

ENERO/ABRIL/2021

988

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

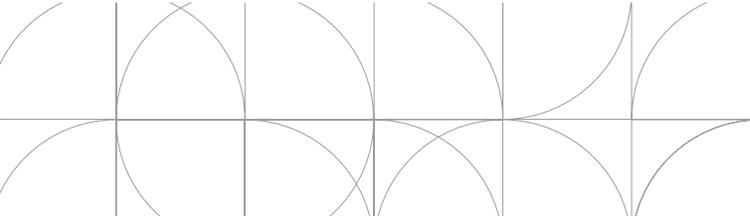
Marcela Haydée Tranchini de Di Marco

Marcelo Eduardo Urbaneja

Año 125 - Av. 13 N° 770 (B1900TLG)

La Plata - Provincia de Buenos Aires

República Argentina







Consejo Directivo

2020/2022

Presidente - Diego Leandro Molina

Vicepresidente 1º - Alicia Noemí Broccardo

Vicepresidente 2º - Nelly Olga López

Secretario de Gobierno y Administración - Guillermo Aníbal Longhi

Secretario de Asuntos Previsionales - Pablo Alejandro Di Giano

Secretario de Aportes - Diego Daniel de San Pablo

Secretaria Académica - Karina Vanesa Salierno

Secretario de Comunicaciones - Juan Manuel Area

Tesorero - Fernando de Salas

Protesorero - Rubén Santiago Stradiot

Consejeros

Marina Gabriela Arana

Eduardo José Bras

Mariano Castelucci

Mauricio Rodolfo Esponda

Elba María de los Ángeles Frontini

Leticia Emma Garello

Teresa María de los Milagros Gasparín

María Silvina González Taboada

Hernán Itoiz

Guillermo Agustín Lagier

María Luján Alejandra Lalanne

Bruno Maugeri

Pablo Hugo Migueles

Esteban Rafael Morcillo

Marcelo Eduardo Pérez Consentino

Santiago Francisco Oscar Scattolini

Mariano Ignacio Socin

Susana Mabel Surace

Juan Miguel Tamborenea

Federico Travascio

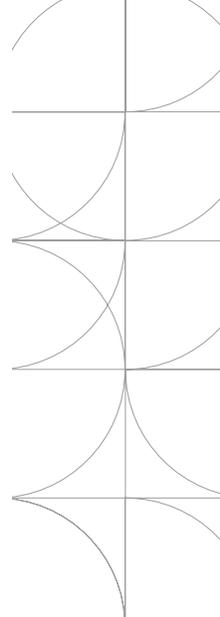
Maximina Zabala

Decano Honorario del Notariado Bonaerense

Natalio P. Etchegaray

Delegaciones del Colegio de Escribanos

- AZUL** Marcela Marta Voiscovich
Av. 25 de Mayo 545 - (B7300FXF) - Tel. (02281) 43-2998 - Fax 43-0313
- BAHÍA BLANCA** Fernando Esteban Lagae
Belgrano 252 - (B8000IJF) - Tels. (0291) 452-2953 / 453-9849 - Fax 454-5624
- DOLORES** Francisco Eitel Barreto Peltzer
Buenos Aires 536 - (7100) - Tel. (02245) 44-7699 - Fax 44-3637
- JUNÍN** María Paula Velilla
General Paz 28 - (B6000FKB) - Tel. (0236) 443-2509 - Fax 443-3799
- LA PLATA** Valeria Laura Pepe
Calle 48 N° 716 - (B1900AND) - Tel. (0221) 482-9601 - Fax 483-5484
- LOMAS DE ZAMORA** Diego Ariel Hollmann
Avda. Meeks 420 - (B1832DEJ) - Tels. (011) 4244-1453 / 6403 / 6408 - Fax 4292-3359
- MAR DEL PLATA** Juan Pablo González Fortini
Avda. Independencia 2190 - (B7600DIR) - Tel. / Fax (0223) 493-6612 / 495-3649
- MERCEDES** Leandro Nicolás Posteraro Sánchez
Calle 18 N° 730 e/ 29 y 31 - (B6600HJT) - Tel. (02324) 42-4738 - Fax 42-7480
- MORÓN** María del Pilar Llorens Rocha
San Martín 283 - (B1708IHE) - Tel. / Fax (011) 4629-8658 / 4628-8243 / 4627-5093
- NECOCHEA** Rosario Zabala
Calle 65 N° 2755 - (B7630HLY) - Tel. (02262) 43-1482 - Fax 42-5385
- NUEVE DE JULIO** Brígida Gloria Raffo
Avda. Libertad 836 - (B6500EVV) - Tel. (02317) 42-2123 - Fax 42-4138
- PERGAMINO** Alfredo Ceferino Troilo Marcos
Leandro N. Alem 623 - (B2700LHM) - Tel. (02477) 42-3971
- SAN ISIDRO** Santiago Luis Vassallo
Chacabuco 484 - (B1642CHF) - Tels. (011) 4743-2052 / 3629 - Fax 4732-0862
- SAN MARTÍN** Patricia Elena Trautman
Calle 91 (San Martín) N° 1834 - (B1650BEF) - Tels. / Fax (011) 4752-6132 / 4755-5630
- SAN NICOLÁS** María Andrea Sánchez Negrete
Calle de la Nación 219 - (B2900AAE) - Tel. (0336) 442-5821 - Fax 442-4522
- TANDIL** Juan Manuel García
Gral. Martín Rodríguez 453 - (B7000A0I) - Tel. (0249) 442-5734 - Fax 444-3422
- TRENQUE LAUQUEN** María de los Ángeles Pablos
Avda. Leandro N. Alem 172 (B6400BBO) - Tel. (02392) 42-2105 - Fax 42-5970



Sumario 988

ENERO/ABRIL/2021

Doctrina

Proyecciones de la nueva "superficie". Aspectos estructurales y dinámicos

Alicia Puerta de Chacón **9**

Herencia y voluntades digitales

Graciela Medina **67**

La "automatización" del derecho y la función notarial

Elda Fernández Cossini **121**

Derecho Registral

Semblanzas sobre la Ley Registral Inmobiliaria argentina a medio siglo de su vigencia

Marcelo Eduardo Urbaneja **187**

Academia Nacional del Notariado

Contratos entre cónyuges

Néstor Daniel Lamber **219**

Jurisprudencia

Resolución del Tribunal Notarial

245

Informaciones

XXXII Encuentro del Comité Latinoamericano de Consulta Registral

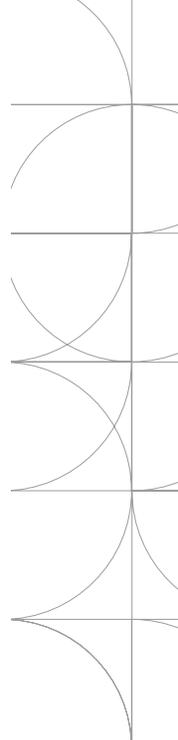
Guayaquil, Ecuador,
8 al 12 de abril de 2019 **263**

XX Congreso Nacional de Derecho Registral

San Fernando del Valle de
Catamarca, 13 al 15
de junio de 2019 **273**

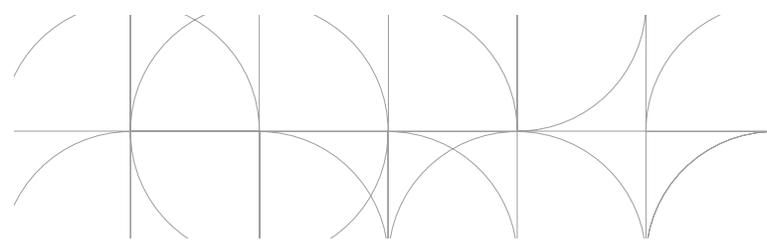
XX Jornadas Notariales Cordobesas

Ciudad de Córdoba, 12 y 13
de septiembre de 2019 **285**

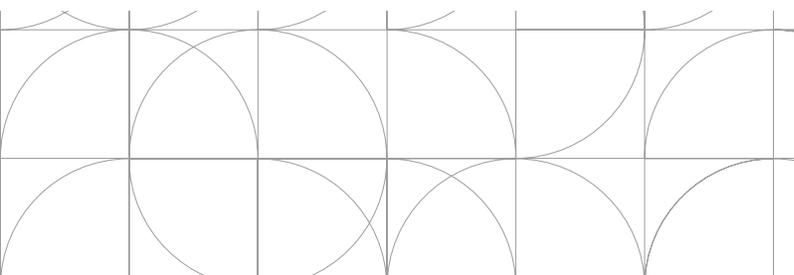


Los conceptos vertidos en los artículos firmados representan la opinión de sus autores, no comprometiéndolo la posición institucional del Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires.

ISSN 0325-4607



DOCTRINA



ESPECIAL PARA REVISTA NOTARIAL

PROYECCIONES DE LA NUEVA "SUPERFICIE"

Aspectos estructurales y dinámicos

ALICIA PUERTA DE CHACÓN ¹

SUMARIO: 1. Un derecho real que despierta la imaginación. 2. Antecedentes. 3. Método del Código. Régimen legal. 4. Modalidades. Normas supletorias. 5. Naturaleza jurídica. Caracteres. 6. Elementos estructurales. Objeto. 7. Sujeto. Legitimación. 8. Aspectos dinámicos. Adquisición. 9. Reserva de sobreelevar, subedificar y de constituir superficie. 10. Propiedad horizontal superficiaria. Distinciones. 11. Facultades del superficiario. Transmisión del derecho. 12. Hipoteca superficiaria. 13. Anticresis superficiaria. 14. Derechos reales desmembrados superficiarios. 15. Afectación a vivienda.

¹ Profesora Titular de Derecho Privado V - Derechos Reales de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Cuyo y Profesora Titular de Derecho Civil IV - Derechos reales, registrales e Intelectuales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Mendoza. Profesora de posgrados.

16. Extinción. Causales. 17. Indemnización. 18. Reversión de lo construido, plantado o forestado. 19. Efectos resolutorios respecto de terceros. 20. Aspectos registrales. 21. Conclusiones. Anexos

01. UN DERECHO REAL QUE DESPIERTA LA IMAGINACIÓN

Es indudable que el Código Civil y Comercial ha creado y regulado a los derechos reales de modo tal que su titular pueda obtener el mayor y mejor aprovechamiento de la cosa que constituye su objeto y su destino. Este paradigma se cristaliza en forma patente y sorprendente respecto de los inmuebles, con el derecho real de superficie para plantar, forestar y construir; y su avance hacia la propiedad superficiaria de lo plantado, forestado y construido como una propiedad temporal separada de la propiedad del suelo del inmueble.

El destino múltiple de la superficie que consagra el nuevo ordenamiento supera a la derogada Ley 25.509 de Superficie Forestal, que solamente la receptó para la forestación y silvicultura.

El derecho de superficie consagrado por el nuevo Código se manifiesta con gran plasticidad, tanto para los inmuebles urbanos como rurales. El dueño del inmueble puede constituirlo sobre todo el inmueble o sobre una parte determinada, con proyección en el espacio aéreo o en el subsuelo, o sobre construcciones ya existentes, aun dentro del régimen de propiedad horizontal.

También la utilidad de la superficie y de la propiedad superficiaria pueden alcanzar una extensión mayor en el inmueble afectado que la necesaria para la plantación, forestación o construcción en la medida que sea conveniente para su uso o explotación y, de ese modo, se evita la constitución de otros derechos reales complementarios, tales como las servidumbres o el usufructo.

El derecho se proyecta materialmente en el suelo para la construcción, la plantación o la forestación o bien se constituye solamente en el subsuelo (cocheras, bodegas, depósitos, etc.) o en el vuelo de una construcción ya existente, inclusive en un edificio de propiedad horizontal y en los conjuntos inmobiliarios. Su implementación es interesante en los parques empresariales e industriales para usos variados, tales como centrales eléctricas y de energías renovables como los parques eólicos, solares, etc.².

La superficie y la propiedad superficiaria producen la división temporal, material y jurídica del inmueble, se trata de propiedades separadas de un mismo in-

2 Molina Sandoval, Carlos A., "El derecho de superficie en los negocios inmobiliarios", L.L.2017-B, 779. Gómez de La Lastra, Manuel C., "Las implicancias del derecho de superficie y el fideicomiso en los negocios inmobiliarios", JA 2017-III, pág. 1521 y "El derecho real de superficie. Un hito en el financiamiento de la actividad productiva", L.L. 2017-E-714 y ss.

mueble en distintos planos horizontales y también pueden serlo verticales si se constituye en una parte materialmente determinada del inmueble. Este derecho posibilita que una persona pueda continuar siendo dueña o propietaria de una parte del terreno, mientras otra lo es de la obra existente en la superficie o en el subsuelo, inclusive en el vuelo sobre lo construido. Además, como es un derecho real divisible, puede que existan cosuperficiarios sobre los distintos planos en que se divide el inmueble.

Su aplicación despierta la imaginación de los operadores del mercado inmobiliario con propuestas para los propietarios y los inversores. No están ajenos a sus dilucidaciones los escribanos, los registradores y demás profesionales del derecho quienes visualizamos las proyecciones jurídicas de esta figura y su vinculación con otros derechos reales. La ley admite que el o los cotitulares de la propiedad superficiaria pueden afectarla a propiedad horizontal, constituir derechos reales desmembrados y derechos reales de garantía. Aparece entonces un abanico de derechos reales conexos: el usufructo superficiario, la servidumbre superficiaria (real y personal), la hipoteca superficiaria, la anticresis superficiaria, la propiedad horizontal superficiaria, inclusive la propiedad fiduciaria superficiaria con todas estas variables jurídicas.

Otra inquietud se presenta a los agrimensores y a los funcionarios del catastro parcelario que deben representar cartográficamente estas superficies volumétricas.

Ciertamente la comprensión e implementación de este derecho requiere un cambio de idiosincrasia en el propietario conservador que procura retener la plenitud de sus facultades sobre el inmueble. No resulta sencillo distinguir la división jurídica de los diversos planos del inmueble que en principio no son tangibles: el suelo o rasante, el sobresuelo, el subsuelo y el vuelo, de manera tal que cada uno de ellos conforme una unidad inmobiliaria autónoma e independiente funcionalmente y cuya propiedad pertenezca temporariamente a diversas personas en el todo o en partes materiales y/o ideales.

Se detecta que las ventajas de este derecho real se observan tanto en el aspecto económico como social. Favorece el acceso a la vivienda a un menor costo de adquisición en inmuebles de particulares y también del Estado en planes de viviendas sociales. Además, posibilita un emprendimiento constructivo o rural a la medida de las necesidades del inversor, con beneficio de la actividad económica en general y del mismo dueño del suelo, quien a la extinción de la propiedad superficiaria acrecienta el valor de su inmueble con las mejoras incorporadas por el superficiario.

Será el profesional del derecho, especialmente el notario que tiene a su cargo la obra de ingeniería jurídica en la constitución, quien pueda orientar su provechosa aplicación. Pero es necesaria su difusión y también concientizar al fisco acerca de las múltiples proyecciones de la superficie, a fin de que los organismos públicos recaudadores no lo equiparen tributariamente con el dominio y desnaturalicen este valioso instituto sustrayéndolo en la práctica del tráfico jurídico.

02. ANTECEDENTES

El derecho de superficie fue expresamente prohibido por el Código Civil de Vélez (art. 2614) que consagró el principio romanista de la accesión inmobiliaria sin excepción: "todo lo que está en el suelo, sobre el suelo y bajo el suelo pertenece al dueño del suelo" (art. 2518). En tal sentido, el codificador del siglo XIX fue más riguroso que los antecedentes del derecho romano que en su evolución admitió la superficie³. En las notas a los arts. 2502 y 2503 Vélez justifica la supresión de este derecho y de la enfiteusis, en tanto expone que la concurrencia de múltiples derechos reales sobre la misma cosa constituye un semillero de posibles conflictos entre los diversos titulares.

Pero la propiedad es un concepto cambiante en función de las necesidades económicas y los comportamientos sociales. Hoy no se miran con disfavor las propiedades coparticipativas que procuran obtener de los bienes el mayor goce posible. Por otra parte, la concepción de que el suelo es la cosa principal y el edificio o la plantación es el accesorio, no siempre responde a la realidad. Hay casos en que las construcciones o las plantaciones son de mayor valor económico que el suelo. Tan es así, que en el derecho germánico imperó la regla inversa, es decir la reafirmación del principio del trabajo frente a la accesión, que atribuye la propiedad de la obra a quien la ha creado con su actividad y no al dueño del suelo.

La recepción del derecho real de superficie fue propiciada hace años por las X Jornadas Nacionales de Derecho Civil celebradas en la ciudad de Corrientes en 1985, y desde entonces alentada por la doctrina especializada⁴.

3 Domínguez, Marisa y Fernández, Graciela, *El derecho real de superficie en Roma. Su influencia en nuestro Derecho Civil*, J.A. 2015-IV-1173.

4 Moreira, Laureano, *El derecho de superficie*, Rev. del Notariado N° 808, 1987 pág. 109. Aquarone María Teresa y otros, Rev. del Notariado N° 808, 1987, pág. 23. Andorno, Luis O., "El derecho de superficie", J.A. 1985-III-653. Cornejo, Américo, "El derecho real de superficie en el proyecto de unificación legislativa civil y comercial", L.L. 1987- D-1200.

El Proyecto de Ley de Unificación de la Legislación Civil y Comercial de 1987 recibió la superficie con fines de construcción⁵ y esta versión primigenia fue perfeccionada en los proyectos legislativos posteriores de 1993 y 1995 que la acogieron para la construcción y la forestación, dando cauce a la propuesta que recibió el Proyecto de Código Civil de 1998 antecedente del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de 2012 y luego del Código Civil y Comercial.

Resultan esclarecedores los fundamentos vertidos por la Comisión Redactora del Proyecto 1998 respecto de la necesidad de adoptar esta figura, al decir que: "La prohibición del instituto por el art. 2614 del Código Civil vigente aleja a nuestro Derecho del más prestigiado derecho comparado, pues, entre otros países, lo admiten Francia, España, Italia, Portugal, Bélgica, Alemania, Austria, Suiza, Japón, Bolivia, Perú, Cuba y hasta los recientes Código de Quebec de 1991 y de Holanda de 1992. Es razonable suponer que la superficie estimulará la construcción, pues constituirá una herramienta atractiva para los dueños de terrenos que no pueden o no quieren construir, que tendrán la alternativa de que lo hagan terceros, con el aliciente de que aquellos se conviertan luego en propietarios de lo construido". En diversos eventos académicos se propició esta propuesta legislativa⁶, enriquecida por las consideraciones de la doctrina⁷.

Finalmente, el régimen instaurado por el Código vigente en base al Anteproyecto de Código Civil y Comercial 2012, recepta con amplitud la superficie y la propiedad superficiaria con fines de construcción, plantación y forestación, superando las dificultades interpretativas que suscitaba la Ley 25.509 de Superficie Forestal con relación a si la forestación comprendía también a las plantaciones.

5 Kemelmajer de Carlucci, Aída y Puerta de Chacón, Alicia, *Derecho real de superficie*, ed. Astrea, Bs. As., 1989.

6 La Comisión N° 7 de la XIII Conferencia Nacional de Abogados realizada en el mes de abril del 2000 en la ciudad de San Salvador de Jujuy, aconsejó de *lege ferenda* la aprobación legal de este régimen, y las XXV Jornadas Notariales Argentinas recomendaron como necesaria su incorporación, aún por ley especial, si el Proyecto no obtuviese aprobación.

7 Andorno, Luis O., "El derecho real de superficie en el Proyecto de Código Único Civil y Comercial de la Comisión Federal de la Cámara de Diputados" en Revista Jurisprudencia Argentina 1993-IV pág. 921 y ss. y "El derecho de superficie en el Proyecto de Código Civil de 1998" en Revista Jurisprudencia Argentina, boletín de fecha 10/05/2000. Alterini, Jorge Horacio, Derecho Real de Superficie, Revista del Notariado N° 850, 1997, pág. 7. Puerta de Chacón, Alicia, *Nueva versión del derecho de superficie* (Proyecto 1998), en Revista Jurisprudencia Argentina, 2001-II-836.

03.**MÉTODO DEL CÓDIGO. RÉGIMEN LEGAL**

El Código regula los derechos reales en el Libro Cuarto y en el Título VII trata la superficie en los arts. 2114 a 2128. La ley 26.994 sancionatoria de este Código derogó la Ley 25.509 de Superficie Forestal (art. 3° inc. a).

El nuevo ordenamiento crea el derecho real de superficie en el art. 1887 inc. g) y lo define en el art. 2114 en los siguientes términos: "Concepto. El derecho de superficie es un derecho real temporario, que se constituye sobre un inmueble ajeno, que otorga a su titular la facultad de uso, goce y disposición material y jurídica del derecho de plantar, forestar o construir, o sobre lo plantado, forestado o construido en el terreno, el vuelo o el subsuelo, según las modalidades de su ejercicio y plazo de duración establecidos en el título suficiente para su constitución y dentro de lo previsto en este Título y las leyes especiales".

Son dos las manifestaciones de este derecho real, la superficie como el derecho real de plantar, forestar o construir en un inmueble ajeno y la propiedad superficiaria sobre lo plantado, forestado o construido como objeto propio. Cabe considerar que a ellas se les aplican los principios comunes de los derechos reales y las disposiciones generales relativas a la adquisición, transmisión, extinción y oponibilidad del Título I de los Derechos Reales del Código (arts. 1882 a 1907), en tanto sean compatibles con las disposiciones específicas del Título VII.

Además, las normas se deben interpretar de manera sistémica e integradora de acuerdo con los principios y reglas del Título Preliminar del Código que fija las fuentes del derecho (art. 1°), las pautas interpretativas (art. 2°) y los principios de: buena fe (art. 9°), ejercicio regular del derecho (arts. 10 y 11); orden público (art. 12) y la compatibilidad de los derechos individuales con los derechos de incidencia colectiva (arts. 14 y 240), entre otros, que direccionan el ejercicio de los derechos reales sobre los bienes (arts. 15 y 16).

En razón de la abrogación de la Ley 25.509 de Superficie Forestal se presenta la cuestión de la eficacia temporal de la ley y se hace necesario distinguir los derechos reales de superficie forestal y de propiedad superficiaria forestal constituidos con anterioridad al 1° de agosto de 2015, que es la fecha en que entró en vigencia el Código conforme lo dispuesto por el art. 1° de la ley 27.077. Máxime que la superficie forestal se aplicó extensi-

vamente a las plantaciones, conforme lo interpretó la doctrina en diversos eventos académicos⁸.

El art. 7º del Código establece el principio de irretroactividad de la ley. Los derechos reales constituidos con anterioridad a la vigencia de este ordenamiento legal se encuentran amparados por las garantías constitucionales y sujetos al régimen jurídico de la ley anterior, salvo en lo que respecta a las consecuencias jurídicas de las relaciones y situaciones existentes⁹.

Highton explica que las situaciones y relaciones jurídicas “agotadas o consumadas” en el tiempo se rigen por la ley vigente en ese período, salvo que excepcionalmente la norma posterior sea retroactiva; en cambio, por el efecto inmediato de la aplicación de la ley posterior a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas “pendientes” al momento de dictarse la nueva legislación, les son aplicables las nuevas normas. En otras palabras, a los efectos que se producen con posterioridad a la vigencia de la norma, se les aplica la nueva ley, no así a las consecuencias concluidas al amparo de la legislación derogada¹⁰.

En tal sentido considero que todo lo concerniente a la constitución, elementos, contenido, finalidad y duración de la superficie forestal (y en su caso las plantaciones) se rige por la ley anterior. Si bien el plazo máximo de duración del derecho de superficie para forestar (y plantar) se mantiene en los cincuenta años y el de reforestar (o plantar) en tres años, sí varía en el nuevo régimen legal el plazo de extinción por el no uso que era de tres años según el art. 8º de la ley 25.509 y que ahora es de cinco años por el art. 2124 del Código. En consecuencia, opino que siendo éste un plazo más extenso, su aplicación retroactiva afectará el derecho del dueño del suelo porque dilatará en dos años más la readquisición de lo forestado (o plantado).

En lo que respecta al ejercicio del derecho, como se trataría de una situación “no consumada” queda sujeta a las normas del nuevo régimen legal

8 Jornadas sobre el Proyecto de Código Civil Unificado al Código de Comercio de 1998 realizadas por la Comisión Especial de la Cámara de Diputados de la Nación el 16/06/2000. En las XX Jornadas Nacionales de Derecho Civil realizadas en la ciudad de Rosario, año 2003 se recomendó su utilización para otro tipo de plantaciones perennes, como olivos, viñedos, frutales etc.

9 Kemelmajer de Carlucci, Aída, *La aplicación del Código Civil y Comercial de la Nación a situaciones jurídicas existentes. Segunda parte*, ed. Rubinzal-Culzoni, pág. 247.

10 Highton, Elena, “Título Preliminar del Código Civil y Comercial. Principios generales del derecho argentino”, *Revista del Derecho Privado y Comunitario*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2015, pág. 36.

(por ejemplo, la compatibilidad con los derechos de incidencia colectiva, las acciones judiciales, etc.). Así mismo la limitación impuesta al propietario del inmueble afectado que no podía constituir sobre el ningún otro derecho real de disfrute o de garantía durante la vigencia del contrato (art. 4° ley 25.509) queda desvirtuada actualmente por la norma del art. 2121 del Código¹¹.

04. **MODALIDADES. NORMAS SUPLETORIAS**

La superficie constituye una excepción temporaria al principio de la extensión del dominio inmobiliario establecida en el art. 1945 cuyo tercer párrafo dice: "Todas las construcciones, siembras y plantaciones pertenecen a su dueño del suelo, excepto lo dispuesto respecto de los derechos de propiedad horizontal y superficie".

La superficie tiene dos modalidades de acuerdo con lo que también estatuye el art. 2115 en concordancia con la norma precedente. El precepto dispone: "Modalidades. El superficiario puede realizar construcciones, plantaciones o forestaciones sobre la rasante, vuelo y subsuelo del inmueble ajeno, haciendo propio lo plantado, forestado o construido. También puede constituirse el derecho sobre plantaciones, forestaciones o construcciones ya existentes, atribuyendo al superficiario su propiedad. En ambas modalidades, el derecho del superficiario coexiste con la propiedad separada del titular del suelo".

Las dos manifestaciones del derecho real de superficie estaban previstas en la derogada ley 25.509 con fines de forestación y silvicultura y también en los proyectos antecedentes.

Se debe distinguir: a) el derecho real de plantar, forestar o construir sobre un inmueble ajeno, en tanto el dispositivo legal sienta: "El superficiario puede realizar construcciones, plantaciones o forestaciones sobre la rasante, vuelo y subsuelo del inmueble ajeno..."; y b) la propiedad superficiaria sobre lo plan-

11 Un caso semejante ilustra Bono, Gustavo, "Prescripción", Revista de Derecho Privado y Comunitario T° 2015-1. n, págs. 345 y ss. El autor expresa que el Código Civil impedía la cesión del derecho real de usufructo mientras que el Código Civil y Comercial consiente la transmisión de este derecho real por actos entre vivos y la ejecución judicial (arts. 2139, 2142 y 2144), es así que el usufructo constituido con anterioridad a la nueva ley puede actualmente ser objeto de transferencia y de subasta judicial.

tado, forestado o construido como objeto propio. También puede constituirse el derecho sobre plantaciones, forestaciones o construcciones ya existentes, atribuyendo al superficiario su propiedad. El texto legal es concluyente con respecto a que la superficie puede nacer como un derecho real sobre inmueble ajeno y luego convertirse en la medida de su ejercicio en un derecho sobre objeto propio¹².

El último párrafo del dispositivo transcrito consagra la propiedad separada del titular del suelo, esclareciendo que coexiste con el derecho del superficiario. En concordancia, el Art. 2121 estatuye que "El propietario conserva la disposición material y jurídica que corresponde a su derecho, siempre que las ejerza sin turbar el derecho del superficiario".

El derecho de plantar, forestar o construir es de naturaleza real y se ejerce sobre una cosa ajena. Corresponde diferenciarlo de la mera autorización para plantar, forestar o construir que se permite en el ámbito de los contratos de locación o comodato.

Para algunos autores el dominio sobre el suelo o emplazamiento se transforma en un dominio imperfecto por desmembración¹³. Este fenómeno se visualiza en la primera manifestación de la superficie. En cambio, en la propiedad superficiaria, como recae sobre cosa propia, opera la disociación jurídica del inmueble y nace una propiedad separada. El régimen legal subsidiario que prevé el Código para cada una de las modalidades de la superficie corrobora esta aserción.

Kiper explica que la calidad de temporario asignado a este derecho regula la imperfección de los derechos resultantes y que tanto es imperfecto este derecho por su temporalidad como también el dominio del propietario al sufrir el desmembramiento, dado que su plenitud la recobrará al vencimiento de la afectación¹⁴.

12 Conf. Dodda, Zulma Aurora (con la colaboración de Mariano Costanzo), en *Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado, anotado, concordado*, Coord. Eduardo Gabriel Clusellas, Libro Cuarto, Derechos Reales T. 7. Comentario la *Superficie*, ed. Astrea-FEN, 2015, pág. 281. Cossari, Nelson, Cossari, Leandro y Bitar, Juan I., *Código Civil y Comercial de la Nación y Normas complementarias*, Dir. Mariani de Vidal, Marina, T° 4 B, comentario a los artículos 2114 y 2115, ed. Hammurabi, págs. 299 y ss. Kiper, Claudio, *Tratado de Derechos Reales. Código Civil y Comercial de la Nación*, T° II, ed. Rubinzal-Culzoni, pág. 20.

13 Abella, Adriana - Mariani de Vidal, Marina, "Derecho real de superficie en el Código Civil y Comercial", L.L. 2016-A, 1117.

14 Kiper, Claudio, *Derecho Real de Superficie*, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2021, pág. 54.

En cuanto a las normas supletorias previstas se advierte un apartamiento importante del Proyecto de 1998. Este proyecto contemplaba para las dos manifestaciones del derecho de superficie disposiciones comunes y disposiciones específicas para cada una de ellas. Es decir que estatúa dos regímenes diferenciados, particularmente respecto de las facultades del superficiario y de los modos de adquisición y extinción de cada uno de estos derechos.

En su oportunidad se advirtió que no resultaba sencillo establecer una línea demarcatoria tajante entre ambas fases del derecho, en particular en la variante que se accede a la propiedad superficiaria por el ejercicio del derecho real de construir o forestar. En este supuesto Andorno explicaba que el derecho real de superficie experimenta una curiosa metamorfosis, pues nace sobre cosa ajena y se convierte en derecho real sobre la cosa propia dando origen a la propiedad superficiaria¹⁵. Es que el ejercicio del derecho de construir, plantar o forestar va gestando la propiedad superficiaria, en este tránsito, existe un derecho mixto a la vez sobre cosa ajena y sobre cosa propia.

Esta mutación conduce a plantearse un interrogante: ¿en qué momento se ingresa en el régimen de la propiedad superficiaria? El referido proyecto respecto del derecho de construir o forestar expresaba que se ejerza sobre una construcción o forestación no concluida (art. 2024 proyectado) y con relación a la propiedad superficiaria a una construcción o forestación ya existente (art. 2027 proyectado).

Este Código opta por una solución que se puede calificar de salomónica respecto de la regulación de cada una de las modalidades. El art. 2127 ordena: "Normas aplicables al derecho de superficie. Son de aplicación supletoria las normas relativas a las limitaciones del uso y goce en el derecho de usufructo, sin perjuicio de lo que las partes hayan pactado al respecto en el acto constitutivo". Y por su parte el art. 2128 establece "Normas aplicables a la propiedad superficiaria. Si el derecho de superficie se ejerce sobre una construcción, plantación o forestación ya existente, se le aplican las reglas previstas para el caso de propiedad superficiaria, la que a su vez queda sujeta a las normas del dominio revocable sobre cosas inmuebles en tanto sean compatibles y no estén modificadas por las previstas en este Título".

15 Andorno, Luis O., "El derecho de superficie", J.A. 1985-III-653. "El derecho real de superficie en el Proyecto de Código Único Civil y Comercial de la Comisión Federal de la Cámara de Diputados" en Revista Jurisprudencia Argentina 1993-IV pág. 921 y ss. y "El derecho de superficie en el Proyecto de Código Civil de 1998" en Revista Jurisprudencia Argentina, boletín de fecha 10/05/2000.

Por ello el derecho real de construir, plantar o forestar en inmueble ajeno se rige supletoriamente por las normas del usufructo en cuanto a las limitaciones del uso y goce. Cabe observar que resulta inadecuada la normativa en este punto, puesto que el límite que tiene el usufructuario es precisamente no alterar la sustancia de la cosa (art. 2129). En cambio, resulta de la propia naturaleza de la superficie la finalidad de construir, plantar o forestar. En realidad, la norma debió hacer referencia a que el superficiario puede gozar de los atributos del usufructuario, tales como usar, gozar y disponer jurídicamente del derecho, a más de la disposición material según la finalidad pactada en el título constitutivo.

A la modalidad de la propiedad superficiaria se le aplican las normas del dominio revocable en la medida que sean compatibles (arts. 1965 a 1969). No son compatibles las disposiciones relativas al plazo máximo de duración, otras causales de extinción, los efectos de la extinción en ciertos supuestos, tampoco la indemnización al superficiario.

En definitiva, como el derecho de superficie puede nacer como un derecho real sobre inmueble ajeno y luego convertirse en la medida de su ejercicio en un derecho sobre objeto propio, se debería estar a la situación de hecho existente en cada caso particular, y atento a lo estipulado en el título constitutivo de la superficie, a efecto de esclarecer cuándo se aplica el régimen supletorio del usufructo y cuándo el del dominio revocable.

Por esta razón, el notario debe estar atento a la forma de reglamentar convencionalmente este derecho en el título constitutivo, a fin de modelarlo conforme los intereses de las partes contratantes. El Código acepta la inclusión de las normas reglamentarias necesarias y convenientes para autorregular el derecho que se constituye, siempre que no sean violatorias del estatuto legal que lo tipifica en sus dos modalidades (art. 1884).

05. NATURALEZA JURÍDICA. CARACTERES

A) DERECHO REAL

En orden a la aplicación de las disposiciones generales de los derechos reales y a las específicas del derecho de superficie en sus dos modalidades, por su naturaleza jurídica la superficie es un derecho real principal (arts. 1882,

1887 inc. g), 1889) cuya estructura legal se rige principalmente por las normas estatutarias de los derechos reales en general y las particulares de su tipo (art. 1884) y que admite la aplicación de normas reglamentarias que respeten el tipo legal. Recae sobre una cosa registrable que es inmueble (art. 1890), el objeto es propio en la modalidad de la propiedad superficiaria y sobre inmueble ajeno si consiste en el derecho de plantar, forestar y construir. Es un derecho real que se ejerce por la posesión (art. 1891) que otorga las facultades de uso, goce y disposición material y jurídica conforme su finalidad (arts. 2114 y 2115) es transmisible, gravable y ejecutable. Como derecho real goza de los atributos de persecución y preferencia (art. 1886) siempre que tenga publicidad suficiente. El titular ostenta la protección judicial de las defensas posesorias (arts. 2238 a 2246) y de las defensas del derecho real: las acciones reivindicatoria, confesoria y negatoria según el ataque que lesione el derecho real (arts. 2247 a 2265).

B) DIVISIBLE

La superficie es un derecho real divisible por partes ideales, dos o más personas pueden ser cotitulares del derecho de superficie y de la propiedad superficiaria por una parte indivisa (cosuperficiarios). La cosuperficie se rige subsidiariamente por las normas del condominio (art. 1984).

C) TEMPORARIO

El Código solo permite la suspensión temporal del principio de la accesión inmobiliaria; por esta razón este derecho tiene carácter temporario. El art. 2117 afirma: "Plazos. El plazo convenido en el título de adquisición no puede exceder de setenta años cuando se trata de construcciones y de cincuenta años para las forestaciones y plantaciones, ambos contados desde la adquisición del derecho de superficie. El plazo convenido puede ser prorrogado siempre que no exceda de los plazos máximos".

Respecto de la propiedad superficiaria de la forestación y las plantaciones la norma sigue el criterio que sentó el art. 6° de la ley 25.509, que establecía el plazo de cincuenta años. Distinto es el plazo máximo de duración de la superficie construida que se extiende a setenta años. Probablemente el legislador ponderó que las obras constructivas son perdurables, en cambio las plantaciones y la forestación son actividades renovables.

En cuanto al evento resolutorio del que pende la vida de la superficie, cabe considerar que la norma transcripta refiere solamente al plazo y no a la condición resolutoria. Sin embargo, el art. 2124 acepta que este derecho se pueda extinguir por cumplimiento de una condición resolutoria. En este caso estimo que el cumplimiento de la condición resolutoria no puede exceder el plazo máximo legal que corresponda a la finalidad prevista para la superficie.

Con relación al iter inicial del cómputo de cada plazo, el artículo dice que ambos son contados desde la adquisición del derecho de superficie. Este derecho en el supuesto de la adquisición derivada requiere del título suficiente y del modo suficiente que es la tradición, por esta razón mientras el inmueble no se entregue al superficiario no es posible computar el plazo de duración. Esta cuestión acarrea algunas dificultades que también se suscitaban con la redacción del art. 2018 del Proyecto 98 que computaba el plazo "...desde su celebración". En su oportunidad se planteó el interrogante ¿qué sucede si no hubo tradición?, puesto que todavía no ha tenido lugar la adquisición del derecho real de superficie. Jorge Alterini, de cuya pluma surgió ese texto, advirtió que los terceros interesados se amparan en la publicidad registral del título constitutivo. Esta solución es la que da certidumbre respecto del momento inicial del cómputo del plazo, porque puede que los terceros desconozcan la fecha de entrega de la posesión. Por ejemplo, el acreedor que acepta la hipoteca de la superficie necesita conocer el plazo que le resta al derecho del superficiario, dado que con éste -por regla- se extingue el gravamen.

La solución del citado proyecto fue seguida por la Ley 2/2008 del Suelo de España que consagra el derecho de superficie para construir por el plazo de setenta y cinco años y lo computa desde la fecha del título de constitución (arts. 40 y 41) con la diferencia de que en el ordenamiento de ese país la inscripción tiene carácter constitutivo y no meramente declarativo, como sucede en nuestro régimen (art. 2° Ley 17.801). Por otra parte, como se analiza más adelante, la publicidad posesoria prevista se torna dificultosa en el caso específico de la superficie, dada la concurrencia de distintos derechos reales que se ejercen por la posesión sobre el mismo inmueble (por el dueño del suelo, por el superficiario y aún otros superficiarios sobre distintas partes del mismo inmueble).

En definitiva, ante las dificultades que acarrea la norma del art. 2117 respecto del momento inicial del cómputo del plazo se deberá ponderar la buena fe del tercero interesado que se apoya en la información del Registro (art. 1893) y que presume que la fecha del título coincide con la entrega de la posesión (art. 1147 y 1914).

En lo atinente a la prórroga del plazo, el dispositivo consiente que "El plazo

convenido puede ser prorrogado siempre que no exceda de los plazos máximos". No hay duda de que el plazo máximo debe ser respetado y a su cumplimiento opera la extinción de la propiedad superficiaria. El titular del emplazamiento extenderá su dominio sobre las construcciones, las plantaciones o la forestación subsistentes y deberá indemnizar al superficiario de acuerdo con lo preceptuado por el art. 2126, salvo pacto en contrario.

06. **ELEMENTOS ESTRUCTURALES. OBJETO**

Los elementos estructurales del derecho real son el sujeto titular (sujeto activo) y el objeto sobre el cual recae el derecho (art. 1882).

A) OBJETO AJENO Y OBJETO PROPIO. CUESTIONAMIENTOS

El Código distingue dos modalidades del derecho real de superficie: a) el derecho real de plantar, forestar o construir sobre un inmueble ajeno, en tanto el art. 2115 textualmente dice: "El superficiario puede realizar construcciones, plantaciones o forestaciones sobre la rasante, vuelo y subsuelo del inmueble ajeno..."; y b) la propiedad superficiaria sobre objeto propio que es "lo plantado, forestado o construido. También puede constituirse el derecho sobre plantaciones, forestaciones o construcciones ya existentes, atribuyendo al superficiario su propiedad".

Algunos autores, con diferentes argumentos, sostienen con firmeza que el derecho real de superficie en ambas manifestaciones tiene un objeto propio. Una postura entiende que aun cuando no exista plantación, forestación o construcción la superficie tiene por objeto el espacio aéreo¹⁶. Es cierto que el inmueble no es plano sino una superficie volumétrica porque se extiende al espacio aéreo y a la profundidad del suelo y como tal se debe representar cartográficamente.

Sin embargo, esta tesis no responde a la tipificación jurídica que el ordenamiento legal le confiere a la primera modalidad del derecho real de superficie.

16 Linares de Urrutigoity, Martha y Pujol de Zizzias, Irene. "Objeto del Derecho Real de Superficie –con especial referencia al derecho de superficie proyectado y a la superficie forestal de la Ley 25.509", Revista de Notariado, N° 867, págs. 41 y ss.

La legislación argentina todavía no ha receptado la propiedad de volúmenes en el espacio aéreo como una propiedad diferenciada del dominio del inmueble. Los arts. 2114 y 2115 son categóricos en tanto disponen que el derecho de plantar, forestar y construir se ejerce sobre un inmueble ajeno y solo reconocen que la propiedad superficiaria tiene objeto propio, que son las plantaciones, la forestación y la construcción realizada por el superficiario. El art. 1888 corrobora esta solución en tanto estatuye: "Son derechos reales sobre cosa total o parcialmente propia:... La superficie si existe propiedad superficiaria. Los restantes derechos reales recaen sobre cosa ajena".

Tampoco el espacio aéreo es una cosa para nuestro sistema legal. El concepto de cosa que introduce el art. 16 del Título Preliminar del Código dice "los bienes materiales se llaman cosas y que las disposiciones referentes a las cosas son aplicables a la energía y a las fuerzas naturales susceptibles de ser puestas al servicio del hombre".

Otra postura argumenta que la superficie tiene por objeto propio el derecho a plantar, forestar o construir que se distingue del inmueble sobre el cual recae¹⁷. Esta opinión se funda en la norma del art. 1883 porque admite, excepcionalmente, el derecho real sobre un bien taxativamente señalado por la ley. Se afirma que en este supuesto se produce una escisión jurídica del derecho del superficiario y el que pertenece al dueño del suelo, y el derecho de superficie tiene por objeto un derecho, cuando debidamente constituido todavía no hay plantaciones, forestaciones o construcciones como una parcela independiente. Esta tesis también encuentra escollos en el texto de las citadas normas legales (arts. 1888, 2114 y 2115).

B) EMPLAZAMIENTO. DETERMINACIÓN CATASTRAL, DOCUMENTAL Y REGISTRAL

El art. 2116 establece: "Emplazamiento. El derecho de superficie puede constituirse sobre todo el inmueble o sobre una parte determinada, con proyección en el espacio aéreo o en el subsuelo, o sobre construcciones ya existentes aun dentro del régimen de propiedad horizontal. La extensión del inmueble afectado puede ser mayor que la necesaria para la plantación, forestación o construcción, pero debe ser útil para su aprovechamiento".

17 Pepe, Marcelo Antonio y Mendizabal, Gonzalo Alejo. "El derecho real de superficie en el Código Civil y Comercial de la Nación", L.L. 2016-f-579.

La norma confiere una gran ductilidad a la configuración de la superficie a fin de obtener el total aprovechamiento del inmueble. Sobre un mismo inmueble se pueden constituir más de un derecho de superficie a favor de distintas personas, uno sobre el suelo, otro en el subsuelo y también en el vuelo de una construcción ya existente, inclusive de un inmueble afectado a propiedad horizontal. Más aún si el inmueble urbano o rural es de gran extensión resulta factible la existencia de diversos derechos de superficie sobre partes materialmente determinadas. En estos casos rigen las normas administrativas aplicables en cada jurisdicción local relativas al fraccionamiento y división de los inmuebles (art. 228) como también los códigos de edificación y demás reglamentaciones urbanísticas.

Los interrogantes de los organismos catastrales son cómo plasmar cartográficamente la superficie en el inmueble conforme las directivas de la Ley 26.209 de Catastro y las normas registrales. Algunas disposiciones locales distinguen el supuesto en que la superficie recae sobre la totalidad del inmueble del caso de parcelamiento si recae sobre una parte materialmente determinada.

Esta distinción también se establece en la legislación española; la Instrucción quinta de la Circular 07.04/06 sobre criterios de asignación de referencias catastrales, establece el método a seguir para la asignación de esta referencia catastral distinguiendo los dos supuestos que pueden darse. El intérprete de esta normativa expone “que exista un bien inmueble, el cual ya tiene su referencia catastral. Posteriormente se constituye un derecho de superficie sobre dicho bien, pero: ese derecho puede constituirse sobre todo el ámbito espacial del bien inmueble o simplemente sobre una parte del mismo. El tratamiento a la hora de asignar la referencia catastral es distinto: Si constituimos el derecho de superficie sobre la totalidad del suelo del bien inmueble, se mantendrá la referencia catastral que ya tuviera asignada dicho bien. Sin embargo, si el derecho de superficie se constituye sobre parte del suelo, se asignarán dos referencias catastrales: una para la parte ocupada por la superficie y otra para el bien inmueble original”.

Los registros en la técnica de submatriculación distinguen si la superficie recae sobre la totalidad del inmueble (ST) y de manera parcial (SP) y además aplican diversos colores a las submatrículas del derecho de superficie para facilitar el procesamiento de los documentos y los asientos registrales y no confundirlos con la matrícula del dominio del suelo. La determinación de la superficie en la matrícula o folio registral del inmueble es una exigencia del principio de especialidad registral, de acuerdo con lo dispuesto por el art. 13 de la ley 17.801.

Con esta pauta la Disposición Técnico Registral DTR 22/2016. Derecho de superficie del 12 de agosto de Capital Federal, modifica parcialmente las DTR 3/2015 y 15/2016, y en el artículo 1° establece: "Si el derecho real de superficie fuere constituido solo sobre una parte determinada del inmueble, su extensión, medidas y demás especificaciones que resulten necesarias para su íntegra individualización deberán surgir de plano confeccionado por un profesional con título habilitante con incumbencia en mensura, que el autorizante deberá tener a la vista. Las medidas, áreas y demás constancias del plano y los datos del profesional que lo confeccionó deberán constar en el título constitutivo y en la solicitud de inscripción. Por no ser objeto de cotejo no se deberá adjuntar el plano al documento traído a registración, ni tampoco se exigirá que haya sido registrado o aprobado por el organismo catastral del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires".

Es indudable que la constitución de este derecho real que guarda cierta complejidad y requiere de la aplicación de criterios coincidentes entre el catastro y el registro inmobiliario y de la labor interdisciplinaria del notario con el profesional de la agrimensura. El título constitutivo del derecho de superficie debe determinar con precisión la extensión del objeto y la factibilidad del ejercicio del derecho que se constituye. La especialidad objetiva es fundamental, porque el principio de extensión del dominio inmobiliario y de accesión inmobiliaria -superficies solo cedit- continúa rigiendo a favor del dueño o propietario del suelo o rasante, en la medida no enajenada para la plantación, forestación o construcción (art. 1945).

C) CARACTERÍSTICAS DE LAS OBRAS

En cuanto a las características de las obras que ha de realizar el superficiario es aconsejable también su especificación en el título constitutivo del derecho. Si se trata de plantaciones o de la forestación se deberá indicar las especies a plantar o forestar, los sistemas de cultivo, de mantenimiento y desinfección, de nutrientes o abono, de riego, de explotación, los períodos de plantación, replantación y forestación, etc. El dueño del suelo seguramente tendrá la expectativa de la preservación, conservación de la fertilidad de la tierra y la existencia de las plantaciones o forestación al momento de la reversión por efecto de la extinción de la superficie.

En el caso de una edificación habrá que indicar su naturaleza y destino, y si lo consideran conveniente las partes también sus características. Es menester acompañar el proyecto constructivo y demás especificaciones técnicas, se

trate de un edificio sobre el suelo o en plantas superiores del vuelo y en su caso del subsuelo (garaje, bodega, depósito, etc.) a fin de evitar futuras controversias respecto del ejercicio del derecho de superficie y el estado de las obras al momento de extinción del derecho.

La norma legal contempla que la superficie comprenda una superficie mayor a la del emplazamiento, a los efectos de evitar la constitución innecesaria de otros derechos reales; por ejemplo, servidumbres (paso, vista, cañerías, desagües, trabajos fundacionales, etc.) y/o usufructos, y de esta manera evitar las dificultades que avizoraba el codificador de los conflictos en los casos de multiplicidad de derechos reales sobre la misma cosa.

La autoridad administrativa deberá controlar también que la construcción tenga independencia funcional del mismo modo que se requiere en la propiedad horizontal (art. 2039). Otras legislaciones (Alemania, Suiza, Austria, España) exigen expresamente este requisito y se impide constituir la superficie sobre la habitación de un inmueble.

El Código no requiere que la construcción, la plantación o forestación sea de larga duración como podría inferirse de los plazos legales máximos y de la reversión final al dueño. La superficie podrá tener por objeto construcciones desmontables, plantaciones no sean perennes o de larga duración (por ejemplo, granos, hortalizas, flores, etc.). En todos los casos el profesional del derecho deberá asesorar el formato jurídico más conveniente a los intereses de los contratantes, puede ser que para este tipo de construcciones o plantaciones resulte más adecuado el ámbito de los derechos personales (locación, comodato, etc.).

D) APLICACIONES DIVERSAS

Este régimen legal se aplica en las tierras fiscales del Estado pertenecientes a su dominio privado. Ha sido preocupación de los legisladores implementarlo para la construcción y adquisición de viviendas sociales sin que el Estado deba desprenderse del dominio del suelo. El carácter temporario del derecho posibilita al Estado cubrir posteriormente las necesidades de vivienda de otros beneficiarios¹⁸.

18 Arabolaza, Mario, Proyecto de ley de superficie en terrenos del Estado destinada a la construcción de viviendas en beneficio de sectores carenciados. En las XXV Jornadas Notariales Argentinas la Comisión N°1 "Nuevos Derechos Reales" analizó también en forma

La superficie también resulta una herramienta interesante para facilitar la inversión y desarrollo de planes forestales y plantaciones productivas, razón por la cual se sancionó en su oportunidad la Ley 25.509 de Superficie Forestal¹⁹. Actualmente se registra su implementación para parques eólicos y otros emprendimientos empresariales, particularmente en el proyecto de grandes centros comerciales.

Esta normativa no es de aplicación a la superficie que se constituye en inmuebles del dominio público (v. gr. sepulturas otorgadas a perpetuidad en cementerios públicos). En estos casos se trata de una superficie de naturaleza administrativa regulada por las normas locales y no por las normas estatutarias de los derechos reales²⁰.

El Código Civil de Cuba de 1988 solo admite que el Estado sea el concedente de la superficie, negando expresamente esa posibilidad sobre terrenos de "propiedad personal" (art. 218). Se contempla la concesión a otros estados y a organismos internacionales para construir las edificaciones necesarias para la instalación de sus misiones diplomáticas y consulares, residencias de sus miembros y otras dependencias (art. 219). En relación a otros sujetos distintos al Estado, admite que las cooperativas de producción agropecuaria concedan a sus miembros el derecho de superficie con el fin de destinar las construcciones a vivienda.

favorable su aplicación en el ámbito de los inmuebles del Estado (Nacional, Provincial y Municipal) a los efectos de impulsar su aprovechamiento socioeconómico.

19 Oportunamente se justificó la adopción de la superficie para a la actividad forestal procurando su estimulación y que sin agravios ecológicos, se desarrollen industrias paralelas, de tantas repercusiones, incluso para la libertad de prensa gráfica cuya suerte está unida a la disponibilidad de papel en cantidad, calidad y condiciones económicas accesibles. Por esta razón misma se ha previsto la posibilidad de hipotecar el derecho de superficie en sus dos manifestaciones. Un sector de la doctrina especializada, en estos últimos tiempos, ha destacado la importancia de la recepción del derecho de superficie para lograr una óptima utilización de los inmuebles destinados a la actividad forestal, y en especial, facilitar las operaciones de financiamiento de esa naturaleza requieren, sobre todo teniendo en cuenta los enormes lazos que los mismos necesitan fructificar. Conf. Goldemberg, Alicia G. y Gómez de La Lastra, Manuel C., "Los fondos fiduciarios de inversión directa y el derecho real de superficie, pilares para el desarrollo forestal argentino", J.A. 1998-III-763.

20 De La Riva, Ignacio, "Derecho de superficie y bienes del dominio público ¿Un nuevo instrumento para el desarrollo de infraestructuras?", L.L. 2016-B, 723.

07. SUJETO. LEGITIMACIÓN

El otro elemento estructural del derecho es el sujeto y ello corresponde a la determinación de quienes se encuentran legitimados para constituir el derecho de superficie y la propiedad superficiaria

El art. 2118 expone: *Legitimación. Están facultados para constituir el derecho de superficie los titulares de los derechos reales de dominio, condominio y propiedad horizontal.*

Este dispositivo requiere una interpretación integradora del plexo normativo:

A) TITULAR DE DOMINIO

En el caso del *dueño perfecto* del inmueble esta facultad está contenida por la plenitud de su derecho real (art. 1941). El propietario tiene todos los atributos sobre la cosa que constituye el objeto de dominio como es usarla, gozarla y disponer de ella material y jurídicamente dentro de los límites que impone la ley (arts. 1970) y los principios generales (arts. 9 a 12 del Título Preliminar). El dueño que no quiere o no puede plantar, forestar o construir en su terreno encuentra en esta figura una óptima alternativa para obtener un mayor valor económico. No solo incorpora a su dominio la obra realizada en el terreno por el superficiario al momento de extinción de la propiedad superficiaria, sino que además puede pactar su constitución a título oneroso y a obtener el precio o bien el canon superficiario durante la vida de este derecho o el plazo que estipule.

B) PROPIETARIO FIDUCIARIO

También está legitimado el *dueño o propietario fiduciario* que tiene la facultad de disponer el inmueble fideicomitido y constituir el derecho de superficie sobre el mismo si lo requieren los fines del fideicomiso (art. 1704). Caso contrario, el fiduciante en el acto de transmisión de la propiedad fiduciaria tiene la facultad de establecer la cláusula prohibitiva de enajenar o constituir el derecho de superficie (arts. 1688 y 1703). Esta cláusula se debe inscribir en el registro inmobiliario para su oponibilidad a terceros interesados y queda sujeta a la calificación registral. Ante el acto constitutivo del derecho de superficie en contra de la prohibición, el registrador deberá practicar una inscripción provisional o un rechazo con reserva

de prioridad hasta tanto el fiduciario subsane la observación, mediante la presentación del documento en el que el fiduciante presta su conformidad a la constitución del derecho de superficie (art. 9 inc. b) ley 17.801).

En caso de que la constitución fuera onerosa, los fondos percibidos en concepto de precio o de canon superficiario ingresan al patrimonio fiduciario (arts. 1685 a 1686 y concordantes). También otras utilidades; por ejemplo, si se trata de un fideicomiso inmobiliario para que construya un edificio en propiedad horizontal superficiaria, las provenientes de la comercialización de las unidades funcionales superficiarias; y salvo las que deba liquidar al beneficiario designado por el mismo fiduciante en el contrato de fideicomiso o retener personalmente como cobeneficiario (art. 1671).

Otra alternativa de la conexidad entre el fideicomiso y la superficie se da cuando el fiduciante transmite al fiduciario solamente la propiedad fiduciaria superficiaria del inmueble, por tanto, es él un propietario fiduciario superficiario y el derecho de superficie ingresa al patrimonio fiduciario con la ventaja de que conforma un patrimonio separado de su propio patrimonio (arts. 1685 a 1686 y concordantes). En la mixtura de estos dos institutos la doctrina avizora grandes ventajas para canalizar negocios de inversión en superficie²¹.

No obstante, se debe tener presente los plazos legales máximos de la superficie y también el plazo máximo legal de treinta años del fideicomiso (art. 1668), puesto que, al cumplimiento de ese plazo se extingue el fideicomiso, y la reversión de la obra de plantación, forestación o construcción recaerá en el dueño del suelo se trate del mismo fiduciante o del tercero designado fideicomisario por el fiduciante si para entonces reviste el carácter de dueño del suelo (art. 1672). En el régimen legal de la superficie los efectos resolutorios retroactivos respecto de los derechos conferidos a terceros operan de modo distinto al fideicomiso (art. 1705).

C) CONDÓMINOS

En el caso del condominio la constitución de la superficie sobre el inmueble común o de una parte material determinada requiere la conformidad de todos los condóminos (art. 1990).

21 Brandi Taiana, Maritel Mariela, "Derecho superficiario fiduciario. ¿Ahora sí?", Revista del Notariado N° 916 Anuario 2014, pág. 46 y ss.

Conforme se ha expuesto precedentemente, la superficie y la propiedad superficiaria son derechos divisibles y se pueden constituir por una parte indivisa y ello da lugar al derecho real de cosuperficie al que se le aplican subsidiariamente las normas legales del condominio.

D) ¿SUPERFICIARIO?

El art. 2118 no faculta al superficiario a constituir el derecho de superficie. No es factible la superficie sobre la superficie (*subsuperficie*). Solamente el dueño es quien tiene la facultad de constituir más de un derecho de superficie sobre su inmueble.

Una situación particular se presenta con la facultad del superficiario de afectar la construcción al régimen de propiedad horizontal (art. 2120 2do. párrafo). En este caso, sobre las unidades funcionales recaen el derecho de *propiedad horizontal superficiaria*, si el superficiario transmite la propiedad de ellas el adquirente será titular solamente de este derecho y no de la propiedad horizontal común o especial.

E) PROPIEDAD HORIZONTAL. CONJUNTOS INMOBILIARIOS

El régimen de propiedad horizontal común y de la propiedad horizontal especial con relación al derecho de superficie presenta diversas situaciones que justifican abordarlas en un acápite específico. Ambas situaciones se analizan concomitantemente dada la problemática que presentan respecto de las partes privativas y comunes respectivas.

08.

ASPECTOS DINÁMICOS. ADQUISICIÓN

El art. 2114 da el concepto del derecho de superficie y hace referencia *al título suficiente para su constitución*. La norma del art. 2119 con mayor amplitud explicita cuáles son las causales de adquisición., Cabe tener presente que rigen al respecto las *disposiciones generales* de los derechos reales en cuanto a los modos de adquisición (Título I del Libro Cuarto del Código).

El art. 2119 establece: "Adquisición. El derecho de superficie se constituye por contrato oneroso o gratuito y puede ser transmitido por actos entre vivos o por causa de muerte. No puede adquirirse por usucapión. La prescripción breve es admisible a los efectos del saneamiento del justo título".

El precepto contempla la adquisición derivada por acto entre vivos y por causa de muerte. Respecto de la prescripción adquisitiva solo admite la prescripción adquisitiva breve que tiene por finalidad sanear un "justo título" constitutivo del derecho de superficie (arts. 1897, 1898, 1902, 1903 y concordantes).

Además, en los casos de nulidad del acto jurídico constitutivo del derecho real de superficie o del acto transmisor de la propiedad superficiaria la adquisición se perfecciona por: la convalidación (art. 1885), por la adquisición legal del subadquirente de buena fe a título oneroso frente a la inoponibilidad del acto nulo (arts. 392 y 1894 *in fine*), por la confirmación (art. 393) y por la ratificación (art. 1008), si se cumplen los recaudos legales en cada uno de estos supuestos.

A) TÍTULO SUFICIENTE Y MODO SUFICIENTE

El art. 2119 establece: "Adquisición. El derecho de superficie se constituye por contrato oneroso o gratuito y puede ser transmitido por actos entre vivos...". En principio se debe distinguir el negocio obligacional del negocio constitutivo o traslativo del derecho real.

En los casos de contrato a título oneroso de constitución de la superficie o de transmisión de la propiedad fiduciaria, las partes podrán formalizar el negocio obligacional por instrumento privado estableciendo las respectivas prestaciones. El contrato se perfecciona por el acuerdo de voluntades y rigen subsidiariamente las normas de la compraventa (arts. 1123 y 1124 inc. a) del Código). En tal sentido estimo que también son de aplicación las normas protectorias del adquirente de inmueble por boleto de compraventa, respecto de la oponibilidad del contrato a los terceros interesados si se dan los presupuestos legales (arts. 1170 y 1171).

En cuanto al negocio constitutivo o traslativo del derecho real entre vivos exige cumplir con los requisitos del *título suficiente* y del *modo suficiente* (art. 1982).

El art. 1982 del Código establece: "Se entiende por título suficiente el acto jurídico revestido de las formas establecidas por la ley, que tiene por finalidad

transmitir o constituir el derecho real". El título suficiente es el título perfecto desde el punto de vista instrumental y causal. La superficie también puede tener su fuente en la permuta, el aporte en sociedad, la división del condominio, la liquidación de la sociedad, de la propiedad fiduciaria, etcétera. Si el acto es a título gratuito se aplican subsidiariamente las normas de la donación (art. 1543).

Tratándose de un contrato oneroso, la prestación del superficiario puede consistir en el pago de un precio o de un canon periódico que puede ser en dinero o en especie. Por ejemplo, pueden serlo las unidades funcionales a construir en propiedad horizontal superficiaria; en su caso, parte de las utilidades de la forestación o la plantación. Ciertamente la ecuación económica del contrato debe considerar otros aspectos que involucran la constitución de este derecho como las obras que debe realizar el superficiario, la indemnización que debe satisfacer el dueño del suelo al superficiario al momento de la extinción de la propiedad superficiaria, el estado de conservación de las obras, etcétera. Se debe tener presente que en los casos de constitución onerosa el dueño del suelo debe al superficiario la garantía de saneamiento por evicción y vicios ocultos (arts. 1033 y ss.).

La forma legal del contrato constitutivo o transmisorio del derecho real de superficie es la escritura pública, salvo lo dispuesto para la subasta judicial y la adquisición administrativa (art. 1017 inc. a). Tanto el derecho real de superficie como la propiedad superficiaria pueden ser objeto de embargo y subasta en una ejecución forzada (arts. 242, 743 y concordantes). En el caso de la subasta judicial el título se perfecciona formalmente con el acta de subasta, el auto aprobatorio y el acta judicial de entrega de la posesión. Si consiste en una donación al Estado bastan las actuaciones administrativas (art. 1553).

Los requisitos subjetivos del título suficiente conciernen a las personas que intervienen en el acto jurídico que deben ser capaces (arts. 24, 25, 28, 30 y concordantes) y estar legitimados al efecto conforme se ha expuesto en el punto precedente. El control de legalidad de estos requisitos está a cargo del notario autorizante del acto, quien deberá verificar el estudio de los antecedentes documentales y constancias registrales para asegurar la perfección del título que se otorga y configurar la buena fe del adquirente si existen defectos no manifiestos e ignorados en los títulos antecedentes (arts. 1138 y 1902).

En cuanto al contenido del acto, se deberá precisar, conforme se ha expuesto anteriormente, la modalidad y finalidad del derecho de superficie, el objeto, sus características, el plazo de duración, las obligaciones del superficiario, si deberá ser indemnizado por el dueño del suelo al momento de la extinción del derecho, efectos de la extinción y demás cláusulas reglamentarias de los intereses de las partes contratantes.

En cuanto al modo suficiente es la **tradición posesoria**. La citada norma del art. 1892 establece que “La tradición posesoria es modo suficiente para transmitir o constituir derechos reales que se ejercen por la posesión”. Este precepto concuerda con el art. 750 que expresa “Tradición. El acreedor no adquiere ningún derecho real sobre la cosa antes de la tradición, excepto disposición legal en contrario”.

En la modalidad del derecho de superficie de plantar, forestar y construir en suelo ajeno, el constituyente debe entregar al superficiario la disponibilidad material del inmueble ajeno o de la parte determinada que le permita ejercer los actos posesorios inherentes a su derecho (arts. 1924 y 1928). La posesión debe estar vacua o sea libre de otro contradictor (art. 1926).

Si bien la tradición de la posesión se consuma en el terreno de los hechos (art. 1924), en razón de que el derecho del superficiario coexiste con la propiedad separada del dueño del suelo y además la superficie puede recaer en una parte materialmente determinada del inmueble, resulta conveniente que el notario autorizante constate el estado posesorio del inmueble en el momento de la entrega al superficiario, a efecto de que no queden dudas respecto de los alcances de la posesión o la disponibilidad material de cada una de las propiedades separadas que acarrea la constitución de este derecho real (art. 2121).

Esta situación problemática se agudiza con la registración del título con efecto declarativo establecida por el sistema registral inmobiliario argentino (art. 2° ley 17.801). La doctrina española detecta estos inconvenientes y propicia la inscripción constitutiva del derecho de superficie. Con este entendimiento se dice: “Supongamos que el tercero ve en el Registro que la finca aparece inscrita a nombre de un propietario, pero visitando la finca descubre a terceras personas construyendo, u observa que el edificio está ocupado por personas distintas al propietario inscrito. En ese mismo momento ya existe una situación posesoria, que ha sido apreciada por el tercero y que puede enervar su buena fe, ya que a poco que observara una buena diligencia, tendría que preguntar acerca del título que justifica esa situación posesoria de quienes no figuran como propietarios en el Registro. Dicho de otro modo, aquí sí que habría cierta apariencia posesoria cuyo conocimiento por el tercero determina la oponibilidad del derecho. Sin embargo, imaginemos que en la finca no se ha empezado a construir, y por lo tanto no hay ninguna apariencia posesoria. En este supuesto no hay diligencia que valga y por tanto no puede esgrimirse la oponibilidad derivada de dicho conocimiento. En casos como éste, de falta absoluta de apariencia posesoria, si la inscripción se concibiera como meramente declarativa de un derecho que ya existe con el título constitutivo, y se permitiera que el

superficiario probara la existencia de su derecho presentando el título constitutivo, entonces los que resultarían desprotegidos son los terceros de buena fe que casi con total seguridad, desconocerán la existencia de dicho título²².

