

Julio / Septiembre / 2024 **999**

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 Luján Lalanne

Nicolás Agustín Soligo Schuler

Marcela Haydée Tranchini de Di Marco

Marcelo Eduardo Urbaneja

Año 130 - Av. 13 N° 770 (B1900TLG)

La Plata - Provincia de Buenos Aires - República Argentina



CONSEJO DIRECTIVO

2024/2026

Presidente: Guillermo Aníbal LONGHI

Vicepresidente 1°: Maximiliano MOLINA

Vicepresidente 2°: Haydée Sabina PODREZ YANIZ

Secretaria de Gobierno: Carina PÉREZ LOZANO

Secretaria de Asuntos Previsionales: María Paula VELILLA

Secretario de Aportes: Diego Daniel de SAN PABLO

Secretario de Administración: Francisco Eitel BARRETO PELTZER

Secretario de Informática: Andrés MARTÍNEZ (h)

Secretario de Relaciones Institucionales: Carlos Agustín SÁENZ

Tesorera: María Beatriz AGUIRRE

Protesorero: Santiago Francisco Oscar SCATTOLINI

Consejeros

Cristina Noemí ARMELLA	Bruno MAUGERI
Pablo Alexander BALERO RECHE	Carlos María MORELLO
Silvina Verónica BENTO	Juan Matías MORRONE
Zulma Aurora DODDA	Valeria Laura PEPE
Juan Esteban FAL	Laura Marisa PATRICIO
Juan Manuel GARCÍA	Claudio Federico ROSSELLI
Juan Pablo GIANNINI	María Andrea Sánchez NEGRETE
Mariano Martín GUERRA	Lorena SUANNO
Sebastián LASSALLE	Susana Mabel SURACE
María del Pilar LLORENS ROCHA	Sebastián VINAGRE

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
BAHÍA BLANCA	Santiago Francisco Oscar Scattolini Belgrano 252 - (B8000IJF) - Tels. (0291) 452-2953 / 453-9849
DOLORES	Francisco Eitel Barreto Peltzer Buenos Aires 536 - (7100) - Tel. (02245) 44-7699
JUNÍN	Sebastián Justo Cosola General Paz 28 - (B6000FKB) - Tel. (0236) 443-2509
LA PLATA	Valeria Laura Pepe Calle 48 N° 716 - (B1900AND) - Tel. (0221) 482-9601
LOMAS DE ZAMORA	Diego Ariel Hollmann Avda. Meeks 420 - (B1832DEJ) - Tels. (011) 4244-1453 / 6403 / 6408
MAR DEL PLATA	Juan Pablo González Fortini Avda. Independencia 2190 - (B7600DIR) - Tels. (0223) 493-6612 / 495-3649
MERCEDES	Luis Felipe Basanta Calle 18 N° 730 e/ 29 y 31 - (B6600HJT) - Tel. (02324) 42-4738
MORÓN	María del Pilar Llorens Rocha San Martín 283 - (B1708IHE) - Tels. (011) 4629-8658 / 4628-8243 / 4627-5093
NECOCHEA	Rosario Zabala Calle 65 N° 2755 - (B7630HLY) - Tel. (02262) 43-1482
NUEVE DE JULIO	Brígida Gloria Raffo Avda. Libertad 836 - (B6500EVV) - Tel. (02317) 42-2123
PERGAMINO	Alfredo Ceferino Troilo Marcos Leandro N. Alem 623 - (B2700LHM) - Tel. (02477) 42-3971
SAN ISIDRO	Ana Antonieta Lavecchia Chacabuco 484 - (B1642CHF) - Tels. (011) 4743-2052 / 3629
SAN MARTÍN	Viviana Beatriz Martínez Calle 91 (San Martín) N° 1834 - (B1650BEF) - Tels. (011) 4752-6132 / 4755-5630
SAN NICOLÁS	María Andrea Sánchez Negrete Calle de la Nación 219 - (B2900AAE) - Tel. (0336) 442-5821
TANDIL	Marcos María Badillo Gral. Martín Rodríguez 453 - (B7000AOI) - Tel. (0249) 442-5734
TRENQUE LAUQUEN	María Cristina García Avda. Leandro N. Alem 172 (B6400BBO) - Tel. (02392) 42-2105

Sumario 999

Julio/Septiembre/2024

Doctrina	
Los actos de autoprotección desde el catalejo notarial: especial referencia al derecho cubano	
Leonardo B. Pérez Gallardo	11
Congresos y jornadas	
El factoraje y su uso como mecanismo de financiación en proyectos inmobiliarios	
Santiago Pinto	51
Derecho Registral	
Registración de la superficie	
Marcela H. Tranchini	75
Universidad Notarial Argentina	
El sistema actual de responsabilidad notarial penal	
Sebastián Justo Cosola	85
Academia Nacional del Notariado	
Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos	
Gabriel B. Ventura	141
La observación registral y los recursos registrales	
Gabriel B. Ventura	171
Jurisprudencia	
Nota a fallo	
La atribución del derecho de habitación al conviviente supérstite	
Carla Gabriela Balducci	195

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.

ISSN 0325-4607

Doctrina

LOS ACTOS DE AUTOPROTECCIÓN DESDE EL CATALEJO NOTARIAL: ESPECIAL REFERENCIA AL DERECHO CUBANO

Leonardo B. Pérez Gallardo

Sumario: I. A propósito de la reforma al Código Civil cubano de 1987 en materia del régimen legal a la capacidad jurídica. II. El derecho a la autorregulación de la protección futura en los escenarios de la adultez mayor y de las situaciones de discapacidad. III.1. Su ejercicio por personas menores de edad, mayores de 12 años, ex art. 29.6 del Código Civil. III. El notario como apoyo institucional y como salvaguardia de los derechos de las personas en situación de discapacidad. III.1. El consejo y el asesoramiento en los supuestos de personas en situación de discapacidad. III.2. Del juicio de capacidad al juicio de discernimiento. IV. Los actos de autoprotección, con especial referencia a la designación voluntaria de apoyos y salvaguardias. V. Las personas en situación de discapacidad, entre la autonomía y la seguridad jurídica: esa es la cuestión. Bibliografía.

Resumen

La reforma introducida en el Código Civil de 1987 por el reciente Código de las Familias, aprobado en Cuba en el 2022, al reconocer el derecho de las personas en situación de discapacidad a la autorregulación de la protección futura, da luz verde a la posibilidad que tienen de configurar el sistema de protección que ha de regir en caso de que se les dificulte el ejercicio *per se* de su capacidad jurídica, reforzando en todo caso el principio de respeto a las voluntades, deseos y preferencias, a tenor del cual la persona humana tiene derecho a proyectar su autoprotección utilizando para ello los distintos mecanismos que el derecho provee a su favor. En este escenario juega un papel trascendental el notariado, que es guardián en primera fila de los derechos de las personas, baluarte de su ejercicio, por lo cual da el blindaje necesario en el orden formal y sustantivo para navegar por el tráfico jurídico.

I. A PROPÓSITO DE LA REFORMA AL CÓDIGO CIVIL CUBANO DE 1987 EN MATERIA DEL RÉGIMEN LEGAL A LA CAPACIDAD JURÍDICA

El Código de las Familias, aprobado en el referéndum popular, el 25 de septiembre de 2022 (ley 156/2022), realiza el giro más importante desde el derecho de nuestra Nación en razón de proteger los derechos de las personas en situación de discapacidad como sector vulnerable de la sociedad. Con ello, se introduce una reforma en todo el régimen legal de la capacidad jurídica regulado en el Código Civil (ley 59/1987 del 16 de julio), suprimiéndose la tutela y la declaración judicial de incapacitación, para facilitar que las personas en situación de discapacidad puedan ejercer derechos y otorgar actos jurídicos por sí mismas o con la ayuda o asistencia de un sistema múltiple de apoyo que faciliten su inclusión social, que viabilicen su comunicación y que potencien su accesibilidad física y cognoscitiva. Se busca que las personas en situación de discapacidad cuenten en las dinámicas familiares, nada de ellas o sobre ellas, sin su participación efectiva.

El modelo social y de derechos humanos que propone la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, aprobada en Nueva York en el seno de las Naciones Unidas, en diciembre del 2006 (CDPD)¹, significó un renacer en la manera de abordar estos asuntos, de ahí que, en el propio preámbulo en su inciso e, se reconozca que la discapacidad es un concepto que evoluciona y resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.

Los principios que la Convención preconiza han permitido cambiar no solo esquemas legales, sino sobre todo mentales, sustentados en un modelo médico-rehabilitador, paternalista –excesiva y desmesuradamente tuitivo–, en el que se sustituyen voluntades, más que un acompañamiento a las personas con capacidades diferentes en la toma de decisiones, conforme con sus derechos, voluntades y preferencias.

Dicho modelo, se sustenta en el valor del respeto a la dignidad inherente al ser humano, en la diversidad como *ratio esendi* de las personas con

1 Sobre el tema *vid.* Pérez Gallardo, Leonardo B. y Pagano, Luz María, *Discapacidad y modelo social: enfoques desde la doctrina y la jurisprudencia*, Erreius, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2020.

discapacidad, y hasta en el lenguaje que hoy se emplea sobre esos tópicos. A fin de cuentas, de eso se trata, de personas cuyas potencialidades y capacidades son distintas y, en función de esas diferencias, se justifica la existencia de apoyos y salvaguardias que busquen su realización, pero sin relegarlas a ser actrices y actores secundarios de sus propias vidas.

La Carta Magna cubana deja claro en su art. 89 que “el Estado, la sociedad y las familias tienen la obligación de proteger, promover y asegurar el pleno ejercicio de los derechos de las personas en situación de discapacidad. El Estado crea las condiciones requeridas para su rehabilitación o el mejoramiento de su calidad de vida, su autonomía personal, su inclusión y participación social”.

O sea, el texto constitucional sigue las pautas enarboladas por la Convención al promover el disfrute pleno de los derechos de estas personas, entre los cuales, cabe citar el ejercicio de su capacidad jurídica a partir de su autonomía personal, dígase, sus voluntades y preferencias.

En concordancia con ello, corresponde a las leyes de desarrollo –y dentro de ellas al Código de las Familias– que irrigan la Constitución, regular los mecanismos que potencien la inclusión socio-familiar y el protagonismo en la toma de decisiones de las personas con discapacidad. Se impuso, por lo tanto, más allá de algunos avances evidentes en el entorno cubano, una reforma de las leyes sustantivas y procesales² que permitieran ajustar los dictados de la Convención a nuestro ordenamiento interno, arcaico y desfasado de los reclamos que, en materia de discapacidad, se exigen desde el derecho.

De ahí la necesaria “cirugía de mínimo acceso” que hubo de practicarse respecto del Código Civil, pues en un ordenamiento jurídico como el

2 Así, el Código de procesos prevé en el art. 9.3 la posibilidad de realizar ajustes razonables –*rectius* ajustes de procedimiento– cuando se ventilen cuestiones relacionadas con personas en situación de vulnerabilidad, así como la provisión de apoyos tecnológicos a aquel de los litigantes que los necesite para poder expresarse (art. 328.2) o la utilización de intérpretes como apoyos que facilitan la comunicación (art. 328.1). Asimismo, se regula la tramitación en proceso sumario de los asuntos concernientes al ejercicio de la capacidad jurídica y la provisión de apoyos y salvaguardias (arts. 565 al 571).

cubano, en que el derecho familiar tiene autonomía, las reglas sobre el ejercicio de la capacidad jurídica están reconocidas en el Código Civil (arts. 29 al 32). De esta manera, se hizo imprescindible incorporar el modelo de apoyos en la toma de decisiones de las personas en situación de discapacidad.

Con esto, la persona en situación de discapacidad no pierde el protagonismo en la decisión que va a tomar, pero, a su vez, se evita que tome una decisión incorrecta que afecte su persona o sus bienes, o que los ponga en riesgo.

Los apoyos –desde la visión sustentada en la norma reformada– pueden ser nombrados por la propia persona, por escritura pública ante notario o en vía judicial, cuando resulte lo más aconsejable dado el deterioro cognitivo. De ahí que en la reforma al Código Civil se regulen los apoyos, sus modalidades (art. 30) y las condiciones de validez de los actos en los que estos fueron nombrados (art. 31.3).

Asimismo –aún la crítica que pudiera suscitar– el sentido de la racionalidad y no el triunfo de la utopía, hicieron justificable que los apoyos pueden graduarse, llegando incluso a ser intensos si la situación de discapacidad se hace tan grave que afecta la voluntad y el discernimiento de las personas. En todo caso, aun teniendo facultades de representación, estos deben tener en cuenta los derechos, el historial de vida y las preferencias de las personas que representan (art. 30.3 *in fine*).

Y no menos trascendentes son las garantías que se establecen para que los apoyos nombrados no interfieran indebidamente y coarten la toma de decisiones de las personas en situación de discapacidad. Se trata, por ejemplo, del control periódico de su labor por los jueces y del período de vigencia de la medida, que no debe superar los tres años –salvaguardias– (art. 30.7).

El Código de las Familias, por su parte, tiene la misión de desarrollar los aspectos referidos al derecho de formalizar matrimonio o de instrumentar una unión de hecho afectiva; al derecho a tener hijos, a determinar el momento en el que lo harán, el número de ellos; el derecho a adoptar, a acceder a las técnicas de reproducción humana asistida, a ser tutor de una persona menor de edad; y el derecho a la comunicación familiar, utilizando para ello cualquiera de los apoyos tecnológicos a su disposición (arts. 54, 277, 434, 435).

El Código de las Familias abre todos los cauces que permiten a las personas en situación de discapacidad ejercitar el derecho a constituir una familia –según el art. 81 de nuestra Constitución–, y a vivir en su seno en el entendido de que la situación de discapacidad no es razón para vetar derecho alguno de los reconocidos en el entorno familiar.

En fin, la necesidad de adaptar el ordenamiento jurídico interno a los dictados, principios y valores de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, ha sido un gran desafío en todos los sentidos, pero esencialmente en el cambio de mente que ello supone para la sociedad en general y para campos del conocimiento como la medicina y el derecho. Las normas legales pueden evolucionar en su técnica y en su teleología, pero hacer cambiar la forma de pensar de las personas es un desafío a la imaginación; desterrar estereotipos, clichés, prejuicios de la mente de los operadores del derecho, que son en definitiva a quienes les compete la interpretación y aplicación de esas normas –por muy avanzadas que sean– supone fertilizar la mente humana más allá del metaverso. Sancionar una norma implica un esfuerzo no siempre visible para terceros, pero aun así de menor dimensión que lograr el éxito de su aplicación. Recordemos que, desde el preámbulo de la CDPD, se deja sentado que es la sociedad la que discrimina y la que erige las barreras afectivas y emocionales que pesan más para la inclusión que las mismas barreras físicas.

Cabe sintetizar, por lo tanto, que la reforma –tal y como se ha explicado– a modo de “cirugía de mínimo acceso” al régimen legal de la capacidad jurídica, contenida en el Código Civil de 1987, se imponía en el orden técnico-jurídico, entre otras razones:

1º. Por el efecto vinculante que tiene para los estados partes la ratificación de una Convención internacional como la de los Derechos de las Personas con Discapacidad en el sistema de derechos humanos de las Naciones Unidas (*pacta sunt servanda* previsto en el art. 28 de la Convención de Viena sobre el Derecho de Tratados). El urgente requerimiento de transpolar los principios y valores de la Convención al Derecho Interno se hacía una necesidad imperiosa, una verdad a gritos.

2º. Por la necesidad de desarrollar el art. 89 de la Constitución que reconoce y protege los derechos de las personas en situación de discapacidad, a la vez que establece el deber del Estado cubano de promover el ejercicio pleno de estos.

3º. Por el sentido de armonía, cohesión, coherencia del ordenamiento jurídico, impulsado por la reforma del derecho procesal primero (2021) y del derecho familiar después (2022) que constituyeron sendos catalizadores de la reforma parcial del Código Civil. Resultaba un sinsentido visibilizar los derechos familiares de las personas en situación de discapacidad desde la mirada convencional, cuyo ejercicio se realiza ya sea por sí o por medio de apoyos, con ajustes razonables y con el control y garantías que ofrecen las salvaguardias, también reconocidas a través de un procedimiento de provisión de apoyos y salvaguardias encauzado por los trámites de la jurisdicción voluntaria, si la norma rectora básica de la regulación de la capacidad jurídica de las personas se mantenía impasible. Las personas en situación de discapacidad antes de ejercer derechos familiares y solicitar tutela judicial efectiva, son eso, personas, cuyos derechos deben ser reconocidos por el derecho civil cuyo centro de atención es la persona misma.

La reforma introducida, por su parte, responde en esencia a promover la igualdad en el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas en situación de discapacidad e intencionar su autonomía privada como eje central del ejercicio de los derechos de los que son titulares. Esta autonomía privada tiene diversas manifestaciones en el texto de los preceptos incorporados al Código Civil que sustentan su nuevo estatuto jurídico –hoy día complementado con la instrucción 278/2023, del 20 de enero, del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo, importante herramienta técnica dirigida a la interpretación y aplicación de las normas contenidas tanto en el Código Civil como en el Código de procesos (ley 141/2021, del 28 de octubre) en este orden–.

II. EL DERECHO A LA AUTORREGULACIÓN DE LA PROTECCIÓN FUTURA EN LOS ESCENARIOS DE LA ADULTEZ MAYOR Y DE LAS SITUACIONES DE DISCAPACIDAD

En relación directa con la modificación operada en el Código Civil cubano, relativa al nuevo estatuto del ejercicio de la capacidad jurídica de las personas (arts. 29 al 32), llevada de la mano de la disposición final primera del Código de las Familias, este mismo cuerpo legal –en el art. 426– regula de forma explícita el derecho a determinar el propio estatus jurídico que la persona adulta mayor quiere en aras de protegerse a sí misma ante el advenimiento de una situación de discapacidad que pueda comprometer

su discernimiento, lo cual también habilita el Código de las Familias respecto de personas en situación de discapacidad, mayores de edad, cualquiera sea su edad, según lo previsto en el art. 439 del Código, remisor en este segundo escenario a lo regulado para las personas adultas mayores en el referido art. 426. Se trata de un derecho "cuyo ejercicio (...) posee un carácter multidimensional, en el que confluyen varias categorías como la autonomía, la autodeterminación y la dependencia, cuyas relaciones en lo interno y en lo externo, influyen en la observancia, eficacia y ejecutabilidad de las voluntades y preferencias manifestadas con carácter prospectivo, o sea, hacia el futuro"³.

Al decir de Pereira Pérez, el art. 426 "ampara tres importantes elementos anclados al derecho y a la situación jurídica de poder en que sitúa al disponente. En primer orden señala con acierto que la autorregulación no se asocia ya a la incapacidad, sino a las dificultades para el ejercicio de la capacidad jurídica, reconociendo un amplio espectro de posibilidades. Un segundo elemento es el sustento en las voluntades, deseos y preferencias de la propia persona. Por último, establece expresamente que lo manifestado tendrá prelación con respecto a las decisiones de la autoridad judicial"⁴, a tono con la reforma operada en el Código Civil en materia de ejercicio de la capacidad jurídica.

Este derecho trae causa del art. 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Toda persona tiene derecho a prever, programar, diseñar, dibujar, delimitar los mecanismos de autoprotección que más se avienen a su proyecto de vida. Con su ejercicio quedan sin lugar otras medidas que puedan ser previstas judicialmente. Estas operarán en el caso de que el sistema diseñado por la persona no sea completo, en consecuencia, exista alguna fisura desde su concepción o como resultado de que sobrevenga un cambio de circunstancias. Empero, no debe quedar limitado a la previsión de apoyos y salvaguardias (arts. 30 y 31 del Código

3 Delgado Vergara, Teresa y Pereira Pérez, Joanna, "Protección legal y vejez inclusiva de la persona adulta mayor. Panorama en Cuba con especial referencia al Derecho civil y familia", en Leonardo B. Pérez Gallardo y Daimar Cánovas González (Coords.), *Las familias en la Constitución*, Ediciones Olejnik, Santiago de Chile, 2020 (p. 397-413), p. 408.

4 Pereira Pérez, Joanna, "Nuevos horizontes para la autonomía de las personas en situación de discapacidad: la autorregulación de la protección futura a partir de la reforma civil y familiar en Cuba", en Pérez Gallardo, Leonardo B. (Coord.), *Las personas en situación de discapacidad como sujetos del Derecho civil y familiar (A propósito de la reforma al régimen legal de la capacidad jurídica en Cuba)*, Santiago de Chile, 2023, p. 61-85, p. 69.

Civil y art. 427 del Código de las Familias), sino a otros mecanismos de autoprotección, como el contrato de alimentos regulado en los arts. 375 al 382 del Código de las Familias, los poderes preventivos (art. 409.2 y 3 del Código Civil, tras la reforma introducida por la disposición final decimosegunda del Código de las Familias), la hipoteca inversa, las voluntades anticipadas y otros, siempre con el fin de prever con carácter prospectivo la situación que pueda sobrevenir con la vejez, buscando en todo caso antídotos desde la misma autonomía privada de la persona.

La autorregulación de la protección futura ha generado en el derecho los llamados actos autorreferentes, o sea, aquellos que atañen a la propia persona con una función esencialmente preventiva y de futuridad.

De conformidad con el art. 427 del Código, la persona adulta mayor puede proveer anticipadamente sus propios apoyos, esencialmente cuando para el ejercicio de sus derechos la presencia de una tercera persona se hace necesaria para asistirle en el ejercicio del derecho o en la realización de una actividad de la vida diaria o en la conclusión de un acto o negocio jurídico, en la toma de decisiones, facilitarle la comunicación, la accesibilidad, el otorgamiento de un documento. Igualmente, puede nombrar salvaguardias que actúan como contralores de la labor desempeñada por los apoyos, evitando manipulación, influencias indebidas, abuso en la administración de las finanzas y del patrimonio en sentido general. Las salvaguardias pueden ser institucionales como los jueces y los notarios, pero, ante todo, voluntarias. O sea, las que diseña a su antojo la propia persona conforme con sus voluntades y preferencias.

En fin, como arguyen Delgado Vergara y Pereira Pérez: "El reconocimiento de la autonomía preventiva supone la ampliación de las fronteras de la autonomía privada tradicional. Con todo, la autorregulación de la protección debe ser observada como un proceso, cuyo momento más importante es el otorgamiento del negocio jurídico de autoprotección, en sus diversas formas de concreción"⁵.

II.1. SU EJERCICIO POR PERSONAS MENORES DE EDAD, MAYORES DE 12 AÑOS, EX ART. 29.6 DEL CÓDIGO CIVIL

Este derecho también puede ser ejercitado por personas menores de edad, mayores de 12 años. El Código Civil, en su art. 29.6, lo consagra, fi-

5 Ibidem, p. 412.

jando una franja etaria sustentada en la presunta evolución de las facultades intelectivas de los adolescentes que les habilita para desarrollar la autonomía prospectiva encauzada a diseñar el modo en que quieren aquilatar el ejercicio de su capacidad jurídica cuando, al arribar a la mayoría de edad, la representación legal que tienen los titulares de la responsabilidad parental cesa, por lo que competiría únicamente a ellos, a partir de ese momento, el ejercicio de sus derechos, de modo que ante una eventual pérdida del discernimiento en el futuro, el derecho les habilita para que sean ellos mismos, y no otras personas o instituciones, los que previsoramente puedan determinar quiénes serían sus apoyos, de qué modalidades de apoyos quisieran hacerse asistir, cómo organizar el régimen de actuación de los apoyos, en caso de pluralidad de apoyos de naturaleza personal, así como su duración, y de la misma manera la provisión de las salvaguardias necesarias para evitar conflicto de intereses con los apoyos o influencias indebidas de estos.

Se trata de un acto prospectivo, como el que pueden otorgar las personas adultas mayores, estén o no, en el momento en que lo prevean, en una situación de discapacidad. Igual acontece con las personas menores de edad, donde el legislador no les compele a acreditar la existencia de tal circunstancia (la situación de discapacidad) en el momento del otorgamiento de los actos de autoprotección. En todo caso, la previsión del nombramiento de apoyos y salvaguardias por las personas menores de edad, mayores de 12 años, supone el otorgamiento de una escritura pública en la que se comparece por sí en tanto la ley les habilita, por lo cual, se ha de reforzar la labor de asesoramiento del notario⁶, en el entendido de que se trata de un acto cuya eficacia depende de la *conditio iuris* del arribo a la mayoría de edad (18 años) en situación de discapacidad intelectual o psicosocial que le impida el discernimiento, motivo por el cual, y ante tal eventualidad, se permite que personas con 12 años cumplidos, siempre que en ese momento tengan el discernimiento a

6 En una reflexión que comparto, Rajmil, Alicia B. y Llorens, Luis R., "La persona menor de edad y la actuación del escribano frente a autorizaciones judiciales para disponer de sus bienes," Derechos e Integración, Revista del Instituto de Derecho e Integración, n.º 13, año IX, 2018, p. 39-58, p. 57, afirman que "(s)in duda, la participación de niñas, niños y adolescentes en sede notarial cobrará cada vez mayor presencia hasta naturalizarse, como la de las demás personas (...). Es un camino ya sin retorno que el escribano debe asumir con toda la responsabilidad que le cabe como garante de los derechos fundamentales de las personas, especialmente los de aquellas de mayor vulnerabilidad, en un necesario equilibrio entre protección y autonomía".

tal fin, puedan dibujar de manera prospectiva la posibilidad de ejercitar derechos y concluir válidamente actos jurídicos en un escenario en que ya se ha extinguido la responsabilidad parental que respecto de ellas existía, asistidas de los apoyos voluntarios que designen, en el período fijado a tal fin y con las demás previsiones establecidas (art. 30.5 del Código Civil).

En la provisión de apoyos por personas menores de edad, el legislador toma en cuenta dos circunstancias que pudieran pasar inadvertidas de una somera lectura de la norma vigente, a saber:

1º. Que las personas menores de edad en situación de discapacidad pueden –conforme con su edad y el grado de madurez suficiente, valorado por el notario a partir del juicio de discernimiento– concluir por sí mismas actos jurídicos permitidos por el ordenamiento jurídico y ejercer los derechos inherentes a la personalidad, para lo cual pueden ellas mismas nombrar sus apoyos, ya sea por escritura pública notarial o por vía informal. Supuesto en el cual no se trataría de la designación voluntaria de apoyos en previsión del advenimiento de la pérdida del discernimiento, sino que, en razón de la situación de discapacidad que ya tiene la propia persona, designe los apoyos que le asistan en el ejercicio de tales derechos y en la válida conclusión de actos jurídicos al amparo del art. 29.4 del Código Civil. Debe tomarse en cuenta que, en este supuesto, el legislador supedita la válida conclusión del acto a la madurez suficiente, lo que supone una evolución de las facultades intelectivas de la persona menor de edad, muchas veces acompañada con la edad, pero no necesariamente, cuya apreciación descansaría en la autoridad pública que autoriza el acto, en el supuesto de que este se concluya ante una autoridad de esta naturaleza, pues tratándose de derechos inherentes a la personalidad, pudiera ejercerse por sí mismo sin más formalidades. No cabe negar que entre estas autoridades públicas se sitúa el notario en el supuesto de que el acto a concluir se invista de solemnidad notarial, ya sea como forma *ad constitutionem* o al menos probatoria (forma *ad probationem*).

2º. La posibilidad de que las personas menores de edad, ahora sí, tomando en consideración un criterio etario, o sea, siempre que sean mayores de 12 años y que por supuesto tengan el discernimiento necesario aun cuando cumplan con el requisito de la edad, puedan otorgar actos de autoprotección, o sea, la circunstancia genérica que se ha venido explicando

en la que la eficacia de tales actos se supedita a la *conditio iuris* mencionada *ut supra*. A diferencia del primer supuesto, en este caso el legislador no exige que la provisión de apoyos se haga por una persona en situación de discapacidad, pues como acto prospectivo, ella podría sobrevenir, sin que necesariamente se viva tal situación en tiempo presente por la persona menor de edad, otorgante de la escritura pública. Es dable aclarar que, aunque en el concepto de actos de autoprotección pueden ser incluidas disímiles figuras jurídicas, entre ellas el contrato de alimentos, por la obligación que crea para el alimentista de transmitir la titularidad de un bien ya sea inmueble o mueble sujeto a registro como el caso de los vehículos de motor, el otorgamiento de la escritura pública que lo contenga estará supeditado a que el alimentista sea mayor de edad⁷.

III. EL NOTARIO COMO APOYO INSTITUCIONAL Y COMO SALVAGUARDIA DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS EN SITUACIÓN DE DISCAPACIDAD

En el ejercicio de los derechos y la conclusión de actos y negocios jurídicos, no cabe duda de que el notario ante el cual se otorguen, aun con la asistencia de apoyos, será él una de las más eficaces salvaguardias que pueda preverse. Su función no solo es la de informar, asesorar, esculpir a través de la mayéutica socrática la voluntad negocial de la persona en situación de discapacidad sino también la de controlar las influencias indebidas que pueden ejercerse respecto de la persona, agravada por su situación de discapacidad, las que pueden provenir de los propios apoyos, eventualmente más posible en razón de su intensidad en contraste a la vulnerabilidad de la persona otorgante del negocio o acto jurídico. El notario debe velar porque la manifestación de voluntad se externalice libre de todo vicio.

"La intervención del notario es garantía para todas las personas del pleno respeto de su libertad y autonomía, en el campo de las relaciones jurídico-privadas, evitando con su actuación influencias indebidas en la formación de la voluntad negocial"⁸, es "medio idóneo para garantizar y hacer efectivos los derechos de las personas necesitadas

7 Vid. Puentes Gómez, Anabel, *El contrato de alimentos en el Derecho cubano*, Ediciones Olejnik, Santiago de Chile, 2023, p. 121-123.

8 Cavallé Cruz, Alfonso, *El notario como garante de los derechos de las personas*, Jurista Editores, Lima, 2012, cit., p. 416.

de especial protección, a fin de que puedan ejercitar con garantías su autonomía e independencia individual, incluida la libertad de tomar sus propias decisiones”⁹.

Como ya en otra ocasión he expresado: “Precisamente la fe pública de la que están dotados los documentos en razón de su autor hace que el acto o negocio jurídico instrumentado tenga autenticidad formal y material, es un acto perfecto en un documento, igualmente perfecto. El notario crea un documento dotado de blindaje, solo destruible por razón de una falsedad declarada judicialmente. Esa fe pública impuesta por ley es verdad oficial, en el sentido de que no se llega a ella por un proceso de convicción, de libre albedrío, sino por razón de un imperativo jurídico que compele a tener por ciertos e indubitados ciertos hechos o actos, sin que la sociedad pueda dubitar sobre la verdad objetiva ínsita en ellos”¹⁰. El derecho busca la garantía debida con la actuación notarial, nadie mejor que el notario para cumplir con el mandato de la Convención (art. 12.4) en el sentido de “impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional de los derechos humanos”. Por esa razón, como expresa Rodríguez Adrados: “Ni el legislador cuando ordena o fomenta la documentación notarial, ni los particulares cuando espontáneamente acuden al notario, van buscando solamente un documento perfecto formalmente, sin importarles la eficacia o ineficacia, las virtudes o los vicios o defectos del negocio contenido en él (...) y esto es lo que el notario y el documento notarial han de procurar darles; no sólo el *nomen verum* de la certeza formal, sino el *nomen bonum* de su contenido (...) Sólo así el notario (...) podrá controlar en profundidad, desde dentro, la legalidad del negocio, en un sentido positivo, ser verdaderamente, como dicen los alemanes, *Rechtswahrer*, guardián del derecho; y sólo así se conseguirá, incluso, que la misma fe pública no se convierta en mera caricatura, al acuñar una voluntad de las partes que sin duda ‘es’ su voluntad, pero que no ‘sería’ tal voluntad de haber estado debidamente informadas y asesoradas”¹¹, lo cual en sede de personas con discapacidad toma particular relieve.

9 Ibidem, p. 417

10 Pérez Gallardo, Leonardo B., “El notario: función de autoridad pública”, en *Ensayos de Derecho Notarial*, Gaceta Notarial, Lima, 2011, p. 421.

11 Rodríguez Adrados, Antonio, “El notario: función privada y función pública. Su inescindibilidad”, en *Revista de Derecho Notarial*, Colegios Notariales de España, año XVII, N° CVII, 1980, p. 255-409 (p. 272-273).

De este modo, en sede extrajudicial en la que se pretenda ejercer derechos o concluir válidamente actos o negocios jurídicos, no hay mejor salvaguardia que la presencia del notario. Y ello no quiere decir, como se dice incluso en la "Guía notarial de buenas prácticas para personas con discapacidad"¹², que el notario no sea un apoyo institucional. Lo es, el concepto de apoyos es muy amplio. Y el notario brinda una labor de asesoramiento, información e incluso puede contribuir a la formación de la voluntad negocial, alejando al otorgante de abusos o influencias indebidas. Pero, si la persona en situación de discapacidad concurre ante él con apoyos extrajudiciales o incluso judicialmente dispuestos, el notario, más que como apoyo, actúa como contralor o salvaguardia. Es una garantía que ofrece el Estado para que la persona en situación de discapacidad pueda ejercer sus derechos y expresar su voluntad fundada conforme con sus deseos y preferencias y libre de cualquier influencia externa, incluida la que pudiera ejercer el propio apoyo. O sea, "la obligación general de salvaguardar el buen funcionamiento del sistema de apoyos –la inexistencia de abusos y de influencia indebida, el respeto a la voluntad y preferencias de la persona apoyada– no sólo recae en los jueces y en el Ministerio Fiscal, sino también en diferentes autoridades, funcionarios u operadores –notarios, registradores– (...)"¹³. La propia "Guía notarial..." reconoce también que actúa como salvaguardia en un doble sentido "positivo, para respetar los derechos, voluntad y preferencias, y en un sentido negativo, para impedir abuso e influencia indebida". Y entre sus recomendaciones establece que compete al notario –a mi juicio, como salvaguardia, más que como apoyo–, la "comprobación de que el apoyo no es sustitutivo, ya sea porque fuerce o retuerza la voluntad de la persona con discapacidad, bien porque no intente ayudar a formar y expresar esa voluntad, y se convierta en una expresión unilateral de la persona que presta apoyo, ante una actitud ausente y desentendida por parte de la que tiene discapacidad", el "(c)ontrol (...) de que el apoyo sea aceptable y suficiente para que la persona con discapacidad se forme su propio consentimiento", "calificar el resultado final de la actuación con apoyos; en caso de juicio negativo puede y debe denegar su autorización si considera que no concurre una voluntad coherente, libre, consciente e informada".

12 Comisión de Derechos Humanos de la Unión Internacional del Notariado.

13 Cuenca Gómez, Patricia, "El sistema de apoyo en la toma de decisiones desde la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: principios generales, aspectos centrales e implementación en la legislación española", REDUR 10, diciembre 2012 (p. 61-94), p. 81.

Todo ello sí, pero sobre la base de ser el principal guardián de la libertad y legalidad del acto o negocio jurídico, en tanto "(s)u formación profesional le permite, además, verificar la única pauta que modula la actuación de la persona con discapacidad: la comprobación de su autonomía personal y la utilización precisa de los apoyos que sean menester"¹⁴.

III.1. EL CONSEJO Y EL ASESORAMIENTO EN LOS SUPUESTOS DE PERSONAS EN SITUACIÓN DE DISCAPACIDAD

De todo cuanto se viene explicando no cabe duda de que la labor de asesoramiento del notario es esencial. Como diría Carnelutti, el notario "no es sólo un consultor jurídico, sino, el más alto grado, un consultor moral"¹⁵. Como consultor que es, le compete la labor de asesoramiento y la de consejo; la primera sobre la base de sus conocimientos científicos, su pericia profesional, su dominio del derecho positivo, de la doctrina, de la jurisprudencia, y la segunda, como persona de experiencia, como ser humano que ha vivido y sabe transmitirla. Al decir de De la Cámara Álvarez y Roan Martínez, "el notario no solo tiene que asesorar, sino que en la mayoría de los casos debe dar su consejo cuando se le pida. El asesoramiento es más frío que el consejo, el cual trata de comprometerse en la decisión de las partes. El asesoramiento parece tener un gran fondo técnico; el consejo, sin despreñar aquel, tiene una extraordinaria carga vital, humana. Por eso, el asesoramiento del notario es sobre asuntos con fondo jurídico técnico; en cambio, el consejo puede tener este fondo o el más vario contenido" (...) "El asesoramiento se pide al notario como tal notario; el consejo, al notario y al hombre que está detrás de él"¹⁶. Una parte importante de las consultas que hoy día solventa el notario tiene como trasfondo una situación vinculada con la dependencia o la discapacidad, ya se trate de proteger a título de legitimario a una persona con discapacidad o de disponer a su favor un inmueble a título de liberalidad

14 Alfaro Guillén, Yanet, "El otorgamiento de testamento durante la vejez: recomendaciones de lege data para la autorización notarial en Cuba", en Leonardo B. Pérez Gallardo (Coord.), *Homenaje a José María Castán Vázquez. Liber amicorum*, Editorial Tirant lo Blanch, Madrid, 2019 (p. 1397-1431), p. 1422.

15 Carnelutti, Francesco, "La figura jurídica del notariado", en Pérez Gallardo, Leonardo B., Cam Carranza, Guillermo y Arévalo, Miguel Ángel (Dirs.), *Lecturas esenciales de Derecho Notarial*, N° 1, Gaceta Notarial, Lima, 2011, p. 125-152, esp. p. 149.

16 De la Cámara Álvarez, Manuel y Roán Martínez, José, "La formación y selección del notario", *Revista Jurídica del Notariado, Colegios Notariales de España, Junta de Decanos*, año XV, N° LXI-LXII, julio-diciembre de 1968, p. 153-234, esp. p. 163.

inter vivos o constituir un fideicomiso. Igualmente, la actuación del notario se desenvuelve en gran medida con personas de edades propectas. Y aunque la senectud no lleva consigo necesariamente la discapacidad, no puede perderse de vista que, con la edad, a las personas les sobrevienen ciertas discapacidades, ya sean intelectuales, físico-motoras o sensoriales (pues la sordera o la pérdida de visión a edades tardías pueden estar asociadas con la edad). Compete al notario dar a las personas los utensilios jurídicos más útiles para responder con ello a sus múltiples interrogantes, entre ellos los actos autorreferentes que van ocupando un lugar significativo en la labor notarial.

Es cierto que las personas acuden al notario en busca de un asesoramiento técnico como perito del derecho que es, pero también desde antaño y aún hoy se vivencia cada día, se busca al notario como persona de experiencia, no solo en razón del asesoramiento, sino también del consejo. Y en ese consejo se va más allá, en tanto supone "(...) el deber del notario a quien acude un cliente para saber lo que, en virtud de sus experiencias jurídicas, económicas, e incluso humanas, le aconseja saber en determinadas circunstancias (...) es el servicio que el notario le presta a su cliente para que éste pueda tomar sus decisiones, aceptándolo o rechazándolo"¹⁷. El notario carece de *imperium*, tan solo es un tercero imparcial, que ha de poner en manos de las personas que buscan su ministerio sus experiencias en pos de encauzarlas en las vías idóneas para el logro de su cometido. Como con agudeza se ha dicho "es de desear que el notario haga, en favor de sus clientes y de la seguridad jurídica, más que lo absolutamente necesario, y es precisamente aquel excedente de trabajo y solicitud y cuidados los que distinguen el buen notario activo que todos deseamos, del menos bueno y pasivo"¹⁸.

Como diría Carnelutti, el notario es un guardián del derecho¹⁹, como ningún otro, por ello Figa Faura consideraba que el notariado "es una institución cuya existencia está justificada en la conveniencia de alcanzar la mayor seguridad jurídica posible"²⁰, a lo cual añadía el propio Carnelutti

17 Vid. Kralik, Winfried, "El deber de informar al notario", *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, separata del T. XXII, vol. II, Madrid, 1981, p. 9-30, esp. p. 12.

18 Ídem, p. 13.

19 Vid. Carnelutti, F., "La figura jurídica...", cit., p. 11.

20 Vid. Figa Faura, Luis, "La función social del notario", *Revista de Derecho Notarial*, N° LXXIX, enero-marzo de 1973, p. 7-19, esp. p. 8.

que tiene una función preventiva o de higiene del derecho “cuanto más consejo del notario, cuanta más conciencia del notario, cuanta más cultura del notario, tanto menos posibilidad de litis, y cuanto menos posibilidad de litis tanto menos necesidad de juez”²¹.

El notario está acostumbrado a dar asesoramiento a personas, cualquiera sea su edad, condición social, sexo, ocupación e igualmente su grado de discernimiento. Empero, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad conlleva a la necesidad de dar una orientación sistemática e individualizada a aquellas personas en situación de discapacidad con iguales necesidades de dar cobertura jurídica y soporte formal a los disímiles actos y negocios jurídicos en los que intervienen y que buscan concluirlos válidamente en igualdad de condiciones que los demás. El notario ha de saberse comunicar con la persona en situación de discapacidad para calar su voluntad, para determinar lo que realmente quiere, en algunas ocasiones acudiendo a los apoyos de la más diversa naturaleza (apoyos en la comunicación, en la toma de decisiones, en la propia formación de la voluntad, en la comprensión de los actos), pero sin que se cercene o se minimice, en grado alguno, la autodeterminación de la persona en situación de discapacidad. Hay que ser un verdadero intérprete, y no me refiero en el sentido de ser conocedor de lenguas, ni tan siquiera de la lengua de señas, sino en el sentido carneluttiano, o sea, el notario como nuncio o portavoz de una voluntad, intermediario, que permite traducir los conceptos jurídicos. Hay que indagar hasta la saciedad, en la búsqueda de las voluntades, deseos y preferencias de la persona en situación de discapacidad, solo así el acto o negocio jurídico será válido. Compete al notario un asesoramiento técnico, graduado, traducido al nivel de entendimiento de cada compareciente, según su situación de discapacidad y el grado de discernimiento de la persona e incluso extrapolarlo después en los documentos públicos en formato de lectura fácil²².

21 Carnelutti, F., “La figura jurídica...”, cit., p. 23.

22 Los instrumentos públicos notariales en formato de lectura fácil son los autorizados por un notario, en los que interviene una persona en situación de discapacidad como compareciente u otorgante, y en el que el notario emplea un lenguaje, comprensible para dicha persona. Se trata simplemente de adicionar al documento público notarial que se autoriza y que, por regla, también debe tener un lenguaje sencillo y claro, con propiedad en el estilo (y no manifestación del alarde de conocimientos técnicos en el que las expresiones en latín broten como manantial, compitiendo en ocasiones con una pieza de la más depurada doctrina jurídica), un documento que permita la accesibilidad del

El notariado debe entonces asumir la responsabilidad que el consejo lleva ante los reclamos de las personas con discapacidad. El derecho notarial es un derecho profiláctico, eminentemente preventivo y deberá seguir apostando en este orden.

III.2. DEL JUICIO DE CAPACIDAD AL JUICIO DE DISCERNIMIENTO

Las bases conceptuales en que tradicionalmente se ha sustentado el juicio notarial de capacidad ceden ante los vientos procedentes del impacto de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su recepción en los derechos internos de los Estados partes, ello, en razón del reconocimiento del ejercicio de la capacidad jurídica como derecho humano (*vid.* no solo el art. 12 de la Convención, sino también en el derecho cubano el art. 29.2 del Código Civil), lo cual supone que las coordenadas en las que solía ubicarse la capacidad jurídica en su faz estática y en su faz dinámica (capacidad de obrar) cambian, de modo que el ejercicio de la capacidad jurídica se extiende a toda persona, ya sea porque puede ejercitarla por sí misma sin requerir apoyos o porque lo haga con la ayuda o el auxilio de estos.

De este modo, tal y como arguye el profesor Barba en materia testamentaria pero extensible para cualquier tipo de negocio jurídico, "no cabe duda que el tipo de control que el ordenamiento jurídico exige al notario ha cambiado radicalmente"²³, en tanto, como explica el mismo académico, "(e)l notario ya no está obligado a comprobar que la persona está en su 'cabal juicio', sino que debe, según su propio criterio, constatar que

conocimiento de la persona en situación de discapacidad, esencialmente, en situación de discapacidad intelectual o psicosocial. Supone incluir, tras la redacción del documento público notarial conforme con los requerimientos técnicos que hoy exige el derecho notarial, un documento que, en términos apropiados para el nivel intelectual de la persona en situación de discapacidad, le permita entender cuál es la esencia del acto o negocio jurídico instrumentado y sobre todo los efectos jurídicos. Sobre el tema, *vid.* Pérez Gallardo, Leonardo B. y Joanna Pereira Pérez, "Instrumentos públicos de lectura fácil como expresión de la accesibilidad cognitiva", en *Gaceta Notarial*, año 10, N° 30, Lima, 2021, p. 22-27.

- 23 Barba, Vincenzo, "Capacidad para otorgar testamento, legitimarios y protección de la persona con discapacidad", en *La Ley – Derecho de familia*, Revista jurídica sobre familia y menores, año 8, N° 31, La reforma civil y procesal de la discapacidad. Un tsunami en el ordenamiento jurídico, (edición electrónica: <http://smarteca.es>) julio-septiembre 2021, p. 7.

la persona está en condiciones de conformar o expresar su voluntad"²⁴. Es el consentimiento la piedra angular, pues como apunta Álvarez Royo-Villanova, "la cuestión clave ahora no es la capacidad, sino el consentimiento. Porque una cosa es que todas las personas pueden ejercer su capacidad jurídica y otra que puedan prestar un consentimiento válido en cada acto concreto. Esto se aplica para cualquier persona, con o sin discapacidad"²⁵.

Si bien lo previsto en el Código Civil no ha supuesto una modificación expresa de los arts. 10 inc. d y 16 inc. b de la Ley de las Notarías Estatales, ni de los arts. 64 inc. c, 81 inc. c y 122 inc. a del Reglamento de dicha ley, todos los cuales se siguen refiriendo al juicio notarial de capacidad, dentro del control de legalidad que le viene atribuido al notario, preceptos que mantienen incólume dicho juicio, tal y como se ha concebido en la tradición hispana, luego llevada a la cubana²⁶, tiene que adaptarse a los principios y valores enarbolados por la CDPD y a la filosofía que inyecta en este orden la reforma al régimen legal de la capacidad jurídica insuflado por la disposición final primera del Código de las Familias.

La premisa general que se sustenta en la CDPD está basada en que toda persona no solo es titular de la capacidad jurídica, sino también en que puede ejercitarla; no obstante, "la Convención está reconociendo que las personas con discapacidad pueden tener dificultades en el ejercicio de esa capacidad jurídica (lo que tradicionalmente se ha denominado capacidad de obrar) y, por ende, pueden necesitar apoyo. Ahora bien, ya no se trata –y aquí viene el necesario cambio de enfoque– de privar a una persona con discapacidad de su capacidad de obrar como se viene haciendo hasta ahora, por cuanto ello constituiría una flagrante infracción de los principios que rigen en la Convención y, entre ellos, el de respeto a la dignidad de la persona y el de no discriminación (art. 3.1. inc. a e inc. b), sino de determinar los apoyos que posibiliten el ejercicio de su aptitud cuando *de facto* se encuentre limitada, ello necesariamente conjugado con los necesarios ajustes a realizar en los diferentes ámbi-

24 Ibidem.

25 Álvarez Royo-Villanova, Segismundo, "La Ley 8/2021: del juicio de capacidad a la formación y evaluación del consentimiento", en Hay Derecho, disponible en: <https://www.hayderecho.com/2021/10/06/ley-8-2021-del-juicio-de-capacidad-a-la-formacion-y-evaluacion-del-consentimiento/>, consultado el 2 de enero de 2022.

26 Lo que será reformado este año con la aprobación de la nueva ley notarial y su reglamento.

tos de la sociedad al objeto de garantizar su participación plena y efectiva²⁷. Por consiguiente –como expone Lora-Tamayo Rodríguez– urge una reelaboración de la fórmula empleada desde la técnica notarial y, por supuesto, de su contenido, dado que, según el art. 12 de la Convención, “las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida; si ello es así, el juicio del notario formulado de esta forma no añadiría nada, sería como decir que los comparecientes son personas o tienen personalidad jurídica”²⁸. En efecto, el juicio de capacidad que se convierte en mención auténtica en los documentos públicos notariales no tiene por cometido determinar si la persona tiene capacidad de obrar para realizar *per se* un acto o negocio jurídico puntual, pues la capacidad de obrar, en principio, es consustancial también a las personas por el hecho de serlas, desde el enfoque de derechos humanos que ofrece la CDPD (art. 29.2 del Código Civil). El notario se centrará en determinar la capacidad natural o discernimiento que tiene una persona, con o sin discapacidad, en el momento del otorgamiento del acto o negocio jurídico²⁹. Y solo si es posible validar la existencia de tal discernimiento, unido a la intención y a la libertad, autorizará el instrumento público, ofreciendo un juicio positivo de discernimiento. En fin, el juicio notarial se desplaza a la capacidad natural, en tanto el sujeto compareciente puede discernir o no sobre los efectos jurídicos del acto o negocio que pretende instrumentar.

La situación de discapacidad, cualquiera sea su naturaleza, incluida la discapacidad intelectual, por sí misma no es motivo para negar el ejercicio de la función notarial; lo contrario supondría adoptar una posición

27 Vid. López Azcona, Aurora, “Capacidad jurídica y discapacidad intelectual y psicosocial: a vueltas sobre el art. 12 de la Convención de Naciones Unidas de 2006 y su interpretación por el Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad”, en Cerdeira Bravo de Mansilla, Guillermo (Dir.) y Pérez Gallardo, Leonardo B. (Dir.), García Mayo, Manuel (Coord.), *Un nuevo Derecho para las personas con discapacidad*, Ediciones Olejnik, Santiago de Chile, 2021, p. 113–142, esp. p. 122–123.

28 Vid. Lora-Tamayo Rodríguez, Isidoro, *Reforma civil y procesal para el apoyo a personas con discapacidad*, Francis Lefebvre, Madrid, 2021, p. 28–29.

29 “Ya no es, por tanto, relevante el hecho de que la persona con discapacidad fuera o no incapacitada en un procedimiento judicial porque es en el mismo acto (...) donde se comprobará que si carece o no de capacidad natural suficiente”. Vid. Planas Ballvé, María, “Capítulo 33. La capacidad para otorgar testamento” en Cerdeira Bravo de Mansilla, Guillermo y García Mayo, Manuel (Dirs.), Gil Membrano, Cristina y Pretel Serrano, Juan José (Coords.), *Un nuevo orden jurídico para las personas con discapacidad*, Bosch – Wolters Kluwer Legal & Regulatory España, Madrid, 2021, p. 655–667, esp. p. 662.

discriminatoria, atentatoria a los dictados y principios de la CDPD. En todo caso, el notario tendrá que determinar si la persona que requiere de sus servicios tiene discernimiento, intención y libertad.

Nos explica Landestoy Méndez que "(e)l discernimiento suele asociarse con la racionalidad en la toma de decisiones"³⁰, "discernir significa que la persona con discapacidad intelectual ha de ser capaz de entender las consecuencias negativas que pueden derivar del acto o negocio, y alcanzar a entender que existe la posibilidad de negarse a las mismas, no estando obligada a celebrarlo. Es necesario, en resumen, que todo compareciente sepa discernir entre el acto que instrumenta o el acto que requiere de otro, que lo distinga y que conozca y comprenda el contenido y los efectos, positivos y negativos, que de él dimanen. No se requiere, por lo tanto, una comprensión cabal del acto, solo unos límites mínimos de discernimiento"³¹. De ahí que el notario debe delimitar si la persona que tiene frente a sí sabe sobre qué versa el acto que pretende instrumentar, cuáles son las principales consecuencias, ya sea en el orden personal o patrimonial. No se exige un conocimiento omnicomprendivo del fenómeno jurídico, sino una racionalidad que justifique la toma de decisión propia o con ayuda de apoyos.

Por su parte, la intención "se refiere a una decisión volitiva. Es necesario que la persona con discapacidad no solo comprenda el acto que va a instrumentarse, sino que además lo quiera tal como está. Nótese que ambos elementos guardan una estrecha relación, pues solo puede querer aquello que se conoce, es lo que afirma el viejo brocardo: *nihil volitum nisi praecognitum*. En este sentido, la persona con discapacidad intelectual puede manifestar inequívocamente su voluntad, su deseo, de realizar el acto jurídico o de requerir el acta notarial"³². Se trata de una línea fina que el notario debe saber encauzar para determinar la intención del agente en el negocio, acto o hecho respecto del cual se interesa la instrumentación documental. Tal intención va de la mano con el principio de respeto a los deseos y preferencias de la persona en situación de discapacidad.

30 Landestoy Méndez, Pedro Luis, "El juicio notarial de discapacidad sobre el compareciente con discapacidad intelectual (Reflexiones en clave kantiana)" en Cerdeira Bravo de Mansilla, Guillermo y Pérez Gallardo, Leonardo B. (Dirs.), García Mayo, Manuel (Coord.), *Un nuevo Derecho para las personas con discapacidad*, Ediciones Olejnik, Santiago de Chile, 2021, p. 275-286, esp. p. 285.

31 Ibidem, p. 85-86.

32 Idem, p. 86.

En tanto, la libertad "consiste en que la persona con discapacidad no esté presionada o confundida como consecuencia de una acción externa. Dígase que no exista fraude o dolo ni amenaza o intimidación que vicien su voluntad. No basta que la persona conozca y quiera el acto, sino que además debemos constatar que no lo hace por una falsa creencia inducida ni por presiones externas, sino que brote como un acto libre"³³. Compete al notario determinar que la persona que comparece, con o sin apoyos, lo hace libre de influencias indebidas que desnaturalicen el consentimiento enteramente libre que se exige para la perfección y eficacia de los actos y negocios jurídicos. Influencias indebidas que pueden –e incluso suelen– venir de los propios apoyos. De ahí que, el notario no solo sea un apoyo institucional –tal y como se expresa en la circular informativa N° 3/2021, de 3 de septiembre de la Comisión Permanente del Consejo General del Notariado español–³⁴, sino esencialmente una salvaguardia eficaz.

En buena medida, tal y como ha apuntado la Comisión Permanente del Consejo General del Notariado español en la Circular informativa N° 2/2021, de 2 de septiembre precisamente en ocasión de implementar la ley 8/2021 de 3 de junio que modifica el régimen de la capacidad jurídica en el ordenamiento jurídico español³⁵, "la discapacidad no limita legalmente el ejercicio de la capacidad jurídica o la libertad para tomar sus propias decisiones, no hay una limitación legal anticipada", por lo cual, no cabe hablar de un juicio relativo a la capacidad legal suficiente del compareciente para el acto o negocio jurídico que otorga en la escritura pública, en un lenguaje tradicional. Al ser la capacidad jurídica intangible, sin posibilidad de modulación ni gradación, no es dable, pues, que el notario valore o aprecie el "grado" de capacidad que tiene la persona para el acto que pretende concluir jurídicamente ya no es posible. Su situación de discapacidad no condiciona el ejercicio de la capacidad jurídica, al menos en la manera en que se ha comprendido. En todo caso, la graduación compete respecto de los apoyos que ayudan o asisten a la persona en situación de discapacidad. Son estos los que pueden resultar más o menos intensos en dependencia de la situación de discapacidad de la persona.

33 Idem.

34 Disponible en: <https://testing.notin.es>, consultada el 22 de diciembre de 2021.

35 Disponible en: <http://notin.net>, consultada el 22 de diciembre de 2021.

El juicio del notario se contraerá a un tema fáctico de indudable interés jurídico, encaminado a determinar si la persona tiene discernimiento, intención y libertad y puede formar y exteriorizar su voluntad, ya sea por sí misma o a través del diverso sistema de apoyos que a tal fin el derecho reconoce; “no se trata de que el notario haga un juicio médico, sino de constatar que el concreto instrumento de apoyo articulado por el mismo contenga una voluntad informada, libre y consciente”³⁶. Como arguye el profesor Barba, “(s)i bien la naturaleza del juicio no varía sustancialmente, sí que varía mucho el contenido del juicio del notario, pues ya no tendrá que valorar si la persona tiene o no plena capacidad y, por tanto, que no existen limitaciones en sus facultades intelectuales y volitivas, sino que tendrá que limitarse a constatar que la persona pueda conformar y expresar su voluntad entendiendo el significado de sus disposiciones”³⁷. Ciertamente –al decir del citado profesor– “no se exige la capacidad de obrar en su concepción tradicional, que queda al margen del ordenamiento jurídico, pero sí que la persona pueda comprender el alcance de sus disposiciones, y el notario deberá, en todo caso, favorecer la toma de una decisión autónoma, respetando la voluntad, los deseos y preferencias de la persona con discapacidad. Además, no solo debe evitar estrictamente ejercer cualquier forma de influencia sobre la persona con discapacidad, limitándose a ayudarla a llevar a cabo su propio proceso de toma de decisiones, sino que debe fomentar y apoyar el pleno respeto de su voluntad, deseos y preferencias”³⁸.

