. Esta herramienta puede ser incorporada como opción en el instrumento constitutivo previendo el procedimiento, plazo, condición y precio equitativo para la venta forzada.

Resulta interesante la ductilidad de la figura por cuanto admitiría incluso la previsión de cláusulas tales como: a) causales de exclusión del socio; b) restricción al ejercicio del derecho de receso; c) restricción al derecho de preferencia; d) restricción a la distribución de dividendos; e) emisión de acciones sin derecho a voto y/o sin derecho al cobro de dividendos.

Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires

Áreas y Comisiones Asesoras

PRESIDENCIA / Ignacio Javier SALVUCCI

Comisión de Personas Jurídicas

Presidente: Silvia Rosa Enseñat
Miembros: Brenda Antollini; Marcela A. Muscariello; Elina Inés Carreira; María Alejandra Borelli; Vilma Claudia Rosello; Laura Inés Vázquez; Elisa Verónica Morello y Augusto Zuelgaray

Unión Internacional del Notariado

Consejo Federal del Notariado Argentino

Federación de Entidades de Profesionales Universitarios (FEPUBA)

Relación con la Dirección Provincial de Personas Jurídicas y el Ente Provincial

VICEPRESIDENCIA 1° / Maximiliano MOLINA

Comisión de Deportes y Recreación

Presidente: Julián Eduardo De Marco
Miembros: Matías Castro; Carla Merlini; Fernando Pino; Fiorella Pía Cacace; Luciano José Loraschi; Joaquín Castro Feijóo y Luis María Flores

Comisión de Imprenta

Presidente: Alejandro Omar Etchart
Miembros: Mercedes Rosa Pérez; Raúl Armando Olocco; Juan Manuel Area; Rubén Diego Cavagna; Fausto Basanta; Carlos Federico Ballestrín; Analía Josefa Mangas; Juan Miguel Tamborenea

Comisión de Seguros

Presidente: Marcela Edith Rapa
Miembros: Juan Pablo Berne; Lidia Rossi; Carla Fiori; Matías Wertheimer; María del Pilar Llorens Rocha; Ramón Tabaré Canicoba y Nilda Cecilia Saling

Comisión de Regularización Dominial

Presidente: Alejandro Alberto Glaría
Miembros: Cecilia Cuitiño; Luis César Marinelli (h); María Isabel Ludevid; Esteban Bedoya; Patricio Gabriel Galiano; Luciana Gabriela Bernardo; Julio Hernán Draque y Juan Luis Cadierno

Archivo de Actuaciones Notariales

Departamento de Registros Especiales

Departamento de Inspección General

Taller de Producción Gráfica

Oficina de Regularización Dominial y Vivienda Social

VICEPRESIDENCIA 2° / Susana SURACE

Comisión de Bancos

Presidente: Silvia Gabriela Giler
Miembros: Alejandro Nicolás Loyacono; Ignacio Fioramonti; Emmanuel Ojeda Georgieff; Juan Matías Morrone; Amalia Suhilar; Liliana Greco y Javier Delgado

Comisión de Noveles

Presidente: Andrés Esteban Sabelli
Miembros: Andrés Martínez (h); Aldana Miliozzi; Juan Tomás Herrera; Emiliano Raúl Villalba; Juana Bovati; Lucas Del Grosso; Marcos Heredia y Juan Andrés Bravo

Asesoría Notarial Personalizada

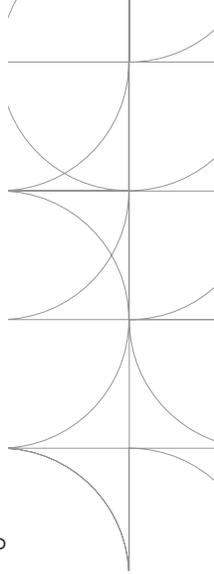
Asesoría Tributaria

Delegados de la Universidad Notarial Argentina

Fundación Editora Notarial

Tribunal de control de los RNRD

Tribunal Notarial



SECRETARÍA DE GOBIERNO / Federico José RODRÍGUEZ ACUÑA

Comisión de Asuntos Fiscales y Administrativos

Presidente: Brígida Gloria Raffo
Miembros: Fernando Esteban Lagae;
Marina Susana Eyra Villar; Nicolás Másboli;
María Cecilia Gutiérrez; Jorge Daniel Biglieri;
Sebastián Lassalle; Valeria Débora Bezruk y
Jorge Horacio Concepción

Comisión de Comunicaciones

Presidente: Adriana Myrtha Sosa
Miembros: Gabriela Verna; Alejandro José
Longobucco; Gerardo Agustín Clavin; Paula
Analía Ortiz de Zárate; Mariano Costanzo;
Patricia Edith Montes, Mariana Patricia
Melchiori y Juan Manuel Espil.