B) PROHIBICIÓN DE CONSTITUCIÓN JUDICIAL

El art. 1896 prohíbe la constitución judicial de derechos reales. La exégesis de la norma apunta a que el juez no tiene la facultad de imponer de propia autoridad la constitución del derecho real de superficie. Distinto sucede ante el incumplimiento contractual, en el caso en que el dueño del suelo se comprometió a constituir el derecho mediante instrumento privado y no otorgó el acto constitutivo o transmisivo. En la causa judicial respectiva, el juez en representación del demandado condenado incumpliente, tendrá a su cargo esa obligación de hacer (art. 1018). También es el juez quien otorga el título de adquisición del derecho real de superficie o de transmisión de la propiedad fiduciaria por la subasta judicial.

C) ADQUISICIÓN POR SUCESIÓN

El derecho de superficie y la propiedad superficiaria son derechos reales transmisibles por causa de muerte (art. 2119)²³. No existe impedimento para que sea otorgado por testamento (art. 2462) o a título singular por legado (art. 2497). El testador puede disponer la transmisión a un heredero o legatario del dominio del inmueble y a otro heredero o legatario el derecho de superficie.

D) PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA BREVE

La ley solo admite la prescripción adquisitiva breve con la finalidad de sanear el *justo título* por el que se constituye o transmite la superficie.

El art. 1902 da el concepto de justo título y de buena fe para la prescripción breve: "El justo título para la prescripción adquisitiva es el que tiene por finali-

22 Espilez Murciano, María Ángeles, "El derecho de superficie y el titular catastral", Revista CT Catastro N° 66 (octubre 2009). Portal de la Dirección de Catastro. Ministerio de Hacienda. Gobierno de España.

23 Conf. Vázquez, Gabriela A., ed. La Ley, 2020, pág. 673.

dad transmitir un derecho real principal que se ejerce por la posesión, revestido de las formas exigidas para su validez, cuando su otorgante no es capaz o no está legitimado al efecto. La buena fe requerida en la relación posesoria consiste en no haber conocido ni podido conocer la falta de derecho a ella. Cuando se trata de cosas registrables, la buena fe requiere el examen previo de la documentación y constancias registrales, así como el cumplimiento de los actos de verificación pertinente establecidos en el respectivo régimen especial”.

La imperfección del justo título deviene de la ausencia de capacidad del titular del derecho o de legitimación suficiente para el otorgamiento del acto constitutivo de la superficie o del acto transmisivo de la propiedad superficial. Son los casos en que el título emana de quien es incapaz o no es el titular del derecho real o carece del apoderamiento especial al efecto.

La buena fe es subjetiva porque consiste en la convicción de quien pretende adquirir el derecho real, porque no conoce ni pudo conocer el defecto del título antecedente obrando con todo cuidado y diligencia. Lo que supone que el notario autorizante realizó el estudio de los títulos antecedentes y de los asientos registrales sin que exista ningún vicio o defecto manifiesto.

La prescripción adquisitiva breve requiere el ejercicio de la posesión de manera ostensible y continua durante diez años (arts. 1897, 1898, 1902, 1903 y concordantes).

Cabe preguntar por qué es viable la prescripción breve de diez años y no la larga de veinte años. Pareciere que la existencia de un justo título de constitución o de transmisión tolera la admisión de la suspensión temporaria del principio de accesión inmobiliaria. Sin embargo, el justo título puede emanar también de quien no es el dueño del inmueble. En realidad, no se encuentra razonabilidad a la solución legal, puesto que si es admisible la prescripción larga para adquirir el dominio perfecto ¿por qué no sería viable la prescripción larga para adquirir la propiedad superficial? Probablemente obedezca a que se trataría de una hipótesis de laboratorio, el ejercicio del derecho de plantar, forestar o construir le permitiría al prescribiente adquirir el dominio si el dueño del suelo ha realizado abandono de su posesión. Pero aún en este supuesto puede que el poseedor se haya comportado con ánimo de superficial y no como dueño del suelo. Ante estos dilemas, la doctrina ha propiciado reconocer de *lege ferenda* a ambos tipos de prescripción adquisitiva como modo de adquirir

la propiedad superficiaria²⁴. Es que la prescripción larga también puede tener por causa un justo título, aunque acompañado con la mala fe del adquirente. Es más, supongamos el caso de un adquirente con justo título y buena fe, que antes del cumplimiento del plazo transmite a un poseedor de mala fe ¿en ese caso tampoco se podrá invocar la adquisición por prescripción larga?

E) CONVALIDACIÓN

Por aplicación de las disposiciones generales también existe la posibilidad de sanear la nulidad del *justo título* por medio de la convalidación, si el título se otorga por quien no es el titular del derecho real o carece del apoderamiento especial al efecto. El art. 1885 del Código estatuye: “Si quien constituye o transmite un derecho real que no tiene, lo adquiere posteriormente, la constitución o transmisión queda convalidada”. La convalidación exige la adquisición ulterior del dominio o la propiedad del inmueble por quien constituye o transmite la superficie por el *non domino*.

Pero este caso también sería de excepción en la práctica, en tanto el verdadero dueño del suelo que ejerce efectivamente su derecho puede verificar *in situ* la existencia de la maniobra ilícita que da causa a la plantación, forestación o construcción por quien no tiene derecho.

F) POR CAUSA DE LA LEY

También la superficie se adquiere por causa de la ley. El art. 392 regula los efectos retroactivos de la acción de nulidad, pero deja a salvo los derechos de los terceros adquirentes de buena fe y a título oneroso. La norma citada afirma: “Todos los derechos reales o personales transmitidos a terceros sobre un inmueble o mueble registrable, por una persona que ha resultado adquirente en virtud de un acto nulo, quedan sin ningún valor, y pueden ser reclamados directamente del tercero, excepto contra el subadquirente de derechos reales o personales de buena fe y a título oneroso. Los subadquirentes no pueden ampararse en su buena fe y título oneroso si el acto se ha realizado sin intervención del titular del derecho”.

24 X Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Corrientes 1985. Conf. Kiper, Claudio, ob. cit., pág. 96.

La denominada *adquisición ex lege* se funda en la apariencia jurídica y protege la seguridad dinámica del tráfico jurídico. No obstante, la adquisición legal no opera en los supuestos en que la nulidad deviene de la falta de autoría o intervención del verdadero dueño en el otorgamiento del acto. Por ejemplo, si la constitución del derecho de superficie se realiza por quien no es propietario valiéndose de documentos o poderes falsos. En estas situaciones la ley no protege la apariencia jurídica sino la seguridad jurídica estática del verdadero propietario que ha sido extraño a la maniobra delictiva. Nadie puede transmitir un derecho que no tiene (art. 399).

También se detecta desde el punto de vista de la publicidad posesoria que este supuesto fáctico es de difícil consumación. El dueño del suelo que ejerce de manera efectiva su posesión constituye un valladar para la ejecución de estos actos ilícitos de enajenación a *non domino* del derecho de superficie.

09.

RESERVA DE SOBREELEVAR, SUBEDIFICAR Y DE CONSTITUIR SUPERFICIE

Hay que distinguir el derecho de sobreelevar o de subedificar del derecho real de superficie, en el caso de que el dueño del inmueble en el acto de enajenación o de constitución de la propiedad horizontal se reserve la facultad de realizar en el mismo futuras construcciones que se incorporen a su patrimonio o de un tercero.

a) *Sobreelevar y subedificar en un inmueble sometido a propiedad horizontal*. Es frecuente que el dueño del terreno en que se ha construido el edificio sometido al régimen legal de la propiedad horizontal inserte en el reglamento la cláusula de sobreelevar o subedificar a su favor o de un tercero y los adquirentes la acepten por adhesión unánime en el acto de adquisición de la unidad funcional.

La construcción a realizar puede tener diversa magnitud y características. Por ejemplo, puede ser otro bloque o cuerpo de edificio en el resto de terreno libre, o bien construir otra u otras unidades funcionales en el vuelo del edificio o en el subsuelo para ampliar el sector de estacionamiento de vehículos, etcétera.

El Código no contempla en el régimen de la propiedad horizontal la reserva de sobreelevar nuevos pisos en el edificio o en el terreno y tampoco de sube-

dificar en el subsuelo como un derecho real. No obstante esta posibilidad fue un reclamo de la doctrina durante la vigencia de la Ley 13.512 de Propiedad horizontal²⁵.

Cabe afirmar que la reserva de sobreelevar o subedificar en la propiedad horizontal otorga solamente un derecho de naturaleza personal, sea que se estipule en el reglamento o en un pacto sobreviviente. En todos los casos se debe contar con la conformidad de todos los propietarios de las unidades funcionales. Si efectivamente se ejerce este derecho es necesaria la modificación del reglamento de propiedad horizontal en sus cláusulas estatutarias en cuanto la alteración edilicia modifica el número de unidades funcionales, posiblemente el destino y la proporción de los derechos de propiedad horizontal en las partes comunes. Por esta razón esa modificación se debe realizar también en los títulos de propiedad horizontal de cada una de las unidades funcionales del edificio.

Al revestir la naturaleza jurídica de un derecho personal se debe tener en cuenta que está sujeto al plazo genérico de la prescripción liberatoria de cinco años (art. 2560). Es decir que, si quien formula la reserva no construye y el plazo de prescripción liberatoria ha transcurrido, los propietarios de las unidades funcionales pueden impedir la construcción porque se extingue la acción emergente del derecho personal.

Algunos registros inmobiliarios, aun reconociendo la naturaleza de derecho personal de esta cláusula de reserva, admiten el emplazamiento registral con la finalidad de conferirle "alcance real" solo en la medida de que los terceros puedan conocer su existencia.

b) Reserva de sobreelevar o subedificar por el dueño del suelo en un inmueble objeto de propiedad superficiaria. Distinta es la solución si en el inmueble se constituyó el derecho de superficie. La reserva de sobreelevar o subedificar por el dueño del suelo no es necesaria porque el suelo y el subsuelo continúan perteneciéndole en virtud de lo dispuesto por el art. 1945. El espacio aéreo o vuelo y el subsuelo no comprendido en el derecho de superficie integran la extensión del dominio inmobiliario. El dueño debe hacer un ejercicio regular de su derecho (art. 10) con respeto de la buena fe contractual (art. 9) y no turbar la posesión del superficiario (art. 2121).

25 Cossari, Nelson G. A. - Luna, Daniel G. "Derecho de sobreelevación y propiedad horizontal", L.L. 2009-C, 1090. Cita Online: AR/DOC/1877/2009.

En cambio, si la reserva es en beneficio de un tercero se debe constituir el nuevo derecho de superficie porque la extensión del dominio inmobiliario opera solamente respecto del dueño del suelo.

c) *Reserva de sobreelevar o subedificar por el dueño de un inmueble libre de afectación.* Si el inmueble que se enajena no se encuentra sometido a propiedad horizontal ni tampoco se ha constituido un derecho de superficie, el dueño enajenante puede formular la reserva de constituir a su favor el derecho de superficie o constituirlo simultáneamente con la enajenación del dominio.

10. PROPIEDAD HORIZONTAL SUPERFICIARIA. DISTINCIONES

El art. 2120 2do. párrafo del Código faculta al superficiario para afectar la construcción al régimen de propiedad horizontal en los siguientes términos: "El superficiario puede afectar la construcción al régimen de la propiedad horizontal, con separación del terreno perteneciente al propietario excepto pacto en contrario; puede transmitir y gravar como inmuebles independientes las viviendas, locales u otras unidades privativas, durante el plazo del derecho de superficie, sin necesidad de consentimiento del propietario".

El precepto contempla el supuesto en que constituida la superficie el superficiario afecte la construcción al sistema de propiedad horizontal, salvo pacto en contrario. El dueño del suelo tiene la facultad de imponer una cláusula prohibitiva en el título constitutivo a este efecto.

Otra alternativa es que construido el edificio en propiedad horizontal por el dueño del terreno lo transfiera a otro en propiedad superficiaria.

La plasticidad con que se regula el derecho de superficie y el régimen jurídico de la propiedad horizontal y de los conjuntos inmobiliarios abren un abanico de posibilidades en la combinación o mixtura de estos derechos reales para los desarrollos inmobiliarios. Máxime que el art. 1883 posibilita la constitución del derecho real sobre una parte material del inmueble y pueden coexistir en un mismo terreno la propiedad horizontal común o especial y la propiedad horizontal superficiaria.

Una cuestión a considerar en la casuística es que la propiedad horizontal regulada en el Título V del Libro Cuarto de los Derechos reales del Código, a la que la doctrina denomina *propiedad horizontal común u ordinaria*, presenta una

estructura jurídica distinta a la prevista en los conjuntos inmobiliarios como *propiedad horizontal especial* (art. 2075). En la propiedad horizontal común la naturaleza jurídica del terreno en su totalidad es *parte común* del edificio del mismo modo que los techos, azoteas, terrazas y patios solares (art. 2041 incisos a y c) y es *parte privativa* la estructura física volumétrica de las unidades funcionales (arts. 2039 y 2043). En cambio, en los conjuntos inmobiliarios el terreno que corresponde a las *unidades privativas* estén o no construidas o en proceso de construcción es una parte privativa (art. 2077) y son *áreas comunes* las necesarias para vías de circulación, acceso y comunicación y las destinadas para el desarrollo de actividades deportivas, recreativas y sociales y las que prevea el reglamento (art. 2076).

A) DERECHO DE SUPERFICIE EN PARTES COMUNES DEL EDIFICIO DE PROPIEDAD HORIZONTAL COMÚN

Esta alternativa me parece factible en los siguientes casos:

a.1. El *dueño del edificio* que afecta a propiedad horizontal constituye a su favor o de un tercero el derecho real de construir en superficie sobre el vuelo del edificio pero que se apoya en una parte común. Por ejemplo, para construir en la azotea del edificio una unidad funcional panorámica con destino comercial de restorán y la cláusula es aceptada por todos los adquirentes de las unidades funcionales. En mi opinión esta cláusula no sería abusiva (arts. 1117, 1118 y 1119 del Código) en la medida que esa construcción no afecte la seguridad del edificio. Por otra parte, si el propietario afectante a propiedad horizontal puede reservar para sí la propiedad horizontal de una unidad funcional del edificio que enajena, no se ve obstáculo para que se constituya a su favor la propiedad superficiaria de una unidad funcional, que es una propiedad más limitada por su destino y duración.

En este caso la nueva unidad funcional en propiedad horizontal superficiaria pertenece al propietario superficiario o al tercero a quien transmita su derecho. Esta obra deberá estar perfectamente individualizada en el reglamento de propiedad horizontal y al momento de extinción de la propiedad superficiaria la obra revertirá como una parte común del edificio.

a.2. Por *la totalidad de los titulares de las unidades funcionales*. El mismo caso de propiedad superficiaria dado en el punto anterior también podría ser llevado a cabo por la voluntad unánime de los titulares de las unidades funcionales. Otro ejemplo se puede dar si el edificio de propiedad horizontal se asienta en un terreno que es espacioso y posibilita realizar una construcción que

aumente el número de cocheras. Los propietarios que carecen de los medios económicos para llevar a cabo esa obra pueden constituir unánimemente el derecho de superficie sobre una parte determinada del inmueble, en condiciones ventajosas, sea para el uso de parte de las cocheras dadas en propiedad superficiaria, sea para percibir un canon superficiario que los beneficie a fin de atender los gastos comunes.

a.3. El *consorcio de propietarios* como persona jurídica (arts. 148 inc. h) y art. 2044) también tiene la facultad de constituir el derecho de superficie sobre una parte común si está prevista en el reglamento de propiedad horizontal (art. 2056 inc. e) o si así se decide en asamblea con la voluntad de todos los propietarios en las situaciones previstas por los arts. 2052 y 2061.

B) DERECHO DE SUPERFICIE EN UNIDADES FUNCIONALES DEL EDIFICIO DE PROPIEDAD HORIZONTAL

Este supuesto se puede dar especialmente en la propiedad horizontal conformada por unidades funcionales de una sola planta que se encuentran separadas entre sí, en el caso de que el propietario de una unidad o algunas unidades pretendan construir una planta superior sobre el techo o un garaje subterráneo²⁶. Dado que el terreno y el espacio aéreo es *común* como los techos y azoteas, la construcción en superficie requiere también el acuerdo unánime de los consorcistas, en tanto se modifican las superficies y porcentuales; y consiguientemente, las cláusulas estatutarias del reglamento de propiedad horizontal y de los títulos de propiedad horizontal de las unidades funcionales (art. 2061).

C) DERECHO DE SUPERFICIE SOBRE LA TOTALIDAD DEL EDIFICIO DE PROPIEDAD HORIZONTAL

Es el supuesto fáctico que contempla la norma legal al reconocer al superficiario la facultad de afectar la construcción al régimen de propiedad horizontal, salvo que expresamente lo prohíba el dueño del suelo en el acto constitutivo (art. 2120 2do. párrafo).

26 Cossari, Leandro R. N. y Cossari, Nelson G.A., "Propiedad horizontal superficiaria y superficie sobre unidades en propiedad horizontal", L.L. 2021-A,513.

La afectación de la construcción a propiedad horizontal superficiaria le confiere al superficiario la facultad de transmitir y gravar las unidades funcionales como inmuebles independientes, se trate de viviendas, locales u otras unidades privativas, durante el plazo del derecho de superficie, sin necesidad de consentimiento del propietario. Un desarrollo inmobiliario de esta naturaleza puede ser atractivo, por ejemplo, para un centro comercial o profesional si el plazo de duración de la superficie incide en una significativa disminución del valor económico. La realidad exhibe el dinamismo y las mutaciones que tienen las actividades económicas; y en muchos casos requieren de inversiones inmobiliarias temporarias y de bajo costo.

Cabe tener presente que el art. 2120 2do. párrafo dispone que la propiedad horizontal superficiaria es "con separación del terreno perteneciente al propietario". Ello significa que el suelo y el vuelo no están comprendidos en la propiedad horizontal superficiaria, porque continúan perteneciendo al dueño o propietario del terreno, quien tiene la disponibilidad jurídica y material. Se ha manifestado que los superficiarios carecen de legitimación para constituir la subsuperficie.

D) DERECHO DE SUPERFICIE EN UNIDADES PRIVATIVAS DEL CONJUNTO INMOBILIARIO

El art. 2118 no menciona entre los legitimados a los conjuntos inmobiliarios. Pero el art. 2075 dispone que todos los conjuntos inmobiliarios deben someterse a la normativa del derecho real de propiedad horizontal del Título V, con las modificaciones del Título VI, a los fines de conformar un derecho real de propiedad horizontal especial.

En consecuencia, opino que no existe impedimento legal para que una parte privativa del conjunto inmobiliario sea objeto del derecho de superficie.

El titular de la unidad privativa puede constituir el derecho de superficie sobre la parcela privativa o sobre la construcción existente en ella (art. 2078) si el reglamento de propiedad horizontal especial y las normas urbanísticas de las leyes locales lo permiten²⁷.

27 Puerta de Chacón, Alicia, en *Código Civil y Comercial de la Nación y normas complementarias*, Tº 4 B, Dir. Bueres - Coord. Mariani de Vidal, comentario del artículo 2078, Ed. Hammurabi, 2017, pág. 200.

E) DERECHO DE SUPERFICIE EN PARTES COMUNES DEL CONJUNTO INMOBILIARIO

Tampoco existe obstáculo para que los propietarios decidan unánimemente constituir el derecho de superficie sobre determinadas partes *comunes* del conjunto inmobiliario si se benefician con la ampliación de obras. Este derecho real resulta interesante para que el superficiario lleve a cabo el desarrollo y explotación de instalaciones deportivas como la cancha de golf, de hipismo, el embarcadero, etc., ofreciendo también estas actividades a personas no propietarias del conjunto inmobiliario a través de membresías. La realidad demuestra los altos costos de mantenimiento de estos espacios e instalaciones de los conjuntos inmobiliarios y cómo estos rubros impactan en el valor de las expensas comunes. Por esta razón puede ser ventajoso para los propietarios compartir el uso y los gastos que demandan determinados sectores del conjunto inmobiliario, con la posibilidad luego de revertir las obras realizadas por el superficiario dado el carácter temporario de la superficie.

F) DERECHO DE SUPERFICIE SOBRE LA TOTALIDAD DEL CONJUNTO INMOBILIARIO

Esta tipología jurídica puede ser interesante para su configuración en los mega emprendimientos de conjuntos inmobiliarios que se vinculan entre sí (art. 2084) o se desarrollan progresivamente en diferentes islas sobre partes materialmente determinadas del inmueble perteneciente al desarrollista inmobiliario. Por ejemplo, para configurar jurídicamente el centro comercial, el centro médico, el centro educativo, etcétera y vincularlos con los barrios privados que conforman la ciudad satélite o el pueblo de countries. Es más, el derecho de superficie posibilita avanzar con mayor celeridad en la expansión de un master plan de urbanizaciones privadas, no solo porque baja el costo de adquisición para los inversionistas sino también porque es un derecho gravable con hipoteca y anticresis, derechos reales de garantía que favorecen el financiamiento de las obras.

11. **FACULTADES DEL SUPERFICIARIO. TRANSMISIÓN DEL DERECHO**

El art. 2119 confiere al superficiario la facultad de transmitir el derecho de superficie o la propiedad superficiaria por actos entre vivos o por causa de muerte, pero los actos jurídicos que realice están sujetos a las consecuencias de la extinción de su derecho. Además, la transmisión de la propiedad horizontal superficiaria de cada unidad funcional no requiere el consentimiento del propietario o dueño del suelo (art. 2120). Se ha dicho al caracterizar este derecho que es transmisible.

A) CUESTIÓN DE LA CLÁUSULA DE NO ENAJENAR

El Código sienta el principio de transmisibilidad de los derechos individuales sobre los bienes (art. 398) y de los derechos reales (art. 1906). Así mismo sanciona con la nulidad a las cláusulas genéricas de no enajenar por las que el propietario en los actos a título oneroso se obliga a no transmitir a persona alguna el dominio de la cosa o no constituir sobre ella otros derechos reales (art. 1972). Este es un límite al dominio y a la propiedad en el interés público a fin de que los bienes no queden fuera del tráfico jurídico.

Es posible que el dueño del suelo haya celebrado el contrato considerando las cualidades personales del superficiario, porque confía en que realizará las obras pactadas y las preservará hasta la extinción de la superficie, como también que cumplirá con las obligaciones asumidas respecto del pago del canon o del precio u otras. Esta confianza no la tiene respecto de quien sea un posible sucesor particular del superficiario a quien desconoce. Sin embargo, estas circunstancias que son atendibles, no le confieren la facultad de imponer al superficiario una cláusula prohibitiva de enajenar.

La norma del art. 1972 veda la cláusula de no enajenar o de constituir otros derechos reales a persona indeterminada en los actos a título oneroso. Si bien este artículo se sitúa metodológicamente en el régimen legal del dominio se aplica a los demás derechos reales autónomos transmisibles.

La cláusula de no enajenar excepcionalmente está permitida en los actos a título oneroso respecto de una persona determinada y en los actos a título gratuito a persona alguna siempre que no exceda del plazo de diez años. Otro

caso de excepción se da en la propiedad fiduciaria superficiaria si el fiduciante le impone al propietario fiduciario superficiario la prohibición de disponer, en aras del cumplimiento de los fines del fideicomiso (art. 1688).

El art. 2120 concuerda con esta solución, puesto que concede al superficiario la facultad de transmitir y no prevé el pacto en contrario. En cambio, sí lo hace el precepto en el segundo párrafo con relación a la posibilidad de afectar la construcción al régimen de propiedad horizontal.

B) CUESTIÓN DE LA LIBERACIÓN DE LAS OBLIGACIONES DEL SUPERFICIARIO TRANSMITENTE

El art. 2123 ordena: “La transmisión del derecho comprende las obligaciones del superficiario. La renuncia del derecho por el superficiario, su desuso o abandono, no lo liberan de sus obligaciones legales o contractuales”.

Esta norma nos introduce en la problemática de las denominadas obligaciones *propter rem* o *ambulatorias* que se trasladan al sucesor particular con la cosa transmitida y que tanto han torturado a la doctrina durante la vigencia del Código civil anterior respecto de su naturaleza, caracterización y su diferencia con las cargas reales (art. 3266 Código Civil)²⁸. Ello en razón de que el art. 497 del Código Civil de Vélez consagró “A todo derecho personal corresponde una obligación personal. No hay obligación que corresponda a derechos reales” en consonancia con el efecto relativo del contrato dispuesto por el art. 1195 de aquel ordenamiento.

El Código vigente no reproduce la norma que niega las obligaciones reales, pero tampoco dice cuáles son sus caracteres. Por cierto, esta cuestión medular del dualismo tradicional no es objeto de estudio en este trabajo. Sí se detectan los casos en que la ley vigente dispone que se desplazan al sucesor particular las obligaciones del deudor con la cosa transmitida aplicables a la superficie.

Uno de ellos es precisamente la norma transcrita, cuya solución puede provocar inquietud al dueño del suelo. El interrogante es: ¿se libera el superficiario de sus obligaciones frente al dueño en caso de transmisión del derecho? El texto legal no lo dice, sí refiere a que la renuncia y el desuso o abandono no libera al superficiario de sus obligaciones frente al dueño del suelo. La respues-

28 C.N.Civ. Fallo plenario “Dodero”, L.L. 1997-B, 427.

ta afirmativa de que el superficiario se libera si transmite parece desprenderse de la interpretación en contrario de la norma, pero no comparto esta hermenéutica.

Otra disposición a considerar es el art. 1937 que expresa: “Transmisión de obligaciones al sucesor. El sucesor particular sucede a su antecesor en las obligaciones inherentes a la posesión sobre la cosa; pero el sucesor particular responde solo con la cosa sobre la cual recae el derecho real. El antecesor queda liberado, excepto estipulación o disposición legal”. Este precepto mantiene las desinteligencias entre los autores, dado que continúa el debate sobre la naturaleza y alcances de estas obligaciones ambulatorias. Para un sector de la doctrina este dispositivo no contempla a la típica obligación *propter rem* porque la transmisión de este tipo de obligación legal que se traslada con la cosa no libera al deudor originario y el adquirente responde con la totalidad de su patrimonio. Se interpreta que contempla otro tipo de obligación que es *la inherente a la relación de poder con la cosa* estableciendo como regla que el antecesor queda liberado de esos deberes, que se desplazan al sucesor, quien solo responde con la cosa sobre la cual recae el derecho real²⁹.

El derecho de superficie en sus dos modalidades se ejerce por la posesión o sea que el artículo se aplica al derecho de superficie, respecto de las obligaciones que son inherentes a la posesión (arts. 1933 y 1939). El aporte valioso del texto legal es el vocablo “estipulación” que refiere al pacto en contrario. Más allá de las diferencias entre los derechos reales y personales y las dificultades que provocan estas figuras híbridas o intermedias entre ambas categorías de derechos, considero que el dueño del suelo tiene la facultad de establecer en el título constitutivo de la superficie que la transmisión del derecho que realice el superficiario no lo libere de sus obligaciones³⁰.

Esta es una cláusula reglamentaria del derecho real, no es de carácter estatutario, que guarda razonabilidad porque la transmisión del derecho de superficie puede resultarle perjudicial al dueño o propietario del suelo. El sucesor particular puede ser insolvente y no cumplir las obligaciones. No es una cuestión de orden público sino de autorregulación del interés particular.

29 Pizarro, Ramón D. “Las obligaciones *propter rem* en el Código Civil y Comercial”, L.L. 2017-C-787 y ss.

30 Kiper, Claudio, ob. cit., págs. 134 y 135. El autor plantea las dudas, pero reconoce que esta estipulación es importante para evitar conflictos.

Otro criterio esgrime que el verdadero y contundente argumento para llegar a la conclusión de que el superficiario no se libera por regla con la transmisión de su derecho es el art. 1632 relativo a la cesión de deuda. El texto en su redacción final expresa "si el acreedor no presta su conformidad para la liberación del deudor, el tercero queda como codeudor subsidiario"³¹.

Tampoco se detecta inconveniente para convenir el *derecho de preferencia* previsto por los arts. 997 y 998 a favor del dueño del suelo o de un tercero (que estaba previsto expresamente en el Proyecto de Unificación de 1987) o una garantía suficiente, puede ser una hipoteca superficiaria a su favor o un seguro de caución que cubra el riesgo de que la obra no sea restituida en las condiciones pactadas.

12. HIPOTECA SUPERFICIARIA

El Código consagra en el art. 2120 "... el titular del derecho de superficie está facultado para constituir derechos reales de garantía sobre el derecho de construir, plantar o forestar o sobre la propiedad superficiaria, limitados, en ambos casos, al plazo de duración del derecho de superficie...". Es claro que el superficiario podrá constituir hipoteca sobre el derecho real de plantar, de forestar y de construir y también sobre la propiedad superficiaria de lo plantado, forestado y construido aun cuando el dispositivo refiere a la primera manifestación de este derecho. El derecho real de garantía, en principio, queda sujeto en su existencia al mismo evento resolutorio que la superficie, aspecto que obviamente debe ser considerado por el otorgante del crédito que aceptará esta garantía real.

A) HIPOTECA DEL DERECHO REAL DE PLANTAR, FORESTAR Y O CONSTRUIR

Cabe recordar que el Proyecto de 1987 no reconoció al superficiario la facultad de gravar con hipoteca el derecho real de construir en superficie porque ello implica constituir el gravamen sobre un derecho real que recae sobre inmueble ajeno, en cambio sí fue prevista para la propiedad superfi-

31 Alterini, Jorge - Alterini, Ignacio - Alterini, M. Eugenia, *Tratado de los Derechos Reales*, II. Parte Especial, 2018, ed. La Ley, pág. 596. Conf. Vázquez, Gabriela, ob. cit., pág. 682.

ciaria edificada. Esta propuesta fue objetada por la doctrina porque no concidía con la realidad, seguramente el superficiario requiere del financiamiento con garantía hipotecaria para llevar adelante la construcción. Por este motivo el Proyecto de 1998 que amplió la finalidad de la superficie proyectada a las forestaciones, también receptó gravar con derecho real de garantía a la primera modalidad del derecho de superficie, como así había sido dispuesto por el art. 2° de la Ley 25.509 de Superficie Forestal.

El Anteproyecto 2012 del Código Civil y Comercial en los fundamentos hace hincapié en el valor económico de los bienes independientemente de que sean corporales o no, al respecto dice: "Las nociones jurídicas de bien, cosa y patrimonio están sometidas a tensiones derivadas de los cambios socioeconómicos de nuestro tiempo. En relación al bien, como dijimos, la tradición legislativa identifica a los bienes con la valoración económica. Para este fin, no es determinante si son materiales (cosas) o inmateriales, porque lo que interesa es que tengan valor, y este elemento, para la letra del Código Civil y, en su interpretación para la mayoría de la doctrina, es económico y no afectivo...". (parágrafo 7.3); y respecto a la posibilidad de que un bien no corporal sea objeto del derecho real, agrega "se acepta que el objeto pueda consistir en un bien taxativamente señalado por la ley, pensando en casos de derechos sobre derechos, como la hipoteca del derecho de superficie en su modalidad de derecho sobre cosa ajena, o en casos de derechos complejos como el tiempo compartido". Se aprecia que el Código siguiendo las directivas del Proyecto 1998 avanza en las respuestas a las exigencias del mercado y permite al superficiario constituir una hipoteca sobre el derecho de superficie en pos de facilitar la obtención de crédito.

En consonancia con lo reglado por el Código en el art. 1883, la hipoteca del derecho de superficie recae sobre el derecho real de plantar, forestar o construir en el inmueble ajeno y se extiende a los accesorios a medida que se incorporen las plantaciones forestaciones o construcciones (art. 2192).

Esta garantía se puede otorgar a favor del dueño del suelo que constituye la superficie a título oneroso, en garantía del pago del precio pactado y/o del cumplimiento de la ejecución de las obras.

En caso de ejecución forzada de la garantía por incumplimiento del deudor, la subasta habrá de recaer sobre el derecho de superficie y será el adquirente en subasta quien deberá cumplir con las obligaciones estipuladas en el título constitutivo para lograr la adquisición de la propiedad superficiaria.

B) HIPOTECA DE LA PROPIEDAD SUPERFICIARIA

Es la hipoteca que recae sobre la plantación, forestación o construcción realizada o existente en el inmueble. El carácter de especialidad objetiva de la hipoteca se debe cumplir con precisión (art. 2209), también para distinguirla de la hipoteca que puede constituir el dueño o propietario del suelo.

La peculiaridad de esta hipoteca se presenta particularmente con la extinción del derecho de superficie. En principio rigen los efectos resolutorios del dominio revocable. Si la propiedad superficiaria se extingue por cumplimiento del plazo legal o convencional la hipoteca se extingue. En consecuencia, el propietario del suelo hará suyo lo construido, plantado o forestado, libre de los derechos reales o personales impuestos por el superficiario (art. 2125).

El Código con la finalidad de conferir eficacia a la garantía establece en el art. 2125: "... si el derecho de superficie se extingue con anterioridad al plazo legal o convencional los derechos reales constituidos sobre la superficie o sobre el suelo continúan gravando separadamente las dos parcelas, como si no hubiese habido extinción, hasta el transcurso del plazo del derecho de superficie". Resulta acertada esta disposición que tiende a evitar maniobras del constituyente de la hipoteca que puedan frustrar la subsistencia de la garantía. Caso contrario bastaría la mera renuncia del superficiario para extinguirla. De esta manera en los casos de extinción anticipada los gravámenes constituidos por el superficiario en favor de terceros deben subsistir por el plazo máximo de constitución de la superficie. La expresión *gravando separadamente las dos parcelas* pone de manifiesto la división jurídica y material del inmueble que produce la constitución del derecho de superficie.

Otra cuestión se presenta con la extinción del derecho de hipoteca y el principio de subrogación real sobre las indemnizaciones que el dueño del suelo deba al superficiario. En el derecho italiano existe una norma expresa al respecto que dispone: "Las hipotecas que tienen como objeto el derecho de superficie se extinguen en el caso de devolución de la superficie al propietario del suelo por el transcurso del término. Pero si el superficiario tiene derecho a una compensación, las hipotecas inscritas contra él se resuelven sobre dicha compensación".

Si bien el art. 2125 nada dice sobre esta cuestión, rige el art. 2194 que estatuye la regla de la subrogación real en general para los derechos reales de garantía.

C) HIPOTECA DE UNIDADES FUNCIONALES DE LA PROPIEDAD HORIZONTAL SUPERFICIARIA

El art. 2120 2do. párrafo faculta al superficiario para *transmitir y gravar como inmuebles independientes las viviendas, locales u otras unidades privativas, durante el plazo del derecho de superficie, sin necesidad de consentimiento del propietario*. La norma contempla el supuesto de la hipoteca sobre la unidad funcional en propiedad horizontal superficiaria. Esta hipoteca puede tener su origen en la hipoteca global de la superficie o en la que constituya el propietario superficiario sobre la unidad funcional del edificio construido y sometido a propiedad horizontal superficiaria.

Conforme se ha expuesto, la hipoteca puede recaer sobre el derecho real de construir, especialmente para obtener el financiamiento destinado a la ejecución de la obra. Luego de su finalización y afectación a la propiedad horizontal superficiaria, la garantía se extiende a cada una de las unidades construidas (art. 2192). Es el caso de la hipoteca global de la superficie en que resulta conveniente el pacto de divisibilidad de la hipoteca (art. 2191 3r. párrafo). De este modo se facilita la comercialización de las unidades funcionales. El acreedor hipotecario otorga al adquirente el crédito para la compra de la unidad funcional superficiaria, el mutuario adquirente constituye una hipoteca individual superficiaria a favor del acreedor hipotecario, quien coetáneamente procede a la cancelación parcial de la hipoteca global superficiaria respecto de la unidad funcional adquirida.

D) HIPOTECA SOBRE EL SUELO O EMPLAZAMIENTO

Corresponde distinguir la hipoteca superficiaria de la *hipoteca sobre el dominio del suelo* que constituye el propietario del inmueble. Esta hipoteca debe ser de fecha posterior a la adquisición de la superficie para que no perjudique al superficiario. Si es de fecha anterior y fue inscrita rige la prioridad registral y le será oponible al superficiario, y en consecuencia lo construido, plantado o forestado por el superficiario quedará comprendido en la garantía hipotecaria otorgada por el dueño del suelo (art. 2192).

En cambio, la hipoteca constituida por el dueño del suelo con posterioridad a la superficie sólo se extenderá al inmueble en la medida de lo no enajenado en superficie y siempre que no perturbe el derecho del superficiario (art. 2121). Si se produce la extinción del derecho de superficie esta

hipoteca se extenderá a lo construido, plantado o forestado por la fuerza expansiva del derecho de dominio del suelo (arts. 1945 y 2192). Queda a salvo el supuesto de excepción de extinción de la superficie anticipada. Ante esta causal de extinción, la hipoteca continúa gravando a la propiedad superficiaria como una parcela separada, según se ha tratado precedentemente (art. 2125 2do párrafo).

13. ANTICRESIS SUPERFICIARIA

El superficiario también está legitimado para constituir el derecho real de anticresis (art. 2213). Esta garantía es aplicable a la modalidad de la propiedad superficiaria, en razón de que es compatible con el ejercicio del derecho de anticresis, que consiste precisamente en percibir los frutos para aplicarlos al pago de la obligación garantizada (arts. 2212 y 2216)³².

El plazo máximo de duración de la anticresis es de diez años si recae sobre cosa inmueble (art. 2214) y habrá de ser compatible con el plazo que se fije de duración de la propiedad superficiaria o el que reste previo a su extinción.

14. DERECHOS REALES DESMEMBRADOS SUPERFICIARIOS

El superficiario puede constituir derechos reales de disfrute o goce sujetos a la duración de su derecho. Tiene legitimación para constituir sobre la propiedad superficiaria derecho de usufructo (art. 2131), derecho real de uso a favor de persona humana (art. 2155) y derecho real de habitación sobre la superficie construida también a favor de persona humana (art. 2159).

El superficiario tiene legitimación para constituir servidumbres reales y personales sobre la propiedad superficiaria como dominante y también como sirviente (art. 2168).

32 Bono, Gustavo y Puerta de Chacón, Alicia, "Anticresis ¿sí o no?", L.L. 05-07-2021.

15. AFECTACIÓN A VIVIENDA

A la propiedad superficiaria se aplica el régimen legal de afectación a vivienda, si la construcción realizada tiene ese destino (art. 244). También en el caso de un inmueble rural que no exceda la unidad económica y la explotación de las plantaciones o de la forestación sean de carácter alimentario (art. 256). Los frutos a obtener deben ser indispensables para satisfacer las necesidades del propietario superficiario afectante y de los beneficiarios, en su caso rige la limitación de embargo y ejecución de los frutos (art. 251).

15. EXTINCIÓN. CAUSALES

Las causales de extinción del derecho de superficie son la renuncia, el vencimiento del plazo, el cumplimiento de la condición resolutoria, la consolidación, el no uso y destrucción de lo plantado, forestado y plantado si no se planta, foresta o reconstruye en los plazos legales. También puede serlo la expropiación por causa de utilidad pública.

El art. 2124 dispone: "Extinción. El derecho de construir, plantar o forestar se extingue por renuncia expresa, vencimiento del plazo, cumplimiento de una condición resolutoria, por consolidación y por el no uso durante diez años, para el derecho a construir, y de cinco, para el derecho a plantar o forestar".

Como se puede apreciar el artículo alude solo a la extinción del derecho de superficie y no a la propiedad superficiaria. Kiper considera que existe un error de redacción, pues de lo contrario, desde el momento en que el superficiario construye, planta o foresta, su derecho quedaría excluido de las normas que regulan la extinción y se convertiría en perpetuo, lo que resulta inadmisibles en nuestra legislación donde el derecho de superficie es, por definición, temporario³³.

33 Kiper, Claudio M., ob. cit., pág. 150 y en *Derechos reales. Novedades en el Código Civil y Comercial de la Nación (Ley 26.994)*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2015, pág. 279.

A) RENUNCIA

Esta causal se configura cuando se formula de manera expresa. La voluntad abdicativa evidenciada tácitamente o por meros hechos corresponde ser encuadrada en la causal de "no uso". Teniendo en cuenta que se trata de modo de extinción de un derecho real sobre un inmueble, la renuncia debe formalizarse por escritura pública y ser inscrita en el registro inmobiliario (arts. 1017 inciso a) y 1893).

B) VENCIMIENTO DEL PLAZO

De conformidad con el carácter temporario de este derecho (art. 2117), la propiedad superficiaria se extingue al vencimiento del plazo contractual o del plazo máximo legal que no puede exceder de setenta años cuando se trata de construcciones y de cincuenta años para las forestaciones y plantaciones, ambos contados desde la adquisición del derecho de superficie conforme se ha expuesto anteriormente.

El vencimiento automático del plazo legal opera la extinción del derecho real pero no la cancelación de la inscripción registral. Es necesaria la rogatoria ante el registro inmobiliario con el ingreso del documento auténtico en que consta la declaración de parte relativa a la extinción del derecho (art. 3 ley 17.801). Aun así, el superficiario queda inmediatamente constituido en poseedor a nombre del dueño perfecto (art. 1968) circunstancia que tiene alguna incidencia en las acciones que pueda interponer el propietario para recuperar la detentación material de la cosa, así como las acciones que deja de tener el superficiario.

C) CUMPLIMIENTO DE LA CONDICIÓN RESOLUTORIA

En el acto constitutivo de la superficie o propiedad superficiaria la condición resolutoria a que se sujeta el plazo de duración debe ser expresa y no exceder el plazo máximo legal. El principio de especialidad registral requiere la inscripción de esta cláusula en la matrícula o folio real de este derecho real y su especificidad remite a la publicidad cartular, a los efectos de su oponibilidad a terceros interesados de buena fe (art. 1893).

D) CONSOLIDACIÓN

Esta causal se configura cuando convergen en el mismo sujeto las calidades de dueño del suelo y superficiario, sea por sucesión particular o universal, mutuo distracto o el ejercicio de pacto de preferencia en el caso de que expresamente se hubiere pactado.

E) NO USO

La inactividad del superficiario en el ejercicio del derecho durante el plazo de diez años para el derecho a construir, y de cinco para el derecho a plantar o forestar, acarrea la extinción del derecho de superficie. El no uso consiste en no construir, forestar o plantar dentro del plazo legal, o en hacer abandono de la propiedad superficiaria. Esta causal de extinción se explica por la vocación de plenitud del derecho real de dominio. Esta causal requiere el dictado de una sentencia declarativa del no uso o abandono.

F) DESTRUCCIÓN SIN RECONSTRUCCIÓN

La destrucción de lo construido, plantado o forestado no extingue la propiedad superficiaria -salvo pacto en contrario- siempre que el superficiario construya nuevamente en el plazo de seis años, reduciéndose a tres para plantar o forestar (art. 2122). Las partes contratantes tienen la facultad de estipular otros plazos y nuevas características para la reforestación, replantación o reconstrucción, dado que es una facultad reglamentaria de este derecho real.

En lo que respecta al cómputo del plazo, se debe contar desde la destrucción si no se estipuló otro supuesto. Si la obra se comenzó y a los tres años se paralizó, el plazo no comienza a computarse entero nuevamente, el comienzo de los trabajos no interrumpe el plazo, pues se trata de plazos de caducidad que no se interrumpen ni suspenden.

17. INDEMNIZACIÓN

El art. 2126 consagra: "Producida la extinción del derecho de superficie, el titular del derecho real sobre el suelo debe indemnizar al superficiario, excepto

pacto en contrario. El monto de la indemnización es fijado por las partes en el acto constitutivo del derecho real de superficie, o en acuerdos posteriores.

En subsidio, a los efectos de establecer el monto de la indemnización, se toman en cuenta los valores subsistentes incorporados por el superficiario durante los dos últimos años, descontada la amortización”.

La norma impone al dueño del suelo la obligación de indemnizar al superficiario excepto pacto en contrario. Se aplica el principio del enriquecimiento sin causa por sobre el de la accesión, siguiendo los mismos lineamientos previstos en el proyecto de 1998³⁴. Es el criterio que siguen la mayoría de las legislaciones extranjeras.

Con otra orientación, las X Jornadas Nacionales aconsejaron y los proyectos anteriores al de 1998 propusieron, la solución inversa, es decir que la reversión opere sin indemnización, salvo pacto en contrario. También esta última postura suscribió la mayoría en las recomendaciones de las XXV Jornadas Notariales. Ello, por cuanto la obligación de indemnizar es injusta si la transmisión es a título gratuito, del mismo modo en el caso que la recepción de la obra o forestación sea la contraprestación que recibe el propietario. Ciertamente existe la posibilidad del pacto en contrario, pero también esta alternativa es factible en el caso opuesto. Es de peso el argumento relativo a que la realidad económica del negocio debe establecerse al momento de su celebración y no al de su extinción, pues de esta manera se evitan posibles conflictos que restan seguridad jurídica al instituto.

Ante la ausencia de acuerdo relativo al monto a indemnizar, el Código fija como parámetro a los valores subsistentes incorporados por el superficiario durante los dos últimos años, descontada la amortización. La pauta es equitativa en la medida en que el superficiario usó y gozó de la propiedad superficial durante el plazo estipulado aún de las mejoras incorporadas en los dos últimos años.

El incumplimiento de la obligación de indemnizar confiere al superficiario el derecho de retención mientras la compensación no sea pagada (art. 2587) con las obligaciones que le impone la ley (art. 2591). Esta consecuencia legal es una prueba más del carácter automático del restablecimiento del principio de accesión, en tanto solo pueden retenerse cosas ajenas.

34 Proyecto de 1998, art. 2023 expresa: “En todos los casos, producida la extinción del derecho de superficie, el titular del emplazamiento extiende su derecho sobre las construcciones o forestaciones efectuadas que subsistan, debiendo indemnizar al superficiario, salvo pacto en contrario, en la medida del enriquecimiento”.

18. REVERSIÓN DE LO CONSTRUIDO, PLANTADO O FO- RESTADO

El art. 2125 regula los efectos de la extinción de la superficie en los siguientes términos: “Al momento de la extinción del derecho de superficie por el cumplimiento del plazo convencional o legal, el propietario del suelo hace suyo lo construido, plantado o forestado, libre de los derechos reales o personales impuestos por el superficiario”.

La extinción de la superficie restaura la plenitud del dominio del titular del emplazamiento y el principio de accesión recobra plena vigencia. Se aplica el art. 1968 del dominio revocable, el superficiario queda inmediatamente constituido *en poseedor a nombre del adquirente*, es decir en un mero tenedor. Ante la falta de cumplimiento de la restitución la ley le confiere al dueño perfecto la acción personal derivada del contrato y también la acción de reivindicación.

Respecto de la formalización y la mutación de la titularidad registral, es necesario el otorgamiento del acto jurídico declarativo de la extinción de la superficie, será mediante escritura pública si la causal es la renuncia, el cumplimiento del plazo y el cumplimiento de la condición resolutoria. A falta de acuerdo respecto de esta última causal, será necesaria la sentencia judicial, como también si la extinción se produce por el no uso o por el incumplimiento contractual y el acceso del documento al registro inmobiliario para la oponibilidad a terceros interesados de buena fe (art. 1893).

19. EFECTOS RESOLUTORIOS RESPECTO DE TERCEROS

El art. 2125 2do. párrafo dice: “Si el derecho de superficie se extingue antes del cumplimiento del plazo legal o convencional, los derechos reales constituidos sobre la superficie o sobre el suelo continúan gravando separadamente las dos parcelas, como si no hubiese habido extinción, hasta el transcurso del plazo del derecho de superficie. Subsisten también los derechos personales durante el tiempo establecido”.

Como indica la regla de la retroactividad, los actos jurídicos celebrados por el superficiario se extinguen con la superficie. El texto acertadamente no distingue los actos de disposición de los de administración, igual temperamento se

sigue con el régimen del dominio revocable (art. 1969). Por lo general, los actos de administración de los inmuebles también guardan significación económica, y su conservación es perjudicial para el dueño perfecto, al momento de la resolución. Este efecto confiere mayor atractivo a la figura y resguarda la seguridad dinámica de tráfico jurídico.

El precepto distingue según la extinción se produzca antes o con motivo del cumplimiento del plazo de duración pactado o del plazo máximo.

Si la extinción se produce antes del cumplimiento del plazo los derechos personales y reales constituidos sobre la superficie o sobre el suelo continúan gravando separadamente las dos parcelas, hasta el transcurso del plazo del derecho de superficie. En este supuesto se tutela a los terceros que contrataron teniendo en cuenta el plazo previsto para la vigencia del derecho de superficie.

Los derechos reales que gravan la superficie subsisten aun cuando el dueño haya revertido las obras a su dominio. Si tiene lugar la ejecución de la hipoteca por incumplimiento de la obligación asegurada, el adquirente en subasta adquiere el derecho real de superficie por el plazo de duración que resta según lo establecido en el título constitutivo o el plazo máximo legal.

Si se trata de una anticresis el acreedor anticresista tiene el derecho de percibir los frutos también por el plazo pendiente de la superficie y siempre que no ocurra antes el vencimiento del plazo decenal de duración de la anticresis (art. 2214).

El mismo efecto se produce con los demás gravámenes constituidos sobre la propiedad superficiaria (usufructo, uso, habitación, servidumbres, etc.). El dueño del suelo puede consentir la subsistencia de los derechos constituidos por el superficiario aún luego del vencimiento del plazo contractual o legal, en cuyo caso el acto de aceptación se debe formalizar por escritura pública y respecto de terceros obtener emplazamiento registral para su publicidad y oponibilidad.

20. ASPECTOS REGISTRALES

La recomendación de las X Jornadas Nacionales de Derecho Civil de 1985 que abordó de *lege ferenda* el tratamiento registral que debía darse al derecho real de superficie formula la siguiente conclusión: "constituido el mismo, se abrirá un folio real separado, pero correlacionado con la inscripción dominial".

En oportunidad de comentar el régimen legal del derecho de superficie previsto en el Proyecto de 1987 propiciamos un sistema semejante al de la propiedad horizontal, un folio con diversas submatrículas que no alterara la naturaleza del folio real, y facilitara y clarificara la situación del inmueble, de conformidad a lo expuesto por el art. 13 de la Ley 17.801³⁵. Se sostuvo que es también técnica registral seguida por el derecho alemán que practica una doble inscripción: en primer término, se inscribe en el folio correspondiente a la finca concedente, como gravamen; en segundo lugar, como entidad hipotecaria independiente tiene folio aparte, donde se hacen constar sus propios gravámenes.

La consagración de este derecho por el ordenamiento vigente, ha dado lugar a que los registros de las distintas jurisdicciones provinciales dicten al respecto disposiciones técnico-registrales que siguen diversos criterios en cuando a las modalidades de registración.

La LV Reunión Nacional de Directores de Registros de la Propiedad Inmueble de 2018 recomendó por unanimidad que sean aspectos calificables en la registración de la constitución del derecho real de superficie los siguientes: el plazo de duración; la modalidad adoptada; el objeto o destino que se le otorgue al derecho; si su extensión es total o parcial; la limitación o prohibición de someter a propiedad horizontal y el carácter de onerosa o gratuita de la constitución. Además, que tratándose de condominio deberán comparecer la totalidad de los condóminos. La cancelación deberá ser rogada expresamente por escritura pública o resolución judicial aun cuando la extinción opere de pleno derecho. Estas directivas se incorporan en la Disposición Técnico Registral N° 5/2018 del Registro de la Propiedad Inmueble de la Provincia de Buenos Aires que se transcribe como Anexo al presente.

21. CONCLUSIONES

El derecho de superficie consagrado por el nuevo orden legal indudablemente es un fenómeno jurídico inmobiliario que despierta la imaginación de los operadores del mercado y el interés de propietarios e inversores. El dueño del

35 Kemelmajer de Carlucci, Aída - Puerta de Chacón, Alicia. *Derecho real de superficie*, ed. Astrea, ob. cit., pág. 34.

inmueble puede constituirlo sobre todo el inmueble (urbano o rural), en una parte determinada, con proyección en el espacio aéreo o en el subsuelo, o sobre construcciones ya existentes, aun dentro del régimen de propiedad horizontal.

La propiedad superficiaria de la plantación, la forestación y la construcción provocan la división temporal, material y jurídica del inmueble. Son propiedades separadas de un mismo inmueble en distintos planos horizontales, que también pueden serlo en planos verticales si se constituye en una parte materialmente determinada del inmueble.

Las experiencias de la Ley 25.509 de Superficie Forestal -hoy derogada- no provocaron tantas vacilaciones. Es la superficie con fines de construcción la que desvela a los agrimensores: ¿cómo realizar el acto de levantamiento territorial y representar cartográficamente estas superficies volumétricas? También a los registradores: ¿cómo subdividir la matrícula del folio real? y ¿cómo cumplir con la especialidad objetiva en la matriculación? Se impone una labor interdisciplinaria para el diseño y concepción de este tipo de derecho real y el rol del notario es protagónico. Es él quien debe llevar a cabo la obra de ingeniería jurídica de la superficie.

El acto constitutivo del derecho real de superficie o el acto transmisivo de la propiedad superficiaria deben plasmar con precisión las cláusulas estatutarias que hacen a los aspectos estructurales del derecho (modalidad, fines, plazo, objeto, sujeto) y a la dinámica del poder de disposición jurídica del titular. A la vez, modelar el derecho real conforme los intereses de las partes contratantes mediante cláusulas reglamentarias en los supuestos en que las normas legales admiten el "pacto en contrario".

La determinación de la especialidad objetiva de la superficie y de la propiedad superficiaria es esencial, el principio de extensión del dominio inmobiliario y de accesión continúan rigiendo a favor del dueño o propietario del suelo o rasante, en la medida del inmueble no enajenada para la plantación, forestación o construcción. Es imprescindible que las partes conozcan y acepten el proyecto constructivo y/o los planes de la plantación o de la forestación, con cuantas especificaciones técnicas sean necesarias también para su conservación y desarrollo a fin de evitar futuras controversias, en particular a la hora de la extinción del derecho y la reversión de las obras.

Aun cuando se ingrese en el terreno de los hechos, es de buena práctica que el notario constate la entrega de la posesión al superficiario para que no queden dudas respecto del cómputo de plazo de duración del derecho real y de la disponibilidad material y jurídica del inmueble que queda al dueño del suelo.

Si el contrato es oneroso, el notario autorizante debe sugerir las variables para el pago del precio (según avance de obras, canon periódico en dinero o en especie, etc.). Ciertamente la ecuación económica del contrato debe considerar otros aspectos que involucra la constitución de este derecho como la indemnización debida al dueño del suelo por el superficiario al momento de la extinción de la propiedad superficiaria y el estado de conservación de las obras.

No se pueden soslayar las cláusulas reglamentarias a proponer en el título, tales como la prohibición o no de afectar a propiedad horizontal, el efecto de la destrucción de las obras, la transmisión de las obligaciones del superficiario, la liberación o no del deudor transmitente, el pacto de preferencia en la transmisión, la procedencia y alcances de la indemnización, los efectos resolutorios de la extinción, etcétera.

También debe considerar las facultades que la ley otorga al superficiario para constituir la hipoteca superficiaria, la anticresis superficiaria, la propiedad horizontal superficiaria, el usufructo superficiario, la servidumbre superficiaria (real y personal), inclusive a afectación a vivienda. Y en cada una de las modalidades de la superficie debe atenerse al régimen supletorio respectivo, del usufructo o del dominio revocable, de las disposiciones generales de los derechos reales y del Título preliminar del Código con una visión integradora del ordenamiento jurídico.

¡Un verdadero desafío para el estudio y la imaginación!

ANEXOS

Disposición Técnico Registral N° 5/2018 del Registro de la Propiedad Inmueble de la Provincia de Buenos Aires, modificatoria de la DTR N° 21/2016 que regula la constitución del derecho real de Superficie.

Artículo 1° - ASPECTOS CALIFICABLES. OBJETO. LEGITIMADOS. FINALIDAD. PLAZO. DOCUMENTACIÓN A INGRESAR. En la registración de las escrituras públicas de constitución de derecho real de Superficie se calificará el cumplimiento de los siguientes recaudos: a) OBJETO: el derecho real de Superficie puede constituirse sobre todo el inmueble o sobre una parte determinada, con proyección en el espacio aéreo o en el subsuelo, o sobre construcciones ya existentes aun dentro del Régimen de Propiedad Horizontal. Tratándose de derechos reales de Propiedad Horizontal o Conjuntos Inmobiliarios, podrá constituirse sobre las unidades de dominio exclusivo, así como sobre partes comunes, siendo en tal supuesto calificable la comparecencia de todos los titulares de las unidades de dominio exclusivo. b) LEGITIMADOS: podrán constituir el derecho real de Superficie: a) el titular del derecho real de Dominio; b) la totalidad de los condóminos; c) el/los titular/es de la unidad de dominio exclusivo, en los derechos reales de Propiedad Horizontal o Conjuntos Inmobiliarios (art. 2118 CCCN). c) FINALIDAD/ DESTINO: deberá estar específicamente determinada la finalidad para la cual se constituye el derecho real de Superficie (art. 2114 CCCN). d) PLAZO: en el instrumento de constitución deberá estar específicamente determinado el plazo convenido por las partes, el que no podrá exceder del máximo legal establecido según el caso en cuestión (art. 2117 CCCN). e) DOCUMENTACIÓN A INGRESAR: el documento constitutivo deberá estar acompañado por: a) certificado catastral para afectar a derecho real de Superficie, cuya expedición comprende la cédula específica para tal fin; b) copia simple del "Plano de Mensura para afectar al derecho real de Superficie", con firma y sello del escribano autorizante del documento. Art. 2° - REGISTRACIÓN EN LA MATRÍCULA DE ORIGEN. CONTENIDO DEL ASIENTO. El asiento correspondiente a la constitución del derecho real de Superficie se practicará en el Rubro e) "Descripción del Inmueble" de la matrícula de origen comprendida (de ser varias, en cada una de ellas). Se dejará constancia de los datos identificatorios del plano de mensura aprobado al efecto (legajo, folio, fecha), de la designación de la parcela superficiaria, su superficie, y de la apertura de la/s matrícula/s SA que corresponda/o. Asimismo, se dejará constancia en el asiento de la finalidad del derecho real de Superficie, como así también de la determinación del plazo establecido. El asiento de constitución se confeccionará de acuerdo al siguiente modelo: RUBRO DESCRIPCIÓN DEL BIEN CONSTITUCIÓN DE DERECHO REAL DE SUPERFICIE ART. 2114 CCCN Datos identificatorios del Plano de Mensura... Designación de la parcela superficiaria... Superficie... Origina SA... (o la matrícula que corresponda según la matrícula origen) Finalidad... Por el plazo de... años Escrit. N°... del... (fecha) Escrib... Reg... (N° y partido) s/ certif... del... F.S. (Folio de Seguridad) Present. N°... del... Art. 3° - APERTURA DE LOS FOLIOS REALES CORRESPONDIENTES AL DERECHO REAL DE SUPERFICIE. MATRICULACIÓN POR EL ORGANISMO. Cada derecho real de Superficie que se registre, según el caso, originará la apertura de las matrículas que a continuación se designan, las que serán confeccionadas por el Organismo, y cuyos modelos se aprueban por este acto, incorporándose como Anexo 1 a la presente. En todos los supuestos la identificación del tipo de matrícula será seguida del número de la matrícula de origen,

al que se adicionará un número que comenzará con el 1. Cuando se hallen involucradas varias inscripciones de dominio, se le dará la numeración de la más alta. SA: constitución al derecho real de Superficie; SPHB: afectación al derecho real de Propiedad Horizontal por el superficiario. La planilla SPHB corresponde al plano de Propiedad Horizontal; SPHA: disposición de las unidades que surgen en la planilla SPHB o constitución del derecho real de Superficie por el titular de una unidad funcional/complementaria. Cada matrícula SPHA corresponde a la apertura de una unidad funcional o complementaria superficiaria; SPHC: constitución de un derecho real de Superficie sobre parte común del régimen de Propiedad Horizontal; SCIB: afectación al derecho real de Conjuntos Inmobiliarios por el superficiario. La planilla SCIB corresponde al plano de afectación al derecho real de Conjuntos Inmobiliarios; SCIA: disposición de las unidades que surgen en la planilla SCIB o constitución del derecho real de Superficie por el titular de una unidad privativa/complementaria. Cada matrícula SCIA corresponde a la apertura de una unidad privativa o complementaria superficiaria; SCIC: constitución de un derecho real de Superficie sobre parte común del régimen de Conjuntos Inmobiliarios. Art. 4° - REGISTRACIONES EN LOS FOLIOS REALES ORIGINADOS CON LA CONSTITUCIÓN DEL DERECHO REAL DE SUPERFICIE. La titularidad, los gravámenes, las medidas cautelares, las cancelaciones, los levantamientos y los certificados referentes al derecho real de Superficie se registrarán y publicitarán en los Rubros a), b), e), d) o e) de la/s matrícula/s abiertas, según corresponda. El asiento correspondiente al Rubro e) "Descripción del Inmueble" deberá contener los datos identificatorios del Plano de Mensura (legajo, folio, fecha), designación de la parcela superficiaria, superficie de la parcela y se confeccionará de acuerdo al siguiente modelo: RUBRO DESCRIPCIÓN DEL BIEN DERECHO REAL DE SUPERFICIE ART. 2114 CCCN Datos identificatorios del Plano de Mensura... Designación de la parcela superficiaria... Superficie de la parcela superficiaria... En los casos en que el inmueble se encuentre registrado bajo la técnica de folio personal cronológico la solicitud dará lugar a la conversión a la técnica de folio real. Art. 5° - ACTOS JURÍDICOS CELEBRADOS POR EL SUPERFICIARIO. LIMITACIÓN A LA FACULTAD DE AFECTACIÓN. Los actos jurídicos que celebre el superficiario deberán ser instrumentados dentro del plazo de vigencia del derecho real de Superficie, sin necesidad del consentimiento del titular de dominio. En el supuesto de que se rogare la limitación de la facultad del superficiario respecto a la afectación al derecho real de Propiedad Horizontal sin el consentimiento del titular de dominio (conf. art. 2120 CCCN), se publicitará dicha circunstancia tanto en el Rubro b) de la matrícula de origen como en el de las resultantes. Si registrada la limitación, ingresare para su toma de razón un documento de afectación y no surgiere dicho consentimiento, el documento será observado e inscripto en forma provisional. Art. 6° - AFECTACIÓN POR EL SUPERFICIARIO A LOS DERECHOS REALES DE PROPIEDAD HORIZONTAL O CONJUNTOS INMOBILIARIOS. Si el superficiario afectare su derecho a los derechos reales de Propiedad Horizontal o Conjuntos Inmobiliarios, el documento se registrará en la forma de estilo ("SPHB", "SPHA", "SCIB" o "SCIA"), tomando como referente la/s matrícula/s "SA" de origen del derecho real de Superficie. Cuando el objeto del derecho real de Superficie se constituya sobre partes comunes de los derechos reales de Propiedad Horizontal o Conjuntos Inmobiliarios, se procederá a la apertura de la matrícula "SPHC" o "SCIC", según corresponda. Art. 7° - PRÓRROGA. El plazo convenido del contrato puede ser prorrogado siempre que no se encuentre vencido y no exceda de los plazos máximos de setenta años cuando se trate de construcciones y de cincuenta años para las forestaciones y planta-

ciones, ambos contados desde la adquisición del derecho real de Superficie. La prórroga se anotará tanto en el folio real de origen como en el originado por la constitución del respectivo derecho real de Superficie cuyo plazo se prorroga. Art. 8° - EXTINCIÓN. ASIENTOS. La extinción del derecho real de Superficie se instrumentará por escritura pública o documento judicial. Será objeto de calificación la causal de extinción conforme lo previsto en el artículo 2124 del CCCN, a saber: a) Renuncia expresa del superficiario; b) Vencimiento del plazo; c) Cumplimiento de condición resolutoria; d) Consolidación; e) Previa declaración judicial, por el no uso durante diez años, para el derecho a construir, y de cinco, para el derecho a plantar o forestar. La registración de la extinción del derecho real de Superficie se practicará en el Rubro e) "Descripción del Inmueble", de la matrícula/s de origen, como así también en cada uno de la/s matrícula/s comprendidas. Los asientos se confeccionarán de acuerdo a los siguientes modelos: RUBRO DESCRIPCIÓN DEL INMUEBLE POR ESCRITURA PÚBLICA Escrit. N°... del... (fecha) Escrib... Reg... (N° y partido) F.S. (Folio de Seguridad)... Present. N°... del... RUBRO DESCRIPCIÓN DEL INMUEBLE EXTINCIÓN DEL DERECHO REAL DE SUPERFICIE ART. 2124 CCCN POR DOCUMENTO JUDICIAL Autos Judiciales "... Juzgado... Secretaría... Departamento Judicial... F.S. (Folio de Seguridad)... Present. N°... del... Art. 9° - SUPUESTO PARTICULAR. Para el supuesto en que se verifique el caso especial previsto en el artículo 2125 -párrafo segundo- del CCCN, la registración de la extinción del derecho real de Superficie se practicará únicamente en el Rubro e) "Descripción del Inmueble", de la matrícula/s comprendidas, sin efectuarse mención alguna en la/s matrícula/s de origen hasta tanto se cancele el gravamen o se agote el plazo legal o convencional del derecho real de Superficie, lo que ocurra primero. Art. 10 - PUBLICIDAD. Las solicitudes de publicidad serán expedidas mediante las constancias que surjan de la totalidad de la/s matrícula/s comprendidas ("A", "SA", "SPHB", "SPHA", "SPHC", "SCIA", "SCIB" y "SCIC").