El juicio, por lo tanto, ha de versar sobre esa situación de hecho a la que alude la citada circular informativa 2/2021, concretada en el discernimiento necesario que evidencia el ejercicio de la capacidad jurídica. Es al discernimiento al que alude el juicio, pues lo que deberá controlar el notario es que el compareciente puede comprender el alcance del acto o negocio jurídico que pretende concluir a través de escritura pública, sus efectos, ya sea ello por sí solo o con la asistencia de los apoyos.

36 Vid. López Azcona, Aurora, “Capítulo 17. Medidas voluntarias de apoyo” en Cerdeira Bravo de Mansilla, Guillermo y García Mayo, Manuel (Dirs.), Gil Membrano, Cristina y Pretel Serrano, Juan José (Coords.), *Un nuevo orden jurídico para las personas con discapacidad*, Bosch – Wolters Kluwer Legal & Regulatory España, Madrid, 2021, p. 365–382, esp. p. 368.

37 Barba, V., “Capacidad para otorgar testamento...”, cit., p. 9.

38 Ibidem, p. 9-10.

IV. LOS ACTOS DE AUTOPROTECCIÓN, CON ESPECIAL REFERENCIA A LA DESIGNACIÓN VOLUNTARIA DE APOYOS Y SALVAGUARDIAS

El derecho de autoprotección –como opinan Rajmil y Llorens en la doctrina argentina– es aquel “derecho que tiene todo ser humano a decidir acerca de las materias autorreferentes a su persona y a su patrimonio para el futuro, ante una eventual pérdida de sus aptitudes de autogobierno”³⁹. Este derecho –al decir de Lanzón desde la propia doctrina del país austral– “con sólidas raíces constitucionales, permite al sujeto decidir y disponer sobre su vida, su persona, sus bienes para el futuro, ante una eventual pérdida de su discernimiento, y se ejerce fundamentalmente a través de actos escritos donde dicha voluntad permanezca inalterable”⁴⁰ por cuya razón toman vida los actos de autoprotección, conceptuados por Rajmil y Llorens como aquellos en el cuales “una persona deja plasmada su voluntad en ese sentido, de manera fehaciente, mientras cuenta con aptitudes suficientes para ello, para que sea respetada en el futuro, en el supuesto de hallarse en situación de vulnerabilidad tal que le impida expresarse por sí misma”⁴¹.

Como expresa la profesora Pereira Pérez, se trata de “un término genérico en el cual se incluye cualquier manifestación de voluntad de una persona con discernimiento para ello o incluso en situación de minoridad con emancipación, en la que se toman medidas para asegurar, cautelar, prever, anticipar, la situación u orden en que pueda encontrarse la persona o su patrimonio ante circunstancias futuras en las que pueda resultar imposible tomar sus propias decisiones incluso con provisión de apoyos, o sea, son previsiones tomadas en presente y eficaces tan solo bajo la *conditio iuris* de que sobrevenga una situación de discapacidad que conlleve, por ejemplo, la provisión de apoyos”⁴². En esta tesitura, la reforma operada en el año 2022 en el Código Civil cubano, en materia de capacidad jurídica, deja en manos de la propia persona en

39 Vid. Rajmil, Alicia B. y Llorens, Luis R., “Derecho de autoprotección. Directivas anticipadas”, en MJ-DOC-6019-AR | MJD6019, 17 de octubre de 2012.

40 Lanzón, Patricia Adriana, “Directivas anticipadas de las personas menores de edad”, Derechos e Integración, Revista del Instituto de Derecho e Integración, N° 14, año X, 2019, p. 11-25, esp. p. 18.

41 Rajmil, A. B. y Llorens, L. R., “Derecho de...”, cit.

42 Pereira Pérez, Joanna, *El acto en previsión de las futuras discapacidades o la incapacidad*, Ediciones Olejnik, Santiago de Chile, 2022, p. 17.

situación de discapacidad el diseño del escenario en el que desea que se desenvuelva su vida cuando la pérdida del discernimiento le pueda sobrevenir y aún en los casos en que no se careciere de este pero fuere sensible su disminución, ello como traje a la medida, para lo cual los actos autoprotección se convierten en la herramienta más útil, siempre sobre la base del respeto a las voluntades, deseos y preferencias, erigido en principio cardinal (*vid.* arts. 30.4 y 31.2 del Código Civil), de modo que, la mejor interpretación de la voluntad se convierte en brújula norteadora para quienes interpreten los actos de autoprotección instrumentados, o en ausencia de estos, construyan la voluntad hipotética de la persona según el catálogo o guía orientativa que habilita el cumplimiento de este criterio de interpretación de la voluntad, según lo prevén las normas contenidas en el Código Civil⁴³.

La autoprevisión de apoyos y salvaguardias ha de instrumentarse por escritura pública. Es la forma documental atinada para una declaración de voluntad negocial en la que, en atención a lo previsto en el art. 30.5 del Código Civil, se ha de proveer:

a) Forma de los apoyos, o sea, qué tipos de apoyos prevé la persona puedan asistirle en el momento propicio para el ejercicio de sus derechos: de naturaleza tecnológica, animal, humana u otros.

b) En caso de prever la provisión de apoyos humanos, la identidad de la o las personas designadas, para lo cual el notario ha de asesorar al otorgante, interesando el suministro de todos los factores identificativos de la persona, con lo cual se viabiliza su ulterior identificación. Es dable apuntar que no es necesario que en la escritura pública que contiene el acto de autoprotección, el otorgante suministre todos los factores identificativos de la persona, siendo suficientes aquellos que permiten individualizarla. Nada priva tampoco a que puedan nombrarse perso-

43 Contenido en el art. 30.4 del Código Civil, a saber: a) la trayectoria de vida de la persona, b) las previas manifestaciones de voluntad en similares contextos, c) la información con la que cuenten las personas de confianza de la persona a apoyar, d) sus deseos, preferencias, e) cualquier otra consideración pertinente para el caso concreto. Sobre el tema, *vid.* Pérez Gallardo, Leonardo B., "Apoyos, ajustes razonables y salvaguardias en la dinámica de un nuevo Derecho para las personas en situación de discapacidad" en *Las personas en situación de discapacidad como sujetos del Derecho civil y familiar (A propósito de la reforma al régimen legal de la capacidad jurídica en Cuba)*, Ediciones Olejnik, Santiago de Chile, 2023, p. 15-44, esp. p. 32-34.

nas menores de edad, que de acuerdo con su autonomía progresiva pueden resultar viables como apoyos en el ejercicio de los derechos de las personas en situación de discapacidad, no se olvide que es la persona en situación de discapacidad la otorgante y responsable de sus decisiones, aun cuando cuente con los apoyos (*vid.* art. 30.6 del Código Civil). A fin de cuentas, el derecho vigente tampoco exige que los apoyos sean mayores de edad. No obstante, de tratarse de un apoyo intenso con facultades de representación, si el apoyo tiene la madurez suficiente en razón de la evolución de sus facultades intelectivas y puede aportar los trazos de la historia vital de la persona de la que es apoyo para construir su voluntad hipotética, es dudable que se exija respecto de él, inexorablemente, la mayoría de edad, suficiente es que tenga pleno discernimiento, pues la voluntad que exterioriza no es la de él, sino la de la persona que asista. No obstante, no niego lo polémico que pudiera resultar este tema.

c) Ha de precisar el alcance de las facultades y, con ello también, las directrices que ofrece a quienes designe como apoyos, para qué actos o negocios jurídicos se requiere, la titularidad de qué derechos prevé sea ejercida, asistida la persona por tales apoyos.

d) Dado que la provisión de apoyos tiene una naturaleza temporal, compete a la persona, asesorada por el notario, dejar explícita su voluntad en el sentido del tiempo en que se prevé estar asistido por los apoyos.

e) El número de apoyos: en este orden, el notario debe esclarecer al otorgante si prefiere nombrar un único apoyo o varios, de ser plural el número de apoyos, se hace necesario dejar esclarecido en la escritura pública si se nombran apoyos conjuntos o subsidiarios.

Entendidos los primeros como aquellos que se desempeñen al unísono, o sea, coetáneamente. De ser así, es preciso que se determine la manera en la que ejercerán las funciones de apoyo: si *mancomunadamente*, de modo que todos tengan que asistir a la persona requerida de apoyos a la vez y actuar colectivamente, o de forma *solidaria o indistinta*, de manera tal que uno solo de los apoyos pueda asistir a la persona en situación de discapacidad en el otorgamiento de un determinado acto o negocio jurídico, a saber: el que en cada momento sea libremente elegido por la persona, de ser posible aún esa elección posterior, o, en ausencia de discernimiento, aquel que, conforme con las reglas establecidas en el acto

de autoprotección, sea el más idóneo para tal desempeño. De resultar el ejercicio de los apoyos de forma *mancomunada*, conviene que el notario asesore al otorgante en el establecimiento de reglas que atiendan al régimen de actuación colectiva, a semejanza de las establecidas en el Código Civil para los actos de administración y disposición del bien común en situación de copropiedad por cuotas (arts. 164 a 167 del Código Civil) o en régimen de comunidad matrimonial de bienes (arts. 237 a 244 del Código de las Familias). Por supuesto, tomando en cuenta las peculiaridades que ofrece la propia situación de apoyos mancomunados. Cabe también que la gestión o actuación de los apoyos no sea colectiva, aun cuando exista pluralidad de apoyos designados, si la persona que otorga la escritura contentiva de actos de autoprotección designa apoyos en dependencia de la naturaleza de los actos o negocios a concluir o de la naturaleza de los derechos que se pretenden ejercitar. Estaríamos en presencia de pluralidad de apoyos, pero no de una gestión colectiva de estos (similar a lo que acontece en sede de tutela plural en la previsión contenida en el art. 385.2 del Código de las Familias).

Por su parte, los apoyos *subsidiarios*, son aquellos que –tal y como acontece en las sustituciones hereditarias (sustitución vulgar reconocida en el art. 482 del Código Civil)– la persona, previendo una situación de discapacidad que le disminuya o anule su discernimiento, prevé escalonadamente varias personas –familiar o afectivamente cercanas– dispuestas en un orden según sus deseos y preferencias, tomando en cuenta esencialmente la confianza que deposita en cada una de ellas, aunque quizás atienda a otros factores, como pueden ser: la edad, la experiencia de vida, la madurez, el grado de responsabilidad, la intensidad del vínculo afectivo o la mayor posibilidad de que unos puedan desempeñarse mejor que otros. Lo cierto es que prevé varios apoyos, en los que el primero de ellos sería el llamado a actuar como tal, de darse la *conditio iuris*, de la cual pende la eficacia de su nombramiento, en tanto que la posibilidad de que los demás se desempeñen como apoyos, pende de que el primero de los llamados no pueda asumir el rol de apoyo o, aun pudiendo, no quiera, extremos que han de ser probados ante notario público, ya sea el no poder a través de un acta de notoriedad o el no querer a través de una escritura pública de renuncia.

f) Previsión negativa de apoyos, o sea, la determinación por la propia persona de qué personas, por lógica, familiares o afectivamente cercanas, no quiere que sean sus apoyos, sin que tenga que dejar dicho

de modo explícito en la escritura pública las razones o motivos por los cuales las inhabilita. Simplemente responde a sus deseos y preferencias. Tal previsión tiene efectos incluso si por otras circunstancias resulta necesaria la provisión de apoyos de dicha persona en sede judicial. La inhabilitación, en principio, compete a los jueces. Nada priva que la persona se limite únicamente a disponer quiénes no quiere que sean sus apoyos, pudiendo, en tales circunstancias, de resultar necesario, nombrarse apoyos en sede judicial, entre los cuales no debieran incluirse los inhabilitados por la propia persona.

g) Las circunstancias o el momento en que la designación de apoyos surte efectos jurídicos. Si tenemos en cuenta que estamos frente a un acto prospectivo, esto es un acto concertado en presente, pero en previsión del futuro, difiriéndose sus efectos a que sobrevenga determinado acontecimiento del cual pende la eficacia del acto (*conditio iuris*), o sea, tal circunstancia es necesaria para que los efectos jurídicos buscados se produzcan, han de ser expresamente determinados por la persona que otorga la escritura pública, pudiendo ser la pérdida del discernimiento o una sensible disminución de este, siempre que ello pueda ser comprobado, dejando a un tercero la prueba de que efectivamente ha acontecido o a una autoridad pública, como el notario, de quien pudiera exigirse la comprobación *in situ* de dicho particular. Tampoco es necesario supeditar la designación voluntaria de un apoyo a tales circunstancias, puede que se supedite al arribo a determinada edad o a que sobrevenga cierta enfermedad que en sus primeros estadios no es invalidante del discernimiento, pues puede tratarse de apoyos que asisten en la toma de decisiones o faciliten la comunicación con el notario, en fin, todo depende de lo que sea previsto por el otorgante en la escritura pública sobre actos de autoprotección.

h) Previsión de salvaguardias (art. 30.8 del Código Civil)⁴⁴: a los fines

44 La Instrucción 278/2023, de 20 de enero, del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo (*Gaceta Oficial de la República de Cuba*, Extraordinaria, N° 11, de 14 de febrero de 2023) califica a las salvaguardias como "medidas destinadas a asegurar que quien sea designado como apoyo actúe conforme al mandato encomendado" (apartado Duodécimo), "control para supervisar el cumplimiento efectivo de las funciones del apoyo o apoyos designados" (apartado undécimo). Las salvaguardias en el entorno del Derecho cubano -siguiendo los dictados de la Convención- tienen por cometido esencialmente, "custodiar el correcto funcionamiento de la medida de apoyo y (...) por la prevalencia de la autonomía, cuidando, fundamentalmente, que la persona con discapacidad no vea suplida su

de velar por las medidas de apoyo, relativas al ejercicio de la capacidad jurídica, respeten los derechos, las voluntades y las preferencias de la persona en situación de discapacidad (otorgante de la escritura pública) y que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida desde los apoyos hacia ella, conviene que el notario que autoriza la escritura advierta al otorgante la factibilidad de la previsión de salvaguardias, esto es, de los antídotos para evitar irregularidades e incoherencias en el desempeño de los apoyos designados, los cuales pueden ser de la más diversa naturaleza, desde instituciones, entidades públicas o privadas, así como medidas mismas de control, incluidas las de naturaleza legal⁴⁵. Tratándose de salvaguardias, es necesario que la persona que las provea determine el modo de actuación y en qué circunstancias operarán, individualizándolas, ya se trate de personas físicas o instituciones públicas o autoridades. Cabe expresar que puede preverse en la propia escritura que el tribunal competente del domicilio de la persona en situación de discapacidad actúe como salvaguardia o la defensoría (*vid.* arts. 451 y 452 del Código de las Familias) o la fiscalía. La persona puede nombrar a estas autoridades como las instituciones confiables para el control de la actuación de las personas nombradas por ella como apoyos.

i) Los plazos para la revisión de los apoyos, dada su naturaleza temporal o circunstancial⁴⁶: tal temporalidad supone la necesariedad de su revisión, motivo que sustenta que la persona que los provee también fije el

voluntad por quien tiene a su cargo el desempeño de la función de apoyo". *Vid.* Valdés Díaz, Caridad del Carmen, "Nueva visión de la capacidad jurídica y los cambios esenciales a su regulación a partir del Código de las familias" en Pérez Gallardo, Leonardo B. (Coord.), *Las recientes reformas al Código Civil cubano (A propósito de la ley 156/2022, de 22 de julio, Código de las Familias)*, Ediciones Olejnik, Santiago de Chile, 2023, pp. 19–35, esp. p. 22.

45 La profesora Valdés Díaz hace referencia a la prevista en el art. 31.2 *in fine* del Código Civil, que "destaca expresamente que no pueden ser designados como apoyos las personas condenadas por violencia de género o familiar en cualquiera de sus manifestaciones. Esta prohibición se convierte en una salvaguardia genérica a la persona en situación de discapacidad, a tono con lo estipulado en el art. 86 de la Constitución de 2019, que proclama el carácter destructivo de la violencia familiar para las personas implicadas, las familias y la sociedad, lo que se extiende también a grupos vulnerables, señalando el precepto constitucional que cualquiera de sus manifestaciones es sancionada por la ley". *Vid.* Valdés Díaz, C. del C., "Nueva visión de la capacidad jurídica...", cit., p. 28.

46 Temporalidad que se predica no solo en los apoyos designados de manera voluntaria (art. 30.5 y 8 del Código Civil) sino también judicial (art. 31.2 del Código Civil) y la cual también recalca el apartado sexto de la Instrucción 278/2023 del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo.

período mínimo en que deben ser revisadas las medidas voluntarias de apoyos. Hay que tener en consideración que la revisión se hace ante la autoridad dispuesta en la escritura pública, en calidad de salvaguardia, pues precisamente este es uno de sus cometidos. Corresponde entonces fijar un período mínimo que razonablemente responda a la temporalidad que caracteriza a las medidas de apoyo, pues no puede perderse de vista que la línea del horizonte que la Convención sitúa es la de que toda persona, cualquiera sea su situación de discapacidad, no solo es titular, sino también puede ejercer la capacidad jurídica.

V. LAS PERSONAS EN SITUACIÓN DE DISCAPACIDAD, ENTRE LA AUTONOMÍA Y LA SEGURIDAD JURÍDICA: ESA ES LA CUESTIÓN

La reforma introducida en el Código Civil cubano de 1987 por la disposición final primera del Código de las Familias de 2022, sin duda la más trascendental de todas las disposiciones finales del referido Código, cobra una sustantividad muy significativa. El legislador –animado por la tan ansiada adaptación del derecho interno a los dictados de la CDPD, ratificada por Cuba desde el 2007– logra incorporar al ordenamiento jurídico cubano la filosofía de la que está impregnada la Convención y, sobre todo, el principio del respeto a las voluntades, los deseos y las preferencias de las personas en situación de discapacidad y, con ello, una manifestación concreta de la libertad del ser humano. Se busca potenciar la autonomía de las personas en situación de discapacidad, facilitar el ejercicio de sus derechos y la conclusión válida y eficaz de actos jurídicos. “No se trata de una nueva visión de la autonomía privada, sino de visibilizar que las personas con discapacidad también tienen derecho a ser autónomas”⁴⁷.

La reforma legal es un desafío social sin precedentes que atañe a entidades privadas, servidores públicos, el Estado, comunidades, familias y sociedad, pero, sobre todo, el mayor reto de este cambio de paradigmas supone el cambio de mentalidad –al que ya se ha hecho referencia–, superar estereotipos, mitos y tabúes que la humanidad durante siglos ha ido dibujando en desmedro de las personas en situación de discapacidad. La reforma introducida reafirma “(e)l respeto a la libertad y la

47 Valdés Díaz, C. del C., “Nueva visión de la capacidad jurídica...”, cit., p. 26.

dignidad de las personas a través de la observancia de sus voluntades y preferencias"⁴⁸, a la vez que lo "erige como el núcleo central en torno al cual giran los nuevos paradigmas, otorgando un lugar preponderante al ejercicio de la autonomía de la voluntad para configurar la protección futura, a través de mecanismos jurídicos cuya finalidad es la autoprotección de la persona"⁴⁹. En efecto, se proyecta en el ámbito jurídico lo que está aconteciendo en la esfera de los hechos, las personas –estén o no en situación de discapacidad– buscan un anhelo de felicidad, tal anhelo les permite constituir un ámbito de libertad en el que se da primacía a las expectativas y los deseos individuales. En expresión del maestro peruano Fernández Sessarego: "Sólo en muy escasas ocasiones durante el humano existir se tiene la oportunidad de vivenciar la libertad. Ello solo ocurre en el instante de las más comprometedoras decisiones, aquellas en que la persona tiene que asumirlas por sí misma, sin intervención de otro ser humano (...). El hallarse en esta situación hace sentir al hombre plenamente responsable de su decisión. Ella compromete todo su ser, lo sume en una radical angustia existencial. La angustia de sentirse responsable de su elección, de no poder transferir a otro ser las consecuencias de su decisión"⁵⁰.

El espíritu que informa los apoyos, ajustes razonables y salvaguardias como pilas tras esenciales del modelo social y de derechos humanos que en torno a la discapacidad introdujo la CDPD y del que hoy se hace eco la reforma legal operada en Cuba está precisamente en potenciar el poder de decisión de las personas, la búsqueda de su voluntad –aún sea esta hipotética– erigida sobre la base de su historia vital y otras fuentes de información. De ahí la trascendencia de los apoyos, como los "tutáculos" que le permiten a la persona asistida acceder a información, ayudar en la toma de decisiones, conducirse por la vida, relacionarse comunicacionalmente, transmitir voluntades; tales apoyos estarán dirigidos a las personas en situación de discapacidad para "que sea(n) no solo protagonista(s), sino incluso directora(s) de la propia obra que es su vida. Ello implica poder elegir, poder crear el guion de su existencia, planificar cada escena, actuar según esas decisiones, que pueden estar

48 Pereira Pérez, Joanna, *El acto en previsión de las futuras discapacidades o la incapacidad*, Ediciones Olejnik, Santiago de Chile, 2021, p. 169.

49 Ibidem.

50 Fernández Sessarego, Carlos, *El Derecho a imaginar el Derecho. Análisis, reflexiones y comentarios*, Idemsa, Lima, 2011, p. 993.

equivocadas, pero todos tenemos derecho a equivocarnos. Evitar la sobreprotección, dar la oportunidad de expresar lo que se quiere, no ejercer influencias indebidas para lograr un comportamiento o inducir una elección, eso es apoyar, más allá de propiciar, que también es necesario, las condiciones materiales de existencia"⁵¹. Si bien los apoyos serán los hombros o los brazos que sostendrán a la persona en situación de discapacidad para, desde ahí, poner proa y dirigir su propia vida en primera persona del singular, exaltando la dignidad humana, al derecho le importa la seguridad jurídica de los actos y negocios que concluyen las personas, de ahí la importancia de las salvaguardias que han de establecerse como antídoto ante irregulares conductas que puedan desarrollar quienes fungen como apoyo (de ser estos del orden personal) y evitar así influencias indebidas, manipulación o sustitución de la voluntad.

En la misma medida en que el derecho potencia la autonomía como manifestación de la libertad ha de prever, también los mecanismos que conduzcan a la seguridad jurídica como valor fundante de un estado de derecho y, en ello, juega un rol significativo el notariado. Ninguna institución como el notariado para acrisolar los más nobles principios que enarbola la histórica Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, que resulta hoy un canto épico a la autonomía, al autogobierno, a la toma de sus propias decisiones por las personas en situación de discapacidad. Compete al notario, a través de los controles de autoridad pública de los que está investido, ya sea el control de legalidad o el de equidad, garantizar el ejercicio de esa autonomía de la persona en situación de discapacidad, avalar el respeto a sus voluntades, deseos y preferencias y lograr, además, la accesibilidad cognoscitiva que les permita concluir válidamente actos y negocios jurídicos y ejercer derechos en su esfera privada en igualdad de condiciones que los demás. Es, sin dudas, el notario la autoridad pública que en este orden garantiza un eficaz ejercicio del derecho a la capacidad jurídica bajo el principio de igualdad que preconiza el tantas veces aludido por la doctrina científica, art. 12 de la Convención. El notario actúa cuan un arquitecto sobre planos supuestos y superpuestos. En esos planos, los actos y negocios jurídicos adquieren las dimensiones de contenido y de continente. El notario es el forjador del continente, hacedor de una geometría en proyección caballera que permite vislumbrar un negocio o un acto jurídico, robustecido de legalidad, autenticidad, legitimidad,

51 Valdés Díaz, C. del C., "Nueva visión de la capacidad jurídica...", cit., p. 25.

veracidad y de una forma solemne que le da un blindaje para navegar por el tráfico jurídico, pero no deja de influir en la validez del contenido, a través de su preventivo asesoramiento.

En fin, la reforma legal a la capacidad jurídica en Cuba ansía potenciar la dignidad humana como valor supremo, la cual –tal y como escribió Peces-Barba– “... como paradigma político y jurídico de la modernidad, está conformada por cuatro grandes valores: la libertad, la igualdad, la solidaridad y la seguridad jurídica. La idea de dignidad humana, para su realización a través de la vida social, inseparable de la condición humana, se plasma en esos cuatro valores, cuyo núcleo esencial lo ocupa la libertad, matizada y perfilada por la igualdad y la solidaridad, en un contexto de seguridad jurídica (...)”⁵².

52 Peces-Barba, Gregorio, “La dignidad humana” en de Asís Roig, Rafael et al., *Los desafíos de los derechos humanos hoy*, Dykinson, Madrid, 2007, p. 157–171, esp. p. 157.

Bibliografía

FUENTES DOCTRINALES

Alfaro Guillén, Yanet, "El otorgamiento de testamento durante la vejez: recomendaciones de lege data para la autorización notarial en Cuba", en Leonardo B. Pérez Gallardo (Coord.), Homenaje a José María Castán Vázquez. Liber amicorum, Editorial Tirant lo Blanch, Madrid, 2019.

Álvarez Royo-Villanova, Segismundo, "La Ley 8/2021: del juicio de capacidad a la formación y evaluación del consentimiento", en Hay Derecho, disponible en: <https://www.hayderecho.com/2021/10/06/ley-8-2021-del-juicio-de-capacidad-a-la-formacion-y-evaluacion-del-consentimiento/> consultado el 2 de enero de 2022.

Barba, Vincenzo, "Capacidad para otorgar testamento, legitimarios y protección de la persona con discapacidad", en La Ley – Derecho de familia, Revista jurídica sobre familia y menores, año 8, N° 31, La reforma civil y procesal de la discapacidad. Un tsunami en el ordenamiento jurídico, (edición electrónica: <http://smarteca.es>) julio-septiembre, 2021.

Cámara Álvarez, Manuel de la y Roán Martínez, José, "La formación y selección del notario", Revista Jurídica del Notariado, Colegios Notariales de España, Junta de Decanos, año XV, N° LXI-LXII, julio-diciembre de 1968.

Carnelutti, Francesco, "La figura jurídica del notariado", en Pérez Gallardo, Leonardo B., Cam Carranza, Guillermo y Arévalo, Miguel Ángel (Dirs.), Lecturas esenciales de Derecho Notarial, N° 1, Gaceta Notarial, Lima, 2011.

Cavallé Cruz, Alfonso, El notario como garante de los derechos de las personas, Jurista Editores, Lima, 2012.

Cuenca Gómez, Patricia, "El sistema de apoyo en la toma de decisiones desde la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: principios generales, aspectos centrales e implementación en la legislación española", REDUR 10, diciembre 2012.

Delgado Vergara, Teresa y Pereira Pérez, Joanna, "Protección legal y vejez inclusiva de la persona adulta mayor. Panorama en Cuba con especial referencia al Derecho civil y familia", en Leonardo B. Pérez Gallardo y Daimar Cánovas González (Coords), Las familias en la Constitución, Ediciones Olejnik, Santiago de Chile, 2020.

- Fernández Sessarego, Carlos, *El Derecho a imaginar el Derecho. Análisis, reflexiones y comentarios*, Idemsa, Lima, 2011.
- Figa Faura, Luis, "La función social del notario", *Revista de Derecho Notarial*, n.º LXXIX, enero-marzo de 1973.
- Kralik, Winfried, "El deber de informar al notario", *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, separata del t. XXII, vol. II, Madrid, 1981.
- Landestoy Méndez, Pedro Luis, "El juicio notarial de discapacidad sobre el compareciente con discapacidad intelectual (Reflexiones en clave kantiana)" en Cerdeira Bravo de Mansilla, Guillermo y Pérez Gallardo, Leonardo B. (Dirs.), García Mayo, Manuel (Coord.), *Un nuevo Derecho para las personas con discapacidad*, Ediciones Olejnik, Santiago de Chile, 2021.
- Lanzón, Patricia Adriana, "Directivas anticipadas de las personas menores de edad", *Derechos e Integración*, *Revista del Instituto de Derecho e Integración*, N° 14, año X, 2019.
- López Azcona, Aurora, "Capacidad jurídica y discapacidad intelectual y psicosocial: a vueltas sobre el art. 12 de la Convención de Naciones Unidas de 2006 y su interpretación por el Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad", en Cerdeira Bravo de Mansilla, Guillermo (Dir.) y Pérez Gallardo, Leonardo B. (Dir.), García Mayo, Manuel (Coord.), *Un nuevo Derecho para las personas con discapacidad*, Ediciones Olejnik, Santiago de Chile, 2021.
- López Azcona, Aurora, "Capítulo 17. Medidas voluntarias de apoyo" en Cerdeira Bravo de Mansilla, Guillermo y García Mayo, Manuel (Dirs.), Gil Membrano, Cristina y Pretel Serrano, Juan José (Coords.), *Un nuevo orden jurídico para las personas con discapacidad*, Bosch - Wolters Kluwer Legal & Regulatory España, Madrid, 2021.
- Lora-Tamayo Rodríguez, Isidoro, *Reforma civil y procesal para el apoyo a personas con discapacidad*, Francis Lefebvre, Madrid, 2021.
- Peces-Barba, Gregorio, "La dignidad humana" en de Asís Roig, Rafael et al., *Los desafíos de los derechos humanos hoy*, Dykinson, Madrid, 2007.
- Pérez Gallardo, Leonardo B., "El notario: función de autoridad pública", en *Ensayos de Derecho Notarial*, *Gaceta Notarial*, Lima, 2011.

Pérez Gallardo, Leonardo B. y Pagano, Luz María, *Discapacidad y modelo social: enfoques desde la doctrina y la jurisprudencia*, Erreius, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2020.

Pérez Gallardo, Leonardo B., "Apoyos, ajustes razonables y salvaguardias en la dinámica de un nuevo Derecho para las personas en situación de discapacidad" en *Las personas en situación de discapacidad como sujetos del Derecho civil y familiar (A propósito de la reforma al régimen legal de la capacidad jurídica en Cuba)*, Ediciones Olejnik, Santiago de Chile, 2023.

Pérez Gallardo, Leonardo B. y Joanna Pereira Pérez, "Instrumentos públicos de lectura fácil como expresión de la accesibilidad cognitiva", en *Gaceta Notarial*, año 10, N° 30, Lima, 2021 (p. 22-27).

Pereira Pérez, Joanna, *El acto en previsión de las futuras discapacidades o la incapacidad*, Ediciones Olejnik, Santiago de Chile, 2022.

Pereira Pérez, Joanna, "Nuevos horizontes para la autonomía de las personas en situación de discapacidad: la autorregulación de la protección futura a partir de la reforma civil y familiar en Cuba", en Pérez Gallardo, Leonardo B. (Coord.), *Las personas en situación de discapacidad como sujetos del Derecho civil y familiar (A propósito de la reforma al régimen legal de la capacidad jurídica en Cuba)*, Santiago de Chile, 2023, p. 61-85, p. 69.

Pereira Pérez, Joanna, "Nuevos horizontes para la autonomía de las personas en situación de discapacidad: la autorregulación de la protección futura a partir de la reforma civil y familiar en Cuba", en *Las personas en situación de discapacidad como sujetos del Derecho civil y familiar (A propósito de la reforma al régimen legal de la capacidad jurídica en Cuba)*, Leonardo B. Pérez Gallardo (coordinador), Santiago de Chile, 2023 (p. 61-85).

Planas Ballvé, María, "Capítulo 33. La capacidad para otorgar testamento" en Cerdeira Bravo de Mansilla, Guillermo y García Mayo, Manuel (Dirs.), Gil Membrano, Cristina y Pretel Serrano, Juan José (Coords.), *Un nuevo orden jurídico para las personas con discapacidad*, Bosch – Wolters Kluwer Legal & Regulatory España, Madrid, 2021, p. 655-667.

Puentes Gómez, Anabel, *El contrato de alimentos en el Derecho cubano*, Ediciones Olejnik, Santiago de Chile, 2023, p. 121-123.

Rajmil, Alicia B. y Llorens, Luis R., "Derecho de autoprotección. Directivas anticipadas", en MJ-DOC-6019-AR | MJD6019, 17 de octubre de 2012.

Rajmil, Alicia B. y Llorens, Luis R., "La persona menor de edad y la actuación del escribano frente a autorizaciones judiciales para disponer de sus bienes", *Derechos e Integración*, Revista del Instituto de Derecho e Integración, N° 13, año IX, 2018, p. 39-58.

Rodríguez Adrados, Antonio, "El notario: función privada y función pública. Su inescindibilidad", en *Revista de Derecho Notarial*, Colegios Notariales de España, año XVII, No. CVII, 1980, p. 255-409.

Valdés Díaz, Caridad del Carmen, "Nueva visión de la capacidad jurídica y los cambios esenciales a su regulación a partir del Código de las familias" en Pérez Gallardo, Leonardo B. (Coord.), *Las recientes reformas al Código civil cubano (A propósito de la Ley N° 156/2022, de 22 de julio, Código de las familias)*, Ediciones Olejnik, Santiago de Chile, 2023, pp. 19-35, esp. p. 22.

FUENTES NORMATIVAS

"Constitución de la República de Cuba", proclamada el 10 de abril de 1959, publicada en la *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, Extraordinaria, N° 5, de 10 de abril de 1959.

Pérez Gallardo, Leonardo B., *Código Civil de la República de Cuba*, Ley No. 59/1987 (actualizado y concordado), 6° edición, Ediciones ONBC, La Habana, 2023.

Ley N° 141/2021, de 28 de octubre, "Código de procesos", publicada en la *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, Ordinaria, No. 138, de 7 de diciembre de 2021.

Ley N° 156/2022, de 22 de julio, "Código de las familias", ratificado en referéndum popular el 25 de septiembre de 2022, publicada en la *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, Ordinaria, N° 99, de 27 de septiembre de 2022.

Instrucción 278/2023, de 20 de enero, del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo publicada en la *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, Extraordinaria, No. 11, de 14 de febrero de 2023.

Congresos y jornadas

EL FACTORAJE Y SU USO COMO MECANISMO DE FINANCIACIÓN EN PROYECTOS INMOBILIARIOS*

Santiago Pinto

Sumario: 1.1. Introducción. 1.2. Desarrollo. 1.2.1. Breves antecedentes. 1.2.2. En la normativa actual. 1.2.3. Precio. 1.2.4. La globalidad, especialidad y créditos futuros. 1.2.5. Título suficiente. 1.2.6. Notificación y oponibilidad. 1.2.7. Variantes. 1.2.8. El factoraje en proyectos inmobiliarios. 1.3. Conclusiones. 2. Ponencias. 2.1 De *lege lata*. 2.2. De *lege ferenda*. 3. Bibliografía consultada. 3.1. Doctrina. 3.2. Legislación. 3.3. Jurisprudencia.

* Primer premio correspondiente al tema 2, "Actuales formas y objetos de contratación", otorgado por el jurado del XXXV Encuentro Nacional del Notariado Novel, desarrollado en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires los días 14 y 15 de noviembre de 2024

1.1. INTRODUCCIÓN

El contrato de factoraje, conforme se desarrollará, encuentra su naturaleza en las costumbres contractuales y en la evolución del comercio, las cuales han llevado a la figura a lo que actualmente se conoce, siendo tipificado este contrato en el derecho argentino, con la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación¹, pese a algunas menciones en leyes especiales, anteriores al 2015.

El instituto de factoraje, conocido en el comercio internacional como *factoring*, no ha tenido en nuestro país un uso habitual como lo es en otros países, aunque gracias al encuadre legal actual, encuentra mejores herramientas para profundizar su aplicación en las relaciones comerciales del mercado argentino.

Creemos que la plasticidad de esta figura, gracias a sus múltiples variantes, constituye una herramienta de inestimable valor a los efectos de financiación de las pequeñas y medianas empresas y, en especial, como vehículo para financiar proyectos inmobiliarios al pozo, tales como barrios privados o edificios.

1.2. DESARROLLO

1.2.1. BREVES ANTECEDENTES

El factor, del latín, parte de la palabra *fact-*, *factum* (hacer), se traduce como "el que hace", y en la lengua castellana se define persona que hace algo². Ya aquí, podemos vislumbrar parte de la esencia del factoraje, que tiene vinculación no solo como una adquisición de créditos, sino también con la provisión de un servicio, de "hacer algo" para la empresa factoreada, como se puede ver en el servicio de asistencia técnica que presta el factor.

La figura del *factoring* puede tener antecedentes normativos tan antiguos como el Código de Hammurabi, donde eran propias las prácticas mercantiles de la época, evidenciando el claro carácter comer-

1 De aquí en adelante CCyC.

2 <https://dle.rae.es/factor> Consulta 7/10/2024.

cial de este contrato. La figura del factor moderno se aproxima a la época de colonización de los Estados Unidos de América, donde su labor era la de un comisionista con el agregado de que también era un "star del credere", propio de una comisión en garantía. Ya con el avance de las costumbres mercantiles, a mediados del siglo XX, en los EE. UU. muta a la figura en la forma moderna (no obstante que hayan surgido modalidades y variantes más elegantes posteriores a esos años en dicho país y en Europa), constituyéndose como base troncal del contrato de *factoring* actual, en donde se termina abandonado la figura del comisionista y surge la gestión de cobranza y la adquisición de los créditos del factoreado³.

Previo a la sanción del CCyC, estábamos frente a la presencia de un contrato puramente atípico, no obstante, menciones de esta figura en la ley de entidades financieras, al enunciar las facultades de estas en su art. 24 "...d) Otorgar anticipos sobre créditos provenientes de ventas, adquirirlos, asumir sus riesgos, gestionar su cobro y prestar asistencia técnica y administrativa(...)"⁴.

Este contrato excede la mera cesión de crédito, dado que se trata de un contrato continuo de colaboración empresarial, por el cual el factoreado transfiere todo o parte de los créditos de su facturación y el factor onerosamente se encarga de su cobro, pudiendo asumir los riesgos de cobro o anticipar fondos y dar servicios adicionales de gestión⁵.

Creemos que una definición más precisa que permite advertir la esencia de este contrato es la expresada por Argeri, al entender al *factoring* como un contrato en el cual una empresa especializada, identificada como factor, presta un servicio de colaboración a otra empresa, obligándose la primera a adquirir una determinada masa de créditos originados en la actividad comercial de la segunda empresa por un precio, descontando el costo de la prestación del servicio de colaboración⁶.

3 Martorell, Ernesto E., *Tratado de los contratos de empresa*, Tomo I, Depalma, 1998, p. 445-449.

4 Ley 21.526.

5 Gregorini Clusellas, Eduardo L., "Factoring. Un medio para incrementar negocios", *Revista Jurídica Argentina La Ley*, 1994-N, p. 872-879.

6 Argeri, Saúl A., "Contrato de 'Factoring'", *Revista Jurídica Argentina La Ley*, 1978-D: "Es el contrato mediante el cual una empresa especializada, denominada factor, presta un servicio de colaboración (asistencia técnica y financiera) a otra empresa comercial o industrial, obligándose la primera, me-

Dicha función de servicios que excede la mera adquisición de los créditos se puede ver en la Convención Internacional de Factoring de la UNIDROIT, celebrada en Ottawa, Canadá, el 28 de mayo de 1988, donde determinan a estos servicios como una función necesaria para el caso del factoraje *pro soluto*⁷.

1.2.2. EN LA NORMATIVA ACTUAL

En la normativa actual se tipifica el contrato de factoraje y se regula en el libro tercero del CCyC, en los arts. 1421 a 1428. En su geografía legislativa, este contrato se ubicó de manera posterior a los contratos bancarios, dado el carácter comercial que reviste y de uso común por entidades financieras. No obstante, el *factoring* también se podría haber ubicado luego de la cesión de derechos, dado que el primero se nutre de este último como base interpretativa.

A los efectos de tipificación del contrato, el legislador ha optado por el empleo de la palabra castellana de factoraje, frente a su locución anglosajona de *factoring*, siendo este término el más empleado en el contexto internacional.

El art. 1421 del CCyC, define: "Hay contrato de factoraje cuando una de las partes, denominada factor, se obliga a adquirir por un precio en dinero determinado o determinable los créditos originados en el giro comercial de la otra, denominada factoreado, pudiendo otorgar anticipo sobre tales créditos asumiendo o no los riesgos".

dianete un precio en el que se computa el costo (*lato sensu*) de prestación del servicio, a adquirir una determinada masa de créditos que tuviera la otra por su actividad empresarial en relación a terceros y durante un lapso determinado".

- 7 "Article 1(...) 2. – For the purposes of this Convention, 'factoring contract' means a contract concluded between one party (the supplier) and another party (the factor) pursuant to which: (a) the supplier may or will assign to the factor receivables arising from contracts of sale of goods made between the supplier and its customers (debtors) other than those for the sale of goods bought primarily for their personal, family or household use; (b) the factor is to perform at least two of the following functions: –finance for the supplier, including loans and advance payments; –maintenance of accounts (ledgering) relating to the receivables; –collection of receivables; –protection against default in payment by debtors; (c) notice of the assignment of the receivables is to be given to debtors" <https://www.unidroit.org/instruments/factoring/convention/> Consultado: 10/10/2024.

De su misma definición ya surge la diferenciación del contrato de cesión de derechos, atento que se tratan de créditos solamente, originadas del giro comercial, y no recae sobre un solo crédito, sino sobre varios.

Una de las críticas⁸ que recibe esta conceptualización es que, si bien el artículo siguiente⁹ reconoce expresamente la gestión de cobranza como "otros servicios", no fue incorporada como una función primaria del contrato, y dentro de la misma definición, similar a la dispuesta por Argeri¹⁰. No obstante, conforme a la tipología normativa, el ordenamiento admite la existencia de factoraje sin servicio de gestión de cobranza ni de administración y asistencia técnica; sin embargo, no es lo que naturalmente se da en el ámbito comercial.

Araya¹¹ también critica el empleo de la obligación del factor de adquirir los créditos, para definir la relación contractual, en vez de usar la contraposición de la obligación del factoreado de transmitir los créditos, pero consideramos que el eje de enfoque no altera los alcances normativos y responde más a una cuestión de perspectiva terminológica. No obstante, a nuestro criterio, ha llevado a autores, tales como Calderón¹², a calificar el contrato como unilateral por entender que no hay obligaciones para el factoreado, lo cual no contempla la contracara de la prestación que es la obligación de transmitir los créditos. Este último sostiene su tesis en que la ley le otorga efectos traslativos al contrato, por aplicación del art. 1425, con lo que no coincidimos por confundir la naturaleza del contrato con el carácter de título suficiente que le otorga la ley, en lo atinente a créditos futuros.

Podemos decir que los caracteres principales del contrato son:

- Es bilateral, atento a que las partes efectúan obligaciones recíprocas.
- Oneroso, en virtud de que una parte recibe una ventaja a cambio de una contraprestación.

8 Araya, Miguel, "Contrato de Factoraje", Revista Código Civil y Comercial 3, 2015, p. 156-166.

9 Art. 1422. "Otros servicios. La adquisición puede ser complementada con servicios de administración y gestión de cobranza, asistencia técnica, comercial o administrativa respecto de los créditos cedidos". CCyC, 2015.

10 Ob. cit.

11 Ob. cit.

12 Calderón, Maximiliano R., *Contratos: parte especial*, 1ª edición, Editorial La Ley, CABA, 2022.

- Es de carácter conmutativo o aleatorio, atento a que las ventajas para las partes pueden ser o no ciertas¹³.
- Formal, por su naturaleza contractual, atento a que se exige la forma escrita, tal como se detallará más adelante.
- De duración, dado que es un contrato que se prolonga en el tiempo.
- De colaboración, el factor que asiste y el factoreado que debe colaborar con información de sus cuentas y clientes.
- Generalmente de adhesión, atento a que por el carácter especializado de la empresa factora, es por costumbre se otorgue en esas condiciones.
- Generalmente bancario¹⁴, atento a que es propio de un vehículo financiero y propio de bancos y entidades financieras celebrar *factoring*.
- Es *intuitu personae*, en tanto los créditos cedidos corresponden al giro comercial de una empresa y que el factor es una empresa con especialidad en el cobro y el financiamiento.

Este contrato, sin importar su ubicación normativa en el de fondo, por tener como objeto la cesión de créditos, se nutre y se deberá recurrir al instituto de la cesión de derechos a los efectos de complementar los vacíos legales o convencionales que pueda tener el mismo¹⁵.

-
- 13 Gregorini Clusellas, ob. cit., entiende que, en el contrato, por más que exista traslación del riesgo de cobranza, esto importa una alea relativa, y es una circunstancia de ser una de las eventuales obligaciones del factor, por lo que no altera el carácter conmutativo. Aquí, nuevamente, Calderón, ob. cit., entiende en forma distinta, que el contrato puede ser conmutativo o aleatorio, dependiendo de si las ventajas son ciertas o inciertas, siendo este último el caso para la situación de hechos inciertos. Consideremos acertada la postura del segundo autor, en virtud de que puede existir alea, atento a que el crédito nunca resultará una ventaja cierta, cuando se trate de créditos condicionales o litigiosos.
- 14 Por la práctica comercial, el contrato de factoraje tiende, en su mayoría, a ser bancario por revestir el factor la calidad de entidad financiera, pero nada quita que pueda ser una empresa especializada en cobros sin necesariamente tratarse de un banco.
- 15 Muguillo, Roberto A., "Contrato de factoraje", en Borda, Alejandro (Dir.), *Derecho Civil y Comercial. Contratos*, La Ley, 2023, § 1336, p. 967.

De allí que, al operar estas reglas, la forma doblemente impuesta para el contrato de factoraje sea la escrita, tanto por aplicación del art. 1618¹⁶ para la cesión de derechos, así como la forma impuesta para los contratos bancarios en el art. 1380¹⁷, en virtud de elemento subjetivo del factor, que, por la práctica comercial habitual, se trata de una entidad financiera o banco. Conforme el carácter de cesión global, sumado al carácter de título suficiente que posee el contrato de *factoring*, entendemos que a los efectos de asegurar la virtualidad del derecho del factor y la protección de la titularidad de los créditos, la escritura pública es la forma más idónea, fundamentalmente por la ventaja que le otorgan la matricidad y la fecha cierta.

Las reglas del contrato admiten garantías, tanto reales como personales, así como la retención anticipada de una parte del crédito adquirido, las cuales se tienen como disposiciones válidas que aseguran la cobertura frente a la incobrabilidad o al límite del crédito, y su eficacia se mantiene hasta que se extingan las obligaciones de la factoreada¹⁸.

1.2.3. PRECIO

El contrato de factoraje, por su propia naturaleza, reviste el carácter de oneroso, y la cesión de créditos tiene como contraprestación el precio, el cual, así como los créditos, puede ser determinado o determinable. Conforme a la costumbre, el pago del precio a veces puede efectuarse parcialmente como anticipo a cuenta de los créditos por cobrar, motivo por el cual este contrato puede tener las características de medio de financiación. El precio estará vinculado a las tareas asumidas por el factor, pudiendo estar compuesto por comisiones u honorarios, y estar

16 Art. 1618. "Forma. La cesión debe hacerse por escrito, sin perjuicio de los casos en que se admite la transmisión del título por endoso o por entrega manual. Deben otorgarse por escritura pública: a) la cesión de derechos hereditarios; b) la cesión de derechos litigiosos. Si no involucran derechos reales sobre inmuebles, también puede hacerse por acta judicial, siempre que el sistema informático asegure la inalterabilidad del instrumento; c) la cesión de derechos derivados de un acto instrumentado por escritura pública". CCyC. 2015.

17 Art. 1380. "Forma. Los contratos deben instrumentarse por escrito, conforme a los medios regulados por este Código. El cliente tiene derecho a que se le entregue un ejemplar". CCyC. 2015.

18 Art. 1426. "Garantías y aforos. Las garantías reales y personales y la retención anticipada de un porcentaje del crédito cedido para garantizar su incobrabilidad o aforo son válidos y subsisten hasta la extinción de las obligaciones del factoreado". CCyC. 2015.

determinado por un monto o por un porcentaje de los créditos a cobrar. Incluso el pago puede ser diferido, sea en forma parcial o total, vinculando el vencimiento con el cobro de los mismos créditos cedidos.

1.2.4. LA GLOBALIDAD, ESPECIALIDAD Y CRÉDITOS FUTUROS

El principio de globalidad reviste tal importancia que la jurisprudencia¹⁹ lo ha tomado como un elemento determinante para encuadrar un contrato bajo la nominación del factoraje, aun con la prescindencia de *no men iuris* que las partes le hayan dado al contrato.

Previo a la tipificación del factoraje, la Cámara Nacional de Apelaciones²⁰ ya, en un pronunciamiento, reconocía el elemento de cesión global, pese a que no existía el reconocimiento expreso en el plexo normativo.

Los derechos y créditos futuros pueden ser objeto de la cesión, aunque no se incorpore mención en esta parte general, pero podemos decir que, por el art. 1007 del CCyC, los bienes futuros pueden ser objeto de los contratos, y desde tal perspectiva es correcto pensar que los derechos futuros pueden ser objeto de cesión.

En el art. 1423²¹ se determina la validez de las cesiones globales, las cuales pueden ser totales o parciales, y sobre créditos presente o futuros, siempre y cuando estos últimos puedan ser determinables. Esta normativa no solo refuerza la naturaleza del instituto, en cuanto no es una mera cesión de créditos, sino que importa una pluralidad de créditos y, asimismo, reconoce expresamente la posibilidad de ceder créditos futuros²².

19 "Cooperativa de Vivienda Crédito y Consumo Concepción Ltda. c/ Inargind SA s/Ordinario" (2023), Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Buenos Aires. Expte. N° COM 24806/2019.

20 "Heller Sud Servicio Financieros SA c/ Polisor SA s/ Ordinario" (2002), Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Buenos Aires. Expte. N° 130.553/99.

21 Art. 1423. "Créditos que puede ceder el factoreado. Son válidas las cesiones globales de parte o todos los créditos del factoreado, tanto los existentes como los futuros, siempre que estos últimos sean determinables". CCyC. 2015.

22 Misma diferencia existe con la cesión de facturas, teniendo el *factoring* este carácter de cesión global y funciones y servicios adicionales.

Otro principio que rige al contrato es el de especialidad, que nace del texto del art. 1424²³. Este principio impone el requerimiento normativo de identificar los documentos que representan los derechos de los créditos cedidos, sus importes, fecha de emisión y vencimientos. La norma impone la obligación de precisar el objeto del contrato, así plasmando este principio de especialidad, donde se vuelve imperativa la identificación de los documentos representativos, siendo necesario para el caso de los créditos futuros (en aras de este principio) establecer los elementos de identificación de los créditos que se originen, siendo esencial, aunque no esté expreso en la norma, la determinación de un plazo o duración del contrato o un tope al monto de los créditos que se ceden²⁴.

1.2.5. TÍTULO SUFICIENTE

El art. 1425²⁵ determina que el contrato es título suficiente de transmisión de los créditos cedidos. Nuevamente se vuelve relevante la forma escrita, al tener el contrato el carácter de título suficiente.

Sucinta relevancia adquiere el carácter de título suficiente, cuando el objeto se trate de créditos futuros, lo que implica que los créditos serán cedidos por la mera ejecución del mismo contrato de *factoring*, con efecto traslativo desde el perfeccionamiento del mismo²⁶.

Esto quiere decir que, desde el momento en que el crédito futuro nazca, opera su cesión desde su nacimiento, no siendo necesaria la suscripción de una nueva cesión, atento a que la misma se produce de pleno derecho y como consecuencia de ejecución del contrato de *factoring*.

23 Art. 1424. "Contrato. Elementos que debe incluir. El contrato debe incluir la relación de los derechos de crédito que se transmiten, la identificación del factor y factoreado y los datos necesarios para identificar los documentos representativos de los derechos de crédito, sus importes y sus fechas de emisión y vencimiento o los elementos que permitan su identificación cuando el factoraje es determinable". CCyC. 2015.

24 Borda, ob. cit.

25 Art. 1425. "Efecto del contrato. El documento contractual es título suficiente de transmisión de los derechos cedidos". CCyC. 2015.

26 Di Chiazza, Iván G. y Abad, Gabriel O., "Cesión de derecho. Cesión de deudas. Cesión de posición contractual", en Rivera, Julio C. y Medina, Graciela (dirs.), *Derecho Civil y Comercial. Contratos: parte especial*, 1º edición, CABA, Abeledo Perrot, 2017, T V, p. 841.

Por lo ya mencionado, reiteramos, la forma de la escritura pública para el *factoring*, por la virtualidad que reviste el contrato como título traslativo de créditos futuros, siendo claras las bondades que otorga la autenticidad, la matricidad y la fecha cierta del instrumento público.

1.2.6. NOTIFICACIÓN Y Oponibilidad

El contrato de factoraje se perfecciona entre las partes desde su celebración, pero produce sus efectos frente a terceros desde que se notifica la cesión al deudor cedido. Este efecto frente a terceros no solo es respecto del deudor, sino también a todo tipo de terceros, tales como los acreedores del cedente.

El art. 1428 establece que la notificación al deudor puede ser efectuada por cualquier medio que evidencie, razonablemente, la recepción por parte de este. Aquí encontramos otra diferencia con el régimen general de la cesión de derechos que impone la notificación por instrumento público o privado de fecha cierta. Por lo expuesto, es clara esta diferencia que efectuó el legislador respecto del *factoring*, flexibilizando la forma de la notificación en pos del giro comercial.

El sistema de efectos frente a terceros mantiene el espíritu de Vélez; no obstante, esto no garantiza que terceros, tales como acreedores del cedente, efectivamente puedan conocer dicha cesión. En realidad, inspirado en el sistema velezano, la notificación tiene como finalidad evitar la celebración de cesiones antedatadas, a partir de la certeza que otorga la notificación²⁷.

Conforme la doctrina, la cesión de créditos futuros crea problemas interpretativos en orden a la oponibilidad frente a terceros en el proceso concursal del factoreado, en especial respecto de todo tipo de acreedor que quiera embargar o subrogarse en el cobro²⁸.

El Código para el contrato del factoraje omitió expedirse respecto a este supuesto, por lo que consideramos acertado entender que se aplicarán las reglas generales de la ley y del proceso concursal.

27 Araya, ob. cit., p. 5.

28 Di Chiazza, Iván G., "Factoraje", en Rivera, Julio C. y Medina, Graciela (dirs.), *Derecho Civil y Comercial. Contratos: parte especial*, 1ª Edición, CABA, Abeledo Perrot, 2017, T V, p. 1071.

El proyecto de ley de 2004 que regulaba específicamente el contrato del factoraje, en su art. 7, le otorgaba oponibilidad a los acreedores del cedente, incluso al proceso falencial. Directivas similares tienen las legislaciones española²⁹ e italiana³⁰. Claramente, el espíritu de estas normativas es incentivar el desarrollo de este contrato .

Creemos que hubiera sido positivo contar con una normativa especial respecto de la oponibilidad en este tipo de procesos con relación a los créditos futuros, para incentivar la utilización de este contrato³¹.

1.2.7. VARIANTES

Propia de la naturaleza comercial del *factoring* es que el legislador acertadamente ha efectuado lineamientos generales del contrato, sin profundizar demasiado en las modalidades del *factoring*, atento a que lo propio del giro comercial tiene multiplicidad de variantes, pero sí surgiendo del texto legal, el factoraje sin recurso (no asumiendo el factor el riesgo de cobro), también conocido como *pro solvendo*; y el factoraje con recurso (asumiendo el factor el riesgo de cobro) o llamado *pro soluto*. Otra varian-

29 Ley española, N° 1 de 1999: "(...) Disposición adicional tercera... 3. En caso de concurso del cedente, las cesiones reguladas en esta disposición serán rescindibles de conformidad con lo dispuesto en el art. 71 de la ley 22/2003, de 9 de julio, concursal. 4. Los pagos realizados por el deudor cedido al cesionario no estarán sujetos a la rescisión prevista en el art. 71.1 de la ley 22/2003, de 9 de julio, en el caso de declaración de concurso del deudor de los créditos cedidos. Sin embargo, podrá ejercitarse la acción rescisoria cuando se hayan efectuado pagos cuyo vencimiento fuera posterior al concurso o cuando quien la ejercite pruebe que el cedente o cesionario conocían el estado de insolvencia del deudor cedido en la fecha de pago por el cesionario al cedente. Dicha revocación no afectará al cesionario sino cuando se haya pactado así expresamente".