Comisión de Concursos

Presidente: Nelly Olga López
Miembros: Natalia Blasi; Domingo José
Bacchiega; María Alejandra Re; Estefanía
Casati; María Cecilia López; Fabiana Balzano
Scioletta y Estela Zubiaurre

Grupo de Asesores Registrales

Coordinador: Luis Felipe Basanta
Miembros: María Alejandra Cruz; Pablo
Álvarez; María del Carmen Kiricos; Mónica
R. Corti; Mario Germán Bordenave; Viviana
Pellegrino; Carlos Martín Pagni; Sonia
Mabel Cardozo; Verónica Estela Storti;
Mariana Armendariz; Alfredo Ceferino Troilo
Marcos; Ana Antonieta Lavecchia; Gabriela
Alejandra Vaccaro; Milena García; Sebastián
Ugalde y Guillermo A. Borges.

Centro Institucional de Mediación

Sitio web institucional
(www.colescba.org.ar)

Relación con la Dirección Provincial del Registro de la Propiedad

Relación con ARBA

Relación con las municipalidades

Boletín Informativo

SECRETARÍA DE RELACIONES INSTITUCIONALES / Mauricio Rodolfo ESPONDA

Comisión de Bibliotecas

Presidente: Armando Luis Arcone
Miembros: Ana Clara Diana; María Luján
Giacomino; Silvia Beatriz Salem; Nilda
Beatriz Rosa; Nora Mabel Georgieff; Romina
Trentin y Graciela Beatriz Curuchelar

Comisión de Compromiso Social, Vivienda y Hábitat

Presidente: Marcos María Badillo
Miembros: María Jimena Brusco; María
Josefa Errasti; María Eliana Suárez; Manuel
José Carricajo; Roberto Pablo Silbert;
Graciela Noemí Rodríguez y Francisco
Chicote

Comisión de Derechos Humanos

Presidente: Marta Mabel Inorreta
Miembros: Virginia Hilda Baccini; María Paula
Etchart; Manuel Aguilera; René Carlos Casas;
Agustín Carlos Omar; María Lucía Cajarville;
Marcela Viviana Spina y María Andrea
Sánchez Negrete

Comisión de Extensión Cultural

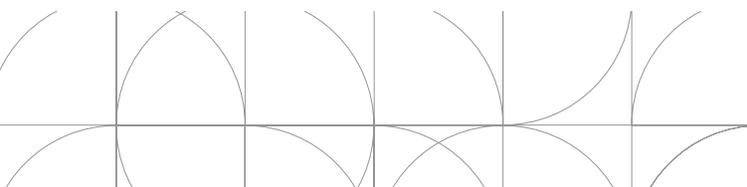
Presidente: Kelina Dinét López
Miembros: Gabriela Sabio; Hernán Itoiz; Ana
María Unchalo; María Victoria Casas; Patricia
Mónica Etchegoyen; Ariadna Florencia Eva
Torchia y Aníbal H. Espinosa Viale

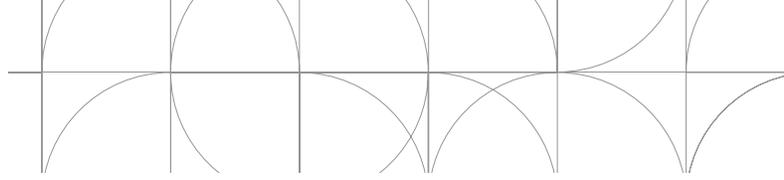
Biblioteca Jurídica Central "Dalmacio Vélez Sarsfield"

Convenio con la Fundación Æquitas

Escuelas apadrinadas

Relación con la Legislatura





SECRETARÍA DE ASUNTOS PREVISIONALES / Ramiro María FLORES

Comisión de Atención de la Salud

Presidente: Pablo Alejandro Di Giano
Miembros: Juan Esteban Fal; María Carolina Méndez; María Lía Iriarte; Marcia Della Rosa; Cora Fidela Ocampo; Leticia Emma Garello; Elba Frontini; Miguel Angel Queirolo; Martín Guerrieri; Mónica Juana Bolontrade; Natalia Martínez Dodda; Laura Marisa Patricio; Mónica Esther Saluppo; Evelyn E. Steinhaus; Gustavo Alfredo Silva y Raúl A. Borges