Derecho Real de Superficie - Resolución N° 546/16

27 marzo, 2017. Subsecretaría de Registros, Interpretación y Catastro de la Ciudad de Buenos Aires – Resolución N° 546/16

La Resolución N° 546/16 establece la creación de la figura de "Plano de Mensura Particular y de Derecho Real de Superficie", de acuerdo al Libro Cuarto "Derechos Reales", Título VII "Superficies", Artículos 2114 al 2128 del Código Civil y Comercial de la Nación", mediante el cual se declararán las superficies normadas.

CIUDAD DE BUENOS AIRES SUBSECRETARÍA DE REGISTROS, INTERPRETACION Y CATASTRO RESOLUCIÓN N.° 546/SSREGIC/16. B.O. del 29/12/2016

Buenos Aires, 21 de diciembre de 2016

VISTO: Los Artículos 2114 al 2128 contenidos en el LIBRO CUARTO «DERECHOS REALES», TÍTULO VII «Superficies», del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación aprobado por Ley de la Nación N° 26994, la Ley de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires N° 3999, y CONSIDERANDO:

Que mediante Ley de la Nación N° 26994, promulgada por Decreto Nacional N° 1795/2014, ambos publicados en el Boletín Oficial de la República Argentina N° 32985 del 8 de octubre de 2014, se aprobó el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación; Que el citado Código entró en vigencia el 1° de agosto de 2015 de acuerdo a lo establecido

por Ley de la Nación N° 27077, promulgada por Decreto Nacional N° 2513/2014, publicados en el Boletín Oficial de la República Argentina N° 33034 del 19 de diciembre de 2014; Que en virtud de lo normado en el LIBRO CUARTO «DERECHOS REALES»,

TÍTULO VII «Superficies», Artículos 2114 al 2128, del ya mencionado Código Civil y Comercial de la Nación, en lo que se refiere al «Derecho Real de Superficie», y las atribuciones conferidas por Ley de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires N° 3999, corresponde que las superficies por las cuales se pretenda constituir dicho derecho sean declaradas previamente ante el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, ello a fin de llevar el registro documental gráfico de las mismas;

Que tal circunstancia resulta inherente al catastro físico de la ciudad y que es ella quien debe dar marco legal a la situación; Que a tales efectos corresponde adecuar el actual formato de trámite de «Plano de Mensura» que se tramita ante la Gerencia Operativa de Catastro Físico, el cual resulta procedente tenga un tratamiento similar, con la denominación «Planos de Mensura Particular y de Derecho Real de Superficie»; Que como el plano en cuestión, será utilizado para realizar el contrato de «Derecho Real de Superficies» a que hace referencia el Artículo 2119 del Código Civil y Comercial de la Nación, en el mismo no se deberán indicar datos del superficiario, ni plazo de duración, motivo por el cual, podrá modificarse únicamente por acto administrativo, como ser anulación o modificación del plano; Que el procedimiento a establecer sólo será viable para parcelas nombradas en catastro, según los antecedentes obrantes en la Gerencia Operativa de Catastro Físico; Que de acuerdo a la normativa vigente, a las misiones, funciones y competencias de esta Subsecretaría y de la Dirección General de Registro de Obras y Catastro, es menester dictar el acto administrativo que establezca los nuevos parámetros de presentación, tramitación y registro de la documentación de «Mensura de Derecho Real de Superficie».

Por ello y en uso de las facultades que le son propias, EL SUBSECRETARIO DE REGISTROS, INTERPRETACION Y CATASTRO RESUELVE

Artículo 1°.- Crease la figura de «Plano de Mensura Particular y de Derecho Real de Superficie», de acuerdo al LIBRO CUARTO «DERECHOS REALES», TÍTULO VII «Superficies», Artículos 2114 al 2128 del Código Civil y Comercial de la Nación», mediante el cual se declararán las superficies normadas.

Artículo 2°.- Establézcase que cuando se pretenda constituir «Derecho Real de Superficie», según lo normado en el LIBRO CUARTO «DERECHOS REALES», TÍTULO VII «Superficies», Artículos 2114 al 2128 del Código Civil y Comercial de la Nación», el propietario de la o las superficies involucradas deberá presentar para su registro el «Plano de Mensura Particular y de Derecho Real de Superficie», creado en el Artículo 1° de la presente.

Artículo 3°.- Estipúlese que la Gerencia Operativa de Catastro Físico dependiente de la Dirección General de Registro de Obras y Catastro, será la encargada de receptionar, estudiar, registrar, documentar, archivar, publicitar y llevar el registro de los «Planos de Mensura Particular y de Derecho Real de Superficie» creados en el Artículo 1° de esta resolución.

Artículo 4º.- Determinase que:

a) La modalidad de presentación del «Plano de Mensura Particular y de Derecho Real de Superficie», se realizará de forma similar a la de los «Planos de Mensura Particular», empero identificados con el prefijo MS seguido de un número secuencial y terminado en el año de inicio, tal como se ejemplifica en el Informe Gráfico IF-2016- 27498632-SSREGIC, que como Anexo I forma parte integrante de la presente.

b) En el «Plano de Mensura Particular y de Derecho Real de Superficie» no se indicarán datos del superficiario, ni plazo de duración del contrato de derecho de superficie.

c) Los montos de sellados a abonar para la solicitud de registro del «Plano de Mensura Particular y de Derecho Real de Superficie», serán los mismos que para los «Planos de Mensura Particular», aplicados, además, sobre la superficie objeto del plano.

d) En todos los casos se deberá confeccionar obligatoriamente «Plano de Mensura Particular» para conocer las dimensiones reales de la o las parcelas involucradas, salvo que para el lote ya exista dicho plano y las dimensiones en él declaradas sean coincidentes con los hechos existentes.

e) Cuando se pretenda modificar o anular el «Plano de Mensura de Derecho Real de Superficie», el procedimiento a seguir será el mismo que el otorgado a la División en Propiedad Horizontal, por lo cual se mantendrá el número del plano oportunamente otorgado a tales efectos.

f) Los requisitos técnico/administrativos exigibles en las tramitaciones en donde se procure el registro de los «Planos de Mensura de Derecho Real de Superficie», serán los siguientes:

I) Documentación general: – Informe de Dominio. – Nota de Presentación con firma certificada ante Escribano Público, de la totalidad de los propietarios. – Encomienda de tarea profesional. – Solicitud de datos catastrales para mensura. – Memoria gráfica analítica. – Otra documentación que resulte necesaria para la consideración del caso, la cual puede ser exigida por la repartición interviniente.

II) Documentación gráfica: – «Plano de Mensura Particular y de Derecho Real de Superficie», de acuerdo al Título VII – Superficie – Artículos 2114 a 2128 del Código Civil y Comercial de la Nación», de acuerdo a lo ejemplificado en el Anexo I, IF- 2016-27498632-SSREGIC, en el cual se deberá: * Indicar el nivel inferior, superior y rasante, con cotas de nivel y nota aclaratoria en los casos que fuese necesario. * Declarar en carátula, en el sector de registro, que: «El registro del presente plano no convalida las obras existentes y no otorga permiso de uso». * Indicar en el sector de notas que: «En los contratos que se constituyan, deberá estar garantizado el acceso desde vía pública». * Declarar las afectaciones y restricciones que tenga la parcela (ensanche de calle, Cinturón Digital, rectificación de línea, etc.)

Artículo 5º.- Regístrese. Publíquese en el Boletín Oficial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Comuníquese al Registro de la Propiedad Inmueble de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a la Dirección General Escribanía General de la Ciudad, a la Dirección General de Rentas, al Consejo Profesional de Agrimensura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, al Consejo Profesional de Ingeniería Civil y al Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires. Póngase en conocimiento a la Dirección General de Registro de Obras y Catastro a sus efectos. Cumplido, archívese.

ESPECIAL PARA REVISTA NOTARIAL

HERENCIA Y
VOLUNTADES
DIGITALESGRACIELA MEDINA¹

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Herencia digital. Transmisión *mortis causa* de bienes digitales. 3. Identidad digital. ¿Cómo transferir la memoria digital a nuestros herederos? ¿Quién gestiona la identidad digital? 4. Los activos digitales y los compromisos contractuales. 5. La transmisión de los bienes digitales y de su soporte. 6. Facebook. 6.a. "Cuentas conmemorativas" en Facebook. 6.b. Contactos de legado. 6.c. Prever la eliminación de la cuenta en caso de fallecimiento. 6.d. ¿Qué tipo de "disposición *post mortem*" constituyen "la eliminación de las cuentas luego del fallecimiento", "la designación de contactos de legado" y "los perfiles conmemorativos"? 7. Jurisprudencia sobre acceso a redes sociales y cuentas digitales por los familiares después de la muerte del usuario. 7.a. El Tribunal Supremo Federal dictó un *leading case* sobre el "patrimonio digital en Facebook". 7.b. El acceso a la cuenta de correo electrónico. Juzgado de Sucesiones de Oakland, Michigan, Autos: In re "Ellsworth c/ Yahoo", 2005. 7.c. Corte Federal de California, Autos: "Anisa Daftary y otro. c/ Facebook", 2012. 7.d. El acceso al contenido de los correos del causante.

1 Presidenta de la Asociación Argentina de Derecho Comparado, Jueza de la Cámara Federal Civil y Comercial de la Nación y Profesora Titular de la Facultad de Derecho de la UBA.

Jurisprudencia de Massachusetts. 8. Twitter. 9. Instagram. 9.a. Cuenta conmemorativa. 9.b. Eliminación de una cuenta de Instagram. 10. Paypal. 11. Bitcoins. 12. Nombres de dominio. 13. Correo electrónico. Cuentas de mail. 14. Los SEO. 15. Conclusiones sobre las disposiciones contractuales digitales para después de nuestra muerte. 16. Empresas que gestionan nuestros datos a nuestra muerte. 17. Aseguradoras. 18. Derecho comparado. 18.a. Estados Unidos. 18.b. UFADAA. El primer intento. 18.c. UFADAA Revisado (RUFADAA). 18.d. Francia. 18.e. Derecho Catalán. 19. España. 20. Conclusiones.

01. INTRODUCCIÓN

A lo largo del Siglo XX los avances en materia de comunicación y tecnología han sido asombrosos, basta con pensar cuándo comenzaron a funcionar algunos medios de comunicación, a saber: la radio (1920)², el cine a color (1935)³, la televisión (1950-1960), los inicios de la televisión por cable (1970), las computadoras personales (1980), internet, la World Wide Web, el correo electrónico (e mail, 1990) para advertir la velocidad de los cambios⁴.

Si en el siglo XX los cambios se produjeron con una rapidez nunca vista en los diecinueve siglos anteriores, en el siglo XXI la aceleración en el avance de las tecnologías de la información y comunicación (TIC)⁵, pasó a ser cuántica o exponencial, pudiendo mencionarse como progresos más destacados:

1. La Web 2.0: constituida por blogs, fotologs, wikis, redes sociales.
2. Juegos multiusuario y otros mundos virtuales.
3. Mensajes de texto (sms) y demás servicios de mensajería instantánea.
4. Redes sociales de alto impacto como Facebook, Twitter, Tumblr, Pinterest, Instagram.

2 Si bien el origen de la radio se puede ubicar en 1890 a 1900 con Guillermo Marconi, cuando se construye el primer sistema completo de telegrafía inalámbrica comercialmente exitoso. Nos referimos a 1920 porque las primeras transmisiones para entretenimientos regulares llegaron a la Argentina en 1920. En agosto de 1920 desde la terraza del teatro Colón se transmite la Ópera Parsifal.

3 Los inicios del cine se ubican en 1895 cuando los hermanos Lumière hicieron la primera transmisión pública de imágenes en movimiento.

4 Durante el siglo XX los avances primero se produjeron cada 20 años, luego cada diez, para finalmente ser constantes.

5 Si bien en un reduccionismo, se puede llegar a asociar a las TIC con internet, en verdad las TIC no son solo internet y los dispositivos relacionados con ella, sino también se trata de teléfonos celulares, cámaras de video y fotos, dispositivos de almacenamiento de archivos digitales (pendrives, CD, DVD, etc.). En definitiva, podemos definir las TIC, como el conjunto de servicios, redes, software y dispositivos que proporcionan la informática y sus tecnologías asociadas -telemática y multimedia- así como los medios de comunicación social ("medios de comunicación masiva") y los medios de comunicación interpersonales tradicionales con soporte tecnológico (teléfono, scanner...). Por tanto, las TIC abarcan dispositivos tecnológicos como el celular, Internet, la computadora, la televisión y todos los servicios relacionados como redes sociales, blogs, foros, etc., así como los elementos técnicos que permiten su correcto funcionamiento.

5. Telefonía inteligente (smartphones).
6. Televisión digital (smartTV).
7. Proliferación de aplicaciones: Whatsapp, Snapchat, Line, Viber, Foursquare.
8. La moneda digital o electrónica (Bitcoin).
9. La web profunda (deep web).
10. Nanotecnología aplicada.
11. La computación cuántica.
12. Los chips neuromórficos, chips con ADN o chips húmedos.
13. Internet de las cosas.
14. Impresión 3 D.
15. La realidad aumentada (RA).
16. Tecnología para vestir.
17. El networking⁶ y el start up⁷.

Estos cambios en las tecnologías de la información y comunicación han influido lógicamente en la forma de desarrollarnos patrimonialmente y comunicarnos socialmente, tanto que sería inimaginable en nuestros días pensar una sociedad sin internet, sin el empleo de motores de búsqueda tales como Google, Yahoo, Bing o Baidu, el uso de correos electrónicos (emails), mensajes de texto (sms), mensajería instantánea (mms), micromensajería (Twitter), chat (Messenger, Messenger Yahoo, BlackBerry Messenger, Google Talk, Whatsapp, Line, Viber), Blog, Fotolog, redes sociales (Facebook, MySpace, Sonico, Hi5, Orkut, Haboo Hotel, LinkedIn, Instagram), o programas de geolocalización como Foursquare. Como así también sería inimaginable una sociedad sin comercio digital o empresas digitales, y sería errado pensar que la economía no se moviera *online*.

6 *Networking* es una estrategia que consiste en ampliar nuestra red de contactos profesionales con el empleo de redes sociales de tipo profesional, haciendo que el *networking* sea una estrategia muy usada por empresas, por ejemplo: en LinkedIn las empresas buscan nuevas alianzas estratégicas o profesionales.

7 Las *start up* son compañías incipientes que se utilizan en el mundo empresarial aplicadas a empresas de reciente creación, normalmente fundadas por un emprendedor o más, sobre una base tecnológica, innovadoras y presumiblemente con una elevada capacidad de crecimiento.

.....

Ello nos indica que toda nuestra vida ha sido modificada por las TIC. Así en el ámbito del comercio las compras y ventas se realizan online, al tiempo que internet permite el desarrollo de nuevas empresas y la expansión de emprendimientos digitales, mientras que las llamadas monedas electrónicas se han convertido en un medio de cancelación de deudas sin respaldo de ninguna República, ni constancia material alguna⁸, la nanotecnología aplicada soluciona infinidad de problemas de salud, y permite la evolución y transformación de las especies vegetales, pero fundamentalmente la vida personal, la identidad y la forma de comunicación personal varía mediante la transferencia digital de datos.

Vemos que hasta hace 10 años las fotos y recuerdos de familia se guardaban en soporte papel, se almacenaban en álbumes y se transferían de padres a hijos como un bien preciado y cuantitativamente limitado a ser transferido a una persona; hoy ellos se encuentran digitalizados, se guardan en la nube y se pueden transferir a más de un destinatario, sin perjudicar el original.

Si pensamos en la vida de cualquier profesional advertimos que su obra está en su PC y en la nube, así por ejemplo un arquitecto tendrá los planos y diseños, de obras realizadas y a ejecutar, en soporte virtual en la plataforma digital y nos demandamos ¿es que a su muerte su obra en versión digital entra en el dominio público o es que se pierde por ser eliminado del sitio? Indiscutiblemente ello constituye un activo digital de importancia económica y debe ser transferido a los herederos. Las preguntas son cómo hacerlo y qué valor dar a la circunstancia de que el causante le haya dado las contraseñas a otra persona, diferente de sus herederos *ab intestato*.

Si nos concentramos en un escribano notaremos que en su Dropbox tiene escrituras, actas, testamentos de personas muertas y otras vivas y en ese caso nos cuestionamos, qué pasa a la muerte del notario con su activo digital, cómo protegerlo y cómo proteger la confidencialidad de los datos de terceros.

Si observamos a un artista veremos que los escritos de toda naturaleza y extensión, entre ellos los programas de computación fuente y objeto; las compilaciones de datos o de otros materiales; las obras dramáticas, composiciones musicales, dramático-musicales; las cinematográficas, coreo-

8 Bitcoin es un protocolo y red P2P que se utiliza como criptomoneda, sistema de pago y mercancía. Bitcoin se caracteriza por ser descentralizado, es decir, no está respaldado por ningún gobierno o banco central. Las transacciones no necesitan de intermediarios y el protocolo es código abierto.

gráficas y pantomímicas; las obras de dibujo, pintura, escultura, arquitectura; modelos y obras de arte o ciencia aplicadas al comercio o a la industria; los impresos, planos y mapas; los plásticos, fotografías, grabados y fonogramas, en fin, toda producción científica, literaria, artística o didáctica está en la nube o en internet y es innegable que los herederos tienen el derecho de propiedad de una obra científica, literaria o artística. Lo que no es tan claro es cómo deben hacer los herederos para disponer de las obras digitales de su causante, qué deben hacer para publicarla, ejecutarla, representarla, y/o exponerla en público, o enajenarla o reproducirla en cualquier forma.

A consecuencia de que nuestras obras se encuentran en internet o en la nube, donde también se ubican nuestras comunicaciones, fotos, videos, imágenes, recuerdos de vacaciones, de intimidad o de pequeños o grandes hitos personales y nuestros ahorros, y que todo ello tiene un valor sentimental y patrimonial importante, nos proponemos determinar: ¿qué pasa con nuestra identidad digital, nuestro patrimonio cibernético y nuestras propiedades y dominios digitales a nuestra muerte? ¿Sirven los instrumentos jurídicos actuales para dar respuestas a estos interrogantes o tenemos que crear nuevos instrumentos? ¿Podemos mantener nuestra voluntad virtual después de nuestra muerte? ¿O por el contrario todo se extingue con la muerte de la persona? ¿Podemos resguardar nuestra reputación *post mortem*? ¿Existe el testamento digital? ¿Qué pasa con la intimidad de terceras personas que se comunican con nosotros en las redes sociales a nuestra muerte? ¿Debe regularse de la misma forma el mundo analógico y el mundo digital? ¿Por qué el tratamiento *post mortem* de los bienes físicos debe ser diferente al de los bienes digitales? ¿La herencia es única o puede distinguirse entre herencia digital y analógica? ¿Por qué se dice que la *memoria defuncti* y la identidad digital son inmunes a la muerte? ¿Qué peculiaridades tiene la sucesión *mortis causa* de archivos digitales y perfiles en redes sociales? ¿Son realmente necesarias y útiles las plataformas de almacenamiento de pertenencias digitales en la nube para proteger el llamado legado digital? ¿Cuál es la mejor tecnología para almacenar de modo seguro archivos digitales?

A dar respuesta a estos interrogantes nos dedicaremos en los párrafos siguientes, porque consideramos que a fin de dar un correcto asesoramiento y lograr una eficaz planificación sucesoria se debe conocer precisamente el entorno digital y no se puede ignorar el altísimo valor sentimental y material de los bienes digitales.

02.**HERENCIA DIGITAL. TRANSMISIÓN MORTIS CAUSA DE BIENES DIGITALES**

A nivel nacional, regional y global, existe un gran repertorio de temas que hacen a los debates de internet sobre cómo puede y debe evolucionar la red: derecho al olvido, responsabilidad de intermediarios, neutralidad de la red, convergencia, protección de datos personales, libertad de expresión, *ciberbullying*, cuestiones de género en IT, ciberseguridad, resiliencia de las infraestructuras críticas, posibles marcos regulatorios aplicables al ámbito digital, la llegada de nuevas tecnologías para las economías digitales y su impacto en la industria de internet y en la sociedad en general, entre otros tantos. Entre ellos también se encuentra la "sucesión digital" que admite al menos dos formas diferentes de ser regulada.

Creemos que previo a todo debemos tratar de conceptualizar a qué nos referimos cuando hacemos alusión a la "herencia digital".

La "herencia digital" consiste en todos los bienes digitales que hemos generado durante la vida y que a nuestra muerte en principio pasan a nuestros herederos, Es el patrimonio digital transmisible *mortis causa*.

Sobre bienes digitales seguimos a Lamber quien afirma que "el bien digital se caracteriza por ser inmaterial, incorpóreo en su naturaleza, que está almacenado, registrado o conservado en medios virtuales electrónicos o digitales, sea de modo local (propio ordenador, disco duro externo, etc.) o en servidores clouding, en la nube (Dropbox, iCloud), o de modo mixto, conservando todo el archivo localmente y su resumen o hash en la nube"⁹.

Necesariamente debemos distinguir entre los bienes digitales y su soporte físico (hard). Este último está constituido por los smart watch, computadoras, Ipad, Iphone y demás soportes físicos como, discos de memoria, externos e internos, pen drive, etc. que almacenan la información y que pueden ser considerados cosas muebles transmisibles a los herederos por sucesión.

Los bienes digitales a diferencias del hard no son materiales, no se pueden tocar, ni son físicos, son "todos aquellos bienes culturales y no culturales que tienen forma digital, es decir, que están compuestos por ceros y unos, y que las computadoras se encargan de interpretar y presentarlos en forma de informa-

9 Lamber, Néstor D., "Los bienes digitales en la herencia", publicado en DFyP 2019 (junio), 91. cita online: AR/DOC/1495/2019.

ción, bases de datos, programas de computadoras, imágenes, música, sitios web, textos, libros, videos, entre otros"¹⁰.

Como afirma Flores los bienes digitales son "cualquier información o archivo de carácter digital almacenado localmente u online"¹¹.

Trataremos de dividir en un cuadro los bienes digitales, que conforman el patrimonio digital de una persona que es transmisible a sus herederos como herencia digital.

Son tantos y tan nuevos que como decía García Márquez en *100 años de soledad*: "El mundo era tan reciente, que muchas cosas carecían de nombre, y para mencionarlas había que señalarlas con el dedo".

Categoría	Datos relevantes	Ejemplos
Cuentas electrónicas	Datos de acceso, saldos y depósitos, contratos, historiales de mensajes, listados de transacciones, detalles de los contratos, pagos domiciliados, condiciones de rescisión de los contratos	Banca online, servicios de pago (PayPal, Google Pay), tiendas online (Amazon), plataformas de criptomoneda (Bitcoin), servicios de streaming (Netflix, Spotify), cuenta de Google o de Apple
Perfiles en redes sociales	Datos de acceso, información del perfil, mensajes, imágenes y videos compartidos	Facebook, Twitter, Instagram, LinkedIn, WhatsApp, Google, SnapChat, Skype, YouTube, páginas de citas
Cuentas de correo electrónico	Datos de acceso, mensajes, contactos	Buzones de correo electrónico en 1&1 IONOS, GMX, Google, etc.

10 Porcelli, Adriana M., "Los bienes digitales y el derecho de autor en internet. La denominada 'piratería informática'", Revista del Departamento de Ciencias Sociales, Vol. 2 N° 3, Buenos Aires, 2015, p. 265.

11 Flores, Martín Andrés, "Herencia digital. Un nuevo desafío para el Derecho Sucesorio", exposición magistral titulada "Herencia digital", en el marco de las Primeras Jornadas Cordobesas de Derecho Sucesorio, 5 y 6 de septiembre de 2019, Universidad Nacional de Córdoba. A publicar en La Ley.

Software as a Service (plataformas online)	Datos de acceso, detalles de los contratos, condiciones de rescisión de los contratos, imágenes y videos compartidos, historiales de mensajes, listado de transacciones, datos comerciales	Servicios en la nube, plataformas de trabajo (Slack, WordPress), herramientas para redes sociales (Hootsuite), software de finanzas (NetSuite), plataformas de crowdfunding (Patreon, Kickstarter), canales de YouTube
Licencias y propiedades	Datos de acceso, detalles de los contratos, condiciones de rescisión de los contratos, normas de traspaso	Licencias de software (programas de edición de imagen), videojuegos (Steam, Origin), pertenencias y avatares en juegos online
Nombres de dominio	Registro del nombre de dominio o dirección del sitio web	

En nuestro país, huelga decir que no existe una regulación específica para los bienes digitales y su transmisión ha de regirse por las normas específicas de los contratos que son ley para las partes y por las reglas del CCyC que establecen que se transmiten por causa de muerte todos los derechos y obligaciones digitales o analógicas con contenido patrimonial que no se extinguen con la muerte (arts. 2277 y 2280 CCyC). Es decir que se transmite a los herederos todo aquello que en principio no es *intuitu personae* y no hace a la identidad del difunto.

Hasta acá hemos afirmado que los bienes digitales de contenido económico se transmiten *mortis causa*, lo que ocurre es que hay inmensa cantidad de bienes que son extrapatrimoniales. Al respecto hay que distinguir entre "la identidad digital" (el sujeto) y "el patrimonio digital (el objeto)". Para determinar qué se transmite *mortis causa*.

La "identidad digital" (impronta de la personalidad en el entorno digital, "rastros digitales") se corresponde con la identidad humana y al morir merecerá, cuando menos, la misma protección que los aspectos tutelables de la personalidad pretérita en el mundo no digital¹².

12 Cámara Lapuente, Sergio, Catedrático de Derecho Civil Universidad de La Rioja, "La sucesión *mortis causa* en el patrimonio digital: una aproximación", El Notario del Siglo XXI, Revista 84 <http://www.elnotario.es/hemeroteca/revista-84?id=9279:la-sucesion-mortis-causa-en-el-pa->

La identidad digital¹³ en principio no se transmite a los herederos, pero si se transmite el deber de su respeto, tan es así que el no hacerlo constituye causa de indignidad sucesoria.

03.

IDENTIDAD DIGITAL. ¿CÓMO TRANSFERIR LA MEMORIA DIGITAL A NUESTROS HEREDEROS? ¿QUIÉN GESTIONA LA IDENTIDAD DIGITAL?

Estamos convencidos de que hay que distinguir entre la identidad digital (el sujeto) y el patrimonio digital o herencia digital (el objeto).

La "identidad digital" es parte de la identidad personal y al morir merece similar protección que la personalidad pretérita en el mundo analógico.

Comenzamos por tratar de determinar en qué consiste la identidad digital.

Creemos que la identidad digital se construye a lo largo de los años con todo los datos que subimos a internet, como por ejemplo las fotos, los artículos de doctrina, los comentarios de los blogs o de los foros, etc.

Podemos definir la identidad digital como "el conjunto de rasgos digitales con el que una persona física o jurídica se muestra en la red. Es un concepto ligado a la personalidad del sujeto, en general de modo presunto porque pocas veces existe una garantía de correspondencia con la identidad física. Y una vez fallecido el sujeto, como ocurre con los restantes atributos de la personalidad, sus blogs, perfiles en redes sociales, sus nicks en comunidades virtuales pasan a integrar la *memoria defuncti* a modo de identidad digital *post mortem*"¹⁴.

Los elementos con los que construimos nuestra identidad digital o memoria digital se encuentran almacenados en distintos sitios, por ejemplo las fotos y videos estarán en Instagram, Whatsapp y Facebook, mientras que los trabajos doctrinarios o profesionales probablemente se encuentren en Dropbox o LinkedIn.

rimonio-digital-una-aproximacion&tmpl=component&print=1, consultado el 1 de setiembre de 2019.

13 Sobre el tema de derechos personalísimos después de la muerte ver Leiva Fernández, Luis, "La personalidad pretérita, no es lo mismo no estar muerto que no haber vivido", *La Ley*, 22 de octubre de 2018.

14 González Granado, Javier, "Solo se muere una vez: ¿Herencia Digital?", en el libro *Testamento ¿Digital?*, coordinado por Oliva León, Ricardo y Valero Banceló, Sonsoles, edición especial setiembre 2016, España, p. 43.

A la muerte es muy fácil decir que los activos con los que construimos la identidad digital pasan a los herederos, ya que la herencia comprende todos los bienes, derechos, acciones y obligaciones de una persona que no se extinguen por su muerte, y la circunstancia de que dichos bienes, derechos, acciones u obligaciones sean analógicos o digitales es completamente irrelevante, al efecto de predicar su transmisibilidad.

Cabe aclarar que lo que se transfiere a los herederos son los bienes o activos que conforman la identidad digital.

Así como en una primera aproximación al tema podemos afirmar que los bienes con los que construimos la identidad digital se transfieren a los herederos es discutible que la identidad se transfiera, aunque resulta cierto que los herederos tienen la obligación de resguardarla y honrar la memoria del difunto sea analógica o digital y por otro lado es seguro que la "identidad digital" se puede gestionar o administrar en aras de preservar el honor del difunto.

Lo que ocurre es que el entorno digital permite otro tipo de resguardos de la identidad digital y su resguardo como los "in memorial" o "sitios conmemorativos" que analizaremos al ocuparnos de Facebook.

Mucho más difícil es determinar cómo se realiza el traspaso de los bienes digitales que constituyen la herencia. ¿Cómo acceder a los archivos de datos que conforman el activo digital si ignoramos el usuario con contraseña? ¿Cómo asegurarnos de que nuestros bienes digitalizados lleguen a nuestros herederos? ¿Es que acaso es necesario generar un registro maestro para conservar de forma preventiva en alguna localización segura, codificada y accesible solo en caso de fallecimiento? ¿Este registro lo gestionará una empresa especializada?

La cuestión es significativamente compleja por el medio en que se encuentran los datos, porque el entorno digital es diferente al entorno analógico y si bien podemos afirmar que una foto, esté en papel o en mi celular es un bien transmisible a los herederos, a la segunda al no ser material se accede de diferente forma y para transferirla por sucesión requerimos procedimientos distintos, al mismo tiempo que admite múltiples copias sin disminuir la sustancia, lo que varía su valor e impacta en forma diferente en la transmisibilidad y custodia.

¿Introduce el formato digital especialidades en cuanto a valoración, cómputo e imputación y, en definitiva, partición o distribución de la herencia? Téngase en cuenta que algunos bienes tendrán un alto valor económico (criptomonedas, obras inéditas alojadas en la nube), otros lo tendrán meramente moral o sentimen-

tal y, en general, muchos bienes digitales admiten copia o réplica sin merma del original, que puede permitir reparto igualitario entre todos los coherederos¹⁵.

Los escribanos al realizar una planificación sucesoria, tienen que informar a las personas sobre la necesidad de programar el destino de sus cuentas, perfiles, correos electrónicos, los datos de acceso, nombres de dominio, etc. También deben orientar sobre el destino a dar a los bienes digitales como ser la determinación de quién o quiénes deberían gestionar o eliminar su vida digital.

Si al hacer un testamento existiera una cláusula que determinara qué hacer con los bienes digitales y con la identidad digital del testador, el proceso sería más ágil y eficaz, sobre todo para los familiares.

Por otra parte si lo que el causante quiere es que nadie acceda a sus activos digitales cuando muera el notario puede analizar diversas formas de proteger su privacidad. Un escribano puede elaborar una disposición testamentaria que prohíba explícitamente que su representante personal acceda a ciertos activos. O el notario puede aconsejar establecer un fideicomiso que designe a una persona de confianza para proteger los activos digitales.

Si se desea que el albacea o el heredero tengan el máximo acceso a sus activos digitales se debe ir más allá de dar permiso y en el testamento es conveniente dejar al albacea información e instrucciones sobre cómo acceder a sus cuentas y archivos. De esa manera, el ejecutor tendrá la misma capacidad de acceder a las cuentas que el causante.

Esta es la forma más fácil y segura de asegurarse de que el heredero o el albacea pueda concluir su voluntad. Así también es conveniente:

Incluir información de acceso e instrucciones. Dejar instrucciones muy específicas sobre cómo acceder a las cuentas, a las redes sociales o/y a las empresas de administración de bienes digitales. Incluyendo sitios web o dispositivos necesarios, así como nombres de usuario y contraseñas. También es conveniente decirle al ejecutor qué hacer con cada cuenta. Por ejemplo especificar si desea que sus fotos almacenadas se compartan con la familia, que se elimine su cuenta de Twitter, que se archive y guarde su blog, etc. Es conveniente ser lo más claro y completo posible.

Mantener la instrucción actualizada. A medida que cambia la información de la cuenta, actualizar la instrucción para que el albacea tenga la información correcta cuando llegue el momento.

15 Cámara Lapuente, Sergio, Catedrático de Derecho Civil Universidad de La Rioja, "La sucesión *mortis causa* en el patrimonio digital: una aproximación" (El Notario del Siglo XXI, Revista 84).

Otra cuestión a determinar es cómo lograr que la identidad digital no se vulnere, trastoque o mal use, por ejemplo por el uso por suplantación de identidad (si alguien accede a servicios contratados por el fallecido utilizando para ello sus identificadores y no comunicando el fallecimiento).

Estimamos que la administración de la identidad digital puede ser realizada por una persona designada al efecto con los sistemas que establezcan las redes sociales, siempre y cuando no contravengan lo establecido por las normas sucesorias. Es decir que por ejemplo puede ser administrada por la persona designada contractualmente para hacerlo, por ejemplo por el "contacto de legado", denominación que se da en Facebook al administrador de la cuenta para después de la muerte.

Algunas empresas y las propias redes sociales ofrecen como servicio la gestión *post mortem* de las redes sociales. En cuanto se limite su función a la cancelación de la cuenta o la conversión de la misma en "memorial" o al envío de comunicaciones del fallecimiento o mensajes a terceras personas puede considerarse un simple desenvolvimiento de la relación jurídica que estableció en vida el titular con la compañía gestora de la cuenta o red social (análogamente al contrato del autor con su editor para publicar su obra de forma póstuma) o un supuesto de mandato, con eficacia condicionada *post mortem* (admitido expresamente en la Ley 599 de la Compilación Navarra)¹⁶.

04

LOS ACTIVOS DIGITALES Y LOS COMPROMISOS CONTRACTUALES

Los activos digitales tienen en la mayoría de los casos un valor sentimental, pero en otros el valor patrimonial es significativo como el caso de los Bitcoin o de las empresas on line, o el de las obras científicas o culturales, o el de los nombres de dominio.

La cuestión tiene suma trascendencia porque gran parte de nuestra vida está en internet.

16 Gonzales Granado, Javier "Solo se muere una vez: ¿Herencia Digital?", en el libro Testamento ¿Digital?, coordinado por Oliva León, Ricardo; Valero Banceló, Sonsoles, edición especial septiembre 2016, España, p. 43.

Creemos que en el estado actual de la ciencia independientemente de la regulación sucesoria de cada país, para transmitir, acceder y gestionar los bienes digitales, en primer lugar hay que determinar cuáles son los compromisos asumidos al contratar cada uno de los servicios donde se alojan nuestros datos, es decir cuáles son las reglas establecidas en las cláusulas predisuestas establecidas en los contratos con los proveedores de internet y con la empresa que otorga el servicio de red social como Facebook¹⁷ y recordar que los contratos obligan a los sucesores.

Por otra parte hay que tener en cuenta que los contratos firmados con los proveedores son contratos de consumo que pueden en algunos casos ser declarados inconstitucionales si afectan las leyes sucesorias de orden público como lo hizo el Supremo Tribunal Alemán en el caso de los padres de una menor de edad que querían acceder al Facebook de su hija fallecida en circunstancias extrañas.

05

LA TRANSMISIÓN DE LOS BIENES DIGITALES Y DE SU SOPORTE

Estamos convencidos de que es necesario diferenciar la transmisión del hard con la del bien digital. Ya que son objetos diferentes y la titularidad de uno no implica la del otro.

Así el hecho de que uno de los herederos se apropie de la laptop donde se encuentra toda la obra artística del causante o la organización empresarial de la empresa on line, no le da derecho sin más a apropiarse de la obra en sí cuyo valor supera miles de veces el valor del libro escrito o de la empresa gerenciada.

Sostener lo contrario es tanto como no distinguir lo digital y lo analógico y darle más valor al continente que al contenido.

No obstante lo dicho reconocemos que distinguidos doctrinarios estudiosos del tema entienden que "es plausible sostener que generalmente el destino de los bienes digitales del causante correrá la misma suerte que el

17 Facebook, Inc. (pronunciación AFI: [feɪsbʊk]) (NASDAQ: FB) es una compañía estadounidense que ofrece servicios de redes sociales y medios sociales en línea con sede en Menlo Park, California. Su sitio web fue lanzado el 4 de febrero de 2004 por Mark Zuckerberg, y cuatro compañeros de Harvard.

bien soporte de almacenamiento, por lo que, los hará suyos, el sujeto receptor del bien mueble soporte"¹⁸.

En realidad los bienes digitales no pueden ser considerados muebles por accesión, así que la circunstancia de la transmisión del hard que los contiene no implica la propiedad del bien digital independiente, aunque cierto es que podría existir una apropiación pero esta indiscutiblemente sería indebida.

Además no se puede inferir que la transmisión del soporte digital permita presumir la transmisión de derechos personalísimos, porque según el art. 55 del CCyC el consentimiento para el uso de los datos no se presume y es de interpretación restrictiva.

A continuación trataremos el tema de los datos digitales contenidos en nuestras redes sociales a nuestra muerte distinguiendo las particularidades de diversas redes sociales, porque entendemos que a los fines de la planificación sucesoria es importante determinar su transmisibilidad, destino y administración.

06 **FACEBOOK**

Facebook es una de las redes sociales más conocidas y más usadas en todos los países del mundo, y contiene reglas propias, para después de la muerte, que están establecidas en cláusulas contractuales internacionalmente uniformes.

La red social Facebook permite inmortalizar los perfiles de los usuarios fallecidos, una medida que admite que los contactos de dicha persona puedan dejar mensajes y compartir recuerdos en el Facebook que tenía el fallecido, esto hace a la identidad digital y a la disposición de los derechos personalísimos que según el art. 55 del CCyC: "El consentimiento para la disposición de los derechos personalísimos es admitido si no es contrario a la ley, la moral o las buenas costumbres. Este consentimiento no se presume, es de interpretación restrictiva, y libremente revocable".

Ello implica que el causante puede dar su consentimiento para la utilización de su identidad personal para después de la muerte, inclusive para la utilización de su imagen conforme al art. 53 del CCyC.

18 Flores, Martín Andrés, "Herencia digital. Un nuevo desafío para el Derecho Sucesorio", ob. citada.

La propuesta de la posibilidad de continuar con el perfil digital para después de la muerte surgió desde la experiencia personal de un empleado de Facebook, Max Kelly. Su mejor amigo, que había ingresado a trabajar en la compañía junto a él, falleció en un accidente mientras viajaba en una bicicleta. "¿Qué podemos hacer con su perfil? Nunca antes había pensado en esto de manera tan personal. ¿Cómo se interactúa con alguien que ya no ingresa en su cuenta?", dijo desde un post en el blog oficial de la plataforma.

En esta circunstancia, Kelly propuso la opción de "inmortalizar" determinadas cuentas en Facebook. Si bien "es una situación difícil para los familiares o amigos", desde la plataforma se puso a disposición un formulario para solicitar la conmemoración de los perfiles de las personas fallecidas¹⁹.

6.A. "CUENTAS CONMEMORATIVAS" EN FACEBOOK

El contenido que la persona ha compartido (por ejemplo, fotos, publicaciones, etc.) puede permanecer en Facebook después de su muerte y estar visible en la plataforma para el público con el que se compartió. A ello se denominan "cuentas conmemorativas". Advertimos la enorme implicancia que ello tiene en tanto compromiso entre otros derechos personalísimos el derecho a la imagen y a la voz.

La posibilidad de transformar una cuenta en conmemorativa no estaba originalmente en Facebook. En el período inicial de Facebook, las cuentas de los usuarios fallecidos fueron eliminadas después de 30 días.

Esta ventana de 30 días, donde los amigos podían realizar publicaciones, era lo que Facebook originalmente denominó la conmemoración.

El cambio en la política, desde la eliminación después de 30 días de conmemoración a la conmemoración permanente (como es hoy) surgió de una campaña de estudiantes universitarios y otros que pidieron a Facebook que no eliminara los perfiles de los estudiantes muertos en los tiroteos de Virginia Tech que tuvieron lugar en abril de 2007.

En el período posterior a la calamidad, los relatos de las víctimas se habían convertido en memoriales de alto perfil, con mensajes de simpatía y apoyo publicados sobre ellos. Estos primeros ejemplos de usuarios fallecidos se relacionan principalmente con los estudiantes universitarios y las reacciones de sus compañeros de clase y amigos, o sus padres, a la muerte. Esto no es

19 Tomoyose, Guillermo, "Un memorial en Facebook", La Nación, 28 de octubre de 2009, 14:04.

sorprendente ya que, en sus primeros años, Facebook era predominantemente una red para estudiantes universitarios

Los padres de usuarios de Facebook fallecidos, por otro lado, trataron la cuestión del Facebook de sus hijos muertos desde una perspectiva diferente. En los primeros años de Facebook, los padres que tenían Facebook eran pocos y, por lo tanto, muy a menudo no mantenían un estatus de amigo de Facebook con su hijo fallecido. Como resultado, los padres buscaron el acceso al contenido de la cuenta no desde el mismo Facebook ni mediante campañas como la de los estudiantes, sino que lo intentaron desde el exterior, por vías legales. Prueba y ejemplo de ello fue la batalla legal muy publicitada entre Yahoo! y la familia Ellsworth, para acceder a la cuenta de correo electrónico de su hijo fallecido en Irak (sobre ella nos referiremos más adelante).

Todo ello dio origen a los Facebook conmemorativos y las políticas de la compañía a seguir con las cuentas después de la muerte protegiendo lo que creen que es la expectativa de sus usuarios en relación con su configuración de privacidad y opciones y extender esas opciones *post mortem*.

Las "cuentas conmemorativas" son una manera de continuar y preservar la memoria digital, son un lugar para que amigos y familiares se reúnan y compartan recuerdos de un ser querido que falleció. Las características principales de las cuentas conmemorativas son las siguientes:

- Aparecerá la expresión "en memoria de" junto al nombre de la persona en el perfil del fallecido.

- Según la configuración de privacidad de la cuenta, los amigos pueden compartir recuerdos en la biografía conmemorativa.

- El contenido que la persona ha compartido (por ejemplo, fotos, publicaciones, etc.) permanece en Facebook y está visible en la plataforma para el público con el que se compartió.

- Los perfiles conmemorativos no aparecen en espacios públicos, como las sugerencias de "Personas que tal vez conozcas", los recordatorios de cumpleaños o los anuncios.

- Nadie puede iniciar sesión en una cuenta conmemorativa.

- Las cuentas conmemorativas que no tienen un contacto de legado no se pueden cambiar.

- Las páginas con un único administrador cuya cuenta se convertirá en conmemorativa se eliminarán de Facebook si este no recibe una solicitud válida para convertir la cuenta en conmemorativa.

- Las cuentas conmemorativas pueden tener áreas de Homenaje.

- En las cuentas conmemorativas no se permite el acceso a las comunicaciones realizadas por el difunto para preservar la intimidad de terceros.

Esta última característica es la que ha dado problemas en la jurisprudencia y ha suscitado diferencias legislativas.

Fácil es advertir que el acceso a las comunicaciones de Facebook no solo importa al difunto sino también a terceros, por ello lo más importante en este punto es reflexionar sobre si el principio general ha de ser el de libre acceso a los contenidos de las comunicaciones de Facebook o si por el contrario este debe limitarse.

Sin perjuicio de abordar el tema más adelante con profundidad, al analizar las respuestas legislativas y jurisprudenciales, basta decir en este aspecto, que es obligación de los notarios en su labor de asesoramiento, al momento de realizar la planificación sucesoria, advertir sobre la necesidad de establecer disposiciones sobre los contenidos de las redes sociales a fin de evitar con posterioridad conflictos jurídicos, y que estas disposiciones pueden ser hechas siguiendo los términos contractuales con las redes sociales y también de otras maneras. También deben informar sobre las ventajas y desventajas de actuar de una u otra forma.

6.B. CONTACTOS DE LEGADO

Un "contacto de legado" es una persona a quien el titular de Facebook elige para que se encargue de su cuenta si esta se convierte en conmemorativa.

El contacto de legado es un término que no está incluido en nuestra legislación de origen romanista, pero que surge de los contratos celebrados con las redes sociales, que son contratos que fijan reglas uniformes para todo el mundo, por lo tanto no se puede esperar que tengan una correspondencia con la terminología jurídica de un país en particular, e inclusive pueden modificar su terminología, siempre que sea claro en sus alcances.

Lo importante es señalar que las "cuentas conmemorativas" para funcionar correctamente tienen que tener una persona que se encargue de administrarlas a la que se denomina en idioma español uniformemente en todos los países de habla hispana "contacto de legado", quien es designado por el *de cuius* para que pueda gestionar su cuenta de Facebook cuando

se convierta en conmemorativa, para que esa administración no la haga un algoritmo de Facebook.

El "contacto de legado" puede, entre otras cosas, aceptar solicitudes de amistad en nombre de una cuenta conmemorativa, fijar una publicación a modo de homenaje en el perfil y cambiar la foto del perfil y la foto de portada.

Si la cuenta conmemorativa tiene un área para homenajes, el "contacto de legado" puede decidir quién puede ver los homenajes y quién puede publicarlos.

6.C. PREVER LA ELIMINACIÓN DE LA CUENTA EN CASO DE FALLECIMIENTO

Toda persona puede decidir que su cuenta se elimine de forma definitiva si fallece, o también puede encargarle esta función al "contacto de legado". En nuestra legislación ello puede ser considerado válido en virtud de lo dispuesto por el art. 55 del CCyC relativo a la disposición de los derechos personalísimos.

6.D. ¿QUÉ TIPO DE "DISPOSICIÓN POST MORTEM" CONSTITUYEN "LA ELIMINACIÓN DE LAS CUENTAS LUEGO DEL FALLECIMIENTO", "LA DESIGNACIÓN DE CONTACTOS DE LEGADO" Y "LOS PERFILES CONMEMORATIVOS"?

"La eliminación de las cuentas luego del fallecimiento", "la designación de contactos de legado" y "los perfiles conmemorativos" constituyen disposiciones de los bienes *post mortem* que no se encuentran contempladas en el CCyC, y que están establecidas en Facebook en reglas uniformes para todos los países del mundo.

Estas disposiciones de bienes para después de la muerte o expresiones de voluntad para después de la muerte se logran no por intermedio de una forma testamentaria de disposición de bienes sino mediante un "click". Es cierto que *las personas pueden hacerla sin asesoramiento jurídico, pero también es cierto que el profesional de las ciencias sociales a quien se le consulte sobre la planificación sucesoria no puede ignorar que es conveniente expresar la voluntad sobre estos aspectos, tanto mediante las reglas uniformes, como mediante instrumentos au-*

tónomos o mediante testamentos notariales o mandatos post mortem que para ser tales deberán tener forma testamentaria (art. 1303 Código Civil).

En efecto si una persona no quiere que su activo digital contenido en Facebook pase a los herederos lo obtiene haciendo "click" sin requerir un testamento. Establece de esta manera un plazo de vigencia para una relación contractual.

Tiene que hacer lo siguiente:

En la parte superior derecha de Facebook, hace clic y selecciona *Configuración*. Luego hace clic en *Configuración de cuenta conmemorativa*. Después se desplaza hacia abajo, hace "clic" en *Solicitar que su cuenta se elimine cuando fallezca* y, a continuación, en *Eliminar cuando fallezca*.

Y así sin ningún testamento, logra que su voluntad se cumpla después de su muerte.

Como vemos, las formas tradicionales testamentarias no dan respuestas a los requerimientos de la sociedad de la información que se mueven por los Usos Internacionalizados del mundo digital. Pero los usos del mundo digital no pueden vulnerar las disposiciones de orden público del régimen sucesorio, como veremos a continuación.

Más allá de eso y mientras no sea objeto de regulación legal la actuación del llamado (por analogía) contacto de legado, puede colisionar y debe ceder ante los derechos de los herederos en cuanto se refiera a cualquier relación jurídica transmisible (por ejemplo, derivada de derechos de autor) de la que ellos son sus titulares²⁰.

07

JURISPRUDENCIA SOBRE ACCESO A REDES SOCIALES Y CUENTAS DIGITALES POR LOS FAMILIARES DESPUÉS DE LA MUERTE DEL USUARIO

La pretensión de acceder a las redes sociales y a las cuentas de mail de los causantes por parte de sus familiares, ha dado lugar a una jurisprudencia variada tanto en Europa como en USA.

20 Gonzales Granado, Javier, "Solo se muere una vez: ¿Herencia Digital?", en el libro *Testamento ¿Digital?*, coordinado por Oliva León, Ricardo; Valero Banceló, Sonsoles, edición especial septiembre 2016, España, p. 43.

7.A. EL TRIBUNAL SUPREMO FEDERAL DICTÓ UN LEADING CASE SOBRE EL "PATRIMONIO DIGITAL EN FACEBOOK"

Los hechos del caso eran los siguientes: una menor de 15 años murió al caer de las vías del metro en Berlín en el año 2012.

Los progenitores exigieron a Facebook acceder a la cuenta de su hija fallecida para tratar de determinar las causas de la muerte de la niña y recibieron una negativa por parte de la red social a la que le pedían recuperar los contenidos y las conversaciones de su hija.

Los padres esperaban comprender las circunstancias de su muerte, y dilucidar si se trató de un accidente o de suicidio, buscando escritos que sugirieran su intención de poner fin a su vida.

Facebook argumentó que el acceso a los datos de la adolescente podría violar el contenido privado de otros usuarios que se comunicaron con ella.

Por su parte, sus padres alegaban que el contenido en la cuenta de Facebook de su hija es legalmente idéntico a los diarios o cartas que deben ser entregados a sus seres queridos después de una muerte, como herencia.

El tribunal de primera instancia consideró que los padres tenían derecho a acceder a la página de Facebook de sus hijos fallecidos, por entender que las cuentas en redes sociales pueden heredarse.

Por su parte, la compañía liderada por Mark Zuckerberg recurrió la decisión, afirmando que "ponderar los deseos de los familiares y proteger la privacidad de terceros son algunas de las cuestiones más difíciles a las que nos enfrentamos". "Empatizamos con la familia pero, al mismo tiempo, las cuentas de Facebook se utilizan para un intercambio personal entre individuos que debemos proteger", añadió la popular red social. "Estamos respetuosamente en desacuerdo con la decisión, aunque este largo proceso muestra lo complejo del tema en discusión".

Cabe señalar que la cuenta de la joven había sido establecida como cuenta conmemorativa donde el acceso a los datos del usuario no es posible, aunque el contenido todavía existiera en los servidores de la red social.

De acuerdo a lo explicado en los párrafos anteriores en caso de fallecimiento el dueño del perfil puede haber designado un "contacto de legado", una figura que tiene un acceso limitado a esa cuenta conmemorativa y sólo para poder añadir o eliminar algún detalle público; en ningún caso tiene acceso a los contenidos privados del titular del perfil. En el caso no se había designado contacto de legado.

Dos años más tarde, el Tribunal de Apelaciones de Berlín tomó la posición contraria y se unió al argumento de Facebook sobre la privacidad, recordando que "el secreto de las telecomunicaciones está garantizado por la Ley Básica Alemana" y también se aplica a los contenidos de la cuenta de Facebook.

La Corte de Apelaciones señaló que "Las personas con las que la niña estaba en contacto también pueden reclamar la protección de esta correspondencia digital, de naturaleza privada".

Finalmente el caso llegó a la máxima instancia judicial alemana y el Tribunal Federal Supremo de Justicia de Karlsruhe (BGH) decidió que los padres podían tener acceso a la cuenta de Facebook de la hija fallecida.

Cierto es que constituye un veredicto aislado, pero resulta importante porque equipara las cartas materiales, los diarios, a las cuentas virtuales de las redes sociales.

La pionera sentencia del Tribunal Federal alemán (BGH) dictada el 12 de julio de 2018, es la primera de la más alta instancia judicial de un Estado miembro de la Unión Europea que ha dictaminado que los herederos suceden en la cuenta de una red social (Facebook) de la hija fallecida, como parte del contenido de la herencia de esta; el BGH dejó de lado lo resuelto por la cámara de apelaciones y volvió a la perspectiva sucesoria de la primera instancia, declaró transmisible la posición contractual de la fallecida y consideró que las condiciones generales que excluían esa relación de la herencia eran abusivas²¹.

Entendemos que el precedente es muy importante, por ser el primero de un tribunal superior europeo pero también creemos que como toda declaración de inconstitucionalidad tuvo en cuenta las circunstancias del caso en concreto.

7.B. EL ACCESO A LA CUENTA DE CORREO ELECTRÓNICO JUZGADO DE SUCESIONES DE OAKLAND, MICHIGAN, AUTOS: IN RE "ELLSWORTH C/ YAHOO", 2005²²

El padre de un marine que murió en Irak, John Ellsworth, peticionó a Yahoo que le entregara el contenido de la cuenta de correo de su hijo Justin Ellsworth.

21 Cámara Lapuente, Sergio, Catedrático de Derecho Civil Universidad de La Rioja, "La sucesión *mortis causa* en el patrimonio digital: una aproximación", El Notario del Siglo XXI, Revista 84.

22 Harbinja, Edina, "Legal nature of emails: A comparative perspective", 14 Duke Law & Technology Review, pp. 227-255 (2016).

Yahoo se negó a dar acceso a la cuenta fundado en los términos en los cuales el servicio fue diseñado, específicamente alegó que el servicio fue diseñado para proteger la privacidad del usuario al prohibir el acceso a terceros al fallecimiento del usuario.

Yahoo también argumentó que la Ley de Privacidad de Comunicaciones Electrónicas de los Estados Unidos de 1986 le prohibía la divulgación de las comunicaciones personales de un usuario sin una orden judicial.

La familia Ellsworth argumentó que, como eran sus herederos, debían poder acceder a toda la cuenta, incluidos los correos electrónicos enviados y recibidos, como sus últimas palabras. Yahoo, por otro lado, tenía una política de no supervivencia, ello implicaba que la cuenta de Ellsworth podría haber sido eliminada, contrariamente a los deseos de su familia.

El juez en este caso permitió a Yahoo hacer cumplir su política de privacidad y no ordenó la transferencia del nombre de usuario de la cuenta y contraseña a sus sucesores. Es decir consideró que los herederos no podían continuar con la cuenta de Yahoo. Pero ordenó a Yahoo que proporcionara a la familia un CD que contenía copias de los correos electrónicos en la cuenta.

¿Qué régimen legal podría explicar este resultado? Una interpretación es que Yahoo poseía las copias de los correos electrónicos almacenados en sus servidores, y que debían entregar una copia porque Yahoo sería el propietario de los correos electrónicos, como una representación física, pero el fallecido, como autor, sería el propietario de los derechos de autor, transferidos posteriormente a los herederos. Una segunda interpretación es considerar al difunto como el propietario de los correos electrónicos mientras estaba vivo, que luego podrían ser transmitidos a los herederos del difunto al morir. Esta interpretación es menos probable, ya que el tribunal habría considerado entonces que los derechos de los herederos son superiores a los términos y condiciones celebrados por el fallecido, ordenando el pleno acceso a la cuenta. Sin embargo, el tribunal solo ordenó a Yahoo que revelara el contenido de los correos electrónicos. Por lo tanto, se puede concluir que Yahoo se encontró por un lado que tenía la propiedad de la cuenta, y por otro que los herederos tenían derecho a acceder al contenido de los correos electrónicos.

El tribunal se abstuvo de establecer principios en relación con la propiedad, intelectual o de otro tipo, en relación al contenido del correo electrónico. En su lugar, se centró en cuestiones de privacidad.

Por desgracia, el caso dejó muchas preguntas abiertas y proporcionó poca orientación que podría aplicarse posteriormente, la solución está justi-

ficada por la época en que el fallo se dictó. Piénsese que el precedente fue resuelto en el año 2005 cuando no había un gran avance sobre la cuestión.

7.C. CORTE FEDERAL DE CALIFORNIA, AUTOS: "ANISA DAFTARY Y OTRO C/ FACEBOOK", 2012

La madre de una famosa modelo -SaharDaftary-²³ que falleció tras caer intencionalmente de la duodécima planta de su edificio en Manchester intento obtener información de la cuenta de su hija a los fines de conocer el estado mental o motivos que la llevaron a la realización de esta acción.

La madre de la modelo esperaba demostrar que Sahar Daftary, quien una vez hubiera sido ganadora del concurso de belleza Face of Asia, no se suicidó al caer del apartamento del desarrollador inmobiliario Rashid Jamil en 2008.

La policía del Reino Unido había arrestado a Jamil bajo sospecha de asesinato, pero lo liberó sin cargos. La investigación del forense informó que Jamil había violado a Daftary.

Anisa Daftary, la madre de la difunta modelo, sostenía que su hija usaba Facebook regularmente y sospecha que la cuenta de Facebook contiene evidencia crítica que muestra su estado de ánimo en los días previos a su muerte.

En este caso la Corte sostuvo que las comunicaciones almacenadas forman parte de los derechos de privacidad que protegen las comunicaciones y contenidos de las cuentas, y por lo tanto que Facebook no puede ser obligado a entregar los contenidos por medio de una acción civil²⁴.

La Corte concluyó diciendo por supuesto, nada impide que "Facebook decida proporcionar los materiales solicitados voluntariamente".

23 La solicitud se presentó en virtud de una ley federal de los Estados Unidos que permite a los litigantes extranjeros solicitar una orden judicial para obligar a la producción de documentos para su uso en procedimientos extranjeros. La familia creía que su relato contendría "pruebas críticas que demostraran el estado real de la mente en los días previos a su muerte", y tenía la intención de poner esos contenidos a disposición de la investigación del Forense en el Reino Unido.

24 McCallig Damien, "Facebook after death: an evolving policy in a social network", International Journal of Law and Information Technology, Vol. 22, N° 2 (2014), pp. 107-140.

7.D. EL ACCESO AL CONTENIDO DE LOS CORREOS DEL CAUSANTE. JURISPRUDENCIA DE MASSACHUSETTS

John Ajemian murió en 2006. A su muerte dejó una cuenta de correo electrónico de Yahoo!, Inc. (Yahoo), pero no dejó ni instrucciones para su cuenta, ni su contraseña a nadie.

Los hermanos de John, Robert y Marianne le pidieron a Yahoo el acceso a esa cuenta, primero para que pudieran informar a los amigos de John de su muerte y del pase a memorial de la cuenta, y posteriormente -al convertirse en herederos designados judicialmente-, solicitaron el acceso a la cuenta para identificar sus bienes.

Yahoo no hizo lugar a la pretensión de los hermanos Ajemian señalando que la protección a la intimidad le impedía divulgar los datos sin el consentimiento del creador de la cuenta, quien en el caso no había dejado ningún consentimiento para que a su muerte accedieran a su cuenta. Además alegó que estaba impedida de hacer lugar al acceso solicitado por lo establecido en el contrato celebrado por el causante con Yahoo²⁵.

Después de algunas negociaciones, Yahoo proporcionó a los Ajemian información sobre los contactos del causante pero no le hizo lugar a la pretensión de acceder a los correos electrónicos de John.

En septiembre de 2009, Robert y Marianne presentaron una moción en el Tribunal de Sucesiones y Familias en la que solicitaban el acceso al contenido del correo electrónico. El juez de la sucesión desestimó la demanda por motivos de procedimiento, y el Tribunal de Apelaciones también impidió el acceso de Robert y Marianne a la cuenta de Yahoo de su hermano porque entendió que de acuerdo a la ley SCA no se podía dar acceso a los contenidos del correo sin el consentimiento legal del originante o el destinatario de dicha comunicación.

Los Ajemian apelaron, y el Tribunal Supremo Judicial de Massachusetts juzgó, con un voto del juez Lenk, que el consentimiento necesario para que Yahoo divulgara los datos podía ser prestado por los representantes del causante y concluyó que la SCA no prohíbe a Yahoo divulgar el contenido de los correos electrónicos de John a Robert y Marianne.

25 Section 28 (United States version) of the Yahoo! Terms of Service No Right of Survivorship and Non-Transferability. You agree that your Yahoo! account is nontransferable and any rights to your Yahoo! ID or contents within your account terminate upon your death. Upon receipt of a copy of a death certificate, your account may be terminated and all contents therein permanently deleted.

Hay que tener en cuenta que en Estados Unidos rige la Ley de Comunicaciones Almacenadas (SCA), pero ella no regula específicamente los casos sucesorios, ni fue pensada para darles respuestas.

La SCA prohíbe a las empresas de comunicaciones electrónicas divulgar las comunicaciones de una persona a terceros sin su "consentimiento legal".

Lo que la Corte de Massachusetts hizo fue interpretar que los sucesores del causante podían dar el consentimiento legal requerido por la ley para acceder al contenido de las comunicaciones almacenadas en los servidores.

En nuestro derecho podríamos decir que en calidad de continuadores de las relaciones jurídicas del causante los sucesores pueden acceder al contenido de sus correos electrónicos. Asumir esta posición implica considerar a las cuentas de correos como bienes transmisibles a los herederos y no como derechos personalísimos y desprotege el derecho a la intimidad que el causante creía asegurado, con las normas de privacidad asumidas contractualmente.

Cabe señalar que desde el 2015, la mayoría de los Estados de USA han promulgado leyes específicas que regulan el acceso de los herederos a los activos digitales, similares a los establecidos por la ley uniforme RUFADA que explicaremos más adelante. Ley a la que el Estado de Massachusetts no había adherido al momento de la sentencia dictada en el caso Ajemian.

La resolución tiene mucha trascendencia porque en USA la mayoría de los estadounidenses usan internet regularmente, y la mayor parte de ellos no han expresado su voluntad sobre qué hacer con sus cuentas de correo para después de su muerte.

Sobre el tema no se controvierte que un difunto que deja una voluntad autorizando a sus representantes personales a acceder al contenido de sus correos electrónicos proporciona consentimiento legal para conocer el contenido de sus mails.

Por lo tanto, la pregunta difícil es cómo responder cuando un difunto no deja tal voluntad. En Massachusetts la Corte ha dado respuesta al problema, al menos hasta que el Estado adhiera a una ley que dé una solución diferente como lo es RUFADAA.

A diferencia de lo resuelto en el precedente, RUFADAA requiere el consentimiento explícito del difunto para que los herederos accedan al contenido

do de sus comunicaciones después de su muerte.

Específicamente, RUFADAA requiere que el heredero proporcione una "disposición registrada que acredite el consentimiento del usuario a la divulgación" para obtener dicho acceso, por lo que la no divulgación es la regla por defecto si el difunto no expresó ninguna preferencia.

08. TWITTER

En caso de que un usuario de Twitter fallezca, no está prevista la existencia de cuentas conmemorativas.

Las cláusulas generales de contratación prevén que una persona autorizada o un familiar directo comprobado del fallecido pueden desactivar su cuenta.

En principio en ningún caso Twitter proporciona acceso a la cuenta a otra persona, independientemente de su relación con el fallecido.

En definitiva Twitter permite que una persona autorizada borre la cuenta y los tweets.

09. INSTAGRAM²⁶

El uso de Instagram guarda similitud con Facebook.

9.A. CUENTA CONMEMORATIVA

Cuando fallece un usuario de Instagram, la compañía convierte su cuenta en conmemorativa para proteger su privacidad.

Para convertir la cuenta en conmemorativa Instagram solicita una certificación del fallecimiento. A continuación, indicamos algunas de las características principales de las cuentas conmemorativas:

26 <https://help.instagram.com/231764660354188?helpref=search&sr=1&query=cuenta%20conmemorativa>. Consultado el 2 de setiembre de 2019.

- Instagram no permite que nadie inicie sesión en una cuenta conmemorativa.

- El perfil de las cuentas conmemorativas no parece diferente al de las cuentas que no lo son.

- Las publicaciones que haya compartido el usuario (fotos y videos incluidos) permanecerán en Instagram y la audiencia con la que se compartieron podrá verlas.

- Las cuentas conmemorativas no aparecen en espacios públicos, como la sección *Explorar* de los usuarios.

Una vez que se convierta en conmemorativa, nadie podrá realizar cambios en las publicaciones ni en la información de la cuenta. Estos son algunos ejemplos:

- Fotos o videos que ha añadido la persona a su perfil.

- Comentarios en publicaciones que ha compartido la persona en su perfil.

- La configuración de la privacidad de su perfil.

- La foto del perfil, los seguidores o las personas a las que sigue actualmente.

9.B. ELIMINACIÓN DE UNA CUENTA DE INSTAGRAM

Los familiares directos que acrediten un vínculo pueden solicitar que se retire de Instagram la cuenta de un ser querido. Para hacerlo Instagram exige un documento que acredite que es familiar directo del fallecido, por ejemplo:

- La partida de nacimiento del fallecido.