30 Ley italiana, N°52 de 1991: "(...) Art. 5. Efectividad de la cesión frente a terceros. 1. Si el cesionario ha pagado total o parcialmente la contraprestación de la transferencia y el pago tiene una fecha determinada, la transferencia es oponible: a) contra otros cesionarios del transmitente, cuyo título de compra no se ha hecho oponible a terceros antes de la fecha de pago; b) al acreedor del transmitente, que haya embargado el crédito después de la fecha del pago; c) a la quiebra del transmitente declarada después de la fecha del pago, salvo lo dispuesto en el art. 7, apartado 1. 2. El cesionario tiene derecho a hacer oponible la transferencia a terceros en las formas previstas por el Código civil. 3. Esto se entiende sin perjuicio del efecto liberatorio, según las normas del Código civil, de los pagos realizados por el deudor a terceros".

31 Anteproyecto del Contrato de Factoraje de los doctores Carlos Molina Sandoval y Héctor Alegría del año 2004.

te que surge del texto legal es la cesión parcial o total de los créditos, así como la posibilidad de que el objeto recaiga sobre créditos existentes o futuros. Otras modalidades contractuales son las de gestión de cobro y de asistencia, más conocido como *factoring* integral. De la costumbre también puede operar el factoraje con notificación o sin esta, teniendo el carácter de secreto, conforme la naturaleza del negocio y siendo necesaria la confidencialidad, con la consecuencia, en este caso, de la falta de oponibilidad del contrato a terceros. Asimismo, en el factoraje puede pactarse el pago del precio con un anticipo, siendo un factoraje financiero o como un descuento sobre los créditos percibidos a modo de honorarios o comisión por cobro a deudores, quedando el pago del precio al vencimiento y cobro de los créditos cedidos.

1.2.8. EL FACTORAJE EN PROYECTOS INMOBILIARIOS

Habiendo desarrollado un poco sobre este contrato, consideramos la aplicación del *factoring* financiero e integral para los proyectos inmobiliarios en pozo con boleto de compraventa, sea para la construcción de edificios o barrios privados como una herramienta financiera de inestimable valor.

En ambas modalidades de negocio inmobiliario, es usual que el constructor o desarrollador³² comercialice las unidades sin construir o en construcción, efectuando la venta con anticipo y estando el saldo de precio pactado con el pago de cuotas en un plazo de tiempo determinado. De esta manera, la empresa que encara el proyecto logra financiar su operación con la venta de cosas futuras y el comprador logra acceder a una cierta pero limitada forma de pago financiado del inmueble. Para el caso de los barrios privados, el boleto de compraventa tiende a prolongar su vida útil frente a las demoras³³ que acarrearán las subdivisiones y trámites catastrales que impiden la celebración de la escritura traslativa de dominio.

La ventaja supondría que una empresa de factoraje contrate con el constructor, cediendo este último el crédito del saldo de precio de los

32 Si bien desde un punto comercial estos sujetos cumplen funciones y tareas distintas, al solo efecto de la explicación de esta figura serán empleados como sinónimos.

33 <https://www.lanacion.com.ar/propiedades/casas-y-departamentos/el-plan-de-kicillof-para-regularizar-600-barrioscerrados-antes-de-julio-del-ano-que-viene-nid16112020/> Visto: 11/10/2024.

boletos, eliminando el alea que implica la cobrabilidad de las cuotas adeudadas y la incertidumbre en la fecha de cobro y, de esta forma, puedan establecerse parámetros más claros para el flujo de fondos del proyecto, evitando demoras en el mismo y asegurando su finalización. Asimismo, facilita el cálculo de rentabilidad y margen de ganancia para el desarrollador, dado que esta operatoria permite anticipar el valor de las ventas desde que se suscribe el boleto. Este anticipo de fondos le permitirá al vendedor de las unidades otorgar una financiación de manera más flexible para los compradores, ampliando los plazos de pago, así como reduciendo el porcentaje del anticipo, implicando un beneficio para los adquirentes. Por último, al instrumentar el contrato de factoraje con tareas de cobro y asistencia, le permitirá al desarrollador incrementar la eficiencia al volcar sus recursos en el proyecto y no dispersar parte de estos en las tareas de cobro. También, con la experiencia del factor, se podrá calificar y analizar con mayor precisión la capacidad de pago de los compradores, así como evaluar el riesgo frente a la incobrabilidad, permitiendo establecer parámetros contractuales con mayor eficiencia financiera.

Gracias a esto se logra que el factoreado pueda obtener liquidez para el financiamiento del proyecto, transformando activos ilíquidos en líquidos, lo que, junto también con la gestión de cobranza, permite reducir los costos y aumentar la eficiencia conforme a estar el cobro a cargo de una entidad especializada, y así permitir al factoreado volcar sus recursos hacia la finalización del proyecto inmobiliario principal, eliminando la carga de la tarea financiera y de cobro. Por último, esto termina desencadenando un aumento en la financiación del precio que abonan los compradores por boleto, atento que esta operatoria posibilita incrementar los plazos de pago y las condiciones del mismo, y esto trae como consecuencia:

1. Un aumento en las ventas, conforme mejora las condiciones de pago del precio.
2. Un mayor acceso de los adquirentes en la compra de inmuebles, conforme a ver ampliado el horizonte temporal de pagos, logrando financiarse, gracias a la operatoria del factoraje.

Entendemos que en este contrato lo que se cede es solo el crédito del precio del boleto, permaneciendo en cabeza del desarrollador las obligaciones de la venta y de la finalización y entrega de la unidad, atento a que no

estamos frente a una cesión de la posición contractual. Por esto, consideramos que el crédito cedido revestirá el carácter de condicional, atento a que quedará supeditado a ser afectado por el pacto comisorio, sea establecido contractualmente o sea tácito, dado que el incumplimiento del desarrollador podrá poner en moción su uso. Esto no genera problemas, atento a que, conforme la normativa³⁴, todo crédito es cedible mientras no esté prohibido. Como expone Di Chiazza³⁵, se permite que el objeto de la cesión puedan ser créditos exigibles o a plazo futuros, condicionales, eventuales o litigiosos, encontrando el único límite en el *factoring*, en que estos tengan su origen en el giro comercial del factoreado.

En esta variante, la forma de la escritura pública se vuelve necesaria, dado que, si el inmueble está finalizado, los planos aprobados y otorgada la escritura antes del cumplimiento del pago del total del precio, la venta otorgada por escritura se pactará con un saldo de precio (pudiendo este ser garantizado o no con una hipoteca) volviéndose necesaria la forma de escritura pública para esta cesión. Si el instrumento de factoraje fuera celebrado por instrumento privado, el efecto traslativo del contrato encontrará su límite frente al requisito de forma, conforme lo determina el inc. c del art. 1618 del CCyC, al ser esta cesión sobre el saldo del precio (y una cesión sobre la hipoteca, para el caso de existir) derivado de una escritura pública.

Es importante que, para el caso de empresas que vendan a personas físicas unidades, en donde los adquirentes las adquieran como usuarios finales y con destino a vivienda, estaríamos entrando dentro de la órbita del derecho del consumidor.

La Ley de Defensa del Consumidor sancionada el 22 de septiembre de 1993, previo a la ley modificatoria 26.361, específicamente en su artículo 1, inc. c, ya expresamente mencionaba la adquisición de inmuebles (cuando fueran nuevos y estuvieran destinados a vivienda, a través de una oferta pública con destinatarios indeterminados)³⁶.

34 Art. 1616. "Derechos que pueden ser cedidos. Todo derecho puede ser cedido, excepto que lo contrario resulte de la ley, de la convención que lo origina, o de la naturaleza del derecho" CCyC. 2015.

35 Di Chiazza, Iván G., "Factoraje", en Rivera, Julio C. y Medina, Graciela (dirs.), *Derecho Civil y Comercial. Contratos: parte especial*, 1º Edición, CABA, Abeledo Perrot, 2017, Tomo V, p. 1065.

36 "Artículo 1º - Objeto...c) La adquisición de inmuebles nuevos destinados a vivienda, incluso los lotes de terreno adquiridos con el mismo fin, cuando la oferta sea pública y dirigida a personas indeterminadas".

La jurisprudencia³⁷ acertadamente ha aclarado que no obstante que el negocio al cual accede y pasa a formar parte el consumidor (en este fallo se trata de departamentos al pozo) le resulte provechoso, sea por cuestión de financiamiento o precios más económicos dada la naturaleza del negocio, ello no implica que por obtener un beneficio quede excluido del régimen de protección del consumidor, más aún, teniendo en cuenta que ese negocio puede ser su única alternativa para procurarse una vivienda.

Es por esto que la relación que tenga el factor con el deudor cedido caerá bajo la órbita del régimen de protección del consumidor, fundado en que la cesión coloca al cesionario en la misma posición que el cedente, y atento a que, si la relación originaria se encontraba bajo esta esfera, nada cambia para que el factor entonces se encuentre sujeto a las mismas reglas. Asimismo, la existencia de la conexidad contractual genera que, por aplicación del art. 1073 del CCyC, propia de la finalidad económica, que encuentran ambos contratos, atento a que la finalización del proyecto en términos y condiciones pactadas interesa a todas las partes del contrato, siendo una finalidad común y determinante para el fin económico perseguido por el factoraje. Ya por el artículo siguiente, esta norma incorpora una regla de interpretación de estos contratos, lo que no permite que los contratos se interpreten de forma aislada, sino en forma conjunta. Esto trae aparejado que, como operadores del derecho, debemos efectuar un esfuerzo y una diligencia mayor a la hora de redactar o asesorar en este tipo de contratos³⁸.

Por eso entendemos que, frente a esta aplicación de conexidad contractual, junto con la aplicación del derecho de consumo es que el contrato de factoraje ve a alguno de sus elementos atenuados frente a la prevalencia del orden público de la primera normativa mencionada. Aquí

37 "Rubiolo, Claudia Elizabeth c/ Llave Maestra SRL s/ Cumplimiento de Contratos" (2019), Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial, Buenos Aires. Expte. N° 167.435/2019. "No es propio de la coherencia que cabe presumir del sistema normativo que la interpretación de las normas que propenden la protección del consumidor lleven a excluirlo de realizar contrataciones que bien pueden resultar provechosas para el mismo, pues éstas pueden ser su única posibilidad de acceder al financiamiento de su vivienda".

38 Otero, Esteban D., "El consumidor Inmobiliario," Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, Revista Notarial 993, 2022, p. 745.

adquiere especial importancia el deber de información, del cual gozan los consumidores, lo que creemos que podría llegar a debilitar la fórmula que opera en el art. 1428 del CCyC, respecto de la oponibilidad al deudor cedido, atento a que podría ser considerada insuficiente para la jurisprudencia, frente al derecho de información que tienen los consumidores. Asimismo, también por el principio de inversión de la carga de la prueba, se verá limitada esta modalidad, dado que será tarea del factor probar que el medio empleado evidencia, razonablemente, la recepción. Por esto consideramos que, en el boleto de compraventa de las unidades, resulta más que aconsejable estipular una cláusula en la que los créditos adeudados en concepto de saldo de precio puedan ser objeto de contrato de factoraje, y dejar establecido en el mismo texto la forma de notificación.

Fuera del aspecto de compradores con carácter de consumidor, para el caso de inversores con finalidad comercial y no como destinatarios finales, el instrumento de facturación establecido por la ley de financiamiento productivo³⁹ incorpora una más que interesante modalidad de factoraje⁴⁰ para ser aplicable en este tipo de proyectos.

Esta ley establece, en su art. 1⁴¹, a las “Facturas de Crédito Electrónicas MiPyMEs”, también denominadas FCEM. Se trata de un instrumento al que la ley le otorga el carácter un título ejecutivo y valor no cartular, siempre y cuando revista los siguientes requisitos:

39 Ley 27.440.

40 Ya la ley, en su art. 13, menciona al factoraje como contrato aceptado para operar como medio de negociación de este tipo de facturas.

41 Art. 1º- En todas las operaciones comerciales en las que una Micro, Pequeña o Mediana Empresa esté obligada a emitir comprobantes electrónicos originales (factura o recibo) a una empresa grande, conforme las reglamentaciones que dicte la Administración Federal de Ingresos Públicos, entidad autárquica en el ámbito del Ministerio de Hacienda, se deberá emitir “Facturas de Crédito Electrónicas MiPyMEs”, en los términos dispuestos en los artículos siguientes, en reemplazo de los mencionados comprobantes. El régimen aprobado en el presente Título será optativo en las operaciones comerciales entre micro, pequeñas o medianas empresas. La Administración Federal de Ingresos Públicos reglamentará la utilización de remitos para el traslado de mercaderías, quedando a cargo de ésta el establecimiento de un plazo máximo para la emisión y envío de la “Factura de Crédito Electrónica MiPyMEs”, el cual no podrá exceder del último día hábil del mes corriente que corresponda al de la emisión del remito.

1. Emitirse en el marco de una compraventa con fines de producción o comercialización;
2. Tener ambas partes domicilio en el país;
3. El plazo de pago debe ser mayor a los quince días.

La legislación establece como obligatoria este tipo de facturas cuando el deudor facturado se encuentre (de acuerdo a los parámetros establecidos en la ley) en la categoría de empresa "grande", admitiendo que pueda ser aplicado también entre pequeñas y medianas empresas, cuando entre ellas optasen por dicho régimen.

Como se mencionó, además del carácter de título ejecutivo de este tipo de facturas, estas también son no caratulares, y gracias a esto se permite que las mismas puedan ser cedidas o negociadas con mayor facilidad. La normativa, en sus arts. 12 y 13, permite optar por dos sistemas de negociación y circulación:

- A través de un sistema bursátil, negociado dentro del mercado de capitales argentino conforme a las normas que dicte la Comisión Nacional de Valores, a las que les será aplicable el tratamiento impositivo correspondiente a los valores negociables con oferta pública.
- En un sistema extrabursátil, en el que serán negociadas mediante herramientas o sistemas informáticos, no siendo considerados estos tipos de sistemas informáticos como "mercados" en los términos de la ley 26.831, sin necesidad de autorización previa y/o para funcionar de la Comisión Nacional de Valores, en tanto solo participen las entidades financieras o proveedores no financieros de crédito.

De esta manera, podríamos establecer como previsión contractual que se incorpore una cláusula dentro del boleto de compraventa, donde la emisión de la factura por la venta se enmarcará como título ejecutivo dentro de la ley citada. Así, el factor tendrá estos créditos cedidos como títulos ejecutivos, lo que le permitirá una mayor celeridad para el cobro en el caso de incumplimiento, y tendrá la posibilidad de recuperar el capital volcado en las cesiones, mediante el sistema de negociación determinado en la ley. De este modo, al recuperar los fondos, el factor podrá destinar el dinero a nuevas operaciones de factoraje y, de esta manera, aumentar el flujo de capital.

1.3 CONCLUSIONES

Las conclusiones fueron quedando establecidas a través del desarrollo de esta ponencia. Sintetizamos que el contrato de factoraje es una figura sustancial a los efectos de financiar la operatoria de las pequeñas empresas y que, incentivar su empleo en la realidad contractual argentina, es una manera eficiente de aumentar la financiación de las operaciones comerciales.

Consideramos el contrato de factoraje como una alternativa y un mecanismo de financiación útil para los proyectos inmobiliarios, generando de forma indirecta que los adquirentes de las unidades puedan tener acceso a una mayor financiación, la cual también se convierte en una solución frente a la falta de crédito de unidades adquiridas por boleto de compraventa, dada la imposibilidad del otorgamiento de un crédito hipotecario, producto de las demoras en los trámites pendientes de subdivisión necesarios para otorgar las escrituras traslativas de dominio.

También, gracias a la posibilidad que otorga la ley de financiamiento productivo del año 2018, es que el contrato de factoraje encuentra nuevas herramientas para profundizar su aplicación, generando incentivos a las empresas para utilizar el contrato de factoraje con la ventaja del título ejecutivo de estos créditos y la posibilidad de luego cederlos de manera más ágil, a través del sistema previsto para las FCEM.

2. PONENCIAS

2.1. *DE LEGE LATA*

- El contrato de factoraje puede instrumentarse como mecanismo de financiación atento a que el factor puede efectuar anticipos del pago de precio por los créditos transferidos.
- No obstante, la mención del Código de "otros servicios" por fuera de la definición del contrato, el servicio de cobro, asistencia y administración del factor, es uno de los elementos más importantes en la figura del factoraje.

- El objeto del factoraje puede recaer sobre todo tipo de créditos, sean presentes, futuros, eventuales, condicionales o litigiosos, siempre y cuando estos se originen del giro comercial del factoreado.
- Cuando se trate de créditos futuros, es esencial que se determine un plazo de duración para el contrato o un límite al monto total de los créditos cedidos.
- Para el caso de los créditos futuros, en el supuesto de concurso o quiebra del factoreado, se aplicarán las reglas generales de la ley y del proceso concursal.
- Conforme al carácter de cesión global y al título traslativo de créditos futuros que posee el contrato de *factoring*, es que, a los efectos de asegurar la virtualidad del derecho del factor y la protección de la titularidad de los créditos, la escritura pública es la forma más idónea, principalmente, por la ventaja que otorga la matricidad, la autenticidad y la fecha cierta.
- El contrato de *factoring* empleado para los proyectos inmobiliarios al pozo con boleto de compraventa, donde el constructor cede al factor los créditos del saldo de precio de los boletos, es un mecanismo útil y alternativo para financiar el proyecto de obra y, a su vez, permite que se pueda ampliar el horizonte temporal de pago de los compradores.
- Es necesaria la escritura pública en este tipo de proyectos inmobiliarios, dado que, una vez otorgada la escritura de compraventa, antes del cumplimiento pleno del pago del precio, la venta otorgada por escritura contendrá un saldo de precio, y para operar el efecto traslativo del contrato de factoraje, será necesario cumplir con la forma impuesta conforme al art. 1618 del CCyC.
- Las FCEM resultan útiles para este tipo de factoraje inmobiliario, dada la ventaja de título ejecutivo de estos créditos y la posibilidad de luego ceder de manera más ágil los créditos adquiridos a través del sistema previsto por la ley de financiamiento productivo.

2.2 *DE LEGE FERENDA*

Proponemos que se legisle una normativa especial respecto de la oponibilidad del contrato de factoraje en el caso de concurso o quiebra del factoreado, cuando se trate de créditos futuros, tal como existe en el derecho comparado.

3. BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

3.1. DOCTRINA

1. Martorell, Ernesto E., *Tratado de los contratos de empresa*, Tomo I, Depalma, 1998
2. Gregorini Clusellas, Eduardo L., "Factoring. Un medio para incrementar negocios", *Revista Jurídica Argentina La Ley*, 1994-N
3. Argeri, Saúl A., "Contrato de 'Factoring'", *Revista Jurídica Argentina La Ley*, 1978-D
4. Araya, Miguel, "Contrato de Factoraje", *Revista Código Civil y Comercial* 3, 2015
5. Calderón, Maximiliano R., *Contratos. Parte Especial*. 1º Edición. Editorial La Ley, 2022
6. Muguillo, Roberto A., "Contrato de factoraje", en Borda, Alejandro (Dir.), *Derecho Civil y Comercial. Contratos*, La Ley, 2023, § 1336
7. Di Chiazza, Iván G. y Abad, Gabriel O., "Cesión de derecho. Cesión de deudas. Cesión de posición contractual", en Rivera, Julio C. y Medina, Graciela (dirs.), *Derecho Civil y Comercial. Contratos: parte especial*, 1º Edición, CABA, Abeledo Perrot, 2017, Tomo V. Esteban D., "El consumidor Inmobiliario", Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, *Revista Notarial* 993, 2022
8. <https://www.lanacion.com.ar/propiedades/casas-y-departamentos/el-plan-de-kicillofpara-regularizar-600-barrios-cerrados-antes-de-julio-del-ano-que-vienenid16112020/>
9. Anteproyecto del Contrato de Factoraje de los doctores Carlos Molina Sandoval y Héctor Alegría del año 2004
10. <https://www.rae.es/>

3.2. LEGISLACIÓN

1. Ley 21.526
2. Convención Internacional de Factoring de la UNIDROIT celebrada en Ottawa, Canadá, 28 de mayo de 1988
3. Código Civil y Comercial de la Nación

4. Ley 24.240

5. Ley 27.440

6. Código Civil de la Nación

7. Ley Italiana N° 52 de 1991

8. Ley Española N° 1 de 1999

3.3. JURISPRUDENCIA

1. "Cooperativa de Vivienda Crédito y Consumo Concepción Ltda. c/ Inargind SA s/Ordinario" (2023), Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Buenos Aires. Expte. N° COM 24806/2019.
2. "Heller Sud Servicio Financieros SA c/ Polisur SA s/ Ordinario" (2002), Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Buenos Aires. Expte. N° 130.553/99.
3. "Rubiolo, Claudia Elizabeth c/ Llave Maestra SRL s/ Cumplimiento de Contratos" (2019), Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial, Buenos Aires. Expte. N° 167.435/2019.

Derecho Registral

REGISTRACIÓN DE LA SUPERFICIE*

Marcela H. Tranchini

Sumario: I. Conclusiones. 1. Antecedentes. 2. Diversas cuestiones registrales. a) Planimetría. b) Calificación. c) Matriculación. Asientos registrales. d) Contenido de la submatrícula. e) Pluralidad de superficies. f) Extinción del derecho real. g) Publicidad. h) Superficie y propiedad horizontal

- * Trabajo presentado por la autora en la comisión N° 6 de las XXIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, desarrolladas en Pilar, provincia de Buenos Aires, entre los días 26 y 28 de septiembre de 2024.

I. CONCLUSIONES

1. Si el derecho de superficie abarca todo el inmueble, no se requiere un nuevo plano de mensura.
2. El asiento registral de constitución se practica dos veces: una en el folio real correspondiente al inmueble que es objeto de dominio o condominio, y otra en el folio real correspondiente a la superficie.
3. En el asiento registral no corresponde incluir la onerosidad o gratuidad del negocio.
4. Si existen múltiples superficies sobre un inmueble, en el folio real del inmueble se registrarán tantos asientos como derechos de superficie haya. Al abrir los folios correspondientes, se añadirán siglas o números para distinguirlas.
5. El titular del inmueble debe rogar la cancelación de la submatrícula si el derecho de superficie se extingue por vencimiento del plazo, y el registrador debe eliminar todos los asientos registrales relacionados. Si la extinción es por otra causa, los derechos se trasladarán al folio real originario, indicando que solo afectan a la plantación, forestación o construcción.
6. Las solicitudes de publicidad (informes, certificaciones) deben expedirse con las constancias que resulten de todas las matrículas involucradas.
7. Cuando el superficiario afecta a propiedad horizontal la construcción que le pertenece (art. 2120, II párrafo), el documento se registrará en el folio real de la superficie, abriendo las submatrículas correspondientes a las unidades funcionales o complementarias.
8. Debe admitirse la registración de la superficie sobre las partes comunes de un inmueble afectado a propiedad horizontal o propiedad horizontal especial, si es rogada por todos los propietarios.
9. La prohibición de afectación a propiedad horizontal por parte del superficiario debe publicitarse en el folio real superficiario.

1. ANTECEDENTES

La creación del derecho real de superficie ha llevado a que los registros locales adopten disposiciones técnico-registrales, siguiendo distintos criterios de registración.

En ocasión del Proyecto de Unificación de 1987 se propuso un sistema similar al de la propiedad horizontal, con un folio y submatrículas (o sub-folios) que no alteraran la naturaleza del folio real, facilitando la claridad del inmueble, según el art. 13 de la ley 17.801.

La LV Reunión Nacional de Directores de Registros de la Propiedad Inmueble, Corrientes, realizada del 22 al 24 de agosto de 2018, recomendó por unanimidad los aspectos que deben calificarse en la registración de la constitución del derecho real de superficie.

2. DIVERSAS CUESTIONES REGISTRALES

A) PLANIMETRÍA

El registro catastral tiene por objeto establecer el estado parcelario de los inmuebles y la verificación de su subsistencia.

La "parcela" es la representación cartográfica del inmueble en un plano (art. 4 de la ley 26.209).

El estado parcelario se efectúa a través de un relevamiento catastral y su registración importa la actualización de la realidad física de un inmueble. Se acredita por medio de certificado catastral, que expide el organismo competente, y el funcionario autorizante lo deberá tener a la vista y relacionar su contenido en el cuerpo de la escritura pública u otro documento oficial –por ej. judicial– (arts. 11 y 12), que se acompañará al Registro de la Propiedad, sin cuya presentación no corresponderá la inscripción definitiva (art. 13).

Si el derecho real de superficie se constituye sobre la totalidad del inmueble resulta superfluo exigir, nuevamente, el plano de mensura. De lo contrario, se incurriría en costos y demoras innecesarias que dificultarían su aplicación en el tráfico negocial.

En cambio, si la superficie abarca solo una parte del inmueble, el principio de especialidad o determinación requiere de un plano de mensura suscrito por un profesional competente, aunque sin la necesidad de que se encuentre registrado en el organismo catastral. Es necesario, por supuesto, que en el título por el que se constituye el derecho real se identifique dicho plano en base al cual se consignarán las medidas y área y demás especificaciones.

B) CALIFICACIÓN

Las normas registrales se han ocupado de los aspectos calificables del título por el que se constituye la superficie.

En ese sentido, se señalan: extensión (sobre la totalidad o parte del inmueble) y manifestaciones (art. 2115 CCyC), emplazamiento (art. 2116 y, en su caso, plano de mensura), plazo de duración (arts. 2114 y 2117) y legitimación (art. 2118).

En cuanto a la legitimación cabe incluir no solo al dueño perfecto, sino también al imperfecto, sea fiduciario (arg. art. 1704 CCyC) o revocable (arg. art. 1966 CCyC); los condóminos, por unanimidad (art. 1990 CCyC). También los propietarios sobre sus unidades funcionales en los derechos reales de propiedad horizontal y conjuntos inmobiliarios, o a la totalidad de los propietarios en caso de partes comunes.

Resulta novedosa la admisión de la registración sobre partes comunes ya que, por regla general, no se toma razón de aquellas ni en la propiedad horizontal ni en la propiedad horizontal especial.

C) MATRICULACIÓN. ASIENTOS REGISTRALES

La constitución de derecho real de superficie conduce a la conformación de un nuevo objeto de propiedad, por lo que, frente a lo dispuesto por la ley registral, en virtud del cual a cada inmueble le corresponde un folio real (arts. 10 y 11, ley 17.701), corresponde la apertura de un nuevo folio real.

Al mismo tiempo, la desmembración operada a partir de la constitución del derecho real de superficie debe publicitarse en el folio real del inmueble. De manera que el asiento registral del derecho real de superfi-

cie se practica dos veces: una en el folio real correspondiente al inmueble que es objeto de dominio y otra, en el folio real correspondiente al objeto de superficie.

Las disposiciones registrales son contestes en la necesidad de submatrículas, pero difieren en la oportunidad de su apertura.

Nos parece acertada la técnica en virtud de la cual se practica el asiento en el rubro correspondiente a la descripción del inmueble –y no en el ámbito de los gravámenes– del inmueble sobre el que se constituye el derecho real. Así, se le anoticiará debidamente al interesado que el objeto se desmembró, procediéndose a la apertura del folio real superficiario. Se atiende mejor a las dos manifestaciones que presenta el derecho real (arts. 1888 y 2015 Código Civil y Comercial). Además, la registración en el rubro gravámenes del folio de origen no resulta posible si la superficie abarca una parte del inmueble, ya que será indispensable un plano de mensura.

En el folio real superficiario el asiento registral debe practicarse en el rubro correspondiente a la titularidad.

De esta manera, desde el inicio coexistirán dos folios sobre el mismo inmueble: uno representará el derecho de propiedad del suelo y el otro, la titularidad del superficiario.

En la submatrícula, constarán la titularidad de la superficie: a) modalidad del derecho real; b) el plazo o la condición resolutoria pactada en el título; c) los datos personales del superficiario; d) datos del documento registrable; e) datos del notario autorizante; f) certificados utilizados; g) fecha y número de presentación del documento al registro.

El plazo es una de las “constancias de trascendencia real” a las que alude el art. 12 de la ley 17.801, ya que es una de las circunstancias que permiten determinar el derecho inscribible de acuerdo a lo que resulta del título.

No corresponde consignar la onerosidad o gratuidad del negocio, y menos el precio, dado que no son circunstancias de trascendencia real.

D) CONTENIDO DE LA SUBMATRÍCULA

En los folios reales de la superficie se tomará razón de: a) en el rubro "Titularidad", los documentos de las sucesivas transmisiones del derecho real de superficie; b) en el rubro "Gravámenes y/o Restricciones y/o Afectaciones": I. Escrituras de constitución de usufructo, uso, habitación o servidumbre; II. Escrituras de constitución de hipoteca o anti; III. Afectación al régimen de vivienda; IV. Medidas cautelares que afecten a la propiedad superficiaria; c) en el rubro "Cancelaciones", los asientos cancelatorios de las inscripciones del rubro referido precedentemente; d) en el rubro "Certificaciones" (para aquellos registros que contemplan este rubro en sus folios reales), los certificados con reserva de prioridad que se expidan para los actos transmisivos o constitutivos de derechos reales otorgados por el superficiario.

E) PLURALIDAD DE SUPERFICIES

En caso de que existan múltiples superficies constituidas en relación a un inmueble, en el folio real de este se registrarán tantos asientos de superficie como derechos reales de superficie se hayan constituido sobre dicho inmueble. Al abrir los correspondientes folios de las superficies se añadirá a la sigla "S" (o la que utilice el registro inmobiliario) un número correlativo para distinguir el Folio Real correspondiente a cada inmueble superficiario.

F) EXTINCIÓN DEL DERECHO REAL

Resulta de toda lógica que se practique en la matrícula de origen como en todas las comprendidas.

Al extinguirse el derecho real de superficie por vencimiento del plazo, el asiento registral no se cancela automáticamente. Según el principio de rogación, el registro actúa solo a petición de un sujeto legitimado. Por lo tanto, el titular del dominio debe solicitar la cancelación de la submatrícula. Como regla general, ello importa la eliminación de todos los asientos registrales relacionados (arg. art. 2125 CCyC).

Si la superficie se extingue antes del plazo por otra causa (como la consolidación), los derechos reales sobre la superficie o el suelo siguen afectando separadamente ambas parcelas hasta que termine el plazo original

del derecho de superficie (art. 2125, II párrafo, CCyC). Estos derechos se trasladarán al folio real originario, indicando que solo afectan a la plantación, forestación o construcción que eran objeto de la superficie.

G) PUBLICIDAD

Las solicitudes de publicidad (informes, certificaciones) deben expedirse con las constancias que resulten de todas las matrículas involucradas.

H) SUPERFICIE Y PROPIEDAD HORIZONTAL

Cuando el superficiario afecte a propiedad horizontal la construcción que le pertenece (art. 2120, II párrafo), el documento se registrará en el folio real de la superficie, abriendo las submatrículas correspondientes a las unidades funcionales o complementarias generadas.

La prohibición de afectación a propiedad horizontal por parte del superficiario, contenida en la escritura de constitución del derecho real de superficie o en un contrato posterior, debe publicitarse en el folio real superficiario. Si se requiere la voluntad conjunta del dueño y el superficiario, se debe calificar esta limitación.

**Universidad
Notarial
Argentina**

EL SISTEMA ACTUAL DE RESPONSABILIDAD NOTARIAL PENAL

Sebastián Justo Cosola

Sumario: Teoría de la responsabilidad notarial penal. Lagunas del derecho y reglas de interpretación. Diferencias entre la responsabilidad civil y la responsabilidad penal. El recurso de la analogía en la responsabilidad civil. El principio de legalidad en el derecho penal. Consecuencias del principio de legalidad. La cuestión constitucional. El análisis del principio de legalidad desde las demás disciplinas del derecho público. Influencia de los principios en la interpretación y en el razonamiento jurídico actual. Apuntes sobre el derecho penal y la teoría del delito. El delito. Posición de Bacigalupo en torno al delito considerado como una infracción a los deberes ético-sociales. Los elementos del delito. Configuración de la naturaleza de la figura del notario. Desde el derecho penal. La clave: los conceptos. El notario no es un funcionario público. El documento y la impugnación de la autenticidad. La falsedad. La falsedad documental. Las clases de falsedad. Falsedad material. Falsedad material agravada. La falsedad y el derecho informático. Falsedad ideológica. Falsedad ideológica agravada. Palabras finales.

TEORÍA DE LA RESPONSABILIDAD NOTARIAL PENAL

En su fantástica tesis doctoral, el jurista argentino Atilio Alterini enseñaba que el propio concepto y alcance de la responsabilidad jurídica impone al jurista seguir dos caminos bien diferenciados: uno es el del *resarcimiento*, propio de la civil, y el otro el de la *represión*, propio de la penal¹. Coincidentemente con estas apreciaciones, la *responsabilidad penal notarial* presenta un carácter *represivo o aflictivo*, ya que se funda originariamente en la necesidad de sancionar una conducta que es contraria al derecho². Según Gattari, este tipo de responsabilidad es la más importante, porque se relaciona con el orden público y porque, además, es la que prevé las sanciones más graves, generando en la persona del notario consecuencias que escapan a su actuar recurrente y cotidiano: posible privación de la libertad o inexistencia de solidaridad entre el escribano titular y el adscripto, que, al igual que lo sostiene Adriana Abella, no se extiende ni siquiera a sus respectivos herederos³.

Con la contundencia que lo caracterizaba, Neri comenzaba a tratar el tema estableciendo un principio general: "... la ley reprueba la inconducta del notario en el ejercicio de su función pública", y así, en el terreno penal, "el notario es imputable cuando de manera intencional no ejecuta la ley cuyo cumplimiento le incumbe, o cuando ilegalmente la omite, o cuando rehúsa hacer o retarda un acto de su oficio"⁴. Para este autor, la responsabilidad penal emerge de la actuación delictuosa del escribano que genera el cumplimiento de un delito, "a sabiendas y con intención de dañar", desconociendo lo que le compete a su función⁵. La sola opción notarial de vincularse a un negocio jurídico, argumentaba Francisco Martínez Segovia, le impone al notario actuar con responsabilidad⁶.

1 Cfr. Alterini, Atilio A., *Responsabilidad civil. Límites de la reparación civil*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1970, p. 305.

2 Cfr. Giménez-Arnau, Enrique, *Derecho notarial español*, vol. III, Universidad de Navarra, 1965, p. 301.

3 Cfr. Gattari, Carlos N., *Manual de derecho notarial*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2008, p. 254; Abella, Adriana N., *Derecho Notarial*, Zavalía, Buenos Aires, 2010, p. 208.

4 Cfr. Neri, Argentino I., *Tratado teórico y práctico de derecho notarial*, vol. 3, Depalma, Buenos Aires, 1970, p. 1018.

5 Neri, Argentino I., *Tratado teórico y práctico de derecho notarial*, vol. 3, Depalma, Buenos Aires, 1970, p. 1018.

6 Cfr. Martínez Segovia, Francisco, *Función notarial*, Delta Editora, Paraná, 1997, p. 123.

Según se ha afirmado, el escribano puede “desafiar” la ley penal desde dos ubicaciones diferentes: como simple persona humana actuando fuera del ejercicio funcional, o como agente de la función pública, “abusando de su profesión o comprometiendo la fe pública de que está investido”⁷. Interesa aquí la segunda de las opciones descriptas, por cuanto el instrumento público contiene la certeza de verdad y plena fe, mientras el mismo no sea argüido de falso⁸. Tal como oportunamente se expresara, en este tipo de responsabilidad se trata, en última instancia, de sostener la *defensa penal de la fe pública*⁹. En idéntico sentido se expide el maestro del derecho civil y notarial peruano Gunther Gonzales Barrón¹⁰.

Sobre el concepto unitario y genérico de la acción ilícita, se persigue la punibilidad de la actuación, ya que de la misma se deriva un perjuicio hacia el Estado, hacia los particulares y hacia la sociedad¹¹. Pero siempre teniendo en cuenta que, por la singularidad propia de la función notarial, al notario le serán aplicables únicamente las normas especiales de las cuales puedan alcanzar a emerger responsabilidades específicas y determinadas¹².

La *responsabilidad penal* se origina entonces cuando el notario “enca-silla” su actuar en algún tipo previsto en el *Código Penal* o en leyes especiales de esta naturaleza, dirigiendo su “accionar positivo” hacia la configuración del tipo establecido en la norma tal como el mismo se encuentra descrito. Es la propia conducta del notario la que crea, dentro de la norma típica, este tipo de responsabilidad; implica sostener que la misma establece un “castigo a la conducta contraria a la establecida”¹³.

7 Cfr. Larraud, Rufino, *Curso de derecho notarial*, Depalma, Buenos Aires, 1966, p. 721.

8 Cfr. González, Carlos E., *Derecho notarial*, Fedye, Buenos Aires, 1971, p. 234.

9 Cfr. Mustapich, José M., *Tratado teórico y práctico de derecho notarial*, T II, Ediar, Buenos Aires, 1955, p. 463.

10 Cfr. Gonzales Barrón, Gunther, *Derecho registral y notarial*, T II, Jurista Editores, Lima, 2012, p. 1437.

11 Cfr. Abella, Adriana N., *Derecho notarial*, Zavalía, Buenos Aires, 2010, p. 207.

12 Cfr. Frontini, Elba, “Responsabilidad notarial penal”, en Armella, Cristina N. (Dir.), *Tratado de derecho notarial, registral e inmobiliario*, T I, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1998, p. 413.

13 González Palomino, José, *Instituciones de derecho notarial*, tomo primero, Reus, Madrid, 1948, p. 377. Sin dejar de tener en cuenta los tiempos en donde el gran autor hispano ofrecía estos aportes, es oportuno remitir a la dureza con la que generaba una doctrina en el tema de la responsabilidad penal: “A la malicia, con la milicia”.

Y esa conducta, lógicamente, siempre tiene que ocurrir en el ejercicio de la función notarial, porque, aunque el notario fuera en su vida personal un *delincuente*, no existirá sobre esa conducta responsabilidad penal, respondiendo el mismo como una persona humana¹⁴.

Sus fines principales son intimidatorios y preventivos¹⁵, agregándose a las finalidades aludidas inclusive, las del carácter "higiénico"¹⁶. Se trata entonces de *prevenir actuaciones delictuosas cometidas por el notario, dando con ello satisfacción a la sociedad ofendida por las desviaciones de su conducta*¹⁷.

La clásica remisión académica a los delitos penales cometidos por el notario realizada por José González Palomino hace referencia a aquellos casos relacionados con:

a. La *veracidad* (falsedad material o ideológica);

b. La *lealtad* (violación de secreto profesional), y

c. La *custodia* (infidelidad en el deber de conservación documental)¹⁸. En igual sentido, José María Sanahuja y Soler¹⁹ y en nuestro país, Carlos Gattari, que, además, los reconoce como *los tres deberes capitales* del notario²⁰.

Debe también recordarse que el tema relativo a la "función notarial y responsabilidad" fue ampliamente considerado y debatido en el mar-

14 Cfr. Armella, Cristina N.; Copes, Adriana; Oriol, Julieta E.; Lucero, Joaquín F.; Pla, José L. y Vidal Díaz, José A., "Función notarial y responsabilidad", ponencia original, 1986, p. 217. Este trabajo sigue siendo uno de los esenciales en materia de responsabilidad notarial. Para consultarlo publicado: "Función notarial y responsabilidad", Revista Notarial 886 (primera parte), Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, La Plata, 1986, p. 411-470; Revista Notarial 887 (segunda parte), Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, La Plata, 1986, p. 627-712.

15 Cfr. Larraud, Rufino, *Curso de derecho notarial*, Depalma, Buenos Aires, 1966, p. 694.

16 González Palomino, José, *Instituciones de derecho notarial*, tomo primero, Reus, Madrid, 1948, p. 377.

17 Larraud, Rufino, *Curso de derecho notarial*, Depalma, Buenos Aires, 1966, p. 721.

18 Cfr. González Palomino, José, *Instituciones de derecho notarial*, tomo primero, Reus, Madrid, 1948, p. 424.

19 Sanahuja y Soler, José M., *Tratado de derecho notarial*, T I, Librería Bosch, Barcelona, 1945, p. 353.

20 Gattari, Carlos N., *Manual de derecho notarial*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2008, p. 254.

co de la celebración de la XXVI Jornada Notarial Bonaerense (Tandil, 1986). Sobre ciertas ideas que irán desplegándose a lo largo del presente ensayo, allí se expresó que el notario, como profesional del derecho investido además por el Estado con facultades que lo habilitan para el ejercicio de la función pública, será responsable cuando incumple las obligaciones que le impone el ejercicio de su función²¹.

Aclaradas las cuestiones referidas a la naturaleza de la función notarial y a su relación con los documentos públicos, habrá que agregar a estas clasificaciones, los casos relativos al secreto profesional y violación de la intimidad; las informaciones relevantes que realiza el notario en el ejercicio de la función, relacionadas con los delitos contra el orden económico y financiero, ya sea desde las leyes especiales o desde el propio articulado del Código Penal. Y también las denominadas *acciones neutrales* que tienen en cuenta si existe o no existe responsabilidad en el notario como partícipe en un delito, al momento de instrumentar un acto, posiblemente reprochable, que ingresa a la circulación del tráfico²².

LAGUNAS DEL DERECHO Y REGLAS DE INTERPRETACIÓN: DIFERENCIAS ENTRE LA RESPONSABILIDAD CIVIL Y LA RESPONSABILIDAD PENAL

Exponiendo los resultados de las investigaciones de varias generaciones de juristas, Carlos Cossio planteaba que existen "lagunas del derecho" y también "lagunas de la ley". La referencia a las "lagunas del derecho" responde a un problema lógico, que parte de considerar que todo caso judicial puede ser comprendido en géneros normativos de su propio sistema legal, por cuanto *no existen decisiones lógicamente imposibles por falta de las normas que las convaliden*²³. La referencia a "lagunas de la ley" es diferente, la misma se encuentra dirigida a tratar las soluciones injustas o inconvenientes que resultan *de aplicar la propia ley*, com-

21 Cfr. Ciuro de Castello, Elena y Garate, Laura, *50 años. Jornada Notarial Bonaerense*, FEN, Buenos Aires, 2007, p. 232.

22 Cfr. Quintela, Leónidas A., *Las acciones neutrales en el ámbito profesional de los escribanos*, II Editores, Buenos Aires, 2013.

23 Cfr. Cossio, Carlos, *El derecho en el derecho judicial. Las lagunas del derecho. La valoración judicial*, El Foro, Buenos Aires, 2002, p. 237.

prendiendo que esa injusticia o inconveniencia, si bien son derivadas de la propia ley, no son las queridas por ella o por el legislador creador, *teniendo en cuenta la justicia o conveniencia lograda por la misma norma en otros ámbitos de aplicación*²⁴. Nunca mejor expresada la siguiente expresión: no todo lo legal es moral; no todo lo legal genera justicia. Sobre la misma clasificación, alcanza a expresarse Francesco Carnelutti: no es propio del ordenamiento jurídico ser perfecto por cuanto en él existen lagunas; de lo que se trata es de que las mismas "sean eliminadas mediante un dispositivo" que, superadas las controversias, puede ser comprendido dentro de lo que se denomina "autointegración de la ley"²⁵.

El tema de las *lagunas del derecho* nos posiciona frente a lo que los juristas vienen planteando hace mucho tiempo: ninguna legislación, por más comprensiva que sea, puede alcanzar a prever todos los casos de la vida, en especial los del futuro, y por ello, en todo sistema jurídico siempre existirán esas lagunas o vacíos legales que, ocurridos, requieren de respuesta²⁶. La doctrina positivista que sostenía que no existen lagunas en el derecho porque el mismo es capaz de autoabastecerse a sí mismo a través de la plenitud que ofrece el sistema se encuentra casi totalmente abandonada²⁷. De esta manera el positivismo, frente al caso ocurrido, pero no previsto, únicamente se limita a constatar la diversidad rehusándose "a ocuparse del mismo por considerarlo jurídicamente irrelevante"²⁸. Pero las lagunas existen, y en general, se advierten cuando concurre ausencia de regulación legal frente a un caso ocurrido, o cuando existe imperfección técnica, etcétera²⁹.

El siempre vigente Carlos Nino advertía la problemática en tratamiento

24 Cossio, Carlos, *El derecho en el derecho judicial. Las lagunas del derecho. La valoración judicial*, El Foro, Buenos Aires, 2002, p. 238.

25 Cfr. Carnelutti, Francesco, *Teoría general del derecho*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955, p. 116.

26 Cfr. Ossorio y Florit, Manuel, *Analogía jurídica*, Enciclopedia Jurídica Omeba, T I, Driskill SA, Buenos Aires, 1996, p. 678.

27 Cfr. Rivera, Julio C., *Instituciones de derecho civil. Parte general*, T I, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2020, p. 475.

28 Cfr. Zinny, Mario A., *La enseñanza del derecho y los estudios comparados*, Nova Tesis, Rosario, 2014, p. 50.

29 Rivera, Julio C., *Instituciones de derecho civil. Parte general*, T I, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2020, p. 475.

desde lo que denominaba *defectos lógicos de los sistemas jurídicos*³⁰. A diferencia de las "contradicciones entre las normas jurídicas que imputan al mismo caso soluciones incompatibles"³¹ o de los casos de "redundancia normativa" caracterizada por "el exceso de soluciones que el sistema jurídico estipula para los mismos casos" siendo las mismas compatibles y reiterativas³², las "lagunas del derecho" ocurren cuando el sistema jurídico carece de solución normativa respecto de cierto caso en particular³³.

EL RECURSO DE LA ANALOGÍA EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL

La denominada *interpretación por analogía* es el recurso que se utiliza para combatir las lagunas del derecho en el derecho privado. El *recurso de la analogía* consiste en asimilar un determinado caso que no se encuentra calificado normativamente con otro que sí lo está, y al que se recurre teniendo especialmente en cuenta alguna propiedad en común que compartan ambos casos³⁴. El intérprete advierte una semejanza en los casos que le parece suficiente para justificar la utilización del recurso; por lo tanto, las notas esenciales para la aplicación del recurso son la "semejanza" y la "identidad" entre ambos casos³⁵.

No es un procedimiento mecánico, pero al aplicarse, el juez adquiere un "amplio margen de arbitrio"³⁶. Según se advierte, además, existe analogía de la ley y analogía del derecho. La primera ocurre cuando ante el vacío de la ley se aplica una norma legal –de lo particular a lo general–. La analogía del derecho, en cambio, induce de las reglas particulares principios generales que luego serán los que se aplicarán al caso en concreto³⁷.

30 Cfr. Nino, Carlos S., *Introducción al análisis del derecho*, Astrea, Buenos Aires, 2005, p. 272.

31 Nino, Carlos S., *Introducción al análisis del derecho*, Astrea, Buenos Aires, 2005, p. 272.

32 Nino, Carlos S., *Introducción al análisis del derecho*, Astrea, Buenos Aires, 2005, p. 279.

33 Nino, Carlos S., *Introducción al análisis del derecho*, Astrea, Buenos Aires, 2005, p. 281.

34 Nino, Carlos S., *Introducción al análisis del derecho*, Astrea, Buenos Aires, 2005, p. 285.

35 Rivera, Julio C., *Instituciones de derecho civil. Parte general*, T I, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2020, p. 477.

36 Nino, Carlos S., *Introducción al análisis del derecho*, Astrea, Buenos Aires, 2005, p. 285.

37 Rivera, Julio C., *Instituciones de derecho civil. Parte general*, T I, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2020, p. 477.

La analogía se encuentra prevista en el *Código Civil y Comercial de la Nación* y su función no es crear derecho, sino integrarlo³⁸, en los casos en que sea necesario hacerlo³⁹, ya que como ordena la norma, "la ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento" (art. 2)⁴⁰. La respuesta opuesta al positivismo que niega la cuestión de las lagunas del derecho, enseñaba el maestro Zinny, proviene del Código Civil de Vélez Sarsfield, en el sistema anteriormente vigente se establecía lo siguiente: "Los jueces no pueden dejar de juzgar bajo el pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes" (art. 15). En el Código Civil y Comercial de la Nación, la norma impone al juez el deber de resolver "los asuntos que sean sometidos a su jurisdicción mediante una decisión razonablemente fundada" (art. 3). De los fundamentos del anteproyecto del *Código Civil y Comercial de la Nación* elevado por la comisión para su consideración, se desprende lo siguiente: "El anteproyecto distingue normativamente el derecho de la ley. Una identificación entre ambos no es admisible en el estadio actual de la evolución jurídico-filosófica (...) Una de las funciones que puede cumplir el título preliminar es la de aportar algunas reglas que confieren una significación general a todo el Código. De este modo, el sistema adquiere un núcleo que lo caracteriza y que sirve de marco de comprensión de una gran cantidad de cuestiones de interpretación y de integración de lagunas. No se trata de un aporte general al modo en que fuera pensado en la pandectística alemana, sino del diseño de unas líneas de base enfocadas en la argumentación jurídica razonable dentro de un sistema de derecho basado en principios y reglas"⁴¹.

38 Zinny, Mario A., *La enseñanza del derecho y los estudios comparados*, Nova Tesis, Rosario, 2014, p. 49.

39 Rivera, Julio C., *Instituciones de derecho civil. Parte general*, T I, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2020, p. 477.

40 En el *Código Civil Argentino de Vélez Sarsfield*, la norma prevista para el caso era la del artículo 16: "Si una cuestión civil no puede resolverse, ni por las palabras, ni por el espíritu de la ley, se atenderá a los principios de leyes análogas; y si aún la cuestión fuere dudosa, se resolverá por los principios generales del derecho, teniendo en consideración las circunstancias del caso".

41 *Anteproyecto de Código Civil unificado con el Código de Comercio 2012*, Ediciones Códice, Buenos Aires, 2012, p. 597; *Código Civil y Comercial de la Nación*, Proyecto del Poder Ejecutivo de La Nación redactado por la comisión de reformas designada por decreto 191/2011, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2012, p. 513.

En un ensayo de responsabilidad notarial la referencia a la analogía es relevante, por cuanto esta será posible en el ámbito de la responsabilidad civil, pero no en el de la responsabilidad penal.

EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN EL DERECHO PENAL

Como bien lo argumentan los autores en estudio, no es posible admitir que los jueces en el ámbito penal extiendan las normas penales a los comportamientos que no se encuentran previstos en las mismas⁴²; esto es así porque el principio de tipicidad en el derecho penal ordena que la conducta sancionable debe ser expresa, ya que, si no lo está, la persona se encontrará dentro de los parámetros de la libertad de obrar⁴³.

Las normas penales, explicaba Carlos Fontán Balestra, son normas de excepción; esto significa que tienen un particular modo de estar redactadas, diferentes a las normas del derecho civil⁴⁴. Con una notable dialéctica, el maestro argentino de derecho penal nos obsequiaba esta frase clarificadora: "La ley penal está llena de silencios, y en materia penal, el silencio es libertad"⁴⁵. Existe una notable diferencia, en derecho penal, entre la libertad y el derecho; "la libertad es un atributo que la naturaleza ha dotado en los seres vivos, mientras que el derecho es una creación de la sociedad"⁴⁶. Es por esta razón que, desde un análisis constitucional del tema, bien se enseña que la acción humana consiste en un ejercicio; un hacer o no hacer algo que la ley manda o que la ley prohíbe (art. 19 CN); y sobre esa acción, llevar a cabo un hecho que puede dar lugar a un proceso y a una eventual condena (art. 18 CN); tener libertad para actuar o no actuar conforme a lo requerido o prohibido por la ley⁴⁷.

42 Nino, Carlos S., *Introducción al análisis del derecho*, Astrea, Buenos Aires, 2005, p. 285.

43 Rivera, Julio C., *Instituciones de derecho civil. Parte general*, T I, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2020, p. 479.

44 Cfr. Fontán Balestra, Carlos, *Derecho penal. Introducción y parte general*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1957, p. 349.

45 Fontán Balestra, Carlos, *Derecho penal. Introducción y parte general*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1957, p. 349.

46 Cfr. Terragni, Marco A., *Derecho penal constitucional*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2021, p. 11.

47 Terragni, Marco A., *Derecho penal constitucional*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2021, p. 40.

Uno de los principios de la ley penal es el denominado *principio de legalidad*. La función decisiva de la ley penal es la garantía de la libertad, y por ello, afirma Bacigalupo, esa función se expresa con la fórmula *nullum crimen, nulla poena sine lege*⁴⁸, a la que Hans Kelsen, recordemos, otorga consecuencia directa no solamente para los delitos penales, sino para todo tipo de sanción, precisamente porque ese principio, desde su singular perspectiva, no es sino una consecuencia del “positivismo jurídico”⁴⁹. De este principio emergen otros tratamientos relevantes, como el de las leyes penales más benignas, dignos de toda consideración⁵⁰.

Un principio que, en forma abstracta, implica “dar a la palabra ley el sentido de norma preestablecida a la acción que se juzga delictiva” es algo esencial y relevante, ya que, como sostiene el maestro Sebastián Soler, “asume el carácter de verdadero principio necesario para la construcción de toda actividad punitiva que pueda hoy ser calificada como jurídica y no como un puro régimen de fuerza”⁵¹. En definitiva, un principio que adquiere un carácter fundamental en el derecho penal como verdadero principio constitucional y penal, sin que importe para este tema cuál es el análisis de la teoría de la pena que vaya a efectuarse. De esta forma, ninguna sentencia condenatoria puede dictarse imponiendo una pena que no haya sido prevista en una ley previa: el razonamiento judicial debe comenzar con la ley⁵². En resumen, puede afirmarse lo siguiente: “No hay crimen sin ley, no hay pena sin ley”. No obstante lo antedicho, desde un análisis iusfilosófico de la cuestión de alto nivel, es posible en el derecho penal encontrar casos más difíciles que otros para aplicar la interpretación, debiendo entre ellos primar ciertos “principios” como los que se desprenden de una visión “coherente” del derecho⁵³.

48 Cfr. Bacigalupo, Enrique, *Derecho Penal. Parte general*, Hammurabi, Buenos Aires, 2020, p. 103.

49 Cfr. Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, Porrúa, México, 2007, p. 127.

50 Cfr. De Luca, Javier A., *Leyes penales más benignas, en blanco y Constitución Nacional*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2010.

51 Cfr. Soler, Sebastián, *Derecho penal argentino*, T I, TEA, Buenos Aires, 1999, p. 136.

52 Bacigalupo, Enrique, *Derecho Penal. Parte general*, Hammurabi, Buenos Aires, 2020, p. 104.

53 Cfr. Alonso, Juan P., *Interpretación de las normas y derecho penal*, Ediciones Didot, Buenos Aires, 2016, p. 365.

CONSECUENCIAS DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD. LA CUESTIÓN CONSTITUCIONAL

Desde el principio, se alude a la necesidad de que los jueces realicen una interpretación rigurosa de las disposiciones legales. Eso significa que el juez vinculado no solamente al orden legal, sino al jurídico, en ocasiones no puede desatenderse de los valores fundamentales que el propio ordenamiento promueve y respalda, esencialmente el de justicia. En el caso del juez penal, el mismo no puede hacer justicia "con total independencia de la ley ni tampoco solo según su particular percepción de la misma"⁵⁴. La diferencia con el principio de analogía del derecho privado es realmente evidente. Desde aquí las consecuencias emergentes del *principio de legalidad*:

a. *Lex certa*, implica que la ley dictada por el Congreso cumple con el principio de legalidad si contiene una descripción tanto de las prohibiciones como de las sanciones previstas para su violación⁵⁵. Para el derecho penal actual, argumenta el referido Soler, "solamente el Estado es fuente de derecho en el primer sentido de la expresión"⁵⁶.

b. *Lex stricta*, se refiere a la ya referida prohibición de la analogía. Sin embargo, gran parte de la doctrina entiende que esa prohibición no es aplicable en el supuesto de la denominada analogía *in bonam partem*, que está legitimada por referirse a circunstancias atenuantes o excluyentes de la responsabilidad⁵⁷.

c. *Lex scripta*, es lo que afirma que la ley es la única fuente del derecho penal, ya que existe prohibición de fundamentar la punibilidad en el derecho consuetudinario⁵⁸, y

d. *Lex praevia*, se encuentra relacionada con la prohibición de la aplicación retroactiva de la ley penal.

54 Bacigalupo, Enrique, *Derecho Penal. Parte general*, Hammurabi, Buenos Aires, 2020, p. 117.

55 Bacigalupo, Enrique, *Derecho Penal. Parte general*, Hammurabi, Buenos Aires, 2020, p. 126.

56 Soler, Sebastián, *Derecho penal argentino*, T I, TEA, Buenos Aires, 1999, p. 134.

57 Bacigalupo, Enrique, *Derecho Penal. Parte general*, Hammurabi, Buenos Aires, 2020, p. 129.

58 Bacigalupo, Enrique, *Derecho Penal. Parte general*, Hammurabi, Buenos Aires, 2020, p. 133.

La *Constitución Nacional* establece lo siguiente: "Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa. Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo; ni arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente. Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos..." (art. 18, parte pertinente).