Comisión de Jubilaciones y Subsidios

Presidente: Laura Susana Montani
Miembros: Adda Gramolini; Susana María Wallace; Roberto Adrián Favelis; Néstor José Zaccardi; Horacio Ramón Iribarren; Rodolfo Carlos Ruzzante y Rebeca Waisman

Comisión de Préstamos y Turismo

Presidente: Gustavo Emanuel Mittica
Miembros: Eugenia Bagnoli, Javier Francisco Santarone; María Florencia Moussou; Juan Pedro Calou; Carolina Andrea Martínez; Daniel Cristian Franco; Pedro Abel Ilarregui y Gustavo Carlos Gorg

División Atención de la Salud

División Jubilaciones y Subsidios

División Préstamos y Turismo

SECRETARÍA DE APORTES / María del Rosario PASO

Comisión de Aportes

Presidente: Marina José Catania
Miembros: Marina Gabriela Arana; Alicia Noemí Broccardo; Santiago Martín Taborda; María Silvina González Taboada; Cintia Edith Pesciallo; Eugenia Inés Zarranz y María Belén Urraco

Comisión de Interpretación de Arancel y Facturaciones Notariales

Presidente: María Alejandra Valero
Miembros: Verónica Echeverría; César Mariano Carleschi Gil; Valeria Laura Pepe; María Emilia Chalela; María Fernanda Lorenzo Mendy; Mercedes Braga Fusta y María de los Ángeles Pablos

Asesoría de Aportes

SECRETARÍA DE ASUNTOS LEGALES Y DOCUMENTACIÓN DIGITAL / Néstor Daniel LAMBER

Comisión de Congresos, Jornadas y Encuentros

Presidente: Fátima Liliana Cosso
Miembros: Marcela Voiscovich; Ana Clara Galeazzi; Delfina Etchart; Maisa L. Di Leo Recalde; Verónica Andrea Galiana; Malvina Julia Zalabardo; Cecilia Dubini y Carolina Boltiansky

Comisión de Informática

Presidente: Walter César Schmidt
Miembros: Pablo Oscar Galletti; Gastón Javier Bavera; Valeria Lourdes Dorantti García; Rosario Zabala; María Natalia Sequeiro; Luis Eugenio Manassero Vilar; Norberto Gustavo Soler y Enrique Javier Jonas

Comisión de Legislación y Jurisprudencia

Presidente: Karina Vanesa Salierno
Miembros: Pablo Oscar Galletti; Gastón Javier Bavera; María Losardo; Karen Maína Weiss; Sebastián Cosola; Rodolfo Vizcarra; Mariana Hefling; Mariela Gatti; Luis Rogelio Llorens y Esteban Pedro Morán

Departamento Comunicaciones

Instituto de Derecho Registral

Instituto de Derecho Tributario

Instituto de Documentación Digital

Universidad Notarial Argentina

Sistema Orgánico de Información Notarial (SOIN)

Revista Notarial

SECRETARÍA DE ADMINISTRACIÓN / Guillermo Aníbal LONGHI

Comisión de Personal y Administración

Presidente: Fernando Javier Larre
Miembros: Roberto Daniel Mayo; Marcela Elizabet Pizarro; Daniela Paula Magnoni; Mariano Castelucci; Leopoldo Bernard; María Florencia Peries y María Luz Gómez

Departamento de Recursos Humanos

Coordinación de Gestión

TESORERÍA / Fernando Gabriel SÁNCHEZ

Comisión de Finanzas

Presidente: Francisco José Rocca
Miembros: Diego Gustavo Giacomelli; Julián Matías Castro; Nicolás Cavagna; Ignacio Agustín Vilhena; Pablo Hugo Migueles; Salvador Antonio Coccozza y Andrés Passeggi Aguerre

Comisión Especial Registral

Presidente: Diego Luciano Carbajal
Miembros: Carlos Ressa; Gonzalo Ricardo Arizmendi; Gabriela B. Figueredo; Esteban Rafael Tisnés y María Eugenia Monarca

Comisión de Presupuesto y Convenios

Presidente: Martín Ariel Ferrari Riganti
Miembros: Fernando Alfredo Villagarcía; Martín Hernán Bruzzo y Santiago Luis Vassallo