- El certificado de defunción del fallecido.

- Una prueba, según la legislación local, de que el peticionante es el representante legal del fallecido o su heredero.

10. PAYPAL

PayPal Holdings, Inc. es una empresa estadounidense que opera en casi todo el mundo con un sistema de pagos en línea que soporta transferencias de

dinero entre usuarios y sirve como una alternativa electrónica a los métodos de pago tradicionales como cheques y giros postales.

PayPal es una de las mayores compañías de pago por internet del mundo. La compañía opera como un procesador de pagos para vendedores en línea, sitios de subastas y otros usuarios comerciales en línea e incluso comercios físicos, por lo que cobra un porcentaje de comisión y tarifa.

Paypal sirve entre otras cosas para:

Pagar las compras realizadas por internet²⁷.

Cobrar las ventas realizadas por internet.

Enviar y recibir dinero entre familiares, amigos o particulares.

En caso de muerte del titular de Paypal, cuando quedasen fondos en la cuenta cualquier persona que conoce el correo electrónico y la contraseña asociada con el fallecido:

1- Puede iniciar sesión en la cuenta del fallecido y retirar todos los fondos golpeando el botón "retirar".

2- Luego puede ir "Mi configuración", seleccione "Tipo de cuenta" y luego "Cerrar cuenta" y continuar.

Si el interesado en la cuenta del fallecido no tiene las claves de correo electrónico y la contraseña necesarios²⁸:

1- Si existe un testamento, es necesario enviar una copia del testamento.

2- Si no hay testamento, hay que petitionar a Paypal, con la declaratoria de herederos y el certificado de defunción.

3- Un cheque será emitido en nombre de la cuenta del titular si hay fondos en la cuenta.

Advertimos que es muy fácil no cumplir con los trámites sucesorios si conocemos las contraseñas de Paypal y consideramos que de lo contrario habrá que acreditar la voluntad testamentaria o la condición de heredero, en este

27 Ventajas para compradores que usan Paypal. Servicio gratuito, sin comisiones ni cuotas. Solo necesitan introducir su dirección de correo electrónico y una contraseña para realizar los pagos. No tendrán que introducir los datos de su tarjeta en cada compra. Los datos financieros no se comparten con el vendedor. Opción de elegir como pagar: tarjeta, cuenta bancaria o saldo de Paypal. Compras protegidas hasta 1000 EUR por la Política de Protección.

28 <https://www.paypal.com/us/smarthelp/article/How-do-I-close-the-PayPal-account-of-a-relative-FAQ1694>.

tema a diferencia de lo que ocurre en el acceso a los datos en redes sociales, con relación a Paypal no están en juego los derechos personalísimos ni los derechos intelectuales.

11. **BITCOINS**

Está fuera de toda duda que, como la herencia comprende todos los bienes, derechos y obligaciones de una persona que no se extinguen por su muerte, las monedas virtuales, en cualquiera de sus formas, forman parte del patrimonio hereditario de sus titulares.

Por tanto, hay que partir de la transmisibilidad de esos derechos conforme a las reglas sucesorias generales, pero, como en todo lo tocante al mundo digital, adecuándolos a las peculiaridades propias del objeto transmitido: su carácter y almacenamiento electrónico, y la existencia de claves privadas²⁹.

Por otra parte hay que tener en cuenta que la situación de los bitcoins es muy compleja, porque las carteras de bitcoins no son cuentas bancarias, y el problema es que una de las ventajas que puede proporcionar esta criptom moneda es el anonimato sobre el propietario de esas carteras.

Si el fallecido no deja instrucciones sobre esos bienes digitales (y en especial sobre cómo acceder a esas potenciales carteras bitcoins para gestionar esas inversiones) sus herederos podrían encontrarse con una barrera imposible de superar.

Los bitcoins, cualquiera que sea su cuantía, no son bienes que puedan ser conocidos, notorios, comunes y de fácil acceso al heredero. La cuestión es importante, ya que puede ocurrir que en algún momento la parte de dinero o medios de pago virtuales que formen parte de la herencia sean cuantiosos, y haya que valorar, computar, declarar y tributar por ella conforme a las reglas generales.

Por supuesto, si su titular quiere evitar ese peligro no tiene más que hacer constar en testamento la existencia de esos derechos patrimoniales. El testamento por escritura pública, además de secreto, permite un adecuado asesora-

29 31 de julio de 2014. "Herencias con Bitcoin: un caso de ¿futuro?" <http://www.notariallopis.es/blog/i/121/73/herencias-con-bitcoin-un-caso-de-futuro>.

miento y el desarrollo de la autonomía de la voluntad a un bajo costo.

Ahora bien, el contenido testamentario ya queda al arbitrio del testador, como ocurre con tantas otras cosas de especial valor (joyas, contenido de cajas de seguridad, etc.): cabe hacer legados o establecer condiciones, facilitar la localización de los derechos, determinar quién tiene derecho a canjear, utilizar o convertir en metálico los mismos, etc.

No es necesario, e incluso puede no ser conveniente, que el propio testamento detalle cuantía (al igual que no se suele detallar en testamento la cuantía de las cuentas bancarias), valor (por su variabilidad) o las claves.

La comunicación de las claves de acceso, resulta fundamental en relación con los bitcoins.

Una de las cuestiones problemáticas es que las claves de acceso son privadas, por lo que no es conveniente revelarlas ni de palabra ni por instrumento privado. Resulta más seguro hacerlo a través de un escribano y de un testamento por acto público, porque brinda más seguridad e impide apropiaciones indebidas.

Por otra parte tampoco es recomendable para transmitir las claves dividir las entre varias personas, ni recurrir al entrecruzamiento de datos.

De hecho, incluso el testamento notarial, gozando de la protección del protocolo, puede ser insuficiente según los casos concretos, al ser accesible a todo heredero con derecho a copia, por lo que podría ser interesante, como ocurre para archivos digitales o para claves de acceso a redes sociales o correo electrónico, referirnos a otra escritura pública cuyo acceso sí sea reservado en la que se consignen los datos privados que dan acceso al monedero virtual. Esa otra escritura es un acta de manifestaciones, de protocolización o incluso de depósito notarial³⁰.

12. NOMBRES DE DOMINIO

Los nombres de dominio son "una dirección de internet expresada con palabras, secuencias de letras o números de manera simple para facilitar al

30 Llopis Benlloch, José Carmelo, "Con la muerte digital no se juega: el testamento online no existe", en *Testamento ¿Digital?*, ob. cit., p. 45.

usuario la asociación de dicha dirección con el nombre, la marca o un concepto correspondiente a una persona, empresa u organismo".

"Los nombres de dominio vienen a ser direcciones de internet fáciles de recordar y suelen utilizarse para identificar sitios web. Por ejemplo, el nombre de dominio *ompi.int* se utiliza para ubicar el sitio web de la OMPI en *http://www.ompi.int* o el Centro de Arbitraje y Mediación de la OMPI en *http://arbiter.wipo.int*. Los nombres de dominio constituyen también la base de otros métodos o aplicaciones en internet, como la transferencia de ficheros y las direcciones de correo electrónico, por ejemplo, la dirección *arbiter.mail@wipo.int* se deriva también del nombre de dominio *wipo.int*".

Las características y funciones principales de los nombres de dominio son:

Único e irreplicable: el nombre de dominio es único porque nunca puede existir un nombre idéntico con igual denominación o extensión³¹.

Motor de búsqueda: la función del nombre de dominio es que a través de él se accede a un sitio *www*, o un usuario.

Por sistema de nombres de dominio se entiende la forma en que los nombres de dominio se ubican y se traducen en direcciones de protocolo de internet y viceversa. Los nombres de dominio como *gracielamedina.com* constituyen un nombre exclusivo correspondiente a una dirección de protocolo de internet (un número), que viene a ser un punto físico real en internet.

En general antes de solicitar la reserva de un dominio en la red se debe registrar el nombre en la oficina del país donde se va a actuar.

Al registrar el nombre de dominio en Argentina se le agrega el sufijo *ar* o el sufijo genérico antes descripto, es decir, *com*, *gov*, etc., por ejemplo "*cocacola.com*".

La *Internet Corporation for Assigned Names and Numbers* es el organismo responsable de la coordinación general y la administración del sistema de nombres de dominios. Esta entidad depende de la OMPI.

En nuestro país los nombres de dominio se registran en el Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto, quien a través de la es-

31 Su unicidad es una de las diferencias esenciales con las marcas que no son únicas. Bardeles Mendoza, Enrique, "La distintividad como objeto de derecho" en "Derecho Informático y Comercio Electrónico", I Congreso Nacional de Derecho Informático y Comercio Electrónico, Editado por Universidad Garcilaso de la Vega, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Lima, Perú, 2002, p. 303.

estructura conocida como NIC-Argentina o Centro de Información, presta los servicios de registración en internet de los "Nombres de Dominio de Nivel Superior Argentina" que tienen la terminación "ar", que permiten categorizar la estructura de la red, posibilitando así la prestación de servicios de internet, identificando dominios en internet con la República Argentina. Para mayor claridad, cabe señalar que:

a. NIC-Argentina es la sigla que, siguiendo las prácticas internacionales en la materia, identifica al Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto en su carácter de administrador del dominio Argentina de internet.

b. NIC-Argentina efectúa el registro de los nombres de dominio solicitados de acuerdo con las reglas, procedimientos, instrucciones y glosario terminológico vigentes.

El art. 23 de la resolución 110/2016 (Reglamento para la Administración de Dominios de Internet en Argentina. Aprobación) dice: "En caso de muerte del titular de un nombre de dominio, NIC Argentina admitirá, por única vez, la renovación del registro a nombre del causante solicitada por un tercero que acredite vinculación con el titular fallecido. Asimismo, cualquier persona que acredite fehacientemente su condición de causahabiente podrá solicitar a NIC Argentina la transferencia a su nombre, asumiendo la exclusiva responsabilidad por los daños y perjuicios y/o afectación de cualquier derecho que la misma pudiera ocasionar".

Advertimos que NIC Argentina no solicita que la acreditación del carácter de heredero sea por declaratoria de herederos, pero aplicando las reglas generales del CCyC, tratándose de un bien registral, por aplicación del art. 2337 su investidura debe ser reconocida por la declaratoria de herederos.

Es cierto que la resolución 116/2016 es posterior al CCyC y que podría pensarse que por ser posterior deroga la ley anterior, pero una resolución no puede dejar sin efecto una ley. De allí que pensamos que tratándose de un registro se requiere la declaratoria de herederos.

La necesidad de recurrir a la declaratoria de herederos para acreditar la condición de sucesor a los fines de la transferencia *mortis causa* del nombre de dominio, no condice con la celeridad de internet, sobre todo en nuestro país donde el proceso sucesorio es solo judicial, lo que impide contar con un trámite ágil y eficiente como el derivado de la sucesión notarial.

13. **CORREO ELECTRÓNICO. CUENTAS DE MAIL**

El correo electrónico es un tema muy sensible. Por una parte puede haber datos en el correo electrónico del causante que sean necesarios para el ejercicio de derechos frente a terceros, así como documentos importantes y archivos digitales enviados o recibidos por el causante.

Por otra parte, la protección de datos y el secreto de las comunicaciones impedirían facilitar el acceso a esa información, pues se puede tener acceso a información de terceros que se reveló al causante pero no a sus herederos.

Resulta conveniente planificar qué ocurrirá con la cuenta de correo en caso de fallecimiento, o en el caso de que una persona quede discapacitada.

Si la cuenta es de Google y se trata de Gmail, este sistema permite que el usuario capaz decida cuándo va a considerarse inactiva la cuenta para estimar que la persona ha fallecido o es incapaz, y qué debería hacer con sus datos.

El titular del correo electrónico puede decidir qué compartir y con quién o pedir que se eliminen. Todo ello se realiza desde el "*administrador de cuentas inactivas*".

Acerca del administrador de cuentas inactivas

El administrador de cuentas inactivas permite a los usuarios compartir parte de los datos de su cuenta o enviar una notificación para advertir a alguien que su cuenta ha estado inactiva durante un periodo determinado, lo que permite presumir la muerte de una persona o su incapacidad.

- ¿Qué sucede cuando se elimina la cuenta de Google?

Si se elimina la cuenta de Google, se verán afectados todos los productos que el usuario asociados (por ejemplo, Blogger, AdSense o Gmail), aunque de forma distinta. Tampoco se podrá acceder a la cuenta de correo electrónico. Tampoco se podrá volver a utilizar su nombre de usuario de Gmail.

- ¿Qué pueden hacer los contactos designados con el mail de la persona fallecida?

Los contactos solo recibirán una notificación si se ha detectado que la cuenta ha estado inactiva durante cierto tiempo; no recibirán ninguna notificación durante la configuración.

Luego durante tres meses podrán acceder a los contactos autorizados

Aplicación Home

Arts & Culture

Calendar

Chrome

Compras y reservas

Comunidades de Ayuda de Google

Contactos

Correo

Crisis User Reports. Datos compartidos para la investigación

El usuario puede decidir cómo se comunicará su muerte

Se puede programar la cuenta para que los contactos se enteren de la inactividad de la cuenta. Si solo quieres notificar a los contactos que la cuenta está inactiva, estos recibirán un mensaje de correo electrónico con la línea del asunto y el contenido que el causante escribió durante la configuración.

Por supuesto, si nadie comunica a la empresa prestadora del servicio de correo electrónico el fallecimiento del titular, y continúa accediendo con sus claves, lo hará bajo su responsabilidad. Por ejemplo, estaría vetado a los herederos, alegando su carácter de tal, y podría constituir incluso ilícito penal utilizar el correo electrónico del fallecido para el envío o solicitud de información haciéndose pasar por el causante.

Lo que además de ser permisible es incluso recomendable, es que los herederos, haciendo constar su carácter de tal, comuniquen el fallecimiento de la persona, sus datos de contacto, y la decisión de dar de baja la cuenta de correo electrónico.

Esto sería una función que podrían desempeñar los herederos pero que perfectamente podría encomendarse en testamento notarial a un albacea digital, una especie de *community manager post mortem* que estaría encargado de dar a las relaciones digitales del causante el final deseado por éste y manifestado en testamento.

La cuestión más difícil de determinar es qué ocurre con la cuenta de mail cuando no hay previsiones contractuales.

Para dar respuesta a este interrogante hay que determinar cuál es la naturaleza jurídica de la cuenta de mail. La primera respuesta posible sería con-

siderarlas como bienes y aplicarles el derecho de propiedad, en cuyo caso los herederos podrían heredar el correo electrónico y continuarlo, al igual que se hereda una casa o un auto.

La segunda respuesta es que se trata de derechos intelectuales y que por ende tienen protección sucesoria por un limitado número de años, y la tercera respuesta es que se trata de un aspecto de los derechos de la personalidad que no se transmite sin más a los herederos y exige una protección especial.

Consideramos que el contenido de los correos electrónicos no puede ser considerado desde la óptica del derecho de propiedad porque si así lo hiciéramos nos encontraríamos con que sería difícil decir quién es el creador o lo es el destinatario, si la propiedad fuera del creador este después de enviado el correo podría pedir su eliminación cuestión que es imposible si lo fuera el destinatario él se podría apropiarse de la imagen de otro o de la voz lo que tampoco es posible. Por otra parte si el propietario fuera el destinatario este tendría derecho a solicitar la supresión. Además de ese "resultado extraño", surgirían más complicaciones si el correo electrónico se reenviara a muchos destinatarios, que a su vez podrían reenviarlo a más destinatarios. Allí, "la cuestión de quién tenía el título en su contenido en cualquier momento se confundiría irremediablemente". Todo esto nos convence de que el mail no puede juzgarse como una cosa, máxime cuando puede tener fotos personales o contener mensajes de voz.

Entendemos que en principio debe ser protegido porque su contenido incluye datos personales y cuando en su contenido tenga información patrimonial será transmisible a los herederos.

Sobre la base de la ley vigente en Argentina relativa a derechos de autor y propiedad, la naturaleza jurídica del correo electrónico no parece clara. En principio el contenido del correo electrónico no es propiedad de sus usuarios. Sin embargo, está protegido por derechos de autor, el derecho de daños por el uso indebido de información confidencial, la doctrina del secreto comercial, la protección de datos personales y los derechos de publicidad. Por lo tanto, existe un conflicto entre la ley y el mercado, en forma de proveedores de servicios en su respectivo tratamiento del correo electrónico. Esta protección se da tanto en vida como después de la muerte.

Ello así no podemos decir que a la muerte el correo electrónico sin más se transmite a sus herederos, pero sí podemos afirmar que los derechos intelectuales contenidos en los correos electrónicos sí se traspasan a los herederos o los derechos patrimoniales, y que el contenido del correo electrónico está protegido para que los terceros no hagan un uso indebido de la información.

De lo expuesto concluimos que lo más eficaz es que se realicen especificaciones sobre el destino de la cuenta de mail, ya que si ello no ocurre, para acceder al mail deberá probar que es necesario a los fines de la construcción del activo patrimonial.

14. **LOS SEO**

Los SEO o *Search Engine Optimization* son formas de posicionarse en los buscadores, para optimizar los motores de búsqueda, en definitiva es un conjunto de acciones orientadas a mejorar el posicionamiento de un sitio web en la lista de resultados de Google, Bing u otros buscadores de internet.

La pregunta que nos preocupa es qué pasa a la muerte con los servicios SEO contratados por el causante para posicionar su profesión.

¿Qué ocurre cuando el fallecido era un profesional que encargó trabajos de posicionamiento en buscadores (SEO) para relanzar su web, su negocio, su imagen profesional o su reputación online?

Por ejemplo un arquitecto que recién inicia su "estudio de diseño-muebles" y quiere posicionarse en el mercado del diseño de muebles. Tiene una pequeña web en internet para promocionar su estudio y desea que aparezca en las primeras posiciones de Google cuando cualquier persona busque "diseño muebles". Para conseguirlo, contrata los servicios profesionales de un experto SEO.

El experto realiza el servicio durante 9 meses, donde parte del trabajo consiste en crear enlaces de calidad en sitios web de terceros. Además del enlace hacia la web del arquitecto, aparece un pequeño párrafo donde se lee el nombre del arquitecto, y otra información sobre sus muebles. Imaginemos que hay cientos de enlaces similares en otros cientos de sitios web y que el experto ha llevado a la primera posición de Google la web del estudio de muebles.

En el supuesto de que el arquitecto muera y que sus herederos cierren el estudio, sus cuentas de mail y redes sociales de todas formas va a quedar todos los sitios indexados.

En este caso el experto en posicionamiento debería tener un listado con todos los enlaces creados a cada cliente para *deshacer lo creado*.

15. **CONCLUSIONES SOBRE LAS DISPOSICIONES CONTRACTUALES DIGITALES PARA DESPUÉS DE NUESTRA MUERTE**

En principio son válidos los mecanismos contractuales previstos por las diversas redes sociales y servicios de internet tanto para la cancelación de cuentas de forma automática una vez que se acredite la defunción del titular, como para la gestión posterior a la muerte. Siempre y cuando no se vulneren los principios sucesorios previstos por las normas de orden público que rigen el derecho sucesorio.

La cancelación automática a la muerte se trata de una forma pactada (siquiera sea vía adhesión) de finalización de la relación jurídica³², y las disposiciones para después de la muerte que determinan quién gestionará las cuentas constituyen una manifestación de voluntad plasmada en instrumento privado.

Hay que tener en cuenta que las normas establecidas en los contratos con cláusulas predispuestas como los que contiene Facebook, pueden dar lugar a conflictos con los herederos, por ello es conveniente que las personas realicen disposiciones de última voluntad conforme a las formas testamentarias establecidas en el país "para disponer sobre cuentas de correo electrónico, perfiles y contenidos en redes sociales (Facebook, Tuenti, Twitter y demás), espacios de alojamiento o repositorios como Dropbox y, en general, otros que señalen, de modo que se transmite la gestión y titularidad de los mismos, así como los derechos sobre los propios contenidos (textos, imágenes, programación, bases de datos...) que incluyan o estén vinculados a los mismos".

En la doctrina española se aconseja otorgar un testamento con el contenido general y otro para las disposiciones específicas para el legado digital, porque si se incorporan en una única, se comprometen las claves de acceso incluidas, pues "el testamento se debe abrir y leer en presencia de todos los herederos, que además tienen derecho a copia del mismo, por lo

32 Gonzales Granado, Javier, "Solo se muere una vez: ¿Herencia Digital?", en el libro *Testamento ¿Digital?*, coordinado por Oliva León, Ricardo - Valero Banceló, Sonsoles, edición especial setiembre 2016, España, p. 43.

que al hacerlo en documento aparte para el único beneficiario se preserva que solo éste, y no todos, tengan acceso a las mencionadas claves"³³.

16.

EMPRESAS QUE GESTIONAN NUESTROS DATOS A NUESTRA MUERTE

Ante la falta de regulación legislativa hay empresas que regulan la herencia digital a nuestra muerte. Empresas como la norteamericana LegacyLocker y la española Tellmebye.

Tellmebye es una herramienta web pensada para aquellas personas que quieren dejar planificada la herencia de todo su legado digital y facilitar así la entrega de documentos, claves, acceso a cuenta, mensajes, recuerdos o contenidos a otras personas.

Esta empresa mediante el pago de 30 euros permite establecer las últimas voluntades y facilitar información que ayude a los herederos con ciertos trámites tras tu fallecimiento, entregando si lo deseas, información sobre tus seguros y coberturas, copia del testamento en PDF, qué hacer con tu cuerpo, personas a las que avisar, voluntades anticipadas y mucho más.

Usa programas de encriptación que le dan máxima seguridad. La web está alojada en una de las empresas más importantes de hosting de España que cuenta con todas las herramientas de última generación.

Tellmebye conoce el fallecimiento cuando es avisada por alguna de las personas de confianza identificadas en la cuenta.

Una vez notificada del fallecimiento, Tellmebye notifica el fallecimiento a sus contactos por correo electrónico y notificación en color negro dentro del panel. Luego libera toda la información tal y como el usuario lo dejó programado pasadas 48 horas como margen de un posible error. Además entrega un listín telefónico a las personas de confianza del fallecido con las personas a las que avisar.

Entrega las últimas voluntades del fallecido a las personas de confianza de forma automática. Esta parte, es la única que se realiza sin esperas.

33 Penafreta, Javier, <http://www.jprenafeta.com/2014/02/24/legado-digital-ante-notario/>, consultado el 2 de setiembre de 2019.

En caso de establecer alguna voluntad de forma pública, esta será visible por todos de forma inmediata.

Moverá al fallecido de tus contactos y lo pondrá en tu zona de herencias.

Las designadas personas de confianza, podrán enviar mensajes a todos los contactos del fallecido.

Tellmebye guarda la información de cada usuario hasta que este fallezca y una vez entregado todo su legado, la cuenta permanecerá activa durante un año; tiempo en el que cada heredero habrá tenido tiempo suficiente para realizar copia de seguridad de sus herencias digitales.

El gran problema que se advierte con estas empresas es que el usuario no podrá tener certeza en vida de que el día de su fallecimiento tales empresas seguirán todavía existiendo (teóricamente es posible que quiebren, se liquiden, se fusionen, se escindan, cambien de objeto social, etc.)³⁴.

Webs como Eternime crean bots y ofrecen "vivir para siempre como un avatar digital" para conseguir no ser olvidado, posibilitando que las personas del futuro puedan interactuar con los recuerdos e historias de las fallecidas como si hablaran con ellas³⁵.

Eternime es un proyecto que estudia las reacciones y comentarios en redes sociales y aplicaciones de mensajería de todos sus usuarios, logrando crear un avatar digital que se hará pasar por ellos una vez que estén muertos. De esta forma, aunque sea de forma artificial, sus seres queridos crearán que siguen entre ellos. "Sería algo así como dejar un legado digital que permita a tus tataranietos interactuar con su tatarabuelo"³⁶.

34 Oliva León, Ricardo, "Derecho e identidad digital *post mortem*", en *Testamento ¿Digital?*, ob. cit., p. 76 y sigs.

35 Hay datos que desvelan que sus servicios ya han sido contratados por más de 40.000 personas. Vid. Victoria S. Nadal y Olivia L. Bueno, "Relaciones humanas. Cuando mueras podrán seguir hablando contigo a través de internet", https://retina.elpais.com/retina/2018/02/12/innovacion/1518432893_881532.html.

36 <https://www.softonic.com/articulos/eternime-web-inmortal-soc>.

17. ASEGURADORAS

Algunas aseguradoras han empezado a incluir coberturas de borrado digital en sus pólizas de hogar o decesos.

18. DERECHO COMPARADO

18.A. ESTADOS UNIDOS

En USA la *Uniform Law Commission* publicó una ley modelo en 2014, que fue modificada en 2015 con el nombre de *Revised Uniform Fiduciary Access to Digital Assets Act* (RUFADAA: "Ley Uniforme Revisada de Acceso Fiduciario a Bienes/Activos Digitales"), que está en vigor en prácticamente todos los estados norteamericanos (en 42, en concreto, y en 2 más en curso de aprobación en 2019). Estas normas permiten al así llamado "fiduciario" del causante gestionar bienes digitales como archivos informáticos, nombres de dominio, dinero virtual, etc., pero restringen su acceso a comunicaciones electrónicas como correos electrónicos, mensajes de texto y cuentas en redes sociales, salvo que el usuario original le hubiese autorizado en un testamento, trust, poder u otro archivo (en cuyo caso solo podrán acceder a la lista de mensajes enviados y recibidos, el llamado "catálogo de las comunicaciones", que incluye el correo del interlocutor, pero no el contenido de los correos).

RUFADAA otorga a los fiduciarios ciertos poderes para administrar activos digitales, pero también intenta brindar algunas protecciones de privacidad para los "propietarios" de los activos digitales, así como protecciones legales para los "custodios" (las empresas que fabrican, almacenan o proporcionan activos digitales).

Equilibrar los intereses del fiduciario, el propietario y el custodio fue un desafío, y se necesitaron muchos intentos para redactar una ley que satisficiera mínimamente a todas las partes.

El problema con los activos digitales en la planificación patrimonial

Con la planificación tradicional del patrimonio, la persona toma medidas

para garantizar que su albacea o representante personal pueda acceder a la información necesaria para reunir y salvaguardar sus activos, contactar a los acreedores y, si es necesario, supervisar su negocio después de su fallecimiento. Sin embargo, esto puede ser especialmente desafiante con los activos digitales si no organiza la autorización adecuada con anticipación.

Su ejecutor debería poder acceder a la información en el disco duro de su computadora con relativa facilidad con la ayuda de un técnico. Pero este puede no ser el caso de las cuentas en línea y los datos almacenados de forma remota. Incluso si le da sus nombres de usuario y contraseñas a su albacea o un miembro de su familia, él o ella pueden enfrentarse a limitaciones del acuerdo de servicio que le niegan la capacidad de acceder, administrar, distribuir, copiar, eliminar o incluso cerrar cuentas. Además, las leyes de "uso no autorizado" pueden generar problemas legales para sus representantes si se considera que han excedido los niveles de acceso permitido.

18.B. UFADAA. EL PRIMER INTENTO

La Ley original de Acceso Fiduciario Uniforme al Acceso Digital (UFADAA) se completó en 2014. Los redactores de la UFADAA pensaron que la mejor manera de proporcionar a los ejecutores y agentes acceso a los activos digitales de un difunto o director era imitar el acceso que tendrían a la propiedad tradicional. En otras palabras, querían tratar los activos digitales como activos tradicionales: los propietarios podían decidir qué les sucedería y los fiduciarios podían controlarlos cuando el propietario fallecía o quedaba incapacitado.

Bajo UFADAA, después de que una persona fuera nombrada ejecutora (llamada representante personal en muchos estados), él o ella tendrían el mismo derecho a acceder a las cuentas de la persona fallecida que esta tuvo durante su vida. Y si el ejecutor no hubiera necesitado información de inicio de sesión o contraseña, podría pedirle acceso a la empresa y la empresa tendría que cumplir. Idealmente, este enfoque habría brindado a los herederos el acceso que necesitaban para lograr la transferencia del patrimonio, pero también le habría dado posibilidad a acceder a fotos, acceder a correos electrónicos, eliminar o modificar cuentas de redes sociales, pagar facturas finales a través del sistema de pago de facturas y cancelar suscripciones.

Esta versión de la ley se encontró con una fuerte oposición de las empresas de tecnología, así como de los grupos de defensa de la privacidad, como la ACLU. Argumentaron que proporcionar a los ejecutores la autori-

dad para acceder a todos los activos digitales de una persona fallecida:

- invadía la privacidad de la persona fallecida de formas que no hubieran imaginado o deseado,

- plantea inquietudes de responsabilidad para las empresas que prometieron mantener las cuentas seguras y secretas,

- infringe la privacidad de terceros cuyas comunicaciones o información puedan estar expuestas al albacea o/y a los herederos,

- categoriza erróneamente en forma similar la propiedad analógica que la propiedad digital, que es sustancialmente diferente a los activos tradicionales,

- crea conflictos con las disposiciones de privacidad de la ley federal.

Las compañías de tecnología argumentaron que los elementos de UFADAA eran contrarios a las leyes federales de privacidad y las leyes estatales y federales de fraude informático, lo que obligaría a las compañías a violar una ley mientras cumplían con otra.

También argumentaron en contra de que UFADAA sobrescribiera los términos de los acuerdos de servicio³⁷ (TOSA) que sus clientes aceptan al abrir nuevas cuentas de activos digitales. La mayoría de los TOSA hacen que los activos digitales no sean transferibles y establecen fuertes restricciones sobre quién puede acceder a las cuentas. UFADAA habría dado a los fiduciarios y herederos acceso general a los registros del difunto o del director, incluso si contradecían la TOSA.

Además, el enfoque de UFADAA de tratar los activos digitales como activos tradicionales planteó preocupaciones sobre la privacidad personal.

Los grupos de defensa de la privacidad cuestionaron si las personas tenían las mismas expectativas de privacidad para sus activos digitales que para sus activos tradicionales. Por ejemplo, es posible que comprenda que su ejecutor podrá acceder a todas las fotos y cartas en los cajones de su escritorio. Pero, ¿espera (y desea) que su ejecutor pueda acceder a todos

37 Un acuerdo de nivel de servicio (siglas ANS), también conocidas por las siglas SLA (del inglés *service level agreement*), es un acuerdo escrito entre un proveedor de servicio y su cliente con objeto de fijar el nivel acordado para la calidad de dicho servicio. El ANS es una herramienta que ayuda a ambas partes a llegar a un consenso en términos del nivel de calidad del servicio, en aspectos tales como tiempo de respuesta, disponibilidad horaria, documentación disponible, personal asignado al servicio, etc.

los correos electrónicos que haya escrito o a todas las fotos que almacene en línea?

En 2015, los legisladores estatales propusieron la UFADAA en más de la mitad de los estados de EEUU, pero bajo la presión y las preocupaciones de la oposición, solo un Estado promulgó una versión de la ley (Delaware). El ULC volvió a la mesa de estudio y revisión.

18.C. UFADAA REVISADO (RUFADAA)

Dado el fracaso de UFADA se dictó RUFADAA que es la versión revisada de la primera. La ley revisada reduce en gran medida la autoridad de los herederos y albaceas para acceder a los activos digitales. Estos son algunos de los cambios clave:

- Un albacea o heredero ya no tiene autoridad sobre el contenido de las comunicaciones electrónicas (correo electrónico privado, tweets, chats), a menos que la persona fallecida haya dado su consentimiento explícito para su divulgación.

- Un albacea o heredero puede tener acceso a otros tipos de activos digitales, pero ahora debe solicitar al tribunal y explicar por qué se necesita el activo para determinar el patrimonio.

- Si un heredero o fiduciario no tiene permiso explícito a través de un testamento, fideicomiso o poder notarial para acceder a los archivos, los servidores pueden regirse por los acuerdos de términos de servicio para determinar si se debe cumplir con las solicitudes de acceso a la cuenta de una persona fallecida.

- Los herederos o custodios designados pueden: solicitar órdenes judiciales; de acceso solo a los activos que sean "razonablemente necesarios" para liquidar el patrimonio, cobrar tarifas para cumplir con las solicitudes de acceso, rechazar solicitudes excesivamente gravosas.

- Los custodios designados no pueden acceder a activos eliminados.

Si desea que su albacea, heredero o apoderado tenga acceso a sus activos digitales, debe dejarlo claro en su testamento o poder notarial.

Sin embargo, incluso si proporciona este permiso, será un desafío y un dolor de cabeza para sus herederos pasar por el proceso legal de invocar a RUFADAA para obtener acceso a sus activos digitales, ya que el heredero o albacea tendrá que proporcionar a cada compañía una gran cantidad de documentos (posible-

mente incluyendo órdenes judiciales) y el heredero o albacea probablemente obtendrá el acceso más estrecho, posiblemente, justo lo que se necesita para liquidar el patrimonio.

18.D. FRANCIA

La Ley Digital Francesa, también conocida como ley por una república digital, es la ley N° 2016-1321, del 7 de octubre de 2016, por una "République Numérique", también conocida como *Loi Numérique* o *Loi Lemaire*, por la Secretaria de Estado que la impulsó, Axelle Lemaire.

Entre los variados temas que aborda trata el relativo a los datos de las personas fallecidas y herencia digital.

La regla general es que los derechos digitales de tipo personal se extinguen con la muerte de la persona y que "toda persona podrá decidir sobre el destino de sus datos de carácter personal para después de su muerte".

Los herederos de una persona fallecida solo podrán tener acceso a sus datos a efectos de la partición de la herencia y, eventualmente, para cerrar sus cuentas con los proveedores de servicios. Sin embargo, tendrán derecho a recuperar sus bienes digitales que sean "datos similares a los recuerdos familiares", como fotos, que son transmisibles a los herederos.

Es decir, según la ley francesa cualquier persona puede establecer pautas para la retención, borrado y divulgación de datos personales para después de la muerte.

Concretamente, el art. 63 de esta Ley que añade un art. 40-1 a la Ley N° 78-17, del 6 de enero de 1978, sobre informática, los ficheros y las libertades (*relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés*)³⁸. En este precepto se establece la

38 Art. 40-1: I.- Les droits ouverts à la présente section s'éteignent au décès de leur titulaire. Toutefois, ils peuvent être provisoirement maintenus conformément aux II et III suivants.

II.- Toute personne peut définir des directives relatives à la conservation, à l'effacement et à la communication de ses données à caractère personnel après son décès. Ces directives sont générales ou particulières. Les directives générales concernent l'ensemble des données à caractère personnel se rapportant à la personne concernée et peuvent être enregistrées auprès d'un tiers de confiance numérique certifié par la Commission nationale de l'informatique et des libertés. Les références des directives générales et le tiers de confiance auprès duquel elles sont enregistrées sont inscrites dans un registre unique dont les modalités et l'accès sont fixés par décret en Conseil d'Etat, pris après avis motivé et publié de la Commission nationale de

posibilidad de que las personas dispongan unas directrices o instrucciones para el almacenamiento, el borrado o la comunicación de sus datos personales para después de su muerte. Dichas directrices pueden ser generales o específicas. Las directrices generales son las relativas al conjunto de los datos personales y pueden comprender la designación de una persona responsable de su ejecución y serán inscritas en un registro único de acuerdo con un decreto dictado por el Consejo de Estado que regula las modalidades y acceso.

l'informatique et des libertés. Les directives particulières concernent les traitements de données à caractère personnel mentionnées par ces directives. Elles sont enregistrées auprès des responsables de traitement concernés. Elles font l'objet du consentement spécifique de la personne concernée et ne peuvent résulter de la seule approbation par celle-ci des conditions générales d'utilisation. Les directives générales et particulières définissent la manière dont la personne entend que soient exercés, après son décès, les droits mentionnés à la présente section. Le respect de ces directives est sans préjudice des dispositions applicables aux archives publiques comportant des données à caractère personnel. Lorsque les directives prévoient la communication de données qui comportent également des données à caractère personnel relatives à des tiers, cette communication s'effectue dans le respect de la présente loi. La personne peut modifier ou révoquer ses directives à tout moment. Les directives mentionnées au premier alinéa du présent II peuvent désigner une personne chargée de leur exécution. Celle-ci a alors qualité, lorsque la personne est décédée, pour prendre connaissance des directives et demander leur mise en oeuvre aux responsables de traitement concernés. A défaut de désignation ou, sauf directive contraire, en cas de décès de la personne désignée, ses héritiers ont qualité pour prendre connaissance des directives au décès de leur auteur et demander leur mise en oeuvre aux responsables de traitement concernés. Toute clause contractuelle des conditions générales d'utilisation d'un traitement portant sur des données à caractère personnel limitant les prérogatives reconnues à la personne en vertu du présent article est réputée non écrite.

III.- En l'absence de directives ou de mention contraire dans lesdites directives, les héritiers de la personne concernée peuvent exercer après son décès les droits mentionnés à la présente section dans la mesure nécessaire: - à l'organisation et au règlement de la succession du défunt. A ce titre, les héritiers peuvent accéder aux traitements de données à caractère personnel qui le concernent afin d'identifier et d'obtenir communication des informations utiles à la liquidation et au partage de la succession. Ils peuvent aussi recevoir communication des biens numériques ou des données s'apparentant à des souvenirs de famille, transmissibles aux héritiers; - à la prise en compte, par les responsables de traitement, de son décès. A ce titre, les héritiers peuvent faire procéder à la clôture des comptes utilisateurs du défunt, s'opposer à la poursuite des traitements de données à caractère personnel le concernant ou faire procéder à leur mise à jour. Lorsque les héritiers en font la demande, le responsable du traitement doit justifier, sans frais pour le demandeur, qu'il a procédé aux opérations exigées en application du troisième alinéa du présent III. Les désaccords entre héritiers sur l'exercice des droits prévus au présent III sont portés devant le tribunal de grande instance compétent.

IV.- Tout prestataire d'un service de communication au public en ligne informe l'utilisateur du sort des données qui le concernent à son décès et lui permet de choisir de communiquer ou non ses données à un tiers qu'il désigne.

.....

A falta de la designación de una persona responsable de la ejecución de las voluntades digitales o en caso de muerte de la persona designada, los herederos de la persona fallecida tendrán derecho a conocer las directrices y a solicitar su implementación a los responsables de los ficheros correspondientes. Expresamente se dispone que será nula cualquier cláusula contractual en las condiciones generales para el uso del tratamiento de datos personales que limite estas prerrogativas.

Específicamente se establece que a falta de instrucciones, los herederos pueden acceder al tratamiento de datos personales del causante a fin de identificar y obtener información útil para organizar y liquidar el patrimonio del difunto y para solicitar el cierre de las cuentas del difunto y oponerse a la continuación del tratamiento de sus datos personales o actualizarlos.

A estos efectos se dispone que cualquier proveedor de comunicación pública en línea debe informar del destino de sus datos después de su muerte y permitirle elegir comunicarlos o no a un tercero designado por él.

18.E. DERECHO CATALÁN

En Cataluña se dictó la Ley 10/2017, de 27 de junio de 2017, sobre Voluntades Digitales. Ella modificó los libros segundo y cuarto del Código Civil de Cataluña, que tiene como objeto gestionar la huella en los entornos digitales cuando la persona muere o cuando tiene la capacidad judicialmente modificada y evitar daños en otros derechos o intereses tanto de la propia persona como de terceros.

La Ley catalana establece que las personas pueden manifestar sus voluntades digitales para que el heredero, el legatario, el albacea, el administrador, el tutor o la persona designada para su ejecución actúen ante los prestadores de servicios digitales después de su muerte o en caso de tener la capacidad judicialmente modificada.

Mediante estas voluntades digitales, las personas pueden ordenar las acciones que consideren más adecuadas para facilitar, en caso de muerte, que la desaparición física y la pérdida de personalidad que supone se extiendan igualmente a los entornos digitales y que eso contribuya a reducir el dolor de las personas que les sobrevivan y de las personas con las que tengan vínculos familiares, de afecto o amistad, o bien que se perpetúe la memoria con la conservación de los elementos que estas determinen en los entornos digitales o

con cualquier otra solución que consideren pertinente en ejercicio de la libertad civil que les corresponde en vida.

Por una parte, se modifica el libro segundo del Código Civil de Cataluña para prever la posibilidad de que la persona, al otorgar un poder en previsión de pérdida sobrevinida de capacidad, pueda fijar quién se encargará de ejecutar sus voluntades digitales y establecer el alcance de la gestión dentro del poder.

Por otra parte, se regula el régimen de las voluntades digitales en caso de muerte para prever que el testamento, o las memorias testamentarias también puedan contener voluntades digitales y designar a la persona encargada de su ejecución. En caso de que no se haya designado a nadie, se establece que el heredero, el albacea o el administrador de la herencia pueden ejecutar las voluntades digitales o bien encargar su ejecución a otra persona.

Las voluntades digitales pueden ordenarse no únicamente mediante testamento, codicilo o memorias testamentarias, sino también, en defecto de disposiciones de última voluntad, mediante un documento de voluntades digitales que debe inscribirse en el Registro Electrónico de Voluntades Digitales, un nuevo que es un nuevo registro de carácter administrativo que se crea con el objetivo de facilitar e incrementar las vías disponibles para dejar constancia de las voluntades digitales.

La ley catalana define qué se entiende por voluntades digitales en caso de muerte diciendo:

"Se entiende por voluntades digitales en caso de muerte las disposiciones establecidas por una persona para que, después de su muerte, el heredero o el albacea universal, en su caso, o la persona designada para ejecutarlas actúe ante los prestadores de servicios digitales con quienes el causante tenga cuentas activas".

Es decir que las voluntades digitales son las instrucciones dejadas para que después de la muerte física, se tomen determinaciones frente a los servicios digitales, ya sea redes sociales, servicios de mensajerías o cualquier servicio digital vinculado al testador.

Ello excluye las acciones sobre el hardware, es decir sobre la propiedad de teléfonos celulares, discos USV o PC.

Las actividades que el causante puede ordenar para ser realizadas después de la muerte son las siguientes:

El causante, en las voluntades digitales en caso de muerte, puede disponer el contenido y el alcance concreto del encargo que debe ejecutarse, incluyen-

do que la persona designada lleve a cabo alguna o algunas de las siguientes actuaciones:

- a) Comunicar a los prestadores de servicios digitales su defunción.
- b) Solicitar a los prestadores de servicios digitales que se cancelen sus cuentas activas.
- c) Solicitar a los prestadores de servicios digitales que ejecuten las cláusulas contractuales o que se activen las políticas establecidas para los casos de defunción de los titulares de cuentas activas y, si procede, que le entreguen una copia de los archivos digitales que estén en sus servidores.

Como pone de resalto Solé Resina "se tratan todas ellas de actividades que no reportan un beneficio o perjuicio patrimonial a la persona que las ejecuta más allá de los posibles gastos (normalmente de escasa consideración) que de ellas pudieran inferirse y que la ley catalana imputa al caudal hereditario para el caso de que el causante no lo haya dispuesto de otra forma (art. 411-10.7 CCCat)".

"Hay que advertir, sin embargo, que hay otras formas de conseguir estos mismos resultados, pues pueden haber sido encargados, como hemos explicado, a empresas especialmente dedicadas a estas actividades o haber sido objeto de cobertura de un seguro"³⁹.

La Ley de Cataluña prevé dos reglas para aplicar en caso de que no haya previsión expresa en contrario en las voluntades digitales: a) como principio general los herederos no tienen acceso al contenido, b) no existiendo otra previsión se estará a lo previsto en las reglas contractuales.

Cabe señalar que la Ley de Cataluña expresa un principio general completamente diferente a lo dispuesto por la Ley española de Protección de Datos personales de diciembre de 2018, en sus arts. 3 y 96, que prevé el libre acceso a los contenidos digitales de los parientes y parejas de hecho como veremos a continuación.

Concretamente dispone el art. 411-10 incs. 5 y 6 de la ley de Cataluña: *En el caso que el causante no haya previsto sus voluntades digitales. B) Si el causante no ha expresado sus voluntades digitales, el heredero o el albacea universal, en su*

³⁹ Solé Resina, Judith, "Las voluntades digitales: marco normativo actual", ADC, tomo LXXI, 2018, fasc. II.

caso, puede ejecutar las actuaciones de las letras a, b y c del apartado 2 de acuerdo con los contratos que el causante haya suscrito con los prestadores de servicios digitales o de acuerdo con las políticas que estos prestadores tengan en vigor.

Otra disposición importante es la relativa al testamento digital, y más precisamente a su contenido, para incorporarla se modifica el Código Civil Catalán en lo referido al contenido testamentario diciendo: "Artículo 421-2. Contenido del testamento. En testamento, el causante ordena su sucesión mediante la institución de uno o más herederos y puede establecer legados y demás disposiciones para después de su muerte. El testamento, además de lo establecido por el apartado 1, puede contener las voluntades digitales del causante y la designación de una persona encargada de su ejecución. En defecto de designación, el heredero, el albacea o el administrador de la herencia pueden ejecutar las voluntades digitales o encargar su ejecución a otra persona". Si el causante no lo ha establecido de otro modo en sus voluntades digitales, la persona a quien corresponde ejecutarlas no puede tener acceso a los contenidos de sus cuentas y archivos digitales, salvo que obtenga la correspondiente autorización judicial.

La ley crea un registro de voluntades digitales con el fin de dar publicidad a las disposiciones digitales de una persona. Cabe señalar que el Registro de voluntades testamentarias ha sido declarado inconstitucional por cuestiones de competencia, por el Tribunal Constitucional Español por la sentencia 7/2019, de 17 de enero (BOE 14 de febrero de 2019)⁴⁰.

El fundamento por el cual el Tribunal Constitucional Español declaró la inconstitucionalidad del Registro de Últimas Voluntades Digitales radica en que "Las comunidades autónomas pueden crear registros administrativos instrumentales que coadyuven al efectivo ejercicio de sus competencias, pero no registros jurídicos de derecho privado, pues esta competencia de ordenación de los registros de derecho civil se halla reservada al Estado por el artículo 149.1.8 CE. El Registro Electrónico de Voluntades Digitales creado por el art. 10 de la Ley 10/2017 es un registro jurídico y no meramente administrativo, como lo demuestra que en él se inscriben únicamente

40 Pleno. Sentencia 7/2019, de 17 de enero de 2019. Recurso de inconstitucionalidad 4751-2017. Interpuesto por el Presidente del Gobierno en relación con diversos preceptos de la Ley del Parlamento de Cataluña 10/2017, de 27 de junio, de las voluntades digitales y de modificación de los libros segundo y cuarto del Código civil de Cataluña. Y la competencia para reglamentar registro públicos https://www.boe.es/diario_boe/txt-A-2019-2033.php?id=BOE consultada el 5 de septiembre de 2019.

documentos de voluntades digitales suscritos por las personas que no han otorgado disposiciones de última voluntad (testamento, codicilo o memoria testamentaria). Por ello se establece que para acceder a dicho registro debe acreditarse, mediante el certificado de actos de última voluntad, que el causante no ha otorgado disposiciones de ese tipo. Además, ese documento de voluntades digitales es el medio por el que las personas pueden disponer *mortis causa* de sus archivos digitales, frente a los prestadores de servicios de la sociedad de la información, designando a las personas encargadas de ejecutar sus instrucciones al respecto, en defecto de testamento, codicilo o memoria testamentaria".

En su voto en disidencia la Magistrada Encarna Roca Trías critica este fundamento señalando que no toda disposición para después de la muerte es sucesoria y que existen registros para después de la muerte que son administrativos, como el registro de contratos de seguros de cobertura de fallecimiento (Ley 20/2005, de 14 de noviembre y Real Decreto 398/2007).

Por otra parte señala Encarna Roca Trías, en posición conservadora "El formato digital de determinados contenidos en archivos o el lugar donde se encuentran ubicados no los distingue del resto de bienes que puedan integrar el caudal relicto, ni la norma les está otorgando un tratamiento jurídico distinto en orden a su destino sucesorio. Al fallecimiento del otorgante del documento de voluntades digitales, su herencia comprenderá todos sus bienes, derechos y obligaciones que no se hayan extinguido por su fallecimiento y su transmisión se producirá, en cualquier caso, por la voluntad que este haya manifestado en testamento y, a falta del mismo, por disposición de la Ley. Por ello, creo que puede afirmarse que el documento de voluntades digitales al que se refiere la norma impugnada no contiene una verdadera ordenación de la sucesión, tan siquiera de los materiales o archivos digitales del causante, que con independencia del soporte digital en el que se encuentran, en todo caso forman parte del caudal hereditario y son objeto de la sucesión. Lo que en realidad recoge el documento es la voluntad del fallecido respecto a la realización de actividades muy concretas que están directamente relacionadas con el ejercicio de derechos personalísimos de carácter no patrimonial, por tanto, no transmisibles *mortis causa*, como las de comunicar a los prestadores de servicios digitales su defunción; solicitar la cancelación de las cuentas activas o que ejecuten las cláusulas contractuales o que se activen las políticas establecidas para los casos de defunción y, en su caso, que libren una copia de los archivos digitales que estén en sus servidores (art. 411-10, en su párr. 2).

En mi opinión, el hecho de que la eficacia de las voluntades digitales se produzca después de la muerte de la persona y que a tales disposiciones se les denomine de manera semejante a las testamentarias no significa que tengan tal naturaleza testamentaria, ni que deban custodiarse en un registro civil".

Esto es muy importante para nuestro país porque de ser considerado un mero registro administrativo, que no ordena la sucesión sino los bienes inmateriales relacionados con la personalidad, los colegios notariales podrían organizarlo como en su momento hicieron con el registro de disposiciones para el propio cuerpo, o podría realizarse localmente, lo que es más sencillo que obtener una ley nacional.

19. **ESPAÑA**

En España el 6 de diciembre del 2018 se dictó la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales, cuyos principios son básicamente opuestos a los contenidos en el sistema norteamericano. Allí el principio es el no acceso a los contenidos digitales del difunto, después de su muerte, en base a la protección del derecho a la intimidad de los terceros y del respeto a los pactos preexistentes, la excepción es la posibilidad de acceder a los contenidos digitales.

En cambio en el sistema español la permisibilidad del acceso a los contenidos digitales de las redes sociales del causante es la regla y la imposibilidad la excepción. Es más, no solo los herederos y las personas designadas pueden acceder sino también el o la conviviente.

Concretamente en la legislación española se establece que el acceso a contenidos gestionados por prestadores de servicios de la sociedad de la información sobre personas fallecidas se regirá por las siguientes reglas: "a) Las personas vinculadas al fallecido por razones familiares o de hecho, así como sus herederos podrán dirigirse a los prestadores de servicios de la sociedad de la información al objeto de acceder a dichos contenidos e impartirles las instrucciones que estimen oportunas sobre su utilización, destino o supresión. Como excepción, las personas mencionadas no podrán acceder a los contenidos del causante, ni solicitar su modificación o eliminación, cuando la persona fallecida lo hubiese prohibido expresamente o así lo establezca una ley. Dicha

prohibición no afectará al derecho de los herederos a acceder a los contenidos que pudiesen formar parte del caudal relicto. b) El albacea testamentario así como aquella persona o institución a la que el fallecido hubiese designado expresamente para ello también podrá solicitar, con arreglo a las instrucciones recibidas, el acceso a los contenidos con vistas a dar cumplimiento a tales instrucciones. c) En caso de personas fallecidas menores de edad, estas facultades podrán ejercerse también por sus representantes legales o, en el marco de sus competencias, por el Ministerio Fiscal, que podrá actuar de oficio o a instancia de cualquier persona física o jurídica interesada. d) En caso de fallecimiento de personas con discapacidad, estas facultades podrán ejercerse también, además de por quienes señala la letra anterior, por quienes hubiesen sido designados para el ejercicio de funciones de apoyo si tales facultades se entendieran comprendidas en las medidas de apoyo prestadas por el designado. Las personas legitimadas podrán decidir acerca del mantenimiento o eliminación de los perfiles personales de personas fallecidas en redes.

20. CONCLUSIONES

La disposición de los bienes digitales para después de la muerte es un tema no suficientemente estudiado en la Argentina. En este estadio de la evolución jurídica el conocimiento del derecho comparado ayuda tanto para prevenir los conflictos que se puedan generar como para pensar en futuras soluciones reglamentarias, legislativas o profesionales.

Resulta innegable que toda planificación sucesoria, actual y futura, debe incluir los activos digitales tanto en lo que hace a los derechos personalísimos como a los patrimoniales, para realizarla es necesario que los profesionales del derecho conozcan las soluciones dadas en los contratos uniformes celebrados con los proveedores de internet, con las redes sociales y con los sistemas de mensajerías y redes sociales (Facebook, Twitter, Instagram, LinkedIn, WhatsApp, Google, SnapChat, Skype, YouTube), para poder integrar las respuestas con los principios de orden público que integran el derecho sucesorio y con las normas sobre protección de datos personales y derechos personalísimos.

LA "AUTOMATIZACIÓN" DEL DERECHO Y LA FUNCIÓN NOTARIAL*

ELDA FERNÁNDEZ COSSINI

SUMARIO: Introducción. Primera parte: nociones fundamentales. Blockchain. Registro de la Propiedad Inmueble. Registro Civil. Segunda parte: La "automatización" del derecho. *Smart ¿contracts?* ¿Qué es un contrato? ¿Qué es un SC? ¿Cómo se "formalizan" los SLC? El consentimiento en los SLC. Internet de las cosas / *Internet of things* (IoT). Un paso más: la norma jurídica escrita en código. Robots e inteligencia artificial (IA). Algunos conceptos. Agentes. Regulación. Responsabilidad e IA. Personalidad electrónica. Aplicación en el ámbito del derecho. Prometea. Redacción de contratos. Tercera parte: La función notarial. Noción de tercero de confianza. La función notarial en el derecho continental y en el *common law*. El *notary public* del Derecho anglosajón. Conclusiones. Bibliografía.

* Versión revisada del trabajo elaborado por la autora como becaria del Consejo General del Notariado Español en el año 2018.

INTRODUCCIÓN

Hablar sobre el cambio de paradigma o la revolución que han implicado las nuevas tecnologías en nuestras vidas ya no es algo novedoso. Tan poco novedoso, que en rigor las nuevas tecnologías ni siquiera son realmente "nuevas".

Sin embargo, consideramos que hay ciertos desarrollos tecnológicos que sólo han sido estudiados profundamente desde un punto de vista informático pero que, desde la perspectiva legal, su estudio aún es incipiente. Es importante, a nuestro juicio, distinguir esas diferentes ópticas, puesto que, si bien comparten terminología (por ejemplo, la palabra "seguridad"), esta no tiene el mismo significado en ambas materias (no es lo mismo "seguridad informática" que "seguridad jurídica").

La cuestión, por lo tanto, que procuramos presentar en este trabajo desde un punto de vista jurídico es la pretendida -permítasenos llamarla así- "automatización" del derecho.

Esa automatización actualmente, a nuestro juicio, se refleja en dos vertientes: por un lado, en el ámbito de los *smart contracts* y su "autoejecutabilidad" y por el otro lado, en el ámbito de la inteligencia artificial.

Para el estudio de dichas cuestiones decidimos dividir el presente en tres partes: en la primera haremos una breve mención a la denominada *blockchain*, tema que ha sido bastante estudiado por nuestra doctrina, simplemente porque es una noción necesaria para la comprensión de los *smart contracts*. Por lo tanto, la intención de dicho acápite será meramente "didáctica", no de profundización.

La segunda parte sí será sobre la temática nuclear del presente.

La tercera y última parte se referirá a la función notarial. ¿Por qué? Pues porque lo que se busca con la automatización del derecho es eliminar la intervención de los operadores jurídicos: jueces, abogados, notarios, etc. Por ello, haciendo un breve repaso de lo que implica esta función pretendemos dilucidar si sería socialmente valioso que el notario fuera reemplazado por la tecnología o si su actuación sigue siendo relevante como garante de la seguridad jurídica.

PRIMERA PARTE: NOCIONES FUNDAMENTALES

BLOCKCHAIN

Concepto. Funcionamiento

"Se denomina cadena de bloques o blockchain al resultado de aplicar una tecnología digital criptográfica que permite crear bases de datos almacenadas y compartidas en una comunidad o red no jerárquica o *inter pares* (*peer-to-peer*), construida sobre grupos, bloques o eslabones de datos, ligados o vinculados entre sí por códigos alfanuméricos llamados *hashes*. (...) que, además de servir para crear un registro compartido y de enlace entre datos anotados produce el efecto de identificar a estos de manera inequívoca, inalterable y transparente"¹.

Elegimos esa definición porque nos pareció concreta y completa. Intentaremos explicarla menos técnicamente:

La blockchain es una red de computadoras que, con diferentes finalidades, contiene datos en un formato de bloques.

Esa "base" de datos utiliza tecnología criptográfica, más específicamente, una clave doble asimétrica similar a la de nuestra firma digital.

Cada bloque está compuesto por 1) la información que contiene, 2) el hash² del bloque anterior (o hash de entrada) y 3) el hash propio de ese bloque (o hash de salida). La única excepción es el primer bloque de la cadena conocido como "bloque génesis" que sólo posee un hash propio.

Esto indica que, necesariamente, los bloques deben ser consecutivos en el tiempo ya que, de otro modo, el último bloque no podría contener el hash del bloque anterior. Eso convierte al blockchain en unidireccional e irreversible.

Los bloques no se encuentran almacenados por una autoridad, administrador o "tercero de confianza", sino que se utiliza tecnología P2P³, es decir, todos y cada uno de los nodos⁴ de la comunidad poseen la misma información.

1 Ibáñez Jiménez, Javier Wenceslao, *Derecho de Blockchain y de la tecnología de registros distribuidos*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi Thomson Reuters, 2018, p. 31.

2 Más adelante le dedicamos un acápite específico a la cuestión.

3 El término *peer-to-peer* o P2P (en español se suele traducir de par a par o inter pares) significa, muy simplificada, que las computadoras que participan en una red son iguales entre sí.

4 Es decir, una computadora que tiene descargado el software que le permite participar en esa blockchain (por ejemplo, el software de Bitcoin). Un nodo es uno de los equipos que participan

Al menos en las blockchain públicas. Por eso se dice que es "descentralizada".

Cuando un bloque "se cierra" por aplicación de un protocolo de consenso⁵ se considera que ese bloque ya no puede modificarse.

Todas estas características hacen que la blockchain sea considerada extremadamente segura (desde el punto de vista de la seguridad informática que, como veremos, no necesariamente implica seguridad jurídica).

El hash

"Hash es una palabra inglesa que significa algo así como picadillo. La función hash es un algoritmo⁶ matemático que, aplicado sobre un archivo o ítem digital cualquiera, da como resultado una determinada secuencia de (...) caracteres alfanuméricos (letras y números)"⁷.

Actualmente Bitcoin, por ejemplo, utiliza el algoritmo SHA 256: SHA son las siglas para *secure hash algorithm* (algoritmo de hash seguro). 256 se refiere a la cantidad de bits que tiene ese algoritmo: 256 bits, es decir, 256 0s y 1s. Por lo tanto, como tal cantidad de números es difícil de leer, se reduce a un sistema hexadecimal, que da como resultado que, en lugar de haber 256 0s y 1s habrá 64 caracteres del 0-9 y de la A-F.

No importa la longitud de los datos de entrada (si es una palabra, una imagen, un texto complejo, etc.), el valor hash de salida tendrá siempre la misma longitud (en el caso de SHA 256: 64 caracteres).

Por ejemplo:

- El hash de la palabra Hola es e633f4fc79badea1dc5db-970cf397c8248bac47cc3acf9915ba60b5d76b0e88f,

- El hash de la frase "Juan GARCÍA vende a Marta PÉREZ el inmueble ubicado en la ciudad y partido de Campana, Provincia de Buenos Aires designado

en la red P2P. Requieren poca capacidad computacional (a diferencia de los mineros, como veremos más adelante). Su función es mantener copias constantemente actualizadas de la cadena pero de una forma pasiva.

5 También lo veremos en un acápite independiente.

6 El algoritmo puede definirse muy simplícidamente como la fórmula que se emplea para realizar un cálculo.

7 González-Meneses García-Valdecasas, Manuel, "Blockchain: ¿el notario del futuro?", conferencia dictada en el Colegio Notarial de Madrid, salón académico, el 16 de febrero de 2017, en Revista El notario del siglo XXI N° 73, Colegio Notarial de Madrid, mayo-junio 2017, p. 150.

según su título como LOTE 3 de la MANZANA NUEVE" es 38c213dcf1c50b-93208cb3e0adf0f05381deca083d91bd33b1be5ff5cec3cd93.

Se dice que el hash es un algoritmo unidireccional porque el dato se convierte en hash, pero el hash no puede revertirse al dato.⁸ En nuestro ejemplo: yo no puedo averiguar que e633f4fc79badea1dc5db970cf397c8248bac47c-33acf9915ba60b5d76b0e88f es Hola.

Según González-Meneses⁹, tener registrado el hash de un documento "no evita la alteración [del documento en cuestión], sino que permite detectarla, y por tanto, permite acreditar que no ha existido alteración. Si en un momento dado se calcula el hash de un determinado archivo y queda constancia confiable de este hash (por ejemplo, registrado en la blockchain, con un sello de tiempo que acredita que dicho documento existía en un momento determinado), en cualquier momento posterior se puede tener certeza de que cualquier pretendida nueva imagen o copia de ese mismo archivo que se presente se corresponde exactamente con el archivo original. Para ello basta con volver a calcular el hash del archivo que ahora se nos presenta: si este hash que calculamos ahora coincide con el hash que se obtuvo en su día del archivo original, es que éste no ha sido alterado, tiene exactamente su mismo contenido". El autor citado aclara no obstante que "la función hash no sirve para guardar y conservar una información (si el archivo original se ha perdido o destruido, de nada nos sirve disponer de su hash)".

Por otro lado, "en el año 2013 Manuel Aráoz y Esteban Ordano hallaron una forma de adjuntar hashes de cualquier documento digital en un espacio de los registros de transferencias del sistema Bitcoin que estaba destinado originariamente para otros fines. En base a ello desarrollaron la primera aplicación de almacenamiento seguro en la blockchain llamada 'prueba de existencia' (*proof of existence*, en inglés)"¹⁰.

8 En rigor de verdad, algunos algoritmos hash como MD5 o SHA1 han sido hackeados.

9 González-Meneses, Manuel, "Entender blockchain. Una introducción a la tecnología de registro distribuido", Ed. Aranzadi, Navarra, 2017, p. 76 citado por Mora, Santiago J. "La tecnología blockchain. Contratos inteligentes, ofertas iniciales de monedas y demás casos de uso", publicado en: La Ley 01/04/2019, 01/04/2019, 1, cita online: AR/DOC/537/2019, nota al final de la obra número 36.

10 Mora, Santiago J., "La tecnología blockchain...", cit, p. 4.

Actualmente, en otras blockchains, se puede almacenar de manera directa el hash de un documento digital sin necesidad de utilizar espacios destinados a otros fines. Además, se proyectan otras blockchains en las que se puede almacenar documentos digitales sin hashear¹¹.

Protocolos de consenso

Para otorgar seguridad al sistema se requiere el consenso de la red para justificar la validez de cada bloque. Para ello se han elaborado distintos protocolos o algoritmos¹². Todos estos protocolos tienen como función:

"a) Prevenir los ataques y distorsiones de funcionamiento de la red (función de resiliencia).

b) Aislar los daños para evitar su extensión y minimizar su impacto económico, una vez producido (función reparadora o sanatoria).

c) Minimizar el impacto negativo sobre la confianza en el uso de la red que acarrearán estas actuaciones y a un tiempo minimizar el coste transaccional de recuperación del tracto en la cadena de bloques (función reputacional).

y d) Indemnizar adecuada y eficientemente los daños producidos (función compensatoria)"¹³.

Excede la intención del presente profundizar en cada uno de dichos métodos. Comentaremos brevemente la *proof of work* (que utiliza la blockchain de Bitcoin) por ser actualmente la más utilizada. Sin embargo, queremos resaltar que este no es el único mecanismo utilizado por las cadenas de bloques.

Proof of work (PoW)

La noción de PoW nace como protocolo de consenso de la criptomoneda Bitcoin de la mano de Satoshi Nakamoto¹⁴ quien en el año 2008 publicó un *white paper* denominado "Bitcoin: A peer-to-peer electronic cash system".

11 InterPlanetary File System - IPFS, disponible en www.ipfs.io/.

12 Solo a efectos enunciativos: Commit de dos fases (2-phase commit), Commit de tres fases (3-phase commit), Paxos y Multipaxos, Prueba de trabajo (Proof of Work o PoW), Prueba de participación (Proof of Stake o PoS), Algoritmo de consenso Protocolo Ripple, Viewstamped replication, Prueba de Autoridad (PoA) entre otros.

13 Ibañez Jiménez, Javier Wenceslao, *Derecho de Blockchain...*, cit., p. 283.

14 Cuya verdadera identidad se desconoce.

En rigor de verdad, el concepto de moneda digital descentralizada ha estado presente en la mente de criptógrafos, matemáticos y programadores por décadas. "Los protocolos de efectivo electrónico anónimos de la década de los 80 y 90, principalmente dependientes de una criptografía primitiva conocida como 'Chaumian ciega'¹⁵, proveían una moneda con un alto grado de privacidad, pero los protocolos fallaban largamente en ganar tracción por su dependencia en un intermediario centralizado. En 1998 el 'b-dinero' de Wei Dai¹⁶ se convirtió en la primera propuesta de introducir la idea de crear dinero a través de la solución de rompecabezas computacionales y del consenso descentralizado, pero la propuesta era escasa en detalles sobre cómo el consenso descentralizado podía ser efectivamente implementado. En 2005, Hal Finney introdujo el concepto de pruebas de trabajo reutilizables, un sistema que usa ideas del 'b-dinero' junto con los computacionalmente difíciles rompecabezas Haschash de Adam Back para crear un concepto para una criptomoneda, pero una vez más no se alcanzó el ideal por depender de informática de confianza como soporte"¹⁷.