EL ANÁLISIS DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD DESDE LAS DEMÁS DISCIPLINAS DEL DERECHO PÚBLICO

Es realmente relevante asumir lo antedicho desde el análisis de los mismos principios desde el derecho público constitucional y administrativo. Enseña Juan Carlos Cassagne que en el ámbito de la Administración Pública el "principio de legalidad" se concibe de varias acepciones; para la que aquí interesa, diremos que toda actuación administrativa debe estar fundada en una ley material, que es una garantía a favor de las personas. Desde este principio, en materia tributaria, por ejemplo, no puede imponerse tributo alguno sin ley con la clásica fórmula *nullo tributum sine lege*, conformando esto una verdadera derivación del principio genérico de legalidad⁵⁹. Posteriormente, el maestro argentino analiza el "principio de libertad"⁶⁰, argumentando la relevancia del principio de reserva en nuestra Carta Magna (art. 19), al momento de establecer lo siguiente: "Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública están solo reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación está obligado a hacer lo que no manda la ley ni privado de lo que ella no prohíbe". En muchos aspectos del derecho administrativo, se reconoce que es posible concebir la libertad como principio general del derecho o como un mandato negativo que permite desencadenar acciones que impidan su violación⁶¹, por cuanto, por ejemplo, la libertad de una empresa para ejercer el comercio o industria lícita puede verse afectada

59 Cfr. Cassagne, Juan C., *Los grandes principios del derecho público. Constitucional y Administrativo*, Thomson Reuters-La Ley, Buenos Aires, 2015, p. 159.

60 Cassagne, Juan C., *Los grandes principios del derecho público. Constitucional y Administrativo*, Thomson Reuters-La Ley, Buenos Aires, 2015, p. 232.

61 Cassagne, Juan C., *Los grandes principios del derecho público. Constitucional y Administrativo*, Thomson Reuters-La Ley, Buenos Aires, 2015, p. 233.

por no obtener una autorización de la Administración para funcionar aun teniendo el derecho a que se le conceda. La Administración podrá revocar la decisión⁶². Desde el derecho penal, en sintonía con lo anteriormente expuesto, se sostiene que la creación de figuras penales genéricas y su consecuente complementación a través de la discrecionalidad por la autoridad administrativa violenta los principios de legalidad y tipicidad del derecho penal⁶³.

La equiparación de los principios de legalidad y libertad en el derecho público son relevantes para poder advertir o visualizar una misma tendencia, aun con matices, en ese sentido de proyectar el referido derecho. En líneas generales, el derecho tributario y la responsabilidad notarial que emerge como agente de recaudación del mismo se orienta en el mismo sentido aludido a los principios en tratamiento.

INFLUENCIA DE LOS PRINCIPIOS EN LA INTERPRETACIÓN Y EN EL RAZONAMIENTO JURÍDICO ACTUAL

Resulta valorable destacar del *último* autor en estudio, la referencia que realiza desde una posición que considera el nuevo sistema de fuentes del derecho que resulta ser promovido por el fenómeno de transformación del derecho actual; así se dirige a adoptar una visión más cercana a los principios que a la rigidez del sistema impuesto por el positivismo legalista⁶⁴.

Se refiere al "derecho natural" que no suprime al derecho positivo, sino que "lo tiene como uno de los principales componentes del modelo", partiendo de la idea que establece que las normas jurídicas "conforman preceptos racionales imperativos y directivos de la acción humana hacia el bien común"⁶⁵. Los deberes humanos son indemostrables y aprendi-

62 Cassagne, Juan C., *Los grandes principios del derecho público. Constitucional y Administrativo*, Thomson Reuters-La Ley, Buenos Aires, 2015, p. 234.

63 Cassagne, Juan C., *Los grandes principios del derecho público. Constitucional y Administrativo*, Thomson Reuters-La Ley, Buenos Aires, 2015, p. 274.

64 Cassagne, Juan C., *Los grandes principios del derecho público. Constitucional y Administrativo*, Thomson Reuters-La Ley, Buenos Aires, 2015, p. 2.

65 Cassagne, Juan C., *Los grandes principios del derecho público. Constitucional y Administrativo*, Thom-

dos por evidencia al momento de presentarse una cuestión de carácter ético o jurídico, como puede acontecer con el principio esencial: “el bien ha de hacerse, y el mal evitarse”⁶⁶.

La Constitución Nacional se refiere a que “los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio” (art. 28). Esto implica que, para cumplir con el precepto, es necesario recurrir a la razonabilidad ponderativa y a la igualdad en una interrelación y aplicación de los principios generales del derecho, en respeto a los bienes humanos básicos, que se realizan a través de la aplicación de las reglas propias de la razonabilidad práctica⁶⁷. Para profundizar estas reflexiones, la referencia a John Finnis⁶⁸ es esencial; de la misma manera que en nuestro país a los profesores Carlos Massini Correas⁶⁹ o Rodolfo Vigo⁷⁰. Desde el notariado, estas formulaciones fueron elevadas al máximo de su esplendor por Juan Vallet de Goytisolo⁷¹ y Juan Francisco Delgado de Miguel⁷².

Aunque con algunos matices interesantes que escapan al análisis de este ensayo, hay que reconocer que, en el presente siglo, el derecho en general se orienta hacia este sentido. Desde el derecho público, los aportes ejemplificativos de Carlos Balbín⁷³, Carlos Botassi⁷⁴ o

son Reuters-La Ley, Buenos Aires, 2015, p. 179.

66 Cassagne, Juan C., *Los grandes principios del derecho público. Constitucional y Administrativo*, Thomson Reuters-La Ley, Buenos Aires, 2015, p. 179.

67 Cassagne, Juan C., *Los grandes principios del derecho público. Constitucional y Administrativo*, Thomson Reuters-La Ley, Buenos Aires, 2015, p. 180.

68 Cfr. Finnis, John, *Ley natural y derechos naturales*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000.

69 Cfr. Massini Correas, Carlos I., *Jurisprudencia analítica y derecho natural*, Marcial Pons, Buenos Aires, 2019; *Filosofía del derecho*, 3 tomos, LexisNexis-Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2005-2008.

70 Cfr. Vigo, Rodolfo L., *Perspectivas iusfilosóficas contemporáneas*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2019, p. 281.

71 Cfr. Vallet de Goytisolo, Juan B., *Manuales de metodología jurídica*, 4 tomos, Consejo General del Notariado, Madrid, 2004.

72 Cfr. Delgado de Miguel, Juan F., *La deontología notarial frente a los clientes, a los colegas y al Estado*, Summa, Asturias, 1998, p. 27.

73 Cfr. Balbín, Carlos F., *Impacto del Código Civil y Comercial en el derecho administrativo*, Astrea-DPI Cuántico, Buenos Aires, 2016, p. 167.

74 Cfr. Botassi, Carlos A., *El derecho administrativo y el Código Civil y Comercial*, Librería Editora Platen-

Carlos Guariglia⁷⁵, orientan el estudio, reitero, con matices, hacia una visión principista del derecho.

APUNTES SOBRE EL DERECHO PENAL Y LA TEORÍA DEL DELITO

Los fundamentos del derecho penal, según Luigi Ferrajoli, se encuentran en su comprensión como ciencia técnica de "definición, comprobación y represión de la desviación", que terminan por comprenderse, cualquiera fuera el modelo normativo y epistemológico escogido para explicarlo, desde los análisis del delito, la pena y el proceso⁷⁶. El ya aludido maestro Bacigalupo enseña que, en líneas generales, la *teoría del delito*, independientemente de las doctrinas explicativas que la vienen fundamentando históricamente, es un medio técnico que ofrece el derecho para poder establecer a quién se debe imputar un determinado hecho y quién debe responder por ellos de manera personal⁷⁷. Es un "instrumento conceptual que tiene la finalidad de permitir la aplicación racional de la ley a un caso"⁷⁸. Es, en definitiva, "una teoría de la aplicación de la ley penal"⁷⁹, que cumple con una doble función trascendente: mediar entre la ley y la solución del caso concreto, y hacer lo propio también entre la ley y los hechos que son objeto del juicio⁸⁰.

En nuestro medio, Sebastián Soler confirma que el análisis de la disposición penal debe dejar en claro de manera inmediata dos partes esenciales y bien diferenciadas: el "precepto", como descripción sintética de un modo de conducta, y la "sanción", que es la pena que el modo de conducta genera o acarrea⁸¹.

se, La Plata, 2018, p. 33.

75 Cfr. Guariglia, Carlos E., *Fundamento iusfilosófico del derecho administrativo*, Educa-Universidad Católica del Uruguay, Buenos Aires, 2016.

76 Cfr. Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Trotta, 2014, p. 209.

77 Cfr. Bacigalupo, Enrique, *Derecho Penal. Parte general*, Hammurabi, Buenos Aires, 2020, p. 199.

78 Bacigalupo, Enrique, *Derecho Penal. Parte general*, Hammurabi, Buenos Aires, 2020, p. 203.

79 Bacigalupo, Enrique, *Derecho Penal. Parte general*, Hammurabi, Buenos Aires, 2020, p. 203.

80 Bacigalupo, Enrique, *Derecho Penal. Parte general*, Hammurabi, Buenos Aires, 2020, p. 203.

81 Soler, Sebastián, *Derecho penal argentino*, T I, TEA, Buenos Aires, 1999, p. 141.

Eugenio Zaffaroni plantea que la teoría del delito constituye *la más importante concreción de la función reductora del derecho penal en cuanto a las leyes penales manifiestas*⁸². Esto implica comprender que, en términos jurídicos, la *teoría del delito* sirve para "verificar si están dados los presupuestos para requerir del Poder Judicial una respuesta habilitante del ejercicio del poder punitivo"⁸³. La teoría de la pena, en cambio, tiene la tarea de preguntarse cómo debe responder el Poder Judicial frente al delito cometido⁸⁴. Conocida es su posición en torno a proliferar la tendencia que establece que el Estado de Derecho debe abandonar la legitimación de la pena y del poder punitivo, por carecer de racionalidad canalizando, precisamente, un elemento irracional como la venganza. Si el denominado saber jurídico penal pudiera alcanzar tal objetivo, tendría la noble función de proyectar normativamente su contención para alcanzar a preservar al Estado de Derecho desde una posición eminentemente humanitaria⁸⁵.

Otra posición es la que formulara oportunamente el profesor Esteban Righi; según su visión, la teoría del delito tiene como principal objeto formular reglas generales que sirvan para imputar cualquier hecho punible a ciertas personas a las que les es atribuida la responsabilidad por haberlo cometido, sin afectar las particularidades que plantea cada caso en particular⁸⁶. La teoría del delito, asegura Mariano Silvestroni, despierta fascinación: "aunque la importancia que se le asigna como teoría es inversamente proporcional al efecto práctico de sus discusiones, y especialmente, al efecto axiológico y jurídico de sus elucubraciones"⁸⁷.

EL DELITO. POSICIÓN DE BACIGALUPO EN TORNO AL DELITO CONSIDERADO COMO UNA INFRACCIÓN A LOS DEBERES ÉTICO-SOCIALES

La definición técnica del *delito* se refiere al mismo como *acción punible*⁸⁸. En razón de su estrecha relación con otros institutos como la pena,

82 Cfr. Zaffaroni, Eugenio R., *Manual de derecho penal*, Ediar, Buenos Aires, 2017, p. 288.

83 Zaffaroni, Eugenio R., *Manual de derecho penal*, Ediar, Buenos Aires, 2017, p. 288.

84 Zaffaroni, Eugenio R., *Manual de derecho penal*, Ediar, Buenos Aires, 2017, p. 288.

85 Cfr. Zaffaroni, Raúl E., *La palabra de los muertos*, Ediar, Buenos Aires, 2011, p. 486.

86 Cfr. Righi, Esteban, *Derecho Penal. Parte general*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2018, p. 117.

87 Cfr. Silvestroni, Mariano H., *Teoría constitucional del delito*, Hammurabi, Buenos Aires, 2018, p. 259.

88 Soler, Sebastián, *Derecho penal argentino*, T I, TEA, Buenos Aires, 1999, p. 275.

se avanza hacia una definición algo más profunda, que define al delito como *acción típicamente antijurídica y culpable*⁸⁹ o como "acción típicamente antijurídica, culpable y adecuada a una figura penal"⁹⁰. Sociológicamente, el delito conforma una "perturbación grave al orden social"⁹¹.

Así como se viene desarrollando incluso históricamente, conforman el concepto de delito la *acción*, la *tipicidad*, la *antijuricidad* y la *culpabilidad*⁹². Un delito opera como hecho fáctico juzgado; no son los delitos las leyes descriptas en la parte especial del Código Penal ni cualquier otra figura legal, sino "los comportamientos humanos, típicos, antijurídicos y culpables"⁹³. Por esta razón se afirma que cualquier imputación penal reconoce un doble fundamento: *la comisión de un hecho ilícito prohibido por la norma y que el sujeto que lo cometa sea considerado culpable*⁹⁴.

Sobre esto, quisiera destacar un aspecto que me ha parecido relevante de la obra del maestro Bacigalupo cuando se refiere a la teoría del delito y los elementos que históricamente lo conforman. El profesor se pregunta qué es lo que determina que un hecho sea merecedor de una pena. Y aclara que la pregunta es verdaderamente novedosa para la ciencia penal, y que, desde su perspectiva, parece claro que la respuesta debería orientarse a considerar un hecho dentro de un orden de valores diferente también del jurídico, que confirma que en un orden estatal conviven dos tipos de ordenamientos jurídicos: uno social, conformado por ideas morales generales de donde emergen las "exigencias fundamentales de la vida social" y el otro, el propio estatal, que es su auténtica expresión. Desde esta perspectiva, el delito como "comportamiento merecedor de la pena" consiste en "la infracción de ciertos deberes ético-sociales"⁹⁵. Lógicamente que para que esos comportamientos sean considerados delitos, deben los mismos

89 Fontán Balestra, Carlos, *Derecho penal. Introducción y parte general*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1957, p. 246.

90 Soler, Sebastián, *Derecho penal argentino*, T I, TEA, Buenos Aires, 1999, p. 276. En similar orientación para el tratamiento de la responsabilidad notarial penal: García Rúa, Oscar, *El proceso disciplinario del escribano. Responsabilidad penal, civil y ética*, Ábaco, Buenos Aires, 2003, p. 49.

91 Bacigalupo, Enrique, *Derecho Penal. Parte general*, Hammurabi, Buenos Aires, 2020, p. 216.

92 Bacigalupo, Enrique, *Derecho Penal. Parte general*, Hammurabi, Buenos Aires, 2020, p. 203.

93 Cfr. Días, Horacio, *Código Penal de la Nación Argentina comentado. Parte general*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2018, p. 473.

94 Righi, Esteban, *Derecho Penal. Parte general*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2018, p. 124.

95 Bacigalupo, Enrique, *Derecho Penal. Parte general*, Hammurabi, Buenos Aires, 2020, p. 211.

“cumplir” con todos los elementos estructurales del mismo. Las demás exigencias de la vida social que no se estructuren con esos elementos, pero que claramente importen una violencia sobre los comportamientos efectuados por aquellas personas de las que se espera otro tipo de conducta, tendrán otro canal de sanción ajeno al derecho penal, pero no por ello menos importante.

En definitiva, para que pueda configurarse la responsabilidad penal notarial hay que ubicar y consolidar su actuación dentro de los cánones antes referidos, y prestando particular atención a los elementos estructurales que lo sostienen, en los supuestos de delitos especiales descritos en el *Código Penal*, o en aquellos casos previstos en las leyes especiales.

LOS ELEMENTOS DEL DELITO

La teoría del delito se encuentra integrada por las mismas categorías que fueron proclamadas hace más de una centuria⁹⁶. Ellas son:

a. La *acción*, que comprende la conducta humana y el resultado que la misma ocasiona, sea la misma generada por comisión de una acción o por omisión de una acción⁹⁷. Es función de la acción la de establecer “el mínimo de los elementos que determinen la relevancia de un comportamiento humano para el derecho penal”⁹⁸.

b. La *antijuricidad*, como contradicción entre el hecho generado y el ordenamiento jurídico general⁹⁹; es decir, la comprobación de que el hecho generado es prohibido por la norma, no se encuentra autorizado por el ordenamiento jurídico¹⁰⁰.

96 Bacigalupo, Enrique, *Derecho Penal. Parte general*, Hammurabi, Buenos Aires, 2020, p. 204.

97 Soler, Sebastián, *Derecho Penal argentino*, T I, TEA, Buenos Aires, 1999, p. 276; Bacigalupo, Enrique, *Derecho Penal. Parte general*, Hammurabi, Buenos Aires, 2020, p. 219.

98 Bacigalupo, Enrique, *Derecho Penal. Parte general*, Hammurabi, Buenos Aires, 2020, p. 245.

99 Soler, Sebastián, *Derecho Penal argentino*, T I, TEA, Buenos Aires, 1999, p. 276.

100 Bacigalupo, Enrique, *Derecho Penal. Parte general*, Hammurabi, Buenos Aires, 2020, p. 216.

c. La *culpabilidad*, referida a la forma de la imputación que se le atribuye a una persona¹⁰¹. Sobre esto, se aclara que el concepto de imputación en la dogmática actual emerge de la función de la pena, y por ello “se debe penar a un sujeto que ha obrado de manera contraria a la norma y en forma culpable”¹⁰² y, además, teniendo en cuenta el nivel de comprobación de la misma: si el autor del hecho ilícito pudo o no pudo conocer que el hecho estaba reprobado por la ley, y si, además, se encontraba o no capacitado para alcanzar tal comprobación¹⁰³.

d. La *adecuación a una figura penal*, que hace referencia al principio de legalidad antes aludido, relacionada con la expresión “típica”¹⁰⁴. Que una acción sea típica, implica que es una acción prohibida por la norma, y por ello, el tipo penal en sentido estricto se refiere a la descripción de la conducta prohibida por la norma (“matar a otro” en lugar de “no matarás”)¹⁰⁵. El denominado “tipo penal” es, en definitiva, una descripción concreta de la conducta penalmente relevante¹⁰⁶.

La *tipicidad*, considerada como una descripción legal, presenta una triple función:

a. Función *prejurídica*, que asume una función de garantía jurídica, política y social de la ciudadanía, ya que contempla una descripción de las acciones tal como si las mismas ya se hubieran cumplido. Esas descripciones no pueden ser amplias o imprecisas, dando lugar a que por vía interpretativa puedan considerarse incorporadas otras conductas que la propia ley no ha tenido en cuenta ni querido prever. Tal como se afirma: “Las ideas no son punibles; ni tampoco lo son las condiciones personales, sino solo el cumplimiento de una acción descripta por la ley”¹⁰⁷.

101 Soler, Sebastián, *Derecho Penal argentino*, T I, TEA, Buenos Aires, 1999, p. 277.

102 Bacigalupo, Enrique, *Derecho Penal. Parte general*, Hammurabi, Buenos Aires, 2020, p. 201.

103 Bacigalupo, Enrique, *Derecho Penal. Parte general*, Hammurabi, Buenos Aires, 2020, p. 217.

104 Soler, Sebastian, *Derecho Penal argentino*, T I, TEA, Buenos Aires, 1999, p. 277.

105 Bacigalupo, Enrique, *Derecho Penal. Parte general*, Hammurabi, Buenos Aires, 2020, p. 220.

106 Silvestroni, Mariano H., *Teoría constitucional del delito*, Hammurabi, Buenos Aires, 2018, p. 294.

107 Fontán Balestra, Carlos, *Derecho Penal. Introducción y parte general*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1957, p. 352.

b. Función *cualitativa de todos los demás elementos del delito*, ya que el análisis del enfoque dogmático del delito intenta saber cuáles son las acciones que llevan a una sanción¹⁰⁸. Desde aquí que se analice la tipicidad y la acción, la tipicidad y la culpabilidad, y con ella, la antijuridicidad.

c. Función de *determinación del delito particular a través del tipo penal*, lo que implica admitir que cada delito en particular ha de ser típico. Es decir, "el estudio de los tipos diseñadores de cada particular delito no es otra cosa que el estudio de las circunstancias y elementos de cada concreto delito, o, si se quiere, de cada acción típica"¹⁰⁹.

Función de la *tipicidad* es verificar si una acción se configura o no dentro de un tipo penal que, en definitiva, constituye un delito¹¹⁰. Desde esta perspectiva, se analiza el "tipo objetivo", como descripción de la parte exterior de la acción y sus circunstancias¹¹¹, y el "tipo subjetivo", comprensivo de la representación subjetiva de la conducta penalmente relevante¹¹².

El "tipo objetivo" sirve para realizar una imputación de un delito verificando que el comportamiento que se analiza se adecua al comportamiento incriminado en la parte especial del Código Penal. Los tipos de estas características requieren de un sujeto activo (que puede ser autor directo, indirecto o coautor o, inclusive, ocupar la posición de garante que es la persona que tiene un deber de obrar especial para impedir la producción de un resultado que es evitable), un sujeto pasivo (víctima), y una situación de hecho (entendida como acción) que prevé la producción de un cambio externo probablemente atribuido al autor¹¹³.

El "tipo subjetivo" relacionado al principio de culpabilidad, exige que el comportamiento al que pueda adjudicársele una imputación penal haya

108 Fontán Balestra, Carlos, *Derecho Penal. Introducción y parte general*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1957, p. 355.

109 Fontán Balestra, Carlos, *Derecho Penal. Introducción y parte general*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1957, p. 364.

110 Silvestroni, Mariano H., *Teoría constitucional del delito*, Hammurabi, Buenos Aires, 2018, p. 294.

111 Silvestroni, Mariano H., *Teoría constitucional del delito*, Hammurabi, Buenos Aires, 2018, p. 308.

112 Silvestroni, Mariano H., *Teoría constitucional del delito*, Hammurabi, Buenos Aires, 2018, p. 325.

113 Righi, Esteban, *Derecho Penal. Parte general*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2018, p. 207.

emergido del fuero interno del autor¹¹⁴. Aquí resurgen los conceptos de *dolo*, que como expresión técnico-jurídica consiste en la representación de un resultado o en la voluntad de producirlo¹¹⁵, con todas sus teorías explicativas relativas a la voluntad, la representación, el asentimiento, etc. Desde aquí que una definición de dolo nos acerca a comprender que quien lo comete “quiso de modo directo el hecho ilícito como así también quien asintió a su producción eventual por no desistir de su acción”¹¹⁶. Es decir, quien conoce el peligro concreto que se genera por su acción riesgosa para con otra persona termina obrando con dolo porque definitivamente “sabe lo que hace”¹¹⁷.

Y también el concepto de *culpa*, que sostiene una especie de actitud de menosprecio hacia el orden jurídico general, no bastando con ello afirmar que obrar con culpa es en cierta manera no prever un resultado previsible, ya que, en definitiva, “la previsibilidad es solamente un criterio para saber si efectivamente existió imprudencia o negligencia fundante de la culpa”¹¹⁸. De esta forma, la culpa consiste en un reproche que se le efectúa al autor del hecho ilícito, cuando de acuerdo a las circunstancias del caso estuvo en condiciones de haberse podido “motivar” a cumplir con la norma, por lo tanto, el sujeto es culpable cuando era exigible en el momento de efectivizado el hecho que obrara de una manera distinta a la emergente de la infracción de la norma¹¹⁹. En definitiva, el moderno concepto de culpa asimilado a la imprudencia se encuentra caracterizado como una “forma de evitabilidad, en la que el autor carece de un conocimiento actual de lo que se debe evitar”¹²⁰. El resultado típico es objetivamente imputable (por el actuar imprudente del autor) que ha tenido un “error sobre el riesgo de su producción, a pesar de la posibilidad de conocer tal riesgo”¹²¹.

114 Righi, Esteban, *Derecho Penal. Parte general*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2018, p. 257.

115 Soler, Sebastián, *Derecho Penal argentino*, T II, TEA, Buenos Aires, 2000, p. 123.

116 Soler, Sebastián, *Derecho Penal argentino*, T II, TEA, Buenos Aires, 2000, p. 130.

117 Bacigalupo, Enrique, *Derecho Penal. Parte general*, Hammurabi, Buenos Aires, 2020, p. 317.

118 Soler, Sebastián, *Derecho Penal argentino*, T II, TEA, Buenos Aires, 2000, p. 158.

119 Righi, Esteban, *Derecho Penal. Parte general*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2018, p. 396.

120 Bacigalupo, Enrique, *Derecho Penal. Parte general*, Hammurabi, Buenos Aires, 2020, p. 343.

121 Bacigalupo, Enrique, *Derecho Penal. Parte general*, Hammurabi, Buenos Aires, 2020, p. 344.

Dados los escasos lineamientos de la parte general del derecho penal aplicable a este ensayo, corresponde hacer una referencia a la cuestión del funcionario público desde la óptica del derecho penal, que podría en algún descuido ser ligeramente interpretada.

CONFIGURACIÓN DE LA NATURALEZA DE LA FIGURA DEL NOTARIO

La definición del *I Congreso Internacional del Notariado Latino* (1948) que describe al notario como *un profesional del derecho en ejercicio de una función pública*¹²² deja fuera de dudas la importancia que para esta disciplina implica el desarrollo de teorías que determinen el marco conceptual de la *función notarial* en tratamiento. En nuestro país, el notariado y su función han estado descriptos y resguardados adecuadamente en las obras clásicas de los primeros comentaristas del *Código Civil Argentino*: Lisandro Segovia¹²³ y Baldomero Llerena¹²⁴, con aportes contundentes como los efectuados por el genial José Machado, los que hoy, más que en ningún otro momento de la historia, son de ineludible referencia¹²⁵. Desde allí hasta el presente, todas las obras de *derecho notarial* hacen referencia clara y contundente al tema de la naturaleza de la función, y desde ellas, el análisis de las teorías que se han presentado hasta la fecha denota un tra-

122 La definición exacta dice: "El notario latino es el profesional del derecho encargado de una función pública consistente en recibir, interpretar y dar forma legal a la voluntad de las partes, redactando los instrumentos adecuados a ese fin y confiriéndoles autenticidad, conservar los originales de éstos y expedir copias que den fe de su contenido".

123 Cfr. Segovia, Lisandro, *El Código Civil de la República Argentina con su explicación y crítica bajo la forma de notas*, tomo primero, Imprenta de Pablo E. Coni, Editor, Buenos Aires, 1881, p. 270.

124 Cfr. Llerena, Baldomero, *Concordancias y comentarios del Código Civil Argentino*, tomo cuarto, Sociedad Bibliográfica Argentina Editores, Buenos Aires, 1931, p. 39.

125 Cfr. Machado, José O., *Exposición y comentario del Código Civil Argentino*, T III, Félix Lajouane Editor, Buenos Aires, 1899, p. 250. Dice el autor: "La institución de los escribanos públicos que heredamos de la España, ha penetrado de tal manera en nuestras costumbres, que forma parte esencial de nuestro ser social; y sin embargo, no tiene precedentes en las antiguas legislaciones, con las facultades tan ilimitadas que nosotros le concedemos. Por más garantía de competencia y honestidad que se exijan a estas personas que desempeñan un puesto de tanta responsabilidad, difícil será librarse de actos sumamente bochornosos. Apresurémonos a decir en honor a este gremio, que rara vez faltan a la confianza que la ley deposita en sus manos".

tamiento de temas absolutamente dispares que proyectan alcances totalmente diferentes¹²⁶.

Por alguna especial razón, las doctrinas que más *efectos colaterales* exhiben son las que se refieren a la discusión acerca de si el notario es un verdadero funcionario público o si únicamente es un profesional a cargo de una función, en el caso, de naturaleza pública. En nuestro país, el tema cobró relevancia a partir de ciertas opiniones puntuales y específicas emitidas oportunamente desde el derecho privado, que según sospecho, han incluso superado ampliamente las verdaderas expectativas que han tenido los autores al escribirlas¹²⁷. Es así que por los tiempos actuales contamos felizmente con aportes verdaderamente trascendentes que ayudan a comprender cómo es que se ha llegado en este tema tan lejos en el pensamiento y en las propuestas de análisis, desde obras que, a pesar de comentar la legislación anteriormente vigente, cuentan con un valor digno de todo elogio y consideración a las que, por supuesto, remito sin dudarlos¹²⁸.

Desde mi perspectiva, el aporte de Antonio Rodríguez Adrados en España vino a comprobar lo *inútil* de la discusión acerca de la naturaleza de la función, precisamente porque existen en ella dos componentes que

126 En este tema en particular, sigo opinando que existen dos temas relevantes para considerar: a) es necesario definitivamente admitir que es imposible obtener una definición de la función notarial que abarque efectivamente toda la labor que realiza el notario en su notaría (mucho más en estos tiempos que agrega al estudio el tema de la argumentación notarial del derecho); b) Hay que comprender que es imperioso contar con una *actualización permanente* del alcance de la función notarial. Es decir, sobre la idea de fe pública, de la teoría de las formas y de los ritos sacramentales, y teniendo en cuenta el régimen de competencias, siempre será necesario proyectar los alcances de la función de acuerdo a las necesidades que tanto la sociedad como el derecho justifiquen en el tiempo en que sea necesario definir o redefinir. Entre ellas, las cuestiones constitucionales que en la actualidad y según veremos más adelante, conforman el más contundente valor para el desarrollo de la función notarial.

127 Para un tratamiento pormenorizado de las mismas remito: Cosola, Sebastián J., *El derecho notarial y su proyección constitucional*, en Zavala, Gastón A. (Dir.), *La Función Notarial*, Thomson Reuters-La Ley, Buenos Aires, 2020, p. 23.

128 Cfr. Bueres, Alberto, *Responsabilidad civil y escribano público*, Hammurabi, Buenos Aires, 1984; Lloveras de Resk, María E., *La responsabilidad civil del escribano público*, ED, 23/09/1984; Trigo Represas, Félix A. y López Mesa, Marcelo J., *Tratado de la responsabilidad civil*, T II, La Ley, Buenos Aires, 2004, p. 640, y Compagnucci de Caso, Rubén H., *Responsabilidad de los escribanos*, La Ley, 1999-B-16.

se exhiben tan inherentes como inescindibles; el "componente público", relacionado con la potestad fedante, y el "componente privado", que se conforma en la tarea asesora, informativa, consultora e investigadora propia también de la función notarial¹²⁹. Esa posición es la que en nuestro país sostiene Cristina Armella¹³⁰. Por su parte, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha reconocido en varias circunstancias la calidad de funcionario u oficial público de los escribanos, pero siempre atendiendo a su proyección dentro de las exigencias y sanciones a las que se somete su actuación en las leyes que reglamentan su ejercicio¹³¹. De todos los fallos que existen, encuentro más ilustrativos los fallos "Vadell" y "Franco" que, en realidad, han sido luego reiterados en otros fallos que implicaban similares discusiones:

"Si bien no caben dudas de que el escribano, como fedatario, cumple una función pública por la investidura con la que el Estado lo somete a su superintendencia (arts. 17, 35 y sigs. de la ley 12.990), es evidente que no se presentan las notas características de la relación de empleo público que permitan responsabilizarlo por las consecuencias de su desempeño, ya que no existe dependencia orgánica respecto de los poderes estatales cuyas plantas funcionales no integra, no está sometido al régimen de subordinación jerárquica que le es propio ni se dan a su respecto otras características de un vínculo permanente con la administración como puede serlo, en su medida, la remuneración (...) El vínculo de la actividad notarial con el Estado dentro de un régimen de concesión no importa adjudicar a sus beneficiarios el rango de funcionarios públicos. Aun de admitir que la función fedataria sea la más trascendente de las que realiza el notario, no puede ignorarse que concurre con otras que no ostentan ese carácter y que son propias de su condición de profesional independiente. (...) Parece absurdo, entonces, que semejante dualidad se presente en quien se pretende definir como funcionario público, como igualmente inaceptable que, necesariamente sometido como tal a una típica subordinación disciplinaria, esta facultad

129 Cfr. Rodríguez Adrados, Antonio, *El notario: función privada y función pública: su inescindibilidad*, "Escritos Jurídicos", Vol. II, Consejo General del Notariado Español, Madrid, 1996, p. 213-321.

130 Cfr. Armella, Cristina N., "De los instrumentos públicos", en Bueres, Alberto J. (Dir.) - Highton, Elena I. (Coord.), *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, T 2C, Hammurabi, Buenos Aires, 1999, p. 67.

131 Un análisis riguroso de este tema puede verse en: Abella, Adriana N., *Derecho notarial*, Zavalía, Buenos Aires, 2010, p. 34.

del Estado pueda coexistir con el ejercicio de una superintendencia a cargo de organismos corporativos como los que contempla la ley 12.990. (...) El escribano de registro es un profesional del derecho afectado a una actividad privada, pero con atributos que en parte lo equiparan a la gestión pública, cuyos actos, vinculados al comercio jurídico privado, dan fe de estas relaciones privadas y no expresan la voluntad del Estado como este normalmente la exterioriza a través de sus órganos"¹³².

"La situación de los escribanos públicos es diferente de quienes desempeñan un empleo público, pues si bien son asimilados a los funcionarios o agentes públicos en cuanto el Estado les ha delegado el ejercicio de relevantes funciones, no se encuentran sujetos a las potestades de organización de la administración estatal a que se hallan sometidos aquellos. (...) Si bien no caben dudas de que los escribanos cumplen como fedatarios una función pública, es evidente que no se presentan las notas características de la relación de empleo público, pues no existe dependencia orgánica respecto de los poderes estatales cuyas plantas funcionales no integran, no están sometidos al régimen de subordinación jerárquica que les es propio ni se dan a su respecto otras características de un vínculo permanente con la administración"¹³³.

Por su parte, siempre es recomendable traer a colación la posición de Jorge Alterini en su célebre voto en el fallo "Quiroga, Remedios c/ Viale, Victoriano"¹³⁴, que, en atención a lo que aquí interesa, Ignacio Alterini resume de la siguiente manera: "Las réplicas al encasillamiento del escribano de registro como funcionario público (...) no deben, sin embargo, obscurecer la peculiar naturaleza de las funciones del notario, cuya envergadura e importancia social no se agota con una explicación puramente profesionalista. Por eso creo más convenientes las formulaciones de las tesis intermedias, que, pese a partir de que el escribano es un profesional, paralelamente resaltan que se pone a su cargo el ejercicio de una función pública"¹³⁵.

132 CSJN: "Vadell, Jorge Fernando c/ Provincia de Buenos Aires", 1984. Fallos: 306:2030.

133 CSJN: "Franco, Blanca Teodora c/ Provincia de Buenos Aires - Ministerio de Gobierno", F. 509, XXXVI, 12/11/2002. Fallos: 325:2968.

134 CNCiv, Sala C, 5/11/1976, "Quiroga, Remedios c/ Viale, Victoriano" (El Derecho, T 71, 1977, p. 399; La Ley Online, AR/JUR/993/1976).

135 Cfr. Alterini, Ignacio E., *Alcances del deber de responder del escribano en el Código Civil y Comercial*, Revista del Notariado 934 (oct.-dic. 2018). <http://www.revista-notariado.org.ar/2019/07/alcan->

A la fecha, ya no quedan leyes notariales que se refieran desde el propio articulado al notario como funcionario público, como así lo hacía la por entonces vigente ley 12.990 del ejercicio de la profesión notarial en la Capital Federal. Es más, por solo tomar un ejemplo, de la exposición de motivos del vigente decreto-ley notarial 9020/78 de la Provincia de Buenos Aires se desprende lo siguiente: "La importancia que posee la función notarial, derivada fundamentalmente de la delegación de la fe pública que ella importa, requiere de las autoridades gubernamentales una particular atención con el propósito de regular eficazmente la prestación de la actividad profesional"¹³⁶.

DESDE EL DERECHO PENAL

Tarea diferente es analizar la naturaleza de la función notarial desde el derecho penal, ya que, si el notario fuera considerado un funcionario público, su régimen sería diferente al de los demás profesionales en general. Además, el alcance que a los documentos se les otorga es relevante para comprender los delitos que luego analizaremos dentro de este ensayo, relativos a la fe pública.

Dentro de la parte general del Código Penal, el título XIII se refiere a la "significación de conceptos empleados en el Código". Para la parte que aquí interesa, transcribiré únicamente lo pertinente, realizando un breve comentario luego de cada párrafo, con ciertas aclaraciones necesarias:

"Artículo 77: Para la inteligencia del texto de este código se tendrán presente las siguientes reglas: ... Por los términos 'funcionario público' y 'empleado público', usados en este Código, se designa a todo el que participa accidental o permanentemente del ejercicio de funciones públicas sea por elección popular o por nombramiento de autoridad competente" (párrafo 4).

De manera llamativa, no existe un tratamiento verdaderamente contundente de la doctrina penalista en la extensión del precepto en comentario

ces-del-deber-de-responder-del-escribano-en-el-codigo-civil-y-comercial/#footnote-567-3 (Último acceso: 06/06/2021).

136 Trigo Represas, Félix A. y López Mesa, Marcelo J., *Tratado de la responsabilidad civil*, T II, La Ley, Buenos Aires, 2004, p. 6407.

hacia los escribanos o notarios. Desde mi perspectiva, parte de la doctrina de derecho penal que trata el tema, ha destacado, de forma inmejorable, que la participación en cualquier cuadro de la función pública requiere de una relación administrativa que en el desempeño funcional permita un encuadre dentro de la estructura jerárquica del Estado¹³⁷. Argumentos también utilizados por el maestro Jorge Bustamante Alsina, cuando analizando la responsabilidad notarial, advertía que el escribano de registro, aun desempeñando una función pública, no puede ser considerado un funcionario público en razón de que no existe, entre otras cosas, el vínculo de nombramiento y los caracteres virtuales que el mismo genera, como la relación de subordinación jerárquica, o el sueldo abonado por el Estado. A esto agrega que el notario cumple con funciones tales como las de redactar documentos del comercio jurídico privado que nada tiene que ver con una función del Estado, sino propiamente liberal¹³⁸. De la misma manera Edgardo López Herrera, cuando, al adherir a las razones anteriormente esbozadas, agrega que la actuación notarial es en nombre propio y no del Estado, que el mismo cuenta con independencia profesional en relación a los horarios, ubicación, contratación de cantidad de empleados, existiendo libertad de elección por los requirentes hacia la prestación de su ministerio, quienes son los que además le abonan sus honorarios en lugar del Estado¹³⁹. Moisés Savransky entiende que la facultad de autenticación notarial proviene de una facultad adquirida por el notariado a través del procedimiento de "delegación": el Estado delega en el notario esa facultad, "aunque ello no significa afirmar que el notario es un oficial público (...) caer en el extremo de afirmar su identidad con la administración pública, implicaría desvirtuar su cometido, convirtiéndolo en un eslabón de la cadena administrativa, con lo cual las garantías para la contratación resultante de la actuación profesional desaparecerían"¹⁴⁰. De aquí que para el autor la función notarial sea una actividad realizada por un profesional que actúa en la esfera privada dando especial relevancia al asesoramiento, legitimación, autenticación y encuadramiento de los hechos humanos,

137 Cfr. Creus, Carlos y Buompadre, Jorge E., *Falsificación de los documentos en general*, Astrea, Buenos Aires, 2004, p. 236.

138 Cfr. Bustamante Alsina, Jorge, *Teoría General de la responsabilidad civil*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1972, p. 410.

139 Cfr. López Herrera, Edgardo, *Manual de responsabilidad civil*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2013, p. 679.

140 Cfr. Savransky, Moisés J., *Función y responsabilidad notarial*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1962, p. 70.

los que adquieren fuerza ejecutiva por el respaldo que brinda el ejercicio de la fe pública¹⁴¹. Finalmente, el aporte más contundente en torno a la consideración del notario como totalmente ajena a la tesis del funcionario público proviene de Eduardo Pondé. Para el autor, el funcionario público es un agente del Estado, un órgano del Estado; el funcionario "integra un órgano del Estado"¹⁴². El notario no integra ninguno de los tres poderes del Estado, y en esto, hay que comprender que la función pública no es de pertenencia exclusiva de los funcionarios de los poderes ejecutivo, legislativo y judicial respectivamente¹⁴³. Así, hay actividades profesionales de índole pública, que son las que el Estado necesita o precisa en colaboración con su función, adjudicándolas en determinadas personas sin que las mismas sean incorporadas como funcionarios públicos, como la profesión notarial¹⁴⁴. El Estado adjudica las funciones a los particulares que colaboran con su ministerio a través del procedimiento de "asignación", para la prestación de servicios públicos, o de "imposición", otorgando tareas con características de cargas públicas¹⁴⁵, a diferencia del funcionario público, que accede al cargo por elección o por nombramiento¹⁴⁶. Su vida de trabajo está ligada a la relevación o relevamiento¹⁴⁷, a la posibilidad de ser trasladado¹⁴⁸, o de ser reincorporado¹⁴⁹; su retribución se tiene en cuenta en el presupuesto, no puede ser antojadiza¹⁵⁰, pudiendo incorporar según su jerarquía viáticos o gastos de representación¹⁵¹, tener un sobresueldo, derecho al aguinaldo y un régimen especial de previsión social¹⁵²; tiene derecho a una carrera administrativa¹⁵³; su actuar se sujeta a los parámetros que imponen la jerarquía, el mando, el control, la obediencia,

141 Savransky, Moisés J., *Función y responsabilidad notarial*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1962, p. 79.

142 Cfr. Pondé, Eduardo B., *Tríptico notarial*, Depalma, Buenos Aires, 1977, p. 281.

143 Pondé, Eduardo B., *Tríptico notarial*, Depalma, Buenos Aires, 1977, p. 285.

144 Pondé, Eduardo B., *Tríptico notarial*, Depalma, Buenos Aires, 1977, p. 286.

145 Pondé, Eduardo B., *Tríptico notarial*, Depalma, Buenos Aires, 1977, p. 286.

146 Pondé, Eduardo B., *Tríptico notarial*, Depalma, Buenos Aires, 1977, p. 297.

147 Pondé, Eduardo B., *Tríptico notarial*, Depalma, Buenos Aires, 1977, p. 299.

148 Pondé, Eduardo B., *Tríptico notarial*, Depalma, Buenos Aires, 1977, p. 302.

149 Pondé, Eduardo B., *Tríptico notarial*, Depalma, Buenos Aires, 1977, p. 302.

150 Pondé, Eduardo B., *Tríptico notarial*, Depalma, Buenos Aires, 1977, p. 303.

151 Pondé, Eduardo B., *Tríptico notarial*, Depalma, Buenos Aires, 1977, p. 304.

152 Pondé, Eduardo B., *Tríptico notarial*, Depalma, Buenos Aires, 1977, p. 305.

153 Pondé, Eduardo B., *Tríptico notarial*, Depalma, Buenos Aires, 1977, p. 307.

el respeto y la disciplina¹⁵⁴ y un régimen especial de responsabilidad¹⁵⁵. Nada de esto ocurre en el transcurso de la vida profesional del escribano o notario, a no ser que fuera un escribano de gobierno, cuya función verdaderamente es pública.

La *XXVI Jornada Notarial Bonaerense* celebrada en Tandil (1986) concluyó, en el tema relativo a la "Función notarial y responsabilidad" lo siguiente: "El notario no es funcionario público, por lo tanto, cada vez que en el Código Penal se tipifica un delito relacionado con los funcionarios públicos como sujetos activos del mismo, tal tipificación desvincula al notario"¹⁵⁶.

LA CLAVE: LOS CONCEPTOS. EL NOTARIO NO ES UN FUNCIONARIO PÚBLICO

La descripción que realiza el Código Penal de los funcionarios o empleados públicos en el artículo en análisis exige para los mismos haber accedido a los cargos por "elección popular" o "por nombramiento de autoridad competente". Recordamos aquí que estamos en presencia de una disciplina del derecho que admite la tipicidad, descartando la posibilidad de aplicar situaciones análogas o analógicas. Los términos funcionarios y empleados públicos se equiparan nuevamente aquí¹⁵⁷.

Claramente la alusión a la elección popular se encuentra fuera del análisis del presente ensayo. La alusión al funcionario así designado por nombramiento de autoridad competente nos dirige hacia el derecho administrativo. Así, al momento de asentar la postura de la superación de las diferencias entre funcionarios y empleados públicos, Bartolomé Fiorini se refería a la figura del "agente estatal", aludiendo a todos aquellos que se agrupan bajo la organización administrativa o bajo la dependencia del poder estatal, tales como aquellos que se encuentran bajo la órbita del Poder Ejecutivo, Poder Legislativo, Poder Judicial, entes cen-

154 Pondé, Eduardo B., *Tríptico notarial*, Depalma, Buenos Aires, 1977, p. 308.

155 Pondé, Eduardo B., *Tríptico notarial*, Depalma, Buenos Aires, 1977, p. 309.

156 Cfr. Ciuro de Castello, Norma - Garate, Laura, *50 años Jornada Notarial Bonaerense*, FEN, Buenos Aires, 2007, p. 233.

157 Días, Horacio, *Código Penal de la Nación Argentina comentado. Parte general*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2018, p. 702.

tralizados, descentralizados, autárquicos, municipalidades, empresas estatales, etc.¹⁵⁸. Se alcanza esta condición a través del acto de nombramiento, que ocurre cuando la administración pública reconoce la conformidad en aplicar la relación jurídica con el agente estatal que designa, y este presta la conformidad¹⁵⁹. Es en virtud del acto de nombramiento que la Administración Pública carece de potestad jurídica para crear relaciones jurídicas de carácter individual, diferentes a las que establecen los estatutos reglamentarios. Consecuentemente, el nombramiento es "un acto administrativo que implica una toma de decisión administrativa de contenido implícito y remisivo a normas previamente establecidas, con carácter general que se sustentan en la legalidad"¹⁶⁰. A partir de ello, la realización contractual entre la administración y el particular comienza cuando el agente ingresa en forma efectiva y material a la función administrativa, es decir, cuando al mismo se lo inviste "materialmente del cargo"¹⁶¹. En coincidencia con lo referido anteriormente por el maestro de derecho administrativo, otro recordado maestro, Rafael Bielsa, sostenía que la relación jurídica que une al funcionario con el Estado es contractual, ya que para que la misma exista, tiene que existir la voluntad o el consentimiento del funcionario, para que sus derechos y obligaciones comiencen a nacer a partir del acto de "nombramiento"¹⁶². Adhiere a esta tesis y mucho más cerca en el tiempo, el profesor Carlos Balbín, para quien los agentes públicos son aquellas personas de las que el Estado se vale para el cumplimiento de sus fines, debiendo considerarse las conductas de los mismos en el ejercicio de su función como actuaciones del propio Estado¹⁶³. En general, en el derecho administrativo actual, las voces agente, funcionario, empleado, personal, se suelen utilizar como términos intercambiables, aunque es correcto afirmar que el término "agente público" es el que contiene a todos los términos referidos¹⁶⁴. Desde aquí que, en notariado, la palabra "agente" como término cercano a la relación que une a la persona que ejerce la función pública

158 Cfr. Fiorini, Bartolomé A., *Manual de Derecho administrativo*, La Ley, Buenos Aires, 1968, p. 545.

159 Fiorini, Bartolomé A., *Manual de Derecho administrativo*, La Ley, Buenos Aires, 1968, p. 553.

160 Fiorini, Bartolomé A., *Manual de Derecho administrativo*, La Ley, Buenos Aires, 1968, p. 553.

161 Fiorini, Bartolomé A., *Manual de Derecho administrativo*, La Ley, Buenos Aires, 1968, p. 554.

162 Cfr. Bielsa, Rafael, *La función pública. Caracteres jurídicos y políticos. La moralidad administrativa*, Roque Depalma Editor, Buenos Aires, 1960, p. 103.

163 Cfr. Balbín, Carlos F., *Manual de Derecho administrativo*, Thomson Reuters-La Ley, Buenos Aires, 2018, p. 328.

164 Cfr. Ivanega, Miriam M., *Empleo público*, Astrea-Rap, Buenos Aires, 2019, p. 112.

con el Estado sea expuesta por José María Orelle, en su recomendable tesis doctoral¹⁶⁵; también hay alusiones especiales al término en la obra del profesor José Carlos Carminio Castagno¹⁶⁶, y en la reciente obra de Héctor Vitali¹⁶⁷, laureada con el premio *José María Moreno* que otorga el Colegio de Escribanos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Para el ejercicio de la función notarial las palabras aludidas por los autores en estudio estaban referidas a la habilitación, la delegación, la asignación y en materia de carga pública –que no sería el caso para el tema en desarrollo–, la imposición. Pero nunca al nombramiento, que es lo que ordena la letra del Código Penal. Desde mi posición, el Estado habilita al notario para el ejercicio de la función fedante¹⁶⁸, pero no lo nombra ni mucho menos lo vuelve parte de la estructura de la Administración, salvo el referido caso del Escribano de Gobierno¹⁶⁹. Salvo la excepción aludida, resulta claro entonces que no es posible introducir al notario dentro de las responsabilidades propias de los funcionarios públicos en el ámbito del derecho penal. Prácticamente en sintonía con lo afirmado, la “ley de ética en la función pública” admite que la misma “establece un conjunto de deberes, prohibiciones e incompatibilidades aplicables, sin excepción, a todas las personas que se desempeñen en la función pública en todos sus niveles y jerarquías, en forma permanente o transitoria, por elección popular, designación directa, por concurso o por cualquier otro medio legal, extendiéndose su aplicación a todos los magistrados, funcionarios y empleados del Estado. Se entiende por función pública, toda actividad temporal o permanente, remunerada u honoraria, realizada por una persona en nombre del Estado o al servicio del Estado o de sus entidades, en cualquiera de sus niveles jerárquicos”¹⁷⁰. La referencia a niveles, jerarquías, elección popular, designación directa, concurso, etc., o del servicio al Estado en cualquiera de sus niveles jerárquicos también es clara y contundente al momento de marcar una orientación

165 Cfr. Orelle, José M. R., *Actos e instrumentos notariales*, La Ley, Buenos Aires, 2008.

166 Cfr. Carminio Castagno, José C., *Teoría general del acto notarial y otros estudios*, 2 tomos, Edición del autor, Paraná, 2006.

167 Cfr. Vitali, Héctor H., *Derecho notarial*, Di Lalla Ediciones, Buenos Aires, 2020.

168 Cfr. Cosola, Sebastián J., *Los deberes éticos notariales*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2008, p. 38.

169 En igual sentido: Creus, Carlos y Buompadre, Jorge E., *Falsificación de los documentos en general*, Astrea, Buenos Aires, 2004, p. 234.

170 Fuente: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/60000-64999/60847/texact.htm> (Último acceso: 12/06/2021).

acerca de lo que se pretende tutelar a partir de la presente. Inclusive se exige desde la misma un régimen de declaraciones juradas especiales que no incluyen, de ninguna manera, una obligación en el ejercicio de la función notarial, más allá de los deberes informativos y aquellos motivados por la capacidad contributiva que cada ciudadano tiene el deber de demostrar.

Además, por todo lo anteriormente aludido en la parte general del derecho penal aquí considerada, diré que toda actividad interpretativa que pretenda alcanzar un resultado razonable desde los principios del derecho público anteriormente aludidos debería ser siempre sobre las leyes vigentes; porque precisamente son estas leyes las que obligan a su cumplimiento por parte de la ciudadanía, y no aquellas que forman parte del acervo histórico por haber sido oportunamente derogadas. El estudio de una ley derogada se justifica desde la proyección de lo que debió, no debió, se cumplió, o no pudo cumplirse, para que a través de su formulación académica expositiva se vuelva a insistir o no insistir en su cumplimiento. Pero de ninguna manera pueden volver a ser derecho vigente, mucho más si no se complementan con aquellas que las han sustituido o reemplazado, por un cambio de criterio o por un cambio de tendencia. Es evidente que si una ley posterior deroga a una anterior modificando cuestiones "estructurales" de las instituciones implicadas es porque un cambio en el sentido del derecho ocurrió y debió haber sido tenido en cuenta por el legislador que acudió a esa reforma.

En este sentido, llama poderosamente la atención una resolución de la Sala IV de la *Cámara Federal de Casación Penal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, al momento de resolver un recurso de casación interpuesto en el registro de esa Sala¹⁷¹. El caso se centra en la consideración o no del notario como funcionario público. Sin efectuar un análisis del fallo –el que inclusive puede compartirse porque es profundo en cuanto a citas legislativas–, se postula, como uno de los principales argumentos de la posición que triunfa y que considera al notario como funcionario público, un obsoleto artículo de la antigua y ya aludida en este ensayo ley 12.990/52 de ejercicio de la función notarial en la entonces denominada Capital Federal, derogada hace más de veinte años, y suplantada por el mismo tiempo por la actual y vigente ley 404/2000. La última ley citada en vigencia no justifica en su articulado, bajo ninguna forma, la

171 Causa FMZ 93002950/2011/TO1/CFC1, "Winckler Catapano, Alicia Sonia s/recurso de casación".

teoría del notario como funcionario público. Precisamente ese tema fue uno de los grandes cambios que la última ley notarial en vigencia vino a implementar como novedoso, respondiendo a la jurisprudencia y doctrinas dominantes de los últimos años.

Lo que verdaderamente llama la atención aquí es la remisión *dogmática, gramatical, exegética* a un artículo ya derogado que, si es bien cierto, sostenía que "el escribano de registro es el funcionario público instruido para recibir y redactar y dar autenticidad, conforme a las leyes y en los casos que ellas autorizan, los actos y contratos que fueran encomendados", y que "compete al Poder Ejecutivo la creación y cancelación de los registros y la designación y remoción de sus titulares y adscritos en el modo y forma establecidos en la presente ley"¹⁷² dejó de ser ley desde el mismo momento de entrada en vigencia de la ley 404/2000. Esa resolución cita mucha otra jurisprudencia que ha seguido, en apariencia, el mismo criterio.

En este sentido, a pesar de considerar que desde el derecho penal el notario/a no es/son funcionarios públicos por diversas razones que en otro tiempo ya expresé, lo cierto es que el tratamiento del presente punto en este ensayo tiene la finalidad de poner de manifiesto que muchas veces, una interpretación gramatical de un artículo de un texto legal que no se encuentra vigente y que precisamente su vigencia actual no encuentra similitud con esa realidad imperante en otros tiempos, puede generar una tendencia doctrinaria o jurisprudencial que en algún momento –y más allá del caso en análisis del cual no puedo ni debo juzgar de ninguna manera su resolución– pueda injustamente generar un resultado disvalioso en alguien que no se encuentre dentro de los cánones legales vigentes en los tiempos actuales. Tendencias que no podrán imponerse, por cierto, salvo que ocurra alguna reforma legislativa, en atención a los hartamente aludidos principios de tipicidad, legalidad, etcétera.

EL DOCUMENTO Y LA IMPUGNACIÓN DE LA AUTENTICIDAD

Un tema realmente a tener en cuenta en materia de responsabilidad penal notarial es el relativo a las *falsedades documentales*. Fue este el tema

¹⁷² Arts. 10 y 17 respectivamente.

que de manera especial era analizado por la doctrina especializada en materia de responsabilidad notarial penal, juntamente con el relativo a la violación del secreto profesional, hasta que otros temas comenzaron a ocupar también un desarrollo elemental, como el relativo al lavado de activos y a los delitos contra el orden económico y financiero, las alusiones al honor, etcétera.

Es preciso tener en cuenta en este tema, una noción de la conformación del documento notarial para poder advertir dónde ocurren verdaderamente las falsedades. Es que un error común de mucha de la doctrina no especializada es el de atribuir falsedades en cláusulas del documento donde no es posible ni visualizarlas ni contemplarlas, precisamente porque no ha existido en ellas, al momento de la conformación, la dación de fe exigida por el ordenamiento.

Lógicamente, no es este el espacio para desarrollar la teoría del documento notarial, aunque es de justicia admitir que la tesis estructural plantada hace más de cuarenta años por Carlos Pelosi, desde mi visión, no ha sido superada. Para el recordado maestro del notariado argentino, el documento notarial presenta una estructura de tres elementos que podría claramente resumirse de la siguiente manera:

a. La *corporalidad*; con ella, el análisis del soporte y de la grafía en "sentido estático";

b. El *autor*, y

c. El *contenido*, que implica comprender "el pensamiento notarial capaz de ubicar lo requerido por las partes al caso legal previsto en la norma" y la "grafía en sentido dinámico"¹⁷³.

Sobre esa magnífica estructura, pero con modernos componentes que incorporan, precisamente, la teoría de la interpretación y argumentación, los valores, los principios, la recepción del derecho constitucional y convencional como práctica efectiva y no como mera teoría argumentativa, la ética como deber y no como opción del buen hacer, etc., se edifica, también desde mi perspectiva, la teoría general del documento notarial actual¹⁷⁴.