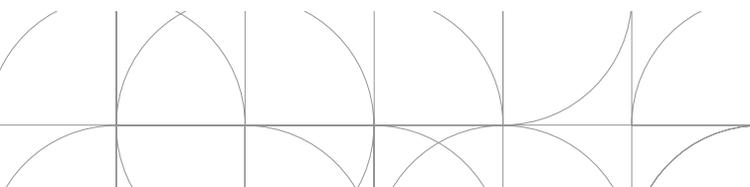
PROTESORERÍA / Eduardo Mario de Jesús RIVAROLA

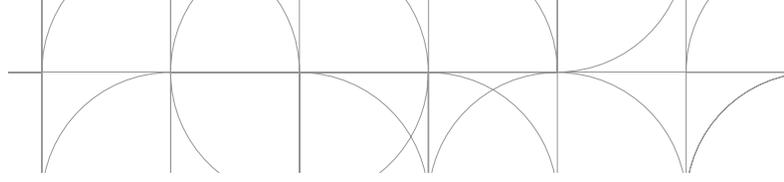
Comisión de Edificios

Presidente: Diego Leandro Molina
Miembros: Florencia Squirru; Daniela Villores; Rubén Horacio Arrambide; Gustavo Martín Cortari; Mabel Eulalia Rodríguez; María Beatriz Aguirre; Pedro Salvador Coccozza y Mariano Martín Guerra

Comisión de Hacienda

Presidente: Jorge Ignacio Cambet
Miembros: Maricel Hermida; Ernesto Carlos Antollini; María Paula Velilla; Marisa Alejandra Martín; Carlos María Insúa (h); Juan Pablo González Fortini; Paula Mariana Marelló; Marcelo E. Solari del Valle Ferrari; Fernando Riaño Laboranti; Guillermo Martín Álvarez; Esteban Horacio Colabella; Nicolás Alejandro Ruzzante; Paola Julieta Pierri; Teresa María de los M. Gasparín; Silvia Marcolín y Eduardo A. Brizuela





Organismos Notariales

ARCHIVO DE ACTUACIONES NOTARIALES

CENTRO INSTITUCIONAL DE MEDIACIÓN

Directora: Graciela Beatriz Curuchelar
Secretaria: Nora Mabel Georgieff
Tesorero: Norberto Gustavo Soler
Colaboradora: Mariana Rospide

CENTRO NACIONAL DE NÓMINA DE ESCRIBANOS Y DE ANOTACIÓN DE SANCIONES

Directora: Marta Raquel López

DEPARTAMENTO DE REGISTROS ESPECIALES

(Registro de Testamentos, Registro de
Rúbrica de Libros de Consorcios de
Copropietarios - Ley 13.512 y Registro
de Actos de Autoprotección)
Directora: Marta Raquel López
Subdirectora: Claudia Maceroni

DEPARTAMENTO DE INSPECCIÓN GENERAL

Inspectora General:
Olga Haydée Arreseygor
Cuerpo de inspectores:
Juan Pablo Alegre, Ana María
Bucciarelli, Carlota Caracciolo, María
Cristina Catalano, Ramiro Hernán
Ceballos Depaoli, Francisco Alejo
Roberto Domínguez Journet(+).

Silvia Elena Doratti, Federico Ricardo
Gastaldi, Julieta Glaría, María Antonia
Maggi, Hilda Julia Manzanal, María
Rosa del Milagro Martín(+), Paula
Mariana Marello, Luis Alberto Milani,
Virginia Milani, Evangelina Moreno,
Carlos Martín Pertierra, Jorge Alberto
Pollono, Selene Eva Posteraro Sánchez,
Matías Scandroglio, Martha Susana
Torre y Gladys Edith Verzeri

FUNDACIÓN EDITORA NOTARIAL

Comité Ejecutivo
Presidente:
Ignacio Javier Salvucci
Vicepresidente y Directora Ejecutiva:
Susana Surace
Secretaria:
María del Rosario Paso
Tesorero:
Eduardo Mario de Jesús Rivarola
Vocales:
Eduardo Gabriel Clusellas y Nicolás
Máspoli

TRIBUNAL ESPECIAL DE CONTROL DEL FUNCIONAMIENTO DE LOS RNRD

Miembros titulares:
María del Rosario Paso
Luis César Marinelli (h)
Osmar Ariel Pacho

Universidad Notarial Argentina



CONSEJO DIRECTIVO

Rectora

Cristina N. Armella

Vicerrectora

Adriana N. Abella

Secretaria

Malvina Julia Zalabardo

Prosecretario

Jorge Raúl Causse

Tesorero

Leopoldo Bernard

Vocales

Norberto R. Benseñor

Alejandro D. Míguez

Consejo Consultivo Honorario

Augusto Mallo Rivas

Néstor O. Pérez Lozano

Guardasellos

Jorge F. Dumón

Doctores Honoris Causa

Rafael Núñez Lagos (†)