Lo que hizo Nakamoto para sobrepasar a sus antecesores fue justamente la PoW. En rigor de verdad no la inventa ya que retoma el trabajo ya mencionado de Hashcash de Adam Back que pretendía evitar el envío de spam masivo¹⁸ pero sí, indudablemente, la perfecciona.

15 David Chaum fue un criptógrafo estadounidense que desarrolló la noción de firma digital ciega.

16 "La finalidad y el trasfondo político del protocolo y su enlace con el anarquismo no se oculta sino que de forma expresa se proclama un sistema que pueda sustituir al Estado en sus funciones de emisión de moneda y vigilancia en el cumplimiento de los contratos". González Granado, Javier, "NotarTIC I: Retos del BitCoin y de la Blockchain" en <https://tallerdederechos.com/notartic-i-retos-del-bitcoin-y-de-la-blockchain/> visto el 26/11/2018. Sin dudas, la inconformidad con el sistema ha sido el motivador de este programador, del mismo modo que Nakamoto reacciona contra la crisis económica post explosión de la burbuja inmobiliaria. Sin embargo "Como ha señalado un alto directivo de un conocido banco holandés, ahora, en las conferencias y eventos sobre blockchain -y lo que se puede ver hoy en esta sala es un buen ejemplo de ello-, los trajes y las corbatas están reemplazando a las sudaderas con capucha y los vaqueros raídos. Y es que está sucediendo lo más paradójico de todo: que una tecnología que nació como contestación al sistema financiero y económico vigente cada vez suscita más interés por parte de éste". González-Meneses García-Valdecasas, Manuel, "Blockchain: ¿el notario del futuro?", cit., p. 149.

17 Buterin, Vitalik, "Ethereum white paper a next generation smart contract & decentralized application platform" en http://blockchainlab.com/pdf/Ethereum_white_paper-a_next_generation_smart_contract_and_decentralized_application_platform-vitalik-buterin.pdf visto el 20/11/2018.

18 "La idea era imponer un coste no monetario al envío de cada correo. A Back se le ocurrió que los correos podrían incorporar la prueba de que la computadora que lo enviaba había dedicado antes cierto tiempo y recursos para poder enviar ese correo. El coste en electricidad (tiempo de CPU) para enviar un correo podía ser de un céntimo. Quien enviase unos pocos correos

Nakamoto parte de la base de que las transacciones de dinero que no son en efectivo, en la vida real, requieren de un tercero de confianza -en general una entidad bancaria- que controle que no se lleve a cabo el denominado "doble gasto" (que se pague dos veces con el mismo dinero).

Para prescindir de dicho tercero propone utilizar un servidor de marcas de tiempo P2P distribuido para generar una prueba computacional del orden cronológico de las transacciones.

Se crea así el Bitcoin, la primera criptomoneda.

La forma en la que dicho pago se realiza es, a grandes rasgos, de la siguiente manera: el dueño de una cuenta de Bitcoin transfiere x cantidad de monedas al receptor al firmar digitalmente un hash de la transacción previa y la clave pública del próximo dueño y agregando estos al final de la cadena. El beneficiario puede verificar las firmas para verificar la cadena de propiedad. Para evitar la intermediación del tercero de confianza, será necesario que las transacciones sean públicas. Para resguardar la privacidad de quienes realizan las transacciones las claves públicas de los usuarios serán anónimas. Es decir, la transacción la realiza el usuario x. Pero x es anónimo en su identidad no virtual.

al día no notaría nada, pero quien quisiera enviar millones de correos debería dedicar bastante más recursos a ello, imponiéndose de esta forma un coste. La forma de obligar al ordenador a consumir esos recursos consistía en plantear para cada correo que se quisiera enviar un problema complejo de resolver o "prueba de trabajo". En el caso de hashcash consistía en hacer el hashing del mensaje una y otra vez (variando cada vez un pequeño dato llamado "Nonce" o *number used once*) hasta encontrar un hash que reuniera unas determinadas condiciones, en hashcash se pedía que empezara por cuatro ceros. Recordemos que es imposible predecir cuál será un hash por lo que la única forma de dar con uno concreto es mediante fuerza bruta. Si queremos aumentar el coste de enviar un correo, basta con aumentar el tiempo que se tarda en encontrar ese hash (aumentar la dificultad) añadiendo más requisitos al hash, por ejemplo aumentando el número de ceros que debe tener. Para aumentar la dificultad podemos pedir que el objetivo sea que el hash empiece con seis ceros en vez de con cuatro. El contenido utilizado para calcular el hash debía incorporar una serie de datos además del mensaje de correo en sí, y en especial un contador llamado "Número usado sólo una vez" (*Number used once* o "nonce" en inglés) que cambiaba cada vez que el ordenador calculaba un hash. El *nonce* es la forma de asegurar que el hash resultante es distinto en cada intento. Si el hash calculado no comienza con esos ceros, el *nonce* cambia y se intenta de nuevo, así hasta que aleatoriamente (por fuerza bruta) el ordenador da con un hash que tenga ese número de ceros delante. Recordemos que es imposible saber de antemano cuál será el hash, por lo que habrá que hacer miles o millones de intentos antes de dar con el hash requerido". Conforme <http://libroblockchain.com/hashcash/> visto 14/10/2018.

Una vez realizada la transacción, entra en acción la PoW que "envuelve buscar un valor que una vez hasheado (...) el hash empiece con un número de bits en cero. El trabajo promedio requerido es exponencial en el número de bits puestos en cero requeridos y puede ser verificado ejecutando un solo hash. Para nuestra red de marcas de tiempo, implementamos la prueba-de-trabajo incrementando un *nonce*¹⁹ en el bloque hasta que es encontrado un valor que dé el número requerido de bits en cero para el hash del bloque. Una vez que el esfuerzo de CPU se ha gastado para satisfacer la prueba de trabajo, el bloque no puede ser cambiado sin rehacer todo el trabajo. A medida que más bloques son encadenados después de este, el trabajo para cambiar el bloque incluiría rehacer todos los bloques después de este"²⁰. La prueba de trabajo es realizada por los denominados "mineros"²¹.

El denominado "minado", por lo tanto, es la resolución de problemas informáticos, puzzles criptográficos de una deliberada y enorme complejidad, a cambio de una retribución en bitcoins.

Una vez que se resuelve el problema, el 51 % de los nodos²² deben tomarlo por cierto. Una vez que ello ocurre, el minero recibe actualmente 12,5 bitcoins.

Así la cadena de bloques se actualiza constantemente, quedando los "registros" actualizados en los nodos.

La dificultad de dichos problemas fue prevista por el propio Nakamoto de forma tal que evolucionen en complejidad a través del tiempo.

Por ello, en un principio, los particulares en sus casas con una simple computadora podían minar bitcoins. Pero actualmente la complejidad en la resolución ha aumentado de forma tal que se requiere una importantísima inversión económica en hardware y fundamentalmente, en electricidad. Por ello, muchos mineros se han unido formando *pooles* de minería.

Esto genera las dos críticas principales a este método de consenso: por un lado, que requiere inmensas cantidades de energía eléctrica, con las consiguientes complicaciones sociales y ambientales que ello implica y

19 "Number used once".

20 Nakamoto, Satoshi, *Bitcoin: A peer-to-peer electronic cash system*, <https://bitcoin.org/bitcoin.pdf> visto el 23/10/2018.

21 Los mineros, a diferencia de los nodos, participan de forma activa en la seguridad de la cadena ya que realizan la PoW. Se utiliza al término como analogía de los mineros de oro que gastan recursos para agregar oro a la circulación. En el caso del Bitcoin los recursos gastados son tiempo del CPU y electricidad.

22 El consenso es mayoritario, no unánime.

por otro lado, el denominado "ataque estructural mayoritario" o "ataque del 51 %". Es decir, que la blockchain sea robada por la adquisición de suficiente poder computacional. En este sentido se ha dicho que "No requiere demasiada imaginación que países interesados tomen el control de blockchains utilizando recursos del Estado" y además que "hoy, sólo cuatro pooles de minería controlan la mayoría del blockchain de Bitcoin"²³.

En rigor de verdad cuando un ataque de este tipo se produce lo anteriormente consolidado en la blockchain no se elimina -en blockchain nunca nada se elimina- sino que la cadena se bifurca y pasa a considerarse válida la cadena "hackeada".

Clasificación de las blockchain

Las blockchain pueden clasificarse, en función de los permisos requeridos para ser parte en cada una y validar las transacciones realizadas. Siguiendo a Tur Faúndez encontramos tres categorías²⁴: públicas (aquellas en las que cualquiera puede descargar el software requerido para formar parte de la cadena de bloques), federadas o de consorcio (aquellas para las que se requieren determinados permisos de acceso que suelen concederse a los miembros de un determinado colectivo (v. gr. entidades financieras). La validación de las transacciones se controla por un grupo preseleccionado de miembros) o privadas (las autorizaciones para poder realizar transacciones o en su caso insertar programas ejecutables, son concedidas por organizaciones privadas).

Es decir, que la relación P2P se da siempre en las blockchain públicas, pero no necesariamente en las demás.

Otras aplicaciones jurídicas de blockchain

Registro de la Propiedad Inmueble

Se ha publicado en varios medios de comunicación la noticia de que varios países pretenden utilizar la blockchain para sus registros de la propiedad inmueble.

23 Barbieri, Maurice; Gassen, Dominik, "Blockchain – can this new technology really revolutionize the land registry system?", en http://www.notartel.it/export/contenuti_notartel/pdf/Land_Poverty_Conference_Blockchain.pdf visto el 20/11/2018.

24 Tur Faúndez, Carlos, *Smart Contracts-Análisis Jurídico*, Madrid, Editorial Reus, 2018, p. 38.

Conforme Llopis²⁵ los primeros países en plantearlo fueron Honduras y la República de Georgia, pero el proyecto más ambicioso quizás sea el que ha comenzado en Ghana, con intención de expandirse por todo el continente africano, y que pretende registrar títulos de propiedad en blockchain, emitir una moneda digital llamada Cadastrals y respaldar la publicidad mediante contratos inteligentes que permitan asegurar la ejecución de las garantías inmobiliarias de los microcréditos y los contratos gubernamentales de inversión.

Suecia también ha anunciado la intención de trabajar sobre un concepto de uso de la cadena de bloques y los contratos inteligentes no sólo en materia de Registro de la Propiedad, sino en general en las ventas de bienes inmuebles, que parte de la idea de utilizar sistemas de identificación y de firma digital seguras para eliminar o reducir la intervención de agentes externos, como los agentes inmobiliarios o el Registro de la Propiedad.

Del mismo modo se proyecta en Japón²⁶ implementar un Registro Nacional de la Propiedad Inmueble basado en esta tecnología.

Estas novedades a las que hacemos referencia han sido anunciadas -normalmente con bombos y platillos- sin explicar claramente cómo se implementarán los objetivos buscados.

Intentamos buscar en las páginas de los organismos oficiales de los estados mencionados, pero no conseguimos ninguna explicación técnica de la cuestión.

Con esa información -o mejor dicho falta de información- nos permitimos compartir las siguientes reflexiones.

La primera cuestión a dilucidar será qué tipo de blockchain debería implementarse, ¿pública, privada o federada? Recordemos que en nuestro país si bien el registro es público, no cualquiera puede acceder a la información. Debe acreditarse un interés legítimo.

Lo siguiente será determinar cómo otorgar seguridad jurídica a la registración del bloque génesis de un inmueble. Es decir, la primera registración de quién es titular dominial, de qué cargas o gravámenes pesan sobre el inmueble, etc.

25 Llopis, José Carmelo, "Blockchain y profesión notarial", en Revista El notario del siglo XXI N° 70, Colegio Notarial de Madrid, noviembre-diciembre 2016, p. 52.

26 <https://www.criptonoticias.com/aplicaciones/gobierno-japones-reinventara-registro-propiedades-blockchain/> visto el 11/12/2018.

Tal como ocurre con las criptomonedas el bloque génesis es el único que no podrá tener consenso de la comunidad ya que la información que contiene es externa a la blockchain y por lo tanto, inverificable. Por ello: ¿quién debe realizar esa primera "inscripción"? ¿No debería ser un profesional del derecho capacitado y facultado por la ley para realizar un control de legalidad?

Y, por otro lado, ¿qué ocurriría si hubiera un error en esa primera "inscripción"?

En cuanto a una cuestión más técnica, se sostiene que no es conveniente acumular una cantidad importante de información en la blockchain. Normalmente se utiliza el sistema de referencia y la vinculación a un documento que no se encuentra "guardado" en el bloque, como comentábamos en el acápite referido al "hash".

Es decir, en general, la blockchain no es autosuficiente en cuanto a documentos "pesados". Esto implica que resulta difícil ver cómo operará la publicidad de cualquier otra cuestión que no sea la mera transacción (derechos de disfrute, regímenes protectorios de la vivienda, medidas cautelares, desmembramiento de dominio, incluso el mismo condominio, etc.). ¿Podría hacerse en la blockchain? ¿O habría que utilizar un sistema de vinculación?

Por otro lado, ¿quién tendría la clave privada que permitiría el acceso al registro de un inmueble? ¿El titular? ¿O el registro? En caso de que la tenga el titular, entre muchas otras cuestiones referidas a la seguridad jurídica, ¿cómo podrían inscribirse cuestiones extracontractuales, como medidas cautelares? En caso de que la tuviera el registro -o el registrador- la blockchain sería únicamente un medio técnico de registración sin mayor modificación al sistema registral. Como en nuestro país se ha pasado de folio personal a folio real se pasaría a un folio blockchain.

En ese sentido, se ha dicho que la blockchain puede "servir, bajo determinadas premisas regulatorias, como complemento, refuerzo y apoyo eficiente a la función registral, en la medida en que la cadena de bloques sea utilizada de forma selectiva y racional. Siempre en un sistema permissionado con una finalidad de: a) refuerzo probativo y del control de aseguramiento a la hora de fijar el contenido de las transacciones que se desarrollan en la red, cuando se refieran a relaciones jurídicas cuyos títulos sean posible objeto de registración conforme al Derecho registral (...) b) Acreditación de la titularidad o de la propiedad privada, nacida en la propia cadena o fuera de ella, referida a un título inscribible, para cumplir la función certificadora propia de la publicidad formal. (...)”²⁷.

27 Ibañez Jiménez, Javier *Wenceslao, Derecho de Blockchain...*, cit., p. 405.

.....

Pero, por otro lado, ¿qué ocurriría en caso de error en el volcado de datos? Es cierto que en nuestro sistema registral nada "se borra" sino que se subsana a través de un nuevo asiento o una nota. En ese sentido, el asiento no desaparece del mismo modo que no desaparece el bloque de la cadena. Sin embargo, actualmente, la sucesión de bloques se da por transacciones, no por modificaciones de datos de la transacción. Por ello, resulta difícil visualizar cómo podría consignarse un cambio, sobre todo si el registro se plantea en la blockchain propiamente dicha y no vinculado a ella.

Por nuestra parte, consideramos que la blockchain puede ser útil en sistemas registrales como el Torrens. Recordemos -muy a grandes rasgos- que en este sistema quien quiere transmitir un inmueble y quien quiere adquirirlo concurren al registro con unos formularios que sencillamente se descargan de una página web y ellos mismos completan (la página tiene "ayudas" para determinar, por ejemplo, los datos físicos del inmueble), pagan las tasas correspondientes y realizan el trámite. La seguridad del sistema se basa en la ficción de que cuando se realiza una transmisión el inmueble vuelve al Estado²⁸ y este lo transmite al adquirente. Por ello, por ejemplo, si quien transmitió una finca no era su *dominus*, el dueño real recibirá del Estado la correspondiente indemnización por daños y perjuicios, pero no podrá perseguir el inmueble.

En ese contexto la implementación de un registro blockchain podría incluso aportar mayor seguridad porque resultaría una base de datos más difícil de alterar fraudulentamente y no modificaría la seguridad jurídica del tráfico porque existirían los mismos riesgos que existen en la actualidad.

Sin embargo, nuestro derecho no ha elegido un sistema como el Torrens. Lo cual responde a la idiosincrasia jurídica de nuestra sociedad y a la realidad material. No es necesario mencionar lo que cuesta imputar de responsabilidad al Estado en nuestro país, y lo que se demora el cumplimiento de la sentencia una vez que se logra, al punto tal que a veces puede hasta devenir antieconómico iniciar un litigio.

Por ello, consideramos que en el sistema registral de nuestro país la implementación de la blockchain, al menos con el desarrollo actual, podría llevar a más complicaciones que soluciones.

28 Quien era el titular primigenio de toda la tierra local.

Registro Civil

El 8 de noviembre de 2015 nació una bebita de nombre Roma, hija de un programador argentino llamado Santiago Siri.

El padre de la bebé filmó su nacimiento y lo registró en la blockchain de Bitcoin con el hash: bc692d6a663a0dc8886431d0c685df6cc380e7b71125ed-c2401527a32d87c4b1.

Siri sostiene que el hecho fue una "declaración soberana de ciudadanía planetaria".

En el mismo tenor, se sostiene que registrar las identidades de las personas en blockchain podría ser muy útil para situaciones en que aquellas personas que deban salir de su país y no puedan volver a tener acceso a este, por ejemplo, los refugiados, puedan llevar con ellos su identidad "oficial" lo que generaría muchas ventajas para ellos mismos (no estarían indocumentados con todo lo que ello implica) y para la sociedad (por ejemplo, para poder identificar a un criminal peligroso).

En cuanto a un primer aspecto, la cuestión de la nacionalidad (entendemos que a ello se refiere la "ciudadanía planetaria") es sumamente compleja. La inscripción de las personas en una red global descentralizada implicaría justamente que no se tome en cuenta el lugar de nacimiento y por ende no tenga una nacionalidad "de origen", o al contrario, como enarbola la frase que "el mundo" sea su nacionalidad. Si bien a nuestro juicio derribar fronteras es un objetivo muy loable, nos preguntamos si la sociedad está preparada para ello y qué consecuencias tendría en la comunidad mundial -filosófica y socialmente- sobre todo en un mundo en el que aún existe la xenofobia y la discriminación y en el que hay una brecha económica y cultural muy marcada entre los distintos países.

En cuanto a la cuestión identificatoria propiamente dicha entendemos, por un lado, que un video no es suficiente identificación de un niño tan pequeño cuya fisonomía comenzará a cambiar en cuestión de días. Es cierto que tampoco es representativa la foto del DNI de un niño de esa edad. Sin embargo, sí son sumamente relevantes los datos biométricos. Si pudieran registrarse los datos biométricos en la blockchain, podría ser de utilidad.

Por otro lado, recordemos que blockchain es inmutable. En cambio, la inscripción primigenia de una persona puede serlo o no. Por supuesto que puede modificarse el estado civil de las personas, pero también puede modificarse su filiación por adopción o por reconocimiento de alguno de los progenitores con posteriori-

dad al nacimiento. Puede darse el caso también de que la persona realice la opción de la Ley 26.743 de identidad de género y mute, además del género registrado, su nombre de nacimiento.

Si bien en todos los casos existe en la registración una referencia a la inscripción original esta referencia no siempre es, ni debe ser por respeto a la dignidad de las personas, absolutamente pública²⁹.

A nuestro juicio, el requisito del interés legítimo, sobre todo en materias de identidad y filiación, responde al resguardo de la intimidad de las personas y contiene muchas veces datos sensibles que no tienen por qué ser divulgados. Menos aún con la imposibilidad de derecho al olvido que, como veremos, implica esta tecnología.

Por ello, debe extremarse la precaución en la implementación de esta herramienta en vinculación con la identidad de las personas sin perderse de vista que hay derechos humanos fundamentales indudablemente superiores a cualquier beneficio de la publicidad o la irrevocabilidad.

Blockchain y la protección de datos personales

La cuestión planteada en esta parte es inmensa y de suma relevancia. No es la intención del presente ahondar en la blockchain en sí (su exposición es meramente a los fines de comprender la tecnología detrás de los *smart contracts*) por lo que no pretenderemos hacer un análisis profundo de esta problemática, pero no podemos dejar de mencionarla por su importancia. La información contenida en la blockchain puede, en muchos casos, referirse a datos sensibles de las personas. Si bien en algunas blockchains (como la de Bitcoin) los datos son anónimos, esa anonimidad no es irreversible por lo que se ha dicho que en realidad los datos no son "anónimos" sino "pseudónimos" ya que por diversos medios cabe averiguar cierta información sobre el sujeto -por ejemplo, por las transacciones que realiza, por los patrones de actuación, por medio de las IP utilizadas-³⁰.

Por otro lado, en relación, en principio parecería que no sería viable al "derecho al olvido"³¹.

29 En el caso de nuestra Ley de Identidad de Género entraría en absoluta contradicción con el deber de confidencialidad impuesto en la norma.

30 Legeren-Molina, Antonio, "Retos jurídicos que plantea la tecnología de la cadena de bloques. Aspectos legales de blockchain", Revista de Derecho Civil, Volumen VI, Número 1, enero-marzo 2019, Madrid, Notarios y Registradores, p. 193 y ss.

31 A todo interesado le asiste en las circunstancias que en él se señalan el derecho a "obtener sin dilación indebida del responsable del tratamiento la supresión de los datos personales que

SEGUNDA PARTE: LA "AUTOMATIZACIÓN" DEL DERECHO

SMART ¿CONTRACTS?

En muchas charlas, cursos y páginas de internet, al explicar la cuestión se define, sin dudar, al *smart contract* (SC) como un "contrato autoejecutable". Por supuesto que ello implica, para sus partidarios, un cambio de paradigma jurídico ya que como el contrato se ejecuta solo, no serán necesarios abogados litigantes ni jueces que resuelvan controversias. Lo pactado deberá cumplirse porque "el código es la ley". El código de programación por supuesto, no el Código Civil y Comercial. Veamos qué hay de cierto en esa polémica afirmación.

¿Qué es un contrato?

Nuestro Código Civil y Comercial de la Nación (CCyC) en su art. 957 define contrato como "el acto jurídico mediante el cual dos o más partes manifiestan su consentimiento para crear, regular, modificar, transferir o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales".

Sus elementos esenciales son: el consentimiento, el objeto y la causa-fin³². Sin esos elementos no hay contrato.

Por otro lado, la evolución en la materia ha hecho que hoy sea imposible hablar de derecho contractual sin referirnos al derecho del consumidor y a la contratación por adhesión a cláusulas predispuestas, nociones que surgieron en contraposición del clásico contrato paritario del derecho napoleónico.

En este contexto aparece la tecnología blockchain que propende técnica y filosóficamente la vinculación P2P, recordemos, "de par a par", "entre pares", "inter pares" o como queramos traducirla. Cualquiera de las nociones implica paridad que, en definitiva, implica ni más ni menos que igualdad³³.

le conciernan, el cual estará obligado a suprimir sin dilación indebida los datos personales". (Artículo 17 del Reglamento (UE) 2016/679).

32 Para algunos autores como Borda la forma es elemento esencial en los contratos cuya forma clasifica como solemne absoluta, como la donación de inmuebles. Sin embargo, al no ser una postura unánimemente aceptada por la doctrina, la dejaremos fuera del análisis.

33 Para la RAE, Paridad, en su segunda acepción, significa "Igualdad de las cosas entre sí".

Utilizando la tecnología blockchain aparecen los SC.

Veamos brevemente qué son y cómo funcionan y veamos en qué sentido podemos hablar de contratos y de paridad en estos casos.

¿Qué es un SC?

Existe bastante consenso en admitir que el criptógrafo y jurista -según Wikipedia aunque no sabemos exactamente a qué se refiere- Nick Szabo fue el primero en acuñar el término.

Dice el autor: "Nuevas instituciones y nuevas formas de formalizar las relaciones que las conforman, son actualmente posibles gracias a la revolución digital. Llamo a estos nuevos contratos 'inteligentes' porque son mucho más funcionales que sus inanimados ancestros basados en papel. Esto no implica el uso de inteligencia artificial. Un contrato inteligente es un conjunto de promesas, especificadas en forma digital, incluyendo protocolos dentro de los que las partes cumplen estas promesas"³⁴.

Dicha definición puede desarticularse de la siguiente manera:

"un conjunto de promesas": no se indica que las promesas deban ser emitidas por más de una parte, por lo que, como acto jurídico, podríamos encontrarnos ante un acto jurídico unilateral. Tampoco se indica que esas promesas deban tener contenido jurídico. Ya en este primer punto se descartaría entonces que el SC sea contrato.

"especificadas en forma digital": esto significa que está escrito en código de programación dentro de un software. No se vincula con su carácter contractual, ya que se incluiría dentro de la cuestión de la forma en que se expresa la voluntad.

"incluyendo protocolos": un protocolo informático en la forma de algoritmo constituye un conjunto de reglas sobre cómo cada parte debería procesar datos en relación a un SC. Esto permite que ciertas acciones, como la efectivización de un pago, sean llevadas a cabo informáticamente³⁵.

34 Szabo, Nick, "Smart Contracts: Building Blocks for Digital Markets" en http://www.fon.hum.uva.nl/rob/Courses/InformationInSpeech/CDROM/Literature/LOTwinterschool2006/szabo.best.vwh.net/smart_contracts_2.html visto por última vez el 14/11/2018. La traducción nos pertenece.

35 *Smart Contracts Alliance* en colaboración con Deloitte. Una iniciativa de la Cámara de Comercio Digital. "Smart Contracts: 12 Use Cases for Business & Beyond A Technology, Legal &

"dentro de los cuales las partes cumplen estas promesas": la idea del cumplimiento automatizado es el corazón de un SC. Veremos más adelante si estas promesas implican necesariamente contenido contractual.

Szabo considera que la "humilde máquina expendedora" es un ancestro primitivo de los SC dada la automaticidad en la ejecución de su mecanismo: se inserta el dinero y se expende el producto.

Tal como se ve, el autor no apunta una definición jurídica, sino que focaliza la cuestión de la ejecutabilidad.

Actualmente se ha definido el SC como "un programa o software que contiene una serie de instrucciones para ser ejecutadas y también a sus correspondientes *protocolos ejecutivos o de instanciación* informática (iniciación o incoación dirigida por programas informáticos), que despliegan una *acción o actuación automática en un sistema no controlado humanamente*; con la finalidad de que, sin intervención de personas, se pueda materializar o realizar efectivamente sobre la infraestructura y en la plataforma habilitada al efecto en la red una serie de instrucciones programadas, o hacer cumplir las órdenes asociadas a tales instrucciones. Naturalmente el programa en cuestión viene integrado por una serie de piezas, ensambladas o compuestas sobre un determinado código informático. De hecho, el SC se estructura en forma de código, que, al regir sobre las transacciones de la red, se reputa en cierto sentido figurado, aunque no exento de repercusión jurídica, como *ley (code is lex)*, de cumplimiento automático e irrevocable"³⁶.

En síntesis, "los contratos inteligentes reúnen cuatro notas: 1º tienen un programa informático; 2º están basados en la tecnología de la cadena de bloques (blockchain); 3º que se autoejecutan y 4º no es necesaria la intervención de las partes (para su ejecución)"³⁷.

Naturaleza jurídica: *smart contract* (SC) vs. *smart legal contract* (SLC)

De las definiciones aportadas hasta ahora, no surgen necesariamente elementos coincidentes entre la definición de contrato y la definición de SC.

Más aun, en la práctica, por ejemplo, "cabe programar un *smart contract*, (...)

Regulatory Introduction", <http://digitalchamber.org/assets/smart-contracts-12-use-cases-for-business-and-beyond.pdf> visto el 14/11/2018.

36 Ibáñez Jiménez, Javier Wenceslao, *Derecho de Blockchain...*, cit., p. 56. El destacado nos pertenece.

37 Rodríguez García, José Antonio, "¡El futuro ya está aquí! Derecho e inteligencia artificial", en Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías Número 48, septiembre-diciembre 2018, p. 74.

para construir un chat, desarrollar funciones de enlace telemático o procesos de comunicación en una aplicación³⁸. De dicho SC, entonces, no parecería haber concurrencia de voluntades, ni siquiera consecuencias jurídicas.

Por ello, a nuestro juicio y coincidiendo con la mayoría de la doctrina jurídica en la materia, el SC es en todos los casos, un código informático. Luego, dependiendo de su objeto podrá tener consecuencias jurídicas o no y, a su vez, esas consecuencias jurídicas podrán ser contractuales o no.

Así pues, muchos prefieren referirse al SC este como "smart agent" (o agente inteligente) para no generar confusiones respecto a su carácter no contractual.

Tal vez esa terminología sería más adecuada, pero ya se ha implantado socialmente el término SC por lo que modificarlo generaría -aun más- confusión.

Por lo tanto, para referirse a aquellos supuestos que sí generan consecuencias contractuales se ha optado por hablar de *smart legal contracts* (SLC) o *enforceable or legally binding SC*.

En este caso "sí se trata de contratos, operaciones o transacciones con forma de negocios jurídicos bilaterales. Cuya peculiaridad esencial estriba en haberse diseñado sobre un lenguaje y empleando sistemas informáticos específicos para celebrarse, discurrir y ejecutarse en una blockchain (...). En este supuesto, no parece discutible la afirmación de que el diseño del programa se orienta precisamente a la celebración y ejecución de un contrato (1262 CC)³⁹. Aquí, el SC es la *expresión informática codificada de un contrato, donde los términos pactados se expresan en un código*. En otros casos, si el SC está orientado a realizar funciones de enlace telemático en la red, conexión con aparatos IoT, o procesos automáticos de comunicación en la infraestructura o en las aplicaciones, el SC no es una operación jurídica. Esta matización es importante para desechar afirmaciones imprecisas o genéricas inductoras a no pocas confusiones entre los juristas⁴⁰.

¿Cómo se "formalizan" los SLC?

Los SLC pueden formalizarse:

38 Legeren-Molina, Antonio, "Retos jurídicos que plantea la tecnología de la cadena de bloques...", cit., p. 223.

39 El autor se refiere al Código Civil español.

40 Ibáñez Jiménez, Javier Wenceslao, *Derecho de Blockchain...*, cit., p. 89.

- Totalmente en código⁴¹.
- En código, pero con una versión separada en lenguaje natural.
- Contrato en lenguaje natural con cumplimiento codificado.
- Contrato en lenguaje natural con mecanismo de pago codificado⁴².

Para ello, existen varias posibilidades.

Por un lado, podremos utilizar una plataforma que sirva al efecto. En general, en estos casos, las opciones se limitan a las opciones predeterminadas con las que cuente la misma. Por lo que a los efectos de la manifestación de la voluntad no habrá mucha diferencia con el completar un formulario preimpreso. Muchas veces, además, estas páginas no son gratuitas, por lo que para utilizarlas habrá que pagar un cierto valor⁴³.

En este caso, uno de los sujetos deberá emitir la oferta y el SLC permanecerá en estado latente, hasta que reciba un mensaje de datos indicando su aceptación. "La perfección del contrato se producirá en el preciso instante en el que cada una de las partes desarrolle los actos que, previamente, se hayan programado como necesarios en la aplicación residente en el *front end*⁴⁴ para considerar válidamente emitido el consentimiento de las partes. En todo caso, deben definirse en la aplicación los concretos actos que, como manifestación de consentimiento indubitado, generará la remisión de un mensaje de datos al *smart contract* residente en el *back end*, a fin de que inicie automáticamente el proceso de ejecución. Sin perjuicio de lo expuesto anteriormente, no existe duda de que, en la mayoría de los *contratos legales inteligentes*, el prestador de servicios de la sociedad de la información será parte predisponente, siendo múltiples las ocasiones en las que la otra parte ostentará, además, la condición de consumidor y usuario⁴⁵.

Por supuesto que no es obligatorio utilizar una plataforma para plasmar el SLC totalmente en código. Podría escribirse, por ejemplo, en la block-

41 A nuestro juicio, con el actual "estado del arte" consideramos que esto será recomendable en cuestiones extremadamente claras y sin matices.

42 *Smart Contracts Alliance* en colaboración con Deloitte. "Smart Contracts: 12 Use Cases for Business & Beyond", cit.

43 No decimos dinero ya que muchas veces se acepta el pago en criptomonedas que no son consideradas dinero propiamente dicho.

44 Muy básicamente y a grandes rasgos el *front end* es lo que el usuario ve o puede hacer. El *back end*, por el contrario, se refiere a la administración de datos, software, etc, todo aquello que hace que la página web, plataforma, etc., funcione.

45 Tur Faúndez, Carlos, *Smart Contracts...*, cit., p. 74.

chain de Ethereum. Para ello, será necesario manejar el lenguaje de programación pertinente, en este caso, Solidity. Entendemos que la gran mayoría de las personas no estaría materialmente capacitada para ello. "Escribir contratos tradicionales requiere años de estudio. Escribir contratos inteligentes requiere, por lo menos, el mismo nivel de preparación. Y, sin embargo, muchos son escritos por novatos que no son realmente conscientes de la importancia de la seguridad"⁴⁶.

Por ello, quien elija esta opción muy probablemente deberá contratar los servicios de un programador cualificado.

Por otro lado, la opción "mixta" -que por ahora es la más habitual- es formalizar el contrato en parte en formato SC en parte en formato "clásico".

Es decir, que, por un lado, debe redactarse el contrato "tradicional". Nadie niega que las partes puedan redactarlo, pero, normalmente -y recomendable- acuden para ello a un profesional del derecho. Luego, se debe realizar el proceso informático requerido para generar la automatización. Por supuesto que si no estamos medianamente alfabetizados tecnológicamente no podremos realizarlo por nuestra cuenta y deberemos contratar a un profesional de la informática para que lo haga. En cualquiera de los casos mencionados, los profesionales de la informática saben programación pero no derecho, por lo que para redactar un texto que resulte acorde a nuestra voluntad jurídica -y prevea las vicisitudes que puedan acaecer y, por ejemplo, detener la autoejecución del SC-, tendríamos que recurrir a un jurista.

Por ello, a nuestro juicio, la pretendida contratación segura sin necesidad de intermediarios que pregona la blockchain no resulta así en la práctica. Muchos intermediarios siguen siendo necesarios. Algunos los requiere el propio sistema, como los oráculos -ya los veremos con detalle más adelante-. Otros, los requiere la seguridad informática: los programadores; y otros los requiere la seguridad jurídica: los operadores del derecho.

El consentimiento en los SLC

Respecto al consentimiento en los SLC se ha dicho "Habrà que poner en cuestión la categoría tradicional de los vicios del consentimiento por ser inad-

46 Song, Jimmy, "The truth about smart contracts", en <https://medium.com/@jimmysong/the-truth-about-smart-contracts-ae825271811f>, visto por última vez el 14/11/2018.

cuada debido a las exigencias actuales del tráfico jurídico en el mercado digital, por lo tanto, aludir al error. Por ejemplo, en este ámbito negocial solamente sería posible empleando una 'ficción jurídica', como ha señalado la doctrina jurídica. Estos problemas se irán produciendo al ritmo de la implantación de la denominada "internet de las cosas" que hará posible que nuestro frigorífico contrate con la tienda para comprar lo que falte, lo cual puede plantear dudas sobre la voluntad de las partes"⁴⁷.

Sin dudas, el consentimiento ha sido el elemento esencial del contrato que más mutaciones ha sufrido a lo largo de la historia. Desde el liberal consentimiento clásico se pasó al consentimiento del consumidor o del contrato celebrado por adhesión a cláusulas predispuestas plagado de presunciones protectorias propias del orden público.

Esta mutación, sin embargo, ha tenido como fin amparar a la parte más débil de la contratación: el consumidor o el adherente.

Lo planteado por el autor antes citado, por el contrario, parecería transitar por el camino opuesto... reducir el contralor y, ni siquiera volver al consentimiento napoleónico, sino ir más allá, presumir consentimiento aún cuando no fuera emitido -por ejemplo, por estar viciado-.

El fundamento de dicha postura sería el no interrumpir el flujo del tráfico comercial.

Sin dudas, la afirmación antedicha implicaría un cambio de paradigma en el instituto del consentimiento contractual.

Como todo cambio, debe ser analizado en profundidad. A nuestro juicio, los vicios de la voluntad que afectan al consentimiento seguirán existiendo más allá de la velocidad que el mercado requiera, seguirá habiendo error, dolo y violencia del mismo modo en que existen en el mundo jurídico no informático. Y creemos que esos vicios no pueden nunca dejar de tener relevancia jurídica.

Estos vicios, incluso actualmente, son muy difíciles de probar y lo serán más aún en un contexto tecnológico, pero creemos que no deberían ser extirpados del sistema legal.

Menos aún debería ser eliminada la manifestación de la voluntad. Podemos entender una presunción como la de la Ley 25.506⁴⁸, pero no podemos admitir la

47 Rodríguez García, José Antonio, "¡El futuro ya está aquí!...", cit., p. 74.

48 Artículo 7º: Presunción de autoría. Se presume, salvo prueba en contrario, que toda firma digital pertenece al titular del certificado digital que permite la verificación de dicha firma.

falta de manifestación. Para nosotros deberá ser imperativamente requerida.

Más aún, se ha interpretado que la utilización de los SLC será atractiva "especialmente para el sector bancario, asegurador y de grandes suministros como el eléctrico"⁴⁹. Estos son por antonomasia los ejemplos de contratación por adhesión.

Entonces, una vez más, debemos hacer la distinción entre la terminología tecnológica y la jurídica: la blockchain enarbola como bandera el relacionamiento P2P. Pero esa relación interpares será al solo efecto de la distribución de la data, pero no respecto a la modalidad de contratación. Por el hecho de que se contrate utilizando esta tecnología no se debe inferir que la contratación es entre pares, nada obsta a que la contratación sea B2B⁵⁰ o B2C⁵¹.

En esos casos, a nuestro juicio, no caben dudas respecto a que serán de aplicación las normas sobre derecho de consumo y sobre adhesión en los casos en que sea pertinente. Por ello, los SLC deben proporcionar a las partes información clara, precisa, exhaustiva y comprensible.

La autoejecutabilidad de los SLC. Algunas referencias al derecho anglosajón

La gran columna vertebral del SLC es su "autoejecutabilidad": lo que se pacta se cumple tal como ha sido pactado. Nos preguntamos: ¿siempre el SC ejecuta las prestaciones pactadas o, en realidad, está aplicando una figura jurídica diferente?

Veamos dos ejemplos:

"En el sector de los seguros, la compañía AXA tiene un 'contrato inteligente' que está basado en tecnología Ethereum y cubre los daños derivados del retraso del vuelo. Para completar si se produce esta 'condición', el contrato está vinculado a bases de datos mundiales de tráfico aéreo. Cuando se detecta que un avión ha llegado con demora, el contrato se ejecuta automáticamente: la aseguradora paga la indemnización debida, sin necesidad de que el pasajero formule reclamación alguna"⁵².

49 Fernández-Tresguerres García, Ana, "El derecho privado europeo en la transformación digital", discurso leído el 10/12/2018 en el acto de su recepción como Académica de número en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Thomson Reuters Aranzadi, Madrid, 2018, p. 191.

50 *Business to Business*.

51 *Business to Consumer*.

52 Rodríguez García, José Antonio, "¡El futuro ya está aquí!...", cit., p. 74.

A nuestro juicio, en este caso podríamos hablar de ejecución automática de las prestaciones.

Pero veamos el siguiente ejemplo: según Granero la compañía automotriz Toyota está experimentando con la tecnología SC del siguiente modo: "a medida que los coches estén conectados a internet, si una persona adquirió un vehículo en cuotas y no realiza un pago financiero, se dará un aviso automático e inmediato al fabricante para que éste impida que el automóvil pueda ser encendido"⁵³.

No sabemos exactamente a qué se refiere el autor como "pago financiero" pero supongamos que el contrato se realizó con la utilización de criptomonedas, que es lo habitual en la mayoría de estos casos: el adquirente se compromete a pagar, digamos un Bitcoin mensual por un término de seis meses por la compra de un automóvil. Entendemos que al ser una operación en cuotas no puede exigirse del comprador que tenga en su wallet esos 6 bitcoins al momento de la operación. Bastará que tenga un Bitcoin en cada fecha de vencimiento.

Ahora bien, supongamos que al tercer mes, el comprador tiene cero bitcoins en su wallet. El pago no puede realizarse, entonces el SC avisa al vendedor y este⁵⁴ inmoviliza el automóvil. El comprador ya no puede encenderlo.

Nos preguntamos: ¿es esto ejecutar el contrato? Creemos que no. Ejecutarlo hubiera sido que el comprador no haya querido pagar el Bitcoin debido y que el SC lo hubiera transferido de igual modo, pero en este caso, al no existir ese Bitcoin en la dirección pautada en el SC este no puede "fabricarlo". A nuestro juicio la figura que aplica sería, en principio, una suspensión de cumplimiento en los términos del art. 1031 CCyC. Es decir, hasta tanto el comprador no cumpla con su prestación -no pague el Bitcoin debido- el vendedor no le permite la utilización del vehículo. Tal vez, dependiendo de cómo haya sido programado el SC en vez de suspensión, podríamos incluso encontrarnos ante una cláusula resolutoria implícita (art. 1087 del CCyC).

Es decir, que nuestra primera conclusión no puede ser otra que la siguiente: el SC ejecuta automáticamente y sin intervención de las partes las órdenes que se le han incorporado pero ello no implica necesariamente la ejecución del contrato entendida como el cumplimiento efectivo de la prestación debida.

Se ejecutan los comandos predispuestos en el SC, aquellos que quedan fuera del alcance de las partes, pero no se ejecuta el contrato.

53 Granero, Horacio R., "Los contratos inteligentes y la tecnología 'blockchain' (su encuadre en el Código Civil y Comercial de la Nación)", publicado en eDial DC24BB, p. 1.

54 El autor citado no explica utilizando qué tecnología exactamente pero entendemos que se refiere a lo que explicaremos en la nota al pie 63 del presente.

Más allá de esta opinión, consideramos que debemos preguntarnos: en caso de que -como en nuestro ejemplo N° 1- el SC sí ejecute el contrato, ¿es esta acción jurídicamente valiosa en todos los casos?

Para responder a esta pregunta debemos recordar que en el sistema del *common law* el remedio principal ante el incumplimiento contractual (*breach of contract*) es la indemnización por daños y perjuicios y no la ejecución forzosa de la prestación. De ello surge como lógica la bienvenida a un sistema "autoejecutable" porque muchas veces el interés del contratante versa sobre el valor de la prestación y no sobre la prestación en sí.

Sin embargo, en el sistema continental esto no es así. Salvo excepciones, como que la prestación sea *intuitu personae* -o que su coerción atente contra cuestiones de orden público o garantías personales- en principio cualquier obligación de dar o de hacer es ejecutable⁵⁵. Es decir, el acreedor puede exigir la prestación en lugar de los daños y perjuicios. ¿Sería esto posible en el ejemplo que mencionamos?

Por otro lado, el SC enarbola la bandera de la irrevocabilidad sin tener en cuenta que lo irrevocable no siempre es útil ni siempre es justo.

Figuras ya largamente arraigadas en nuestro derecho como la frustración del fin del contrato, la teoría de la imprevisión, la nulidad de cláusulas abusivas, etc. -ni hablar de caso fortuito o fuerza mayor o de nulidad del contrato- implican el no cumplimiento legalmente aceptado o la revisión de las prestaciones tal como habían sido pactadas en el momento del perfeccionamiento y por ende, un cumplimiento distinto al "original".

Estas elaboraciones obedecen, ni más ni menos, que a la noción de justicia que impera en nuestra sociedad. Y eso no puede ser dejado de lado sin más por la tecnología.

Por otro lado, recordemos que, en el ámbito del Derecho anglosajón, "Las normas escritas⁵⁶ que se ocupan del Derecho de contratos dan por supuesta la teoría general del contrato tal y como ha sido desarrollada por el *common law*, de modo que no se ocupan de definir ni restablecer los principios generales en materia de contratos"⁵⁷.

55 El ejemplo más cercano para nosotros al respecto es el juicio de escrituración.

56 *Statutes o acts*.

57 Cartwright, John, "Una introducción al derecho de contratos inglés" (traducción y notas aclaratorias realizadas por Juan Pablo Murga Fernández) en: Hornero Méndez, César, Espejo Lerdo de Tejada, Manuel, Oliva Blázquez, Francisco (Directores), Murga Fernández, Juan Pablo

En consecuencia, la redacción de los instrumentos, en este sistema legal, tiende a ser mucho más detallada que en el derecho continental. Para que ciertas circunstancias -incluso en algunos casos, hasta la fuerza mayor- tengan consecuencias legales deben estar previstas en el contrato o deben así ser determinadas judicialmente. No existen, en general, normas escritas supletorias que se efectivicen ante el silencio de las partes.

Por ello, es necesario prever la mayoría de las variables posibles de un negocio jurídico y dejarlo plasmado en el contrato escrito.

En este contexto, entendemos que los requisitos de redacción del SLC sean acordes a lo antedicho: el código debe prever todas las contingencias probables para que el contrato se ejecute conforme a la voluntad de las partes.

Sin embargo, en nuestro derecho existe la norma contractual particular y la norma "legal" supletoria. Por ello, hay materia que es ley para las partes aunque no se encuentre plasmada en el contrato. Este sistema de derecho, a nuestro juicio, choca culturalmente con los requisitos de redacción del SLC, por ello, consideramos que esta circunstancia debe ser tenida en cuenta al momento de valorar los beneficios o no de la autoejecutabilidad en nuestro sistema legal.

INTERNET DE LAS COSAS / INTERNET OF THINGS (IOT)

¿Es posible celebrar SLC sobre cosas?⁵⁸ Sin dudas, en el marco de la autonomía de la voluntad, es posible.

Debemos hablar, entonces, del internet de las cosas (IoT).

El IoT supone la interconexión a través de internet de cualquier cosa⁵⁹ a la que se le pueda asignar una identidad digital que pueda ser rastreada y verificada. Esto se logra a través de "un dispositivo emisor y/o receptor de información

(Coordinador), *Derecho de contratos: nuevos escenarios y nuevas propuestas*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi Thomson Reuters, 2016. p. 31.

58 Cosas del mundo físico, si vale la aclaración.

59 En su acepción habitual sin connotación tecnológica alguna, "desde una zapatilla a un atún (prueba de concepto real por Chronicled y Provenance respectivamente)", Lewis, Rhian, "Internet of things and blockchain technology: how does it work?" en <https://cointelegraph.com/news/internet-of-things-and-blockchain-technology-how-does-it-work> visto el 14/11/2018.

mediante radiofrecuencia".⁶⁰ Actualmente lo más habitual es la utilización de chips NFC⁶¹ o BLE⁶² pero no son las únicas posibilidades⁶³.

Según relatan los responsables de Gartner Inc., a finales de 2017 habría 8.400 millones de "cosas" conectadas a internet, lo que supone un incremento del 31 % respecto a 2016, y se alcanzaría la cifra de 20.400 millones en el año 2020⁶⁴.

Habitualmente la forma de vinculación de la blockchain con el objeto es a través de la tokenización. La palabra token literalmente se traduce como ficha o vale, pero tiene diferentes acepciones según relacione con la seguridad informática, con la programación o con la tecnología blockchain.

"Existen distintos tipos de tokens, y si bien no hay una única y consolidada clasificación sobre ellos, podemos en principio separarlos de la siguiente manera: (a) El token como divisa o moneda (*payment tokens* o *cryptocurrencies*), que se usa como medio de pago entre los participantes de una plataforma o sistema. (b) El token como cupón digital, que da derecho a acceder a servicios o funcionalidades (*utility tokens*, *user tokens* o *app coins*). (c) El token como un valor negociable (*tokenized securities* o *asset tokens*), que representa un activo, una deuda o una participación en los futuros ingresos o en el aumento del valor de la entidad emisora o de un negocio. También podemos hablar de tokens híbridos, que son aquellos en los que concurren varias funcionalidades"⁶⁵.

En cuanto nos interesa para el presente, podemos decir que es una unidad de valor emitida por una entidad privada. Específicamente en el ámbito del IoT

60 Tur Faúndez, Carlos, *Smart Contracts...*, cit., p. 116.

61 *Near Field Communication* o comunicación de campo cercano.

62 *Bluetooth low energy* o *Bluetooth* de bajo consumo.

63 En vehículos y grandes máquinas móviles, resulta extremadamente útil el inmovilizador automático de motor, en tanto será este instrumento el que, en definitiva, atribuya a una u otra parte el control sobre los mismos. El dispositivo inmovilizador, deberá ser reprogramable, mediante conexión inalámbrica externa e ir unido a un elemento de geolocalización a fin de que la detención del motor se produzca, únicamente, cuando el elemento esté detenido y fuera de peligro. Mas información sobre dispositivos de inmovilización (en inglés) en sitio web: <https://en.wikipedia.org/wiki/Immobiliser>. (Tur Faúndez, Carlos, *Smart Contracts...*, cit. p. 118, nota al pie 169). Es obvio que no se puede automatizar la entrega remota de un martillo mediante claves, pero si la de cualesquiera vehículos, buques, aeronaves, maquinaria industrial e incluso edificios que hayan sido dotados de tecnología que permita el control automático de bloqueo, apertura y cierre y de los suministros de agua, gas y electricidad. Tur Faúndez, Carlos, *Smart Contracts...*, cit., p. 118, nota al pie 170.

64 Tur Faúndez, Carlos, *Smart Contracts...*, cit. p. 115.

65 Mora, Santiago J., "La tecnología blockchain...", cit., p. 6.

podemos decir que el objetivo del token es el de representar digitalmente una cosa o a un activo. Muy sobre-simplificadamente: "tokenizo" una mesa. Si tengo derecho a ese token tengo derecho a esa mesa.

En realidad, si bien puede parecer una noción extraña, nosotros ya utilizamos la idea de "token" en nuestra vida cotidiana: cuando pagamos un pasaje de avión con millas o utilizamos un cupón para obtener algún objeto gratis cuando adquirimos otro. En esos casos no intercambiamos el pasaje o el objeto por dinero o monedas sino por algo al que se le otorga una representación de valor⁶⁶.

Ahora bien, como ya mencionáramos lo "escrito" en el SLC será autoejecutable. La lógica del programa era que si A entonces B.

En el caso de la IoT una de esas premisas no se desarrollará en la blockchain sino en mundo físico: si se transmite la propiedad de X casa se transmiten 100 ethers. La transmisión de los ethers podrá verificarse en la blockchain. La transmisión de la casa no. En realidad, si fue "tokenizada" podrá verificarse la transmisión del token ya que este "vive" digitalmente en la blockchain. Lo que no puede verificarse es que esa transmisión también haya ocurrido en el mundo físico.

Para que el mundo digital "se entere" del mundo físico se requiere de algo externo. El SLC no puede buscar información en el mundo físico y tampoco puede discernir qué información es correcta y cuál no.

Ese algo externo podrán ser estos dispositivos que mencionáramos⁶⁷. En este caso, existe un inconveniente ya que esos dispositivos tendrán que ser instalados por alguien -de confianza- y pueden ser quitados, alterados, rotos, etc.

Otras veces, esos dispositivos no serán suficientes y será necesaria la intervención de un -así denominado en la jerga- "oráculo".

Este oráculo es un "proveedor de datos que constituyen las condiciones de ejecución automática, presta sistemáticamente el servicio consistente en suministrarlos a la red para desencadenar la transacción -y así desatar el valor económico contenido o comprimido en ella, pendiente de liberación por cumplimiento de las condiciones programadas en el SC-⁶⁸. La actividad desarrollada por los oráculos en su interacción con la cadena de bloques "es, o debe ser, en definitiva, la de un tercero confiable e imparcial"⁶⁹.

66 Furneaux, Nick, *Investigating Cryptocurrencies. Understanding, extracting, and analyzing blockchain evidence*, Indianápolis, Wiley, 2018, p. 6.

67 Chips NFC, BLE o los que se vayan desarrollando.

68 Ibañez Jiménez, Javier Wenceslao, *Derecho de Blockchain...*, cit., p. 119.

69 Tur Faúndez, Carlos, *Smart Contracts...*, cit., p. 113.

Esto significa, ni más ni menos, que "para la ejecución, hay que confiar en alguien, además del *smart contract*. Pero un contrato inteligente que tenga que confiar en una tercera parte para su ejecución, pierde la característica central de la no confianza en intermediarios. Al fin y al cabo, sufre el mismo problema de confianza que los contratos tradicionales"⁷⁰.

Los oráculos serán necesarios también para verificar los actos o hechos que conforman el disparador de una condición (sea esta suspensiva o resolutoria).

"Los oráculos pueden ser meros sistemas internos provistos por los proveedores de servicios tecnológicos de la blockchain; pero también pueden realizar la función de testigos cualificados o sujetos dadores de fe, para sustentar la veracidad de los datos que precisan los SC como 'actores' de la red. (...). Es el caso de determinados intermediarios cualificados como las entidades de crédito, el de las empresas de inversión u otras del sector financiero, el de los consultores estratégicos, el de ciertas empresas especializadas en tecnología o en instrumentos de programación, o bien, por razones de seguridad jurídica, otros encargados de testimoniar o dar fe de hechos o relaciones, incluso notarios u otros operadores jurídicos especializados en el ámbito de sus respectivas competencias"⁷¹.

Es decir, que la ponderada y publicitada innecesariedad de intermediarios, como vemos, dista de ser absoluta en la práctica.

Por supuesto que la intervención de un oráculo abre un amplio abanico de cuestiones por resolver. El primer interrogante será el de la elección de este proveedor. Fundamentalmente si, como sostenemos, los SLC serán, en la mayoría de los casos, celebrados por adhesión a cláusulas predispuestas seguramente el oráculo será elegido por el predisponente lo que puede implicar una desventaja para el adherente. De igual modo ocurriría en el ámbito del derecho de consumo.

Por otro lado, debe considerarse su costo y a quién se traslada, su responsabilidad en caso de error -o por qué no dolo civil o incluso delito penal- y los efectos que este accionar incorrecto tendrá en cuanto a los efectos del contrato sobre todo tomando en cuenta la autoejecutabilidad del SLC.

En cuanto a la aplicabilidad de la IoT se estima que, en materia inmobiliaria, el primer sector en el que se utilizará será en el ámbito de la economía colaborativa⁷².

70 Song, Jimmy, "The Truth...", cit.

71 Ibañez Jiménez, Javier Wenceslao, *Derecho de Blockchain...*, cit., p. 119.

72 Con la expresión "economía colaborativa" se hace referencia, por regla general, a los nuevos sistemas de producción y consumo de bienes y servicios surgidos a principios de este siglo

Un paso más: La norma jurídica escrita en código

Vinculada con la idea de escribir contratos en código, se ha planteado la idea de escribir leyes o normas jurídicas de ese mismo modo.

En ese sentido se ha dicho: "Es posible convertir las normas jurídicas a algoritmos (...) Ello será posible evitando que las normas sean contradictorias e incompletas además suprimiendo las ambigüedades del lenguaje jurídico, las lagunas jurídicas... Todos los comportamientos que espera el Estado son de tres tipos: permisivo (permite hacer o no hacer), obligatorios (implica un hacer) o prohibitivos (conlleva un no hacer) de tal suerte que el contenido normativo redunde siempre en estos tres comportamientos"⁷³.

A nuestro juicio, a pesar de la aparente simplicidad de la afirmación, en realidad, no es una cuestión para nada simple. En primer lugar, porque, a nuestro juicio, las vicisitudes interpretativas de la norma no son voluntarias. Es impensable que un legislador considere adrede dictar una norma que ya sabe que es, por ejemplo, incompleta. Esa falla surge posteriormente a la sanción de la norma cuando se aplica en la práctica, por lo tanto, siguiendo el razonamiento del autor citado, no podría ser completada previamente a su escritura en código.

Por otro lado, en cuanto a la ambigüedad o -agregamos nosotros- vaguedad del lenguaje natural, muchas veces también resulta imposible de reducir a un concepto concreto. Piénsese solamente en el orden público, en la moral y las buenas costumbres, en la buena fe. ¿Sería posible reducir esos conceptos en un algoritmo? Nos resulta difícil entender cómo podría hacerse sin caer en una casuística la cual, inevitablemente, no alcanzaría jamás a la totalidad de los casos.

Podría decirse que las cuestiones antedichas se relacionan con principios del derecho y no normas. Pues bien, aun admitiendo que así fuera

gracias a las posibilidades ofrecidas por los avances de la tecnología de la información para intercambiar y compartir dichos bienes y/o servicios, que permiten reducir las asimetrías informativas y los costes de transacción que afectan a dichas actividades, a la vez que permiten incrementar la escala en que se llevan a cabo y realizarlas de forma diferente a la tradicional". Alfonso Sánchez, Rosalía, "Aproximación jurídica a la economía colaborativa: diferentes realidades", Cuadernos de Derecho y de Comercio, Número 66, diciembre de 2016, Madrid, Consejo General del Notariado, p. 17.

73 Rodríguez García, José Antonio, "¡El futuro ya está aquí!...", p. 66.

-aunque no lo admitimos en realidad- los principios según nuestro Código Civil y Comercial de la Nación son fuente del derecho y más aún, hay normas específicas de ese cuerpo normativo que plantean instituciones del derecho -como la tutela preventiva del art. 1032 CCyC- que sería imposible reducir a una fórmula matemática.

Sin embargo -creemos- muchas veces la vaguedad de la terminología empleada por el legislador -a nuestro juicio- no parte de un error, sino que parte de la intención de otorgar la suficiente flexibilidad a la norma para que pueda ser adaptable a las circunstancias del caso y al correr del tiempo.

En síntesis, la forma de reducir a un algoritmo una norma sería adecuar el lenguaje jurídico al lenguaje informático. Debemos, entonces, reflexionar sobre si sería posible, luego de esa adecuación, elaborar una norma flexible. De ser negativa esta cuestión, tendríamos que analizar si es valioso contar o no con normas flexibles. Nuestra opinión es que la flexibilidad en ciertas normas no solo es valiosa, sino que en muchos casos (como, por ejemplo, como veremos, en relación a la inteligencia artificial) es necesaria para que la norma no quede desfasada de la realidad tan rápidamente que resulte siendo obsoleta o inaplicable.

ROBOTS E INTELIGENCIA ARTIFICIAL (IA)

Esta segunda cuestión, si bien a primera vista parece lejana o de ciencia ficción, es una realidad cada vez más cercana y palpable.

La robótica ha reemplazado puestos de trabajo en el pasado y lo sigue haciendo en la actualidad. Nuestro ejemplo más cercano y mundialmente homogéneo son los brazos robóticos de las cadenas de ensamblaje de autos y otros bienes.

Por su parte, la "Resolución de 16 de febrero de 2017: recomendaciones a la comisión concernientes a normas de derecho civil sobre robótica" emitida por el Parlamento Europeo⁷⁴, asevera que "entre 2010 y 2014, las ventas de robots aumentaron un 17 % de media cada año, que en 2014 las ventas registraron el mayor incremento anual observado hasta ahora -a saber, un 29 %-, y que los principales motores de este crecimiento son los proveedores de componentes de automoción y la industria electrónica y eléctrica; que a lo largo del último decenio se han triplicado las solicitudes anuales de patentes en el sector de la tecnología robótica".

74 En adelante "La resolución".

A esta se suma la noción de IA. Esta rama científica continúa evolucionando a pasos agigantados y ya se está utilizando en algunas cuestiones más cercanas a nuestra profesión.

La intención del presente acápite es presentar algunos conceptos generales y algunas preguntas -no sabemos sinceramente si podremos brindar respuestas- sobre una temática con la que interactuaremos cada día más.

Esa afirmación nos lleva a insistir en esta primera cuestión: cuando hablamos de IA no estamos hablando de ciencia ficción: la IA se está desarrollando para un sinfín de cuestiones: "desde sistemas que crean música, pintan cuadros, reconocen caras, objetos, predicen empresas exitosas en la bolsa, detectan enfermedades, ayudan a proteger el ambiente, entre muchísimas otras cosas".⁷⁵ Y además, se encuentra, literalmente, al alcance de nuestra mano: ya muchos de nosotros disponemos de sistemas de IA con funciones de asistente personal como Siri de Apple, Alexa de Amazon o Cortana de Microsoft⁷⁶.

También, por ejemplo, el traductor de Google utiliza inteligencia artificial⁷⁷.

En otra rama, en los Estados Unidos el sistema "Compas" se utiliza ya en forma habitual como medidor de riesgo para el otorgamiento o la valuación de distintos seguros.

Como vemos, la aplicación de IA ya es efectiva y lo es en los más diversos ámbitos y ello generará un fuerte impacto en la sociedad toda y con ella, en nuestra profesión.

Algunos conceptos

Se atribuye al escritor checo Karel Chapek ser el primero en utilizar la palabra "robot" en su obra de 1921 "R.U.R. Rossum's Universal Robots". En checo la palabra "robota" significa "trabajo duro" ya que indica el período de trabajo que los siervos debían otorgar a sus señores. La palabra robótica, por su parte, se atribuye a Isaac Asimov.

75 Corvalán, Juan G., "La primera inteligencia artificial predictiva al servicio de la Justicia: Prometea", publicado en: La Ley 29/09/2017, 29/09/2017, 1 - La Ley 2017-E, 1008. Cita Online: AR/DOC/2520/2017, p. 3.

76 Se han iniciado demandas a las respectivas desarrolladoras exigiendo que no todos los asistentes tengan nombre femenino.

77 <https://es.digitaltrends.com/computadoras/traductor-google-offline/>, visto por última vez el 12/4/2019.

Según la *Robot Industries Association* (el conglomerado empresarial más importante del mundo sobre robótica) puede definirse el robot como una máquina funcional reprogramable, capaz de mover material, piezas, herramientas o dispositivos especializados mediante movimientos variables programados, con el fin de realizar tareas diversas, caracterizada por su elevado grado de autonomía y autoplanificación⁷⁸.

La inteligencia artificial (más conocida por sus siglas, IA), por su parte, "es una ciencia que trata de estudiar el comportamiento inteligente a través de modelos matemáticos"⁷⁹. Muy simplificado, "a partir de la aplicación de IA se busca que las tecnologías permitan que los sistemas computacionales adquieran: autodependencia, reconfiguración autoadaptativa, negociación inteligente, comportamiento de cooperación, supervivencia con intervención humana reducida, entre otros rasgos. Y todo esto supone la utilización de diferentes técnicas que se basan en el reconocimiento de patrones a fin de resolver problemas, maximizar objetivos y optimizar el procesamiento de información"⁸⁰.

Se suele diferenciar entre *IA débil* "la que conocemos actualmente y designa sistemas capaces de resolver uno o varios problemas de modo similar (más eficaz, rápida y/o económicamente) a como lo haría una inteligencia humana y la *IA fuerte* que "designa a un hipotético sistema capaz de emular el total funcionamiento de la mente humana incluyendo no solo la capacidad de resolución de multitud de tareas sino también los sentimientos, la creatividad y la autoconciencia. Para que este concepto sea preciso, el término emular debe entenderse en su acepción informática, no reconocida por la RAE, de funcionar un programa o dispositivo de la misma manera que otro, no como una función meramente imitativa de algo genuino"⁸¹

Si bien la robótica y la IA son ramas científicas autónomas, ambas confluyen cuando se aplica IA a un robot. Más allá de la correcta distinción, en este acápite en general nos referiremos a robots con IA. De lo contrario, realizaremos las aclaraciones pertinentes.

Tal como hace muchos años teorizaba Alan Turing, las máquinas pueden pensar y, más aún, las máquinas pueden aprender. A esto se lo suele denomi-

78 González Granado, Javier, "Derecho y robots en la Unión Europea: hacia una persona electrónica", en <https://tallerdederechos.com/derecho-y-robots-en-la-union-europea-hacia-una-persona-electronica/> visto el 23/11/2018.

79 Díaz Alabart, Silvia, *Robots y Responsabilidad civil*, Madrid, Editorial Reus, 2018, p. 14.

80 Corvalán, Juan G., "La primera inteligencia artificial...", cit., p. 2.

81 González Granado, Javier, "Derecho y robots en la Unión Europea...", cit.

nar "machine learning". "Para ello se utilizan *algoritmos de aprendizaje o entrenamiento*. Estos parten de datos o de casos precedentes en lugar de ser programados directamente por un humano (obviamente los algoritmos de entrenamiento se elaboran o se introducen en las máquinas por programadores). El aprendizaje puede ser automático a partir de la identificación de patrones complejos entre millones de datos. Es posible que un algoritmo que, tras llevar a cabo un análisis de los datos se capacite para predecir comportamientos o 'comprender' la razón de los mismos"⁸².

Por ejemplo, el sistema de IA desarrollado por Google Deep Mind llamado AlphaGo se hizo famoso por vencer a un humano -Lee Sidol- experto en ese juego de mesa -el Go-. El desafío fue a cinco partidas. AlphaGo ganó las tres primeras en las que Sidol utilizó estrategias "tradicionales". En la cuarta (después de consultar con otros expertos) Sidol preparó una estrategia poco convencional, con movimientos que podrían clasificarse como absurdos y venció a AlphaGo. Sin embargo, cuando intentó lo mismo en la quinta partida, el sistema de IA ya había aprendido de esta experiencia y derrotó al humano quien ya no contaba con el factor sorpresa⁸³.

Según González Granado⁸⁴ hasta la fecha se habla de tres generaciones de robots:

Primera generación: los *robots primitivos* tenían capacidad para almacenar trayectorias programables de movimiento repetitivo descritas punto a punto y dotados de sensores internos, tipo brazo manipulador en cadenas de montaje.