173 Cfr. Pelosi, Carlos A., *El documento notarial*, Astrea, Buenos Aires, 1987.

174 Cosola, Sebastián J., *El documento notarial en el Código Civil y Comercial*, Astrea-FEN, Buenos Aires, 2020.

En el aludido art. 77 del Código Penal dedicado a proyectar la "terminología" utilizada en el Código se hace referencia a lo siguiente:

"El término 'documento' comprende toda representación de actos o hechos, con independencia del soporte utilizado para su fijación, almacenamiento, archivo o transmisión" (párrafo 12).

Bien se afirma que el término documento se encuentra ampliado "hacia todo instrumento que materialice alguna acción o acontecimiento sin importar dónde ello se encuentra plasmado"¹⁷⁵. Evidentemente existe una clara remisión a los artículos del Código Civil y Comercial de la Nación, que describen la teoría del acto jurídico para poder, sobre ella, comprender su estructura. Y, además, se advierte: "se trata entonces de un testimonio material relativo a un acto o hecho que puede estar registrado, estar configurado y/o ser enviado a través de cualquier medio de difusión"¹⁷⁶.

Antes de estas definiciones plasmadas recientemente en el Código Penal (ley 26.388), la doctrina especializada advertía que existían, al menos, tres posiciones en torno al alcance penal del documento o instrumento: a) la que ubicaba al documento como contenido y al instrumento como continente; b) la del documento como género y la del instrumento como especie, y c) la que argumentaba que documento e instrumento eran conceptos sinónimos¹⁷⁷.

Una de las voces más trascendentes posicionaba al documento como "algo representativo de un hecho, propio de la naturaleza o del hombre, pero siempre reflejado por la mano del hombre"¹⁷⁸, que tenía como función primera o razón de ser, el alcanzar el propósito de dejar constancia de la relación o del hecho en el mismo, independientemente del análi-

175 Días, Horacio, *Código Penal de la Nación Argentina comentado. Parte general*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2018, p. 708.

176 Días, Horacio, *Código Penal de la Nación Argentina comentado. Parte general*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2018, p. 708.

177 Cfr. Baigún, David y Tozzini, Carlos A., *La falsedad documental en la jurisprudencia (Elementos comunes a todos los tipos)*, Depalma, Buenos Aires, 1992, p. 46.

178 Baigún, David y Tozzini, Carlos A., *La falsedad documental en la jurisprudencia (Elementos comunes a todos los tipos)*, Depalma, Buenos Aires, 1992, p. 58.

sis de los efectos que desde su creación se desprendan (probatorios, comunicación social, vigencia histórica, etc.)”¹⁷⁹. El contenido del documento sigue siendo, para esta postura, el elemento principal¹⁸⁰. Desde esta inteligencia, importa mucho resaltar la posición de los autores en estudio cuando desarrollan la irrupción de los denominados “adelantos tecnológicos” que, por aquellos entonces, consistían en alguna fotografía o elemento afín. En un ejemplo, se refieren a que una fotografía acompañada en un juicio de divorcio puede eventualmente reunir todas las características procesales de un documento con sentido probatorio, pero su falsificación afectará únicamente a la prueba y únicamente será delito en aquellas legislaciones que así lo prevean, por cuanto no entran dentro del concepto de instrumento o documento¹⁸¹. Distinto es el caso en el que esa fotografía o su reproducción se aplicara directamente para la duplicación de la forma de un instrumento de los que tienen destino legal prefijado, y la misma fuera adulterada; estos son los casos de falsificación utilizada por el hombre¹⁸². Consecuentemente, el concepto de documento significativo para vulnerar la fe pública se encuentra orientado hacia el contenido del mismo, que vulnere el bien jurídico y que presente la posibilidad de ser puesto en peligro¹⁸³.

Desde un clásico libro, Bernardo Varela sostenía que la falsedad documental representa nada más, ni nada menos, que “un modo de ofensa a la fe pública”; esa ofensa es la que conforma la objetividad jurídica del delito de falsedad documental¹⁸⁴. La confianza que inspira la fe pública, decía al autor, no es algo que interese a las personas en las relaciones privadas, sino que en la misma se encuentra comprometido el interés de la persona como miembro de la sociedad, confianza necesaria para

179 Baigún, David y Tozzini, Carlos A., *La falsedad documental en la jurisprudencia (Elementos comunes a todos los tipos)*, Depalma, Buenos Aires, 1992, p. 59.

180 Baigún, David y Tozzini, Carlos A., *La falsedad documental en la jurisprudencia (Elementos comunes a todos los tipos)*, Depalma, Buenos Aires, 1992, p. 61.

181 Baigún, David y Tozzini, Carlos A., *La falsedad documental en la jurisprudencia (Elementos comunes a todos los tipos)*, Depalma, Buenos Aires, 1992, p. 63.

182 Baigún, David y Tozzini, Carlos A., *La falsedad documental en la jurisprudencia (Elementos comunes a todos los tipos)*, Depalma, Buenos Aires, 1992, p. 63.

183 Baigún, David y Tozzini, Carlos A., *La falsedad documental en la jurisprudencia (Elementos comunes a todos los tipos)*, Depalma, Buenos Aires, 1992, p. 69.

184 Cfr. Varela, Bernardo C., *El concepto de documento en el artículo 292 del Código Penal Argentino*, Lerner, Córdoba, 1964, p. 19.

que la vida social sea ordenada y por supuesto, tutelada por el Estado. *Falsificar un documento es atacar esa confianza*¹⁸⁵.

El maestro Carnelutti entendía que el objeto del falso era precisamente, lo que se ha falsificado: "la porción del mundo exterior sobre la cual actúa el falsificador"¹⁸⁶. Lo falso siempre proviene del acto humano, suponiendo siempre una falsificación y un falsificador¹⁸⁷. Desde allí diferencia, en lo que a nosotros respecta, lo "falso testimonial" de lo "falso documental", considerándolos como hermanos gemelos dentro de su clasificación del "falso histórico"¹⁸⁸. El *falso testimonio* constituye un delito siempre y cuando ocurra en un proceso o en su proyección frente a un juez, mientras que lo *falso documental* es un delito contra la fe pública¹⁸⁹. Más allá de las apreciaciones del maestro de derecho, importa destacar que, en consideración de la prueba del hecho histórico, ambos supuestos son relevantes, aunque sus alcances sean verdaderamente diferentes. Eso explica que, entre otras cosas, las figuras encuentren ubicaciones y alcances diferentes dentro del *Código Penal*: el primero dentro de los *Delitos contra la Administración Pública*¹⁹⁰, el segundo dentro de los delitos contra la *fe pública* según analizaremos a continuación.

185 Varela, Bernardo C., *El concepto de documento en el artículo 292 del Código Penal Argentino*, Lerner, Córdoba, 1964, p. 22.

186 Cfr. Carnelutti, Francesco, *Teoría del falso y daño en el delito*, El Foro, Buenos Aires, 2004, p. 21.

187 Carnelutti, Francesco, *Teoría del falso y daño en el delito*, El Foro, Buenos Aires, 2004, p. 37.

188 Carnelutti, Francesco, *Teoría del falso y daño en el delito*, El Foro, Buenos Aires, 2004, p. 28.

189 Carnelutti, Francesco, *Teoría del falso y daño en el delito*, El Foro, Buenos Aires, 2004, p. 29.

190 Cap. XII: Falso testimonio. Art. 275. Será reprimido con prisión de un mes a cuatro años, el testigo, perito o intérprete que afirmare una falsedad o negare o callare la verdad, en todo o en parte, en su deposición, informe, traducción o interpretación, hecha ante la autoridad competente. Si el falso testimonio se cometiere en una causa criminal, en perjuicio del inculpado, la pena será de uno a diez años de reclusión o prisión. En todos los casos se impondrá al reo, además, inhabilitación absoluta por doble tiempo del de la condena. Art. 276. - La pena del testigo, perito o intérprete falso, cuya declaración fuere prestada mediante cohecho, se agravará con una multa igual al duplo de la cantidad ofrecida o recibida. El sobornante sufrirá la pena del simple testigo falso. Art. 276 bis. - Será reprimido con prisión de cuatro (4) a diez (10) años y con la pérdida del beneficio concedido el que, acogiendo al beneficio del artículo 41 ter, proporcionare maliciosamente información falsa o datos inexactos. Fuente: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16546/texact.htm#25> (Último acceso: 12/06/2021).

Lo falso es idóneo para configurar el engaño y el fraude. Misión de los juristas es operar para que no pueda alcanzarse a configurarse; para que, si se ha configurado, sea eliminado o, en su defecto, para que el daño causado sea reparado, ya que lo falso en el derecho no solamente causa ese daño, sino que además se erige como un peligro social¹⁹¹.

Es cierto, el concepto de verdad jurídica objetiva es difícil de alcanzar. Pero como bien lo argumentaba el maestro Carlos Cossio, hablar de fundamentos es hablar de verdad jurídica; si la verdad jurídica se encuentra fundada en algo –esencialmente la ley, los valores y todo el análisis del “ser ontológico”–, quiere entonces decir que “el horizonte de la verdad jurídica esta demarcado por la justicia como fundamento”¹⁹².

LA FALSEDAD

Uno de los primeros académicos notariales argentinos, Juan Baldana, definía a la “falsedad” como *la mutación de la verdad*¹⁹³. “Falsificación”, en cambio, implica siempre una acción dirigida a contrahacer, adulterar, corromper una cosa que puede ser una firma, los sellos, los documentos, etcétera. La *falsedad* es el género, la *falsificación*, la especie¹⁹⁴. El recordado Pelosi fue más allá inclusive, al advertir que, en el documento notarial, la *falsedad*, como toda alteración de la verdad, opera inclusive como una contraposición de la autenticidad¹⁹⁵.

La alteración de la verdad puede inclusive emerger de actos humanos que no necesariamente implican una falsedad o la necesidad de aplicar un procedimiento de falsificación, como, por ejemplo, los actos simulados¹⁹⁶. Sobre esto, el maestro Federico de Castro y Bravo sostenía que las figuras de la falsedad y de la simulación son semejantes, tan seme-

191 Cfr. Carnelutti, Francesco, *Teoría del falso y daño en el delito*, El Foro, Buenos Aires, 2004, p. 99.

192 Cfr. Cossio, Carlos, *Teoría de la verdad jurídica*, El Foro, Buenos Aires, 2007, p. 194.

193 Cfr. Baldana, Juan, *Derecho notarial argentino*, T 4, Librería y editorial “La Facultad” - Bernabé y Cía., Buenos Aires, 1946, p. 25.

194 Baldana, Juan, *Derecho notarial argentino*, T 4, Librería y editorial “La Facultad” - Bernabé y Cía., Buenos Aires, 1946, p. 25. Seguidamente, aclara el autor: “La falsedad puede cometerse con palabras, escritos, hechos y por uso o abuso, y la falsificación, solo con escritos, hechos o acciones”.

195 Cfr. Pelosi, Carlos A., *El documento notarial*, Astrea, Buenos Aires, 1987, p. 310.

196 Cfr. Carrica, Pablo A., *Derecho documental*, La Ley, Buenos Aires, 2003, p. 87.

jantes que a menudo la doctrina los utiliza como sinónimos, cuando en realidad no lo son: la falsedad y la falsificación se refieren a actos o hechos de variada naturaleza que escapan al ámbito negocial; en cambio, la simulación es una figura jurídica de contenido negocial bien precisado, incluso con la eficacia frente a terceros que la misma figura proyecta: la misma está referida a la causa y al momento de la perfección del negocio jurídico¹⁹⁷. La simulación, concluye Emilio Betti, determina que la insinceridad recae sobre la causa, es una mentira que pretende justificar un comportamiento que de otro modo no sería posible obtener¹⁹⁸.

En nuestro país, el profesor Rubén Compagnucci advierte que todo acto simulado tiene un gran parentesco con aquellos negocios en donde la declaración se divorcia de la intención, ámbito donde la causa carece de la fuerza que tiene en los negocios certeros o efectivos¹⁹⁹. Y Santos Cifuentes advierte también las diferencias existentes entre la falsedad y la simulación, aunque no deja de sostener que cuando la falsedad es ideológica y consecuentemente, se presenta como una insinceridad en el contenido con implicancias penales si se torna efectiva en el instrumento público, "puede superponerse con la simulación cuando esta es ilícita, siempre que contenga esa falsa manifestación los demás elementos propios de esta declaración"²⁰⁰.

En definitiva, con esto quiero expresar que la verdad puede ser alterada en el derecho de diversas maneras; la que aquí nos interesa es la alteración que emerge únicamente de la *falsedad*.

De esta manera, la falsedad es un delito que ocurre sobre el concepto de *fe pública*, que difiere totalmente del concepto de fe privada, y que, como bien se afirma, no deriva de los sentidos, ni se origina en el juicio de una persona, ni en las meras atestaciones de una particular, sino únicamente desde *una disposición de la autoridad que la impone*²⁰¹. Sin embargo, el bien protegido por el derecho penal –la fe pública– no es el concepto que solemos los notarios atribuir a la misma desde el propio

197 Cfr. De Castro y Bravo, Federico, *El negocio jurídico*, Civitas, Madrid, 2002, p. 340.

198 Cfr. Betti, Emilio, *Teoría general del negocio jurídico*, Comares, Granada, 2000, p. 348.

199 Cfr. Compagnucci de Caso, Rubén H., *El negocio jurídico*, Astrea, Buenos Aires, 1992, p. 311.

200 Cfr. Cifuentes, Santos, *El negocio jurídico*, Astrea, Buenos Aires, 2004, p. 622.

201 Cfr. Fontán Balestra, Carlos, *Derecho Penal. Parte especial*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1962, p. 785.

ejercicio, sino que se prolonga inclusive hacia otros documentos privados por intervención de otros funcionarios, e inclusive a cosas que no son documentos, como las monedas que acuña el Estado, los objetos incorporales como las marcas de fábrica, etc.²⁰². Para el derecho penal, la fe pública es la “creencia pública en la seguridad”²⁰³.

Los autores coinciden en que el concepto de fe pública es ambiguo, indeterminado y artificioso²⁰⁴. No es mi pretensión analizar en el presente aporte esas valiosas consideraciones, ya que la misión es circunscribir el análisis de la falsedad a la función notarial, al margen de las apreciaciones anteriormente advertidas, por cuanto como afirmaba el maestro Eduardo Couture, *el concepto de fe pública se asocia a la función notarial de manera más directa que a cualquier otra actividad humana, y esto es así, porque el escribano da fe en cuanto ha percibido “ex proprii sensibus” y el derecho da fe a lo que el escribano asegura haber percibido*²⁰⁵.

Así, la fe pública nace del acto notarial, porque al notario el legislador le ha concedido la potestad de imponerla²⁰⁶; la fe pública es, sencillamente, “una creencia legalmente impuesta”, que se refiere, en lo que a nosotros interesa, a la autoría de los documentos, la data de los actos públicos, y al hecho de haber ocurrido el comportamiento o acontecimiento, y de haber existido el resultado material que ha sido objeto de la dación de fe notarial²⁰⁷. La dación de fe notarial es una narración que realiza el notario, a pedido del requirente, referida tanto a sus propios actos como a los comportamientos ajenos, pudiendo ser acontecimientos de la naturaleza, que proyectan resultados materiales, que son instrumentados notarialmente al momento de la percepción que está destinada a dotar a los mismos de fe pública²⁰⁸.

202 Pelosi, Carlos A., *El documento notarial*, Astrea, Buenos Aires, 1987, p. 311; Couture, Eduardo J., *El concepto de fe pública. Introducción al estudio del derecho notarial*, Fas, Rosario, 2005, p. 16.

203 Pelosi, Carlos A., *El documento notarial*, Astrea, Buenos Aires, 1987, p. 311.

204 Cfr. Bramont Arias, Luis, *Falsedad*, Enciclopedia Jurídica Omeba, T XI, Driskill, Buenos Aires, 1994, p. 851.

205 Cfr. Couture, Eduardo J., *El concepto de fe pública. Introducción al estudio del derecho notarial*, Fas, Rosario, 2005, p. 15.

206 Cfr. Zinny, Mario A., *El acto notarial (Dación de fe)*, Depalma, Buenos Aires, 2000, p. 8.

207 Zinny, Mario A., *El acto notarial (Dación de fe)*, Depalma, Buenos Aires, 2000, p. 76.

208 Zinny, Mario A., *El acto notarial (Dación de fe)*, Depalma, Buenos Aires, 2000, p. 11.

De esta manera, cuando se afecta la fe pública, no se falla a la "confianza general" de los ciudadanos que presuponían cosas relativas al estado mental de cada uno, sino que se trata de una falta frente a la *fiabilidad objetiva de ciertos documentos que proviene de un hecho institucional*²⁰⁹.

LA FALSEDAD DOCUMENTAL

El tratamiento del documento y en especial, el de naturaleza notarial, ha sido por demás considerado en la doctrina nacional y extranjera²¹⁰. Para visualizar la falsedad documental, únicamente importa sostener que hacer un documento implica crearlo; hacer en todo o en parte un documento falso o adulterar uno verdadero²¹¹.

Afirma Bacigalupo que el bien jurídico protegido en los delitos de falsedad documental es aquel relacionado con la *fe pública y con la seguridad en el tráfico jurídico*²¹². Situación que ciertamente contempla Manuel Corredor Pardo, al señalar que la teoría penal de la falsedad de los documentos promueve el estudio y el "ensamble" de dos corrientes legislativas del pensamiento penal: una de ellas que hace hincapié en la exigencia de la protección de la veracidad de los documentos (influencia romana), y la otra que sostiene que en la protección de la autenticidad objetiva del documento se encuentra la valoración del mismo en protección del tráfico jurídico (influencia alemana)²¹³. Sobre esto, Pérez Barberá sostiene que es preferible sostener que el bien jurídico a tutelar es "la fiabilidad objetiva conferida estatalmente a determinado sector del tráfico jurídico"²¹⁴. Por esta razón, el autor entiende que la falsedad sobre el "documento público" se infiere de la letra del *Código Civil -hoy Código Civil y Comercial de La Nación*²¹⁵-, teniendo en cuenta el alcance que la

209 Cfr. Arocena, Gustavo A., *Falsedades documentales*, Hammurabi, Buenos Aires, 2018, p. 33.

210 Ver evolución en Cosola, Sebastián J., *El documento notarial en el Código Civil y Comercial*, Astrea-Fen, Buenos Aires, 2020, p. 109.

211 Fontán Balestra, Carlos, *Derecho Penal. Parte especial*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1962, p. 810.

212 Cfr. Bacigalupo, Enrique, *Delito de falsedad documental*, Hammurabi, Buenos Aires, 2006, p. 13.

213 Cfr. Corredor Pardo, Manuel, *Falsedad documental: ficción social del autor*, Universidad del Externado, Colombia, 2007, p. 15.

214 Cfr. Pérez Barberá, Gabriel, *Delitos de falsedad documental*, Hammurabi, Buenos Aires, 2013, p. 21.

215 Conf. Art. 289.- Enunciación. Son instrumentos públicos: a) las escrituras públicas y sus copias o testimonios; b) los instrumentos que extienden los escribanos o los funcionarios públicos con los

misma ley civil les otorga: creación de conformidad con lo establecido en la ley –en sentido material estricto–, “otorgados” por funcionarios o escribanos públicos²¹⁶. Los alcances de las referidas expresiones coinciden con las propias de las leyes notariales²¹⁷, y encuentran reparo en doctrinas magistrales como, por ejemplo, la del maestro Luigi Cariota Ferrara²¹⁸.

Mientras que la falsedad en el “documento privado” ocurre cuando el mismo, sin tener en cuenta una forma especial o incluso el idioma nacional, se encuentra firmado por ambas partes²¹⁹; son ejemplos de ello los documentos privados “equiparados a los públicos”, como los títulos circulatorios transmisibles por endoso (pagaré, cheque, letra de cambio, etc.) o, yendo aún más allá, un testamento ológrafo. También se encuentran dentro de esta categoría aquellos documentos que tienen “un destino específico” que la ley les otorga sin que sean documentos públicos (un certificado médico y las facturas de crédito), y también aquellos que no cuentan con ese destino específico pero la ley penal considera que pueden ser objeto de falsedad material²²⁰ (en general, documentos circulatorios que se suelen equiparar a los públicos únicamente por su fiabilidad objetiva en general).

requisitos que establecen las leyes; c) los títulos emitidos por el Estado nacional, provincial o la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, conforme a las leyes que autorizan su emisión. Art. 290.- Requisitos del instrumento público. Son requisitos de validez del instrumento público: a) la actuación del oficial público en los límites de sus atribuciones y de su competencia territorial, excepto que el lugar sea generalmente tenido como comprendido en ella; b) las firmas del oficial público, de las partes, y en su caso, de sus representantes; si alguno de ellos no firma por sí mismo o a ruego, el instrumento carece de validez para todos.

216 Pérez Barberá, Gabriel, *Delitos de falsedad documental*, Hammurabi, Buenos Aires, 2013, p. 106. Vuelve a reiterar el criterio en la p. 120.

217 Provincia de Buenos Aires. Ley Notarial. Decreto-ley 9020/1978. Art. 133: En el sentido de esta ley es notarial todo documento que reúna las formalidades legales, autorizado por notario en ejercicio de sus funciones y dentro del límite de su competencia. Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Ley Notarial 404/2000. Art. 59 - En el sentido de esta ley, es notarial todo documento que reúna las formalidades legales, autorizado por notario en ejercicio de sus funciones y dentro de los límites de su competencia.

218 Cfr. Cariota Ferrara, Luigi, *El negocio jurídico*, Olejnik, Buenos Aires, 2019, p. 411.

219 Pérez Barberá, Gabriel, *Delitos de falsedad documental*, Hammurabi, Buenos Aires, 2013, p. 124. En igual sentido: Cariota Ferrara, Luigi, *El negocio jurídico*, Olejnik, Buenos Aires, 2019, p. 411.

220 Pérez Barberá, Gabriel, *Delitos de falsedad documental*, Hammurabi, Buenos Aires, 2013, p. 128.

En definitiva, las personas pueden depositar su fe donde les parezca oportuno, pero solo algunos objetos son protegidos por la ley; el legislador no ha previsto la protección de las declaraciones de las personas de una manera general, ya que, de haberlo así querido, toda mentira, estuviere o no estuviere documentada, debería ser punible (esta es la diferencia entre los deberes éticos y los deberes jurídicos²²¹). Sin embargo, hay declaraciones que verdaderamente le importan al derecho, porque tienen entidad suficiente para ser objeto de protección, como las que brinda un funcionario público cuyos efectos tienen un efecto probatorio sostenido y avalado legalmente²²².

Es por esta razón que se suele otorgar una doble significación a la cuestión de la protección legal de los documentos: mientras que los documentos públicos están destinados a proteger la fe de las personas en las constataciones que realiza el oficial público, en los documentos privados se tutela la fe de las personas en las atribuciones de las declaraciones imputables, precisamente, a determinada persona²²³.

LAS CLASES DE FALSEDAD

Alguna doctrina restringe la denominada *falsedad civil* a la que puede ocurrir en los instrumentos públicos donde claramente se encuentran los documentos notariales, mientras que atribuyen a la *falsedad penal* un contenido más amplio, ya que la misma abarca no únicamente los documentos, sino también los sellos, las marcas, los certificados que gozan de esa presunción de fe, etc.²²⁴. Sin embargo, también se aduce que la principal distinción entre la *falsedad civil* y la *penal* es que mientras la primera considera a la cosa, la segunda siempre se encuentra dirigida a considerar al autor. Es por ello que se sostiene que el notario incurrirá efectivamente en responsabilidad penal cuando cometiere una

221 Bacigalupo, Enrique, *Delito de falsedad documental*, Hammurabi, Buenos Aires, 2006, p. 14.

222 Bacigalupo, Enrique, *Delito de falsedad documental*, Hammurabi, Buenos Aires, 2006, p. 14.

223 Bacigalupo, Enrique, *Delito de falsedad documental*, Hammurabi, Buenos Aires, 2006, p. 15. Recordemos que el maestro Bacigalupo es español, y que, en España, el notario es funcionario público. Ya he explicado porqué desde mi perspectiva no lo es en nuestro país. Pero la referencia a la falsedad cometida por quien tiene en sus manos la "dación de fe", claramente es imputable al notario en un análisis totalmente ajeno al de la naturaleza de su función.

224 Carrica, Pablo A., *Derecho documental*, La Ley, Buenos Aires, 2003, p. 88.

falsedad verdaderamente deliberada, lo que hace presumir al elemento dolo como fundamental²²⁵. En el campo penal se requiere la intención maliciosa o dolo; la culpa queda circunscripta al ámbito civil²²⁶. Estas posiciones deben adaptarse a los alcances de la norma y la doctrina actual superando la teoría de la culpa en la responsabilidad civil (el deber de prevenir y reparar de la responsabilidad civil, etc.).

La falsedad también se divide en *material e ideológica*, según veremos a continuación.

FALSEDAD MATERIAL

Esta modalidad del delito de falsedad ocurre cuando la perturbación de la verdad recae materialmente sobre la escritura, siendo la misma susceptible de comprobación mediante una pericia judicial²²⁷. La acción que configura el delito consiste en "hacer en todo o en parte un documento falso o en adulterar uno verdadero"²²⁸. Su descripción típica se encuentra en la primera parte del art. 292 del Código Penal:

"El que hiciere en todo o en parte un documento falso o adultere uno verdadero, de modo que pueda resultar perjuicio, será reprimido con reclusión o prisión de uno a seis años, si se tratare de un instrumento público y con prisión de seis meses a dos años, si se tratare de un instrumento privado". Con los alcances anteriormente analizados, la falsedad material alcanza tanto a los documentos públicos como a los documentos privados.

Como bien se reconoce, este tipo de delito es mixto alternativo, que describe diferentes conductas; un delito de acción y de peligro hipotético o aptitud²²⁹. Y la falsedad es, precisamente, *material*, porque es necesario el soporte, ya sea para intervenir en él o para hacer un nuevo documento sobre una materia física. De esta manera, el tipo penal se comete:

225 Abella, Adriana N., *Derecho notarial*, Zavallía, Buenos Aires, 2010, p. 208.

226 Pelosi, Carlos A., *El documento notarial*, Astrea, Buenos Aires, 1987, p. 313.

227 Cfr. Bramont Arias, Luis A., *Falsedad material*, Enciclopedia Jurídica Omeba, T XI, Driskill, Buenos Aires, 1994, p. 860.

228 Fontán Balestra, Carlos, *Derecho Penal. Parte especial*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1962, p. 810.

229 Arocena, Gustavo A., *Falsedades documentales*, Hammurabi, Buenos Aires, 2018, p. 43.

a. Haciendo un documento "totalmente falso", generando –a través de la imitación o de la creación– los signos de autenticidad característicos del mismo, como los sellos y las firmas, o los signos con idoneidad suficiente para inducir a engaño²³⁰.

b. Haciendo un documento "parcialmente falso", que requiere la existencia previa de un documento auténtico al cual se le anexarán o agregarán signos de autenticidad (agregar una firma, diversas manifestaciones no efectuadas por el emisor, etc.). De lo que se trata aquí es de "agregar" contenido; si en cambio lo que se hiciera fuera una modificación del documento auténtico, estaríamos en presencia de la acción típica de "adulteración"²³¹.

c. Adulterar un documento verdadero, que es precisamente la modificación o alteración material del contenido del mismo; aquí no se agregan manifestaciones, sino que se "sustituyen" o se "suprimen" las manifestaciones originales²³².

Dentro de este sistema, suelen aducirse los términos "contrafacción", "alteración" o "supresión". La primera de ellas, advierte la *Real Academia Española*, es un término actualmente en desuso; se refiere simplemente a una infracción²³³. Eso explica que el término sea más frecuentemente utilizado por la clásica doctrina notarialista española, al momento de referirse a la acción de "contra-hacer" o fingir letra, firma o rúbrica en un documento²³⁴. Los términos siguientes se explican por sí solos. Claramente el art. 294 del Código Penal tipifica el delito de falsedad en aquellos casos en donde "se suprimiere o se destruyere, en todo o en parte, un documento, de modo que pueda resultar perjuicio (...)". Y también es relevante advertir que, en este tipo de delitos, "el que hiciere uso de un documento o certificado falso o adulterado, será reprimido como si fuere el autor de la falsedad (art. 296 CP)". Este último tema es relevante para quien se presenta en sede notarial con un documento de estas características. Si el documento reúne las formalidades exigidas, no es posible de ninguna manera considerar al notario responsable si

230 Pérez Barberá, Gabriel, *Delitos de falsedad documental*, Hammurabi, Buenos Aires, 2013, p. 206.

231 Pérez Barberá, Gabriel, *Delitos de falsedad documental*, Hammurabi, Buenos Aires, 2013, p. 208.

232 Pérez Barberá, Gabriel, *Delitos de falsedad documental*, Hammurabi, Buenos Aires, 2013, p. 209.

233 <https://dle.rae.es/contrafacci%C3%B3n> (Último acceso: 19/06/2021).

234 Cfr. Giménez-Arnau, Enrique, *Derecho notarial español*, Vol. 3, Universidad de Navarra, 1965, p. 308.

fue prudente al momento de su estudio previo. Por los tiempos actuales, en ocasiones la tecnología permite que se “imite” un documento con las características formales de los documentos públicos, de la misma manera en que se emiten billetes. Advertidos de la circulación de un documento apócrifo, los notarios informamos a los organismos de control de nuestras jurisdicciones, que de manera inmediata a través de los medios informáticos (email), ponen a disposición del notariado en su conjunto qué tipo de documento, qué clase, y quién es el notario o la notaria a la que le imputan su autoría, en la necesidad de evitar su circulación y, más importante que ello, su concreción y efectividad. El delito claramente es imputable a quien hace uso de ese documento y no al notario que lo califica prudentemente.

Finalmente, hay que decir que la “documentología”, como ciencia que precisamente estudia los documentos, se vuelve necesaria para poder determinar si efectivamente un documento fue falsificado. Quienes se dedican a esta labor analizan las falsificaciones documentales en las firmas, los papeles, las tintas, extendiendo la actividad, con técnicas precisas, hacia lo informático²³⁵.

En definitiva, la referida falsedad documentaria ocurre cuando existe una alteración de la verdad, con la posibilidad de existir un daño real o posible que deriva del documento falso cometido con *dolo*²³⁶. En la falsedad material el documento no es genuino²³⁷, y siempre ocurre en el elemento “corporalidad” del documento.

FALSEDAD MATERIAL AGRAVADA

Los dos párrafos siguientes del art. 292 del Código Penal en estudio son considerados por la doctrina como delitos de *falsedad material agravada*²³⁸. Sencillo resulta advertir que la razón de la agravación de la pena

235 Cfr. Bonilla, Carlos E., *Tratado de documentología*, La Rocca, Buenos Aires, 2014.

236 Cfr. Larraud, Rufino, *Curso de derecho notarial*, Depalma, Buenos Aires, 1966, p. 734.

237 Larraud, Rufino, *Curso de derecho notarial*, Depalma, Buenos Aires, 1966, p. 735.

238 Art. 292 del Código Penal: “(...) Si el documento falsificado o adulterado fuere de los destinados a acreditar la identidad de las personas o la titularidad del dominio o habilitación para circular de vehículos automotores, la pena será de tres a ocho años. Para los efectos del párrafo anterior están equiparados a los documentos destinados a acreditar la identidad de las personas, aquellos que a

tiene que ver con la relevancia del contenido de ciertos documentos, referidos a la acreditación de la identidad de las personas, y con ello, considerándose equiparados también los que a tal fin se dieran a los integrantes de las fuerzas armadas, de seguridad, de penitenciaria, de policía, a las cédulas de identidad expedidas por autoridad pública competente, las libretas de enrolamiento, las libretas cívicas, los pasaportes, los certificados de parto o de nacimiento; y también, por el otro lado, los documentos que acreditan la titularidad del dominio o habilitación para poder circular vehículos automotores. Debe tenerse presente que toda esta temática en nuestro país se encuentra bajo el amparo del *Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación*. La relación de la acción de falsificación o del delito de falsedad sobre la identidad está relacionada con los derechos humanos, con los derechos personalísimos que son el centro de atención del derecho privado contemporáneo, y que no es posible dejar de considerar.

LA FALSEDAD Y EL DERECHO INFORMÁTICO

Finalmente, y no menos relevante, hay que tener en cuenta la posición que ocupa en este tema el derecho informático. Al recordar que, en la parte general del Código Penal, el art. 77 se refiere a los conceptos utilizados en el mencionado cuerpo legal, se puede leer lo siguiente en los párrafos designados a continuación:

“Los términos ‘firma’ y ‘suscripción’ comprenden la firma digital, la creación de una firma digital o firmar digitalmente” (párrafo 13).

“Los términos ‘instrumento privado’ y ‘certificado’ comprenden el documento digital firmado digitalmente” (párrafo 14).

La irrupción de las tecnologías de la información y de la comunicación en el derecho ha sido abrupta y desmedida; no ha dejado de crecer en los últimos tiempos, y ni que considerarlo, luego de la incidencia virtual obligatoria en la vida de relación en el transcurso de la pandemia mundial generada por el virus Covid-19. Consecuentemente, frente a la

tal fin se dieran a los integrantes de las fuerzas armadas, de seguridad, policiales o penitenciarias, las cédulas de identidad expedidas por autoridad pública competente, las libretas cívicas o de enrolamiento, y los pasaportes, así como también los certificados de parto y de nacimiento” (párrafos 2° y 3° respectivamente).

realidad de los casos que se presentan, no siempre se pueden encontrar las respuestas concretas que ofrecen solución a los problemas. Pero hay algo que tenemos que tener en cuenta: incorporar las tecnologías como herramientas para la prueba o defensa de los derechos es esencial; de la misma manera que lo es sostener que las mismas son herramientas al servicio de la personalidad humana. Primero el derecho, luego la tecnología²³⁹. Cabe esta advertencia para la disciplina en estudio, el derecho penal, para poder sobre estos conceptos, sin analogía y en respeto a la interpretación que se realice de la figura típica, encontrar cuáles son las conductas merecedoras de sanción. Un abordaje iusfilosófico de la interpretación de las normas penales es esencial en este tema²⁴⁰.

FALSEDAD IDEOLÓGICA

Mientras que la falsedad material, a través del procedimiento de falsificación antes aludido, se encuentra relacionada con la *autenticidad* del documento, la falsedad ideológica se encuentra relacionada a la *verdad* del mismo. "La falsedad ideológica no requiere para su configuración, de una intervención material en el documento, sino de una 'inveracidad' de las declaraciones que en él se encuentran contenidas"²⁴¹. Implica, sencillamente, una mentira escrita en un documento, que es real y que se encuentra confeccionado por la persona indicada y en la forma debida²⁴². Claramente lo expresa Pelosi: "La falsedad material o corporal es la contrafigura de la autenticidad externa. La ideológica, intelectual, ideal o inmaterial es el desvalor de la autenticidad interna"²⁴³.

Por esta razón, la falsedad material ocurre, como ya advertí, en el elemento "corporalidad" del documento, mientras que la falsedad ideológica ocurre siempre en el elemento "contenido". Desde mi perspectiva, la fuerza de la autenticidad externa radica en la percepción que las per-

239 Cfr. Cosola, Sebastián J. y Schmidt, Walter C., *El derecho y la tecnología*, 2 tomos, Thomson Reuters-La Ley, Buenos Aires, 2021.

240 Cfr. Alonso, Juan P., *Interpretación de las normas y derecho penal*, Ediciones Didot, Buenos Aires, 2016.

241 Arocena, Gustavo A., *Falsedades documentales*, Hammurabi, Buenos Aires, 2018, p. 67.

242 Cfr. Pena, Mario H., *Falsedad ideológica*, Enciclopedia Jurídica Omeba, T XI, Driskill, Buenos Aires, 1994, p. 858.

243 Pelosi, Carlos A., *El documento notarial*, Astrea, Buenos Aires, 1987, p. 313.

sonas tienen de los documentos confeccionados con ciertos signos de autenticidad exterior, mientras que la potencia de la autenticidad interna tiene que ver con el contenido de verdad que se encuentra en el seno del documento notarial. Fuerza es convicción, potencia es creencia de verdad. En fin, este tema, juntamente con el análisis prudente de los alcances y casos de autenticidad externa e interna en el documento notarial fueron un eje central en el tratamiento de mi tesis doctoral, a los que remito en honor a la brevedad²⁴⁴.

La falsedad ideológica se encuentra tipificada en el art. 293 del Código Penal:

“Será reprimido con reclusión o prisión de uno a seis años, el que insertare o hiciere insertar en un instrumento público declaraciones falsas, concernientes a un hecho que el documento deba probar, de modo que pueda resultar perjuicio”.

El comportamiento típico describe nuevamente un delito mixto típico alternativo, que se da sobre los instrumentos públicos, ya que se refiere a quien “inserta” o quien “hiciere insertar” en los mismos, declaraciones falsas. Inserta quien las incluye, hace insertar quien logra que el fedatario inserte en el documento manifestaciones que, aunque aparentemente reales, no lo son, porque no se corresponden con lo ocurrido²⁴⁵.

El principio general en materia de responsabilidad notarial penal cometida en ocasión de una falsedad ideológica es que el notario no es ni puede ser imputable por las declaraciones falsas que ante él ocurren. Esto es, no tiene ni debe porqué saber el entorno, las cuestiones personales de los requirentes que los impulsan a falsear la verdad declarada, ni mucho menos poder acceder a todo aquello que sea ajeno al propio requerimiento notarial.

En este tema, no puedo compartir bajo ningún concepto que, como se afirma, hay veracidades que no pueden ser generalizadas y que, por lo tanto, el funcionario o escribano público “tiene el deber de cerciorarse,

244 Cosola, Sebastián J., *El documento notarial en el Código Civil y Comercial*, Astrea-FEN, Buenos Aires, 2020.

245 Arocena, Gustavo A., *Falsedades documentales*, Hammurabi, Buenos Aires, 2018, p. 68.

por lo menos, hasta cierto punto, de la veracidad de lo declarado"²⁴⁶. Es verdaderamente difícil, en el ejercicio funcional, advertir una conducta ajena a la verdad cuando la misma es habitual y cotidiana en la ciudadanía. Existen suficientes herramientas en el derecho que se preparan para la defensa de aquellos casos en donde alguien ha sido engañado en su buena fe a través de una declaración que, aunque tenga apariencia de real, no lo es, como es el caso de la simulación ya visto por nosotros en este ensayo. También desde el derecho penal se tutela lo "sospechoso", a través de las apreciaciones subjetivas del notario o notaria que informan una operación como sospechosa frente a organismos preparados para combatir el delito de lavado de activos.

La única posibilidad de que exista responsabilidad notarial penal por falsedad ideológica es cuando efectivamente, desde el propio acto cumplido por el notario se desprenda la absoluta imposibilidad de cumplimiento del mismo tal como se demuestra en el documento, y además, desde las cláusulas pertinentes que tienen contenido de fe pública. Por ejemplo, una escritura discutida en donde se pruebe que la fecha de autorización de la misma en el país no concuerda con la prueba de migraciones que dice que el notario autorizante de la misma en esa fecha se encontraba fuera del país. O un hecho que por su propia evidencia pruebe que lo que se insertó en el documento no puede ser posible de ninguna manera –un acta notarial donde se afirma haber comparecido en horas de la mañana a efectuar una constatación y de la prueba fotográfica surge la luna y las estrellas de fondo– cuando, lógicamente, además, no pueda probarse un error material en el "tipeo de la escritura". Es decir, todos aquellos casos en donde lo insertado en el documento de ninguna manera puede ocurrir en el mundo real tal como se percibe. Además, es necesario insistir en que la tutela del derecho penal sobre aquellos casos sospechados de falsedad ideológica tiene que ser sobre las cláusulas notariales que, de nuevo, gozan de fe pública, como los casos anteriormente analizados. No hay ni existe redargución de falsedad cuando no hay fe pública. Y cualquier prueba puede ser suficiente para dejar sin efecto una declaración que no goza de fe pública.

Este tema es muy importante, y es imperioso que la doctrina penal especializada tome las riendas definitivamente en este estudio, para evitar constantemente los tiempos que la justicia tarda en afirmar que no exis-

246 Pérez Barberá, Gabriel, *Delitos de falsedad documental*, Hammurabi, Buenos Aires, 2013, p. 225.

te falsedad ideológica donde no existe dación de fe. ¿Cómo es posible que para quitar validez a un testamento por acto público se intente sobre él una redargución de falsedad por la declaración notarial acerca de la capacidad del testador, si la misma se encuentra totalmente fuera de la fe pública? Es una simple manifestación que no tiene el imperio de la fe. Ya las notas del Código Civil argentino de Vélez a los arts. 993 –de redargución de falsedad²⁴⁷– y 3616 respectivamente –referido a la sucesión testamentaria²⁴⁸–, se erigían como baluartes en este tema, y hoy, aunque sean históricas como sus artículos, no dejan de ser la mejor doctrina a tener en cuenta en este tema. Realmente es preciso que se tome real noción del alcance de las manifestaciones notariales en los documentos producto de su creación. De ninguna manera esto implica desconocer los casos de falsedad ideológica de los documentos notariales cuando efectivamente se pueda probar que el hecho o el acto no ha podido acontecer tal como fuera promovido notarialmente. Para ello, la prueba a sostener sí tiene que ser contundente, con la fuerza suficiente para probar de manera efectiva la falsedad sobre la fe pública.

FALSEDAD IDEOLÓGICA AGRAVADA

Finalmente, de la misma manera que en el caso de la falsedad material, existe lo que se denomina falsedad ideológica agravada. Es el caso de la falsedad ideológica cometida sobre documentos acreditativos de

247 Art. 993 Código Civil argentino: "El instrumento público hace plena fe hasta que sea argüido de falso, por acción civil o criminal, de la existencia material de los hechos, que el oficial público hubiese anunciado como cumplidos por él mismo, o que han pasado en su presencia". La nota, en su parte pertinente, decía así: "Se habla de los hechos que por su oficio debe conocer el oficial público en el acto de extender el instrumento; pero si un escribano, por ejemplo, dice que las partes o el que otorga el acto estaba en su pleno juicio, esta aserción no hace plena fe, y admite prueba en contra".

248 Art. 3616 Código Civil Argentino: "La ley presume que toda persona está en su sano juicio mientras no se pruebe lo contrario. Al que pidiese la nulidad del testamento, le incumbe probar que el testador no se hallaba en su completa razón al tiempo de hacer sus disposiciones; pero si el testador algún tiempo antes de testar se hubiese hallado notoriamente en estado habitual de demencia, el que sostiene la validez del testamento debe probar que el testador lo ha ordenado en un intervalo lúcido". La nota, en su parte pertinente, decía lo siguiente: "El estado de demencia como un hecho puede probarse por testigos, aunque el escribano haya expresado en el testamento que el testador se hallaba en su perfecta razón, pues que los escribanos no tienen misión para comprobar auténticamente el estado mental de aquellos cuyas voluntades redactan. Sus enunciaciones valederas son únicamente las relativas a la sustancia misma del acto y a las solemnidades prescriptas".

identidad ya vistos, y que, según se advierte, por error material queda como agravada la falsedad únicamente sobre aquellos enunciados en el párrafo 3° del art. 292 ya analizado, equiparados a los otorgados a integrantes de las fuerzas armadas, de seguridad, de penitenciaría, de policía, a las cédulas de identidad expedidas por autoridad pública competente, las libretas de enrolamiento, las libretas cívicas, los pasaportes, los certificados de parto o de nacimiento. Es cierto que se debió tutelar aquí la protección sobre todo documento acreditativo de la identidad, por lo tanto, los dos párrafos antes desarrollados (arts. 292, 2° y 3°) son los que deberían tener protección. Esta situación genera conflictos desde el análisis del principio de legalidad penal analizado al inicio del presente aporte²⁴⁹.

PALABRAS FINALES

El desarrollo del tema el notario y la responsabilidad penal requiere de un estudio verdaderamente contundente, no por lo extenso, sino por lo preciso. El repaso de las corrientes actuales del pensamiento penal, por ejemplo, con los elementos que esgrimen para poder alcanzar a comprender cuándo se configura un delito y cuándo no es realmente relevante. Muchas veces, las corrientes de pensamiento penal moderno no coinciden en los fines y en los resultados que se obtienen con la tutela de un bien jurídico protegido tutelado por el derecho. Pero sí en la estructura del delito, y en especial, en la defensa de la legalidad que en esta disciplina hay que siempre atender como elemento esencial para poder o no configurar la responsabilidad notarial penal.

Como bien se advierte, la falsedad documental es nada más, ni nada menos, que una ficción social del autor²⁵⁰. El autor del documento pone a disposición de la ciudadanía un instrumento que, a través de su circulación, promueve y respalda ciertos resultados que, de ser falsos, generarán daño, promoverán demandas, juicios, discusiones, etc. Pero esa acción de crear el documento no es suficiente para tornarlo responsable.

249 Pérez Barberá, Gabriel, *Delitos de falsedad documental*, Hammurabi, Buenos Aires, 2013, p. 237.

250 Corredor Pardo, Manuel, *Falsedad documental: ficción social del autor*, Universidad del Externado, Colombia, 2007, p. 63.

De lo que se trata es de comprender en el ejercicio de la función notarial creadora del documento, que, sin dolo, sin intención del autor, no puede existir responsabilidad penal. La acción del autor, el *hacer en todo o en parte el documento falso o adulterar uno verdadero*, debe emerger de su propia intención²⁵¹. Y, además, según bien se afirma, el perjuicio generado debe ser real o al menos potencial²⁵². Desde mi perspectiva, la visión que más claramente explica esta situación es la del propio Corredor Pardo: "Si se atiende a la persona que documenta para el tráfico, es decir, a la persona que decide crear un objeto mueble comprensible a los demás, para fijar en un medio material una representación o imagen de un acto o negocio jurídico previamente realizado, o no, se ha de aceptar que quien documenta, es decir, quien se expresa a través de la representación o declaración documental, no es el notario que extiende físicamente el texto en el soporte, sino las personas que manifiestan al notario dichos contenidos(...)"²⁵³. Como ya hemos analizado, para conformar el delito de falsedad ideológica, el artículo en estudio alude a "quien insertare o hiciere insertar". Nuevamente, sin intención notarial de desviar la verdad del documento, no puede configurarse la responsabilidad penal. De no probarse este extremo a través del procedimiento de redargución de falsedad, la evidencia del documento es inmediata y no necesita ninguna otra prueba, desplegándose sobre el documento notarial sus efectos característicos: probatorios, ejecutivos y conservatorios²⁵⁴.

En esta materia, el principio general consiste en asumir que la obligación de decir la verdad es una exigencia implícita en todo ordenamiento jurídico y en la vida social de relación absolutamente organizada, en base a modelos que vienen funcionando, con prácticamente absoluta precisión, hace mucho tiempo. Como bien se ha advertido, si los deberes esenciales de los notarios son la veracidad, la legalidad y la custodia de los documentos, la antítesis de este comportamiento exigido son las falsedades, y entre otras, las destrucciones del documento²⁵⁵.

251 Fontán Balestra, Carlos, *Derecho Penal. Parte especial*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1962, p. 810.

252 Cfr. Mustapich, José M., *Tratado teórico y práctico de derecho notarial*, T II, Ediar, Buenos Aires, 1955, p. 468.

253 Corredor Pardo, Manuel, *Falsedad documental: ficción social del autor*, Universidad del Externado, Colombia, 2007, p. 335.

254 Cfr. Sanahuja y Soler, José M., *Tratado de derecho notarial*, T II, Librería Bosch, Barcelona, 1945, p. 433.

255 Etchegaray, Natalio P. y Capurro, Vanina L., *Derecho notarial aplicado*, Astrea, Buenos Aires, 2011, p.

La presunción de autenticidad y el principio de buena fe, en los derechos de los países que adscriben al modelo constitucional y supralegal, tienen que ser considerados como principios correlativos²⁵⁶. En el moderno derecho privado argentino, se traslada esta situación a todos los casos en donde el principio de confianza opera como elemento rector del Código Civil y Comercial de la Nación²⁵⁷.

En los albores del desarrollo académico del derecho notarial, José María Mengual y Mengual se preguntaba: ¿qué debe ser un notario?, respondiendo que el mismo, además de notario, tiene que ser un profesor de derecho; conocer todo el derecho, para poder revestir su actuar con gran probidad, obrando en todo momento con justicia, procurando que, desde su actuación, siempre resulten para el futuro la paz y la armonía²⁵⁸. En igual sentido, el valor "docencia" del notario fue destacado por Carlos Gattari, cuando se refería a los valores de la escritura pública, sin pasar por alto el valor justicia²⁵⁹ que claramente, desde sus diversas acepciones y alcances, es el valor jurídico superior del presente siglo.

La función notarial que se destaca es la de efectuar el control de legalidad y de mantener el compromiso con el principio de seguridad jurídica²⁶⁰. Dentro de estos deberes, el decir la verdad aleja al notario del deber de responder penalmente por las falsedades documentales, que siempre deben ubicarse, para su correcta configuración como delito, dentro del alcance de la fe pública notarial antes aludido.

123.

256 Corredor Pardo, Manuel, *Falsedad documental: ficción social del autor*, Universidad del Externado, Colombia, 2007, p. 106.

257 Cfr. Weingarten, Celia, *El principio de confianza en el Código Civil y Comercial*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2020.

258 Cfr. Mengual y Mengual, José M., *Elementos de derecho notarial*, T II, Vol. II, Librería Bosch, Barcelona, 1933, p. 90.

259 Cfr. Gattari, Carlos N., *Práctica Notarial*, T 6, Depalma, Buenos Aires, 1992, p. 185.

260 Etchegaray, Natalio P. y Capurro, Vanina L., *Derecho notarial aplicado*, Astrea, Buenos Aires, 2011, p. 28.

**Academia
Nacional del
Notariado**

INEFICACIA Y NULIDAD DE LOS ACTOS JURÍDICOS*

Gabriel B. Ventura

Sumario: Introducción. 1) Ineficacia estructural. Nulidad. 2) Nulidad expresa o implícita. 3) Actos nulos y actos anulables. 4) Nulidad sustancial y nulidad instrumental. Importancia de esta clasificación en el ámbito notarial. 5) Nulidad absoluta y nulidad relativa. Importancia de esta clasificación en el ámbito notarial. 6) Enumeración de las nulidades instrumentales. 7) El concepto de “parte instrumental”. 8) La conversión como saneamiento. Formal y material (arts. 294 y 384 del CCyC). 9) Ineficacia funcional. 10) La inoponibilidad.

* Presentación del autor en el Seminario Virtual “Laureano A. Moreira”, desarrollado en junio de 2022

INTRODUCCIÓN

Respecto del tema de las nulidades de los actos jurídicos se ha producido en la doctrina una importante evolución. En efecto, los autores clásicos argentinos, como Salvat o Buteler Cáceres, entre otros¹, consideraban solo la nulidad como causa de privación de los efectos jurídicos de un acto. Una doctrina más moderna, en cambio, comienza por agrupar la nulidad como una especie más dentro de una serie de situaciones que privan a los actos jurídicos de su función o de sus efectos.

El Código Civil y Comercial, haciéndose eco de estos avances, tiene estructurado el capítulo 9 del título 4 del libro 1. Comienza titulando el capítulo "Ineficacia de los actos jurídicos" y en el art. 382 alude a dos categorías: 1) nulidad y 2) inoponibilidad. Así se acude a la expresión mucho más genérica de "ineficacia", y con ella refiere a todos los casos en que un acto, *ab initio* no produce efectos jurídicos, o deja de producirlos por alguna circunstancia posterior, ajena al acto mismo. Con este criterio, estas causales se agrupan sistemáticamente en dos especies de ineficacias:

a. Ineficacia estructural: así llamada porque en la celebración del acto, congénitamente a su nacimiento, hay un defecto que lo invalida; es por ello que se pregonaba de ella que la falencia o patología está en la estructura misma de su formación o de su constitución.

b. Ineficacia funcional: ocurre por una posterior circunstancia que priva al acto de sus efectos ejecutivos o su funcionalidad; pero sin que esto necesariamente le quite validez.

La inoponibilidad es bien diferente, pues sin que el acto sea nulo, resultará no ejecutable respecto de ciertas personas. Los terceros de buena fe pueden ignorar lisa y llanamente el contenido del acto; a su respecto pues, el acto no ha sido otorgado. La figura aparece como extraña frente a la alteración de la lógica ¿cómo puede ser que algo exista para uno mas no para otros? Sin dudas, resulta vulnerado de manera manifiesta el principio enunciado como de "no contradicción" (nada puede ser y no ser al mismo tiempo).

¹ Salvat, Raymundo M., *Tratado de Derecho Civil Argentino. Parte general*, 10° ed., TEA, Bs. As., 1958, p. 701. Buteler Cáceres, José A., *Manual de Derecho Civil. Parte general*, Ed. Advocatus, Córdoba, 2001, p. 311.

En el presente estudio analizaremos las nulidades o ineficacias con todas sus subespecies, para luego afrontar el tema de las inoponibilidades.

1. INEFICACIA ESTRUCTURAL. NULIDAD

La ineficacia estructural responde totalmente al concepto clásico y universalmente aceptado de nulidad. Por ello, diremos que la nulidad es la sanción de invalidez de los actos jurídicos que los priva de los efectos normales, por presentar algún defecto estructural, constitutivo y congénito².

Como puede advertirse de su concepto, las expresiones "nulidad", "invalidez" e "ineficacia estructural", resultan perfectamente equivalentes. Esto permite que el legislador pueda referirse a esta sanción expresando que el "acto será nulo", "el acto será inválido", o "no tendrá validez el acto", y cuantas más combinaciones puedan efectuarse con estas palabras. Es muy importante tener presente el vocabulario técnico legal, para una correcta hermenéutica, y, sobre todo, para determinar si estamos en presencia de una nulidad expresa o implícita, según veremos en los puntos siguientes.

La palabra "nulo" proviene del latín *nullus*, que significa "no alguno" o "ninguno". En definitiva, acercándonos a un vocabulario técnico, la palabra está expresando: "que no produce ningún efecto"; de allí el proloquio que reza: *quod nullum est, nullum effectum producit* ("lo que es nulo, no produce ningún efecto"); sin embargo, en algunas situaciones este pronunciamiento latino resulta demasiado drástico, por lo que el legislador morigera sus consecuencias. En efecto, respecto de algunos casos, a pesar de que en su momento constitutivo el acto adoleció de algún recaudo que el legislador consideró vital, no se lo priva totalmente de efectos, sino que se le hacen producir unos otros resultados. En definitiva, el legislador, con un tratamiento balsámico, si se nos permite la expresión, en vez de aniquilar directamente el acto negándole por completo todo valor, prefiere conservarlo en alguna medida, y hacerle generar un otro efecto, diferente al originario y supuestamente pretendido por las partes, o al menos preferido frente a la alternativa de la aniquilación total. Esta es la llamada "conversión", instituto del que nos ocuparemos más adelante.

2 Salvat, Raymundo M.; id. nota anterior. Borda, Guillermo, *Tratado de Derecho Civil. Parte general*, 6ta. ed., Abeledo Perrot, Bs. As., 1976, T 11, p. N° 1244. Buteler Cáceres, José A., id. nota anterior. Cifuentes, Santos; *Negocio Jurídico*, Ed. Astrea, Bs. As., 1986, p. 609.

2. NULIDAD EXPRESA O IMPLÍCITA

En general, en el Código Civil y Comercial, las normas que prevén la nulidad de los actos jurídicos lo hacen de manera categórica e indubitada con expresiones tales como "Es nulo el acto cuando", "Son de ningún valor los actos cuando" o palabras equivalentes. Pero por mucho que apreciemos el vocabulario técnico que tanto ayuda a una correcta hermenéutica, es frecuente que el legislador no use términos tan precisos, y el mandato legal solo aparezca como recaudo de validez, sin que concluya asignándole una consecuencia jurídica directa. Pero debemos tener presente que el vocablo antinómico de validez, jurídicamente hablando, es nulidad; en consecuencia, no es demasiado el esfuerzo interpretativo que hay que hacer para concluir que, ante la falta de validez, estaremos ante la nulidad. Si la ley exige para su validez el cumplimiento de ciertos recaudos o prohíbe alguna acción, y tales imperativos no se cumplen, a no dudarlo, la consecuencia será la nulidad.