José María Mustapich (†)

Carlos Alberto Pelosi (†)

Juan Vallet de Goytisolo (†)

Aquiles Yorio (†)

Alberto Villalba Welsh (†)

Carlos Cossio (†)

Ángel Martínez Sarrión (†)

Mauro Cappelletti (†)

Manuel Fraga Iribarne (†)

Augusto Mario Morello (†)

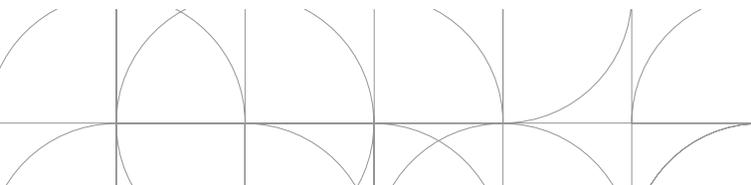
Eduardo M. Favier Dubois (P) (†)

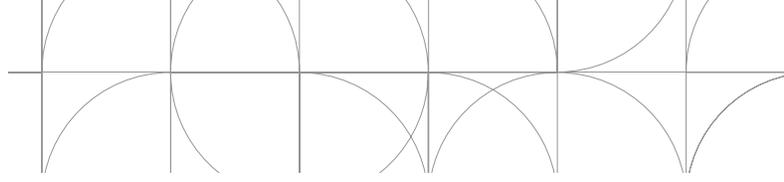
Jorge Horacio Alterini (†)

Luis Moisset de Espanés (†)

Félix A. Trigo Represas (†)

Sedes:
Avda. 51 N° 435
(B1900AVI) La Plata
Calle Guido 1841
(C1119AAA) Buenos Aires





Organismos con sede en el Colegio

TRIBUNAL NOTARIAL DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES

Período 2016 - 2018

Presidente:

Víctor Adrián Stankievich

Miembros Titulares:

Rosa América Ciancio

Stella Maris Perdriel

Miembros Subrogantes:

Alicia Rosa Maida de Vaccaro (†)

Ana María Portela

Mónica Alcira Rivero de Navas

ASOCIACIÓN DE JUBILADOS Y PENSIONADOS NOTARIALES

Presidente: Rubén Darío Barriviera

Vicepresidente: Leyla Leonor Palumbo

Secretaría: Beatriz A. López Cafasso

Prosecretaría: Beatriz Gladys Castrillo

Tesorera: Ana María Unchalo

Protesorero: Rafael Alberto Nieves

Vocales titulares: Beatriz Ana Bologna,

Dora Rosa Mc Britton, Graciela Ángela Lobato y Martha Beatriz Salas de Mallo Rivas

Suplentes: Alicia Mabel Dentone, Nancy

Lucrecia Soria, Nilda Ramona Scorians de

Rezza y Elvira Martha Yorio

Revisores de cuentas titulares: Alba

Graciela Micheletti, Amanda Azucena

Delavault y Noemí Irene García Eliggi

Suplentes: Raquel Norma Rodríguez y

Lucía Elena Ruiz de Galarreta

REVISTA NOTARIAL ES MIEMBRO DE LA ASOCIACIÓN DE LA PRENSA TÉCNICA ARGENTINA

Distinciones recibidas:

Accésit al Premio APTA - RIZZUTO año 1967 en la Categoría Revistas Especializadas

Premio APTA - RIZZUTO año 1974 a la Mejor Publicación Científica Argentina

Premio APTA - RIZZUTO año 1995 a la Trayectoria en la Categoría Publicaciones Científicas

Segundo Accésit al Premio APTA - RIZZUTO año 1999 en la Categoría Publicaciones Científicas

Premio APTA - RIZZUTO año 2004 en Reconocimiento a la Trayectoria por sus 110 años de aparición ininterrumpida al servicio del periodismo especializado

Primer Accésit APTA - RIZZUTO año 2008 en la Categoría Revistas pertenecientes a Instituciones

Segundo Accésit APTA-RIZZUTO año 2012 en la Categoría Tapas

Primer APTA - RIZZUTO año 2017/18 a la mejor Revista de Instituciones.

Impreso en el Taller de Producción Gráfica
del Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires;
en el mes de febrero de 2020.