Segunda generación: a partir de finales de los años 70 surgen los *robots adaptativos* ya disponen de sensores externos (temperatura, tacto y visión) que dan al robot información del mundo exterior. Esta retroalimentación les permite hacer elecciones limitadas y reaccionar ante cambios en las circunstancias exteriores.

Tercera generación: los *robots inteligentes* actuales utilizan programas de *inteligencia artificial* y disponen de sensores muy avanzados de modo que no solo trabajan con datos externos, sino que también lo hacen con los propios programas, realizan razonamientos lógicos y aprenden.

La hipótesis referida a la IA fuerte ya mencionada se correspondería con la cuarta generación de robots: al aplicar IA en un robot este gana, entre otras cosas,

82 Díaz Alabart, Silvia, *Robots y Responsabilidad...*, cit., p. 21.

83 Han existido experiencias similares, por ejemplo, con "Watson" una IA desarrollada por IBM para jugar Jeopardy.

84 González Granado, Javier, "Derecho y robots en la Unión Europea...", cit.

autonomía, es decir, capacidad de tomar decisiones y aplicarlas en el mundo exterior, con independencia de todo control o influencia externos. Según la resolución, esa autonomía es puramente tecnológica y será mayor cuanto mayor sea el grado de sofisticación con que se haya diseñado el robot para interactuar con su entorno.

AGENTES

En cuanto a los actores, en la robótica en general y más aún en la relacionada con la IA, encontramos algunas diferencias respecto de los actores vinculados a los bienes muebles "comunes".

En el ámbito de la temática bajo análisis se distinguen: al fabricante, al programador, al entrenador (que muchas veces puede ser el mismo programador), al propietario, al usuario y (dependiendo de su nivel de autonomía), al robot mismo.

No nos detenemos en la definición de todas las categorías ya que algunas como fabricante, propietario y usuario son cercanas a nosotros y han sido ampliamente estudiadas.

Sin embargo, queremos dejar clara la diferencia entre programador y entrenador.

El primero, será quien escriba el código fuente que motivará y condicionará el actuar del robot. En ese sentido, tendrá responsabilidad por el correcto funcionamiento del robot -o al menos acorde a sus fines-.

Recordemos que "Uno de los problemas que se presentan en los algoritmos que se aplican para la IA es lo que se denomina *sesgo* o *condicionamiento* que puede introducirse en su programación"⁸⁵. Es decir, que se lo condicione a actuar o decidir de una manera determinada, muchas veces respondiendo a motivos comerciales, publicitarios, etc.

El entrenador, por su parte, será quien se encargue de que el robot "aprenda", es decir, quien llevará a cabo ciertos ejercicios específicos para que el robot actúe de determinada manera, observe las consecuencias de ese accionar y modifique lo que haya sido defectuoso para la próxima vez que deba hacerlo. Al realizar estas acciones varias veces el robot se va perfeccionando en la actividad que desarrolla.

85 Díaz Alabart, Silvia, *Robots y Responsabilidad...*, cit., p. 16.

Regulación

En cuanto a la regulación de esta temática, existen posturas sumamente diversas: desde quienes pretenden la absoluta autorregulación hasta quienes pretenden una regulación casuística pasando por varias posturas intermedias.

A nuestro juicio, en este caso, hablar de autorregulación implica una irresponsabilidad desde el punto de vista social. Ni siquiera se trata de tener o no una postura política liberal -como si nos refiriéramos al libre mercado-, ya que esta no es una cuestión exclusivamente económica.

Se puede apreciar claramente que la evolución de la inteligencia artificial se involucrará con casi todos los aspectos de nuestra vida, desde nuestro trabajo hasta nuestra salud y nuestro desarrollo individual. La resolución en el punto K de sus considerandos indica que "a la vista de las crecientes fracturas sociales y el declive de la clase media, conviene tener en cuenta que el progreso de la robótica podría traducirse en una elevada concentración de la riqueza y el poder en manos de una minoría". Esto, a nuestro juicio, requiere que la legislación vele por los intereses de los que quedarán en una posición desventajosa ante tal evolución.

En cuanto a la aplicación de la normativa vigente entendemos que, si bien en la actualidad puede ser relativamente armónica, a medida que evolucione esta ciencia la legislación actual irá quedando desfasada y resultará, en muchos casos, insuficiente.

Por lo tanto, creemos que se requiere normativa especial en la materia. Sin embargo, de esta afirmación se desprende el debate sobre si serán suficientes las regulaciones locales o si, en cambio, resultaría preferible un tratado internacional en la materia que regule, al menos, los aspectos más relevantes. El Consejo de Europa y las Naciones Unidas están analizando esta cuestión.

Efectivamente pocos países están efectivamente regulando la IA. "Entre todos destacan Corea del Sur y Japón. Otro grupo de países han constituido comisiones o comités de estudio para abordar la futura regulación sobre IA como Taiwán, Estados Unidos, Reino Unido y también la Unión Europea"⁸⁶.

Existe bastante consenso doctrinario en entender que toda regulación no debería contar con conceptos o definiciones extremadamente específicas. Esto se debe a que la tecnología se encuentra en constante evolución y una norma demasiado concreta podría quedar rápidamente desfasada.

86 Rodríguez García, José Antonio, "*¡El futuro ya está aquí!..*", cit., p. 64.

Es por ello, que, en general, se plantean normas con principios o directivas generales y no con mandas puntuales.

Por otro lado, otra cuestión centro del debate es si los algoritmos que emplea la IA deben ser o no supervisados o auditados por el Estado. Esta decisión implica cuestiones mucho más profundas que las meramente jurídicas ya que se vincula directamente con las políticas de gobierno de cada Estado. Mantener el algoritmo en secreto se vincula con cuestiones de competencia comercial o de derecho a la reserva de la patente. Sin embargo, si la IA se aplicará en situaciones que interesan al bienestar general o a la seguridad de la sociedad, dicho secreto podría ser perjudicial para la población. Por lo tanto, es una cuestión sumamente delicada.

A nuestro juicio, consideramos que tal vez conviniera que la regulación tuviera como marco un tratado internacional, para que puntos relevantes como este no dependan de la ideología de gobierno imperante en cada Estado y sea homogéneo a nivel global.

Responsabilidad e IA

En el marco de la UE, conforme la Resolución, según el marco jurídico vigente, la responsabilidad por daños causados por productos defectuosos⁸⁷ -en la que el fabricante de un producto es responsable de un mal funcionamiento- y las normas que rigen la responsabilidad por una actuación que ocasiona daños -en la que el usuario de un producto es responsable de un comportamiento que deriva en un perjuicio- se aplican a los daños ocasionados por los robots o la inteligencia artificial.

En nuestro país, se aplicarían las normas generales sobre responsabilidad civil y normas de consumo, en caso de que ello sea pertinente.

Siguiendo ese sentido, en cuanto a la responsabilidad derivada por daños ocasionados por robots (con o sin IA), la mayoría de la doctrina es conteste en considerar que se debe ponderar un factor de atribución objetivo por lo que solo se exigirá probar que se ha producido un daño o perjuicio y el establecimiento de un nexo causal entre el funcionamiento perjudicial del robot y los daños o perjuicios causados a la persona que los haya sufrido.

Si bien actualmente no se presentan mayores inconvenientes, dichos marcos regulatorios no serán suficientes para cubrir los daños causados por la

87 Directiva 85/374/CEE.

nueva generación de robots. Por ello se encuentran en estudio diversas posibilidades (seguros obligatorios, fondos de compensación, etc.) en pos de evitar la irresponsabilidad de los diversos agentes.

Personalidad electrónica

Sin lugar a duda, la propuesta más "polémica" que emana de la resolución es la referente a la naturaleza de los robots.

En este aspecto se considera que la autonomía de los robots suscita cuestionamientos en cuanto a si deben pertenecer a una de las categorías jurídicas existentes o si debe crearse una nueva categoría con sus propias características jurídicas.

La resolución, reflejando la opinión de varios autores, pondera "f) crear a largo plazo una personalidad jurídica específica para los robots, de forma que como mínimo los robots autónomos más complejos puedan ser considerados *personas electrónicas responsables* de reparar los daños que puedan causar, y posiblemente aplicar la *personalidad electrónica* a aquellos supuestos en los que los robots tomen decisiones autónomas inteligentes o interactúen con terceros de forma independiente"⁸⁸.

Según González Granado esto se debe a que "resulta difícil pensar en una nueva categoría intermedia entre la persona y la cosa pues no es posible ser, simultáneamente sujeto y objeto de una relación jurídica. Además, según todos los teóricos de esta materia el surgimiento de la conciencia en los sistemas de Inteligencia Artificial, se producirá, con toda seguridad, como un elemento emergente no reducible a las propiedades o procesos de sus partes constituyentes, lo que excluirá su conceptualización jurídica como un fruto de la propiedad intelectual que supone el código informático que la origine, pues no se trata 'del rendimiento de la cosa conforme a su sentido económico, sin alteración de su sustancia y con carácter accesorio'; al contrario: la naturaleza de los elementos emergentes ni es accesorio ni mantiene la sustancia sino que la altera radicalmente"⁸⁹.

Esta cuestión genera encendidos debates.

Al margen de la discusión ética González Granado sostiene acertadamente a nuestro juicio que "el concepto persona electrónica puede ser desacertado; entendemos por electrónica una rama de la física que se ocupa del estudio y

88 El destacado nos pertenece.

89 González Granado, Javier, "Derecho y robots en la Unión Europea...", cit.

utilización de sistemas de conducción de electrones en diversos medios. Pues bien, aunque la mayoría de los teóricos están de acuerdo en que la singularidad que supondrá la conciencia artificial aparecerá en torno al año 2040, no todos ellos creen que lo hará de la mano de la computación electrónica y así, por ejemplo los estudios de Michael Conrad sobre computación molecular y enzimática o los estudios de Stuart Hameroff con tubos poliméricos de proteína (ordenadores biológicos en definitiva) apuntaron vías de solución a algunas vías muertas a las que se había llegado con la computación electrónica y quizá a la posibilidad de que la Inteligencia Artificial Fuerte no venga de la mano de la computación electrónica y del silicio, sino del carbono. Estaríamos pues ante organismos con estructura biológica, como los seres humanos y los animales... artificial, a diferencia de ellos, pero no electrónica⁹⁰. Recordemos, además, que cuando se habla de una cuarta revolución industrial se habla, entre otras cosas, de biotecnología. Justamente porque esta ciencia también está transitando un cambio de paradigma muy importante hablar de "lo biológico" no es lo mismo en la actualidad que hace 20 años ni lo será en 20 años más.

Aplicación en el ámbito del derecho

Más allá de las cuestiones regulatorias y de responsabilidad que reseñábamos más arriba, existe la cuestión de la robótica y la IA aplicadas al ejercicio del derecho.

90 Es importante destacar que, si bien en el lenguaje cotidiano términos como electrónico o digital se utilizan indistintamente, no son sinónimos. Explica claramente Gomá Lanzón: "Primero está lo electrónico, los medios electrónicos, que tienen dos características. La primera es que son aparatos eléctricos, funcionan por medio de energía eléctrica. Y la segunda es que su funcionamiento supone la circulación de electrones en sus circuitos, es decir, son máquinas electrónicas. Algo diferente es lo digital. Este término no se refiere a cómo se alimentan ciertas máquinas o aparatos, como sí lo hace el término electrónico, sino a su forma de ordenar y de tratar la información. Digital viene de dedo. Tenemos una base decimal como es sabido por la sencilla razón de que tenemos diez dedos. La base decimal es, por tanto, y literalmente, de origen digital. No obstante, en sentido más estricto y adecuado al asunto que aquí nos trae, digitalizar datos o información es representarla con dos dígitos, el 1 y el 0, en el llamado código digital binario, que ya se usaba en el I Ching, el llamado libro de los cambios o de las transformaciones, atribuido a la escuela de Confucio, pero que puede ser incluso anterior, con una antigüedad quizá de 3000 años. Información digitalizada, por tanto, hace 30 siglos, en una época en la que obviamente no existían aparatos electrónicos, lo que demuestra que lo digital es un lenguaje que recoge información y que no tiene que necesariamente estar soportado en una maquinaria electrónica". Gomá Lanzón, Fernando, "Actas y escrituras notariales: ámbito y aplicaciones en el mundo digital", trabajo realizado en base a la Conferencia de la Academia Matritense dictada en el Colegio Notarial de Madrid, el 22 de febrero de 2018, en curso de publicación en los Anales de la Academia Matritense, p. 335.

Mencionaremos aquí algunos casos en los que ya se está aplicando IA a ciertas cuestiones más allá de que su aplicación potencial tenga un alcance infinitamente mayor a lo que ya ha sido efectivamente desarrollado⁹¹.

Prometea

En el Ministerio Público Fiscal de la Ciudad de Buenos Aires, se desarrolla desde 2017 un sistema predictivo de IA llamado "Prometea".

"El procedimiento es conducido íntegramente por la IA, de la siguiente manera: llega un expediente a dictaminar, que no ha sido analizado por ninguna persona. Se carga entonces el número de expediente a la inteligencia artificial Prometea, y en pocos segundos después pasa todo lo que se detalla a continuación. El sistema de IA busca la carátula en la página del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires, lo asocia con otro número (vinculado a las actuaciones principales) y luego va a la página del Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (Juscaba). Busca y lee las sentencias de primera y segunda instancia, luego analiza más de 1400 dictámenes (emitidos durante 2016 y 2017), para finalmente emitir la predicción. En concreto nos dice que detecta un modelo determinado para resolver el expediente y nos ofrece la posibilidad de completar algunos datos para imprimir o enviar a revisar el dictamen con base en ese modelo (esto mismo podría hacer, si se tratara de dictar una sentencia). (...) Todo este proceso, si es realizado mediante comando de voz, se concreta sin tocar el teclado o el mouse. Cuando prendemos la computadora y activamos Prometea, nos pide que le digamos el número de expediente, y luego toma la carátula de la página oficial del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, y nos ofrece un modelo de la fiscalía con la carátula completa y la temática según se la expresemos. Por

91 Entre muchos ejemplos podemos mencionar en relación a la sanción de normas, la IA podría examinar la existencia de normas vigentes, sus lagunas, contradicciones, etc. para "analizar la necesidad de la misma, su potencial aplicabilidad e impacto económico. Una vez la norma se ha redactado y entrado en vigor, puede analizarse, mediante un sistema de IA, su aplicación real, su necesidad de mejora o, en su caso, derogación, así como el coste económico real de su aplicación. En definitiva, auditoría y control de calidad de leyes" Navas Navarro, S. (2017) citada por Rodríguez García, José Antonio, "¡El futuro ya está aquí! ...", cit., p. 69.

En otro ejemplo, GIL propone la automatización de los expedientes judiciales para que las notificaciones y el control de las fechas no deba ser hecho por seres humanos en Gil, Gabriela F., "La inteligencia predictiva como herramienta de eficacia en la gestión judicial" publicado en SJA 21/11/2018, 21/11/2018, 35. Cita online: AP/DOC/903/2018.

ejemplo, modelo citación, modelo vivienda, modelo autosuficiencia. También nos avisa si el modelo de dictamen no es aplicable, porque están vencidos los plazos o falta algún requisito formal⁹².

Este sistema sirve, además, para otras tareas, por ejemplo para realizar una contratación de bienes y servicios con el Estado.

Habitualmente para esta gestión (que ya se encuentra digitalizada) "La redacción de pliegos, la creación del acto administrativo y la búsqueda de precios sobre un tipo de contratación simple como 'accesorios para computadoras' implican como mínimo 10 días de trabajo, 670 clics, la apertura de 60 ventanas y copiar y pegar múltiples datos. Con Prometea todo eso se realiza en 4 minutos, en una sola pantalla, a través de preguntas y respuestas mediante comando de voz (chat conversacional)"⁹³.

Por lo tanto, también gestiona la centralización de datos, "Por ejemplo, en ciertos procesos contravencionales que tramita el Ministerio Público Fiscal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (casos como el de conducir en estado de ebriedad), treinta y nueve datos hay que ingresarlos y/o copiarlos ciento once veces (edad, domicilio, marca del vehículo, etc.). Con... (Prometea), cada dato se extrae del sistema de gestión o, cuando menos, se carga una sola vez y el Prometea lo replica automáticamente en todas las partes del texto, según qué documento legal aplica en cada caso. Además, el flujo de trabajo está diseñado en forma concatenada, de manera tal que en un mismo caso el dato ingresado en un documento es trasladado automáticamente a los documentos siguientes. (...) El ser humano tiende a unificar procesos de trabajo para simplificar las respuestas y eso es lo que hace la inteligencia artificial en los casos mencionados precedentemente; pero como pese a las similitudes no hay en realidad dos casos exactamente iguales, el proceso de trabajo descrito demanda menos horas-persona para ser cumplido que sin el auxilio de Prometea, aunque no puede prescindir del operador"⁹⁴.

Es decir que, en teoría, Prometea se plantea siempre como herramienta y no como reemplazo del empleado judicial o el juez.

92 Corvalán, Juan G., "La primera inteligencia artificial...", cit., p. 4.

93 Corvalán, Juan G., "Hacia una Administración Pública 4.0: digital y basada en inteligencia artificial. Decreto de "Tramitación digital completa", publicado en: La Ley 17/08/2018, 17/08/2018, 1 - La Ley2018-D, 917 Cita Online: AR/DOC/1683/2018, p. 7.

94 Cevasco, Luis J.; Corvalán, Juan G., "¿Desempleo tecnológico? El impacto de la inteligencia artificial y la robótica en el trabajo", publicado en: La Ley 11/07/2018, 11/07/2018, 1 - La Ley2018-C, 1249, cita online: AR/DOC/1329/2018, p. 3.

Este software, al igual que otros⁹⁵ busca simplemente la sustitución de tareas mecánicas -trabajos que podrían realizar los asistentes de los estudios jurídicos o los empleados de más bajo rango de los juzgados- pero, así lo afirman, con carácter exclusivamente asistencial.

Sin embargo, otros como *Ross Intelligence*, pretenden, en un futuro próximo "la existencia de asistentes legales virtuales o abogados-robots, que facilitarán que todo el mundo tenga una representación legal asequible"⁹⁶.

Redacción de contratos

Se está desarrollando la utilización de IA para la redacción de contratos u otros documentos jurídicos. "La IA ayuda a la redacción de contratos, a evitar contratos mal redactados, con cláusulas ambiguas o conflictivas, todo ello con el objeto de reducir la litigiosidad. Es decir, la inteligencia artificial facilita la existencia de 'contratos inteligentes'"⁹⁷.

Nos remitimos a las reflexiones de los acápites referidos a SLC.

TERCERA PARTE: LA FUNCIÓN NOTARIAL

NOCIÓN DE TERCERO DE CONFIANZA

En varias de las cuestiones reseñadas hasta ahora podemos observar que muchas veces se menciona al "tercero de confianza".

Existe bastante confusión, y no sin motivos, en torno a esta denominación. Intentaremos clarificar algunos conceptos.

En el ámbito de la criptografía, a grandes rasgos, un tercero de confianza (en inglés *trusted third party* (TTP)) es una entidad que facilita la interacción entre dos partes que confían en este tercero. El TTP revisa todas las comunicaciones de transacciones críticas entre las partes, para evitar la creación de contenido digital fraudulento. Muy simplificado podríamos decir que es un "validador". Por ello, cuando hablamos de blockchain decimos que se evita al TTP, porque en lugar de que haya una persona o ente que valide las transac-

95 Como el español Jurimetría <https://jurimetria.wolterskluwer.es/content/Inicio.aspx>.

96 Rodríguez García, José Antonio, "¡El futuro ya está aquí!...", p. 77.

97 Rodríguez García, José Antonio, "¡El futuro ya está aquí!...", cit., p. 74.

ciones, esta validación ocurre por la actividad de los nodos que la compongan según el protocolo de consenso que utilice.

Ahora bien, ¿qué es un tercero de confianza desde un punto de vista legal o jurídico? Lamentablemente para responder esta pregunta no tenemos una respuesta unívoca.

La noción de TTP en el derecho anglosajón se relaciona directamente con el "trustee" del trust⁹⁸. El TTP en este caso, sería una persona humana o jurídica ajena a las partes de un negocio jurídico, elegido por ambas por la confianza que en ellas despierta para llevar a cabo determinados actos requeridos para el desarrollo de dicho negocio.

En España, por su parte, la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (LSSICE), dice en su art. 25: "Intervención de terceros de confianza.

1. Las partes podrán pactar que un tercero archive las declaraciones de voluntad que integran los contratos electrónicos y que consigne la fecha y la hora en que dichas comunicaciones han tenido lugar. La intervención de dichos terceros no podrá alterar ni sustituir las funciones que corresponde realizar a las personas facultadas con arreglo a derecho para dar fe pública.

2. El tercero deberá archivar en soporte informático las declaraciones que hubieran tenido lugar por vía telemática entre las partes por el tiempo estipulado que, en ningún caso, será inferior a cinco años".

De aquí resulta que el "tercero de confianza" se basa en una relación previa entre dos partes con intereses contrapuestos y debe existir pacto entre ellas para que archive y conserve las comunicaciones en formato electrónico.

Expresamente dice la ley que este "tercero" no puede alterar ni sustituir las funciones del fedatario público. Por tanto, es la persona, física o jurídica, a quien, previo acuerdo entre las partes de una transacción electrónica, se confía el archivo en soporte informático que la contiene. Dicho documento tiene el valor de un documento privado. "El tercero de confianza nace como una derivación de la institución del depositario, que es un receptor y custodio de un documento"⁹⁹.

98 *Trustee* en rigor puede ser traducido como fiduciario o fideicomisario. En este caso nos referimos al fiduciario.

99 Llopis, José Carmelo, "Los terceros de confianza y los notarios ¿son lo mismo?" en <http://www.notariallopis.es/blog/i/1319/73/los-terceros-de-confianza-y-los-notarios-son-lo-mismo> visto el 23/11/2018.

Según Rosales de Salamanca Rodríguez¹⁰⁰ el tercero de confianza del art. 25 se caracteriza porque:

1) El tercero de confianza no tiene facultad alguna atribuida por ley (a diferencia del Notario), simplemente es una figura reconocida en la ley, pero dicha ley no fija el valor de su trabajo (simplemente se remite a la ley de firma electrónica, cuyo art. 3 considera el documento del tercero de confianza un documento electrónico privado).

2) El tercero de confianza surge como consecuencia de un acuerdo entre dos partes, y por tanto no es tercero de confianza el que unilateralmente presente una de las partes, y no cabe tercero de confianza sin previo consentimiento de los dos contratantes (por lo que ni puede operar fuera de la contratación, ni contempla la ley un consentimiento *a posteriori*).

3) El tercero de confianza sólo archiva documentos electrónicos, y por tanto a diferencia del Notario, *ni es el autor del documento que custodia, ni garantiza su legalidad* (es más, no tiene ni por qué saber derecho y de hecho el art. 23 de la Ley somete al contrato electrónico a las normas del Código Civil y de Comercio).

4) El tercero de confianza ni puede alterar ni sustituir las funciones de un Notario.

Se puede encontrar fácilmente en la web varios sitios de firmas que se atribuyen esta función Notificad@s¹⁰¹, edatalia¹⁰², avivavoice¹⁰³ entre muchos otros.

Resulta claro pues que una entidad privada puede ser tercero de confianza.

Entonces, ¿lo es también el notario?

Rosales de Salamanca Rodríguez afirma que "La respuesta es un rotundo no"¹⁰⁴.

La web oficial del Consejo General del Notariado Español, por su parte, indica que "el notario no es un tercero de confianza sin perjuicio de que

100 Rosales de Salamanca Rodríguez, Francisco, "Diferencias entre un Notario y el tercero de confianza" en <https://www.notariofranciscorosales.com/diferencias-entre-un-notario-y-el-tercero-de-confianza/> visto el 15/11/2018.

101 <https://www.notificados.com/blog/post/2013/04/30/Que-es-un-tercero-de-confianza.aspx>

102 <https://edatalia.com/es/tercero-de-confianza>

103 <http://www.avivavoice.com/>

104 Rosales de Salamanca Rodríguez, Francisco, "Diferencias entre un Notario...", cit.

pueda utilizar prestadores de servicios de certificación para el desarrollo de determinadas actuaciones; especialmente en las actas de depósito de archivos informáticos que expresamente regula el Reglamento Notarial desde el año 2007"¹⁰⁵.

Llopis, por su parte, sostiene que "El Notario no es un tercero de confianza, pero podría serlo. El tercero de confianza no es un Notario y no puede serlo, ni aunque hablemos de documentos suscritos con firma electrónica y archivados de manera segura mediante un sistema de cifrado o blockchain"¹⁰⁶.

Resulta claro, entonces, que el TTP informático y el de la LSSICE no necesariamente son terceros de confianza en el sentido jurídico del término. No son el *trustee* anglosajón. Tampoco tienen las funciones del notario.

Por ello, cuando los desarrolladores de blockchain, SLC, etc. hablan de la eliminación de intermediarios o terceros, debe interpretarse como la eliminación pura y exclusivamente del TTP informático.

LA FUNCIÓN NOTARIAL EN EL DERECHO CONTINENTAL Y EN EL COMMON LAW

La globalización ha generado la internacionalización económica y consecuentemente, la jurídica. Por ello, se ha dicho que "el Derecho anglosajón se ha convertido en el 'Derecho global' en materia de contratación"¹⁰⁷.

Por nuestra parte, consideramos que esa afirmación se encuentra subyacente en la mayoría de los textos relacionados con blockchain y SLC.

Realmente, no se contrata del mismo modo en los sistemas anglosajones que en el sistema continental y ello obedece a los principios jurídicos y filosóficos distintos de cada uno de ellos.

En la contratación del sistema anglosajón la intervención del *notary public* es anecdótica y su utilidad es cada vez más relativa.

105 <http://www.notariado.org/liferay/web/notariado/e-notario> visto el 30/10/2018

106 Llopis, José Carmelo, "Los terceros de confianza y los notarios...", cit.

107 Seda Mora, Manuel, "Autonomía de la voluntad y crisis económica: nuevas oportunidades y limitaciones", en: Hornero Mendez, César; Espejo Lerdo de Tejada, Manuel; Oliva Blázquez, Francisco (Directores); Murga Fernández, Juan Pablo (Coordinador), *Derecho de contratos: nuevos escenarios y nuevas propuestas*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi Thomson Reuters, 2016, p. 534.

Por el contrario, la función del notario público continental va mucho más allá de aquella y genera finalmente un aporte imprescindible para el logro de la seguridad jurídica.

Durante el estudio de las materias objeto del presente nos cruzamos varias veces con la afirmación de que la blockchain o más aún la tecnología en general reemplazará al notario.

A nuestro juicio ello obviamente no es así, pero no culpamos a quienes lo afirman porque en la mayoría de los casos tienen razón. ¿En qué sentido? En el sentido de que muchos de los textos consultados son de origen estadounidense y sin lugar a dudas es muy probable que la blockchain pueda reemplazar al *notary public* anglosajón. Partiendo de la base de que esa afirmación puede ser cierta, quienes la replican en el ámbito del derecho continental, a nuestro juicio, lo hacen por mera repetición sin reflexión, por desconocimiento o por tener intereses creados en otro sentido.

En este acápite haremos mención de los rasgos generales del sistema del *notary public* anglosajón y luego del sistema notarial continental mencionando algunas de las funciones notariales que consideramos más relevantes para la cuestión para intentar comparar y diferenciar ambos sistemas y su vinculación con la temática tratada en el presente.

El *notary public* del Derecho anglosajón

En este acápite se pretende dar un panorama general del funcionamiento de los *notary public* en el sistema legal del *common law*. Como toda generalización, no toma en cuenta en detalle todas las excepciones¹⁰⁸ o sutilezas de esta temática.

Sin embargo, el objeto del presente no es estudiar exhaustivamente la función notarial -sea latina, sea anglosajona- sino comparar la contratación en los diferentes sistemas legales. Por ello, consideramos que tiene el suficiente rigor para el estudio de la materia.

Estados Unidos

Como es de público conocimiento, el sistema legal de los Estados Unidos de América varía de Estado en Estado. Por ello, los requisitos para acceder a la función de *notary public* en este país, como veremos, no son homogéneos.

108 Hay algunos estados de Estados Unidos que han implementado sistemas similares al notariado latino-germánico (Luisiana, Florida y Alabama).

Sí es uniforme una cuestión: en ningún Estado es necesario ser abogado o licenciado en Derecho. "Básicamente, el nivel de formación exigido a los *notaries public* es el mínimo (la alfabetización). No se les requiere ni haber superado la educación secundaria o el bachillerato ni haber obtenido ningún tipo de título universitario"¹⁰⁹.

Por ello, un *notary* no puede -ni debe- ofrecer asesoramiento legal o redactar un documento.

Según la *National Notary Association*, el *notary* tampoco puede orientar al firmante sobre qué acto le conviene firmar porque esta decisión tiene importantes ramificaciones legales. Si un firmante tiene una pregunta sobre un documento, debe derivársele a un abogado, o a la agencia de la que surge o a la que esté dirigido el documento. Y agrega que los *notaries* que traspasan estos estrechos límites se arriesgan a penalidades civiles o criminales por practicar el derecho sin licencia.

Vale aclarar que los abogados pueden ser *notaries*. En ese caso, no les está prohibido el asesoramiento, etc. porque se entiende que desarrollan una doble función. Sin embargo, "En tanto que *notary public*, el abogado debería abstenerse de intervenir en toda transacción que 'cuestione la imparcialidad o corrección del notario, o que potencialmente pueda hacerlo'. Además, como abogado, las Reglas Modelo de Conducta Profesional de la *American Bar Association*, que ha sido adoptadas con mínimas variaciones por las *Bar Associations* estatales (que son los órganos de gobierno para la mayoría de los abogados), establecen que un abogado que en un determinado momento esté ejerciendo un cargo público no debe 'participar en asuntos en los que hubiera participado personal y significativamente mientras ejercía o tenía un puesto no gubernamental'. La expresión 'asunto' incluye desde solicitudes hasta contratos u otras operaciones en las que intervengan sujetos determinados. Pese a lo manifiesto del conflicto, esta cuestión no ha sido objeto de vistas disciplinarias ni de casos judiciales"¹¹⁰.

Los demás requisitos que se exigen para acceder al cargo son prácticamente administrativos: cumplir los requisitos de edad, residencia, acreditación de buena conducta, acreditación de una fianza, etc.

109 Alexander, Ross R., *La función del notario en los sistemas de civil law y common law y en la era de la globalización (Globalization and the civil law notarial profession: the effects of the European notarial model on the U.S. and what the southeast states can learn)*, Ed. Bilingüe, Barcelona, Bosch, 2013, p. 69.

110 Alexander, Ross R. *La función del notario en los sistemas...*, cit. p. 81.

Se deben, además, llevar a cabo los trámites burocráticos que requiere cada Estado y pagar la tasa correspondiente que en general es muy baja (alrededor de u\$S 20).

En cuanto a la capacitación algunos estados imponen un examen (para acceder a la función) y otros -menos- imponen como obligatorio el seguimiento de un curso de formación específico para notarios.

De todo ello surge que no existe la noción de limitación en el número: en el año 2013 se estimaba que había 4,8 millones de *notaries public* en Estados Unidos¹¹¹.

Por otro lado, en algunos estados, el oficio se ejerce por plazo indeterminado, pero en la mayoría se ejerce por un plazo (en general 2 o 3 años) que puede ser renovable. Por lo que no siempre hay inamovilidad en el cargo.

Sí hay competencia territorial: "los *notaries public* sólo pueden actuar dentro de la jurisdicción del condado, distrito judicial o localidad para la cual fue designado. Otros estatutos permiten la actuación del *notary* en todo el Estado. Ningún *notary public* tiene jurisdicción fuera de su Estado"¹¹².

En cuanto a sus funciones, "su papel se limita a verificar la identidad del firmante, sin que normativamente se le exija que examine su capacidad (dejando a salvo siempre la lucha contra el fraude)"¹¹³. Por ello, "es comprensible que la fuerza probatoria de las actuaciones de un *notary public* sea muy limitada"¹¹⁴.

Gran Bretaña

El notariado en Gran Bretaña, en cambio, es bastante diferente al estadounidense. En primer lugar, porque se encuentran diferenciados por un lado los notarios de Inglaterra y Gales, los de Irlanda del norte y los de Escocia.

Los primeros tres son bastante similares. Si bien existen distintas categorías¹¹⁵ puede decirse que fundamentalmente tienen funciones internacionales de preparar y autenticar documentos legales que crean o afectan derechos, deberes y obligaciones fuera del Reino Unido.

111 Alexander, Ross R. *La función del notario en los sistemas...*, cit., p. 70.

112 Di Cagno, Vittorio, "El rol del notariado cubano entre la prueba documental (*civil law*) y la prueba oral (*common law*): evolución y novedades en Gran Bretaña", (s.l: s.n, s.a.), Ponencia presentada en la II Jornada Científica Internacional de la Sociedad del Notariado Cubano, celebrada en Varadero, Matanzas, Cuba, p. 6.

113 Alexander, Ross R. *La función del notario en los sistemas...*, cit., p. 77.

114 Alexander, Ross R. *La función del notario en los sistemas...*, cit., p. 77.

115 *Notaries* o *notaries public*, *scriveners*, *notaries*, etc.

A nivel interno, las facultades de los notarios se encuentran más restringidas. Algunas de ellas son: preparar documentos transmisivos de la propiedad (*Solicitors Act 1974*, s. 22) incluso cualquier documento relativo a la *Land Registration Act 1925*; preparar cualquier instrumento para fundar u oponer un "grant of probate"¹¹⁶ o cartas de Administración (*Solicitors Act 1974*, s. 23); tomar juramentos o declaraciones estatutarias; anotar o certificar transacciones relacionadas a letras de cambio y otros instrumentos negociables (*Bills of Exchange Act 1882*, s. 51)¹¹⁷.

A diferencia del notario estadounidense, los notarios ingleses sí son profesionales del derecho, pero sin delegación de la fe pública estatal.

EL NOTARIO LATINO

"En la Declaración de Buenos Aires de 8 de octubre de 1948 existe una definición que determina (...) que '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'"¹¹⁸.

De esta función se derivan los principios notariales que en palabras de Rodríguez Adrados son "fundamentalmente tres: verdad, legalidad y profesionalidad. Para alcanzar la verdad, intermediación, y en inferior plano, notoriedad y comprobación; y para llevar esa verdad al documento, dación de fe. La profesionalidad exige, por su parte, independencia, imparcialidad y libre elección. Los principios atinentes al instrumento público pueden referirse a su estructura y a sus efectos. Por la estructura hablaremos de los principios de autoría, consentimiento, forma escrita, unidad de acto formal y matricidad y protocolo. Y por los efectos, la eficacia sintética, del documento en bloque, con sus excepciones, y la eficacia analítica, en su impugnación judicial"¹¹⁹.

116 Especie de declaratoria de herederos.

117 Conforme <http://www.ukinf.org.uk/roleinengland.html>.

118 García Más, Francisco Javier, "Colaboración del Notariado con el Estado ante los nuevos desafíos de la sociedad: transparencia de los mercados financieros, blanqueo de capitales, urbanismo y medio ambiente. Otras posibilidades", *Revista Jurídica del Notariado*, Vol. XI, 2010, Madrid, Consejo General del Notariado, p. 21.

119 Rodríguez Adrados, Antonio, "Principios Notariales", *Revista El notario del siglo XXI* N° 6, Colegio Notarial de Madrid, marzo-abril 2006, p. 58.

Si bien todos estos principios son igualmente importantes, nos referiremos a aquellos que específicamente consideramos relevantes para el presente.

Juicio de identidad¹²⁰

El notario debe identificar a los otorgantes de un acto que le fuera requerido instrumentar. "No voy a entrar en la interesantísima materia referente a la actividad intelectual de 'conocer' y a la manera y al tiempo en el que debe, o puede, adquirirse el conocimiento y a la de 'identificar'; me basta recordar que tanto el 'conocer' como el 'identificar' son el resultado de una labor intelectual que concluye con un juicio, o calificación acerca de 'quién es' el otorgante"¹²¹.

Se ha dicho que la firma digital y la blockchain garantizan la identidad de los firmantes o usuarios.

Básicamente esa afirmación se debe a la exigibilidad de la denominada "clave privada" que debe estar bajo la exclusiva custodia del firmante.

Sin embargo, esto no implica que necesariamente esa persona sea la que firma.

Explica claramente García Más: "Volvemos a insistir en la escindibilidad de la firma electrónica, en este caso de la digital, ya que no hay una conexión directa, a diferencia de lo que ocurre en la manuscrita, entre el sujeto, a través de su brazo, y el papel. Para poder firmar electrónicamente, es necesario tener una clave o pin de acceso, ya que sería imposible conocer la clave privada. Este pin de acceso, puede ser utilizado por otra persona y firmar el documento electrónico. Con la firma electrónica reconocida¹²², no se detecta ninguna alteración en el mecanismo, todo el proceso se ha desarrollado perfectamente, pero en cambio el titular de la firma no ha sido quien ha firmado. Esta utilización por un tercero puede provenir de diversas causas, bien voluntariamente el titular le ha dado un pin de acceso, o bien ha sido extraviado, o bien ha sido sustraído o bien observado y copiado por ese tercero. Cuando en la firma manuscrita hay una falsificación, la persona a la que se le imputa dicha firma puede oponerse por tacha de falsedad, y a través de un procedimiento de peritaje caligráfico puede determinarse o no si ha sido

120 O en palabras del maestro Pondé: fe de individualización.

121 Blanquer Uberos, Roberto, "Juicios que ha de emitir el notario", Revista El notario del siglo XXI N° 5, Colegio Notarial de Madrid, enero-febrero 2006, p. 56.

122 Hoy llamada cualificada, que es la equivalente a la firma digital argentina.

su autor. En cambio, en el proceso de esta firma digital no se detecta si ha sido utilizada la firma por su titular o un tercero¹²³.

Es decir que, en realidad, la firma digital -o electrónica cualificada en términos españoles- no garantiza identidad, sino vinculación a un titular. Que ese titular sea el que efectivamente haya firmado o que haya firmado sin que pese sobre él un vicio de la voluntad no está garantizado por esta herramienta tecnológica.

Entendemos que las afirmaciones previamente mencionadas son igualmente aplicables a la blockchain ya que en ese caso también se utiliza la tecnología de claves asimétricas.

Sin embargo, blockchain tiene el agravante de que dada su descentralización "no existe ninguna autoridad o entidad de certificación de la clave pública asociada a una persona determinada. De hecho, ni siquiera existe un registro, repositorio o directorio de claves públicas a efectos de Bitcoin¹²⁴. De manera que el elemento fundamental en el que se basa el diseño del sistema de 'firma electrónica reconocida' que contempla nuestra LFE¹²⁵ -las entidades de certificación de claves públicas, con su correspondiente registro de claves- aquí está completamente ausente. ¿Por qué? Pues porque se juzga innecesario. Porque para el sistema Bitcoin no importa la identidad personal de quien ha registrado una determinada clave pública y por tanto puede utilizar la correlativa clave privada. El 'registro' de un usuario de Bitcoin se hace de forma completamente privada, sin que nadie te pida un DNI, o un CIF, ni compruebe de forma alguna la identidad real de la persona que se está registrando"¹²⁶.

Esto genera severas preocupaciones para los estados como "la financiación de actividades ilícitas y blanqueo de capitales ya que debido al carácter descentralizado del esquema, la transmisión del valor monetario se produce directamente entre las partes últimas de la operación (ordenante y beneficiario), por lo tanto no es necesario el concurso de un intermediario, y ello (...) dificulta la identificación y alerta temprana ante posibles comportamientos sospechosos de actividades ilícitas"¹²⁷. Bitcoin en su momento fue acusado de herra-

123 García Más, Francisco Javier, *Comercio y firma electrónicos. Análisis jurídico de los servicios de la Sociedad de la Información*, Valladolid, Lex Nova, 2004, p. 59.

124 Si bien el autor habla de Bitcoin sus afirmaciones pueden aplicarse igualmente a la mayoría de las blockchains.

125 Ley de Firma Electrónica.

126 González-Meneses García-Valdecasas, Manuel, "Blockchain: ¿el notario del futuro?", cit., p. 150.

127 Narcotráfico, el fomento de la explotación sexual o la comercialización de pornografía infantil, etc., García Más, Francisco Javier, "Regreso al futuro: Seguridad jurídica y nuevas tecnologías.

mienta de lavado de dinero proveniente del narcotráfico dado el anonimato de sus participantes y, obviamente, la falta de control en el origen de los fondos utilizados para la adquisición de esta criptomoneda.

Entendemos que esta cuestión es sumamente relevante y debe ponderarse como un contrapeso más a la hora de juzgar la implementación de la blockchain y sus derivados.

Juicio de capacidad

"El juicio que el Notario se forme acerca de la capacidad necesaria de los otorgantes, que debe ser fruto de su contacto y apreciación directa pues no debe estar apoyado en el sólo dicho de estos, es requisito necesario para la autorización (de la escritura pública)"¹²⁸.

En nuestra opinión las cuestiones referidas a la capacidad de las personas son las más sensibles de todo el ámbito jurídico ya que reflejan el respeto a la dignidad humana por parte del legislador y del operador del derecho.

La sensibilización en esta materia ha costado años de trabajo y reflexión. En este sentido Risolía afirmaba, "no ha sido fácil llegar a las nociones y soluciones que hoy manejamos. Las leyes civiles de nuestro tiempo enuncian principios que resumen una cruenta lucha secular. Decir que toda persona es capaz en alguna medida, pues algún grado de aptitud hay que reconocerle, siquiera para la adquisición de derechos; decir que la capacidad es la regla y la incapacidad es la excepción prescripta por la ley, supone estar al cabo de una tremenda evolución -a veces acelerada por sangrientas revoluciones- que ha ido borrando -Dios quiera que para siempre- la ignominia de la esclavitud y la afrenta de la muerte civil. Es la vieja lucha por la igualdad jurídica. Es el camino largo, pero recto y seguro, que lleva a la dignificación del hombre y al afianzamiento de la libertad"¹²⁹.

Actualmente afirmamos sin lugar a duda y con convicción, que en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad que ha sido plasmada en el derecho interno argentino con la sanción del CCyC la regla más que nunca es que la capacidad se presume. Siempre.

El Blockchain y otras cuestiones digitales. La función notarial", Revista Jurídica del Notariado Número 106, abril-junio 2018, Madrid, Consejo General del Notariado, p. 190.

128 Blanquer Uberos, Roberto, "Juicios que ha de emitir el notario", cit., p. 57.

129 Risolía, Marco Aurelio, *Capacidad y contrato*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1959, p. 12.

.....

Pero esto no significa que todas las personas tengan el mismo grado de capacidad. Por ello, las que tienen dificultades para valerse totalmente por sí mismas deberán contar con la ayuda de un apoyo o en el peor de los casos con la representación de un curador.

En este sentido, para que estas personas contraten deberá verificarse si pesa sobre ellas alguna restricción judicial. De ser así deberán ser oídas y respetadas, pero también deberán ser asistidas o representadas según sea el caso.

Estas personas pueden ser titulares de firmas digitales o de cuentas en cualquier blockchain, sea porque nunca se verificó su capacidad al momento de solicitarlas, sea porque la modificación de su capacidad acaeció con posterioridad.

En cualquiera de estos casos, la intervención del notario al realizar el juicio de capacidad cumple dos funciones: para el cocontratante de esta persona garantizarle que el acto podía ser otorgado por esta (porque su capacidad era la requerida para ello o porque estaba adecuadamente asistido o representado en caso contrario) y para la persona con capacidad diferente porque se garantiza su derecho a ser oído y a desentrañar su verdadera voluntad.

Lo mismo ocurre en el caso de los menores de edad. Aplicar el principio de capacidad progresiva será imposible en la frialdad de la blockchain.

Vinculado con la capacidad se encuentra el discernimiento. Recordando al maestro Llambías "El discernimiento consiste en la aptitud del espíritu humano que permite distinguir lo verdadero de lo falso, lo justo de lo injusto y apreciar las consecuencias convenientes o inconvenientes de las acciones humanas"¹³⁰.

Por supuesto que el notario también deberá constatar si el otorgante tiene el discernimiento requerido para que el acto sea efectivamente voluntario. Ello se vincula a nuestro entender, con el juicio de capacidad y con los deberes de información (imparcialidad y consejo) que se refieren en los acápite siguientes.

Ninguna de estas cuestiones se resguarda al momento de la contratación privada a través de la blockchain sin intervención notarial.

Si una persona que necesitaba asistencia para contratar otorgó un SLC irrevocable sin dicha asistencia, en su resguardo podría llevarse ese SLC al ámbito judicial lo que resultará dispendioso y desventajoso para esta perso-

130 Llambías, Jorge J., *Tratado de Derecho Civil-Parte General*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1966, Tomo II, p. 265.

na y también para su cocontratante. Por lo tanto, una vez más, la seguridad que se reputa sobre la blockchain no implica seguridad jurídica y mucho menos seguridad jurídica preventiva.

Deberes de consejo e imparcialidad

Los deberes de consejo e imparcialidad son deberes distintos, pero, a nuestro juicio, vinculados entre sí.

Sobre el primero, afirma Castán Tobeñas "El Notario, en nuestro Derecho, tiene como uno de sus oficios, el de ser consejero, asesor jurídico y avelador de quienes requieren su asistencia. Es, en efecto, misión suya la de instruir, con su autoridad de jurisconsulto, a los interesados, sobre las posibilidades legales, requisitos y consecuencias de la relación que quieren establecer, no menos que la de conciliar y coordinar con la *autoridad moral* que le es propia, las pretensiones de las partes, en el ritmo del Derecho y de la Ética"¹³¹.

Vallet, por su parte, lo distingue del asesoramiento en cuanto éste "es función técnica; el consejo es función práctica y, como tal, prudencial"¹³².

Por lógica, para asesorar o aconsejar sobre cuestiones jurídicas hay que saber derecho. Por lo tanto, el deber de consejo implica capacitación. Como vimos, el *notary public* anglosajón no tiene deber de consejo, más aún tiene prohibido aconsejar, porque justamente no tiene la capacitación que sí ostenta el notario latino.

A su vez, los negocios jurídicos se han vuelto cada vez más complejos y requieren de una visión más global del derecho. Solo a modo de ejemplo, muchas veces un negocio perfectamente viable desde lo civil o comercial resulta tan gravoso tributariamente que termina resultando conveniente no celebrarlo o recurrir a una figura distinta de la originalmente prevista.

Ello vuelve sumamente relevante este deber. En este sentido, el Congreso de la Unión Mundial de las Profesiones Liberales en Hammamet, Túnez, celebrado del 20 al 23 de abril de 1994 concluyó que debe realizarse un "llamamiento solemne a los gobiernos y a las organizaciones intergubernamentales de tratar que el *derecho al consejo* de un profesional sea reconocido internacio-

131 Castán Tobeñas, *Función notarial y elaboración notarial del derecho*, Madrid, Instituto Editorial Reus, 1946, p. 51.

132 Vallet de Goytisolo, Juan Berchmans. "La función de consejo del notario", en *Revista El Notario del Siglo XXI* N° 2, julio-agosto 2005, p. 100.

nalmente y que encuentre un *lugar en la declaración universal de los derechos humanos*"¹³³.

En cuanto al deber de imparcialidad claramente explica Rodríguez Adrados que "El notario, un solo notario, tiene que atender al mismo tiempo a todos los otorgantes del instrumento y, en su caso, a todos sus encontrados intereses. Sólo con imparcialidad podrá el notario obtener su confianza, y lograr la *auctoritas* que le permita ejercer su función, y hacerlo con la mayor fecundidad. El notario tiene, pues, que ayudar a las partes en la búsqueda de su voluntad común, en esa 'función de equilibrio' de que hablaba López Legazpi, a fin de 'obtener una composición duradera y, en cuanto sea posible, definitiva de los intereses opuestos' -Laurini-, 'en equilibrio no precario' -D'Orazi Flavoni-, y alcanzar así su dimensión antilitigiosa"¹³⁴.

La conjunción de ambos deberes -consejo e imparcialidad- resulta de suma importancia en el desarrollo de la contratación. Y generan que, aunque muchas veces socialmente no se alcance a percibir, recurrir a un notario sea más seguro y más económico para las partes en tiempo y en dinero.

En el *common law* como vimos, el *notary public* no es abogado y no redacta documentos legales. Incluso si llegara a hacerlo podría ser denunciado por ejercicio ilegítimo del Derecho. Entonces quien desea contratar tiene dos opciones: redactar el contrato por su cuenta sin asesoramiento legal, lo cual puede resultar extremadamente riesgoso ya que las partes habitualmente desconocen las cuestiones jurídicas relevantes que deben tomar en cuenta¹³⁵ o por otro lado recurrir a un abogado.

El abogado en cualquier sistema legal -y sobre todo en el sistema cuasi empresarial de los bufetes legales estadounidenses- no tiene deber de imparcialidad. Es parcial. Y no está mal que así sea. El abogado debe defender los intereses de su cliente.

Entonces, para evitar conflicto de intereses, lo que suele ocurrir es que ambas partes contraten un abogado cada una para que cada uno de ellos defienda sus respectivos intereses. En la práctica, uno de los letrados pre-

133 Di Cagno, Vittorio, "El rol del notariado cubano entre la prueba documental...", cit., p. 15.

134 Rodríguez Adrados, Antonio, "La imparcialidad del notario, atributo inescindible de su función" Revista El notario del siglo XXI; N° 19, Colegio Notarial de Madrid, mayo-junio 2008, p. 12.

135 Y además en dicho sistema ni siquiera existe norma supletoria codificada. Por ende, lo que no se escribe en principio no está en el contrato. Hay algunas excepciones, pero son muy escasas.

para un borrador, el otro lo "corrige" o agrega lo que considera pertinente y así sucesivamente hasta que el acuerdo se concreta. De más está decir que esto puede demorar bastante tiempo y que, además, es excesivamente oneroso ya que cada una de las partes debe pagarle a un profesional que factura por hora.

Además, si una de las partes no puede costear los honorarios de un letrado, el contrato será redactado por un único profesional, el que muy probablemente beneficiará a su cliente.

Por ende, la noción de un profesional del derecho imparcial y ventajoso para ambas partes de un negocio jurídico es totalmente ajena al sistema anglosajón.

Una vez más, recordemos que la blockchain y los SLC fueron desarrollados principalmente en países regidos por ese sistema legal. Por lo tanto, en ellos tal vez no modificaría las costumbres actuales en la contratación. Sin embargo, sí lo haría en el sistema continental. La encarecería y la demoraría.

Deber de control de legalidad

Si bien a primera vista pareciera sencillo, este deber notarial es mucho más complejo de lo que aparenta.

En España ha habido sentencias contradictorias del Tribunal Supremo en cuanto a la extensión del mismo, fundamentalmente en cuanto a las cláusulas abusivas de los mutuos con garantía hipotecaria bancarios.

Sin embargo, a los fines del presente basta decir que el notario debe adecuar la voluntad de las partes a la ley: debe analizar que el acto que se quiere realizar sea lícito, que sus cláusulas generen legalmente las consecuencias buscadas, que la documentación que se utilice para el acto sea legalmente válida, que se cumplan con las formalidades legales exigidas, etc.

Entendemos que resulta claro que ninguna de estas cuestiones queda cubierta únicamente con la utilización de ninguno de los elementos tecnológicos que hemos venido estudiando.

Documento y valor probatorio

No es nuestra intención profundizar en el interesante debate sobre si es conveniente o no la implementación de un protocolo notarial digital ya que ex-

cede la intención del presente pero sí queremos puntualizar dos cuestiones respecto al documento.

Por un lado, desde el derecho contractual la cuestión de la forma del contrato ha ido variando a lo largo del tiempo. Muy básicamente podemos afirmar que en el derecho romano el formalismo era excesivo, pero no desde lo escrito sino desde lo ritual. Este principio se fue morigerando hasta llegar al principio de la libertad de formas del código de Napoleón que se trasladó a los demás códigos de la época, incluso el Código velezano.

Sin embargo, con el auge del derecho del consumo y de la contratación por adhesión se empieza a hablar de "neoformalismo". ¿Por qué? Pues simplemente porque la parte débil de la contratación requiere de información escrita y en algunos casos con tipología destacada para facilitar la más acabada comprensión posible y la prueba de lo contratado.

Es decir que, si bien suele asociarse la noción de "formalidad" con algo anticuado o en desuso, es en realidad un concepto moderno, adecuado a la actual forma de contratación.

Por ello, a nuestro juicio se vuelve relevante la redacción del documento. Las partes deben poder utilizarlo para entender lo contratado. Este principio debe mantenerse intacto si la formalización del documento fuera vía blockchain.

Con respecto al valor probatorio del mismo, en nuestro derecho y en la mayoría de los derechos continentales difiere el valor del documento privado y del documento público.

Con la aparición de la firma digital "Se decía que por las especiales características técnicas que ofrecía esta (...), y por lo que ella garantizaba, se podía hablar de una nueva categoría cuasi pública de esos documentos privados electrónicos, con esa firma específica. Más aún, sin atreverse a denominarlo documento público, se decía que a todos los efectos procedimentales tendrían o deberían de tener los del documento público"¹³⁶. Exactamente lo mismo se dice respecto de la blockchain.

Sin embargo, lo que determina el carácter del documento es la intervención o no en el mismo de un funcionario público. Por lo tanto, "El documento tendrá la categoría de público con independencia del soporte electrónico y de la firma electrónica, siempre y cuando este documento esté utilizado por un

136 García Más, Francisco Javier, *Comercio y firma electrónicos...*, cit., p. 62.

funcionario público habilitado y autorizado por la Ley para hacerlo¹³⁷. Si no, será un documento privado.

A nuestro juicio el "plus" del valor probatorio del documento público no es capricho del legislador, sino que se funda en la fe pública que el Estado delega en el oficial público respectivo. Y esa delegación encuentra fundamento, justamente, en las características de dicho oficial.

En el presente revisamos brevemente algunos de los deberes que implica la función notarial y creemos que de ellos surge claramente que este profesional tiene una responsabilidad directamente proporcional con el valor de su función. Ya que la inobservancia de cualquiera de los deberes mencionados -incluidos aquellos que no hemos desarrollado- hará que responda disciplinaria, civil e incluso penalmente según el caso.

Esto implica que deba ejercer su función con rigor legal y moral para que al fin y al cabo su actuar y su documentar genere los efectos sociales y jurídicos esperados y éstos colaboren en el garantizar la seguridad jurídica.

No existe responsable semejante en el ámbito de los SLC tal como se plantean en la actualidad, ya que no dejan de ser instrumentos privados cuya autoría pertenece a las partes.

137 García Más, Francisco Javier, *Comercio y firma electrónicos...*, cit., p. 64.

CONCLUSIONES

En los últimos tiempos se ha hecho popular la frase "a toda profesión le llega su Uber". En realidad, más allá de la alusión a la conocida app, este concepto no es para nada moderno.

Todas y cada una de las revoluciones industriales¹³⁸ de los siglos XIX y XX han implicado un cambio social y económico y con ello, como no podría ser de otra manera, laboral. Keynes, ya en la primera mitad del siglo XX hablaba de "desempleo tecnológico".

Ciertas profesiones han desaparecido porque se han vuelto inútiles. Otras tuvieron que mutar o "aggiornarse" para seguir vigentes.

En cuanto a las cuestiones analizadas en el presente consideramos que nos referimos a tendencias que han llegado para quedarse y para evolucionar cada vez más. Sobre todo, en cuanto a IA se refiere.

Sin embargo, esto no significa que nos encontremos ante sistemas perfectos e infalibles.

En cuanto a los SLC consideramos la siguiente problemática.

En primer lugar, su creación: ¿quién lo redacta?, desde lo informático y desde lo jurídico. ¿Estarán protegidos los contratantes? Especialmente en cuanto sean meros adherentes y/o consumidores.

El sistema ofrece inmutabilidad, resguardo e irrevocabilidad, pero no ofrece -porque no puede- ningún control sobre si aquello pactado -que se pretende inmutable e irrevocable con la gravedad jurídica que esto implica- ha nacido desigual, injusto, abusivo o incluso, ilegal.

El SLC no desplaza a la ley escrita ni a las demás fuentes del derecho, por ende, debe saberse derecho para la confección del contrato. Se formalice este en el formato que sea.

Por ello, a nuestro juicio la afirmación de que los contratos inteligentes van a librar al mundo de los abogados cae inevitablemente.

138 "La primera vinculada al desarrollo del ferrocarril y al motor de vapor para mecanizar la producción. La segunda relacionada a la energía eléctrica y la cadena de montaje para desarrollar la producción en masa. La tercera revolución se ubica a partir del surgimiento de la electrónica, los ordenadores y la tecnología de la información para automatizar la producción (1). Actualmente transitamos una nueva revolución que se vincula con varios fenómenos (nanotecnología, biotecnología, robótica, internet de las cosas, impresión 3d)", Corvalán, Juan G., "La primera inteligencia artificial...", cit., p. 1.

En segundo lugar, como hemos visto, la "autoejecución" del SLC no equivale en todos los casos al cumplimiento del contrato y, asimismo, al igual que la irrevocabilidad puede ser ponderada como útil en algunas actividades, pero definitivamente no en todas, no siempre y no en todos los contextos legales.

Nuestro sistema legal prevé varias formas de extinción del contrato distintas al cumplimiento y también de modificación y adecuación del mismo. Sólo para mencionar algunos ejemplos -no exhaustivos- recordemos la teoría de la imprevisión y la frustración del fin del contrato.

¿Cómo operarían estas cuestiones ante la pretendida automaticidad? ¿Podría una orden judicial "frenar", "suspender" o "modificar" la ejecución del código? No. Una vez programado el código se escinde la voluntad de las partes. ¿Afectará derechos o causará perjuicios patrimoniales esta imposibilidad? Sin dudas.

Lo irrevocable, entonces, no necesariamente es bueno.

Creemos sinceramente que la mayoría de los contratos que se pactan en el mundo se cumplen tal como han sido pactados gracias a la buena fe de los contratantes. Algunos no lo son y su cumplimiento debe ser compelido. Pero son los menos.

Las instituciones jurídicas que mencionábamos¹³⁹ no tienen como finalidad proteger al incumplidor sino por el contrario, pretenden proteger la equidad de las prestaciones y en definitiva, la justicia.

En el caso de un SLC el contrato deberá cumplirse tal como ha sido pactado. Luego, quien pretendiera utilizar alguno de los institutos que obstan o modifican el cumplimiento deberían hacerlo accionando cuando el contrato ya está extinguido por cumplimiento. Sin dudas, los fundamentos que originan estas instituciones y les dan sustento quedan totalmente desdibujados.

Por otro lado, la irrevocabilidad no implica solamente una cuestión económica, sino que muchas veces puede estar vinculada con derecho personalísimos. La figura del derecho al olvido ha cobrado especial importancia en esta sociedad de la información. La blockchain en general y el SLC como una aplicación de la misma no permiten el derecho al olvido. ¿Es esto valioso para nuestra sociedad en el marco del derecho internacional de los derechos humanos?

¹³⁹ Imprevisión, frustración del fin, etc.

No queremos de ningún modo despreciar esta innovadora tecnología, sino, una vez más, resaltar que no debe ser utilizada como "salvación" sino como herramienta y del mismo modo que no se usa una llave inglesa para clavar un clavo tampoco debe usarse el SLC para la formalización de cualquier contrato. Y cuando se utiliza debe hacerse con el mismo asesoramiento e información con el que se celebra cualquier otro negocio jurídico, adecuándose fundamentalmente a la gravedad -económica o no- de las consecuencias que implica dicho acto.

En cuanto, a la IA la cuestión es mucho más compleja.

Se ha dicho que "Las tareas más rutinarias, repetitivas o mecanizadas, son y tenderán a ser las primeras en automatizarse".¹⁴⁰ Por ello, el notariado debe seguir demostrando que su función no es la mera función burocrática de la que muchas veces se lo acusa¹⁴¹ sino una función integral y completa social y jurídicamente tal como la hemos esbozado en los párrafos anteriores.

Insistimos, una vez más, en que la evolución de esta tecnología es sumamente bienvenida en tanto y en cuanto se armonice con las reales necesidades de los seres humanos.

Si bien en otro contexto -pero perfectamente aplicable a las cuestiones que comentamos en el presente- dice García Más "Toda ciber política de hoy tiene que tener en cuenta la ciber ética, como ética aplicada ligada al conocimiento de las estructuras de los diferentes sistemas y subsistemas informáticos que examina y aplica principios éticos y morales en el uso de las herramientas ciber tecnológicas. La ciber ética que debería entrar en la reflexión académica y ciudadana actual tiende puentes entre el conocimiento informático y electrónico de las telecomunicaciones y la reflexión ética y moral de una tradición filosófica que tiene como objetivo salvaguardar la racionalidad y el pensamiento crítico al modo de un humanismo neo ilustrado"¹⁴².

Compartimos plenamente esa conclusión.

Por último, no podemos dejar de transcribir estas palabras: "El Notariado latino nunca ha dejado de plantearse la problemática de su futuro y de su adaptación a las necesidades de la sociedad en cada época de su historia, sea por inquietud, sea por buscar su propio perfeccionamiento. Esta tendencia se ma-

140 Cevasco, Luis J.; Corvalán, Juan G., "¿Desempleo tecnológico?...". cit., p. 2.

141 "Ustedes cobran una fortuna por una firmita o por un sellito".

142 García Más, Francisco Javier, "Regreso al futuro:...", cit., p. 167.

nifiesta unas veces, con ocasión de una amenaza externa que puede afectar a la misma existencia de la profesión, y otras -cuando todo marcha bien- por el deseo de evolucionar paralelamente al contexto social. Temor y deseo de perfección parecen polos opuestos, pero traen las mismas consecuencias: obligar a los notarios a definirse constantemente y a situarse en el contexto de una sociedad cambiante"¹⁴³.

Esa frase -que data del año 1982- se mantiene plenamente vigente.

Entonces, ¿es la blockchain el uber de los notarios? Seguramente lo será de los *notary publics* anglosajones. El notariado latino, en cambio, ofrece, como vimos, muchísimas ventajas en cuanto a la seguridad jurídica y también en cuanto a los gastos y costos de la formalización de los negocios jurídicos. El notario latino "es el auténtico tercero de confianza al que en el derecho anglosajón se está buscando continuamente pero que nosotros lo hemos encontrado y existe desde hace siglos"¹⁴⁴.

Sin embargo, es imprescindible concientizar a la sociedad de todas estas afirmaciones. Es imprescindible "desautomatizar" la función notarial, para que la automatización del derecho no la colapse.

Los deberes de imparcialidad y de consejo son cada vez más importantes hacia el requirente y esto incluye la entrevista previa, la redacción del documento y la firma del mismo.

Los deberes de legalidad y las actividades informativas relacionadas a la lucha del blanqueo de capitales son cada vez más significativas en relación al Estado.

Nuestro Derecho valorativamente se centra en el Derecho Internacional de los derechos humanos. El notario debe entonces más que nunca ayudar a garantizar esos derechos a través de su función. Debe, además, servir como medio de evitar la discriminación de las personas que no actúan en el entorno digital. El avance de la tecnología no puede rebasar esos derechos.

Debe seguir trabajándose sobre esas cuestiones, debe seguir trabajándose en "actualizar" la profesión como cuerpo, pero también cada notario desde su despacho. Si un Colegio invierte recursos en la actualización tecnológica pero cada uno de nosotros nos negamos a aprender a utilizar esa tecnología, ese esfuerzo

143 Font Boix, Vicente, Simó Santonja, Vicente L., Martínez-Radio, Antonio de la Esperanza, Madrides Sarasola, José, "Sistemas jurídicos y documento", XVI Congreso Internacional del Notariado Latino, Lima, Junta de Decanos de los Colegios Notariales, 1982, p. 23.

144 García Más, Francisco Javier, "Regreso al futuro:...", cit., p. 173.

corporativo y económico es estéril.

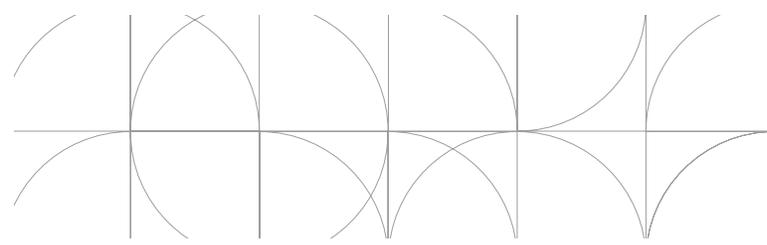
Además, insistimos en la relevancia de la actuación personal entre notario y requirente.

El requirente en definitiva es la sociedad y la sociedad es quien debe considerar que el notariado latino es valioso.

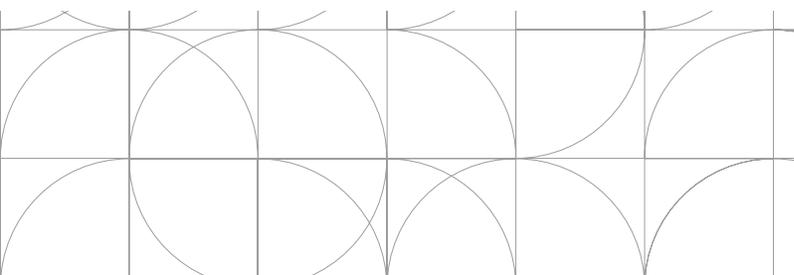
En conclusión, estamos convencidos de que la función notarial seguirá siendo útil a la comunidad y seguirá siendo garante de la seguridad jurídica a pesar de las tecnologías presentes y venideras. Pero, para ello, será necesaria la actualización tecnológica, la colaboración inter pares y con el Estado y fundamentalmente el vínculo con el requirente desde lo jurídico y, hoy más que nunca, desde lo humano.