Pues bien, esta diferenciación normativa es la que permite distinguir las nulidades expresas de las implícitas. Como ejemplo de la primera es muy apropiado el art. 291 CCyC, que comienza diciendo "es de ningún valor el instrumento autorizado por un funcionario público en asunto en que él, su cónyuge, su conviviente, o un pariente suyo dentro del cuarto grado o segundo de afinidad, sean personalmente interesados". Se trata de una norma que directamente niega todo valor al instrumento que transgreda el mandato que en definitiva establece que no deben estar involucrados en el acto intereses, ni del funcionario, ni de sus allegados. La *ratio legis* es pues, la objetividad del autor del instrumento; que no se sienta conmovido o presionado por el afecto o interés alguno en el momento de relatar los hechos o consignar los elementos del contrato contenidos en el acto. Es por ello que, si nos encontráramos en este supuesto, el acto sería de nulidad expresa.

Por el contrario, si la norma no se manifiesta sobre su validez o no, pero obliga a observar ciertos recaudos, la nulidad estará implícitamente determinada. Ejemplo ilustrativo es lo dispuesto en el art. 302 del CCyC que exige que el instrumento público sea redactado en el idioma nacional, pero no condiciona su cumplimiento a sanción alguna. Si tuviéramos una escritura pública, por ejemplo, redactada en francés, esta sería irremisiblemente nula. Sin embargo, debemos observar que, en este caso, la patología no está expresada contundentemente en la norma,

sino que surge implícita frente al incumplimiento de un recaudo exigido por la ley. Como puede advertirse la cuestión puede volverse opinable frente a falencias menores, puesto que a su respecto aparece la sanción de nulidad como demasiado gravosa. Imaginemos que una escritura pública, aunque se hubiere cumplido en los hechos, no diga que se leyó, tal como lo exige el art. 305 inc. d. Esta patología generará posturas encontradas tanto en jurisprudencia como en doctrina. Es muy probable que, frente a la teoría de la conservación del acto, que hoy tiene sanción legislativa en el art. 1066 del CCyC referido a los contratos, algunos lleguen a opinar que el acto es válido, aunque el instrumentador merezca una sanción. Sobre todo si puede probarse que en los hechos el notario en verdad había leído la escritura a las partes.

En el Código de Vélez, las nulidades implícitas aparecían en el art. 18, que establecía que "los actos prohibidos por las leyes son de ningún valor, si la ley no designa otro efecto para el caso de contravención". El nuevo CCyC no contiene norma equivalente, lo que no autoriza a negar este lógico efecto. Si el acto está prohibido por la ley, sea por su forma, por su contenido, por el carácter de las partes, o por cualquier otro elemento formal o material, la nulidad es la sanción implícita que surge evidente ante el incumplimiento del mandato³.

3. ACTOS NULOS Y ACTOS ANULABLES

En materia de nulidades el Código derogado partía de considerar un doble juego clasificatorio: el acto podía ser nulo o anulable, y cada una de

3 Corresponde hacer alguna aclaración sobre las nulidades implícitas, virtuales o tácitas, pues históricamente la expresión se utilizaba para referirse a la nulidad que no estaba establecida en la ley, sino que surgía de una interpretación jurisprudencial. Vélez Sarsfield, en el art. 1037, se negó terminantemente a admitir la potestad judicial para generar situaciones de nulidad por parte de los jueces. No obstante, alguna doctrina sostuvo que el art. 18 del Código Civil de Vélez preveía en verdad las nulidades implícitas o virtuales. La norma del viejo art. 1037 decía: "Los jueces no pueden declarar otras nulidades de los actos jurídicos que las que en este Código se establecen". El maestro Buteler Cáceres expresamente formula aclaración al respecto, pues sostiene que "...esta distinción, no tiene vigencia en el derecho argentino. Tengamos presente que si decimos que no hay en el derecho argentino más nulidades que las expresas, de ninguna manera se debe entender otra cosa que no sea ésta: la nulidad en cuanto sanción, debe dimanar de la ley de modo indubitable, sin que importe para nada cómo esté establecida. sin que interese que esté establecida de un modo directo o de un modo indirecto, pero indubitable".

estas patologías, a su vez, admitía dos subcategorías: absoluta o relativa. Por otra parte, si la patología era del acto o sustancial hablábamos de nulidad material; mientras que, si solo afectaba al instrumento y no al acto, estábamos en presencia de una nulidad instrumental.

Estas consideraciones, en cuanto a nulidades instrumentales o sustanciales, nulidades o anulabilidades, surgían con gran claridad de los arts. 1044 y 1045 del Código derogado, por lo que recomendamos su lectura para precisar ambos conceptos. En efecto, tanto la nulidad como la anulabilidad y sus manifestaciones sustanciales e instrumentales aparecen en estos dos dispositivos que, aunque hayan sido derogados por la ley 26.994 que sancionó el Código Civil y Comercial en el año 2015, en nuestra opinión continúan en vigor al menos como expresión de doctrina, y con una actualidad didáctica indiscutible. Respecto de la nulidad o anulabilidad, corresponde tener presente que la citada ley subrogó el Código de Vélez, pero no pudo derogar el Diccionario de la Lengua que sigue pregonando que "anulable", en su primera acepción, significa "que se puede anular".

Así, podremos calificar de nulo el acto cuando la patología resulte manifiesta y no requiera investigación o comprobación alguna, porque surge patente del mismo instrumento que lo porta; en tanto que un acto será anulable cuando la falencia requiera necesariamente de una investigación judicial para poder determinarse. Ejemplo claro de nulidad lo constituiría el caso en que, de manera manifiesta, uno de los cónyuges, en el régimen de comunidad, donara al otro un inmueble determinado. Aquí no será menester efectuar investigación alguna para determinar su nulidad, ya que el art. 1002 del Código Civil y Comercial prevé el supuesto como una causal de inhabilidad. En cambio, si el acto hubiere sido suscripto mediando dolo o violencia (arts. 271 y 276 del CCyC), estas circunstancias no surgirán patentes del instrumento, y será menester una investigación previa al pronunciamiento judicial de nulidad.

4. NULIDAD SUSTANCIAL Y NULIDAD INSTRUMENTAL

A su vez, como ya quedó dicho, tanto las nulidades como las anulabilidades podían resultar sustanciales, que son las que afectan el acto jurídico mismo, o formales, cuando lo afectado fuera el instrumento que lo contiene. Obviamente, si la forma era exigida con carácter absoluto,

es decir cuando estábamos en presencia de una forma *ad solemnitatem*, la nulidad del instrumento portante produciría inevitablemente también la del acto en él portado.

El instrumento es el continente y el acto es el contenido, por ello, sin el primero, el segundo no tiene sustento alguno y cae también frente a la nulidad de aquel. Solemos explicar esta conclusión expresando metafóricamente que, si una copa que contiene un buen vino se quiebra, el líquido se derrama e inevitablemente deja de existir por lo menos técnicamente, ya que, derramado, no habrá ningún *sommelier* dispuesto a tomarlo del piso. De lo dicho, surge claramente que debemos resistir la tentación, poco técnica en este caso, de considerar más importante el contenido que el continente, pues cuando la forma es obligatoria se produce una suerte de simbiosis sistémica⁴ que hace que sin la forma el contenido no exista y, obviamente, sin el contenido la forma nada aporte al mundo jurídico. Asignar más o menos importancia a uno u otro elemento constituye aquí, en el ámbito instrumental, un grueso error conceptual. Apuntar más al contenido que a la forma solo es dable cuando se evalúan ideas o conductas, mas en el ámbito instrumental no es correcto. En estos casos es posible y lógico, contrariamente a lo que ocurre en otras asignaturas, hablar de la forma por la forma misma.

Es frecuente, al efectuar el distingo entre continente y contenido, utilizar las expresiones "acto instrumental" para referirse a lo formal, es decir, al continente que puede ser la sentencia o resolutive judicial, o la escritura pública o resolución administrativa; y "acto instrumentado" para aludir concretamente al acto mismo en su sustancia⁵. En una compraventa inmobiliaria, por ejemplo, el acto instrumental es la escritura pública (art. 1017 CCyC); y, en el mismo ejemplo, el acto instrumentado es el contrato de compraventa (art. 1123 del CCyC). Tener en claro estos dos planos o dos puntos de vista dentro del mismo fenómeno resulta de gran utilidad para comprender más acabadamente el tema de las nulidades instrumentales.

4 Con lo de "simbiosis" queremos expresar que ambos fenómenos están unidos íntimamente en su función y razón de ser; con la expresión "sistémica" apuntamos a que esa relación es tal que las contingencias de cualquiera de los elementos que lo integran (forma y contenido) repercuten necesariamente en el otro.

5 Salvat, Raymundo M., *Tratado de Derecho Civil Argentino. Parte general*, Ed. TEA, Bs. As., 1964, T 11, p. 322. Moisset De Espanés, Luis, *Publicidad Registral*, 2º ed., Advocatus, Córdoba, 1997, p. 90.

Nuestra legislación, con toda claridad, determina que el acto instrumental, es decir el instrumento mismo, con independencia del acto que contenga o instrumente, puede tener sus propias causales de invalidez, que serían completamente ajenas al acto mismo en su sustancia, si la ley no exigiera la forma instrumental que lo contiene. En efecto, a manera de ejemplo, vemos que los arts. 290, 291, 292, 294, entre otros dispositivos del CCyC, aluden directamente al instrumento, sin tener en consideración el acto material que se formaliza en él.

En cuanto al acto mismo, es decir el contenido al que aludíamos en párrafos precedentes, tiene sus propias patologías, pero ya no son consecuencia de falencias o incumplimientos respecto a la forma, sino que hunden sus motivos en el acto mismo, en su materia. El acto debe respetar las exigencias legales; los sujetos protagonistas del negocio deben tener una voluntad sana (art. 260 y ss. del CCyC); capacidad suficiente (arts. 24 y 25 del CCyC); deben estar asistidos por sus apoyos en caso de ser ello necesario (arts. 32 y 43 CCyC); no debe haber error, ni dolo, ni violencia, que son los vicios de la voluntad (arts. 265, 271 y 276 CCyC), ni deben existir vicios de los actos jurídicos, como la simulación (art. 333 CCyC), el fraude (338 CCyC) o la lesión subjetiva (art. 332 CCyC).

Como bien puede advertirse, solo las nulidades instrumentales son propiamente el tema de una rama jurídica dedicada a la instrumentación. Núñez Lagos, a propósito de esta reflexión, en el ámbito notarial, expresa que serían solo las cuestiones formales las que darían pie a un derecho notarial autónomo, o "puro", usando sus expresiones; pues las demás exigencias y contingencias son temas del derecho civil⁶. Sin embargo, bien sabemos, que hay un consenso en dividir el derecho notarial en dos partes: Derecho Notarial Formal y Derecho Notarial Sustancial, o contractual, como lo denominan los autores españoles. Aunque en este último se analicen los actos y hechos que serán el contenido del instrumento, desde el punto de vista notarial, tienen una exigencia técnica y particularidades que en muchos casos sobrepasan los análisis del derecho civil y comercial, confiriéndole una cierta particularidad. Por

6 Núñez Lagos, Rafael, "Esquemas conceptuales del instrumento público", Ed. Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1953, p. 18, dice: "Como el acto jurídico -contenido sustantivo-, pertenece al Derecho civil o comercial, este contenido no puede ser el objeto de un Derecho notarial puro, que de quedar circunscripto al aspecto formal. El Derecho notarial puro, para ser algo, ha de perfilarse como un Derecho formal, independiente de todo contenido sustantivo".

ello, cada tema analizado por esta parte del derecho notarial suele estar precedida de la expresión “aspectos notariales de”. Así hablaremos en su oportunidad de aspectos notariales de la compraventa inmobiliaria; aspectos notariales de las convenciones matrimoniales; aspectos notariales de la garantía hipotecaria, etc.

IMPORTANCIA DE ESTA CLASIFICACIÓN EN EL ÁMBITO NOTARIAL

Como ha quedado manifiesto, el cumplimiento de todos los recaudos formales o las patologías que puedan aparecer en los documentos públicos son atribución y responsabilidad exclusiva del instrumentador; sea el juez, la autoridad administrativa o el notario. Es por ello que cuando en nuestras clases de derecho notarial desarrollamos el tema de las nulidades instrumentales, solemos calificarlas de “las temidas nulidades instrumentales”, porque su producción es consecuencia inmediata de una mala praxis y, como tales, imputables solo al notario. La negligencia, la impericia, o la imprudencia serán, en el mejor de los casos, los factores de atribución de su responsabilidad a los que alude el art. 1724 del CCyC. Obviamente, el notario, en estos supuestos, deberá cumplir con el principio del hombre justo *alterum non laedere*, surgido del art. 1716 del CCyC, y reparar el daño ocasionado⁷. En el peor de los casos, completando lo expresado, el factor de atribución será el dolo, según lo determina la misma norma del art. 1724, es decir, cuando el notario, a sabiendas, ha realizado mal su gestión instrumentadora con una finalidad delictiva.

Por otra parte, la trascendencia de distinguir las nulidades instrumentales de las sustanciales radica en que, frente a las primeras, el acto, además de padecer nulidad, dicha nulidad será absoluta, según veremos en el punto siguiente (arts. 386 y 387 del CCyC). Debe tenerse presente, pues, que toda nulidad instrumental es siempre absoluta y, como tal, será también inconfirmable, imprescriptible y de pronunciamiento oficioso.

7 Recordemos que, para Ulpiano, uno de los cinco sabios jurisconsultos romanos que, junto con Gayo, Papiniano, Paulo y Modestino, integraba la ley de citas (426 d.C.), los principios del derecho son: *honeste vivere, alterum non laedere, summ cuique tribuere*. El Código Civil y Comercial, con buen criterio a nuestro entender, fortaleciendo nuestra tradición romanista, alude directamente al brocardo en el art. 1716: “La violación del deber de no dañar a otro”.

5. NULIDAD ABSOLUTA Y NULIDAD RELATIVA

A su vez, tanto los actos nulos como los anulables podrán ser de nulidad absoluta o relativa. El *fundamentum divitionis* de esta importante clasificación radica en considerar si están o no involucrados en el acto valores estandarizados que aparecen una y otra vez en nuestro ordenamiento: el orden público, la moral y las buenas costumbres⁸. Por ello, expresa Aparicio, que en esta clasificación “no se tiene en cuenta el mecanismo de su producción, sino el círculo de interesados a los cuales afecta”⁹. La comunidad toda está comprometida con esos valores, por lo que, en los casos de nulidad absoluta, de mantenerse vivo el acto, se lesionaría a todos sus miembros. Si la patología, pues, afecta uno de esos valores, la nulidad será absoluta; y la característica más saliente de esta anomalía es que resulta de pronunciamiento oficioso, inconfirmable e imprescriptible, según lo pregonan los arts. 386 y 387 del CCyC.

Decimos que es de pronunciamiento oficioso porque el juez, detectada la anomalía que deviene en nulidad absoluta, debe sacarla a luz, aun cuando ninguna de las partes la haya invocado. A este respecto, advertimos un error en la redacción del art. 387 CCyC, dado que dice que la nulidad absoluta “puede” declararse por el juez, y eso no es correcto; no es una mera facultad judicial el declararla una vez detectada, sino que el juez “debe” hacerlo¹⁰. Es, pues, una obligación impuesta a este por la ley. A su vez, la nulidad absoluta es inconfirmable, porque esta patología no puede subsanarse, es irreversible y letal; indefectiblemente el acto cae sin remedio alguno.

Por último, la nulidad absoluta es también imprescriptible, lo que resulta de toda lógica, ya que, si ni la voluntad de las partes pueden hacer revivir el acto con ella viciado, menos aún, *a fortiori*, podría hacerlo el mero transcurso del tiempo. Por otra parte, si pudiera sanearse una falencia de tamaño entidad por el simple devenir, como para superar el orden público, la moral o las buenas costumbres, estándares paradigmáticos, como hemos dicho, menudo favor haría la prescripción a la justicia y a la seguridad jurídica, valores supremos a los que necesariamente debe apuntar todo buen ordenamiento jurídico.

8 Cifuentes, Santos, *Negocio Jurídico*, Ed. Astrea, Bs. As., 1986, p. 630. Moisset De Espanés, Luis, “La nulidad absoluta y su declaración de oficio”, JA 1980, 11, p. 164. Buteler Caceres, José A., *Manual de Derecho Civil. Parte general*, Ed. Advocatus, Córdoba, 2001, p. 328.

9 Aparicio; Juan M., *Contratos. Parte general*, Ed. Hammurabi, Bs. As., 2016, T 2, p. 186.

10 Moisset De Espanés, Luis, “La nulidad absoluta y su declaración de oficio”, en JA 1980-11-164.

Es cierto que la regla general en materia de prescripción es que todos los derechos se encuentran afectados por ella. Lo sentaba Troplong anotando el art. 2262 del Código Civil francés (obviamente antes de la reforma de los años 2016 y 2017) en una poética frase, transcrita por Vélez en la nota al art. 4015 del Código derogado: "Nada puede escapar al imperio de la prescripción: ella excluye todo favor y todo privilegio, y se extiende sobre todos los derechos"¹¹. Pero como habíamos expresado, cuando se jaquean valores fundamentales del sistema, la excepción se impone. Ya lo hacía el propio Vélez en el art. 4019 de su Código, cuando, luego de sentar la mencionada regla, enumeraba pormenorizadamente, en seis incisos, las acciones y derechos imprescriptibles. Sin embargo, en dicha nómina brillaba por su ausencia la imprescriptibilidad de la acción de nulidad absoluta, que nos interesa aquí especialmente. Pero la doctrina unánimemente sostenía dicha conclusión¹². El nuevo Código mejora grandemente la situación, ya que en la misma norma que prevé la nulidad absoluta (art. 387), establece la imprescriptibilidad de la acción que la impugna por dicha patología.

IMPORTANCIA DE ESTA CLASIFICACIÓN EN EL ÁMBITO NOTARIAL

En el ámbito notarial es muy importante detenerse a analizar si una patología genera nulidad absoluta o relativa, dado que, si estamos en la primera, vano será todo intento de confirmación alguna para reflotar el acto. En efecto, como quedó dicho, la invalidez es en estos casos totalmente irreversible; ello al punto que suele decirse, con cierto eufemismo, que la solución a estos supuestos es la "reproducción del acto". Aludimos a "eufemismo" porque expresar que hay que reproducir el acto significa, en definitiva, que el acto estuvo tan mal celebrado que hay que hacerlo nuevamente.

Sin embargo, en los casos de reproducción del acto hay ciertas cuestiones que mantienen su validez, un buen ejemplo de ello pueden ser las

11 El art. 2262 del Código Civil francés se refería en verdad a una prescripción general, para todas las acciones, tanto real como personal. En tal sentido, no corresponde exactamente al texto del viejo art. 4015 de Vélez. Ver al respecto: Ventura, Gabriel B. y Moisset De Espanés, Luis, "Prescripción de la Acción Reivindicatoria" en *La Ley Córdoba*, 1986, p. 15-20. También en versión virtual en: <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/artprescripcionaccionreivindicatoria>

12 Buteler Cáceres, José A., *Manual de Derecho Civil. Parte general*, Ed. Advocatus, Córdoba, 2001, p. 329.

retenciones que se hubieren practicado con motivo de su celebración viciada. Así, tanto el impuesto a los sellos o a la instrumentación, como le denominan algunos tributaristas, las retenciones por impuesto a las ganancias o a la transferencia de inmuebles, podrían llegar a considerarse ya cumplidas frente a la necesidad de la reproducción del acto. Es por ello que, en general, en la doctrina se le da cierta entidad a esta institución bajo la expresión “reproducción del acto”, cuando en verdad no es sino la total invalidez del instrumento que obliga a otorgarlo nuevamente.

6. ENUMERACIÓN DE LAS NULIDADES INSTRUMENTALES

Solo haremos aquí una enumeración de las normas que las prevén brindando una brevísima explicación.

Así tenemos, en primer lugar, el art. 290 del CCyC, que exige la competencia material y territorial del funcionario autorizante. Si no se cumple con este recaudo, el instrumento pues será nulo y dicha patología constituirá una nulidad absoluta, inconfirmable, imprescriptible y de pronunciamiento oficioso, según ya vimos (art. 387 CCyC).

De la misma norma, del art. 290, surge la necesidad de que el acto se encuentre firmado por el oficial público, las partes o sus representantes. Declarándose expresamente que la falta de firma de una de las partes anulará el acto para todas, aun para quienes lo hubieren suscripto. Volveremos sobre esta cuestión en el punto siguiente para un mayor desarrollo.

Igualmente, cuando en el contenido del instrumento apareciera interesado el propio autorizante o sus parientes dentro del cuarto grado por consanguinidad, o segundo por afinidad, estaremos en presencia de otra nulidad instrumental (art. 291 del CCyC).

También el acto presentará nulidad instrumental cuando se encuentra alterado por cualquier medio y sin salvar al final, tal como lo prevé el art. 294. A este respecto creemos que la sanción resulta demasiado gravosa frente a una realidad que no lo merece. Bien podría el funcionario instrumentador haber omitido de buena fe efectuar el salvado. Por eso creemos que era más prudente el pronunciamiento de Vélez en su norma equivalente (art. 989 del CC) que determinaba la anulabilidad del

acto en esos casos. Es decir, se permitía que, abierto a prueba el cuestionamiento, citado el notario o el funcionario autorizante, este pudiese declarar que simplemente olvidó efectuar el salvado. Ello atendiendo a que la *ratio legis* es evitar dar validez a la agregación o alteración por un tercero ajeno al instrumento con una finalidad dolosa. Finalmente, en el art. 305, referido ya expresamente a la escritura pública, complementando lo dispuesto en el art. 301, se determinan, en técnicas de acción y documental, los recaudos exigidos para una escritura pública válida.

7. CONCEPTO DE PARTE INSTRUMENTAL

Este concepto no ha sido trabajado por la doctrina, que una y otra vez alude a las partes sin efectuar un importante distingo entre parte en sentido sustancial y en sentido instrumental o formal. Es lo que nos proponemos exponer en este punto.

Como hemos venido viendo, en todo instrumento, sea público o privado, aparecen diferenciados nítidamente dos planos: uno puramente documental o formal, y otro que se relaciona con el acto mismo en su sustancia. Es común que los legos confundan uno y otro concepto. Así cuando indagamos sobre el título de su dominio a un propietario determinado, es probable que este diga: "mi título es la escritura número... labrada por el escribano". Como puede apreciarse en esa respuesta, se vincula al título solo con su forma en sentido técnico. Quizás un interlocutor más relacionado a lo jurídico acierte a expresar: "el título de mi propiedad inmueble es la compraventa que le hice al señor Martínez", con lo que ya se está aludiendo al acto mismo, al título en sentido material o sustancial. En verdad, ambas respuestas son correctas, pero cada una se refiere a un plano distinto del mismo fenómeno, según expresáramos.

A ese respecto habíamos distinguido entre el acto instrumental (el documento) y el acto instrumentado (el contenido o el acto propiamente dicho). Pues bien, esta distinción nos obliga, para una correcta interpretación de las normas involucradas, a adaptar también las expresiones legales según a qué acto esté dirigida la norma. Así, cuando una norma regula aspectos formales debe interpretarse conforme a los aspectos también formales o instrumentales; mientras que si la norma determina exigencias materiales o sustanciales la interpretación debe armonizarse con los elementos del acto y no del instrumento.

Estas disquisiciones son fundamentales para interpretar que cuando el legislador se refiere a "las partes" en el art. 290, inc. b, también lo hace diferenciando la regulación de los aspectos formales, de las que apuntan a la sustancia misma del acto.

Así, diremos que "parte", en sentido sustancial, evoca a los titulares del contrato acuerdo o solicitud de que se trate, tal como enumera el art. 1023 del CCyC en materia de contratos: comprador, vendedor, copermutantes, acreedor hipotecario, donante, donatario, etc., son ejemplos indiscutidos de parte en sentido material o sustancial. Estos sujetos, con los que hemos ejemplificado, son partes de un negocio; al respecto, se aplicarán los recaudos y exigencias sustanciales: las normas sobre la capacidad negocial (arts. 24, 25 y ss. CCyC); igualmente, el acto estará sometido a todas las exigencias sustanciales que regulan la figura, por ejemplo, en la compraventa (art. 1123 del CCyC) habrá de exigirse la determinación de los sujetos, del objeto, el precio, etc.

Cuando es una norma formal la que regula los aspectos de las partes, estimamos que debe adecuarse también a lo instrumental. Así, cuando el art. 290 del CCyC, inc. b determina como recaudo de validez de los instrumentos públicos la firma de las partes, justamente por tratarse de una exigencia formal, no apunta al acto instrumentado (la previsión del art. 1023 ya citado), sino al acto instrumental; es decir a lo puramente formal. Obviamente, en estos casos, la norma no se está refiriendo a comprador o vendedor, ni a copermutantes, ni a donante o donatario; se está refiriendo, pues, a "parte" en sentido formal que va a ser, en nuestra opinión, todo el que aparezca mencionado como presente en el instrumento.

Un ejemplo muy clarificador en el que un sujeto es parte instrumental y no parte negocial o sustancial lo constituye el cónyuge asintiente. Nos referimos al asentimiento exigido por el art. 470 CCyC en los actos de disposición de bienes gananciales o inmuebles propios que son vivienda familiar. El cónyuge asintiente no es parte del negocio. Justamente, criticábamos la norma anterior del Código derogado (modificado por ley 17.711) cuando exigía el consentimiento, pues el cónyuge no consiente sino que solo asiente con el acto celebrado por el otro esposo, que sí es parte del acto. El asentimiento no transforma en parte sustancial al cónyuge que lo presta, pero constituye parte en el sentido instrumental.

Así, si falta el asentimiento conyugal en un acto instrumentado que lo exige, conforme a lo sentado en el art. 470 CCyC, desde el punto de vista formal, ese acto no presenta patología alguna porque el cónyuge no es parte del negocio, más allá de que será nulo en lo sustancial por la remisión que efectúa esta norma al dispositivo del art. 456 CCyC que así lo sanciona. Esa nulidad es sustancial y será susceptible de ser subsanada por un acto complementario en el que se produzca el asentimiento.

Si en cambio, el cónyuge concurrió a la audiencia notarial, el escribano dejó sentada su presencia, y dice que suscribió el acto, pero no aparece su firma en él, el acto será nulo por aplicación del art. 290, inc. b, y art. 305, inc. f, ambos del CCyC. Ello es así porque todo asistente a la audiencia que resulte mencionado en el acto y que el notario haga suscribir, es parte formal o instrumental. Se tratará pues, de una nulidad instrumental y, como tal, resultará absoluta, inconfirmable, imprescriptible y de pronunciamiento oficioso. Obvio que esta patología debe surgir de su matriz, no de su testimonio.

Otro ejemplo que podríamos brindar se presenta cuando el padre dona a uno de sus hijos y el notario aconseja la presencia de los hermanos de este para que expresen su conformidad. Más allá de las reflexiones que nos merezcan la participación de estos otros sujetos, la irrenunciabilidad de las legítimas por el orden público imperante en esta institución (arts. 1010 y 2449 del CCyC) es indudable que, quienes vienen a expresar esa conformidad, no son parte del acto en sentido negocial. Pero si el notario anuncia su presencia, dice que suscriben el acto, mas no aparecen sus firmas estampadas en el documento, ese instrumento será irremediablemente nulo. Los hermanos, en el ejemplo expresado, constituyen pues parte en sentido instrumental.

Sabemos que esta posición, que consideramos la correcta, sufrirá la crítica de ensalzar la nulidad por la nulidad misma, pero en los actos con forma escritura pública, esta debe cumplir con todos los recaudos de validez, tanto formales como sustanciales y la falta de firma de uno de los comparecientes es un tema que no puede analizarse someramente. Para más, la norma del art. 305, inc. f (norma refleja del 290, inc. b) apunta a la patología de manera más correcta, pues no habla en verdad de "partes" sino de "otorgantes"; lo que lo ubica en un marco de mayor amplitud. También es menester hacer hincapié en la sentencia que pronuncia el art. 290 inc. b, que explica detalladamente que, ante la falta de firma de una de las partes, "el instrumento carece de validez

para todos”¹³. Resaltamos igualmente de este último dispositivo, amén de la contundente condena, el hecho de que no habla de acto, sino de instrumento, lo que refuerza nuestra teoría. En nuestra opinión, las normas que regulan esta situación hacen claramente el distingo entre parte instrumental y parte sustancial.

8. LA CONVERSIÓN COMO SANEAMIENTO

Ya habíamos referido muy brevemente a la conversión al comienzo de este trabajo. En algunos supuestos, el legislador prefiere, antes que aniquilar por completo el acto que no cumple con las exigencias legales o las transgrede directamente, darle un valor diferente, obviamente un tanto menoscabado, de lo contrario se estaría premiando un incumplimiento o una transgresión. Es así como aparece la llamada “conversión”.

La conversión puede operar su efecto saneatorio tanto en lo sustancial como en lo formal, pero siempre respecto de cuestiones en las que no estén en juego los estándares que llevan a la nulidad absoluta, nos referimos a lo dispuesto en el art. 386 CCyC: el orden público, la moral y las buenas costumbres.

Varios son los fundamentos que nos permiten ver con cierta simpatía esta figura. Para empezar, solo funciona respecto de las patologías que generarían nulidades relativas, como ya expresáramos, no afectará jamás el orden público. También aporta lo suyo para defender la conversión, el principio *nemo alteri stipulare potest* (art. 1021 CCyC) que hace que los contratos solo tengan efecto relativo y no puedan obligar ni perjudicar a terceros. La prohibición de volver sobre sus propios actos *venire contra factum proprium nulli conceditur* también ayuda a obligarse recíprocamente los cocontratantes a aceptar pacíficamente el efecto de la conversión. Este efecto, emergente de la teoría de los propios actos que tanto ha hecho decir a la doctrina, tiene hoy recepción en el art. 1067 del CCyC, y consideramos muy positiva esa admisión.

13 Lo mismo ocurría en el Código de Vélez en el art. 988 referido a instrumentos públicos en general. Decía el Codificador allí: “Si alguno o algunos no lo firmasen, el acto sería de ningún valor para todos los que lo hubiesen firmado”. ¿Se atreverán también a decir que Vélez apreciaba la forma por la forma misma?

Otro aspecto que estimamos que brinda un fundamento sólido a la conversión es la actitud, casi obsesiva, por mantener con vida las relaciones jurídicas. Sin dudas, está en juego aquí la libertad como valor jurídico. Hoy, esta cualidad se pone legalmente de manifiesto en el llamado "principio de conservación del acto" que, si bien hunde sus raíces en el derecho administrativo, ha llegado también al plano civil, en el ámbito contractual, en el art. 1066 del CCyC. En efecto, el dispositivo referido dice: "Si hay duda sobre la eficacia del contrato, o de alguna de sus cláusulas, debe interpretarse en el sentido de darles efecto. Si esto resulta de varias interpretaciones posibles, corresponde entenderlo con el alcance más adecuado al objeto del contrato".

CONVERSIÓN FORMAL Y MATERIAL

Conforme a lo expuesto, respecto de los dos planos que pueden vislumbrarse claramente en un documento, el acto instrumental y el acto instrumentado (continente y contenido), podemos distinguir una conversión que apunta a la forma, la conversión formal, y otra que apunta al contenido negocial del acto, en cuyo caso se hablará de conversión material o sustancial. La primera, ante un incumplimiento formal que generaría nulidad, evita aniquilar completamente el instrumento y lo transforma en otro de especie diversa. La segunda, en cambio, procura mantener el acto nulo, en cuanto a su contenido, transformándolo en otro válido, con efectos similares.

Como ya habíamos adelantado, ni el instrumento ni el acto resultan saneados por la conversión, pero sí, en cambio, se atenúan sus adversos efectos que, aunque menoscabados, resultan de algún paliativo si se lo compara a la nulidad total.

La conversión formal es la que morigerar los efectos aniquilatorios de una nulidad instrumental. Remarquemos que la forma está contenida en una norma básica y regida por el principio de la libertad. En el art. 284 CCyC se prevé que si la forma no resulta específicamente exigida, las partes pueden acudir a la que les parezca conveniente, pero si, en cambio, el legislador exige una en particular y las partes no acataran el mandato, el acto será nulo pero puede llegar a producir otro efecto.

Lo expresado surge de varias disposiciones, comenzando por el art. 285 CCyC, que se refleja igualmente en los arts. 969, en materia de

contratos; 1669, respecto del contrato de fideicomiso; y en el art. 1018, en materia de la forma escritura pública exigida en el art. 1017 CCyC. Esta aparente reiteración de principios, que no consideramos del todo mala, no es más que la consecuencia del fenómeno que hemos denominado “normas reflejas”. Cuando una institución se encuentra como especie dentro de otra más general, es común que el legislador reitere el principio rector que se da para todos los elementos del género. Por ejemplo, los contratos son actos jurídicos, por ello advertimos normas reflejas en ambos institutos: en los actos jurídicos el art. 285 CCyC y en los contratos en el art. 969.

El ejemplo más característico de conversión formal se da cuando por exigencia legal el acto debe otorgarse en escritura pública, por ejemplo, una compraventa de inmueble (art. 1017 del CCyC). Si no se cumple con esta solemnidad, estaremos en presencia del llamado “boleto de compraventa,” aunque las partes no lo hubieran nominado así, y conforme a las normas ya citadas (arts. 285, 969, 1018 del CCyC), no generará los efectos propios que serían transferir el dominio de la cosa al comprador, lo que fue intención de las partes; pero sí, en cambio, brindará acción suficiente a ambos contratantes para obligarse al cumplimiento de la forma exigida¹⁴.

Otro ejemplo valedero de conversión formal podría darse en el caso de los contratos verbales. Sabemos que el CCyC expresa que los contratos que, por los usos y costumbres, sea necesario instrumentar por escrito (instrumento público, privado o particular, arts. 286 y 287 CCyC) no pueden probarse por testigos. Es lo que surge del art. 1019, *in fine*, del CCyC, y aunque la norma no lo diga expresamente, nacen de ese dispositivo los llamados “contratos verbales”. Pues bien, en nuestra opinión, si un contrato verbal pudiera probarse, esa acreditación generaría la acción para exigir la forma escrita, conforme al dispositivo general del art. 285 CCyC.

En el Código de Vélez, la situación apuntada estaba expresamente consagrada en su art. 1188, que expresaba: “los contratos que debiendo ser hechos por instrumento público o particular, fuesen hechos verbalmen-

14 Ventura, Gabriel B., “El boleto de compraventa”, en Abeledo Perrot, Córdoba, mayo 2009, Doctrina, p. 477. “El boleto de compraventa frente al embargo del vendedor”, en Jurisprudencia Argentina, Fasc. 6, 2012-111, p. 48. Naturaleza del boleto de compraventa. Repercusiones procesales en Abeledo Perrot, Bs. As., octubre de 2012, Doctrina, p. 1152.

te, también quedarán concluidos para el efecto designado en el artículo anterior". Para completar el pronunciamiento recordemos que el "artículo anterior" al que se refiere el dispositivo era el que convertía el contrato en generador de la obligación de escriturar, conforme lo sostiene hoy el art. 1018 del CCyC. A pesar de no tener consagración legislativa expresa en el CCyC, estimamos que, conforme lo decimos en el párrafo precedente, la prueba del contrato verbal generaría la de hacerlo por escrito cuando ello fuera de costumbre, de acuerdo a lo normado en el citado art. 1019.

Otro tipo de conversión formal, de efectos mucho más audaces, si se nos permite la expresión, se da cuando un instrumento público no cumple con las exigencias formales de esta especie. A diferencia del supuesto anterior, en este caso se cumple con la escritura pública, el resolutivo judicial o el instrumento administrativo, pero a estos documentos se les reprocha un incumplimiento formal que los aniquila. Ya la conversión puede no generar la obligación de formalizar una escritura, sino que directamente el acto va a valer como instrumento privado. El legislador, como varias veces hemos expresado, considera demasiado gravoso dejar sin ningún efecto lo actuado y, frente a la patología que impide un instrumento público válido, prefiere darle el valor de instrumento privado.

Es el art. 294 CCyC, al que ya nos hemos referido criticando su contundente pronunciamiento de nulidad cuando el documento se encuentre alterado y sin salvar al final por el instrumentador. Esta norma, pues, en su párrafo final, agrega: "El instrumento que no tenga la forma debida vale como instrumento privado si está firmado por las partes". Ya Vélez, en el art. 987 de su Código, dictaba algo similar; pero quizás con más liviandad aún, ya que expresaba que ese efecto tendría "aunque no tenga las condiciones y formalidades requeridas para los actos extendidos bajo formas privadas".

Puesto que se trata de una conversión formal, el art. 294, *in fine*, exige que cumpla todos los recaudos sustanciales. La falta de firma impediría que pudiéramos tan siquiera referirnos a documento privado, puesto que, como surge del art. 287, en el primer párrafo, para serlo exige imprescindiblemente ese requisito. Si no estuviese firmado, será un instrumento particular, según regula la norma citada, y, por ello, tendrá un ínfimo valor probatorio que depende casi en su totalidad de su entorno (art. 319 CCyC).

Nos preguntamos ahora si podría plantearse la conversión del instrumento público en instrumento particular, cuando no estuviese firmado por las partes. Puesto que esa especie documental existe en nuestro derecho y se presenta cuando se trata de un instrumento privado no suscripto por las partes, bien podría pensarse que se convierte en tal ante la falta de firmas. Entendemos que ello no ocurre, dado que lo expresado en el 294 es un supuesto de excepción y, como tal, la norma que lo prevé debe interpretarse en sentido estricto; si el legislador hubiese querido que así fuese, lo hubiese consignado expresamente en la norma.

La conversión sustancial o material, es decir, cuando se apunta estrictamente al contenido del acto, se da cuando, por una causa de fondo, el acto no puede tener validez, por lo que el legislador, atendiendo a los principios que ya hemos esbozado –sobre todo el de la conservación del acto (art. 1066 CCyC)– procura al acto nulo darle otro efecto sustancial. Sin dudas, hay aquí una gran dosis de intromisión del legislador en la voluntad de las partes y ello, en nuestra opinión, torna su pronunciamiento muy conflictivo.

Es el art. 384 del CCyC el que prevé la conversión sustancial. Dice el precepto que “el acto nulo puede convertirse en otro diferente válido cuyos requisitos esenciales satisfaga, si el fin práctico perseguido por las partes permite suponer que ellas lo habrían querido si hubiesen previsto la nulidad”. La redacción, en hipotético, del artículo transcrito nos libera de fundar la intromisión a la que nos referíamos. El legislador se da el lujo de suponer, en algunas circunstancias, que las partes hubieran preferido la validez de otro acto con unos otros efectos, antes que la nulidad.

Advertimos en esta norma que no alude solo a cuestiones sustanciales, pero las deja entrever al no hacer el distingo (*ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*), sería dable hacerla aplicable tanto a las falencias formales como a las falencias materiales.

Como ejemplo de este tipo de conversión de dudosa aplicación, según ya opináramos, podría darse en el caso de constitución de un derecho real de uso o de habitación. Como sabemos, estos derechos reales solo pueden ser constituidos a favor de persona humana (arts. 2154 y 2158 CCyC), pero imaginemos que, por impericia de las partes e inadvertencia del instrumentador, lo hacen a favor de una persona jurídica. Bien podría, en estos casos, transformarse (convertirse) en una locación por

el tiempo previsto en el título para el derecho real, o para el máximo legal de la locación (veinte o cincuenta años, conforme al art. 1197 del CCyC). Ahora bien, ya se advierte la conflictividad a la que habíamos aludido en este ejemplo, porque no es lo mismo ser locador que nudo propietario, ni locatario que usufructuario. Advuértase, entre otras diferencias, que el locador garantiza el uso y goce de la cosa locada (art. 1201 y 1203 del CCyC), mientras que no pesa dicha garantía para el nudo propietario. Por eso no creemos que la norma pueda imponerse sin un previo acuerdo saneatorio¹⁵.

9. INEFICACIA FUNCIONAL

Habíamos adelantado que la doctrina moderna parte de las ineficacias, dentro de cuya generalidad se encuentra la nulidad (ineficacia estructural) que acabamos de desarrollar en los puntos precedentes. Pues bien, ahora nos ocuparemos de las ineficacias funcionales, que deben su nombre a que en verdad no se invalida el acto, sino que solo se enerva su función o ejecución. La característica más diferenciadora de la ineficacia funcional, con respecto a la nulidad, radica en que, en aquella, el motivo o causa de la pérdida de valor ejecutivo deviene con posterioridad al nacimiento del acto ineficaz¹⁶. Es decir, el acto nace plenamente válido y con el poder suficiente para legitimar las acciones o derechos que motivaron su generación; pero por una circunstancia posterior pierde su ejecutividad. En la nulidad, en cambio, la causa es congénita y afecta su estructura¹⁷.

A estos efectos conviene tener presente que no todas las ineficacias funcionales son patológicas; algunas, que hemos calificado de "agotamien-

15 El ejemplo dado es de la aplicación del art. 1884 CCyC, el cual prohíbe la configuración de un derecho real modificando la estructura legal. En el Código de Vélez, el pronunciamiento equivalente era más didáctico. En efecto, en el art. 2504 de su Código, Vélez determinaba que "los derechos reales solo pueden ser creados por la ley. Todo contrato o disposición de última voluntad que constituyese otros derechos reales, o modificase los que por este Código se reconocen, valdrá solo como constitución de derechos personales, si como tal pudiese valer".

16 Tanto es así que algunos autores efectúan la distinción entre ineficacia estructural e ineficacia funcional aludiendo a "ineficacia inicial o sobrevenida"; ver Aparicio, Juan M., *Contratos. Parte general*, Ed. Hammurabi, Bs. As., 2016, T 2, p. 186.

17 Zannoni, Eduardo A., *Ineficacia y Nulidad de los Actos Jurídicos*, Ed. Astrea, Bs. As., 2000, p. 125 y 126.

to", son, por el contrario, resultado de la plena realización de sus motivos, tal es el caso en que un mandato pierde ejecutividad futura por haber cumplido fiel y plenamente con sus fines. Un sujeto confiere poder a otro para ejecutar en su nombre un acto, cuando dicho cometido se cumple, el instrumento y el acto pierden ejecutividad por agotamiento. A este respecto, nos agrada que el nuevo CCyC en su art. 380 inc. a, a diferencia del de Vélez, prevea expresamente que el poder se extingue "por el cumplimiento del o de los actos encomendados por el apoderamiento". Como puede advertirse, el acto no solo nació válido, sino que seguirá siéndolo, a diferencia de la nulidad que exige una causa congénita. Pero, al mismo tiempo, adviértase que no ha perdido totalmente su valor funcional, lo mantiene para sostener la habilitación del acto otorgado. Por ello, el art. 307 del CCyC, en el ámbito notarial, exige la agregación al protocolo de los documentos habilitantes para que, cuando un futuro intérprete acuda a dicha causa, pueda verificar también, merced a la agregación, que el otorgante (vendedor, comprador, donante o donatario), estaba perfectamente habilitado para protagonizar el acto jurídico.

Lo que acabamos de expresar nos permite advertir que hay una funcionalidad activa, cuando el instrumento exige ser ejercido en el acto, y una funcionalidad o ejecutividad pasiva, que se pone de manifiesto al sostener o integrar la habilitación de la causa que originó. Se advierte que esta última es una eficacia ya ejecutada, pero que persiste infinitamente en el tiempo para sostener la plena validez del acto otorgado.

La misma situación se plantea cuando un propietario transfiere su dominio. Una vez operada la transferencia, su título pierde toda eficacia ejecutiva, pero no su validez, que se mantendrá *sine die* a los fines de sostener el encadenamiento del tracto sucesivo. Para ello, es menester recordar, una vez más, que estamos inmersos en un sistema causal, en el que los títulos no se desprenden jamás del derecho que han hecho nacer y reflejarán, tanto en lo sustancial como en lo registral, un perfecto encadenamiento o tracto sucesivo (arts. 281, 282, 726 y 1013 del CCyC y arts. 15 y 16 de la ley 17.801).

En materia de títulos notariales, el agotamiento se logra, en lo gráfico, cuando el notario inserta la nota marginal respectiva en el título que acreditaba el dominio transferido, según exigencia de la Ley Orgánica Notarial 4183, art. 66 (Ley Orgánica del Notariado de Córdoba). Esa nota determina con precisión el agotamiento de dicho título¹⁸.

18 Es importante tener presente el efecto práctico de este marginal. Con el correr del tiempo, hemos

Con estas aclaraciones previas, podemos distinguir distintas causas de ineficacias funcionales:

–Esterilidad: esta causal de ineficacia se da cuando, en un contrato traslativo, por caso fortuito o fuerza mayor, se pierde la cosa o cierto objeto de la prestación (art. 955 del CCyC); cuando el objeto legado deja de estar en el patrimonio del testador (art. 2516 del CCyC); cuando se trata de una obligación sometida a condición suspensiva que no se cumple o a una condición resolutoria que acaece (arts. 348 y 349 del CCyC). En los casos de condición suspensiva incumplida o resolutoria cumplida, alguna doctrina utiliza la expresión “eficacia o ineficacia pendiente”, tomada de la doctrina alemana, puesto que, en ambos casos, el acto subordina su eficacia a un acontecimiento futuro e incierto¹⁹.

–Rescisión bilateral: cuando la extinción de los efectos del acto jurídico se hace por acuerdo de partes hablamos de rescisión bilateral, también llamada “distracto” (art. 1076 del CCyC). Para explicar esta figura extintiva, López de Zavalía expresa: “Lo que el *consensus* puede hacer, el *contrario consensus* puede destruir”. La más elemental lógica acude a fundar su posibilidad. Si las partes pudieron contratar, igualmente podrán distractar.

En verdad, no sería dable hablar de rescisión cuando lo decide una sola de las partes, ni de revocación cuando la misma ha sido pactada, según veremos. Por eso, Zannoni criticaba el art. 1200 del Código de Vélez que expresaba que las partes podían “por mutuo consentimiento, revocar los contratos, por las causas que la ley autoriza”²⁰.

notado una cierta flexibilización a la hora de interpretar esta obligación, sobre todo en las generaciones más jóvenes. El incumplimiento de la norma, no solo respecto a la nota de transferencia, sino también de las que correspondan a gravámenes o afectaciones producidas en el derecho instrumentado, pueden generar daño y, por ende, responsabilidades al notario incumplidor. El efecto del agotamiento logrado mediante la nota marginal en el título que circula impide que el anterior titular pueda hacer valer su derecho ya inexistente, como acreditación de solvencia o sustento de transferencias posteriores, aprovechando un error registral, por ejemplo. La oportuna nota formará parte de la llamada “publicidad cartular”, que es complementaria de la información registral (art. 23 ley 17.801) y evitará en gran medida el engaño a terceras personas.

19 Zannoni, Eduardo A., *Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos*, Ed. Astrea, Bs. As., 2000, p. 130. Aparicio, Juan M., *Contratos. Parte general*, Ed. Hammurabi, Bs. As., 2016, T 2, p. 187.

20 Zannoni, Eduardo A., *Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos*, Ed. Astrea, Bs. As., 2000, p. 128.

-Efecto *ex nunc*: esta forma de extinción no puede alterar los derechos de los terceros de buena fe y, salvo pacto en contrario, solo producirá efectos *ex nunc*, es decir, para lo futuro; a diferencia de la revocación, rescisión unilateral y la resolución, que tienen efecto retroactivo (*ex tunc*).

-Revocación: se habla de revocación cuando, en los actos unilaterales, el otorgante decide extinguir sus efectos. A diferencia de la rescisión o el distracto, en la revocación no hay acuerdo de parte, puesto que el nacimiento mismo del acto tampoco lo requirió; fue unilateral. Son ejemplos típicos de esta causal de ineficacia un testamento o un apoderamiento, ya sea por distanciamiento afectivo con el beneficiario del testamento o por la pérdida de confianza en el apoderado el otorgante del acto decide voluntariamente revocarlo (arts. 2511 y 380 inc. c del CCyC). Adviértase que hemos expresado "apoderamiento" justamente para sacar la revocación del ámbito de los mandatos, puesto que, como sabemos, el mandato es un contrato (art. 1319 CCyC) y, como tal, exigiría acuerdo de partes para dejarlo sin efecto. Sabemos también que es común confundir el poder con el mandato, por eso nuestra aclaración. Si bien en la generalidad de los casos el mandato suele conferir poder de representación, en cuyo caso se aplican las normas relativas a esta (art. 1320 CCyC *in fine*), no siempre es así. El poder de representación podrá revocarse (art. 380 inc. c), mas no el contrato mismo, el cual seguirá vinculando a las partes hasta su extinción (art. 959 CCyC). Hasta podría darse el caso en que el mandatario quisiera ejecutar el contrato a los fines de obligar al mandante a restituir gastos o saldar honorarios con motivo del mismo.

-Rescisión unilateral: a pesar de la contundencia con que nos hemos expresado en los precedentes párrafos, cabe aclarar que bien pudieron las partes haber previsto en el contrato la posibilidad de que una sola de ellas decida la revocación, con lo cual, ya no sería dable hablar de falta de acuerdo. Es respecto de estos supuestos que la doctrina suele referir a "rescisión unilateral", que, sin dudas, es el supuesto al que acude el legislador cuando en el art. 1077 CCyC, bajo el título de "Extinción por declaración de una de las partes", se determina que "el contrato puede ser extinguido total o parcialmente por la declaración de una de las partes, mediante rescisión unilateral, en los casos en que el mismo contrato, o la ley, le atribuyen esa facultad".

-Resolución: esta causal de extinción también funciona solo en los actos bilaterales y su característica más saliente es que opera con efectos

retroactivos, en caso de incumplimiento de una de las partes, salvo los derechos de los terceros que no podrán verse perjudicados.

Los casos más típicos son los pactos comisorios, sea el expreso previsto en el art. 1086 CCyC, es decir, cuando hay previsión en el mismo acto respecto a que si una de las partes no cumple, la otra podrá resolverlo, o sea el pacto comisorio tácito o implícito, como le denomina el art. 1087 CCyC.

–Efectos *ex tunc*: como quedó dicho, el efecto típico de la resolución es que elimina la eficacia del acto con efecto retroactivo, como si nunca hubiese existido, por lo que las partes deberán restituirse lo que se hubieren entregado con motivo de las prestaciones comprometidas y cumplidas, conforme a lo prescripto en el art. 1079, inc. b y art. 1080 del CCyC. Siempre quedan a salvo los derechos de los terceros, según también ya habíamos expresado.

10. LA INOPONIBILIDAD

Para referirnos a la inoponibilidad tenemos que comenzar por aceptar una cierta alteración de la lógica. En efecto, habíamos adelantado que la figura de la inoponibilidad parecía alterar algunos principios de dicha disciplina, pues el acto aparece existiendo para ciertas personas, pero no para otras (es y no es al mismo tiempo).

En forma genérica, el Código Civil y Comercial alude a la inoponibilidad en el art. 396 que expresa que “el acto inoponible no tiene efectos con respecto a terceros, excepto en los casos previstos por la ley”.

–Estipulación por tercero: una de las causales de inoponibilidad se da por aplicación del principio *stipulare alteris nemo potest* (nadie puede estipular por otro) establecido en el art. 1021 del CCyC. Este principio quita todo efecto jurídico a una cláusula que lo transgreda, pero solo respecto del estipulado, ya que las partes pueden quedar vinculadas con dicha convención. Puede ocurrir que la parte se haya comprometido a convencer o interesar al tercero para que acepte la obligación que él no consintió originariamente; pero si ha garantizado que el tercero aceptaría, queda obligado a obtener la prestación del tercero o a responder personalmente en caso de que este no acepte, según el art. 1026

del CCyC. Pero, tal como anunciamos, lo convenido entre las partes es inoponible al tercero. Para este, el contrato que pretende vincularlo es una *res inter alios acta* (cosa realizada entre otros, o entre ajenos) que, para sí, no existe.

Obviamente, como es dable suponer, se aplica esta causal de inoponibilidad cuando una de las partes invoca una representación voluntaria inexistente por parte del tercero, o cuando existiendo un mandato, el mandatario se excede en sus atribuciones y utiliza el instrumento para realizar un acto que no está autorizado. Veremos en el apartado siguiente que tal situación de ineficacia se subsana mediante la ratificación (arts. 369 y 1025, *in fine*, del CCyC).

–Actos ejecutados en fraude: nos referimos al sentido técnico de la expresión, al fraude pauliano, que está previsto en el art. 338 del CCyC, es decir, cuando el deudor, con la finalidad de evadir el pago a su acreedor, transfiere sus derechos a un tercero o renuncia a las prerrogativas que hubieran mejorado su situación patrimonial. Obviamente, tal como estaba previsto, también en el Código de Vélez, se exige que la causa del crédito sea anterior al acto fraudulento, que haya connivencia entre el deudor y el tercer adquirente (*concilium fraudis*) y que, mediante la celebración del acto, se haya colocado realmente en insolvencia el deudor (*eventus damni*), art. 338 CCyC. Pues bien, en estos casos el acreedor queda legitimado para iniciar la acción revocatoria de fraude o “pauliana”²¹. Pero, ante el triunfo de esta acción, el acto no se anula respecto de todos (*erga omnes*), sino solo atendiendo al crédito del actor; tendrá efecto reducido solo para el triunfante (*erga aliquis*). El acto agredido por el acreedor subsiste, sin embargo, para el resto de la comunidad ajena a la acción. Ello es así porque la finalidad de este procedimiento es justamente que el acreedor pueda cobrarse por vía compulsiva el crédito no saldado, ello en aplicación de los arts. 724 y 730 CCyC, entre las normas que perfilan nuestro ordenamiento dentro de la llamada responsabilidad patrimonial. Para el actor, la venta o la renuncia de derechos pergeñados en fraude por el mal deudor, serán totalmente inoponibles,

21 El nombre “Acción Pauliana” obedece a que fue perfilada por el sabio jurisconsulto romano Paulo Julius Paulus Prudentissimus, uno de los cinco autores mencionados en la constitución de Teodosio 11 y Valentiniano 111, publicada en 426 y conocida como Ley de Citas (Petit, Eugene, *Tratado Elemental de Derecho Romano*, Ed. Araujo, Bs. As. Traducción de la 9ª edición francesa por Manuel Rodríguez Carrasco, p. 47, 48).

por lo que el actor triunfante podrá ejecutar la cosa como si el deudor siguiera siendo el dueño o el titular de los derechos que fueren.

–Actos documentados sin fecha cierta: otro supuesto de inoponibilidad se produce cuando el documento que procura ejecutarse en contra de un sujeto no tiene fecha cierta, obvio es que nos referimos al caso en que la fecha fuera crucial para legitimar alguna acción o excepción. Corresponde remarcar que la expresión “fecha cierta” tiene en el mundo del derecho una connotación diferente a la que podría deducirse de su sola expresión. El término se ha apocopado para referir a la fecha que puede enfrentarse a alguna pretensión de un tercero ajeno al acto mismo. Porque entre las partes, el documento tiene la fecha que aparezca en él. Hasta podríamos admitir las expresiones “fecha cierta entre las partes” o “fecha cierta respecto de todos”. Recordemos que el efecto jurídico de la firma (art. 288 CCyC) es que, una vez reconocida por su autor, o dada por reconocida por este, vuelca su efecto de no repudio sobre todo el contenido documental, en razón de lo cual no podría el suscriptor aducir fecha diferente a la que aparece en el instrumento.

Diferente es lo que ocurre respecto de los terceros ajenos a la celebración del acto, para estos, una fecha consignada en un acto privado resulta totalmente inoponible, ya que puede no ser cierta. Sin embargo, cuando estemos en alguno de los supuestos que, en forma genérica, prevé el art. 317 del CCyC el acto será perfectamente oponible pues habría adquirido fecha cierta en los términos que hemos expresado.

Los casos en que se hace aplicable esta inoponibilidad se dan cuando el tiempo de celebración resulta de trascendencia para hacer valer los derechos. Por ejemplo, la afectación a vivienda (art. 249 CCyC); el boleto de compraventa frente a acreedores que hayan trabado cautelares sobre el inmueble comprometido (art. 1170 CCyC, en especial el inc. c); etc.

–Acto registrable no inscripto: si el sistema jurídico exige que ciertos derechos sobre ciertos bienes deban ser inscriptos, la consecuencia de su omisión será la inoponibilidad. Tal ocurre en el registro inmobiliario, según lo sienta expresamente el art. 1893 del CCyC, que expresa: “La adquisición o transmisión de derechos reales constituidos de conformidad a las disposiciones de este Código no son oponibles a terceros interesados y de buena fe mientras no tengan publicidad suficiente”. El Código genera, como una verdadera expresión técnica, el concepto de

"publicidad suficiente" que, respecto de la dinámica constitutiva de los derechos reales, se agrega al de "título suficiente" y "modo suficiente", que apunta a dar a conocer, o a hacer cognoscible por los terceros, determinados derechos. En el caso de los derechos reales, con su típica oponibilidad *erga omnes*, ello será de rigor para la plenitud de su ejercicio²². Dicha publicidad suficiente exige la posesión para las cosas muebles no registrables y la inscripción para los inmuebles o para las cosas muebles registrables (arts. 1890 y 1893, 2do. párrafo del CCyC). Siempre resultará oponible el derecho, aún sin publicidad, para quienes por cualquier circunstancia conocieren la situación; ello por imperio del principio de buena fe, que el CCyC exige en forma general en su art. 9, y particularmente para estos supuestos en el mismo art. 1893 ya citado, que alude a terceros interesados de buena fe.