BIBLIOGRAFÍA

La bibliografía utilizada ha sido citada en la correspondiente nota al pie de página.



DERECHO REGISTRAL



SEMBLANZAS SOBRE
LA LEY REGISTRAL
INMOBILIARIA
ARGENTINA A
MEDIO SIGLO DE
SU VIGENCIA*

MARCELO EDUARDO URBANEJA

SUMARIO: El esquema del Código Civil. Necesaria puntualización acerca del origen histórico del sistema del título y el modo. Nociones de la evolución histórica del régimen registral inmobiliario nacional. A) Los antecedentes peninsulares. Rasgos estructurales del ordenamiento registral inmobiliario argentino. Plexo normativo vigente. B) Decreto-ley 17.801/1968. C) El Código Civil y Comercial de la Nación. Evaluación del régimen vigente.

* Varios segmentos de este aporte están basados en diversas partes de la "Introducción" del Tomo 9 del *Código Civil y Comercial de la Nación...* coordinado por Clusellas, Eduardo G., Buenos Aires, Astrea-FEN, 2019, pp. 6 a 26.

EL ESQUEMA DEL CÓDIGO CIVIL

Según el texto original del Código Civil, cuando se tratase de mutaciones derivadas y por actos entre vivos, la conjunción de los requisitos del título (suficiente) y del modo (suficiente), cualquiera fuese el orden en que ocurriese, producía la transmisión del derecho real al adquirente y además la oponibilidad del mismo al resto de la sociedad (arts. 577, 3265, 2609, 2377, 2378, 2977 y 4003, Código Civil). El remoto origen romano de este sistema es indudable, aunque se pueda discrepar sobre sus alcances y efectos¹.

Para la constitución de la hipoteca, en cambio, no existía modo pero sí publicidad registral, en organismos existentes desde una centuria atrás. Tampoco existía (ni entonces ni hoy) modo para la servidumbre negativa, que por aquellos años contaba solamente con publicidad cartular.

El ilustre Vélez Sarsfield se apartó, de esta manera, de notables antecedentes foráneos²: el Código Civil francés (en tanto no se exigía tradición pero sí inscripción con efectos declarativos)³, el Esboço de Freitas (para el cual la tradición se juzgaría hecha por la transcripción en los registros, aunque el transmitente no haya realizado entrega efectiva al adquirente)⁴ y el Código Civil chileno, de análogas previsiones al proyecto del jurista brasileño⁵. El rechazo al consensualismo francés surgía de la nota al art. 577 (con parcial transcripción de Freitas), y el rechazo a la instalación de registros de la nota final al título XIV del Libro III (referido a las hipotecas).

1 Falbo, *La inscripción registral y sus efectos*, pp. 21-23. También ver Mustápic, *Tratado teórico y práctico de Derecho Notarial*, t. III, pp. 18-28.

2 Ver, por todos, Mustápic, José María, *Tratado teórico y práctico de derecho notarial*, Ediar, Buenos Aires, 1957, Tomo III, pp. 15 y siguientes.

3 De 1804, surgiendo el sistema registral explicado de la reforma de 1855.

4 Art. 3809. El Esboço fue elaborado alrededor de la década de 1860, luego de haber realizado la Consolidação y antes de finalizar nuestro codificador su Código Civil (Cháneton, Abel, *Historia de Vélez Sarsfield*, segunda edición, tomo II, "La obra", Buenos Aires, 1938, número 142, pp. 202 y 203).

5 De 1855, art. 686.

NECESARIA PUNTUALIZACIÓN ACERCA DEL ORIGEN HISTÓRICO DEL SISTEMA DEL TÍTULO Y EL MODO

La sistematización del esquema con el que hoy lo conocemos tiene orígenes no siempre asumidos. Es sabido que el sistema jurídico romano prescindió de mayores abstracciones, y su estudio y meditación fue obra de reflexiones posteriores, muchas veces varios siglos después.

No caben dudas que viene expuesta desde nociones escolásticas, aunque durante mucho tiempo se ha intentado y se intenta soslayarlo. A partir de las primeras reflexiones aristotélicas, el genial Santo Tomás de Aquino insuffló en el siglo XIII con los aportes del Cristianismo renovados bríos a la filosofía clásica, dándole arraigo vital en las (recientemente creadas) universidades. Quizá aporte significación el recordar que la postura tomista en torno a la propiedad fue asumida para la Iglesia Católica a partir de la encíclica *Aeterni Patris*, que el gran León XIII diera en 1879.

Pues bien: el título y el modo fueron contruidos como teoría desde la escolástica por Johann Apello, con la publicación en 1535 del texto que sentó sus bases, el "Methodica dialectices ratio, ad iurisprudentiam adcommodata". No es azaroso que el estudio haya visto la luz en Núremberg, cuna (por aquellos años) de la preservación cultural del Sacro Imperio Romano Germánico.

Apello utilizó los conceptos de causa remota (el contrato) y causa próxima (la tradición). Con ello no se pretendió aludir a un orden temporal, sino terciar (conscientemente o no) en la disputa entre romanistas acerca de la existencia o no de una "iusta causa traditionis". En muy resumido planteo, la polémica se centró en resolver si era necesaria una causa para que la tradición operara la transmisión del derecho (Ulpiano), o si ésta podía aportar otros efectos pero no la transferencia en sí, que se produciría independientemente de la existencia de causa (Juliano). La disputa tenía y tiene resonancias históricas pero, en lo que aquí importa, a partir de la teorización expuesta fue indiscutido el desplazamiento de cualquier visión abstracta, exigiéndose el vínculo entre la tradición y un acto jurídico que la causara. Con este sentido causal se esparció por Occidente.

De esta manera, se revistió de nítidos rasgos jurídicos a la posesión, que persistentemente iba creciendo en importancia para los autores, pues se comprendió su enorme trascendencia para la subsistencia del hombre y el desarrollo económico de las sociedades. El hecho material de promover y proteger la

explotación de la tierra de diversas maneras (en épocas en que de ella se obtenía una ingente proporción de los alimentos que se consumían) contribuía significativamente al mejoramiento de las condiciones de vida de la comunidad.

En suma: la inserción de la Doctrina Social de la Iglesia no sólo aportó notables valorizaciones en la dignidad humana, sino que vigorizó la idea romanista del título y modo que Vélez había tomado, brindándole espesura conceptual.

NOCIONES DE LA EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL RÉGIMEN REGISTRAL INMOBILIARIO NACIONAL

A) LOS ANTECEDENTES PENINSULARES⁶

Se impone considerar el contexto histórico español, pues, configurando estas tierras un reino de la Corona de Castilla, el vínculo cultural y jurídico que tenemos con la Madre Patria resulta innegable. Recalco la idea de tratarse de un reino de la Corona de Castilla para poner en caja la habitual e inexacta referencia a las "colonias". Para España, las tierras americanas nunca fueron colonia desde el punto de vista jurídico. Claro que, en los hechos, el tratamiento dispensado desde el plano económico y social tuvo perfiles muy distintos en función de las distintas casas reinantes. Al magnífico esplendor de los Austria-Habsburgo, ya construido desde los Trastámara, llegó la profunda modificación con el trato casi despectivo dispensado por los Borbones.

Téngase por caso que, con la Casa de Austria-Habsburgo en el poder, comienza en el siglo XVI el período que implicará la mayor expansión del Imperio Español, que alcanzará el punto más álgido en la segunda mitad con Felipe II, desembocando en una influencia inédita en la historia, abarcando, en distinta medida, los diferentes continentes. Fuera del desarrollo

6 Utilizo, exclusivamente en cuanto a las normas jurídicas citadas, ciertas referencias de dos valiosos aportes. No obstante, aclaro que no los sigo en su totalidad ni tampoco se hacen allí consideraciones acerca de la valía de la herencia hispánica: Bernard, "Los registros de la propiedad inmueble en las provincias y la ley nacional registral inmobiliaria N° 17.801", en *Curso de derecho registral inmobiliario*, p. 363 y ss.; ídem, *El Oficio Público de Hipotecas. Antecedentes del Registro de la Propiedad Inmueble en el Río de la Plata desde 1795 a 1879*, p. 953 y ss.; Ruiz de Erenchun, *Sobre el origen histórico de los Registros de la Propiedad en el Río de la Plata y el régimen registral de la hipoteca*, p. 237 y ss.

que se logró en todos los planos para los habitantes de tan vasto territorio, la corona logró además ser la primera potencia mundial.

En lo territorial, llegará a abarcar una superficie diez veces más extensa que la del Imperio Romano en su esplendor. En lo cultural, se sientan bases para la aparición de las mejores plumas que conociera la humanidad, con el Siglo de Oro y sus figuras descollantes como Cervantes, Quevedo, Góngora y Lope de Vega, entre tantos otros. La primera Academia de Ciencias y Matemáticas de Europa también pertenece a este período, al igual que uno de los primeros museos de ciencia de la historia (en Valladolid) y gran cantidad de academias matemáticas. Mientras Calvino atacaba a Copérnico por sus ideas, en la Universidad de Salamanca su lectura fue primero admitida y luego transformada en obligatoria, por lo que la teoría heliocéntrica tuvo ancho predicamento en la España de Felipe II.

En el plano jurídico su predominancia era indiscutida en el derecho privado, con muy pocas alternativas dentro del occidente latino.

Pretendo con estas reflexiones enfatizar que integrábamos el imperio más gravitante que conoció la historia desde la aparición del hombre, aunque se haya querido soslayar detrás de la malograda "Leyenda Negra", insostenible desde cualquier meditado análisis científico.

Y si el sitio ganado por estos reinos tuvo manifestaciones de primer orden en órbitas tan diferentes, no hay que suponer que la registración desentonaba con ese perfil. Lo que ocurrió fue que, para cumplir los fines a los que está llamada, hubo de aplicarse en función de la realidad temporal y local, como se verá a continuación.

Para tomar provecho de la gravitación del ordenamiento español en América es menester remontarse hacia el contexto peninsular antes del crucial año de 1492.

Recuérdese que los sarracenos en el siglo VIII habían culminado con el dominio visigodo en la península, el cual a su vez provenía de la caída del Imperio Romano de Occidente en el siglo V.

1. Predominancia romanista. Los primeros atisbos de registración de hipotecas

Desde la vigencia de las Leyes de Partida, debidas a Alfonso X, rey precisamente de Castilla, en el siglo XIII, la influencia jurídica romana comienza

a prevalecer en todo el territorio por sobre la árabe. A partir de la finalización de la Reconquista (en las postrimerías del siglo XV) este proceso se consolidó. Como es sabido, Roma no conoció registros, por lo que ese marco fue el que perduró en España.

Unos párrafos más arriba recordé la primacía que a nivel mundial tuvo el Imperio Español en todas las órbitas, arribando a su máxima expresión durante el siglo XVI.

La registración, sin embargo, no ofrecía mayores desarrollos a partir, se insiste, de la vital relevancia atribuida a la posesión, heredada de la influencia romanista.

Con este escenario, el Rey Carlos I (que poco después sería también Carlos V del Sacro Imperio Romano Germánico) comenzó en la segunda década del siglo XVI un reinado que reuniría, entre otras, a las coronas de Castilla y Aragón. Gobernó junto a su madre, Juana I de Castilla. En 1539 dicta una Real Pragmática que siguió al pedido de las Cortes de Madrid y Toledo (en 1528 y 1539, respectivamente) que estableció que en ciudades o villas que fuesen cabeza de jurisdicción se llevase un libro que registrara censos e hipotecas ("Registro de Censos y Tributos"). La limitación a este derecho real provino, como es sabido y se reitera en estos comentarios, de la ausencia de relación de hecho con la cosa de parte de su titular, por lo que se enfatiza la necesidad de encontrar un mecanismo publicitario para los terceros.

Sucedió en el reinado a Carlos I uno de sus hijos, el ya recordado Felipe II. Con él, el apogeo del Imperio lo lleva a la predominancia más grande que haya conocido y se conociera luego. Quiero con ello recalcar, nuevamente, que esa notable superioridad en escenarios tan diversos no repercutió en la creación de un marco registral equivalente, pues la única labor de Felipe II en ese plano fue hacer suya en 1558 aquella Real Pragmática de Carlos I de 1539, sin siquiera lograr su vigencia efectiva.

Esto se explica por diversos factores, entre los que cobra relevancia singular la escasez de transmisiones inmobiliarias, que implicaban la esterilidad del establecimiento de un engranaje legislativo y logístico que hubiera sido inaprovechado. La posesión seguía resultando suficiente factor de estabilidad y publicidad.

Esa falta de dinamismo del tráfico inmobiliario obedecía tanto a la gran amortización de la tierra como a la vinculación de ella a los mayorazgos, que obstaculizaban la salida del patrimonio familiar.

Esta realidad llevó a que transcurrieran dos siglos sin novedades normativas de mención. No obstante, esa mínima expansión de las transmisiones fue revirtiéndose, y los inmuebles comenzaron a utilizarse como garantía de los gravámenes. Se agudizó la necesidad de estructurar adecuadamente la publicidad de las hipotecas.

Ya en retroceso la preponderancia del Imperio, con el comienzo del reinado de los Borbones, Felipe V, a través de una Real Pragmática de 1713, conminó a observar disposiciones de la anterior y estableció registros en todos los lugares (y no sólo en cabeza de jurisdicción). Su aplicación no corrió mejor suerte.

2. La Real Pragmática de Carlos III en 1768

El cambio resonante llega en 1768. Carlos III, en la década anterior a la creación del Virreinato del Río de La Plata, nuevamente por medio de una Real Pragmática reemplaza los "Registros de Censos y Tributos" por los "Oficios o Contadurías de Hipotecas", llevadas por escribanos del Ayuntamiento. Los libros tendrían características similares a los de 1539.

Se amplían notablemente las situaciones jurídicas registrables y los plazos para registrarlas. En la nueva nómina figuran imposiciones, ventas y redenciones de censos y tributos, venta de inmuebles gravados con cargas, fianzas en que se hipotecasen especialmente los inmuebles, fundaciones de mayorazgos y obras pías, constitución de hipotecas y su liberación o redención.

Ciertas regiones, en virtud de su resistencia al centralismo castellano, se negaron a aplicarla. De todos modos, con la vigencia en Cataluña en 1774 y la posterior implantación por las Cortes de Navarra de un sistema similar (en 1817), ese esquema termina por extenderse a toda España.

Con todo, no suele apreciarse que una peculiar directiva de esta Real Pragmática consiguió que, a diferencia de sus antecesoras, imperase efectivamente. En el mandato para su cumplimiento, se señala que, si no se registran, "(...) no hagan fe dichos instrumentos en juicio ni fuera de él, para el efecto de perseguir las hipotecas, ni para que se entiendan gravadas las fincas contenidas en el instrumento, cuyo registro se haya omitido (...)".

Si la falta de inscripción obsta a que "se entiendan gravadas las fincas" se está nítidamente en presencia de una inscripción constitutiva.

3. La registraci3n de hipotecas en el Virreinato del R3o de la Plata

Los "Oficios de Hipotecas" de estas latitudes son dispuestos por Reales C3dulas del 9 de mayo de 1778 y 16 de abril de 1783⁷. En su seguimiento, el Virrey de Melo y Portugal los instituye por Instrucciones de 1795. El r3gimen se consolid3 con la Real C3dula para Am3rica del 25 de septiembre de 1802⁸, citada en diversas notas del C3digo Civil (as3, arts. 3131, 3145, 3146, 3147 y 3148). Como bien se destaca⁹, el contenido de esta 3ltima refleja los rasgos estructurales de la normativa peninsular evocada.

4. Impacto en el r3gimen del C3digo Civil

Interesa sobremanera destacar estos antecedentes pues V3lez Sarsfield ha ponderado su contenido al redactar el C3digo Civil.

La nota final al T3tulo XIV del Libro III comienza con recordando que "El sistema hipotecario ha sido de tres siglos ac3 el objeto de los m3s serios estudios por los gobiernos y juriconsultos de diversas naciones". Los tres siglos hacia atr3s, le3dos desde la d3cada de 1860 en la que el codificador elabor3 su obra, evocan aquellas Reales Pragm3ticas del siglo XVI. Y la Real Pragm3tica de 1768 aparece (junto con aqu3llas) como fuente primordial de la Real C3dula de 1802.

7 Garc3a Coni, Ra3l Rodolfo, *Registraci3n Inmobiliaria Argentina*, Depalma, Buenos Aires, 1983, p. 5; Falbo, *La certificaci3n registral con reserva de prioridad*, Revista Notarial 819, p. 361. Tambi3n Fontbona, Francisco Ignacio Jos3, y Garc3a Coni, Ra3l Rodolfo, "La seguridad del mercado de hipotecas frente a los sistemas registrales de Am3rica Latina", en *Contribuci3n al Primer Congreso Internacional de Derecho Registral*, Registro de la Propiedad Inmueble de la Capital Federal, Buenos Aires, 1972, p. 202.

8 Garc3a Coni, Ra3l Rodolfo; Falbo, Miguel Norberto; Fontbona, Francisco Ignacio Jos3; y Scotti, Edgardo Augusto, *Publicidad Inmobiliaria*, Buenos Aires, Ministerio de Justicia, 1971, colaboraci3n de la delegaci3n argentina al XI Congreso Internacional del Notariado Latino (Atenas, Grecia, 1971), p. 15.

9 Bernard, *El Oficio P3blico de Hipotecas. Antecedentes del Registro de la Propiedad Inmueble en el R3o de la Plata desde 1795 a 1879*, p. 953 y ss.; Ruiz de Erenchun, *Sobre el origen hist3rico de los Registros de la Propiedad en el R3o de la Plata y el r3gimen registral de la hipoteca*, p. 237 y ss.

5. La registración en el Código Civil

Frente a la amplitud de las situaciones registrables en el régimen de 1768, Vélez Sarsfield se ciñó a la hipoteca.

La trascendental alteración de ese régimen que el genio del jurista cordobés determinó fue el carácter declarativo de la inscripción (art. 3135, primer párrafo, Código Civil).

Y es que, reconociendo la realidad existente, mantuvo los oficios, les dio regulación sustantiva en su Código (vigente desde el 1 de enero de 1871 por ley 340) y modificó, mediante su articulado, algunas de sus disposiciones, todo ello con la finalidad por él expresada (arts. 3115 y 4048 con sus notas) de evitar la clandestinidad en esta materia.

Los motivos por los cuales Vélez prescindió de la inscripción para otras mutaciones reales inmobiliarias, como se dijo, los expuso en la nota final al título XIV del Libro III, siendo su posición hartamente conocida, repetida y discutida. No es del caso considerar aquí si el codificador fue "antirregistrarista" o simplemente su postura obedeció a motivos circunstanciales¹⁰. Más allá de la implacable censura a la que la generalidad de la doctrina sometió al codificador por la negativa a establecer registros, minoritarias voces se alzaron para comprender o justificar su lectura de la realidad argentina de entonces¹¹.

6. La creación de los registros locales

Lo innegable es que una de las afirmaciones del codificador sería desmentida en menos de una década: la carencia, en las provincias, de personal capacitado para llevar adelante estos organismos. Así, el primer registro inmobiliario integral nació en 1879 en la provincia de Buenos Aires, como "Registro de Propiedades, Embargos e Inhibiciones", creado por ley 1276 (sancionada el 21 de mayo de ese año, modificada el 30 de septiembre de 1890 por ley

10 Por el rechazo causado por razones de fondo, no coyunturales, Guillermo Lorenzo Allende (*Panorama de derechos reales*, La Ley, Buenos Aires, 1967, pp. 231 y 232); por las razones circunstanciales, García Coni (*Derecho Registral Aplicado*, p. 22). Aunque el interés se conserve sólo por motivos históricos, los argumentos brindados por García Coni me inclinan claramente hacia su postura.

11 García Coni, Raúl Rodolfo, *Derecho Registral Aplicado*, Ediciones Librería Jurídica, La Plata, provincia de Buenos Aires, 1972, pp. 25 y 26; Mustápic, José María, *Tratado teórico y práctico de Derecho Notarial*, Ediar, Buenos Aires, 1957, Tomo III, pp. 80 a 84.

2378)¹². Con la federalización de la ciudad de Buenos Aires en 1880 surgió la necesidad de crear otro organismo análogo para esa demarcación, el "Registro de la Propiedad, de Hipotecas, de Embargos e Inhibiciones", lo que se hizo por ley 1144 (orgánica de los tribunales, sancionada el 6 de diciembre de 1881 y modificada por ley 1893 del 2 de noviembre de 1886)¹³ y siguieron el resto de las provincias¹⁴. Algunas fueron leyes orgánicas de tribunales: aparte de la de la ciudad de Buenos Aires, las vemos en Córdoba en 1924, San Luis en 1906, Santa Fe, Santiago del Estero y Mendoza en 1900, San Juan en 1911 y Catamarca en 1896. En otros casos se trató de leyes específicas: la de la provincia de Buenos Aires ya citada en el texto, y luego Corrientes en 1888, Entre Ríos en 1907, Tucumán en 1892, Salta en 1933 (poniendo en funcionamiento el organismo creado por ley de 1872) y Jujuy en 1895. En el ámbito de la Capital Federal, cobra dimensión histórica su primer director, Roque Sáenz Peña.

No cabe desdeñar, en el impulso de sus respectivos orígenes, al impacto presentado por la "Conquista del Desierto" de 1879, precisamente año de creación del primer registro en una de las provincias más impactadas por esa empresa. La incorporación al efectivo control del Estado Argentino de una estimable porción de territorio importó también su eventual aptitud para el tráfico inmobiliario. Si bien esas consecuencias comenzaron con las campañas previas y culminaron años después, fundamentalmente en tierras de la Patagonia, desde el escenario de la dinamización de las transmisiones inmobiliarias implicó una verdadera bisagra.

Estos registros se crearon por la necesidad de dotar a la publicidad de certidumbre y cognoscibilidad, que superaran la equivocidad que en su aspecto publicitario revestían las relaciones de poder sobre los inmuebles, aspecto sobre el que volveré más adelante.

De esta manera, convivieron en un comienzo los oficios de hipoteca y los registros inmobiliarios que receptaban los demás derechos reales.

El primer aspecto de interés es verificar el efecto que atribuían los organismos locales a la registración de los títulos. Siendo en la mayoría dellos declarativo, se producía entonces una separación; el título y el modo operaban la

12 La ley se dictó a propósito de un proyecto de Lucio V. López que modificaba disposiciones del entonces Oficio de Hipotecas; se aprobó en la Cámara de Diputados y el Senado en su base elaboró lo que terminó siendo la citada ley 1276.

13 Hasta que la ley 4087 (de 1902) estableció que el registro porteño fuera administrado por el Estado a partir de 1903, esa función era desempeñada por particulares.

14 Una nómina trae García Coni, *Procedimiento inscriptorio*, p. 15.

transmisión, y la registración operaba la oponibilidad. En los llamativos casos de La Rioja¹⁵ y San Luis¹⁶, la inscripción tenía efectos constitutivos, aunque en la primera sólo para inmuebles "inhabitados", y en ciertos casos.

7. La inconstitucionalidad de las regulaciones locales

Pero el grueso de la doctrina y la jurisprudencia consideraba a las leyes creadoras de los registros locales como inconstitucionales, por agregar un nuevo requisito a los exigidos por la legislación de fondo.

Pocas voces de la doctrina se alzaron en contra de la postura dominante antes de 1968. De esos autores, defendiendo las legislaciones locales con diferentes argumentos, casi siempre vinculados al ejercicio del "poder de policía" (entonces art. 104 de la Constitución Nacional), destaco aquí a Salvat¹⁷ (quien sí sostenía la inconstitucionalidad de la ley riojana por exigir la inscripción como requisito transmisivo, y ya no de oponibilidad), García Coni¹⁸, Martínez Ruiz¹⁹ y Scotti²⁰. La opinión de Bielsa, muy difundida, tiene un cariz particular: admitiendo la inconstitucionalidad, sostenía que la misma constituía una "feliz anomalía en nuestra organización institucional"²¹.

-
- 15 Salvat, Raymundo Miguel, *Tratado de Derecho Civil argentino. Derechos reales*, cuarta edición, actualizada con textos de doctrina, legislación y jurisprudencia por Manuel Argañarás, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, tomo IV, 1960, nota 44 en p. 473.
 - 16 Lo recuerda y critica Falbo, Miguel Norberto, "Introducción al estudio del Derecho Registral. Examen de sus principios en nuestra legislación inmobiliaria", en *Aporte a la segunda Reunión Nacional de Directores de Registros de la Propiedad (Tucumán, 1965)*, Instituto de Derecho Registral, Universidad Notarial Argentina, La Plata, provincia de Buenos Aires, 1965, p. 31.
 - 17 Salvat, Raymundo Miguel, *Tratado de Derecho Civil argentino. Derechos reales*, cuarta edición, actualizada con textos de doctrina, legislación y jurisprudencia por Manuel Argañarás, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, tomo IV, 1960, número 2740, pp. 473 y 474.
 - 18 García Coni, Raúl Rodolfo, "Constitucionalidad de los registros dominiales", *Revista Notarial, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires*, número 729, año 1960, pp. 473 y siguientes; ídem, voz "Registro de la Propiedad", en *Enciclopedia Jurídica Ormeba*, Ed. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1967, tomo XXIV, p. 513.
 - 19 Martínez Ruiz, "Certificados de libre disponibilidad expedidos por el Registro de la Propiedad y medidas precautorias anotadas con fecha posterior", p. 608 y ss.
 - 20 Scotti, Edgardo Augusto, "Efectos registrales" (disertación realizada el 18 de noviembre de 1964 en la Delegación Junín del Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires), en *Aportes al derecho registral argentino*, Editorial Fides, Avellaneda, provincia de Buenos Aires, 2002, p. 37.
 - 21 Bielsa, Rafael, *Derecho Administrativo*, Depalma, Buenos Aires, 1956, 5ª edición, tomo IV, número 761, p. 169.

Desde otro punto de vista, se sugirió que la constitucionalización podría haber arribado por vía indirecta, a través de las normas que exigieron la registración de diversos actos²² (leyes 13.246 de arrendamientos rurales, 13.264 de expropiación, 13.512 de propiedad horizontal, 14.005 de venta de inmuebles fraccionados en lotes pagaderos a plazos, 14.394 de bien de familia, y decreto-ley 9032/63 -de similar finalidad a su derogatorio, el decreto-ley 19.724/72, de prehorizontalidad-).

En la jurisprudencia, a despecho de una minoría que sostenía la vigencia de las legislaciones locales, fue categórica la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en los fallos "Jorba, Juan y otros c. Bambicha, F., y otros"²³, el 25/11/1935, y "Papa, José, administrador definitivo de la testamentaría Susso c. Sociedad Compagno Hnos."²⁴, el 18/02/1938.

Estos fallos y las críticas opiniones de la doctrina no obstaron a que los registros siguieran funcionando y exigiendo la inscripción, manteniéndose esta situación de tensión entre la realidad y la ley hasta el año 1968.

8. Los proyectos de reforma. Características

A la par que la creación de los registros por las provincias y la ciudad de Buenos Aires provocaba los fallos y opiniones expresadas, diversos proyectos de reforma o complementación del Código Civil se fueron sucediendo.

El primero fue el del diputado Eleodoro Lobos, del 11 de septiembre de 1899, que disponía que la tradición "se juzgará hecha" mediante la inscripción en los registros inmobiliarios, agregando al Código Civil el art. 4052. Su autor era un reconocido impulsor de propuestas de distribución de la tierra (con pántinas de lo que se conocería como "reforma agraria"), docente universitario y futuro ministro de Hacienda y de Agricultura.

Con ligeras variantes se propició posteriormente reflotar esta iniciativa. El diputado Julián Barraquero sugirió, en proyecto del 10 de septiembre de 1902, la adopción del mismo con algunas otras proyecciones en materia de efectos de la registración y su cancelación. Y en 1911 hubo un proyecto del Presidente, Roque Sáenz Peña, que reproducía también el de Lobos. Recor-

22 Molinario, Alberto Domingo, *De las relaciones reales*, La Ley, Buenos Aires, 1965, nota 334 en p. 188.

23 Fallos 174-127.

24 Fallos 180-25.

demos que Sáenz Peña había sido el primer director del registro inmobiliario capitalino, y Lobos fue, desde el comienzo del gobierno en 1910 y hasta el mismo año de presentación del proyecto, su Ministro de Agricultura.

Los diputados Frugoni Zabala (28 de mayo de 1915) y Carlos F. Melo (11 de septiembre de 1917) y Marcelo Torcuato de Alvear desde el Poder Ejecutivo (13 de septiembre de 1923) hicieron sendas propuestas de implantar sistemas constitutivos. En la misma línea se ubica la propuesta de la Tercera Conferencia Nacional de Abogados (Mendoza, 1933)²⁵.

El proyecto del diputado José Galiano (del 30 de mayo de 1904, con numerosos artículos), que establecía en Argentina el sistema Torrens, provocó una áspera polémica entre sus impulsores y detractores. Una comisión conformada por tres abogados, destacados profesores designados por la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires²⁶, condenó severamente el proyecto, con argumentos a los que no puede dejar de adherirse, fundados en distintas consideraciones sobre la realidad y experiencia argentina.

El anteproyecto de Juan Antonio Bibiloni, de 1926, de notoria filiación germanista, preveía un sistema constitutivo (art. 2398) con la creación del acto abstracto, al estilo alemán. La comisión reformadora de dicho anteproyecto (1936), conformada por prestigiosos juristas, formó con las propuestas registrales de Bibiloni un cuerpo autónomo con muchos artículos, de carácter constitutivo (artículo 1451), también inspirado en el sistema alemán.

El último importante intento de reforma anterior a la normativa actual sucedió a mediados del siglo pasado, cuando el ministro Elbio Anaya y el senador Iturbe intentaron sin éxito revitalizar el proyecto Galiano²⁷.

Julio Dassen y Juan Pablo López Herrera (a la sazón Director del Registro de la Propiedad porteño) también elaboraron un proyecto de corte constitutivista²⁸.

25 Buena parte de los proyectos se hallan reseñados por Laquis, *Hacia una reforma urgente de la publicidad de los derechos reales*, Lecciones y Ensayos, 23, pp. 53-77.

26 Pablo Llerena, Ángel S. Pizarro (juez y miembro de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales) y Federico Ibarguren. También emitió un dictamen crítico, en respuesta al pedido que se le cursara desde la Comisión de Legislación, el Colegio Nacional de Escribanos (se refiere al de la Capital Federal): *Revista del Notariado*, Colegio Nacional de Escribanos, número 81, año 1904, p. 257.

27 García Coni y Frontini, *Derecho Registral Aplicado*, p. 81.

28 Ver su texto en Laquis, *Derechos reales*, t. II, p. 764 y ss.

Guillermo Lorenzo Allende sugirió un texto como agregado al art. 577 del Código Civil, que en sustancia disponía que las mutaciones de derechos reales sobre inmuebles "se considerarán realizadas" desde la inscripción en el registro²⁹. Del Carril proponía que la registración haría que la tradición se juzgara "cumplida"³⁰.

En 1954, el Anteproyecto de ese año (elaborado por el Instituto de Derecho Civil, dependiente del Ministerio de Justicia de la Nación, bajo la dirección de Jorge Joaquín Llambías) preconizaba también un sistema constitutivo. La nota al art. 1472 aclaraba que pese a que la inspiración del mismo eran los sistemas suizo y alemán, se creaba un sistema "netamente argentino".

En 1959, una recomendación del Colegio de Abogados de la ciudad de Buenos Aires impulsaba la adopción del proyecto Lobos³¹.

En 1961, en ocasión de celebrarse el III Congreso Nacional de Derecho Civil en Córdoba, diversos despachos proponían también el reemplazo de la tradición por la inscripción o sumar ésta a aquélla³².

La idea original de Julio I. Lezana disponía que la tradición "se juzgará completada" con la inscripción. A sugerencia de Elguera la expresión pasó a ser "se juzgará perfeccionada", y con esas palabras se dio a conocer la recomendación del Congreso. También en los términos de juzgarse "perfeccionada" se sancionó el texto actual del art. 2505 del Código Civil, con los problemas interpretativos que se recuerdan más adelante.

En este simposio jurídico se aprecia, como nunca, la confusión entre tradición y registración, por suponer que la primera era sólo publicidad³³. A tal punto llegó la maraña de interpretaciones y vocablos que se sugirieron de manera

29 Allende, Guillermo Lorenzo, *Panorama de derechos reales*, La Ley, Buenos Aires, 1967, p. 240.

30 López del Carril, Nelson J., *Publicidad de los derechos reales*, Depalma, Buenos Aires, 1965, p. 83.

31 Boletín del Colegio de Abogados de la ciudad de Buenos Aires, año 3, número 10, p. 3.

32 *Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil*, Universidad Nacional de Córdoba, Instituto de Derecho Civil "Hénoc D. Aguiar", Córdoba, 1962, pp. 342 y siguientes. Distintos autores relataron pormenores de las sesiones, los dictámenes y el despacho: Alterini, Jorge Horacio, "Gravitación de la reforma al artículo 2505 del Código Civil (con especial referencia a las proyecciones de la tradición y al concepto de terceros)", ED 43-1184 y 1185; López de Zavalía, Fernando Justo, "Evolución histórica del derecho registral en la Argentina", en *Curso de Derecho Registral Inmobiliario*, organizado por Alberto Domingo Molinario, publicación del Ministerio de Justicia, 1971, pp. 159 a 162; y Molinario, Alberto Domingo, *De las relaciones reales*, Editorial La Ley, Buenos Aires, 1965, nota 334, pp. 188 y 189.

33 Molinario, Alberto Domingo, "Derecho Sucesorio y Derecho Registral Inmobiliario", LL 1976-B-532 y 533.

alternativa, allí y desde otros sectores de la doctrina³⁴ ("perfeccionar", "completar", "cumplir", tanto la tradición como ya la propia transmisión), que fue diametralmente opuesta la lectura que hicieron del mismo despacho Molinario y Lezana: cada uno dellos sostenía que la postura adoptada había sido la del otro³⁵.

Como se observa, las iniciativas proyectadas hasta aquí sugieren la instalación de sistemas constitutivos³⁶, bien sea el Acta Torrens, bien sea el reemplazo de la tradición por la inscripción, bien sea el agregado de la inscripción sin modificar el sistema del título y el modo.

Pero, conscientes del error que hubiera significado la implantación de un sistema constitutivo en cualquiera de sus variantes, se observaban atisbos de opiniones opuestas³⁷.

9. El "Anteproyecto de Ley del Registro de la Propiedad de la Provincia de Buenos Aires"

Esta evolución desemboca en 1960, año de vital importancia para el Derecho Registral argentino, pues se decidió que quienes serían luego los autores del decreto-ley 17.801/1968 emprendieran un viaje de varios meses para conocer "in situ" los principales registros del mundo, lo que se concretó a comienzos de 1961³⁸. Miguel Norberto Falbo lo hizo como enviado del presidente del Colegio de Escri-

34 Ver la postura de López del Carril, Nelson J., *Publicidad de los derechos reales*, Depalma, Buenos Aires, p. 83.

35 Molinario, Alberto Domingo, "El régimen de la publicidad en la Reforma del Código Civil", *Revista del Notariado*, Colegio de Escribanos de la Capital Federal, número 699, año 1968, p. 534; Lezana, Julio I., "La adquisición o transmisión de derechos reales sobre inmuebles después de la reforma del Código Civil", *JA*, 1968-V- 832.

36 López de Zavalía sugiere que la opinión de Saravia se orientaba hacia una inscripción declarativa (López de Zavalía, Fernando Justo, "Evolución histórica del derecho registral en la Argentina", en *Curso de Derecho Registral Inmobiliario*, organizado por Alberto Domingo Molinario, publicación del Ministerio de Justicia, 1971, nota 29 en p. 160). Se funda este autor en la opinión que diera Saravia en el plenario de dicho Congreso, que surge de página 355 de la publicación del mismo (*Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil*, Universidad Nacional de Córdoba, Instituto de Derecho Civil "Henocho D. Aguiar", Córdoba, 1962). Aunque pudiera interpretarse así la exposición del congresista, su idea era ontológicamente favorable a los sistemas constitutivos, conforme surge de páginas 346 (su dictamen), 355 y 356 de la misma publicación.

37 Ferrari Ceretti, Francisco, "El sistema Torrens para la transmisión inmobiliaria y sus inconvenientes", *JA*-1943-IV, p. 83.

38 La visita abarcó los registros de España, Francia, Italia, Alemania, Suiza, Inglaterra, Canadá y Estados Unidos.

banos de la Provincia de Buenos Aires, Eduardo Bautista Pondé, en su carácter de Director del Instituto de Derecho Registral de ese Colegio, y Edgardo Augusto Scotti comisionado por el gobernador de la provincia de Buenos Aires, Oscar Alende, en su carácter de Director del Registro de la Propiedad de esa demarcación (el más grande del mundo en cuanto a inmuebles registrados). Fueron investidos de "representación oficial" por el gobierno de la provincia de Buenos Aires, mediante decreto 68 del 10 de enero de 1961. Ambos, junto con García Coni, se contaban entre los más destacados de los por entonces escasísimos especialistas en Derecho Registral.

Fruto de aquel conocimiento del Derecho y la práctica de la registración inmobiliaria europea y norteamericana fue el "Anteproyecto de Ley del Registro de la Propiedad de la Provincia de Buenos Aires", que los autores dieran a conocer el 24 de octubre de 1962 en el Colegio de Escribanos de dicha provincia³⁹. Posteriormente, en función de las bases dadas en la I Reunión Nacional de Directores de Registros de la Propiedad (1964), y del texto aprobado en la II (1965) y la III Reunión (1966)⁴⁰, se elaboró en este último año por los mismos autores el texto "Registros de la propiedad inmueble. Proyecto de Ley Nacional".

Entre las fuentes del proyecto ocupa un destacado lugar la ley hipotecaria española reformada en 1946, de la cual se tomaron varias disposiciones y se adaptaron otras⁴¹.

10. La aplicación a la provincia de Buenos Aires y a la Capital Federal

En la provincia de Buenos Aires se puso a prueba el proyecto primitivo con muy leves alteraciones: el decreto-ley 11.643, del 2 de octubre de 1963⁴².

39 La referencia puede verse en Scotti, Edgardo Augusto, *Aportes al derecho registral argentino*, Editorial Fides, Avellaneda, 2002, p. 199.

40 "Registros de la propiedad inmueble. Proyecto de Ley Nacional", preparado por Edgardo Augusto Scotti y Miguel Norberto Falbo según las bases dadas en la I Reunión Nacional de Directores de Registros de la Propiedad (1964), y aprobado en la II (1965) y la III Reunión (1966), Buenos Aires, Instituto de Derecho Registral de la Universidad Notarial Argentina, 1966.

41 Villaro señala dieciséis artículos del decreto-ley 17.801/1968 que provienen de su semejante hispana: 3, 4, 6, 9, 15, 16, 17, 33,34, 36, 37, 21 y 22 (Villaro, Felipe Pedro, *Derecho Registral Inmobiliario*, Astrea, Buenos Aires, 2010, p. 20).

42 El Anteproyecto de Ley del Registro de la Propiedad de la Provincia de Buenos Aires, fuente del decreto-ley 11.643/63, puede verse en la obra de Edgardo Augusto Scotti, *Aportes al derecho registral argentino*, Editorial Fides, Avellaneda, 2002, pp. 199 y siguientes. Con fecha 17 de diciembre de 1962 Scotti, en su carácter de Director General del Registro de la Propiedad

Tal fue el éxito en su aplicación, que la Capital Federal lo adoptó con similares lineamientos, dictándose como decreto-ley 17.417/1967.

11. Digresión acerca de la renovación generacional y cultural del ámbito del Derecho Privado

Para poder comprender el arribo de la legislación registral con tan novedoso aire, es menester ponderar el contexto en el que se desarrolló el proceso de estudio que, jalonado por los eventos doctrinarios y los fallos referidos, culminó con la ley nacional de 1968. Una serie de factores con muy lejano y tenue vínculo entre sí confluyeron para ese resultado.

En la década de 1910 se vio el establecimiento de la primer camada de autores que, con ganado prestigio, aplicaron al Derecho Privado argentino, por primera vez, el análisis de la escuela científica, dejando de lado el tradicional método exegético.

Allí descollaron, por su notable solvencia y por el impacto en toda una generación de estudiantes de derecho, las figuras del entrerriano Raymundo Miguel Salvat y del uruguayo Héctor Lafaille. Llegó, con ellos, una nueva manera de contemplar el derecho civil, en donde la ley dejó de ser la fuente casi exclusiva del ordenamiento y precisamente la doctrina empezó a cobrar mayor trascendencia⁴³.

Se hace singularmente relevante su interés para nuestro ámbito registral si advertimos que ambos cimentaron su prestigio primordialmente en los Derechos Reales, precisamente la asignatura en donde, aun con innegables fallencias metodológicas, se explicaba la relevancia del Registro. A tono con las corrientes de la hora, reflejada en los proyectos ya enumerados, los dos juristas preconizaban las bondades de los sistemas constitutivos.

También en la década de 1910 se inició un proceso paulatino, pero sin pausa, de fortalecimiento de la función notarial. Abrogada a fines del siglo XIX la "venta de oficios", de a poco fue quedando atrás la idea del funcionario con

de esa demarcación, firmó la nota de remisión al subsecretario de Hacienda de la Provincia de Buenos Aires, y, ante el dictamen desfavorable a su aprobación por la Asesoría General de Gobierno, el 14 de mayo de 1963 hubo de insistirse. Ambas notas pueden verse en el mismo libro, 211 y 212.

43 La difusión y confrontación de sus pensamientos sólo es parangonable a la que, medio siglo después, protagonizarían Guillermo Antonio Borda y Jorge Joaquín Llambías.

escasa formación jurídica para ir dando paso a estudios especializados. Precisamente en 1910 la ley 7048, para la Capital Federal, establece el carácter universitario de los estudios.

El Primer Congreso de Derecho Notarial, en 1917, es un paso que se suma a la celebración de la Primera Jornada Notarial Argentina en 1944 (que, como sabemos, continúan hasta la fecha).

Ese primer despegue académico sentó las bases para que a mediados de la década de 1950 apareciera una generación de notarios con nivel científico superlativo. Posados en ilustres antecesores emergen diversos nombres, siendo obviamente de destacar al maestro Carlos Alberto Pelosi, indiscutida máxima autoridad científica de la historia del notariado argentino en particular y americano en general, casi sin parangones a nivel mundial, y, en inseparable vínculo con el Derecho Registral, al inigualado Raúl Rodolfo García Coni. Con la colega Elba M. Frontini nos ocupamos, en ocasión de cumplirse una década de su fallecimiento, de repasar todos los planos a los que su sapiencia contribuyó en el ámbito del Derecho⁴⁴.

García Coni, que dos décadas después devendría el primer Doctor en Derecho Registral de América, comenzó en esos años a realizar los primeros escorzos fundados de esa especialidad, pero aportando la muy singular visión de las virtudes de las registraciones declarativas, justificándolas en la teoría y, sobre todo, en la evolución histórica nacional. Ya di cuenta del arraigo que esas ideas tuvieron en nuestro suelo. Me interesa ahora apuntar el rol de pionero que, otra vez, desempeñó la inmarcesible figura de García Coni hacia fines de los 50.

Ya por esos mismos años otros fenómenos se enlazan para coincidir desde distintos derroteros.

A aquella generación de juristas iniciadores de la escuela científica sucedió la que, formada con ellos, aportó visiones novedosas.

Promediando la primera mitad del siglo pasado la "cuestión social" había llegado para quedarse y, con el aporte vital de la Doctrina Social de la Iglesia y "constitucionalismo social" mediante, arraigó en la doctrina y, sobre todo, en la jurisprudencia argentina. La Constitución Nacional de 1949 fue, legislativamente, el más relevante fruto de este nuevo horizonte.

44 Frontini, Elba M., y Urbaneja, Marcelo E., "En recuerdo de Raúl Rodolfo García Coni", ED, diario nro. 14.411, del 22/05/2018, pp. 3 y 4.

Esas concepciones, habitualmente consideradas en la esfera del Derecho Público, tuvieron impacto concreto en distintos institutos del Derecho Privado, pero no sólo desde la aplicación directa de moralizaciones como el abuso del derecho.

Como recordé al inicio de estas reflexiones, la Doctrina Social de la Iglesia también aportó pautas que revitalizaban a la posesión, además de la excluyente gravitación que la escolástica le dio a la teoría del título y el modo.

Así, muy tenuemente, la resistencia planteada inicialmente al esquema de nuestro inmenso codificador comenzó a padecer grietas por las que se colarían, luego, las vertientes del moderno Derecho Registral.

El vigor de estas ideas aparece demostrado cuando se advierte que perduró inclusive a través de las purgas de docentes universitarios que, primordialmente por motivos ideológicos, se produjeron en la segunda mitad de la década de 1940 y a partir de 1955 (claro que con signos políticos diametralmente opuestos).

La llegada de Frondizi en 1958 también implicó un cambio de nombres y renovación de ideas en los distintos estamentos de la Justicia, incluyendo al máximo tribunal (tal como sucedió nítidamente con cada cambio de gobierno desde el juicio político a 4 de los 5 ministros de la Corte Suprema culminado en 1947). No obstante, en un intento por equilibrar las marchas y contramarchas de cesantías permanentes, con la administración desarrollista ingresaron o permanecieron en el Poder Judicial magistrados con distintas concepciones ideológicas que, salvo muy contadas excepciones, exhibieron desde sus cargos una notable independencia del poder político. Otra vez, por su reconocida estatura jurídica, destaco la llegada en 1958 por propuesta del oficialismo tanto de Borda como de Llambías a la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil. Estos juristas, pese a reflejar disímiles filiaciones ideológicas, coincidían en saberse seguidores de la Doctrina Social de la Iglesia.

Es decir que la necesidad de una posesión adquirida voluntariamente como requisito de la existencia del derecho real encontró un sustento impensado cuando se redactó el Código Civil, y es el apoyo de las nuevas cosmovisiones que, desde el Cristianismo, partiendo de la dignidad de la persona humana y sus derechos fundamentales, elige no desentenderse de las ventajas que la realidad posesoria proporciona a la dimensión económico-social de la vida.

12. La vigencia del decreto-ley 17.801/1968

Así fue como, en 1968, al dictarse el decreto-ley 17.711, hubo de discutirse en torno al texto del nuevo art. 2505. Por ahora debe recordarse que no se trataba solamente, como lo pareció reflejar gran parte de la doctrina civilista, de resolver si la registración revestía carácter declarativo o constitutivo y si la tradición seguía o no siendo un requisito configurante de la adquisición del derecho real. Esta tendencia, olvidando como tantas otras veces la aplicación práctica de las normas, no se hacía cargo del resto de los aspectos que debe contemplarse a la hora de legislar en materia registral. Entre ellos, la clase de actos registrables, la subsanación o no de defectos, el índice a través del cual se ordenarían las constancias registrales (sujeto, objeto, causa), la publicidad de sus constancias, los legitimados para rogar registraciones.

Interrogantes de este tenor, extensibles hasta el límite de lo imaginable, sólo podían regularse con una legislación que los contemplara en plenitud. Para esto, el legislador de 1968 tenía en sus manos dos fuentes distintas pasibles de ser puestas en vigencia inmediatamente:

a) alguno de los proyectos de los que aquí se mencionaron, elaborados en la soledad de un gabinete (aunque algunos pertenecieran a juristas de inapelable solvencia), todos de corte constitutivo, a contrapelo de la realidad centenaria argentina y jamás probados en la práctica de nuestro país, o

b) el único proyecto integral que se aplicó con éxito rotundo durante 5 años en uno de los registros más grandes del mundo (provincia de Buenos Aires), replicado al poco tiempo en el registro capitalino, que conservaba la exigencia del título y modo, de carácter declarativo.

Con su inapelable percepción de la realidad, Guillermo A. Borda se decidió con sabiduría por la última opción, y la defensa del sistema resultante, que hoy es virtualmente unánime, hubo de saltar algunos escollos interpretativos iniciales.

Los juicios favorables que muy preponderantemente originó el sistema sancionado en 1968 comenzaron en los albores de la década siguiente y se consolidaron inmediatamente.

Para demostrarlo, baste con consignar que el último evento de relevancia que votó favorablemente una inscripción constitutiva fue el IV Congreso Nacional de Derecho Civil (Córdoba), celebrado en 1969 (es decir, apenas un año después de la vigencia de la nueva ley). No suele conocerse que allí adhirieron sorprendentemente a esa concepción constitutivista los dos autores de la ley

nacional, Miguel Norberto Falbo y Edgardo Augusto Scotti. Sin embargo, en sus obras posteriores (varias de las cuales cito en este aporte) realizaron la defensa del régimen imperante, tan dúctilmente diagramado por ellos.

RASGOS ESTRUCTURALES DEL ORDENAMIENTO REGISTRAL INMOBILIARIO ARGENTINO

Como resultado de todo este proceso, y conforme entonces se irá desarrollando en los comentarios al articulado del decreto-ley 17.801/1968, los caracteres medulares del sistema inmobiliario argentino resultan ser⁴⁵:

- necesidad de título y modo suficientes para las mutaciones del derecho real, salvo para la hipoteca y la servidumbre negativa, que se adquieren sólo con título;
- el título debe constar en instrumento público como regla general;
- el modo requiere la relación de poder, adquirida por tradición (o sus sucedáneos, "traditio brevi manu" y "constituto posesorio") o por el primer uso (para la servidumbre positiva);
- los derechos reales están signados por normas de orden público a través del principio de estructura, lo que conmina a los otorgantes a constituir solamente los derechos reales admitidos, con escasas posibilidades de modificar su régimen;
- las declaraciones de las partes sobre el cumplimiento del modo tienen eficacia, pero no subrogan al cumplimiento efectivo del mismo⁴⁶;
- registración a cargo del notario en los actos autorizados por él;
- necesidad de contar con el título inscripto al momento de otorgar un acto dispositivo;

45 Para sustentar y profundizar todo lo afirmado, remito a otros aportes de mi autoría: Urbaneja, Marcelo Eduardo, "Tradición, *traditio brevi manu*, constituto posesorio, casos atípicos y venta de inmueble con un contradicor", ED 26/09/2018, pp. 1-8; ídem, "Registros de títulos y registros de derechos", aporte de la Delegación Argentina al XV Congreso Internacional de Derecho Registral (Fortaleza, Brasil, 2005), publicado con breves adaptaciones en Revista Notarial, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, número 956, año 2007, p. 453 y siguientes; ídem, "A 35 años del decreto-ley 17.801/68: panorama sobre la registración inmobiliaria argentina", en ED 206-773 y siguientes, y en Revista del Notariado, Colegio de Escribanos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, número 875, año 2004, p. 71 y siguientes.

46 Sobre este ítem y todos los anteriores, ver Urbaneja, Marcelo Eduardo, "Tradición, *traditio brevi manu*, constituto posesorio, casos atípicos y venta de inmueble con un contradicor", ED 26/09/2018, pp. 1-8.

DERECHO REGISTRAL

- registraci3n del t3tulo suficiente con distintos efectos (entre los que no se cuenta el de ser un requisito de la transmisi3n); el m3s relevante es la oponibilidad a determinados terceros, la que puede tambi3n alcanzarse por las publicidades "posesoria" y "cartular";

- inexistencia de convalidaci3n y fe p3blica registral;

- "reserva de prioridad indirecta" establecida a favor de determinados actos, y la consecuente prioridad indirecta o retroprioridad para cubrir el lapso posterior al otorgamiento;

- ordenamiento de las constancias registrales seg3n el inmueble (folio real), y vuelco de los datos de los documentos mediante "breves notas" (t3cnica de inscripci3n);

- organizaci3n federal de los registros, lo que tiene diversas secuelas. Por lo pronto, la existencia de al menos un registro inmobiliario en cada demarcaci3n, la que decidir3 n3mero, organizaci3n y dependencia funcional. Adem3s, la ausencia de un procedimiento inscriptorio en la legislaci3n nacional, que solamente brinda pautas indiciarias pero permite desplegar a los ordenamientos locales las reglas de la rogaci3n, los recursos y la manera de diagramar el folio real. Esto explica que el decreto-ley 17.801/1968 no contenga directivas particulares para cada situaci3n registrable, como ocurre con su m3s reconocida fuente, la Ley Hipotecaria Espa3ola.

De estas caracter3sticas hay cuatro que le imprimen un sesgo muy peculiar al r3gimen argentino; a) la organizaci3n federal con sus registros locales; b) la reserva de prioridad y la retroprioridad; c) el deber impuesto al autorizante de contar con el t3tulo inscripto a la vista al momento del otorgamiento y d) el deber notarial de inscribir.

PLEXO NORMATIVO VIGENTE

B) DECRETO-LEY 17.801/1968

A nivel nacional rige el decreto-ley 17.801/1968, con escasas modificaciones expresas: decreto-ley 20.089/1973 y leyes 25.345 (en vigencia desde enero de 2001) y 26.387 (junio de 2008).

La ley 24.441 contempla, en su t3tulo 10 ("Modificaciones al r3gimen registral"), los arts. 80 y 81. En una de las tantas muestras de la deplorable

técnica legislativa de esa ley, la norma no indica a qué "régimen registral" se refiere, aun cuando el nombre con que se la conoce ("Financiamiento de la vivienda y la construcción") incline a pensar que se trata del inmobiliario. Entiendo, no obstante, que esa falta de referencia expresa transforma en inoperante los dispositivos legales mencionados, toda vez que cuando ha modificado otras leyes (de regímenes que en algunos casos nada tienen que ver con lo inmobiliario y en otros ni siquiera con "la vivienda y la construcción"), lo ha hecho indicando expresamente la legislación reformada⁴⁷.

El artículo 80 señala que "Cuando la ley lo autorice pueden ser inscritos los instrumentos privados, siempre que la firma de sus otorgantes esté certificada por escribano público", mientras que el 81 establece que "La situación registral sólo variará a petición de: a) El autorizante del documento que se pretende inscribir, o su reemplazante legal; b) Quien tuviere interés para asegurar el derecho que se ha de registrar"⁴⁸.

La propia norma nacional remite a las legislaciones locales en casi la mitad de su articulado. Ellos son los arts. 2, 6, 7, 9, 21, 24, 27, 28, 30, 33, 36, 38, 40, 43, 44 y 45.

Esta previsión ha sido acertadamente considerada como de sumo respeto por el federalismo⁴⁹. El art. 45, incluso, admite la subsistencia de las normas y plazos de las normativas locales en tanto sean compatibles con el régimen nacional. Además de esas normas, claro, los mismos registros dictan las propias, de distinta clase. Las más de las veces se denomina "disposiciones técnico-registrales" a las de más alta jerarquía, variando los nombres del resto (ver, a modo de ejemplo, art. 53 del decreto 5479/1965

47 Ver, no obstante, la opinión de Highton, Elena Inés; Mosset Iturraspe, Jorge; Paolantonio, Martín; Rivera, Julio César; *Reformas al derecho privado. Ley 24.441*, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 1995, pp. 519 a 521. Villaro parece también entender que la ley ha reformado a la norma registral nacional, a juzgar por la cita que hace de la ley 24.441 al mencionar el artículo 3 de aquélla (Villaro, Felipe Pedro, *Derecho Registral Inmobiliario*, Astrea, Buenos Aires, 2010, p. 60).

48 Si, concediendo que se modifica el decreto-ley 17.801/1968, hubiera que analizar qué es lo reformado, el art. 80 de la ley 24.441 pareciera contemplar el último párrafo del art. 3 de aquél, y el art. 81 la primera parte del art. 6. Si así fuera, los cambios serían que en los escasos supuestos de admisión de los instrumentos privados, la firma de los mismos debiera estar certificada sólo por escribanos públicos (y no por los otros funcionarios públicos que admite el último párrafo de la norma registral nacional); y que la ley local ya no podría establecer que la registración de los documentos que ingresan en el organismo de su demarcación tenga que contar con la intervención de determinados funcionarios.

49 García Coni, Raúl Rodolfo, *Derecho Registral Aplicado*, Ediciones Librería Jurídica, La Plata, provincia de Buenos Aires, 1972, p. 125.

para la provincia de Buenos Aires, y art. 173 del decreto 2080/1980, t.o. por decreto 466/1999, para la Ciudad Autónoma de Buenos Aires).

C) EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN

1. La permanencia del decreto-ley 17.801/1968 como ley especial

La legislación de 2015 optó por mantener la vigencia del decreto-ley 17.801/1968 en una ley especial, en lugar de incorporarla al Código, como postulaba el Proyecto de 1998. La postura se pierde en la errática política de ese legislador, que hizo lo propio con algunas normas (como la societaria o la falencial) pero no con otras (así, fundaciones, propiedad horizontal, leasing, consorcio de cooperación).

La incorporación al CCyC podría haber ensanchado su vigencia si, al modo de la ley 16.871 de Uruguay (1997), hubiera servido de sustento para toda registración patrimonial. En todo caso, aun conservando su actual ámbito inmobiliario, se habría ganado en la simpleza de su armonización.

Hoy luce con evidencia que la primitiva idea de incorporar una inscripción constitutiva moldeó varias referencias a la registración en el resto del articulado, que no se armonizaron debidamente con el saludable cambio de criterio reseñado.

2. Impacto del CCyC en el decreto-ley 17.801/1968⁵⁰

Se sustituyen los arts. 1, 2 y 17 por textos que, en todos los casos, sólo implican acertadas adecuaciones formales. A su lado, por una lamentable inadvertencia el intacto art. 29 se resiente de idéntica previsión, conservando la remisión a su par 1011 del Código abrogado.

Del artículo 1 se suprimió su mención al Territorio Nacional de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, ya que fue convertido en provincia (ver mi comentario al art. 1).

En el art. 2, la referencia a los arts. 2505 y 3135 del Código Civil ha sido reemplazada por sus presuntos equivalentes en el Proyecto (1890, 1892 y

50 Sintetizo ideas anticipadas en Urbaneja, *Incidencia del Proyecto de Código Civil y Comercial de 2012 en algunos aspectos de la registración inmobiliaria*, p. 80 y ss.

1893). Naturalmente que la subsistencia de esas dos normas del régimen en vigor sólo se explica por ser la segunda fruto de la redacción original de Vélez Sarsfield, mientras el primero refleja íntegramente el texto que le dio el decreto-ley 17.711/1968. Desde el año 1968 el art. 3135 había perdido toda significación diferencial y la hipoteca participaba, desde entonces, del mismo régimen registral que los demás derechos reales inmobiliarios, con las excepciones de la duración de la inscripción y el plazo de "retroprioridad" (diferencia esta última suprimida a través del decreto-ley 20.089/1973).

En el art. 17 se ha quitado la salvedad final que se realizaba para la hipoteca respecto al plazo de "retroprioridad", que de todos modos ya había sido equiparado al régimen general, conservándose esta frase en el texto de la ley por omisión del citado legislador de 1973.

3. Referencias registrales en diversos institutos del CCyC

Hago notar que el CCyC contempla expresas referencias a aspectos registrales en la regulación de diversos institutos, cuyo completo análisis excede este marco⁵¹. Destaco entre ellas al dominio revocable, el fiduciario, la indivisión en el condominio, la cancelación de garantías reales, el régimen de vivienda, el tiempo compartido y el impacto de la publicidad cartular.

EVALUACIÓN DEL RÉGIMEN VIGENTE

Los primeros años de vigencia del régimen instalado por el decreto-ley 17.801/1968 fueron escenario de una aguda polémica.

Una sólida mayoría civilista sostuvo una férrea crítica a la nueva legislación, teniendo por blanco fundamental al carácter declarativo de la registración y al mantenimiento de la tradición como modo.

El más vehemente censor de la reforma desde estas proyecciones fue Alberto Domingo Molinario, quien organizara en 1970 unas jornadas sobre el incipiente régimen, publicadas en 1971⁵². El autor llegó a proponer, en

51 Véase el examen que formulo en Urbaneja, *Incidencia del Proyecto de Código Civil y Comercial de 2012 en algunos aspectos de la registración inmobiliaria*, p. 80 y ss.

52 *Curso de Derecho Registral Inmobiliario*, publicación del Ministerio de Justicia, Buenos Aires, 1971.

pensamiento que alcanzó escasa difusión, la diferenciación de un derecho real "de grado mayor" y uno "de grado menor", en función, respectivamente, de la existencia o no de registración del mismo⁵³. Tal dicotomía, y, más aún, la conversión del derecho de "grado menor" en uno de "grado mayor", no resulta aceptable conforme lo que se expuso.

Estas ideas críticas ya se cristalizaron en 1969, cuando en Córdoba se celebrara el IV Congreso Nacional de Derecho Civil, con el propósito de debatir las aristas más relevantes del decreto-ley 17.801/1968. Allí, en el tema 19 de la Comisión 8, coincidiendo en que el régimen vigente es el de la registración declarativa, se propuso *de lege ferenda* la adopción de un sistema constitutivo⁵⁴.

En el mismo ámbito civilista, en postura minoritaria se destacó Alterini, que encabezó entusiastamente la defensa de las dos antedichas singularidades del sistema: el carácter declarativo y la exigencia de tradición⁵⁵.

Desde los círculos notariales la reacción no tuvo menos contundencia. Se defendían a rajatabla las características de las nuevas leyes, principalmente por ser reafirmación de lo que ocurría ya con la legislación local inmediata posterior al Código Civil. Así surge del primer estudio integral del decreto-ley 17.801/1968, que correspondió a García Coni, quien lo cotejó con otros sistemas vigentes y lo enmarcó dentro de un riguroso y sólido análisis jurídico⁵⁶.

Ese trabajo, con dos ediciones posteriores, fue la punta de lanza de otros estudios del mismo autor, todos de referencia obligada para cualquiera que pretenda abordar la materia⁵⁷.

La prédica laudatoria del régimen sancionado fue también abonada por los mismos autores de los proyectos que llevaron a la legislación positiva, Falbo y Scotti, en los fundamentos de aquéllos⁵⁸.

53 Molinario, *Del derecho registral y del derecho registral inmobiliario*, pp. 35-39.

54 Ver los debates en *Cuarto Congreso Nacional de Derecho Civil*, Universidad Nacional de Córdoba, Instituto de Derecho Civil "Henocho D. Aguiar", Córdoba, 1972, tomo II, pp. 444 y siguientes. Las "Aclaraciones" que propiciaron Falbo y Scotti, en p. 502 y siguientes.

55 Alterini, "Gravitación de la reforma al artículo 2505 del Código Civil", ED 43-1181.

56 *Derecho Registral Aplicado*, Ediciones Librería Jurídica, La Plata, provincia de Buenos Aires, 1972.

57 *El contencioso-registral. Recursos y subsanaciones; Procedimiento inscriptorio y Registración inmobiliaria argentina*. Las ediciones posteriores de *Derecho Registral Aplicado* las realizó con Ángel Agustín Frontini (Depalma, Buenos Aires, 1993, y LexisNexis, Buenos Aires, 2006).

58 *Registros de la Propiedad Inmueble. Proyecto de Ley Nacional*, edición del Instituto de Derecho Registral, Universidad Notarial Argentina, 1966, que se preparó sobre las bases dadas en la I Reunión Nacional de Directores de Registros de la Propiedad -provincia de Buenos Aires, 1964-, y se aprobó en la II y III Reunión Nacional -Tucumán, 1965, y Santa Fe, 1966-.

Las tesituras contrarias a los sistemas constitutivos y convalidantes eran consistentes incluso antes de la vigencia de la actual legislación registral argentina. Participó de esta postura el Departamento de Asuntos Jurídicos de la Unión Panamericana, Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos. En una enjundiosa investigación de 1965⁵⁹ contiene una detallada descripción del funcionamiento de los sistemas imperantes en países de Latinoamérica relacionándolos con los aspectos económicos, habiéndose para ello realizado visitas a sus registros⁶⁰. Ya había entrado en vigencia la norma registral de la provincia de Buenos Aires, de la cual acusaría recibo, elogiándola, la investigación referida⁶¹.

El prestigio del sistema nacional dentro del Derecho Comparado se cimentó en la organización del Primer Congreso Internacional de Derecho Registral, que tuvo lugar en Buenos Aires en 1972, aprobándose en el mismo la "Carta de Buenos Aires".

En cuanto al ámbito nacional, los cuatro proyectos de reforma de la legislación del derecho privado argentino que se sucedieron desde 1987 hasta 1998 (cada uno con distintos grados de unificación) confirman la tendencia: más allá de los matices, en todos se conserva la estructura del régimen actual.

Las posiciones que en franca minoría todavía se conservaban, más de dos décadas atrás, criticando los lineamientos dados en 1968, terminaron por extinguirse con la arrolladora fuerza de los hechos.

Y es que, como se preocupó de recordarlo Alterini a propósito de manifestaciones de los expositores españoles en el II Congreso Internacional de Derecho Registral (1974), referidas a la escasa vigencia de la reserva de prioridad, los más importantes componentes del ordenamiento inmobiliario argentino existían, con mayor o menor desarrollo, desde los orígenes de nuestra codificación⁶².

59 *Estudio sobre la publicidad inmobiliaria (registro y catastro) en relación con el desarrollo económico y social de América Latina*, Departamento de Asuntos Jurídicos de la Unión Panamericana, Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos. Washington D.C., 1966, primera reimpresión.