En conclusión, volviendo a nuestro tema: la inoponibilidad, un derecho no registrado será inoponible para los terceros de buena fe²³.

-Inoponibilidad de donación inoficiosa: esta causal de inoponibilidad se produce cuando un heredero preterido acciona por reducción. Si el causante hubiere donado alguno de sus bienes, hiriendo con dicho acto su porción legítima, consideramos que correspondería referirse, en esta situación, a la inoponibilidad de dicho acto para el lesionado, según lo establecido en el art. 2386 del CCyC. Es más, si el donatario, a su vez, hubiese constituido derechos reales sobre la cosa: transferencia de dominio, usufructo, hipoteca, prenda, etc., tales derechos serán también inoponibles al heredero lesionado en su porción legítima. Es por ello que el art. 2457 del CCyC determina la extinción automática de tales derechos a favor del legitimario agredido. Dice la norma citada que "la reducción extingue, con relación al legitimario, los derechos reales constituidos por el donatario o por sus sucesores".

22 Ventura, Gabriel B., *Ley 17.801. Registro de la Propiedad Inmueble. Comentada. Anotada*, Ed. Hammurabi, Bs. As., 2009, p. 340, 341.

23 El texto del art. 1893 del CCyC mejora considerablemente el art. 20 de la ley 17.801 que solo alude a las partes, el instrumentador y los testigos del acto. Moisset de Espanés, Luis, en su *Dominio de automotores y Publicidad Registral*, Ed. Hammurabi, Bs. As., 1981, p. 205; a propósito de esta falencia el Maestro Cordobés expresaba: "Nos podemos preguntar si no sería extensiva esta oponibilidad, pese a la falta de registración, contra todos los terceros que tienen conocimiento efectivo del acto, aunque no hayan intervenido en él, basándonos en el principio de la buena fe, que debe inspirar a todo ordenamiento jurídico".

En general, la doctrina respecto del Código de Vélez (art. 3591 y ss.), siempre consideró que los actos que vulneran las porciones legítimas de los herederos forzosos o con llamamiento imperativo, serían inoponibles y no nulos; lo que significa una ineficacia funcional relativa; pues sólo los herederos podrán impugnar el legado, pero si ellos no lo hacen, el acto es inobjetable²⁴.

Por nuestra parte, consideramos importante en estos casos reafirmar el carácter de inoponibilidad y no de nulidad, porque de ello deviene, como lógica consecuencia, la legitimidad y validez del acto que solo podría ser impugnado por el heredero preterido. Tal como ya hemos expresado, la inoponibilidad genera una causal de ineficacia por la cual el acto vale respecto de todos, menos en relación con aquel a quien la ley quiere tutelar en un derecho y que la hace valer en un proceso impugnativo. En este caso, el legitimado para accionar (por reducción), sería el heredero a quien se hubiera vulnerado su porción legítima (art. 2452 CCyC); y solo a su respecto el legado como título de adquisición sería ineficaz²⁵.

Lo importante a destacar en estas situaciones, muy reprochables, por cierto, es que el legislador no ha tenido en cuenta para generar tan contundente efecto la buena o mala fe del tercer adquirente. No estamos de acuerdo con el pronunciamiento legal, que hasta genera un efecto reipersecutorio aun respecto del adquirente a título oneroso, sin atender a la buena fe de dicho tercero. Tampoco creemos que haya mala fe por el solo hecho de conocer este que, entre los antecedentes de la cosa adquirida, hubo un título gratuito, donación u otra liberalidad²⁶.

24 Alterini, Jorge H., "Resolución de los contratos y dominio revocable", en *El Derecho*, 50-639-40.

25 Ver sobre acción de reducción, inoponibilidad y reipersecución: Lafaille, Héctor, *Curso de contratos*, compilado por Argüello y Frutos, T III, p. 55, 65, Ed. Biblioteca Jurídica Argentina, Bs. As., 1928. López De Zavalía, Fernando, *Teoría de los contratos. Parte especial*, T I, p. 526: "¿(...) la de reducción es una acción reivindicatoria en nuestro derecho? Estimamos que no (...)". Di Castelnuovo, Gastón, *Donación a terceros*, Ed. FEN, La Plata, p. 16 y 17. Ventura, Gabriel B., "Donaciones. Distracto como medio sub-sanatorio", en *Revista Notarial de La Plata*, N° 954, p. 751 y ss. Ventura, Gabriel B., "La desprotección de la legítima en el Código Civil y en el Proyecto 2012", en *JA*, fascículo 7-2013, p. 3 y ss.

26 Ver sobre el tema nuestro "Donaciones. Necesidad de modificar el art. 2458 del Código Civil y Comercial", en *Revista Notarial de Córdoba*, N° 94, p. 205.

LA OBSERVACIÓN REGISTRAL Y LOS RECURSOS REGISTRALES*

Gabriel B. Ventura

Sumario: Introducción. 1. La calificación registral frente a los actos o documentos viciados de nulidad absoluta. 2. La calificación registral frente a los actos con defectos subsanables. 3. Plazo registral para restituir el documento al solicitante. 4. La inscripción provisional. Subsanación de las observaciones. 5. Recursos contra las decisiones del registrador.

* Presentación del autor en el Seminario Virtual "Laureano A. Moreira", desarrollado en junio de 2022

INTRODUCCIÓN

La función calificadoradora del registrador ha sido siempre objeto de grandes controversias, no sólo entre los doctrinarios nacionales, sino también en el extranjero. Tanto los jueces como los notarios y las autoridades administrativas, cuando sus instrumentos reciben observación por parte del Registro, se resisten, en general, a un acatamiento pacífico. Su disgusto suele expresarse bajo la forma de una simple queja verbal hasta llegar a las acusaciones de desacato en el ámbito judicial.

Aún hoy no se encuentran totalmente superados, sobre todo en referencia a los documentos judiciales, los encuentros entre instrumentadores y Registro; sobre todo por parte de los jueces. Estos funcionarios por la atribución legal del *imperium* judicial han sido los primeros en reaccionar frente a las observaciones o rechazos que necesariamente debe practicar el registrador en su función calificadoradora.

La sola existencia de un funcionario, ajeno a la actividad del instrumentador del acto, que tenga la atribución de controlar y analizar críticamente lo actuado e instrumentado, ya nos perfila el problema. Es una lucha permanente por fundar la validez o invalidez de los documentos, atribuirles o negarles pertinencia registral, con los lógicos encuentros y pependencias en torno a todo ello.

Para empezar adviértase que la norma dice que el registrador debe efectuar un examen de las "formalidades extrínsecas" del documento; lo que podría hacernos pensar que "sólo" deben examinarse las formas extrínsecas¹ y ello no es así. Como bien sostiene Moisset de Espanés, la calificación documental no sólo recaerá sobre las llamadas "formas

1 Debemos tener en cuenta que la forma parece aludir exclusivamente a elementos externos, sin embargo ellas pueden resultar intrínsecas o extrínsecas. Sobre todo cuando analizamos la audiencia notarial o judicial que constituye el ámbito espacial y temporal en el que se desarrolla el acto que se instrumenta; allí surge patente que lo intrínseco resultará de lo que allí ocurra, de todos los elementos exigidos para la validez del acto en cuanto a que se cumplan realmente, de lo que deberá dejarse constancia necesariamente en el instrumento. Entre nosotros, la idea de una formalidad intrínseca aparece manifiesta en los conceptos del propio Codificador, ya que en la nota al art. 4012 del Código Civil, Vélez Sarsfield expresamente se refiere a ella cuando dice: "Debemos distinguir las formas intrínsecas de las extrínsecas. La nulidad del acto puede proceder de sus formas intrínsecas, por ejemplo, sobre las condiciones esenciales del contrato, o de la forma extrínseca, el escrito que lo comprueba, cuando el escrito está sujeto a ciertas formas solemnes".

extrínsecas" a las que alude el art. 8 de la ley 17.801. Expresa el citado autor que "(...) el registrador deberá tener en cuenta, por una parte, la capacidad del constituyente del derecho, de acuerdo con las constancias existentes en el Registro de Anotaciones Personales (...) y por otra, la legitimación para obrar de quien aparece como otorgante del acto, en cuanto se vincula con el cumplimiento del requisito del tracto sucesivo, como dispone el art. 15 de la misma ley"².

Según cual sea el resultado de la calificación, que el documento tenga vicio grave o leve, la norma asigna al registrador una conducta obligada para cada caso.

1. LA CALIFICACIÓN REGISTRAL FRENTE A LOS ACTOS O DOCUMENTOS VICIADOS DE NULIDAD ABSOLUTA

Sabemos que un acto o medida puede resultar nulo por ser tal el acto mismo (nulidad sustancial), o por resultar nulo el instrumento que lo porta (nulidad instrumental). Esta es la doctrina que emerge de los arts. 1044 y 1045 del Código Civil. Por ello hablamos de nulidades materiales, sustanciales o del acto; y de nulidades formales, instrumentales o del documento.

Si el documento estuviera viciado de nulidad absoluta, sea ésta material o formal; es decir que la falencia resulta ostensible y no confirmable (arts. 1047 del Código Civil), el registrador procederá a rechazar el documento.

En nuestra opinión la norma resulta sobreabundante al exigir que la nulidad sea absoluta y manifiesta, dado que el requisito de resultar "manifiesta" integra uno de los elementos tipificantes de la simple nulidad y es éste, al mismo tiempo, el que la hace diferir de la anulabilidad.

Por otra parte, la resolución del artículo resulta demasiado contundente y drástica si se nos permite la expresión. Si bien en su primera lectura, hay una aparente claridad, a poco de analizarla en profundidad se ad-

2 Moisset de Espanés, Luis, *Publicidad registral*, Córdoba, Advocatus, 1997, p. 159. Sin embargo, Raúl R. García Coni y Ángel A. Frontini (en su *Derecho registral aplicado*, Buenos Aires, Depalma, 1993, p. 235) expresan que "parecería que la segunda parte del art. 8 (...) refuerza el concepto de que el examen del registrador debe circunscribirse a las formas extrínsecas..."

vierte que es riesgosa e injusta su aplicación literal. En efecto, imaginemos que, en opinión del registrador, el acto contenga un vicio de nulidad absoluta, pero que luego de debatido el tema en la instancia que fuere, el vicio no resultare ser tal y pudiera subsanarse, pero el documento ya fue rechazado por efecto de esta mala o equivocada calificación habiendo perdido su prioridad registral. Como vemos los daños podrían resultar irreparables.

Es por ello que, en la práctica, cuando el sistema legal local no prevé una solución apropiada para brindar también protección temporal al documento en estas condiciones, el registrador suele ser muy prudente para pronunciarse sobre este primer inciso. Como se ve, la norma no prevé ni siquiera una anotación provisional para este supuesto y el rechazo del documento lisa y llanamente, reiteramos, puede traer consecuencias demasiado gravosas. Por ello el registrador casi siempre procede conforme al inc. b, como si el documento simplemente hubiese sido observado, aun cuando tenga la firme convicción de su nulidad absoluta. Es muy probable que, aunque "intuitivamente" o fundado en una cuestión de justicia, se haga aplicación aquí del art. 18 inc. a) de la ley 17.801.

En el art. 18 de la ley 17.801, inc. a), el supuesto del rechazo aparece, pero no referido a la nulidad del acto o instrumento que accede, sino frente al conflicto de prioridades que se pueden plantear. Si al presentarse un documento existiese otro conteniendo un acto que se oponga o impida la registración del segundo, el registrador "[...] a) Devolverá los documentos que resulten rechazados, dejando constancia de su presentación tanto en el registro como en el documento mismo. La forma y tiempo de duración de esta anotación serán los que rigen respecto de la anotación provisional[...]". Como puede apreciarse esta inscripción provisional por ciento ochenta días, no responde en realidad a la calificación del acto viciado de nulidad absoluta, supuesto que, a nuestro entender, constituye un vacío legal de la ley nacional.

El art. 53 del decreto 2080 reglamenta expresamente el supuesto de rechazo por nulidad absoluta, exigiendo que sea dispuesto directamente por la Dirección (no por el registrador o inscriptor) y confiere al interesado la posibilidad de recurrir a la justicia. Ello supone que de la situación registral quedará constancia en los asientos, preservándose así la prioridad del título involucrado que reclamábamos más arriba.

En Córdoba se ha cubierto este vacío de la ley nacional de manera más concreta aún que en Ciudad de Buenos Aires. En efecto, en el art. 9 de la ley 5771 de Córdoba, está previsto el supuesto del rechazo generando una anotación provisional para garantizar la prioridad al documento presentado. Dice el citado art. 9 que "los documentos rechazados por aplicación del art. 9, inc. a. del decreto-ley 17.801, serán inscriptos o anotados provisionalmente hasta que quede firme el rechazo o se disponga su inscripción o anotación".

Cabe acotar que el rechazo por contener nulidad absoluta, tal como lo vimos respecto del decreto 2080, sólo procede por resolución de la Dirección del Registro, en razón de lo cual la firmeza del mismo, a la que alude el art. 9, se producirá frente al pronunciamiento de la Cámara Civil o por el vencimiento del plazo establecido para recurrir el decisorio de la Dirección; es decir a los diez días de la notificación denegatoria (art. 19 de la ley 5771 de Córdoba).

2. LA CALIFICACION REGISTRAL FRENTE A LOS ACTOS CON DEFECTOS SUBSANABLES

Como puede advertirse, en nuestro título no hemos usado la expresión antinómica "nulidad relativa" que correspondería frente a la nulidad absoluta que acabamos de analizar, puesto que el legislador expresamente ha eludido utilizarla al referirse al supuesto expresando "Si el defecto fuere subsanable". A nuestro entender no ha sido una falencia en la expresión técnica del legislador, sino que, con buen criterio, ha querido usar una expresión más amplia motivo de observación, ya que, según habíamos adelantado, no sólo la nulidad documental o material habría de resultar obstáculo a la registración, sino también todo lo referido a la falta de documentación complementaria, falta de coincidencia con las constancias de los asientos registrales y hasta el conflicto de prioridades frente a documentos ya inscriptos o anotados, previsto en el art. 18 de la ley 17.801. De manera pues que la nulidad relativa (que como tal es subsanable) sólo será un supuesto más en el análisis de este inc. b) y la conducta en él regulada.

Cuando el acto o documento contenga falencias que obstaculicen la registración definitiva; pero que puedan ser salvadas, el registrador devolverá el documento dentro de los treinta días de su presentación,

para que lo subsane. Dicha subsanación podría consistir, en términos generales, en la agregación de solicitudes y formularios que hubieren faltado en la presentación original (Certificados catastrales; partidas de fallecimiento, etc.) o en el ingreso de documentos rectificatorios del presentado que, por equivocación del instrumentador, no contenía ciertos datos esenciales para su registro o se habían consignado erróneamente.

En estos casos, tal como dispone el art. 9 de la ley 17.801, el registrador tomará nota del documento en un asiento provisional, cuya vigencia es de ciento ochenta días; circunstancia que también deberá consignarse en el mismo documento observado. Este plazo constituye una natural prolongación del llamado bloqueo registral que se genera, junto con la reserva de prioridad, al expedirse el pertinente certificado registral exigido en el art. 23 de la ley 17.801. Dicho plazo de ciento ochenta días se concede frente a la posibilidad de reparar los errores u omisiones contenidos en el documento, sus accesorios o en el trámite inscriptorio, y supone una actitud correlativa del instrumentador para efectuar las mismas. Obviamente, mientras penda el plazo estipulado, no variará la situación registral del bien, puesto que en eso consiste justamente el natural efecto del bloqueo registral y la reserva de prioridad ganada mediante el certificado registral previsto.

3. PLAZO REGISTRAL PARA RESTITUIR EL DOCUMENTO AL SOLICITANTE

El artículo ordena que el registrador deberá efectuar la calificación registral dentro de los treinta primeros días de los ciento ochenta que se asignan al documento por la inscripción provisoria. Sin embargo, al no determinar cuál o cuáles serán las consecuencias de su demora, se han suscitado algunos problemas.

Lamentablemente ese vacío deberá ser llenado por las leyes locales, por los usos y costumbres o por la jurisprudencia, observando los preceptos que nos marca la doctrina hermenéutica. Es en estos puntos en los que los usos y costumbres toman un especial realce a partir del art. 17 del Código Civil (modificado por la ley 17.711).

El art. 9 de la ley 17.801, de igual manera que ocurre en otras legislaciones del derecho comparado, otorga un plazo de treinta días al registra-

dor que, aunque no expreso, surge tácitamente de la norma³, cuando establece que devolverá el documento al solicitante dentro de los treinta días de presentado. Pero, no nos dice nada respecto a cuáles serán las consecuencias cuando la función calificadora sufra un atraso justificado o injustificado, y se venza el plazo de treinta días sin que el documento haya sido procesado.

La ley registral cordobesa 5771, quizá por cuestión puramente coyuntural y por resultar inevitablemente necesario el dispositivo frente al generalizado y emblemático atraso en esa jurisdicción, ha contemplado el supuesto de manera expresa y con acierto en el art. 10 que establece que "cuando fuere observado el documento vencidos los treinta días que la ley le acuerda al registrador para ello, la inscripción provisional por el término de ciento ochenta días legislada por el inc. b del art. 9º del decreto-ley 17.801, se tendrá por prorrogada de pleno derecho, por un plazo igual a contar desde la fecha de notificación de la observación...". En definitiva, la norma viene a subsanar el vacío de la ley nacional. El legislador cordobés, al momento de redactar la norma tomó en cuenta el supuesto y lo inconveniente que podría resultar delegar el llenado del vacío mediante el concreto devenir de la jurisprudencia⁴. Prefirió, de acuerdo a una sana lógica, conforme a la costumbre y a la realidad social, dar una solución fundada jurídicamente y cuya implementación no ofrece dificultades⁵.

Al respecto Moisset de Espanés dice que "...frente a la demora registral en calificar el título, el art. 10 de la ley 5771 cordobesa, garantiza los ciento cincuenta días al usuario para subsanar los defectos que el Registro haya señalado o plantear los recursos contra su observación [...] El dispositivo atiende a los intereses de las partes y, sobre todo, los del notario que autorizó el documento y tramita su inscripción y los del registrador que ve convalidada su demora en examinar los documentos"⁶.

3 Scotti, Edgardo, *Derecho registral inmobiliario*, Ed. Universidad, Bs. As., 1980, p. 90.

4 Ventura, Gabriel B. "La demora en la calificación registral y la prórroga automática del art. 10 de la ley 5771", en *Foro de Córdoba*, nro. 42, Córdoba, 1997, p. 119 y ss.

5 Scotti, ob. cit., p. 93. Ver también, sobre la necesidad de que las leyes respeten la realidad social o "la vida jurídica espontánea", Moisset de Espanés, Luis, *Codificación civil y derecho comparado*, Ed. Zavalía, Bs. As., 1994, p. 29.

6 Moisset de Espanés, Luis, *Publicidad registral*, Ed. Advocatus, Córdoba, 1997, p. 218.

De nuestra parte estimamos que no puede la administración quitar o reducir el término para subsanar las observaciones, ni aparece lógico que el plazo otorgado por la ley nacional pueda vencerse estando el documento dentro del registro sin haber sido ni observado ni rechazado. El documento en el "iter inscriptorio" se encuentra fuera del acceso del usuario, sea autoridad judicial o administrativa o un funcionario notario y, por ende, no puede vencerse⁷. Sin embargo, es dable criticar el dispositivo cordobés en cuanto denomina al supuesto como "prórroga" cuando estimamos que sería más correcto aludir al efecto jurídico previsto en el art. 10 de la ley 5771, como de suspensión de términos.

Resulta ilustrativo, para dimensionar el problema que analizamos, el caso que tocó vivir en la Provincia de Buenos Aires a comienzo de los años setenta. Se habían acumulado más de cincuenta mil títulos y muchos de ellos ingresados hasta un año atrás. Ello motivó una resolución en Expte. 2307-4651/70 en la que la Dirección del Registro expresaba que "[...] ese plazo de treinta días para efectuar la calificación registral se ha visto totalmente desvirtuado con motivo de la demora existente [...] igualando tal evento al caso fortuito o fuerza mayor en cuanto a la situación del interesado, ya que se enfrenta con un término que la ley le confiere y que no puede utilizar para subsanar la falla que motivó la observación [...] esta Dirección considera suspendido el término de ciento ochenta días comentado, cuando transcurren más de los treinta fijados por la ley para calificar [...]"⁸. Cornejo, a propósito del problema que analizamos, expresa que "El plazo de ciento ochenta días se cuenta desde la fecha de presentación del documento y no desde la fecha de su devolución, salvo [...] que el Registro se demore más de treinta días para calificar el documento, en cuyo caso el plazo de ciento ochenta días se suspende a partir del trigésimo día. La demora en calificar produce la suspensión del plazo de la inscripción provisoria"⁹.

Scotti elogia la norma cordobesa que hemos transcripto más arriba, dado que, a su entender, contiene una solución justa y jurídica a la cuestionada laguna de la ley nacional. En efecto, explica el mencionado autor que "si transcurren los treinta días conferidos al registrador sin que la

7 Ventura, Gabriel B. "La demora en la calificación registral y la prórroga automática del art. 10 de la ley 5771", ob. cit. p. 123.

8 Ver parte pertinente de la resolución registral citada, en Scotti, Edgardo, ob. cit., p. 92 y 93.

9 Cornejo, Américo A., *Derecho registral*, Ed. Astrea, Bs.As. 1994, p. 218 y 219.

calificación se produzca, automáticamente se suspende el curso del plazo de la inscripción provisional, dispuesto en beneficio del requirente. Continuará el transcurso del plazo cuando el documento sea efectivamente expedido con el resultado del examen". La forma de llevar a cabo estas manifestaciones es prorrogando la inscripción provisoria por todo el término que el Registro se tomó de más al pasarse de los treinta días. Finalmente el mismo Scotti manifiesta "Tal es, por otra parte, la solución contenida en el art. 10 de la ley cordobesa 5771"¹⁰.

Por ello en general la doctrina, al analizar el supuesto, determina que frente a los casos de demora en la calificación, a semejanza de un caso fortuito o fuerza mayor, corresponde la suspensión del plazo hasta que la función calificadora se cumpla y el documento quede a disposición del interesado.

La mayoría de las leyes locales no dan solución expresa al problema. Así, por ejemplo el decreto 2080 sólo reitera la reglamentación nacional aludiendo al asunto al expresar en el art. 24 que "El registrador calificará los documentos [...] en el plazo fijado en el art. 9 de la ley [...]".

Cabe consignar que no debemos imaginar la demora sólo producida por negligencia o incuria registral; también puede deberse, y en cualquier registro del país o del mundo, frente a una catástrofe, huelga o cualquier otra circunstancia similar que impida al registrador cumplir oportunamente la función calificadora. Una solución justa y lógica no podría pasar sino por considerar suspendidos los plazos registrales.

Estimamos que en una futura reforma a la ley 17.801 sería muy provechoso establecer una suspensión del plazo frente a la demora del registrador en calificar el documento. Con la incorporación de la informática al trámite registral se facilita aún más la situación, dado que el propio sistema puede prever la suma del plazo que excede de los treinta días asignados por el art. 9, a los ciento cincuenta que siempre deben quedarle al requirente.

¹⁰ Scotti, Edgardo, ob. cit. p. 92 y 93.

4. LA INSCRIPCIÓN PROVISIONAL

Como queda determinado en el mismo art. 9, cuando el documento merece observación, debe ser registrado mediante asiento provisional que guardará su prioridad y garantizará la inmutabilidad de la situación registral durante el plazo de los ciento ochenta días de su vigencia. Debe tenerse presente que, como veníamos explicando en los párrafos precedente, de ese lapso el registrador pudo tomarse no más que los treinta días que la misma norma le concede para ejercer su función calificadora. De manera pues que, al solicitante del servicio registral le quedarán siempre, como mínimo, ciento cincuenta días. En ese plazo el interesado deberá dar solución al obstáculo que impide la inscripción definitiva del documento, cuyos motivos pueden ser leves o graves. Desde la falta de agregación al trámite de un certificado accesorio (certificado catastral por ejemplo) hasta la falta de titularidad del transmitente por un defecto en el tracto sucesivo, pueden motivar la observación y la anotación provisional del documento, tal como se prevé de manera expresa en el art. 15 de la ley santafesina 6435.

El art. 9 de la ley 17.801, prevé igualmente la solicitud de prórrogas por parte del requirente. Si el plazo no le ha resultado suficiente para subsanar la falencia motivo de la observación, podrá solicitar que se le prorrogue. El dispositivo no pone límites a estas solicitudes, por lo que podría pensarse en una sucesión de solicitudes de prórrogas que produzcan una situación provisional de los asientos por tiempo ilimitado; sin embargo se exige que las solicitudes estén debidamente fundadas; y, como es dable suponer, el registrador no debería conceder las prórrogas que resulten manifiestamente dilatorias. El legislador descansa en su discrecionalidad. Adviértase que, tratándose de una inscripción obligatoria la que rige en el derecho inmobiliario argentino, no es dable mantener un documento en situación provisional sin un serio motivo.

Las reglamentaciones locales suelen poner un límite al pedido. Así, por ejemplo el decreto 2080 establece en el art. 38 que el peticionante, frente a una observación aceptada, podrá pedir una prórroga de la inscripción provisional por sesenta días, la que será concedida por el mismo inscriptor que observó el documento. Pero, además de esta prórroga (que es obligatoria frente a la solicitud expresa, ya que la ley concede esa prerrogativa al peticionante), la Dirección, en supuestos que la misma norma califica "de excepción", podrá conceder otras, mediante

resolución fundada, cuyo plazo no podrá exceder de ciento veinte días. Vemos así que la norma local pone el límite que no había quedado precisado en la norma nacional.

Igualmente, en Córdoba, el art. 15 de la ley 5771, otorga a la Dirección la facultad de conceder las prórrogas que la ley nacional propone; pero no aparece en esta ley la limitación a un número determinado de solicitudes ni a un máximo de plazo, como vimos en el decreto 2080. En la práctica, mediante resoluciones generales (o disposiciones técnico registrales, como les denominan en algunas demarcaciones) se ha limitado también a una prórroga por noventa días, cuyo otorgamiento sería obligatorio para la dirección, y cuantas más se petitionen con el debido y justificado fundamento que exige el citado art. 15 de la ley de Córdoba y el art. 9 de la ley nacional.

De nuestra parte estimamos que el sistema debería estar siempre proclive a la concesión de nuevas prórrogas ya que se encuentra en juego la seguridad estática del derecho real. La situación jurídico real nace, se modifica o se extingue fuera del registro y todo lo que podamos hacer para dejar un reflejo de esa realidad en los asientos registrales coadyuva a la seguridad jurídica que constituye uno de los motivos de la llamada publicidad material¹¹; o sea todo lo que respecta a principios rectores del registro, al cumplimiento de sus fines.

Por ello, mientras el pedido esté debidamente fundado, consideramos que la prórroga debiera ser concedida.

No desconocemos que mediante una actitud maliciosa el propietario puede pretender mantener al margen de su patrimonio un bien inmueble, con la intención de eludir la acción de sus acreedores; pero estimamos, aun así, que es preferible tolerar esa posibilidad y no modificar una prerrogativa sustancial por un aislado caso patológico. Debe tenerse presente además que siempre contará el acreedor con la acción subrogatoria prevista en el art. 1196 del Código Civil que le permitirá solicitar

11 Moisset de Espanés, Luis; *Publicidad registral*, Ed. Advocatus, Córdoba, 1997, p. 242. Este autor, luego de advertir sobre la confusión general de la doctrina nacional respecto a cuál es el "fundamentum divitionis" entre la llamada "publicidad material" y "publicidad formal", aclara que la distinción responde a la diferencia entre materia y forma que enseñaban Aristóteles y Santo Tomás que pasó luego a la doctrina registral española.

él directamente la registración del derecho de su deudor. A ese punto alude el art. 6, que regula la rogación, cuando expresa que la modificación registral podrá ser solicitada por "quien tuviere interés en asegurar el derecho que se ha de registrar".

Un punto a tener en cuenta es la necesidad de que las observaciones se formulen de una sola vez, para evitar que el documento ingrese y salga observado reiteradas veces. El caso puede producirse dentro de lo que debe considerarse como error humano y por ende tolerarse; pero lo que no resulta admisible es que hasta haya logrado consagración legislativa en el art. 11 de la ley 5771 de Córdoba, que prevé el supuesto expresando que "Cualquier observación que formulara el Registro, después de haberse cumplimentado las observaciones que motivaron la devolución del documento, dentro de los últimos quince días del término de inscripción o anotación provisional, también producirá una prórroga de pleno derecho por quince días más, para subsanar o pedir prórroga por período determinado". Como bien apunta Moisset de Espanés "Lo ideal sería que la observación se efectuara dentro del plazo de treinta días previsto por la ley, y que se haga por escrito, indicado de una sola vez todos los defectos que se encuentran en el acto, para evitar la desagradable sorpresa que sufren las partes cuando después de salvados los defectos, y reingresado el documento, se formulan nuevas observaciones"¹².

SUBSANACIÓN DE LAS OBSERVACIONES

Si el requirente se allana a las observaciones formuladas por considerarlas atinadas, se encaminará a solucionar las mismas perfeccionando el documento ingresado.

Si la observación obedeciera a la falta de acompañamiento de documentación accesorio, como pueden serlo solicitud rogatoria o carátula rogatoria (en las demarcaciones donde se solicitan), bastará sólo con presentar nuevamente el documento con los elementos que faltaban; pero si, en cambio, la observación estuviere referida a algún defecto o falencia del título en cuanto a su valía, deberán confeccionarse documentos que tendrán por fin sanear la observación formulada. Aparecen así los documentos subsanatorios que serán de distinta entidad según el grado de gravedad de la falencia o anomalía del acto o documento presentado.

12 Moisset de Espanés, Luis, *Publicidad Registral*, ob. cit., p. 219.

En general podemos aludir a subsanaciones a través de documentos complementarios que justamente cubren el punto que había merecido el reproche registral. Pero estos documentos complementarios podrán a su vez, según se los denomine en el derecho sustancial ser: Actos confirmatorios, ratificatorios, convalidatorios o rectificatorios. Veamos cada uno de ellos por separado

A. ACTOS CONFIRMATORIOS

Se usa esta expresión para aludir al saneamiento de aquellos actos que presentan nulidad relativa. Mediante un acto posterior, los contratantes, tal como expresa el art. 1059 del Código Civil, elaboran otro acto jurídico por el cual hacen desaparecer los vicios del que se hallaba con la causal de nulidad.

Un ejemplo de esta situación se presenta cuando el adquirente en una compraventa, por ejemplo, no tenía la capacidad suficiente para contratar (art. 1160 del Código Civil), y mediante acto posterior se cubre su falencia con la autorización judicial o por el mismo sujeto una vez adquirida la capacidad legal.

La norma del art. 1061 del Código Civil establece cuál deberá ser el contenido del documento confirmatorio y dice: "La confirmación puede ser expresa o tácita. El instrumento de confirmación expresa, debe contener, bajo pena de nulidad: 1) La substancia del acto que se quiere confirmar; 2) El vicio de que adolecía; y 3) La manifestación de la intención de repararlo".

La confirmación tácita, en cambio, procede tan solo con la ejecución voluntaria del acto que se hallaba sujeto a la acción de nulidad, por ejemplo cuando quien adquirió el derecho siendo incapaz, luego viene a otorgar escritura de venta.

No deja de llamarnos la atención, por aparecer como incoherente, que frente a una confirmación tácita prevista de manera contundente en el art. 1063 del Código Civil, el legislador sancione con la pena de nulidad la confirmación expresa que no contenga los elementos minuciosamente detallados en el acto confirmatorio.

En la confirmación expresa el instrumentador hará comparecer a las partes del acto, relatará históricamente el acto observado y luego consignará los elementos que hemos transcritos previstos en el art. 1061.

Hay un punto que merece nuestra especial atención y es lo regulado en el art. 1064 del Código Civil. La norma expresa que “la confirmación, sea expresa o tácita, no exige el concurso de la parte a cuyo favor se hace”. Es decir que podrá no comparecer al acto el sujeto que se vería beneficiado con el acto confirmatorio. Remarquemos, sin embargo, que en la gran mayoría de los casos, ambas partes se verán beneficiadas, puesto que ambas han perseguido un acto plenamente válido y sería sólo mediante un proceder de mala fe que podríamos imaginar a uno de ellos procurar la invalidez aprovechando una falencia o error involuntarios.

Creemos que el verdadero sentido de la norma radica en atender si la modificación que generará la confirmación, altera o no el sinalagma contractual. Entendemos por sinalagma el equilibrio de las prestaciones consentidas por las partes. Pongamos un ejemplo aclaratorio: A constituye hipoteca sobre un bien inmueble de su propiedad a favor de B; pero por una omisión del notario no se relaciona el monto de la garantía. Esta falencia grave genera nulidad, según lo preceptuado en los arts. 3131, inc. 4, y 3148 del Código Civil, sin embargo entre las partes se acuerda una subsanación, y mediante la comparencia de ambas partes, el notario relatará sus dichos en cumplimiento del art. 1061, detallando minuciosamente el monto de la garantía. En el caso relatado ambas partes debían estar presentes, pues el monto del gravamen afectaba el sinalagma ya que había sido tenido especialmente en cuenta en el momento de la contratación y su equilibrio había sido analizado por las partes en el momento de consentir y suscribir el acto.

En cambio, si lo que estuviere equivocado, fuere la descripción del objeto en un contrato de compraventa y el mismo resultare de una dimensión mayor a la consignada en el título, podríamos válidamente pensar que no sería menester la comparencia del adquirente.

B. ACTOS RATIFICATORIOS

La ratificación es una expresión técnica empleada para los casos en que no ha habido una voluntad expresa o válida de una de las partes. Puede

darse cuando se contrata en nombre de otro sin mandato o hay un uso que excede las facultades contenidas en el mismo, así como cuando en una persona jurídica, sus órganos representativos actúan sin encontrarse habilitados o facultados para el acto.

Los contratos no pueden oponerse a terceros. Recordemos que la regla general en materia de contratos, dominados por el principio de "alteridad" típico de las obligaciones de él nacidas, es que generan sus efectos sólo entre las partes contratantes y no en relación a terceros. Es el principio *res inter alios acta*.

Esta regla general la tenemos establecida en el art. 1195 del Código Civil que en su último párrafo prescribe que "Los contratos no pueden perjudicar a terceros"; y en el art. 1199 cuando expresa que "Los contratos no pueden oponerse a terceros, ni invocarse por ellos, sino en los casos de los artículos 1161 y 1162". Pues bien estos supuestos excepcionales a los que alude el art. 1199, se refieren justamente a los actos ratificatorios.

A manera de ejemplo imaginemos en una adquisición o venta de un bien inmueble en el que el mandato o cualquier otra documentación habilitante no resultare suficiente. El notario, por error en el "bastanteo"¹³, autoriza igualmente el acto. En tales casos el otorgante puede luego, mediante la ratificación en el ámbito notarial, sanear la falencia motivo de la observación. Esta es la doctrina que surge de los arts. 1930 y 1931 del Código Civil, correlativos directos de los arts. 1161 y 1162 citados por el mismo legislador en el art. 1199 ya transcripto.

La técnica a seguirse en el documento ratificatorio será exactamente la misma prevista para la confirmación en el art. 1061: El instrumentador hará el relato del acto que se ratifica, determinará la falencia en cuanto al bastanteo documental y finalmente consignará la expresión directa de las partes de intención de ratificar el mismo.

13 Se utiliza la expresión técnica "bastanteo" para aludir al estudio que debe efectuar el instrumentador a la hora de utilizar un mandato o un contrato social y las actas respectivas de una sociedad civil o comercial. El objeto es la determinación técnica en cuanto a la suficiencia del documento para habilitar al acto que se está por otorgar.

C. ACTOS CONVALIDATORIOS

Si bien el supuesto de convalidación no dejaría de ser, en algún sentido, una confirmación, dado que con él se deja sin efecto la nulidad que afectaba a otro acto, no creemos que sea dable considerarla junto a ella, como un supuesto más de este acto subsanatorio¹⁴.

Se trata de un caso muy particular en el que el transmitente no tenía el derecho que pretendió transmitir. Obviamente el acto jurídico, en tales casos es ineficaz por aplicación del principio *nemo plus iuris ad alium tranferre potest quam ipse haberet* consagrado en el art. 3270 del Código Civil. Sin embargo, por expresa disposición del art. 2504 del Código Civil, "si el que transmitió o constituyó un derecho real que no tenía derecho a transmitir o constituir, lo adquiriese después, entiéndese que transmitió o constituyó un derecho real verdadero como si lo hubiera tenido al tiempo de la transmisión o constitución".

Mientras en la confirmación se hace menester el cumplimiento de los recaudos establecidos en el art. 1061 del Código, recayendo sobre el mismo título observado; en la convalidación, en cambio, la subsanación se produce automáticamente por la adquisición posterior del derecho transmitido y que el enajenante no tenía. Ni siquiera es menester en el acto convalidatorio aclaración o mención alguna al acto nulo. Adviértase que la adquisición posterior a la que alude el art. 2504 puede ser por vía convencional o puede ser una adquisición *mortis causae* del derecho que el transmitente o constituyente no tenía.

Debemos remarcar que esta solución no es factible en la hipoteca, respecto de la cual, sin motivo valedero que lo justifique, el legislador vedó dicha posibilidad de manera expresa en el art. 3126 del Código Civil, correlativo inmediato del art. 3119 que exige la propiedad del bien al hipotecante.

Un párrafo aparte merece el art. 1330 del Código Civil, ya que, aunque no resulte del todo evidente, alude a dos tipos de actos saneatorios. Dice la norma que "la nulidad de la venta de cosa ajena queda cubierta por la ratificación que de ella hiciere el propietario[...]". Este supuesto debe entenderse en el plano instrumental, como que el vendedor hizo saber

14 En general la doctrina la considera un supuesto de confirmación. Véase al respecto Cifuentes, Santos, *Negocio jurídico*, Ed. Astrea, Bs.As. 1986, p. 671 y ss.

al adquirente que la cosa era ajena, de lo contrario, para su subsanación no bastaría con una simple ratificación de los arts. 1161 y 1162, sino que se haría menester enmendar el acto también en cuanto a la persona del transmitente, ya que quien debe transferir es el *dominus* y no quien se arrogaba el derecho de este.

El segundo párrafo del art. 1330, en cambio, alude a un caso típico de convalidación de los previstos en el art. 2504 del Código Civil y a los que hemos aludido en párrafos precedentes al analizar este acto subsanatorio. Se refiere pues a que quedará cubierta la nulidad de la venta de cosa ajena, cuando el vendedor ulteriormente viniese a ser sucesor universal o singular del propietario de la cosa vendida.

D. DOCUMENTOS RECTIFICATORIOS

Aludimos con esta denominación a todos aquellos supuestos en que, sin llegar a manifestarse las falencias sustanciales de la entidad suficiente como para hacer necesario algunos de los actos subsanatorios analizados, sin embargo sea menester rectificar algunos datos consignados en los documentos presentados para su inscripción. Cuando, por ejemplo no se consignó uno de los linderos del inmueble transferido, o se lo citó incorrectamente o no se estableció la ubicación expresa del bien sobre el que recae el derecho.

Debe tenerse presente que no siempre las falencias descriptivas, tanto en la determinación de los sujetos como del objeto, generarán nulidad. Recordemos que en materia de descripción del inmueble en la compraventa, por ejemplo, el art. 1333 del Código Civil admite como válido el contrato mientras el objeto resulte determinable, aunque faltasen algunos datos individualizantes. En efecto en la norma citada se expresa que “no habrá cosa vendida cuando las partes no la determinasen o no estableciesen datos para determinarla”. Otro tanto hace el art. 3133 respecto de la hipoteca.

Pues bien, entendemos que en todos estos casos es factible la reparación del error u omisión mediante un acto rectificatorio. Esta expresión genérica permite admitir esta denominación también para cualquiera de las falencias previstas en los puntos anteriores. Así podríamos decir que toda escritura o acto convalidatorio, confirmatorio o ratificatorio, es también rectificatorio en cuanto a que subsana una falencia o error del

acto observado. La técnica a emplearse en estos supuestos será siempre la aludida en los artículos referidos a la confirmación, art. 1061 del Código Civil, que por analogía, nos indica cuál deberá ser el contenido documental. En cuanto a la forma, el art. 1062 nos indica que deberá ser la misma exigida para el acto que se rectifica.

Respecto a la comparencia de las partes a cualquiera de estos actos saneatorios, estimamos que deben aplicarse las reglas que hemos sentado más arriba respecto del art. 1064; es decir que no será necesaria la comparencia de todas las partes, sino sólo de aquellas que, frente a la modificación del sinalagma contractual, pudieren resultar perjudicadas.

Recordemos una vez mas, que jamás podrá el notario por sí solo efectuar ninguno de estos actos saneatorios. El sistema de notariado latino, dominado por el principio de rogación, impide que este instrumentador aparezca autorizando un acto sin la solicitud expresa de alguna de las partes.

En todos los casos, para dar por superada la observación registral el instrumentador dará ingreso nuevamente al documento originario, en el plazo de la anotación provisional, juntamente con el documento saneatorio. Superado así el obstáculo, el inscriptor registrará definitivamente el documento.

5. RECURSOS CONTRA LAS DECISIONES DEL REGISTRADOR

Como surge del mismo dispositivo del art. 9 de la ley 17.801, el interesado que no esté de acuerdo con el rechazo o la observación producida por el registrador, tiene la facultad de recurrir dicha decisión mediante el planteo de diversos recursos.

Como se verá, las leyes locales generalmente determinan dos tipos de recursos, los que la doctrina divide en recursos internos o recursos externos.

A. RECURSOS INTERNOS

Si el rogante considera que la observación no tiene asidero y que el acto debiera registrarse tal como está presentado, la ley le autoriza

a plantear el primer recurso, llamado recurso de recalificación. Este recurso, según el decreto 2080/80, art. 39, deberá formularse ante el mismo registrador que efectuó la observación, dentro de los noventa días de ingresado el documento. Debe fundar su pedido y ofrecer prueba en ese mismo lapso.

El plazo de producción de la prueba será de quince días contados desde la interposición del recurso (art. 40) el que podrá prorrogarse excepcionalmente a pedido expreso del interesado y sólo por otros quince días.

Como vemos este recurso se dirige al mismo registrador que formuló la observación; pero si el pronunciamiento fuere adverso al recurrente, o el registrador no se expidiera en los quince días que le concede el art. 40 o el máximo de treinta días por haber solicitado prórroga, le quedará al interesado la posibilidad de acudir directamente ante el Director del Registro.

Este recurso interno se denomina en el ámbito del decreto 2080/80, art. 42, recurso de apelación y debe plantearse dentro de los quince días contados a partir de la fecha de notificación de la resolución denegatoria recaída en el recurso de recalificación.

En Córdoba, la ley 5771 regula de manera similar los recursos que puede entablar el interesado frente a la negativa de registrar por parte del Registro de propiedades. Así la primera instancia recursiva, ante el mismo registrador que formuló la observación, el llamado "recurso de recalificación", aparece en el art. 16 de la ley 5771 como "recurso de rectificación", el que deberá interponerse dentro de los treinta días de haber sido notificado formalmente de la observación que se impugna.

El registrador tendrá quince días para pronunciarse y si persiste en la observación a pesar de los argumentos esgrimidos por el rogante, o deja vencer el plazo de quince días sin emitir pronunciamiento, le queda al interesado el recurso de apelación ante el Director, rotulado así seguramente por influencia del decreto 2080, art. 42 que, como vimos, le denomina de esa forma¹⁵. Lo resuelto por el Director cerrará la instancia administrativa y de los que hemos denominado "recursos internos".

15 Moisset de Espanés, Luis, *Publicidad registral*, ob. cit., p. 225.

Obviamente, en todos los casos de observación o rechazo, el registrador debe fundar su pronunciamiento. En la ley cordobesa, esta situación se encuentra exigida, al menos indirectamente, en el art. 16 cuando expresa que "en los casos en que mediara observación motivada [...]". En el decreto 2080 aparece exigida sólo frente a los recursos (art. 45), pero aún en las reglamentaciones en que no se expresara nada al respecto, siempre será dable exigir a la Administración el fundamento de la negativa a la rogación en legal forma.

Ello cumple con dos finalidades fundamentales. En primer lugar evitar la arbitrariedad de la administración, negando la prestación del servicio por causas que no se correspondan con ninguna exigencia legal; y en segundo lugar para no dejar en indefensión al administrado que, sólo conociendo el motivo preciso, podrá argumentar en contra de lo resuelto, según las prerrogativas recursivas que la misma ley le concede¹⁶.

Es importante tener presente lo manifestado en el párrafo precedente, porque el recurso debe atenerse nada más que al motivo del obstáculo a la inscripción, según el criterio del Registro, y no es necesario profundizar en otras cuestiones que no figuren en el texto de la observación.

Lamentablemente las "costumbres registrales", en todo el país, hacen que las observaciones sean bastante informales y notificadas también de una manera bastante cuestionable. Deberíamos exigir una observación y notificación más formal.

En algunas jurisdicciones se prevén sólo dos instancias, una ante el director y la otra directamente judicial. No existe la primera instancia ante el mismo funcionario registrador. Así ocurre, entre otras, en las provincias de Santa Fe, La Rioja, San Luis y Santiago del Estero.

B. RECURSO JUDICIAL

Frente a la negativa de acceder a la inscripción definitiva por parte también del Director del Registro mediante el recurso de apelación, le quedará al interesado el llamado recurso judicial¹⁷.

16 Moisset de Espanés, Luis. *Publicidad registral*, ob. cit., p. 222.

17 Estimamos más acertado hablar de "recurso judicial" y no "jurisdiccional", dado que "jurisdicción" en sentido técnico, tienen tanto el Juez como la autoridad registral, por lo que los recursos internos, en

En las instancias internas o administrativas, los llamados recursos de rectificación y apelación, bastará con la firma del notario, dado que es representante del interesado directo, y habilitado o legitimado legalmente para el trámite (art. 6 ley 17.801); pero si se trata del llamado recurso jurisdiccional ante la Cámara Civil (art. 19 ley 5771) que exige, justamente por ser judicial, la pertinente firma de letrado y la participación del interesado directo, entendemos que la participación de un abogado de la matrícula debería resultar ineludible.

El notario actúa tanto por derecho propio como, en cierta manera en representación de las partes del acto a inscribir, en tanto y en cuanto se ventile el recurso en sede administrativa. En sede judicial, el notario conserva interés de parte -adviértase que en algunos casos será él, frente a un fallo desfavorable, el responsable de la no inscripción del acto-; pero ello no le exime de la necesidad de recurrir al asesoramiento y asistencia técnica de abogado¹⁸.

Un interesante fallo pronunciado por la Cámara 5ta. Civil y Comercial de Córdoba, de fecha 12 de setiembre de 1985, hizo especial hincapié en la necesidad de la notificación al interesado directo, en el caso el comprador, frente a la necesidad de plantear el recurso judicial ante la Cámara Civil. "Dada la trascendencia que puede tener la resolución jurisdiccional, debe notificarse la situación directamente al interesado, en el caso el adquirente del inmueble, a fin de que disponga del legítimo derecho de defensa que acuerda a todo ciudadano la Constitución Nacional"¹⁹.

nuestro criterio, serían también jurisdiccionales.

18 Ventura, Gabriel B., "Recurso registral jurisdiccional: nota a fallo," Revista Notarial de Córdoba, nro. 55, 1988-1, p. 118.

19 Ver síntesis del fallo en Revista Notarial de Córdoba, nro. 55, 1988-1, p. 117

Jurisprudencia

Nota a fallo

LA ATRIBUCIÓN DEL DERECHO DE HABITACIÓN AL CONVIVIENTE SUPÉRSTITE

Carla Gabriela Balducci

I. Introducción

A partir del análisis del fallo de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Dolores del 9 de marzo de 2023 en autos "G.J.C. c/ Herederos de la señora N.I.L. y H.N.G. s/ atribución vivienda familiar", causa n° 101.259¹, abordaremos ciertos planteamientos relacionados a la atribución del derecho real de habitación a favor del conviviente supérstite.

Esta novedosa figura incorporada con motivo de la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación, se halla contemplada en el art. 527 del citado cuerpo legal. Se ha de considerar el reconocimiento en un marco supralegal, tanto constitucional como en tratados internacionales, de la tutela de los derechos humanos, –y en especial los de los adultos mayores–, la protección integral de la familia, ante el progresivo incremento del número de personas que optan por organizar su vida familiar a partir de una unión convivencial. El objetivo de la norma en análisis, persigue la protección de la vivienda familiar para el conviviente ante el advenimiento de la muerte de la persona con quien compartía su proyecto de vida común.

En virtud de estas apreciaciones, proponemos en este trabajo el estudio del fallo jurisprudencial a partir de esta herramienta jurídica, ahondando en sus efectos y consecuencias, con el objetivo de desentrañar la procedencia del otorgamiento de esta atribución habitacional, considerando asimismo, el derecho a la propiedad de los herederos del conviviente fallecido y la tutela de su legítima hereditaria.

II. Hechos

La historia de este caso tiene como protagonistas a un hombre que en mayo de 2021 promueve demanda de atribución del uso de la vivienda familiar contra las herederas de quien fuera su conviviente, N.I.L., fallecida en el mes anterior. Previamente, el demandante y la causante habían iniciado convivencia en el año 2016. Señaló encontrarse en una situación de extrema

1 Cám. Apel. Civ. Com. Dolores, 9.3.2023, Causa "G.J.C. c/herederos de la señora N.I.L. y H.N.G.s/atribución de vivienda familiar", causa n° 101259, publicado en Microjuris. Cita en línea: MJ-JU-M-1141883-AR/MJJ141883.

vulnerabilidad por su edad -84 años-, como también en estado precario de salud física y emocional por el fallecimiento de su compañera.

Alegó la situación económica más desventajosa de su parte para proveerse una vivienda por sus propios medios, e invocó el marco protectorio convencional y constitucional de la ancianidad, a la luz del que se debería analizar todo el ordenamiento jurídico.

La parte demandada -D.G.H.-, previa negativa general y particular, contestó la pretensión, en su calidad de titular registral del inmueble, con causa en la donación de la nuda propiedad con reserva de usufructo vitalicio, efectuada por N. L. a su favor el 13.07.2017, por escritura pública, que adjuntó a dicha presentación.

Asimismo, si bien admitió que el actor convivía con la causante desde hacía cinco años, no obstante, nunca se encargó de cuidarla ni de atenderla, ya que su único objetivo fue ocupar la vivienda. Solicitó que se rechace la demanda interpuesta.

Posteriormente se presenta N.G.H., en su carácter también de hija de la causante, quien contestó la pretensión en términos análogos a como lo hiciera su hermana. Señaló que esta es la titular dominial del inmueble, y solicitó se rechace la acción incoada.

El decisorio de Primera Instancia hace lugar al reclamo del demandante, a quien le concede la atribución del hogar convivencial, en forma gratuita y vitalicia, con costas a la demandada. Definió que el objeto de la pretensión es la facultad de uso y goce del inmueble, no produciéndose ninguna alteración en la titularidad registral. Se fundamentó en la situación de vulnerabilidad del exconviviente de la causante, sus problemas de salud física y emocional en su condición de adulto mayor, con restricción de movilidad y requerimiento de auxilio mecánico para la deambulación, y entendió que carecía de posibilidades de procurarse vivienda.

Esta decisión es apelada y la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Dolores revoca la sentencia dictada en primera instancia. Si bien reconoció la importancia de la protección de los vulnerables -incluyendo a los adultos mayores- en el marco del derecho de familia, entendió que esto no implica extender al alcance de lo preceptuado por el art. 527 CCyC, hasta cercenar la propiedad privada de la titular registral del inmueble.

Contempló que en la norma aludida se previó legalmente una herramienta que evita el abandono del sujeto que hubiera sufrido la pérdida de su conviviente, en protección del derecho humano a la vivienda, con raigambre constitucional (integrando los derechos económicos, sociales y culturales, de acuerdo a los arts. 14 bis, 75 inc. 22 de la CN) pero lo hizo bajo ciertas exigencias y no de manera absoluta. Agregó que ese acceso equitativo a la vivienda, debe ser asegurado por el Estado y no por los particulares con sus propios bienes.

La Cámara aseguró que en los hechos probados en el caso planteado, el plazo en el que el conviviente había hecho uso del derecho de habitación había excedido el límite de los dos años fijados legalmente. Asimismo, manifestó que se hallaba acreditado que el actor recibía jubilación y pensión, teniendo además dinero depositado en cuenta bancaria, por tanto, no podía deducirse que carecía de fondos para acceder a una vivienda. A su vez, subrayó que la causante no era la titular registral del inmueble en cuestión.

Encontró que las apreciaciones de la juez de grado que confluyeron en su decisorio, se realizaron dentro de un análisis que no respetó el principio de congruencia, ya que otorgó el uso vitalicio del inmueble al conviviente supérstite, sin haber sido solicitado expresamente por el actor.

En sus conclusiones, entendió que "la problemática habitacional no se resuelve a través de las sentencias, sino por medio de adecuadas políticas públicas con una justa y equitativa distribución de los recursos disponibles y donde la meta real no debe ser la de construir casas en serie sino la de generar igualdad de oportunidades, atender a la salud de la población y mejorar todas aquellas condiciones que en definitiva signifiquen mejorar la calidad de vida de nuestros conciudadanos"².

2 Gómez Zabaglia, Tristán. "El derecho humano a una vivienda adecuada. La sentencia constitucional: una importante llave para el acceso a la vivienda adecuada" en la obra *Derecho Procesal Constitucional*, Asociación Colombiana de Derecho Procesal Constitucional, marzo de 2013, ISBN: 978-958-57887-0-1 VC-Editores Ltda. Bogotá Colombiana Id SAIJ: DACF170395.

III. El derecho de habitación del conviviente supérstite: presupuestos que lo viabilizan

Este derecho de habitación concedido al conviviente supérstite se halla establecido en el art. 527 CCyC, enmarcándose en dicha norma su alcance y los requisitos de su viabilidad. Configura un derecho real de adquisición legal, es decir, que se adquiere por mero efecto de la ley, tal como lo fija el art. 1894 CCyC. Le serán aplicables las normas propias del derecho real de habitación, determinadas en los arts. 2158 y siguientes del CCyC.

Se establece una diferencia, en este supuesto, con el derecho personal de atribución al conviviente de uso de la vivienda familiar, para el caso de ruptura. El beneficio brindado al conviviente supérstite se concede con independencia de la duración de la convivencia, y es de carácter gratuito, no pudiendo, por tanto, los herederos del conviviente fallecido, reclamarle pago o renta retributiva³.

De acuerdo a lo establecido legalmente, se determina que se viabilizará su procedencia cuando se configuren los presupuestos legales. El citado art. 527, enumera una serie de requisitos exigidos: el conviviente debe carecer de vivienda propia habitable o bienes suficientes que aseguren el acceso a la vivienda, el plazo máximo de este beneficio es de dos años; el inmueble debe ser de propiedad del causante, habiendo constituido el último hogar familiar, y a la apertura del sucesorio, no se debe encontrar en condominio con otras personas.

Se entiende que no funciona de pleno derecho, ya que la norma establece que "se puede invocar el derecho", por tanto, quien pretenda gozar de este beneficio deberá acreditar en el sucesorio de su conviviente que ha operado la concurrencia de los presupuestos establecidos en la ley⁴.

Asimismo, se enumeran legalmente las causales de caducidad, en base al comportamiento del conviviente supérstite, estas son: que constituya

3 Lamber, Néstor D. en "comentario art. 527 Código Civil y Comercial de la Nación." *Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado, anotado y concordado*. 1ª Edición. FEN, Fundación Editora Notarial - Editorial Astrea. Buenos Aires, 2015, Tomo II, p. 639.

4 Mariani de Vidal, Marina - Abella, Adriana. *Derechos reales en el Código Civil y Comercial*, Tomo 2, 1ª Edición, Ciudad autónoma de Buenos Aires, Editorial Zavalia, 2016, p. 56.

una nueva unión convivencial, que contraiga matrimonio, o que adquiera una vivienda propia habitable o bienes suficientes para acceder a esta.

En cuanto a la oponibilidad a terceros, resulta inoponible a los acreedores del causante, ya que la herencia, como universalidad, constituye la garantía del pago de sus créditos. Resultarán separados, antes de la partición hereditaria, los bienes que basten para que se efectivice el cumplimiento de las cargas que gravan dicha herencia. De tal modo, si resulta ejecutable el inmueble en cuestión, ha de llevarse adelante, como si no existiera el derecho de habitación del conviviente, y quien lo adquiera lo recibirá libre de este gravamen⁵. Cabe aclarar que este derecho de habitación será oponible a los acreedores de los herederos, por ingresar al patrimonio de estos la nuda propiedad de inmueble afectado por este derecho⁶.

IV. El plazo de duración de este derecho habitacional

Como vimos, el plazo máximo de dos años se encuentra determinado entre los presupuestos legales de procedencia del derecho, normados en el art. 527, ya citado. En este supuesto de fallecimiento del conviviente, no puede exceder el plazo de dos años, armonizando los derechos del conviviente supérstite con los de los herederos del fallecido, y la tutela de su legítima hereditaria.

Si bien la norma aludida no establece puntualmente el momento a partir del cual se computa el plazo de máximo de duración del este derecho, se ha entendido que es a partir del fallecimiento del conviviente-causante.

Jurisprudencialmente se ha concluido en que "...si bien no está establecida legalmente la determinación del comienzo del cómputo del plazo de dos años durante el cual el conviviente supérstite puede invocar a su favor el derecho de habitación gratuito sobre el inmueble de propiedad del causante que constituyó el último hogar familiar, el mismo surge del juego armónico de los arts. 527 y 1894 CCyC,

5 Mariani de Vidal, Marina y Abella, Adriana, *Derechos reales en el Código Civil y Comercial*, Tomo 2, 1ª Edición, Ciudad autónoma de Buenos Aires, Editorial Zavalía, 2016, p. 55.

6 CNCiv, Sala D, 30.12.86, Causa "Cobos J."

estableciéndose en la fecha de la ruptura de la unión convivencial que en el caso se da con el fallecimiento del causante (inc. a art. 523 CCyC)⁷”.

V. Pautas para compatibilizar este derecho con la disponibilidad de los derechos hereditarios

Hay ciertas cuestiones que han de tenerse en cuenta para evaluar la procedencia y el alcance temporal de la atribución del derecho real de habitación del conviviente supérstite.

Por un lado, se ha de considerar el reconocimiento en un marco supra-legal, tanto constitucional como en tratados internacionales, de la tutela de los derechos humanos –y en especial los de los adultos mayores-, la protección integral de la familia, ante el progresivo incremento del número de personas que optan por organizar su vida familiar a partir de una unión convivencial. El objetivo de la norma de nuestro código vigente, en análisis, persigue la protección de la vivienda familiar para el conviviente ante el advenimiento de la muerte de la persona con quien compartía su proyecto de vida común. Pero este derecho es más débil que el reconocido al cónyuge supérstite, distinción justificada en razón de compatibilizar la autonomía de la voluntad con el deber de solidaridad familiar⁸.

A su vez, se tendrán presentes los principios jurídicos del derecho constitucional a la propiedad privada que serán reclamados por los herederos del conviviente fallecido, debiendo ser armonizados en un diálogo de fuentes con los originados en la solidaridad familiar.

Así, a través de lo preceptuado en el art. en análisis, se previó un recurso jurídico que impide el abandono del sujeto que hubiera sufrido la pérdida de su conviviente, en protección del derecho humano a la vivienda, pero bajo ciertas exigencias, que han de ser cumplidas para gozar de este beneficio. Se trata de una atribución prevista en un plazo máximo

7 CCCom. De Azul, sala I, 11-11-2021, 1-67752/2021, “B.R.s/sucesión *ab intestato*”, Rubinzal Online, RC J 7813/21. También publicado en MJ-JU-M-135103-AR/MJJ135103.

8 *Fundamentos del Código Civil y Comercial de la Nación. Código Civil y Comercial de la Nación, Ley 26.994*, Ediciones del País, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2014, p. 42

de dos años –siempre que el inmueble fuera del fallecido- en orden a conceder un tiempo razonable para que el supérstite reorganice su vida y su situación habitacional.

En el presente caso, se hace referencia a que la titularidad del inmueble estaba en cabeza de la hija de la causante, debido a que el bien le había sido donado previamente.

VI. Conclusiones

El derecho real de habitación -encuadrado por el art. 527 CCyC- es concedido al conviviente supérstite, siempre que se cumplan con los presupuestos determinados por la norma.

En el caso analizado, no se había cumplido con los requisitos exigidos por la ley: el causante no detentaba la titularidad dominial del inmueble que constituía el hogar familiar, se hallaba excedido el plazo máximo de dos años para la habitación del inmueble, establecido legalmente, y se pudo acreditar que el conviviente contaba con recursos suficientes para procurarse el acceso a una vivienda habitable.

Entendemos que el decisorio judicial se halla correctamente fundamentado. Se contempla la situación de vulnerabilidad por la que puede atravesar el conviviente supérstite ante el fallecimiento de quien lo acompañó en su proyecto de vida común -y en especial si se trata de un adulto mayor-, previéndose legalmente esta atribución habitacional, para que pueda reorganizarse adecuadamente. No obstante, el art. citado fija ciertos presupuestos legales que deben cumplirse para acceder a ese beneficio.

Esto debe armonizarse con el derecho a la propiedad correspondiente a los herederos del conviviente fallecido, y la tutela de su legítima hereditaria. Han de valorarse los presupuestos y los principios jurídicos en un diálogo de fuentes que emanan del sistema legal, en un prudente equilibrio entre la conservación de las prerrogativas enlazadas a las libertades y a la autodeterminación, en un extremo, y las vinculadas a la igualdad y a la tutela procedentes del orden público.

Fallo

Autos: "G.J.C. c/herederos de la señora N.I.L. y H.N.G.s/atribución de vivienda familiar"

Tribunal: Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Dolores

Fecha: 9 de marzo de 2023

Se rechaza la atribución del uso de la vivienda luego de la muerte de un conviviente porque el reclamante no cumple con los requisitos previstos en el art. 527 CCyC.

Sumario:

- 1.- Corresponde rechazar la atribución del uso de la vivienda, porque la causante no era titular registral de la misma; a lo que debe agregarse que no es posible deducir, con suma prudencia, como elemento coadyuvante y teniendo en cuenta el incremento de los frutos del plazo fijo a la fecha, una absoluta carencia de fondos del actor que pudieran ser destinados para acceder a una vivienda por su propia cuenta
- 2.- A través del art. 527 CCyC, el legislador previó una herramienta que impide el abandono del sujeto que hubiera sufrido la pérdida de su conviviente, en protección del derecho humano a la vivienda, pero lo hizo bajo ciertas exigencias y no a cualquier coste o de manera absoluta.
- 3.- Cuando se pretende la atribución de la vivienda en el caso de muerte de uno de los convivientes, es aplicable el art. 527 del CCyC, que regula esa situación.
- 4.- Si dos personas, en pleno uso de sus facultades, deciden bajo qué forma conformar una unión, familia o proyecto de vida en común; es lógico y razonable que deban atenerse a las disposiciones que reglamentan a cada una de ellas en sentido amplio, cuyo desconocimiento nadie puede válidamente alegar.

Reunida la Excma. Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de este Departamento Judicial Dolores, en Acuerdo Ordinario, con el objeto de dictar sentencia en causa N° 101.259, caratulada: "G., J. C. C/ Herederos de la Sra. N. I., L. y H., N. G. S/ Atribución vivienda familiar", votando los Señores Jueces según el siguiente orden: Dres. Mauricio Janka y Daniela Galdos (Jueza de Primera Instancia en lo Civil y Comercial N° 2), quien integra el Tribunal (arts. 39 y 40 de la ley 5.827).

El Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes:

CUESTIONES

Primera cuestión: ¿Es ajustada a derecho la sentencia de mérito del 28.09.2022?

Segunda cuestión: ¿Qué pronunciamiento corresponde emitir?

VOTACIÓN

A la primera cuestión planteada el señor juez doctor Janka dijo:

I. Contra la sentencia de mérito dictada el 28.09.2022, interpuso la parte codemandada -D. G. H.- el recurso de apelación de igual fecha; concedido en relación el 06.10.2022, lo fundó en el memorial del 12.10.2022, que fue replicado el 01.11.2022.

II. a) El 31.05.2021, J. C. G. promovió demanda de atribución del uso de la vivienda familiar contra los herederos de N. I. L. y/o N. G. H., el que dijo habitar desde el inicio de la convivencia que mantenía con la causante, desde hacía cinco años hasta su muerte en el mes de abril de 2021, según acta de defunción que agregó.

Señaló encontrarse en una situación de extrema vulnerabilidad por su edad -84 años-, y en estado precario de salud física y emocional por el fallecimiento de su compañera.

Estimó que, a partir del art. 527 y concordantes del CCyC, se creó una nueva institución a favor del conviviente supérstite, con absoluta protección de los vínculos sociales, entre ellos, los nuevos tipos de familias.

Consideró aplicable el art. 443 del CCyC también, dada la situación económica más desventajosa de su parte para proveerse una vivienda por sus propios medios, e indicó que el ordenamiento jurídico brinda todas las herramientas para decidir lo más beneficioso para el desarrollo pleno de las personas.

Invocó el marco protectorio convencional y constitucional de la ancianidad, a la luz del cual debería analizarse todo el ordenamiento jurídico.

b) El 21.09.2021, previa negativa general y particular, contestó la pretensión la parte demandada -D. G. H.- como titular registral del inmueble con causa en la donación de la nuda propiedad con reserva de usufructo vitalicio, efectuada por N. L. a su favor el 13.07.2017, por escritura pública N° 479 adjunta a dicha presentación.

Refirió que, si bien el actor convivía con quien en vida fuera su progenitora desde hacía cinco años, nunca se ocupó de cuidarla y atenderla, y que su único fin fue ocupar la vivienda.

Puntualizó que, en modo alguno se encuentran configurados los presupuestos de procedencia de la acción previstos en el art. 527 del CCyC, los que menciona uno a uno.

Básicamente, porque el accionante posee sumas de dinero colocadas en plazos fijos bancarios, además de los beneficios previsionales que recibe, a la vez que el inmueble no era de la conviviente según exige claramente la norma.

Pone en tela de juicio la invocada situación de vulnerabilidad y la imposibilidad de C. G. de procurarse otra vivienda. Remarca que pretende aprovechar los beneficios que el ordenamiento de fondo concede para casos muy puntuales, vinculados a situaciones donde quedan claramente conformados los recaudos legales delimitados incluso ya desde la vulnerabilidad, que no se dan aquí.

Solicitó el rechazo de la demanda interpuesta.

c) El 27/05/2022 se presentó N. G. H., también hija de la causante según ella misma señaló. Contestó la pretensión en términos análogos a como lo hizo D. G. H. Remarcó que esta era y es la titular registral del bien y no su madre.

De igual modo, solicitó el rechazo de la acción.

III. La sentenciante de grado hizo lugar a la demanda y concedió a C. G. la atribución del hogar convivencial sito en Paseo 120 n° 952 de la ciudad de Villa Gesell -identificado catastralmente como circunscripción VI, sección A, manzana 319, parcela 13, UF 1-, de manera gratuita y mientras viva, con costas a la parte demandada.

Valoró fundamentalmente la situación de vulnerabilidad del exconviviente de N. L. que, desde diversos ángulos, exige una mirada diferenciada y transversal del ordenamiento legal.

Evaluó el informe socio ambiental producido, el historial clínico acompañado y las testimoniales rendidas, de donde surgen problemas crónicos y relevantes de salud física y emocional del actor en su condición de adulto mayor, con restricción de la movilidad y requerimiento del auxilio mecánico para la mínima deambulación, próximo a una intervención quirúrgica.

Asimismo, que carece de la posibilidad de procurarse otra vivienda, de red social y familiar de contención, y que su única vinculación e interacción es con las personas que le proveen los servicios y/o cuidados médicos y de higiene.

Concluyó en que la vejez hace posible situar a las personas adultas mayores en un estamento semejante al de la infancia, pues dependen de otros seres y son más afectados emocionalmente si se les atropella con actos avasalladores de su integridad tanto emocional como física.

Que el objeto de la pretensión es la facultad de uso y goce del inmueble, sin llegar a alterar la titularidad registral. Fundó el decisorio en disposiciones de derecho internacional y en el deber de solidaridad familiar y social.

IV. Se agravia la recurrente al señalar que la acción no fue interpuesta el 31/05/2022, como se indicó en la sentencia, sino el 31/05/2021; situación que conlleva diversos efectos legales para la eventual aplicación -de considerarse procedente el pedido- del plazo de dos años que prevé el art. 527 del CCyC.

También, que no se produjo el fallecimiento de una "señora H.", como se afirmó al comienzo del decisorio, sino de su madre N. L.

Destaca que lo resuelto vulnera en toda su extensión su derecho constitucional de propiedad, en su indiscutida condición jurídica de titular registral del inmueble, pues se reconoce el ejercicio de un derecho sin fuente legal.

Dice que la norma especial aplicable impone que el derecho real de habitación gratuito por el plazo de dos años, sólo puede ser invocado por el cónyuge supérstite en relación al inmueble propiedad de la causante que constituyó el último hogar familiar.

Desde otro ángulo, indica que el accionante posee, si bien de manera conjunta con un tercero, un plazo fijo bancario con vencimiento el 16/05/2022, por la suma de \$ 901.832,35. Lo que evidencia que tiene bienes suficientes que podría destinar a asegurarse una vivienda, además de los ingresos derivados de beneficios como la jubilación y una pensión, extremos acreditados con los informes emitidos por ANSES y el Banco de la Nación Argentina.

Se detiene en que no se da el requisito vertebral de la norma, consistente en que la vivienda sea de la causante N.L., pues su parte es la única titular dominial por donación gratuita y sin cargo de la nuda propiedad con reserva de usufructo vitalicio a favor de aquella, según documentación adjunta.

Remite a lo que considera una serie de irregularidades procesales en que incurrió la sentenciante para arribar al dictado del pronunciamiento.

Una vez notificado el auto de apertura a prueba y sustanciada la mayor parte de las medidas ofrecidas, ante la advertencia de la contraria de la falta de notificación de la acción a la codemandada N. G. H., se le corrió traslado cuando la posibilidad de citarla estaba precluida.

Indica que esa esa citación dilató más el pleno ejercicio de su derecho de propiedad, cumpliéndose casi al presente los dos años que prevé la norma desde el fallecimiento.

Señala que en ninguna etapa del proceso se acreditó la calidad de herederas de las presentadas; sin embargo, se llega a una condena a conceder el uso y goce de su propiedad de manera gratuita y vitalicia a un tercero, en absoluta vulneración del ejercicio pleno del derecho de propiedad.

Destaca que la citación a la “otra heredera” fue infundada, proceder jurisdiccional que provocó un gravamen irreparable dado el paso considerable del tiempo.

Se agravia del modo en que fueron impuestas las costas del proceso a su exclusivo cargo, cuando sólo ha intentado recuperar el uso y goce de su vivienda.

V. En el abordaje de la cuestión, debo decir que los jueces y juezas no estamos obligados a analizar cada una de las argumentaciones de las partes, sino aquellas que sean conducentes y posean relevancia para decidir el caso (CSJN, Fallos: 258:304; 262:222; 265:301).

Por lo tanto, me inclinaré por los elementos de mérito que produzcan mayor convicción, aquellos jurídicamente relevantes o “singularmente trascendentes” (Calamandrei, “La génesis lógica de la sentencia civil”, en traducción *Estudios sobre el proceso civil*, Sentís Melendo, Bibliográfica Argentina, Bs. As., 1945, p. 369 y ss.).

Considero necesario partir de que el reconocimiento de efectos jurídicos a las uniones convivenciales, como alternativa legítima de vivir en familia, tiene sustento en el concepto de “familia” emergente de la Constitución Nacional, de los instrumentos internacionales que, tras la reforma de 1994, conforman el bloque derivado del art. 75 inc. 22 de la CN, de las recomendaciones generales y particulares y las decisiones de los organismos internacionales y regionales de protección de los derechos humanos, en especial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que gozan de la misma jerarquía que los citados instrumentos.

El art. 14 bis de la CN alude a “la protección integral de la familia” y las convenciones internacionales hablan de lo que se ha dado en llamar el “derecho a la vida familiar”, poniendo de resalto que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y, por ello, toda persona tiene derecho a fundar una y a su consecuente protección.

Sin dudas existe un marco supralegal que da cuenta del reconocimiento de diversas formas de familia y uniones como parte de la realidad social, tal como expresaron el peticionante y la sentenciante de grado.

Esta idea fue consagrada por la Corte IDH en "Atala, Riffo y niñas vs. Chile" (sent. del 24/02/2012), al subrayar que "en la Convención Americana no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege sólo un modelo tradicional". El concepto de vida familiar "no está reducido únicamente al matrimonio y debe abarcar otros lazos familiares de hecho donde las partes tienen vida en común por fuera del matrimonio" (sic) (párrafo 142).

Parece claro, entonces, que esta base constitucional y convencional fundada en el concepto de familia que responde a una pluralidad de realidades, derivó en que la unión convivencial fuera expresamente reconocida y tutelada en el Código Civil y Comercial (arts. 509, 510, 518 y concs.).

Sin embargo, si bien el contexto social exige que este vínculo natural trascienda hacia el mundo jurídico, lo cierto es también que el legislador estableció diferentes reglamentaciones entre la convivencia y la institución matrimonial (distintas obligaciones, distintos derechos). Es decir, que el reconocimiento legal de aquel tipo de proyecto de vida en común, en modo alguno implica que pueda posicionárselo en el mismo plano legal del matrimonio.

Esta circunstancia que expongo no puede ser soslayada en el presente, donde la pretensión está fundada, por cierto, en normativa destinada al matrimonio cuando no estamos ante un matrimonio, pues la aplicación de normas para situaciones disímiles puede generar un resultado opuesto a la finalidad con que fueron concebidas (arts. 1, 2, 3, 10 y concs. del CCyC).

En otras palabras, si dos personas, en pleno uso de sus facultades, deciden bajo qué forma conformar una unión, familia o proyecto de vida en común; es lógico y razonable que deban atenerse a las disposiciones que reglamentan a cada una de ellas en sentido amplio -insisto, tanto derechos como obligaciones-; cuyo desconocimiento nadie puede válidamente alegar (art. 4 del CCyC).

La reforma al Código Civil de Vélez Sarsfield, trajo una regulación específica respecto de una forma distinta de organización familiar no sustentada en el matrimonio, de características propias de la naturaleza de la institución, que tiene como protagonista a la autonomía de la voluntad en toda su extensión (art. 19 de la CN).

Este reconocimiento de efectos jurídicos a la convivencia, sin duda que es limitado o especial, lo que se funda en aceptar que, en claro respeto del espíritu del art. 16 de la CN, es posible brindar un tratamiento diferenciado a modelos distintos de familia, cuyos integrantes basales libremente decidieron conformar.

En vista a esta construcción heterogénea de los distintos modelos familiares reconocida en los tratados internacionales y en el art. 14 bis última parte de la CN (art. 75 inc. 22 de la CN), se ha expuesto que el concepto amplio de familia es el que impera en el ordenamiento jurídico, vale decir, el principio protectorio de la familia debe receptar este pluralismo familiar.

De lo contrario, en la aceptación de un único arquetipo, el matrimonio, como paradigma a ser imitado por los restantes modelos familiares, se dejaría sin protección y sin respuesta a una serie de relaciones afectivas con características que ameritan una "regulación específica" (.).

Y en las notas particulares que hacen a cada uno de los modelos familiares, cabe distinguir que en una (en el matrimonio) se generan derechos y deberes que no se producen en forma semejante en una convivencia (arg. SCBA, C. 97.295, "N., M. D. y otra. Adopción plena", sent. del 21/03/2012, voto del ministro Dr. de Lázari).

Insisto, ello lejos está de desconocer a "la familia" conformada bajo esta modalidad, sino analizar sus efectos jurídicos según el marco legal asignado, salvo supuestos excepcionales que autorizan a hacer una valoración más que transversal de todas las instituciones, como cuando -si bien no es el caso, es dable mencionarlo- los destinatarios de esos efectos jurídicos resultan ser niños, niñas y/o adolescentes hijos de la pareja, quienes no eligen bajo qué condiciones nacer (si en una unión de convivencia o en un matrimonio), ni podrían sufrir las consecuencias de una regulación diferenciada.

Indudablemente esos casos especiales quedarán nutridos de ese superior interés -según las circunstancias, el principio de razonabilidad y la concurrencia de fuentes jurígenas-, pauta que justificaría disipar toda posible diferenciación legal basada en "tipos de familia". Por lo demás, en principio, son los mayores quienes libremente optan por un régimen legal o por otro.

Así, tendré como norte que, ante la conformación de una unión convivencial, no existe motivo que justifique, por lo menos hasta ahora, adoptar una norma destinada, por ejemplo, al matrimonio.

VI. Puntualmente, cuando se pretende la atribución de la vivienda en el caso de muerte de uno de los convivientes, es aplicable el art. 527 del CCyC, que regula esa situación. Por lo cual, no cabe hablar de vacío legal ni de reglas por analogía o distinguir donde la ley no lo hace, como se ha pretendido desde el petitorio inicial.

Dicha norma establece que el conviviente supérstite puede invocar el derecho real de habitación a su favor, pero debe contar con una serie de requisitos.

Desde un primer momento, el conviviente debe carecer de una vivienda propia habitable o de bienes suficientes que puedan asegurarle el acceso a una.

También se prevé un límite temporal al ejercicio de ese derecho, que es de dos años "como máximo"; a diferencia del caso del cónyuge supérstite que rige de forma vitalicia (art. 2383 del CCyC).

Asimismo, se establece que el inmueble en cuestión sea propiedad del o la conviviente fallecida, extremo no configurado en el caso que se analiza.

VII. Si bien no es un punto específicamente discutido entre las partes, puntualizo que la titularidad registral de la vivienda se encontraba y se encuentra en cabeza de la codemandada D. G. H., en virtud de la donación gratuita hecha por la causante N. L. de la nuda propiedad con reserva de usufructo, de acuerdo a la escritura pública n° 479 de fecha 13/07/2007, respecto del inmueble (identificado catastralmente: circunscripción VI, sección A, manzana 319, parcela 13, UF 1), y escritura de extinción de usufructo N° 254 del 22/06/2021, ambas acompañadas al 21/09/2021, e informe de dominio adjunto al 03/12/2021.

Así, desde el año 2007, la codemandada se constituyó en nuda propietaria (art. 2812 del CC) y, como tal, adquirió el dominio sobre la cosa, sin perjuicio de que no ostentaba la posesión por haber sido cedida a través del derecho real de usufructo (arts. 2503 inc. 2, 2807, 2916 del CC).

Dicho recaudo es, incluso, exigido por el marco legal matrimonial según los términos del art. 2383 del CCyC. Por lo que, aun bajo esa regulación, es clara la condición que el legislador impuso al derecho real de habitación del supérstite, sea conviviente o cónyuge.

Esto indica que, si hipotéticamente analizáramos la cuestión a la luz de las normas propias del matrimonio -sin duda más amplias y beneficiosas-, igualando a los desiguales, reitero, en una concepción ciertamente arbitraria, tampoco estaría superado este recaudo que, por lo menos, viene a armonizar el alcance de la solidaridad familiar frente al derecho de propiedad de un tercero (punto sobre el que volveré).

VIII. Tampoco en la sentencia se respetó el plazo máximo de dos años previsto en la norma, a lo que cabe añadir que en ningún tramo de la pretensión del 31.05.2021, el actor solicitó específicamente que la atribución de la vivienda sea vitalicia, como fue concedida en la instancia.

Por el contrario, y si bien es sabido que el derecho es aplicado por los y las juezas más allá de la calificación jurídica que las partes den a sus pretensiones [*iura novit curia*], lo cierto es que, al referirse a la "situación jurídica" en el apartado tercero del escrito inicial, el actor invocó y transcribió el art. 527 del CCyC, que -como dije- fija el plazo máximo de dos años.

También indicó que por analogía es aplicable el art. 443 del CCyC, norma que tampoco alude (para el caso específico que prevé, que no es el de autos) a un ejercicio vitalicio del derecho, sino que faculta al juez o jueza a fijar el plazo de duración bajo ciertas exigencias.

Por ende, no advierto un pedido expreso de otorgamiento del uso vitalicio, superando el decisorio apelado, en este aspecto, los límites de la postulación inicial en vulneración del principio de congruencia y de defensa en juicio de la contraria (arts. 18 de la CN; 15 de la Const. Prov.; 484, 486, 496; arg. arts. 330 incs. 3, 4 y 6, 353, 354, 358 del CPCC).

Esa circunstancia fija los límites de los poderes de los jueces y juezas, por lo que la sentencia debe formularse de acuerdo a las acciones deducidas, lo que implica que viola el mentado principio el fallo que decide sobre la pretensión del actor, fundado en hechos ajenos a los alegados en la demanda, de manera que las partes no hayan podido ejercer su plena defensa (art. 18 de la Const. Nac.; 34 inc. 4 y 163 inc. 6 del CPCC).

El principio de congruencia significa que, como regla general, debe existir correspondencia entre la acción promovida y la sentencia que se dicta, lo que se desarrolla en una doble dirección: el juzgador debe pronunciarse sobre todo lo que se pide, o sea sobre todas las pretensiones sometidas a su examen y sólo sobre estas y debe dictar el fallo basándose en todos los elementos de hecho aportados en apoyo de las formulaciones hechas valer por las partes en sus presentaciones y sólo basándose en tales elementos (SCBA, Ac. 93.036, sent. de 14/II/2007), lo que no encuentro aquí respetado frente a la concesión de un derecho cuya extensión vitalicia nunca se solicitó ni se justificó.

Incluso cabe señalar que el plazo se encuentra al presente prácticamente cumplido, considerando la fecha de fallecimiento de la causante el 20/04/2021, conforme la constancia añadida al escrito inicial.

IX. Por otra parte, ha quedado acreditado que el actor recibe una jubilación y una pensión, según el informe emitido el 29/06/2022 por la AN-SES, donde se indica que es beneficiario de una pensión derivada cuya causante era B. A. N. (número de beneficio 15-5-7653387-0) y de una jubilación mínima identificada bajo el número 15-0-3412581-0, conforme además reconoce al contestar los agravios.

A la vez que posee, si bien junto con una tercera persona, un plazo fijo constituido en el Banco de la Provincia de Buenos Aires, según el informe del 05/05/2022 emitido por el Banco de la Provincia de Buenos Aires, sucursal Dolores, según el cual el señor G. junto al señor M. poseen un certificado a plazo fijo con vencimiento el día 16/05/2022, por la suma de \$ 901.832,35.

De lo anterior no es posible deducir, con suma prudencia, como elemento coadyuvante y teniendo en cuenta el incremento de los frutos del plazo fijo a la fecha, una absoluta carencia de fondos que pudieran ser destinados para acceder a una vivienda por su propia cuenta.

Por lo que tampoco este requisito normativo, que entiendo se sigue al presupuesto de la propiedad del inmueble en cabeza del o la conviviente, queda acabadamente cumplido (arts. 375, 384 del CPCC).

X. Ahora bien, la jueza de grado dejó de lado la totalidad de los presupuestos de la norma bajo análisis, con fundamento en la llamada solidaridad social y/o familiar.

Frente a ello el interrogante que surge es: ¿cuál es el alcance de esa solidaridad frente al derecho constitucional a la propiedad privada que, aun cuando obviamente no se modifique la inscripción registral del derecho real de dominio, se ve afectado en su ejercicio pleno con una decisión apartada de una fuente legal (arts. 17 de la CN; 10, 15, 16, 1882, 1883, 1884, 1942, 1943 y conchs. del CCyC).

No cabe obviar que, en la labor de ponderar principios jurídicos, estos deben ser armonizados en un diálogo de fuentes, que no implica una puja de derechos en la que uno termine por aplastar al otro, sino tener presentes diversas vertientes, tanto sociológicas, normológicas y axiológicas, que culminan en exigencias de justicia.

El Código Civil y Comercial de la Nación contiene directrices generales y por ello bien se ha dicho que no es un código de casos, aunque no por eso borra importantes normas concretas; también nos entrega herramientas para proteger una situación especial, pero no a costa de anular derechos individuales con expreso amparo constitucional.

En base a ello, es que toda respuesta jurisdiccional debe considerar lo que el código se encarga de puntualizar en su art. 3, que es que la decisión judicial sea “razonablemente fundada”, que implica lo ineludible de exponer las argumentaciones que cimientan un criterio como exigencia que legitima a la función judicial y desalienta la arbitrariedad en base a abstracciones, lo que no se agota en afirmaciones dogmáticas o en conclusiones desnudas que sustraen la cuestión de toda racionalidad.

Y el valor seguridad jurídica se halla plenamente preservado desde el momento en que los arts. 1 y 2 ordenan buscar la solución de cada caso, en primer término, dentro de lo prescripto por las palabras de la ley, entendida como una de las principales fuentes de derecho.

De no encontrarse en ese marco la respuesta al caso particular -que sin duda no es extraño dada la imposibilidad de que un cuerpo legal contemple todos los supuestos-, se deberá entonces hacer eco de los principios y valores que emanan del sistema todo, en un prudente equilibrio

entre la conservación de las prerrogativas vinculadas a las libertades y a la autodeterminación, en un extremo, y las relacionadas a la igualdad y a la tutela proveniente del orden público.

No me es ajena la importancia que reviste la protección de los vulnerables en el marco del derecho de familia y, dentro de ello, la de los adultos mayores. Así lo ha reconocido este Tribunal en situaciones excepcionales, al hacer operativa su protección incluso limitando en forma cautelar, transitoria y razonable el derecho de propiedad de un tercero (v. causa n° 99.236 "Vignolo", sent. del 13/4/21).

Pero extender el alcance de lo contenido en el art. 527 del CCyC hasta cercenar la propiedad privada de la titular registral del inmueble, implica no ya un avance razonable, sino la anulación de su derecho de gozar de sus bienes, sin fundamento legal suficiente.

Sin duda, a través de esa norma, el legislador previó una herramienta que impide el abandono del sujeto que hubiera sufrido la pérdida de su conviviente, en protección del derecho humano a la vivienda, pero lo hizo bajo ciertas exigencias y no a cualquier coste o de manera absoluta.

Se trata de una atribución que prevé un plazo máximo de dos años -siempre que el inmueble fuera del fallecido o fallecida-, a los fines de conceder un tiempo razonable y prudencial para que el supérstite reorganice su vida y su situación habitacional. En caso de que el bien hubiera pertenecido a la causante, cumplido el plazo, por aplicación de las normas del derecho sucesorio de orden público, los herederos procederán a partir o, al menos, decidir el destino de esa vivienda. Y si el bien no era de la causante, la norma no permite la concesión de la atribución del uso, ni en el matrimonio ni en la unión convivencial.

Por otra parte, no tengo duda que el derecho a la vivienda es un derecho fundamental, que integra los derechos económicos, sociales y culturales, reconocido en instrumentos internacionales que en nuestro país gozan de jerarquía constitucional (arts. 14 bis, 75, inc. 22 de la CN). Pero es el Estado y no los particulares con sus propios bienes, quien debe asegurar a toda persona la protección de la vivienda, materializado en el acceso equitativo.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación tuvo oportunidad de señalar (en "Q.C.S. y C. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo", sentencia del 24 de abril de 2012; especialmente considerando 8º, ap. II y III) el alcance del reconocimiento del derecho de acceso a una vivienda digna y para sectores especialmente vulnerables. En este sentido, señaló que la primera característica de esos derechos y deberes es que no son meras declaraciones, sino normas jurídicas operativas con vocación de efectividad.

Después refirió que esa operatividad tiene un carácter derivado en la medida en que se consagran obligaciones de hacer a cargo del Estado.

De este modo, dijo que este grado de operatividad significa, en principio, que su implementación requiere de una ley del Congreso o de una decisión del Poder Ejecutivo.

Destacó que "todo ello significa que las normas mencionadas no consagran una operatividad directa, en el sentido de que, en principio, todos los ciudadanos puedan solicitar la provisión de una vivienda por la vía judicial." (considerandos 10 y 11). Más, "el reconocimiento del derecho a una vivienda digna, importa necesariamente, el deber concreto e inmediato del Estado de reglamentarlo e implementarlo para garantizar su efectividad."; y luego estableció los parámetros que debería respetar tal reglamentación (confr. considerando 9 *in fine* y 10, voto del ministro Dr. Petracchi).

Así, en un análisis doctrinario de esta sentencia que comparto, se ha referido que "la problemática habitacional no se resuelve a través de las sentencias, sino por medio de adecuadas políticas públicas con una justa y equitativa distribución de los recursos disponibles y donde la meta real no debe ser la de construir casas en serie sino la de generar igualdad de oportunidades, atender a la salud de la población y mejorar todas aquellas condiciones que en definitiva signifiquen mejorar la calidad de vida de nuestros conciudadanos." (Tristán Gómez Zabaglia, "El derecho humano a una vivienda adecuada. La sentencia constitucional: una importante llave para el acceso a la vivienda adecuada", en la obra "Derecho Procesal Constitucional"; Asociación Colombiana de Derecho Procesal Constitucional, marzo de 2013, ISBN: 978-958-57887-0-1 VC-Editores Ltda. Bogotá Colombiana Id SAIJ: DACF170395).

XI. En consecuencia, considero por los motivos expuestos, que en el caso no están dados los presupuestos legales para acceder a la pretensión en orden a los agravios vertidos, que aprecio idóneos para revocar la sentencia apelada, lo que así dejaré propuesto al acuerdo del Tribunal.

Aclaro, en relación al resto de las cuitas que no han sido abordadas, que ello ha sido por tornarse evidentemente abstracto su tratamiento frente a la propuesta.

Me refiero al inicio del cómputo del plazo de dos años, a los errores de tipeo a que alude la apelante e incluso a las irregularidades procesales que señala la recurrente, las que, en todo caso, debieron ser advertidas y saneadas por la vía procesal correspondiente (arts. 155, 169, 481, 482 del CPCC).

Ello al tiempo de señalar que el uso de la vivienda durante el transcurso del proceso, más que de supuestas dilaciones, es consecuencia de la concesión de la medida cautelar de no innovar del 03/06/2021, firme y consentida.

Como sea, es sabido que en tal situación no corresponde decisión jurisdiccional general y abstracta, en tanto los jueces estamos en condiciones de pronunciarnos sobre el contenido de la cuestión suscitada sólo mientras se mantenga un real interés del pretendiente. Dentro de ese concepto, constituye presupuesto visceral de todo planteo revisor, la existencia de agravios ciertos y actuales, que generen perjuicios concretos en la posición del apelante y a la luz de su reclamo u oposición original (arg. art. 260 del CPCC).

XII. Finalmente, a lo solicitado en el punto cuarto del memorial del 12/10/2022, esto es, que se ordene la inmediata restitución del bien con la entrega de las constancias del pago de impuestos, tasas y servicios, cabe señalar que no ha habido reconvencción ni tampoco ello fue oportunamente introducido en el escrito de contestación de demanda del 21/09/2021, más que para requerir puntualmente el levantamiento de la medida cautelar de no innovar (apartado 6).

Allí sólo se limitó la demandada a solicitar el rechazo de la pretensión instaurada (apartado 1 y punto 5 del petitorio), sin instar a su inmediata restitución ni reclamar el pago de impuestos, tasas y/o servicios.

Por lo que nada corresponde decir en orden al respeto del principio de congruencia y de defensa en juicio, pudiendo en todo caso solicitar la interesada lo que estime pertinente en la instancia de grado y por la vía que considere pertinente (arts. 18 de la Const. Nac.; 34 inc. 4, 163 inc. 6, 266 y 272 del CPCC).

XIII. En relación a la presentación del 28/09/2022 (14:30:04), donde la abogada interpuso un recurso de apelación contra la sentencia de mérito como patrocinante de la codemandada N. G. H., advierto que no se invocaron las prerrogativas del art. 48 del CPCC, ni -en el peor de los casos- adjuntado el escrito con la firma de la parte (art. 118 inc. 3 del CPCC), razón por la cual no cabe tener por articulado a su respecto ese recurso.

Además, de considerar la presentación del 06/10/2022 (19:00:56), donde sí se adjuntó escrito de apelación con firma de la parte, la misma luce extemporánea teniendo en cuenta el trámite sumarísimo impreso en el proveído del 03/06/21 (arts. 321, 496 del CPCC).

Supuesto en el cual todos los plazos son de dos días (inciso segundo del art. 496 del CPCC), incluyendo el término para interponer la apelación.

Por ello, debía la recurrente promover su recurso en dicho término ya que es la única interpretación congruente con el sistema del código en orden a la abreviación de los plazos y a la celeridad que tuvo en cuenta el legislador.

Computado el plazo para apelar a partir del día de nota hábil siguiente, viernes 30/09/2022, teniendo en cuenta la fecha en que la codemandada quedó notificada electrónicamente de la sentencia, es que la interposición de la apelación del 06/10/2022 (19:00:56) es extemporánea (arts. 124, 133 tercer párrafo del CPCC), correspondiendo que el recurso sea declarado mal concedido en esta instancia (arts. cit.).

Asimismo, de considerar a esa presentación del 06/10/2022 como una especie de subsanación de la del 28/09/2022, cabe señalar que el memorial del 12/10/2022 fue sólo invocando la letrada el mandato conferido por la otra codemandada -D. H.-, y la fundamentación del 17/10/2022 presentada por G. H., deviene también extemporánea teniendo en cuenta el auto de remisión del 13/10/2022 (arts. cit.).

Sabido es que el Tribunal es el juez del recurso, dado que sobre este punto no se encuentra ligado por la conformidad expresa ni tácita de las partes, en virtud de los poderes-deberes amplios para juzgar acerca de la viabilidad del mismo en cuanto a la legitimación, legalidad del intento, plazo y formas de interposición de aquel.

Lo anterior lo es sin perjuicio de mencionar que, dada la propuesta de revocatoria de la sentencia e imposición en costas, queda disipado el abordaje de los agravios expresados por la codemandada. En estos supuestos, la sentencia beneficia o perjudica al deudor solidario; si la cuestión fue únicamente controvertida por una de las partes obligadas y consentida por la otra al no recurrir la sentencia, los efectos de la que revoca el fallo de grado también se extienden a quien no recurrió el mérito de lo decidido, atendiendo a elementales principios lógicos, según los cuales, todo objeto debe ser igual a sí mismo y una cosa no puede ser y no ser al mismo tiempo (arg. SCBA, C. 96.831, "Ocon", sent. de 14/04/2010).

Corresponderá, en consecuencia, declarar mal concedido el recurso de apelación interpuesto el 28/09/2022 respecto de la sentencia de igual fecha.

XIV. En cuanto a las costas causídicas, el principio general indica que deben ser asumidas por el vencido, observando la cuestión desde una óptica puramente objetiva, dejando a un lado los móviles subjetivos que pudieron haber guiado a los justiciables (art. 68 del CPCC).

Esta regla tiene excepciones, pues el art. 68 párr. 2º faculta al juez a eximir de modo total o parcial de la imposición en costas al litigante vencido. Sin embargo, ello lo será cuando encontrare mérito suficiente, debiendo expresar una motivación concreta frente a serias dificultades de hecho o de derecho, bajo pena de nulidad (Fenochietto, Carlos Eduardo, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Comentado*, T. I, ed. Astrea, p. 286 y sgtes.).

Teniendo en cuentas tales parámetros es que, de acuerdo al principio rector, resultando vencida la actora al no lograr acreditar los elementos configurativos de su pretensión, corresponde que sea quien cargue con las costas del proceso en ambas instancias (arts. 68 y 274 del CPCC).

XV. Como los agravios dan la medida de la competencia de esta alzada (arts. 260, 261 y 266 CPCC), propongo revocar la sentencia apelada del 28/09/2022 y rechazar la demanda de atribución de la vivienda instaurada por el Sr. C. G. el 31.05.2021 (arts. 14 bis, 16, 17, 18, 19, 75 inc. 22 de la CN; 15 de la Const. Prov.; 1, 2, 3, 4, 10, 509, 510, 518, 527, 1882, 1883, 1884, 194, 1942, 1943, 2383 y conchs. del CCyC; 68, 118 inc. 3, 163 inc. 6, 272, 330 incs. 3, 4 y 6, 321, 353, 354, 358, 375, 384, 133, 155, 169, 481, 482, 484, 486, 496 del CPCC; 2812, 2503 inc. 2, 2807, 2916 y conchs. del CC). Las costas de ambas instancias serán asumidas por la actora vencida (art. cit.).

Voto por la negativa.

La señora jueza doctora Galdos adhirió al voto precedente por los mismos fundamentos.

A la segunda cuestión planteada el señor juez doctor Janka dijo:

Conforme se ha votado la cuestión precedente, corresponde revocar la sentencia apelada del 28/09/2022 y rechazar la demanda de atribución de la vivienda instaurada, con costas de ambas instancias a la actora en su condición objetiva de vencida en la contienda. Declarar mal concedido el recurso de apelación del 06/10/2022 (19:00:56) (arts. cits.).

Así lo voto.

La señora jueza doctora Galdos votó en análogo sentido.

Con lo que terminó el presente acuerdo, dictándose la siguiente

SENTENCIA

De conformidad al resultado que arroja la votación que instruye el acuerdo que antecede, fundamentos, citas legales y jurisprudenciales que se dan aquí por reproducidos, se revoca la sentencia apelada del 28/09/2022 y se rechaza la demanda de atribución de la vivienda instaurada, con costas de ambas instancias a la actora vencida. Se declara mal concedido el recurso de apelación del 06/10/2022 (19:00:56). Se difiere la regulación de honorarios (art. 31 LHP).

Regístrese. Notifíquese. Devuélvase por la vía que corresponda.

Suscripto y registrado por el Actuario firmante en la ciudad de Dolores, en la fecha indicada en la constancia digital de la firma (Ac. 3975/20 SCBA).

REFERENCIAS:

Funcionario Firmante: 09/03/2023 10:25:13 - JANKA Mauricio - JUEZ

Funcionario Firmante: 09/03/2023 10:52:04 - GALDOS Daniela - JUEZ

Funcionario Firmante: 09/03/2023 11:17:11 - FERNANDEZ Gastón Cesar - SECRETARIO DE CÁMARA

Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires

Áreas y Comisiones Asesoras

PRESIDENTE / Guillermo Aníbal LONGHI

Coordinación de gestión

Consejo Federal del Notariado Argentino (CFNA)

Coordinación con delegaciones

Relaciones políticas

Unión Internacional del Notariado (UINL)

VICEPRESIDENTE 1° / Maximiliano MOLINA

Archivo de Actuaciones Notariales

Bucciarelli; Emilio Eduardo Ballina Benites; Carolina Verónica Seoane; Estela María Zubiaurre

Centro Institucional de Mediación

Departamento de Registros Especiales

Comisión de Noveles

Catalina Malara; Santiago Pinto; Felicitas Bruzzo; Ana Clara Sabatini Ayarra; Macarena Morcillo; Catalina Vattuone Marti; Micaela Saénz Basilaki; Agustín Miralles

Departamento de Inspección General

Comisión de Concursos

María Cecilia López (Presidente); Gastón Erramouspe; Gustavo Emanuel Mittica; Estefanía Casati; Natalia Blasi

VICEPRESIDENTE 2° / Haydée Sabina PODREZ YANIZ

Tribunal Notarial

tón Renato di Castelnuovo; María Isabel Tomizzi; Juan Andrés Bravo

Asesoría Notarial Personalizada

Universidad Notarial Argentina (UNA)

Comisión de Regularización Dominial

Cora María Barreto Peltzer (Presidente); Marcela Marta Voiscovich; Valeria María Pierrot; Esteban Bedoya; Giselle Paola Eiras Deniche; Daiana Pérez; Juan Luis Cadierno

Delegados de la UNA

Oficina de Regularización Dominial y Vivienda Social

Comisión de Compromiso Social, Vivienda y Hábitat

Manuel José Carricajo (Presidente); Marina María Copello; Pablo Javier Courett; María Jimena Brusco; Malena Malacalza; Roberto Pablo Silbert; Francisco Alejandro Chicote; María Felisa Mendizábal

Tribunal de Control de los RNRD

Comisión de Género y Derechos Humanos

Marcela Viviana Spina (Presidente); Kelina Dinet López; René Carlos Casas; María Lucia Cajarville; Adriana Myrtha Sosa; Josefina Duco; Lucía Gianfrancesco; Pilar Guardia

Comisión de Legislación y Jurisprudencia

Mariana Hefling (Presidente); Juana Bovati; Cecilia Dubini; María Paula Etchart; Santiago Falbo; Gas-

Comisión de Congresos, Jornadas y Encuentros

Tomás Augusto Lamber (Presidente); Vilma Claudia Rosello; María Elina Molinari; María Luz Berterretche Mateos; Gabriela Dina Piccardo; Maximina Zabala; Luciano Chávez; Guadalupe Astrid Tarapow

SECRETARÍA DE GOBIERNO /Carina PÉREZ LOZANO

Relación con ARBA

Relación con la Dirección Provincial del Registro de la Propiedad

Relación con las municipalidades

Instituto de Derecho Registral

Asesoría Tributaria

Relación con la Dirección Provincial de Personas Jurídicas y el Ente Provincial

Comisión de Asuntos Fiscales y Administrativos

Nicolás César Máspoli (Presidente); María Losardo; María Alejandra Re; Valeria Lourdes Dorantti García; Brígida Gloria Raffo; Patricia Edith Montes; Juan Ignacio Rodríguez; Bárbara Drake; Osvaldo Natalio Togni; Silvia Gabriela Giler

Comisión de Asesores Registrales

Magdalena De Vega; Alfredo Ceferino Troilo Marcos; Viviana Rita María Pellegrino de Scotto Lavina; Martín Pagni; Milena García; Mariana Armendáriz; Ana Antonieta Lavecchia; Gustavo Aníbal Bras; Delia María Miranda; Mario Germán Bordenave; Luis Felipe Basanta; Verónica Estela Gervasi; Laura Inés Vázquez; Gabriela Alejandra Vaccaro; Andrés Pianzola; Guillermo Borges; Ana Luisa Hijano

Comisión de Personas Jurídicas

Marcos Heredia (Presidente); María Luján Alejandra Lalanne de Pugnaroni; Manuel Aguilera; Dora Nancy Fiorentini; Esteban Roberto Ebrecht; Leonardo Daniel Villegas; Andrea Daniela Bordicelli; María de las Mercedes Lynn Berecibar

SECRETARÍA DE ASUNTOS PREVISIONALES / María Paula VELILLA

División Atención de la Salud

División Jubilaciones y Subsidios

División Préstamos y Turismo

Comisión de Atención de la Salud

Natalia Martínez Dodda (Presidente); Cecilia Gentilini; Sandra Mirna Fernández; Paula Benegas Laria; Ramiro María Flores; Pablo Alejandro di Giano; Laura Marisa Patricio; Isabel Rosana Soto; Aldana Miliozzi; María del Rosario Berterretche Mateos; Juan Pablo Giannini; María Lía Iriarte; María Fernanda Lorenzo Mendy; Mónica Esther Saluppo; Gustavo Alfredo Silva; María del Rosario Paso; Rosario Zabala

Comisión de Jubilaciones y Subsidios

Laura Susana Montani (Presidente); Susana María Wallace; María del Carmen Gaudino; Adrián Favellis; Carlos Guillermo Ríos; Marcos Meas; Horacio Ramón Iribarren; Marta Mabel Inorreta

Comisión de Préstamos y Turismo

Pedro Abel Ilarregui (Presidente); Eugenia Irene María Bagnoli; Roberto Lucas Casella Mateo; Matías Wertheimer; María Florencia Moussou; Daniel Cristian Franco; Juan Pedro Calou; Gustavo Carlos Görg

SECRETARÍA DE APORTES / Diego Daniel de SAN PABLO

Asesoría de Aportes

Coordinación de comisiones

Comisión de Aportes

Marina José Catania (Presidente); Josefina Laurens; Jorge Daniel Biglieri; Santiago Martín Taborda; Eugenia Inés Zarranz; Marcia Della Rosa; Sonia Mabel Cardozo; Fernando de Salas

Comisión de Interpretación de Arancel y Facturaciones Notariales

Pablo Morrone (Presidente); Verónica Echeverría; Alexis Baltazar Molina; Cecilia Cuitiño; Sebastián Mariano Dusserre; Sebastián de Salas

Comisión de Deportes y Recreación

Carla Merlini (Presidente); Julián Eduardo de Marco; Fiorella Cacace; Francisco Amaya; Raúl Fernando das Neves Vargues; Fausto Felipe Basanta; Juan Manuel Espil; Luciano José Loraschi

SECRETARÍA DE RELACIONES INSTITUCIONALES / Carlos Agustín SÁENZ

Curso de Ética

Escuelas apadrinadas

Federación de Entidades de Profesionales Universitarios (FEPUBA)

Departamento Comunicaciones

Biblioteca Jurídica Central "Dalmacio Vélez Sarsfield"

Fundación Editora Notarial (FEN)

Revista Notarial

Boletín Informativo

Sistema Orgánico de Información Notarial (SOIN)

Convenio con la Fundación Æquitas

Taller de Producción Gráfica

Sitio web institucional (www.colescba.org.ar)

App institucional

Redes sociales

Apostillas

Comisión de Extensión Cultural

Ana María Unchalo (Presidente); María Cecilia Sacoski; Otilia del Carmen Zito Fontán; Sol Togni; Ariel Martín Moreno; Nilda Beatriz Rosa; Gerardo Agustín Clavin; Haydée Susana Maggiolo; Silvia Elena Ugalde

Comisión de Comunicaciones

Federico Ledebur (Presidente); María Natalia Sequeiro; Gonzalo Matías Vásquez; Valeria Scarrano; Aurelio García; Mariano Carleschi Gil; María Soledad Ríos; Mariano Costanzo

Comisión de Imprenta

Paola Julieta Pierri (Presidente); Emiliano Piva Fernández; Esteban Tisnés; Betiana Marcela Palladino; Gloria Beatriz Voda; Delfina Etchart; Joaquín Néstor Barreneche; Daniela Valeria Zubillaga

SECRETARÍA DE ADMINISTRACIÓN / Francisco Eitel BARRETO PELTZER

Departamento de Recursos Humanos

Moral; Estela Luis; Marcela Elisabet Pizarro; Leandra Alesia Finochietto

Comisión de Personal y Administración

María Florencia Perís (Presidente); Rodrigo Aguirre; Laura Bresso; Mariana Rospide; Mariana

SECRETARÍA DE INFORMÁTICA / Andrés MARTÍNEZ (h)

Desarrollos informáticos para el notariado y la administración

telnuovo, María Itatí Longhi, Mauro Miguel Mujica, Sebastián Lassalle, Emilio Cervini, Néstor Daniel Lamber, Rodolfo Vizcarra y Agustín Valenti.

Instituto de Documentación Digital

Walter César Schmidt, Carlos Agustín Sáenz, Santiago Francisco Oscar Scattolini, Franco di Cas-

TESORERÍA / María Beatriz AGUIRRE

Comisión de Seguros

Armando Luis Arcone (Presidente); Joaquín Santino Rubineti; Pablo Alexander Balero Reche; Mercedes Gabella; Carlos Martín Pertierra; María Belén Suares; Patricio Tomás Street

Comisión de Finanzas

Diego Gustavo Giacomelli (Presidente); Alejandro Alvarado; Federico Lallement; Pedro Salvador Cocozza; Eduardo José Bras; Federico Travascio; Nicolás Cavagna; Patricio Rodolfo Villamayor

Comisión de Bancos

Juan Antonio Vilanova (h) (Presidente); Ricardo Vaquero; Francisco Calou; Fernando Olaberría; Emmanuel Miguel Ojeda Georgieff; María Gracia Benvenuto; Amalia Suhilar; Enrique Javier Jonas

Comisión Especial Registral

Fernando Gabriel Sánchez (Presidente); Maisa Di Leo Recalde; Simón Enrique Labaqui; Fernando Esteban Lagae; Jorge Ignacio Cambet; Pablo Hugo Migueles

PROTESORERÍA / Santiago Francisco Oscar SCATTOLINI

Comisión de Edificios

Alejandro Alberto Glaría (Presidente); Franco de Zorzi; Rubén Santiago Stradiot; María Inés Ursino; Camila Santos; Mauro Lionel Antinori; Hernán Itoiz; Ana Laura Bastián

Paladino Toledo; Christian Mauricio Flavio Troglio; Teresa María de los Milagros Gasparin; Eduardo Mario de Jesús Rivarola; Luis Eugenio Manassero Vilar; Ernesto Carlos Antollini; Claudio Martin Rieu; Ignacio D. Fioramonti; Lucas Pablo Espósito; Gastón Javier Bavera; María Silvina González Taboada; Norberto Gustavo Soler; María Eugenia Monarca; Eduardo Atilio Brizuela; Fernando Riaño Laboranti

Comisión de Hacienda

Juan Ignacio Cavagna (Presidente); Maricel Hermida; Esteban Horacio Colabella; Luca Emanuel

Organismos Notariales

Archivo de Actuaciones Notariales

Centro Institucional de Mediación

Directora: Graciela Beatriz Curuchelar
Secretaria: Carla Gabriela Balducci
Tesorera: Graciela Vilalta
Colaboradora: María Cristina García
Colaboradora académica:
Mariana Rospide

Departamento de Inspección General

Inspectora General: Paula Mariana Marello
Cuerpo de inspectores:
Inés Bulos, María Cristina Catalano, Ramiro Hernán Ceballos Depaoli, Silvia Elena Doratti, Diego Gargaglione Asorey, Julieta Glaría, María Cristina Iglesias, Valeria Alejandra Lencina, Marta Catalina Loidi, María Antonia Maggi, Luis Alberto Milani, Virginia Milani, Evangelina Moreno, Mariano Osvaldo Nápoli, María de los Ángeles Pablos, Selene Eva Posteraro Sánchez, Liliana Rodríguez Ferro, Matías Scandroglio

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: Julia Alvarado

Fundación Editora Notarial

Comité Ejecutivo

Presidente:
Guillermo Aníbal Longhi
Vicepresidente y Director Ejecutivo:
Carlos Agustín Sáenz
Tesorera: María Beatriz Aguirre
Secretaria: Carina Pérez Lozano
Vocales: Sebastián Lassalle y Silvina Verónica Bento

Tribunal Especial de Control del Funcionamiento de los RNRD

Miembros titulares:
Alberto David López
Osmar Ariel Pacho
Miembros subrogantes:
Luis Felipe Basanta
Silvia Nelly Fernández de Ayan



Consejo Directivo

Rector Sebastián Justo Cosola

Vicerrector Eduardo Gabriel Clusellas

Secretaria General Karina Vanesa Salierno

Prosecretaria Elba María de los Ángeles Frontini

Tesorero Fernando Gabriel Sánchez

Consejeros

Natalia Martínez Dodda

Martín Leandro Russo

Rodolfo Vizcarra

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 Sarrion (†)

Mauro Cappelletti (†)

Manuel Fraga Iribarne (†)

Augusto Mario Morello (†)

Eduardo M. Favier Dubois (P) (†)

Jorge H. Alterini (†)

Félix Alberto Trigo Represas (†)

Eduardo Antonio Zannoni (†)

Luis Moisset De Espanés (†)

Natalio Pedro Etchegaray

Rubén Compagnucci De Caso

Isidoro Lora-Tamayo Rodríguez

Manuel Atienza

Néstor Oscar Pérez Lozano

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

Presidente: María Nélide Dómina

Miembros titulares:

Silvia Alicia Suárez Bras

Jorge Daniel Biglieri

Miembros subrogantes:

Eduardo Mario de Jesús Rivarola

Daniela Fernanda Villoses

María Eugenia Monarca

Asociación de Jubilados y Pensionados Notariales

Presidente: Olga Raquel Frickel

Vicepresidente: Beatriz Alejandra López Cafasso

Secretaria: Graciela Angela Lobato

Tesorero: Gabriel Arturo García

Vocales titulares:

Mirta Gladys Negrelli

María Susana Torlo

Leyla Leonor Palumbo

Vocales suplentes

Ana María Unchalo

Silvia Martinelli

Martha Beatriz Salas de Mallo Rivas

Revisores de cuentas:

Alba Graciela Micheletti

María del Carmen Gaudino

Gladis Isabel Acosta de Perugini

Revisores de cuentas suplentes:

Mabel Eulalia Rodríguez

Martha Martorelli

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.