60 El trabajo, de excelente factura, contiene además un anexo con modelo de formularios que permite apreciar las técnicas utilizadas. La descripción y crítica del sistema Torrens se encuentra en las pp. 62 a 78.

61 Segunda parte, capítulo IV, puntos 30, 31 y 32 (pp. 293, 297 y 298).

62 *Anales del II Congreso Internacional de Derecho Registral. Resumen de las actividades científicas desarrolladas*, editado por el Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, p. 284.

Justamente, en materia de transmisión derivada por actos entre vivos, el mérito de la legislación de 1968 fue conservar la estructura del Código Civil de Vélez Sarsfield armonizada con las experiencias registrales locales, otorgándole al sistema la constitucionalidad de la que a juicio de la mayoría de la doctrina carecía.

Suele omitirse que Molinario, uno de los críticos más agudos del nuevo ordenamiento, culminó siendo un entusiasta defensor de la reserva de prioridad, al punto de sugerir en 1974 establecerla para las medidas cautelares⁶³ (extremo no admisible por rebalsar la finalidad de la figura).

Por estos motivos, la pretendida innovación del Anteproyecto de 2012 incorporando la inscripción constitutiva y suprimiendo a la tradición como modo adquisitivo fue tan insólita como inopinada, y recibió el repudio categórico de las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, en Tucumán, 2011. En lo personal me detuve a contemplar las nocivas derivaciones que ese proceder hubiera tenido, y emprendí un análisis detenido del Derecho Comparado (con citas de fuentes legislativas) para demostrar la débil difusión de los postulados de los inspiradores de esas ideas⁶⁴.

Sendos Congresos Internacionales de Derecho Registral (el primero -Argentina, 1972, punto IV del tema I- y el XII -Marruecos, 1998, conclusión décima del tema I-) recordaban la necesidad, a la hora de legislar en materia registral inmobiliaria, de contemplar las vivencias de tiempo y espacio del ámbito en donde se pretende aplicar.

Por eso, la exigencia de título y modo (aquél formalizado en instrumento público y éste cumpliéndose por actos materiales y no por declaraciones), la registración del primero de esos elementos (con efectos declarativos, no convalidantes y sin fe pública registral), y el complemento publicitario que aportan la posesión y las notas en las escrituras públicas (publicidades "posesoria" y "cartular" respectivamente) exhiben en Argentina la sólida antigüedad de casi un siglo y medio de experiencia pacífica y sumamente exitosa.

Pocos ordenamientos jurídicos del orbe pueden ostentar caracteres tan arraigados en la mentalidad de un pueblo y de los juristas que en él operan.

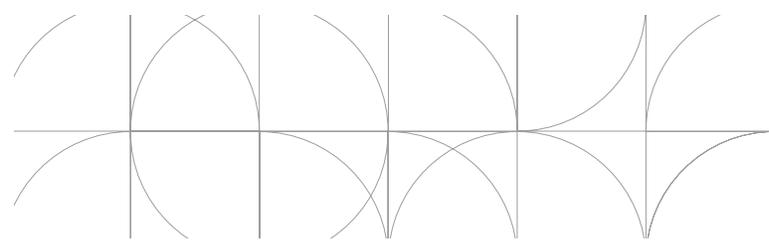
63 Molinario, Alberto Domingo, *La filosofía de la certificación con reserva de prioridad...*, pp. 198-204.

64 Urbaneja, *Desafortunada pretensión de suprimir la tradición e incorporar la inscripción constitutiva en materia inmobiliaria...*, ED 246, pp. 803-826.

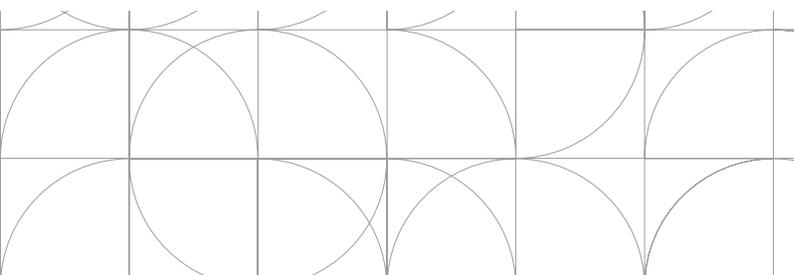
El repaso a cualquier repertorio de jurisprudencia es el ejemplo más elocuente: los casos vinculados al ámbito inmobiliario que llegan a los estrados judiciales (que, como se sabe, son en la mayoría de las situaciones absolutamente patológicos) muy ocasionalmente tienen que ver con defectos debidos a la aplicación del ordenamiento notarial y registral vigente. Para afirmarlo basta con ponderar un simple dato: la cantidad de documentos diarios ingresados sólo al Registro de la Propiedad de la Provincia de Buenos Aires es de alrededor de diez mil; de ellos, aproximadamente la mitad son documentos notariales portantes de mutaciones jurídico-reales. Comparando estos datos con el índice de litigiosidad que pueda surgir de los actos registrables se confirma la convicción tan reiterada de estar en presencia de uno de los sistemas más seguros del mundo.

No pueden haber dudas que si alguna reforma fuera necesaria en el régimen vigente, debe consistir en la profundización de sus caracteres y nunca en la introducción de factores extraños a las mejores tradiciones nacionales.

A guisa de corolario, y como surge de todo lo expuesto, no puede dudarse que las evidentes y probadas bondades del ordenamiento vigente mantienen a nuestro país a la vanguardia del Derecho Comparado en materia inmobiliaria, en la que oportunamente supieron colocarlo.



**ACADEMIA
NACIONAL DEL
NOTARIADO**



CONTRATOS ENTRE CÓNYUGES

NÉSTOR DANIEL LAMBER

SUMARIO: Introducción. Inhabilidad entre cónyuges bajo el régimen de comunidad de bienes. Contratación entre cónyuges bajo el régimen de comunidad. Convenciones matrimoniales. Sociedades. Mandato y consignación. Mandato y mutuo. Fideicomiso. Condominio. Reglamento de propiedad horizontal. Conjuntos inmobiliarios. Cuenta corriente y depósito bancario con orden recíproca. Convenio regulador de los efectos del divorcio. Pactos sobre herencia futura. Partición por donación de bienes gananciales. Partición por donación de bienes propios. Esquemas escriturarios relativos a la convención matrimonial de opción de cambio de régimen de comunidad al de separación y partición de bienes. Convención matrimonial de modificación de régimen patrimonial. Adjudicación parcial por partición de indivisión postcomunitaria. Acuerdo de partición de bienes por indivisión postcomunitaria. Poder especial irrevocable.

* Transcripción de la exposición del autor en el LXXVI Seminario teórico-práctico Laureano Arturo Moreira, organizado por la Academia Nacional del Notariado en la Ciudad de Buenos Aires los días 8 y 9 de noviembre de 2018.

INTRODUCCIÓN

El art. 1002 CCyC establece una serie de supuestos de incapacidades de derecho, en cuanto prohíbe acceder a la propiedad en sentido genérico de los derechos que resultan de ciertos contratos (art. 965 CCyC), según las personas que los celebran, por lo cual su celebración importa la nulidad de carácter absoluto.

En el proyecto del Código Civil y Comercial elevado al Congreso de la Nación solo se contemplaban los tres primeros incisos, y era patente la finalidad tuitiva del orden público, en cuanto la prohibición tiende a evitar el abuso de la posición de información y decisión que tienen los funcionarios con respecto a los bienes que administran o enajenan (inc. a); de los jueces, funcionarios y auxiliares judiciales, los árbitros, mediadores y sus auxiliares en los procesos en que intervengan o han intervenido (inc. b); y de los abogados y procuradores con respecto a los bienes litigiosos en procesos en que intervienen o han intervenido, si pretenden contratar en interés propio y no ajeno (inc. c).

No cabe duda del interés público que busca evitar el aprovechamiento de quienes llevan adelante el proceso administrativo o judicial en que la ley determinó su competencia, y de los abogados en relación a los bienes litigiosos, en tanto son quienes -en principio- actúan para instar el proceso y su patrocinio letrado se justifica en su labor de ordenamiento y colaboración con el órgano judicial en el mismo. El fin perseguido por la ley es el mejor desempeño de estas funciones en mira al interés público.

La comisión bicameral incluyó como principio general la incompatibilidad de contratar en interés propio a los cónyuges entre sí bajo el régimen de comunidad (inc. d), y en consecuencia permite contratar entre sí a los cónyuges con régimen de separación de bienes, al igual que a los integrantes de la familia bajo la modalidad de unión convivencial.

El orden público en este caso se sostuvo históricamente en cuestiones de orden moral, y evitar conflictos que perjudiquen o lleven a la disolución del matrimonio y la familia como institución de interés para la estructura social del país. No se puede ver esta finalidad en el régimen actual, dado que solo se protege a la familia basada en la unión matrimonial con régimen patrimonial de comunidad, pero no a las otras dos estructuras familiares mencionadas.

Tampoco se puede ver en esta norma la prohibición fundada en evitar el perjuicio a terceros acreedores, dado que permite los contratos de transmisión de bienes por dos cónyuges bajo el régimen de separación o convivientes, ambos con la misma relación íntima, de confianza y proyecto de vida en común.

Ello implicaría interpretar que es mayor el vínculo afectivo o proyecto de vida en común entre quienes optan por un régimen patrimonial de comunidad que si no lo hacen, reduciendo la razón de la unión de dos personas para afrontar la vida con un proyecto en común en forma estable, pública y notoria, a un criterio economicista o patrimonial.

La finalidad protegida por el nuevo sistema en este caso se funda netamente en el patrimonial interno de la existencia de la comunidad de bienes, donde se pospone así toda discusión por deudas, cargas, recompensas hasta el momento de disolución de la comunidad, a fin de que se liquiden de una sola vez y en igualdad. En el interés protegido por la ley importa más el personal que el público, por lo que se debe revisar el carácter de invalidez absoluta que tradicionalmente se ha dado a esta incompatibilidad de conformidad al nuevo texto legal.

INHABILIDAD ENTRE CÓNYUGES BAJO EL RÉGIMEN DE COMUNIDAD DE BIENES

El Código Civil y Comercial establece como principio general la prohibición de contratar en interés propio entre sí a los cónyuges bajo el régimen de comunidad de bienes. No así para los que opten antes o durante el matrimonio por el régimen de separación de bienes del matrimonio que tendrán plena capacidad para contratar entre sí.

En el sistema del Código derogado se interpretaba la prohibición para contratar entre cónyuges a partir de la prohibición de los arts. 1218 y 1219 que sancionaba con la nulidad toda convención matrimonial durante el matrimonio, la prohibición de donar del art. 1807 inc. 1°, la de vender del art. 1358 que se entendía para evitar las donaciones encubiertas, y las remisiones del art. 1439 en materia de cesión de crédito a la capacidad para comprar y vender, y de la remisión del art. 1490 también a ésta en el contrato de permuta. En tanto que el art. 27 de la Ley de Sociedades solo les permitía integrar sociedades por acciones o de responsabilidad limitada.

Sobre esta base normativa, como se dijo, se sostuvieron tres argumentos en especial: a) el tradicional derivado de las fuentes decimonónicas del codificador, en cuanto afectaba un interés público de orden moral, sustentado en evitar conflictos de intereses en cuestiones patrimoniales que pudieran perjudicar o disolver la unión familiar; b) el evitar el fraude a los acreedores por el traspaso de bienes de la masa de uno al otro; y c) en

la doctrina más moderna, evitar la violación del régimen de separación de masas gananciales y propias por esta transmisiones de unas a otras.

La primera doctrina del Código velezano partió de la primera interpretación, con la consecuencia de la amplia prohibición solo admitiendo el contrato de mandato y la sociedad, hasta la evolución de ir permitiendo la mayoría de los contratos que no tienen efecto traslativo del dominio u otros derechos reales y las convenciones matrimoniales.

Corolario de esta evolución era el proyecto de reforma de Código Civil y Comercial de permitir la libertad de contratar entre cónyuges, que se vio radicalmente modificado en el tratamiento legislativo, y se adoptó la postura más estricta que pregona el dictado del principio general, con la enumeración de sus excepciones en cada contrato en particular, y esto último se omitió. La deficiente técnica legislativa por la incorporación de este inciso sin contemplar las necesarias excepciones durante el trámite parlamentario, obliga a la doctrina, los jueces y los operadores del derecho a reconstruir un sistema, que de una lectura literal aparece mucho más riguroso que el anterior y fuera de contexto de la realidad de la familia actual¹.

La finalidad ya no se puede ver en el preservar la tranquilidad o paz de la familia ni evitar el salvoconducto al fraude a los acreedores, porque si ese fuere, se debería haber impuesto la inhabilidad de contratar entre los dos integrantes de todo tipo de familiar nuclear² (matrimonio con separación de bienes y unión convivencial). En consecuencia, al solo encontrar fundamento en la télesis de mantener la separación de masas en el régimen de comunidad, solo tiene sentido la prohibición para los contratos traslativos, y no en otros tan útiles y usuales como el mutuo, depósito y comodato entre cónyuges, entre otros.

En el ámbito de mayor intervención notarial, los cónyuges bajo régimen de comunidad no podrán en interés propio celebrar contratos traslativos de cosas, bienes o derechos a título oneroso o gratuito, como la venta, donación, permuta, cesión de

1 32 Jornada Notarial Argentina (2016), Tema II: "Contratación entre cónyuges. La incorporación de la inhabilidad de los cónyuges bajo el régimen de comunidad de contratar entre sí colisiona con los principio de libertad, igualdad y autonomía de la voluntad receptados en el CCyC. Se encuentran expresamente permitidos el contrato de mandato, la integración de sociedades de cualquier tipo -incluidas las de la Sección IC del Capítulo I LGS-, el pacto de herencia futura, la convención sobre el cambio de régimen patrimonial matrimonial y la partición por ascendientes. Se impone la necesidad de la derogación del inciso d del artículo 1002 CCyC".

2 Conf. Silva, Cristina, "Contratos entre cónyuges. El artículo 1002 inciso d) del Código Civil y Comercial y su incidencia en el régimen patrimonial matrimonial", p. 5 - www.thomsonreuter-latam.com/2015/10/20

derechos y de herencia, y la transmisión, constitución o reserva de derechos reales desmembrados como el usufructo, uso, habitación y servidumbres, o del derecho real de superficie, ni constituir o ceder entre sí derechos reales de garantía.

El art. 2° CCyC señala como regla de interpretación de la ley a los jueces la finalidad de todo el ordenamiento jurídico de modo coherente, y el art. 1° pone de manifiesto la constitucionalización o publicitación de derecho privado, no solo basado en la Constitución Nacional sino en los convenios internacionales sobre derechos humanos, los que fundan en materia de capacidad que esa es la regla y no la incapacidad, y en el subsistema de familia, derivado del principio de libertad autorreferencial de la persona (art. 19 Constitución Nacional) se instala la mayor admisión de autonomía de voluntad en las relaciones de familia y matrimoniales o convivenciales, con lo cual colisiona el inciso en cuestión y deberá ser armonizado.

Por ello concluye Silva que "La regla en materia de contratos en la nueva legislación es la capacidad y no la incapacidad, por lo tanto si se establecen restricciones deberán ser de carácter excepcional. Esto estaba establecido en el Código Civil y es robustecido en el Código Civil y Comercial. Entendemos que para determinar qué contratos podrían efectuar los cónyuges que hubieren optado por el régimen de comunidad deberíamos en primer lugar establecer la participación de cada uno de ellos en el acuerdo y comprobar cuál es la causa fin del contrato. Si al analizar y pasar estos dos 'filtros', el convenio no altera el régimen patrimonial, no perjudica a los cónyuges ni a terceros la prohibición a nuestro juicio no sería constitucional"³.

CONTRATACIÓN ENTRE CÓNYUGES BAJO EL RÉGIMEN DE COMUNIDAD

CONVENCIONES MATRIMONIALES

El art. 447 CCyC reitera el principio de sus antecedentes 1218 y 1219 y el del art. 1002 inc. d) CCyC en cuanto a la prohibición general de celebrar convenciones matrimoniales a los cónyuges bajo régimen de comunidad, pero a renglón seguido el art. 449 CCyC le permite celebrar la que tiene por objeto el

3 Silva, Cristina, op. cit., p. 6.

cambio al régimen de separación de bienes, con dos efectos fundamentales: la extinción de la comunidad de gananciales, dando inicio a la indivisión postcomunitaria sin disolver el matrimonio (art. 475 inc. e) CCyC), y la posibilidad de celebrar todo contrato entre sí a partir de ese momento, incluso del donación, partición o cualquier otro.

Aquí se denota la prevalencia del principio de autonomía de voluntad entre los cónyuges, y la falta de un fundamento de orden público en la prohibición general.

Los cónyuges, sin más recaudo que otorgarlo bajo la forma escritura pública, pasan en ese momento a poder celebrar todo contrato por el cambio de régimen. Ellos pueden lo más dejando la prohibición por su sola voluntad.

SOCIEDADES

La Ley 26.694 no solo sancionó un nuevo Código Civil y Comercial, sino que también convirtió a la anterior Ley 19.550 con sus modificaciones en la única Ley General de Sociedades, que regula tanto las derogadas sociedades civiles como las comerciales, incluyendo en su Sección IV, arts. 22 y sgtes. una categoría residual que rige a toda sociedad no constituida bajo uno de los tipos regulados.

La redacción del art. 27 LGS expresamente amplía la capacidad de los cónyuges, sin distinguir el régimen patrimonial matrimonial que los rige, para integrar entre sí sociedades de todo tipo, incluso las de la sección IV de la LGS⁴.

La norma societaria exceptúa a las sociedades de la prohibición del art. 1002 inc. d) CCyC y permite la celebración de todo contrato social entre cónyuges como constituyentes, sin hacer distinciones de aportes propios o gananciales, que la integrarán como socios y participarán con plenos derechos de tales en la sociedad cada uno en su propio interés. Lo mismo ocurre si uno de los cónyuges adquiere participaciones de otro socio en que su cónyuge ya es también socio, no existiendo impedimento o inhabilidad para ser ambos socios.

La inhabilidad del art. 1002 inc. d) CCyC se hará efectiva en el contrato de cesión de acciones, cuotas o toda participación societaria que uno de los cónyuges bajo régimen de comunidad no podrá otorgar al otro.

4 39 Jornada Notarial Bonaerense, 2016, T. 3, conclusión I: "Los cónyuges, cualquiera sea el régimen patrimonial adoptado, pueden integrar sociedades entre sí".

En este sentido concluyó la 32 Jornada Notarial Argentina, Tema III: "1. Los cónyuges, independientemente del régimen patrimonial matrimonial adoptado, pueden integrar entre sí sociedades de cualquier tipo, aun las reguladas en la Sección IV (art. 27 LGS). Resulta inaplicable la inhabilidad prevista por el artículo 1002 inc. d) del CCyC, dado que el art. 27 de la LGS resulta norma especial respecto de aquel. Según lo establecido en el inciso a) del art. 150 del CCyC la ley especial imperativa prevalece sobre las normas del CCyC. La norma especial del art. 27 de la LGS permite a los cónyuges tanto constituir como participar con posterioridad en cualquier tipo de sociedad. Los cónyuges bajo el régimen de comunidad no se pueden transmitir entre sí la participación societaria".

La normativa de personas jurídicas privadas también remite supletoriamente a la Ley General de Sociedades: el art. 186 CCyC manda su aplicación subsidiaria a las asociaciones civiles; el art. 188 CCyC sobre simples asociaciones remite a las normas de la asociación civil y el citado art. 186 CCyC; también es aplicable esta normativa a la persona jurídica consorcio de propiedad horizontal, donde este se constituye por los titulares inicialmente en condominio del inmueble, que pueden ser cónyuges (art. 2038 CCyC), y por los propietarios de las unidades funcionales (art. 2044 CCyC), pudiendo adquirir cada cónyuge bajo régimen de comunidad unidades que integren el edificio sometido a propiedad horizontal.

La excepción al principio general en materia de sociedades confiere a los cónyuges bajo el régimen de comunidad mayor libertad que el régimen derogado.

MANDATO Y CONSIGNACIÓN **Gestión de negocios**

El art. 459 CCyC regula y admite expresamente el mandato con representación entre cónyuges en el ejercicio de la gestión de los bienes según las facultades del régimen patrimonial que los rija, con la sola excepción del supuesto del mandato con representación -y su consecuente poder como documento portante de la representación voluntario conferida- de no poder otorgarlo al otro cónyuge para que preste a sí mismo el asentimiento para la disposición de los derechos de la vivienda familiar de su titularidad⁵.

5 32 Jornada Notarial Argentina, Tema II; "Poder del cónyuge para asentir. Es válido el poder otorgado para que se preste a sí mismo asentimiento, excepto cuando se tratara de los derechos sobre la vivienda familiar y sus muebles indispensables (mayoría)".

El art. 474 CCyC regula que la actuación de uno de los cónyuges de los bienes del otro sin mandato expreso, se rige por las normas del mandato o la gestión de negocios, según el caso. *Contrario sensu*, es válida su actuación con causa en un mandato expreso, con o sin representación.

Del mismo modo remite a que lo tendrá como gestión de negocios de un cónyuge a favor del otro, que por la norma del art. 1790 2° párr. CCyC, al aceptar el cónyuge beneficiario la gestión produce los efectos del mandato desde el día que comenzó, y se le aplican su reglas en forma supletoria en todos los casos (1° párrafo artículo citado).

Estas normas ponen de manifiesto el fundamento legal para la exclusión del mandato, con o sin representación entre cónyuges, de la inhabilidad del art. 1002 inc. d) CCyC.

Asimismo también podrán celebrar entre sí contrato de consignación, dado que el art. 1335 CCyC define que este contrato existe cuando el mandato es sin representación para la venta de cosas muebles, y dispone que se aplican supletoriamente las normas del mandato.

MANDATO Y MUTUO

Adelanto de fondos por el cónyuge mandatario

El art. 1328 CCyC inciso a) CCyC impone al mandante la obligación de compensarle al mandatario, en cualquier momento que le sea requerido, todo gasto razonable en que haya incurrido a fin de cumplir el objeto el mandato.

Se trata de un adelanto de fondos del patrimonio del cónyuge mandatario a favor del cónyuge mandante. La cláusula del mandato que haga previsión de los gastos que pudiere anticipar el mandatario importa en última instancia en préstamo hasta tanto le sea restituido, fundado en una obligación accesoria al contrato principal del mandato.

La norma en cuestión como toda norma contractual es supletoria a la autonomía de voluntad de las partes, por lo cual interpretamos que en el ámbito de la gestión de la manda, las partes pueden regular el modo de restitución e intereses en su caso.

FIDEICOMISO
Cónyuge fiduciario

El fideicomiso es un contrato en que se conjugan tres posiciones contractuales con diversos intereses, y en la inhabilidad de contratar entre cónyuges se debe tener presente que cada uno de ellos solo se ve afectado por la restricción a su capacidad en caso de actuar en interés común y propio de ambos cónyuges.

La posición contractual de fiduciario importa una actuación en interés ajeno y no propio, en especial con respecto a la administración y gestión del patrimonio fiduciario, por lo cual como se había concluido en el sistema derogado según sus arts. 1807, 1358, 1492 y 1441, la inhabilidad para transmitir el dominio entre sí, no existe cuando uno ocupa la posición de fiduciario (actúa en interés que no es propio sino del fideicomiso), y el otro en la posición de fiduciante y/o beneficiario y/o fideicomisario.

Toda restricción a la capacidad debe interpretarse con criterio restrictivo, y ello justifica la interpretación a favor de la capacidad, como es en el caso, en que el fiduciario no transmite bienes de su patrimonio, sino bienes que le son ajenos y pertenecen al patrimonio fiduciario.

El contrato se interpreta por el interés común de las partes conforme el art. 1062 CCyC. Este es el interés relevante para el acto jurídico y su causa, que siendo bilateral es la finalidad común y no solo de una de las partes; por lo cual la voluntad negocial no se integra con los motivos subjetivos íntimos de cada parte que no se explicitan, sino los tenidos en cuenta en común, es decir, la conjunción de las dos finalidades e interés de cada parte, que en el caso son los fines objetivos del fideicomiso y los de su fiduciante o beneficiario o fideicomisario.

El interés común es de ambas partes, solo si ambos sujetos tienen interés propio en el negocio se configura este requisito. No si uno lo tiene y otro no, como cuando uno actúa en representación de otro, produciendo todos los efectos en la esfera jurídica del representado. Aquí todos los efectos del contrato celebrado por el fiduciario se producen directamente en la esfera jurídica del patrimonio fiduciario y no en el suyo personal.

El art. 1682 CCyC determina que los bienes fideicomitados constituyen una propiedad fiduciaria, y el 1685 CCyC que es un patrimonio separado del patrimonio del fiduciario. Se trata de patrimonio especial autorizado por la ley que solo tiene por garantía los bienes que lo integran (art. 242 *in fine* CCyC), sin perjuicio de la responsabilidad del fiduciario -según el art. 1747 CCyC- si no ha contratado el seguro previsto en el art. 1685 CCyC.

Esta clara distinción de activo, responsabilidad por su pasivo, y garantía no debida por el fiduciario con su patrimonio, acreditan la inexistencia del interés propio que requiere la norma que restringe la capacidad de los cónyuges bajo régimen de comunidad. La inhabilidad opera solo cuando hay interés personal comprometido entre ellos, como cuando uno ocupa la posición de fiduciante (aportante de bienes al patrimonio fiduciario) y designa al otro beneficiario y éste acepta.

CONDOMINIO **Constitución y división**

El art. 471 CCyC en su primer párrafo expresamente admite la constitución de condominio entre cónyuges por consentimiento de ambos cuando adquieren conjuntamente una cosa, y regula expresamente que se administrarán y dispondrán por ambos en conjunto, sin importar la mayoría de cada uno. La admisión de la constitución del condominio entre cónyuges, conlleva a la posibilidad de que un cónyuge adquiera partes indivisas de una cosa de copropiedad de un tercero, e integre así el condominio entre cónyuges.

El tercer párrafo del art. 471 CCyC establece que la cosa, o la comunidad pro indivisa, se rige por las reglas del condominio en todo lo no previsto en este artículo, por lo que si nada dicen al adquirir conjuntamente el bien se presume en partes iguales (conf. art. 1983 CCyC), pero nada impide que indiquen una proporción distinta como surge del primer párrafo de este mismo artículo.

La norma establece las siguientes características que se diferencian del condominio en aras a la relación matrimonial:

a) En la administración o disposición no se rigen las mayorías del condominio, sino que se rige por la regla de la comunidad de bienes al decir "en conjunto" lo que remite a la unanimidad propia de la indivisión, como la hereditaria y postcomunitaria.

b) A falta de acuerdo, y ante la supresión de las mayorías, se debe resolver por autoridad judicial.

c) El carácter de las partes indivisas y su disposición se rigen por los arts. 469 y 470, es decir, si es ganancial requiere asentimiento para disponer de la parte en forma independiente o constituir sobre ella derechos reales, salvo disposición en conjunto.

d) En caso de solicitar la división de condominio, el juez puede denegarla si se afecta con la división el interés familiar, haciendo prevalecer los intereses de

la comunidad de bienes a ese fin, sobre el concepto economicista de división del condominio.

En lo demás rigen las normas del condominio. Los cónyuges tienen todas y las mismas facultades que cualquier condómino con estas solas restricciones.

Por el art. 1997 CCyC los condóminos pueden de común acuerdo partir y dividir la comunidad pro indivisa sobre la cosa en cualquier tiempo. En consecuencia, si ambos consienten la división, sea por partición entre ellos, o la extinción del condominio por adquisición de todas las partes indivisas por un tercero, y no ejercen el derecho de oponerse ante el juez invocando el interés familiar de la parte final del art. 471 CCyC, ellos pueden acordar por unanimidad la división de las cosas en condominio sin más que otorgarlo bajo la forma exigida por la ley, que en los inmuebles será la escritura pública.

El art. 471 CCyC en principio autoriza que los cónyuges con régimen de comunidad podrán constituir, extinguir y dividir el condominio otorgando la correspondiente adjudicación de las cosas resultantes; solo por excepción deberán cumplir para ciertos actos lo requerido por su propio texto. Sí puede solicitar la división del condominio sin más y por su sola voluntad, no hay una restricción de orden público para ello, y por ende, se trata de una norma supletoria y no imperativa, dando lugar a la pregonada autonomía de voluntad consagrada en el nuevo subsistema del derecho de familia.

REGLAMENTO DE PROPIEDAD HORIZONTAL **Adjudicación de unidades privativas**

El derecho real de propiedad horizontal requiere su constitución por los condóminos en caso de ser más de uno, y ese acto de administración está dentro de las facultades que los cónyuges pueden otorgar en conjunto por el art. 471 CCyC antes visto.

Hemos analizado cómo también tiene capacidad de derecho para integrar personas jurídicas privadas, como es el consorcio de propietarios, derivado de la norma axial del art. 27 LGS, por lo cual no hay impedimento para que los cónyuges celebren el contrato de reglamento de propiedad y en el mismo constituyan la persona jurídica privada.

Asimismo, analizamos en el punto anterior la admisión por la parte final del art. 471 CCyC de dividir el condominio entre cónyuges, por remisión a las normas de este derecho real y no existir en las normas del subsistema de familia una expresa restricción al efecto, salvo el derecho de peticionar judicialmen-

te que se impida la división si afecta el interés familia, es decir que *contrario sensu* pueden hacerlo. Por ello, los cónyuges con régimen de comunidad pueden adjudicar las unidades funcionales y complementarias resultantes entre sí en la forma que acuerden. Las unidades sometidas a propiedad horizontal no son más que la misma cosa de origen que se ha transformado por la independencia de las partes que la integraban (ahora unidades privativas).

CONJUNTOS INMOBILIARIOS

Lo mismo que se ha sostenido para la propiedad horizontal cabe concluir para los conjuntos inmobiliarios, que, conforme el segundo párrafo del art. 2075 CCyC, tienen como marco legal el derecho real de propiedad horizontal de modo subsidiario, y ordena estructurarlos como propiedades horizontales especiales.

CUENTA CORRIENTE Y DEPÓSITO BANCARIO CON ORDEN RECÍPROCA

Los usos y costumbres bancarios han mantenido aún con la reforma legislativa la admisión y efectos plenos del contrato que ambos cónyuges -aún con régimen de comunidad- celebran con la entidad bancaria o financiera, a consecuencia de la cual tendrán la copropiedad de los saldos o depósitos de dinero.

La aplicación de la norma del art. 471 CCyC en cuanto a la titularidad conjunta de los cónyuges, analizada en el condominio de cosas, es aplicable en el caso, y también a la copropiedad en sentido amplio de todo tipo de bienes o derechos, y no solo de cosas. Asimismo la orden recíproca para su restitución importa un mandato entre ellos (art. 474 CCyC) y no una transmisión de una masa a la otra.

CONVENIO REGULADOR DE LOS EFECTOS DEL DIVORCIO

El art. 438 CCyC exige que con la presentación del juicio de divorcio se acompañe una propuesta del convenio regulador de los efectos personales y patrimoniales durante el divorcio o después de este, como custodia de los hijos, atribución de la vivienda familiar, alimentos, división de bienes, etc.

Si la propuesta es presentada por ambos de común acuerdo importa un verdadero convenio bajo la condición suspensiva de dictarse el divorcio y ser homologado por el juez para tener plena eficacia (art. 440 CCyC).

El convenio en cuanto a la división de bienes sigue las criterios de su antecedente, el art. 236 s/Ley 23.515, que aún con una norma limitativa de la contratación entre cónyuges admitió su validez. También surge de los arts. 438 a 440 CCyC que lo regulan especialmente y su formación se produce obligatoriamente antes de la disolución del vínculo matrimonial, por lo que constituye una excepción al art. 1002 inc. d) CCyC en cuanto tiene contenido patrimonial.

La norma de inhabilidad para contratar no es aplicable en este convenio porque no es estrictamente un contrato, su objeto principal es regular los efectos personales y patrimoniales del divorcio, dando más relevancia a los personales que a los patrimoniales que pueden faltar o haberse resuelto previamente, pero siendo aún exclusivamente patrimonial la ley lo recepta expresamente y por su naturaleza importa el consentimiento entre cónyuge antes de la disolución del vínculo marital con régimen de comunidad de bienes.

El contenido enunciado del convenio regulador en el art. 439 CCyC excede la definición y objeto de los contratos, por ello no se regula en tal libro, sino en el de las relaciones de familia. El convenio regulador siempre estará sujeto a la revisión judicial por la requerida aprobación u homologación judicial que reserva al juez la facultad de revisar el mismo, por lo cual la autonomía de voluntad se impone ante la restricción de capacidad entre los cónyuges, dado que justamente se celebra para concluir con el régimen patrimonial de comunidad sujeto a revisión judicial.

Al igual que era admisible la certificación notarial de la firma en los convenios del derogado art. 236 s/Ley 23.515, es válido el convenio regulador como acto jurídico bilateral que celebran los cónyuges bajo régimen de comunidad para su disolución, y es admisible la certificación de firmas de los cónyuges, o su otorgamiento en escritura pública si las partes así lo eligen.

PACTOS SOBRE HERENCIA FUTURA

El segundo párrafo del art. 1010 CCyC incluyó expresamente el pacto de herencia futura con la especial finalidad de conservar la unidad de gestión empresaria o la prevención de conflictos, en que se pueden disponer derechos hereditarios y establecer compensaciones a favor de los legitimarios, sin distinción si estos herederos son los descendientes, ascendientes o cónyuge del futuro causante.

La capacidad del cónyuge se hace patente en la parte final del artículo en cuestión, cuando dice que "Estos pactos son válidos, sean o no parte el futuro

causante y su cónyuge...". La literalidad del texto legal no deja lugar a dudas del reconocimiento del carácter de parte contractual en este contrato del cónyuge del futuro causante junto con éste, y como tal podrá ser acreedor de prestaciones que tengan en él su causa, como la compensación patrimonial a través de diversos bienes o derechos. Establece una excepción contundente a la inhabilidad del art. 1002 inc. d) CCyC. Este artículo prevé la posibilidad de estructurar estos pactos de herencia futura de carácter dispositivo, partitivo e incluso renunciativo.

PARTICIÓN POR DONACIÓN DE BIENES GANANCIALES⁶

La partición por ascendientes incluyendo bienes gananciales propiamente dicha puede hacerse en su modalidad de partición por donación mediante acto conjunto de los cónyuges, resolviendo su admisión al derogar el art. 3526 del anterior Código.

La norma no distingue si se donan con fin partitivo bienes gananciales de administración de uno y otro o en condominio entre ambos, con las diferencias en materia de asentimiento y disposición conjunta de los arts. 456, 470 y 471 CCyC del régimen patrimonial de comunidad en el matrimonio. Se limita a ordenar el acto conjunto de ambos por el cual tales bienes se excluyen de la comunidad de gananciales para ser transmitidos a sus descendientes, con la consecuencia de también excluirlos de la futura indivisión hereditaria distribuyéndose entre los donatarios. Constituye un pacto de herencia distributivo expresamente admitido (art. 1010 CCyC).

Nos encontramos ante un instituto excepcional y que esta especial situación y fin lo diferencia de la donación de bienes en particular. Desde la óptica de los bienes del matrimonio la solución es que el cónyuge no titular debe prestar asentimiento, permitiendo de ese modo la exclusión de este bien que se transmite a terceros (descendientes en el caso) de la comunidad de gananciales, o consintiendo en la disposición conjunta en caso del supuesto del art. 471 CCyC. En la práctica es la misma solución que da la parte final del art. 2411 CCyC al requerirse la concurrencia de la voluntad de ambos cónyuges, sin decir expresamente si es consentimiento o asentimiento.

6 Los dos puntos siguientes están extractados del artículo del autor titulado: "Partición por ascendientes en la programación sucesoria", publicado en la Revista de Familia y Sucesiones, Ed. La Ley.

Cabe preguntarse si se está ante un supuesto de asentimiento en el caso de bienes de administración de uno o se trata de un verdadero consentimiento ante una partición de bienes gananciales, o una exclusión anticipada. La norma es apropiada al utilizar la ambigua expresión de acto conjunto, ya que de ser un bien en condominio de partes gananciales puede calificarse de consentimiento en la disposición, pero en caso de bienes de administración de uno es un verdadero asentimiento⁷ donde la voluntad es dar el permiso a su exclusión de la comunidad y no la división entre ellos, dado que solo sería consentimiento a la partición anticipada si se adjudicase el bien entre los cónyuges, lo que no será posible en la previsión legal.

Este carácter nos lleva a considerar si el acto conjunto es entre presentes o si puede otorgarse anticipadamente el asentimiento especial por el no titular a la partición-donación. Los conceptos vertidos nos convencen de que la expresión en acto conjunto no impide la posibilidad de su otorgamiento anticipado en la misma forma documental y con las prescripciones del art. 457 y 459 CCyC en caso de afectar la vivienda familiar.

Los cónyuges bajo el régimen de separación de bienes en principio no tienen bienes gananciales, sino personales, por lo que los gananciales a que se puede referir serían solo aquellos que subsisten en la indivisión postcomunitaria no liquidada (por ejemplo por modificación del régimen de bienes durante la comunidad -arts. 449 y 475 inc. e) CCyC-). No hay impedimento a recibir bienes entre sí en este acto de partición-donación ante la inexistencia de prohibición de contratar entre sí. Pero así se desnaturalizaría el carácter partitivo de herencia de la figura de marras por no ser heredero sino copartícipe de la indivisión postcomunitaria. En verdad, estaría partiendo conjuntamente bienes indivisos no liquidados, y su título no es la partición-donación sino de adjudicación por partición de la indivisión de bienes del matrimonio.

La partición-donación de bienes gananciales es típica de cónyuges bajo el régimen de comunidad, en que se exige el acto conjunto, por lo que importa

7 Conf. Medina, Graciela, en Bueres, Alberto (Dir.), op. cit. T. 5, p. 406: "En conclusión, a los fines de establecer el posible régimen de donaciones particionarias entre cónyuges cabe distinguir entre los de administración o titularidad conjunta, sobre los cuales el artículo requiere la donación en forma conjunta por ambos cónyuges; con la salvedad que no podrán incluirse recíprocamente en esa donación cuando se encuentren dentro del régimen de comunidad (art. 1002). En el caso de los gananciales del donante bastará con el simple asentimiento de su cónyuge y rige la prohibición referida previamente para aquellos que se encuentren dentro del régimen de comunidad".

una expresa excepción a la inhabilidad de contratar entre sí en interés propio del art. 1002 inc. d) del Código Civil cuando se trate de bienes de cotitularidad ganancial conjunta de ambos. Si bien puede acordar la exclusión del bien de la comunidad de gananciales solo para su transmisión a los descendientes, pero no entre ellos porque la primera parte del párrafo del texto legal se limita a admitir la inclusión del cónyuge en la adquisición de bienes propios del otro cónyuge pero nada dice de los gananciales, y siendo las excepciones de interpretación restringida se está al principio general de la inhabilidad para adquirir entre sí en interés propio. En conclusión, los cónyuges bajo el régimen de comunidad tienen capacidad y aptitud para otorgar la partición por donación de bienes gananciales de administración de uno o ambos, pero no pueden ser donatarios de los bienes gananciales del otro cónyuge.

PARTICIÓN POR DONACIÓN DE BIENES PROPIOS

Señala Córdoba que la solución del art. 2411 que prevé la inclusión del cónyuge como beneficiario a fin de respetar su cuota legitimaria como heredero en la partición por ascendientes de bienes propios "es diversa a la del código derogado que prohibía la distinción entre esposos"⁸, sin distinguir si están bajo régimen de comunidad o separación. Toda la doctrina es conteste en admitir al cónyuge bajo régimen de separación de bienes como donatario en la partición por donación ante la libertad de contratar entre sí.

Parte de la doctrina distingue la situación de los cónyuges bajo régimen de comunidad, al interpretar que están inhabilitados por la prohibición de contratar entre sí en interés propio (art. 1002 inc. d) CCyC) no pudiendo adquirir parte de bienes propios de su cónyuge para no conculcar su porción legitimaria⁹. En el proyecto de actual Código no existía esta distinción por cuanto había derogado la norma del art. 1807 inc. 1° del anterior cuerpo normativo dando plena libertad de contratar entre esposos en cualquier régimen patrimonial matrimonial; pero la incorporación de la inhabilidad general del inc. d) del art. 1002 CCyC obliga a la armónica interpretación de las normas en forma sistemática y coherente con todo el sistema.

8 Conf. Córdoba, Marcos M., en Lorenzetti, Ricardo Luis (Dir.), op. cit., T. X, p. 785.

9 Mazzinghi, Jorge A. M., "La partición de herencia realizada por los ascendientes. Novedades y conflictos a partir de la sanción del Código Civil y Comercial", La Ley 2017-A-593; Costanzo, Mariano y Posteraro Sánchez, Leandro, en Clusellas, Eduardo G. (coord.), *Código Civil y Comercial, comentado, anotado y concordado*, Ed. Astrea-FEN, Bs. As., 2015, T. 8, p. 239.

La partición por donación es una figura excepcional en varios aspectos, por empezar por ser un instituto del derecho sucesorio que se debe armonizar con las normas del contrato de donación, y es justamente este carácter excepcional el que justifica que se trata de una de las pocas y expresas excepciones a la inhabilidad para contratar entre sí de los cónyuges bajo el régimen de comunidad. Todo principio es tal, sin perjuicio de excepciones previstas por el legislador como el caso en cuestión. Bajo la dirección de Jorge H. Alterini al comentar la norma se interpreta que "pese a la inhabilidad dispuesta en la norma mencionada, la partición por donación entre cónyuges durante el régimen de comunidad es posible, si se trata de bienes propios, por ser una norma especial que la habilita, al no limitarse a la partición por testamento. Caso contrario, la última parte de la norma comentada carecería de sentido, cuando dispone que los bienes gananciales solo pueden ser donados por ambos cónyuges. Es decir, que este contrato es uno de los pocos admitidos dentro del régimen de comunidad, como también lo es el mandato y la constitución de sociedades"¹⁰.

El actual texto legal del segundo párrafo del art. 2411 regula la situación de las personas casadas con respecto a sus bienes propios y gananciales, y estas categorías son exclusivas de los cónyuges bajo régimen de comunidad; en cambio bajo el régimen de separación no existen propios y gananciales, sino bienes de un único carácter: personales. Por ello la interpretación literal de las palabras de la ley, y contextual de este párrafo con unidad semántica, indica que está destinada a los cónyuges bajo régimen de comunidad que podrán otorgar este acto¹¹. No cabe su pretensa exclusión por una distinción que la ley no hace y que por el contrario lleva a contradecir el propio texto legal.

Señalamos que estamos ante un instituto del derecho sucesorio por lo cual ante el conflicto entre dos intereses de orden público: la legítima hereditaria y el desplazamiento de bienes entre masas del régimen patrimonial del matrimonio, priva el primero por la finalidad especial de la partición de la herencia

10 Alterini, Jorge H. (Dir.), Alterini, Ignacio (Coord.), *Código Civil y Comercial comentado. Tratado Exegético*, La Ley, 2° ed. actualizada y aumentada, T. XI, p. 497.

11 Medina, Graciela, en Bueres, Alberto (Dir.), op. cit., T.5, pp. 404/5, quien luego de decir: "La partición por ascendiente subsistiendo el matrimonio del causante. Este es un punto particular que ha venido a sanear una situación conflictiva que se generaba por la aplicación de este instituto en la anterior redacción... No existía la posibilidad de disponer de los bienes propios por partición por donación, ya que existía un impedimento legal de donar entre esposos (art. 1807, inc. 1° CC), y en consecuencia, para la disposición de los bienes propios, debía recurrir solo al supuesto de partición por testamento que consagraba el art. 3527, con la obligación de incluir al cónyuge supérstite".

objeto de la partición por ascendiente. Recurriendo a la interpretación análoga, no debe perderse de vista que la partición por donación está emparentada en finalidad y efecto al pacto expresamente permitido dentro de los protocolos familiares de las empresas o actividades económicas de la segunda parte del art. 1010 CCyC que claramente concluye diciendo: "estos pactos son válidos, sean o no parte el futuro causante y su cónyuge, si no afecta la legítima hereditaria, los derechos del cónyuge, ni los derechos de terceros". Más allá de la analogía, el consentimiento del cónyuge y atribución a él de bienes es el único medio de asegurar su porción legítima hereditaria.

ESQUEMAS ESCRITURARIOS RELATIVOS A LA CONVENCION MATRIMONIAL DE OPCION DE CAMBIO DE RÉGIMEN DE COMUNIDAD AL DE SEPARACION Y PARTICION DE BIENES

... Nro... CONVENCION MATRIMONIAL DE MODIFICACION DE RÉGIMEN PATRIMONIAL: AA CON BB. En la Ciudad y Partido de..., Provincia de..., República Argentina, a... de... de..., ante mí,..., Notario Titular del Registro número... de..., comparecen los cónyuges en primeras nupcias AA, argentino, nacido el..., documento nacional de identidad..., CUIL...; y BB, argentina, nacida..., documento nacional de identidad..., CUIL..., domiciliados en... Justifican su identidad con los relacionados documentos de identidad que en copia autenticada de parte pertinente agrego a la presente, en los términos del artículo 306 inciso a) del Código Civil y Comercial. De la audiencia notarial surge su aptitud de entender y querer la naturaleza de este acto, lo cual ratifican las partes por su previo conocimiento, y declaran bajo juramento no estar sometidos a procesos que limiten su capacidad. Intervienen por sí. Requieren dé forma notarial a sus declaraciones que interpreto y redacto en los artículos y capítulos siguientes: CAPÍTULO I - CONVENCION MATRIMONIAL - PRIMERO: Los comparecientes declaran bajo juramento que se encuentran casados entre sí en sus primeras nupcias desde el..., bajo el régimen de comunidad de bienes, y que habiendo transcurrido más de un año de vigencia de tal régimen, de común acuerdo deciden cambiar por el de separación de bienes maritales a partir de la fecha de hoy. SEGUNDO: Los bienes adquiridos a partir de la fecha se rigen por el régimen de separación de bienes regulado por los artículos 505 y siguientes del Código Civil y Comercial, y los comparecientes dejarán constancia en toda adquisición de bienes futuros de esta convención y régimen electo. Los bienes gananciales que tienen que-

dan en estado de indivisión postcomunitaria, que se seguirán rigiendo por las normas supletorias previstas por el artículo 482 y concordantes del Código Civil y Comercial hasta su partición, liquidación o adjudicación que las partes manifiestan que harán cuando lo estimen oportuno. TERCERO: Las partes ruegan la toma de razón de esta modificación del régimen patrimonial matrimonial por el Registro Provincial de las Personas al margen de su partida de matrimonio a fin de su oponibilidad a terceros en los términos del artículo 449 del Código Civil y Comercial. CAPÍTULO II - AUTORIZACIONES - ÚNICO: Los comparecientes autorizan al escribano autorizante y al señor..., en forma alternada o indistintamente, para solicitar la inscripción de la presente opción del régimen patrimonial matrimonial de separación de bienes al margen de su partida de matrimonio ante el Registro Provincial de las Personas y sus delegaciones u oficinas, presentar escritos, minutas, testimonios, documentos públicos y privados, y todo informe o prueba que sea requerido, agregar y desglosar documentación, interponer todos los recursos en la vía administrativa, incluso el jerárquico con todo tipo de pruebas, notificarse de resoluciones y la inscripción solicitada, y solicitar y retirar partidas y certificados de matrimonio de los comparecientes, y realizar todo otro acto, gestión o diligencia conducente al cumplimiento de esta autorización. CAPÍTULO III - CONSTANCIAS NOTARIALES: Acredito con el certificado de matrimonio de los comparecientes, que da cuenta del mismo celebrado el..., asentado en Acta... Folio... del Libro de Matrimonios del Año... de la Delegación... del Registro Provincial de las Personas. AGREGO a la presente copia autenticada del certificado de matrimonio relacionado. LEO a los comparecientes esta escritura que otorgan y firman por ante mí, doy fe.

... Nro... ADJUDICACIÓN PARCIAL POR PARTICIÓN DE INDIVISIÓN POSTCOMUNITARIA: AA CON BB. En la Ciudad y Partido de..., Provincia de..., República Argentina, a... de... de..., ante mí,... , Notario Titular del Registro número... de..., comparecen los cónyuges en primeras nupcias AA, argentino, nacido el..., documento nacional de identidad..., CUIL...; y BB, argentina, nacida..., documento nacional de identidad..., CUIL..., domiciliados en... Justifican su identidad con los relacionados documentos de identidad que en copia autenticada de parte pertinente agrego a la presente, en los términos del artículo 306 inciso a) del Código Civil y Comercial. De la audiencia notarial surge su aptitud de entender y querer la naturaleza de este acto, lo cual ratifican las partes por su previo conocimiento, y declaran bajo juramento no estar sometidos a procesos que limiten su capacidad. Intervienen por sí. Requieren dé forma notarial a sus declaraciones que interpreto y redacto en los artículos y capítulos siguientes: CAPÍTULO I - EXORDIO: PRIMERO: Los comparecientes por escritura pública

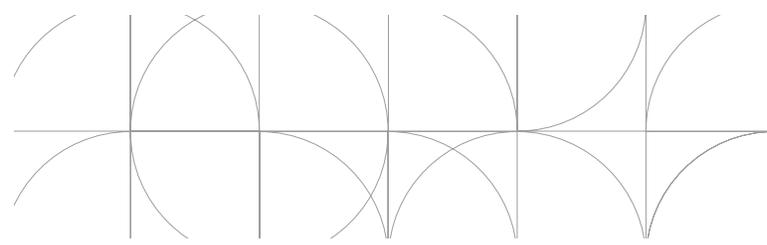
pasada ante mí en la fecha al folio... en trámite de inscripción, celebraron convención matrimonial en los términos del artículo 449 del Código Civil y Comercial por la cual modificaron el régimen de bienes de su matrimonio a partir de la fecha por el de separación de bienes, creándose la indivisión postcomunitaria con respecto a los gananciales anteriores. SEGUNDO: Los comparecientes declaran bajo juramento que han liquidado sus recompensas, cargas y deudas del matrimonio, y los bienes gananciales de su titularidad integrando dos hijuelas de valores equivalentes, y resultando en la que se adjudica a AA las 7/60 partes indivisas de un inmueble bajo el régimen de propiedad horizontal que integra el edificio sito en... con frente a la calle... TERCERO: Las partes declaran que las adjudicaciones son de valores equivalentes, no quedando reclamos pendientes entre ellos por esta adjudicación, y renuncian recíprocamente a todo reclamo por los bienes adjudicados. CAPÍTULO III - ADJUDICACIÓN POR PARTICIÓN DE BIENES GANANCIALES - PRIMERO: En cumplimiento de la partición relacionada en el capítulo anterior, la señora BB adjudica a AA, que acepta, la totalidad de las siete sesenta avas partes indivisas (7/60) de un inmueble bajo el régimen de propiedad horizontal que integra el edificio sito en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, con frente a la calle... SEGUNDO: La adjudicante adjudica al adjudicatario, que acepta todos los derechos de copropiedad, coposesión y condominio sobre el inmueble descrito en el artículo anterior, desde el momento de su originaria adquisición, y este manifiesta tener la posesión. TERCERO: El adjudicatario declara conocer y aceptar el reglamento de propiedad horizontal... CUARTO: La adjudicante declara que no tiene reclamo pendiente alguno con respecto a los bienes adjudicados. CAPÍTULO IV - CONSTANCIAS NOTARIALES: Acredito: a) TÍTULO: 1) con la escritura pública del..., pasada ante el notario de..., ... en el Protocolo del registro a su cargo, INSCRIPTA en el Registro de la Propiedad Inmueble..., que el inmueble le correspondió originariamente a... por compra que hiciera siendo casado con...; b) AFECTACIÓN A PROPIEDAD HORIZONTAL: con el testimonio de... c) CERTIFICACIONES: 1) con los certificados del Registro de la Propiedad de fecha..., bajo los números... (inhibiciones), ... (dominio), que los otorgantes no están inhibidos para disponer de sus bienes; el dominio consta y no registran gravámenes, restricciones ni interdicciones... 2) con el certificado expedido por el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires número..., que al inmueble le corresponde la partida inmobiliaria..., y tiene una valuación fiscal homogénea para este año de \$... y Valor Inmobiliario de Referencia de \$...; 3) con los demás certificados administrativos que no se adeuda impuesto inmobiliario y su complementario, ni tasa municipal ni de AYSA; 4) con el certificado expedido por el Administrador del Consorcio de Propiedad Horizontal:... d) CERTIFICADO DE BIENES: no corresponde por la

naturaleza del primer acto (artículos 15, 16 y 17 RG 2371), y en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 5 inciso b) de la RG 781 modificado por la RG 2372, se informará esta operación por el régimen establecido por la RG 2351, y no alcanzar por el segundo la valuación fiscal prevista al efecto. AGREGO a la presente los certificados de dominio y catastro relacionados y el certificado de inhabilitaciones. Conservo las constancias de identificación laboral en carpeta relacionada a la presente. LEO a los comparecientes esta escritura que otorgan y firman por ante mí, doy fe.

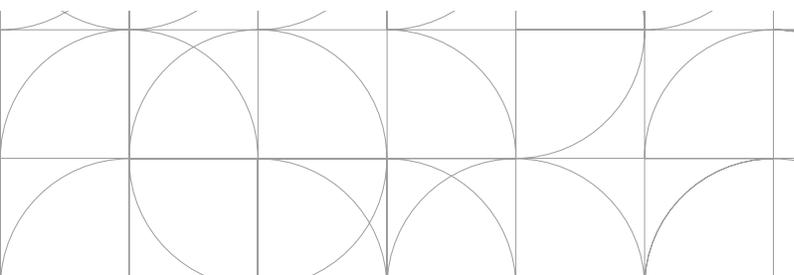
ACUERDO DE PARTICIÓN DE BIENES POR INDIVISIÓN POSTCOMUNITARIA: AA Y BB. En la Ciudad y Partido de..., a..., comparecen los cónyuges en primeras nupcias, con régimen de separación de bienes, AA; y BB. Acuerdan la división de sus bienes gananciales en indivisión postcomunitaria: PRIMERO: Los comparecientes en la fecha optaron por el cambio del régimen patrimonial de su matrimonio, generándose la indivisión postcomunitaria de sus bienes gananciales conforme el art. 475 inc. e) del Código Civil y Comercial: SEGUNDO: Las partes manifiestan: a) el señor AA es titular de un inmueble de carácter ganancial, ... ; b) el señor AA es titular de un automotor de carácter ganancial, marca...; c) ambas partes son titulares en copropiedad ganancial de la suma de... TERCERO: las partes acuerdan que a fin de realizar la partición de los bienes gananciales, han resuelto liquidar el activo automotor, mediante su venta, y su precio será adjudicado en la hijuela de BB, a fin de lo cual suscriben formulario 08 número... en la fecha. CUARTO: Las partes de común acuerdo resuelven formar las siguientes hijuelas: UNO: 100% del inmueble... (art. 2° inc. a); DOS: integrada por el precio que resulte de la venta del automotor... (art. 2° inc. b) y la suma de... (art. 2° inc. c). Las partes manifiestan que ambas hijuelas son de valores equivalentes para lo que se ha tenido en cuenta la división de los restantes bienes muebles y la compensación de las recompensas del régimen de ganancialidad. QUINTO: Las partes convienen adjudicar la HIJUELA UNO al señor AA, y la HIJUELA DOS a la señora BB, quien declara haber recibido la suma de dinero de su hijuela, otorgando suficiente recibo. SEXTO: Cada parte abonará los gastos por la adjudicación de bienes en su favor, a fin de lo cual otorgarán poder especial irrevocable para su cumplimiento. SÉPTIMO: Las partes ratifican recibir bienes de valores equivalentes y renuncian recíprocamente a todo reclamo entre sí por los bienes aquí adjudicados. En el lugar y fecha indicados suscriben dos ejemplares iguales.

... Nro... PODER ESPECIAL IRREVOCABLE: AA CON BB. En la Ciudad y Partido de..., Provincia de..., República Argentina, a... de... de..., ante mí..., Notario Titular del Registro número... de..., comparecen los cónyuges en primeras nupcias AA, argentino, nacido el..., documento nacional de identidad..., CUIL...; y BB, argentina, nacida..., documento nacional de identidad..., CUIL..., domiciliados en... Justifican su identidad con los relacionados documentos de identidad que en copia autenticada de parte pertinente agrego a la presente, en los términos del artículo 306 inciso a) del Código Civil y Comercial. De la audiencia notarial surge su aptitud de entender y querer la naturaleza de este acto, lo cual ratifican las partes por su previo conocimiento, y declaran bajo juramento no estar sometidos a procesos que limiten su capacidad. Intervienen por sí. Requieren dé forma notarial a sus declaraciones que interpreto y redacto en los artículos y capítulos siguientes: CAPÍTULO I - EXORDIO - PRIMERO: Los comparecientes optaron por el cambio de régimen patrimonial de separación de bienes por convención matrimonial celebrada el... pasada ante mí, al folio... de este Protocolo, en INSCRIPTA el... en el Registro Provincial de las Personas al margen de la partida de matrimonio asentada en..., y en consecuencia ha nacido el estado de indivisión postcomunitaria de los bienes gananciales previos a la fecha. SEGUNDO: Los comparecientes manifiestan que han celebrado convenio de partición de los bienes gananciales y han compensado las recompensas debidas por el régimen de comunidad, resultado dos hijuelas de valores equivalentes, integrando la hijuela de AA bienes muebles y el precio de la venta de un automotor ganancial, y la hijuela de BB se integra con el dominio exclusivo del inmueble ganancial, bajo el régimen de propiedad horizontal, que forma parte del edificio en... TERCERO: Los comparecientes declaran que reciben bienes de valores equivalentes en sus hijuelas y renuncian recíprocamente a todo reclamo entre sí por los bienes adjudicados; y el señor BB asume a su cargo el costo de la adjudicación del inmueble relacionado a su nombre con carácter propio, y que se realizará una vez cumplidos los trámites preescriturarios a tal efecto. CAPÍTULO II - PODER ESPECIAL IRREVOCABLE - PRIMERO: AA, en cumplimiento del acuerdo de partición referido confiere PODER ESPECIAL a favor de BB, para que actuando en su nombre y representación, con expresa facultad de autocontratación, adjudique por partición parcial de la indivisión postcomunitaria la totalidad del dominio del inmueble bajo el régimen de propiedad horizontal, que forma parte del edificio sito en..., con carácter personal, y otorgue y firme la escritura de adjudicación a su favor. SEGUNDO: Al efecto faculta a su apoderado a suscribir instrumentos privados u otros instrumentos públicos necesarios, en especial escritura de adjudicación por partición total o parcial de bienes; entregar la posesión, sea por entrega material o por *traditio brevi manu*

o *constituto posesorio*; hacer declaración sobre la compensación y de bienes y recompensas y la recíproca renuncia a reclamos por la partición y adjudicación del bien; fijar tasaciones o valuaciones; celebrar todo acto de bonificación del título cuando fuera necesario y suscribir escrituras aclaratorias, rectificatorias y el que tenga por objeto perfeccionar el título, sus antecedentes a los bienes allí relacionados; realizar declaraciones juradas; abonar los impuestos, tasas y contribuciones, pudiendo hacer todo reclamo ante las entidades recaudadoras, por error en el cobro o la base del cálculo de los tributos, pudiendo incluso repetir contra ellas y cobrar las sumas que resulten a su favor, y acogerse a todo plan de pagos, regularización de deudas, moratoria, o plan de sinceramiento fiscal, que las autoridades nacionales, provinciales o municipales establezcan u otorguen; solicitar constancias o inscripción de CUIT, CUIL o CDI del poderdante; y realizar todo acto, gestión o diligencia, conducente al cumplimiento de este poder. TERCERO: El poder se confiere con carácter de IRREVOCABLE y con los efectos "post-mortem" y concordantes del Código Civil. La irrevocabilidad se pacta por el plazo de UN AÑO; y para el caso de vencimiento de esta cláusula, se establece la plena vigencia del poder y los efectos "post-mortem" hasta su total ejecución, salvo causal de revocación acreditada en instancia judicial. AGREGO a la presente copia autenticada de la partida de matrimonio con nota al margen de opción por el régimen patrimonial de separación de bienes relacionado. Las constancias de identificación tributarias las conservo en carpeta relacionada a la presente. LEO a los comparecientes esta escritura que otorgan y firman por ante mí, doy fe.



JURISPRUDENCIA



RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL NOTARIAL

PRESUNTA FALTA DE ÉTICA*

La Plata, ... de ... de 2017.

Autos y vistos:

Visto el expediente N° .../16, caratulado: "Sr. P.. interpone denuncia c/ Not..., Titular del Registro N°... de... s/ presunta falta de ética", y del que resulta:

Que el mismo se formalizó como resultado de la denuncia presentada en esta sede el 24 de noviembre de 2016 por el Sr. P.. contra el Notario..., Titular del Registro N°... de..., al que le imputa la presunta comisión de una falta de ética. (fs. 1/26).

Que, a fs. 27, por auto del día 25 de noviembre de 2016, este Tribunal se declaró competente y dispuso correr traslado de todo al notario... a fin de que, dentro del plazo de cinco (5) días, realizara el descargo pertinente, siendo notificado mediante la Delegación... del Colegio de Escribanos, con fecha... de 2017, según consta a fs. 106.

Que, a fs. 30, con fecha... de 2016, consta la solicitud al Departamento de Servicios Notariales del Colegio de Escribanos del estado de revista del notario, cuya respuesta corre agregada a fs. 31/105, donde consta que el Notario..., Colegiado N°..., revista como Titular del Registro de Escrituras Públicas N°... del Partido de... y que, de su legajo personal, surge que: 1) Fue apercibido por resolución del Juzgado Notarial de fecha... de 1981; 2) Fue suspendido en el ejercicio de su profesión por el término de cinco (5) días, por resolución del Juzgado Notarial de fecha... de 1995; 3) Fue apercibido por resolución del Juzgado Notarial de fecha... de 2000; 4) Fue suspendido en el ejercicio de su profesión por el término de diez (10) días, por resolución del Juzgado Notarial de fecha... de 2002; 5) Fue

* La presente resolución fue apelada por el notario sancionado ante la Excm. Cámara Segunda de Apelación Civil y Comercial de La Plata. El contenido de la sentencia de ese cuerpo se reproduce a continuación de la presente.

suspendido en el ejercicio de su profesión por el término de treinta (30) días, por resolución del Tribunal Notarial de fecha... de 2012; 6) Fue suspendido en el ejercicio de su profesión por el término de cuarenta y cinco (45) días, por resolución del Juzgado Notarial de fecha... de 2013.

Que, a fs. 108, con fecha... de 2017, consta una presentación del notario..., donde se le da por presentado el descargo, aunque extemporáneamente, la que se analizará más adelante.

Que, a fs. 109, atento lo solicitado por el notario, se le concede una prórroga de treinta (30) días, siendo notificado mediante la Delegación... con fecha .../.../17, según constancia obrante a fs. 111.

Que, a fs. 112, con fecha .../.../17, consta una nueva presentación del notario..., en la que solicita otra prórroga, concediéndole el Tribunal nuevamente treinta (30) días por auto del... de 2017 (fs. 113). Fue notificado mediante la Delegación... con fecha 11/V/17, según constancia obrante a fs. 115.

Que, a fs. 116, mediante auto del... de 2017, se dispuso librar Oficio por Secretaría al Registro de la Propiedad de la Provincia de Buenos Aires a efectos de que se sirvan informar a este Tribunal si la Escritura N°..., del... de 2011, autorizada por el notario... en relación al bien inmueble inscripto en la Matrícula... del Partido de... (...) se encuentra inscripta y, en caso afirmativo, si perdió la prioridad o no. Que, asimismo, informe en caso de no haberse inscripto, cuáles fueron las causas. La respuesta al Oficio consta a fs. 121/141. El Not... fue notificado el .../.../17 a través de la Delegación... (fs. 120).

Que, a fs. 142, mediante auto del... de 2017, se dispuso correr traslado por cinco (5) días al notario de la respuesta al Oficio oportunamente librado, a fin de que manifieste lo que estimare necesario. Fue notificado el... de 2017, mediante la Delegación... (fs. 144).

Que, a fs. 145, con fecha... de 2017, se solicitó al Departamento de Servicios Notariales un estado de revista actualizado del Not..., respuesta que corre agregada a fs. 146/168, y de la que surge que, además de las sanciones oportunamente informadas, al notario se le aplicó una multa, por Resolución del Juzgado Notarial del... de 2016 y una suspensión por el término de sesenta (60) días, por Resolución de este Tribunal Notarial del... de 2017, la que se encuentra cumpliendo desde el... y hasta el... del corriente año, ambos inclusive.

Que, a fs. 169, por auto del... de 2017 y, atento el estado de las actuaciones, se llamó a "Autos para Resolver" (art. 49 y 54 decreto-ley 9020/78), siendo notificado el notario con fecha .../.../17, según constancia obrante a fs. 171, mediante la Delegación... del Colegio de Escribanos.

Y CONSIDERANDO:

Que el Señor P..., adjuntando documentación a modo de respaldo de sus dichos, interpuso formal denuncia contra el Notario..., Titular del Registro de Escrituras Públicas N°... del Partido de..., imputándole, entre otras cuestiones, el incumplimiento del deber inherente a la función notarial de la inscripción registral de una Escritura de compraventa identificada con el número..., autorizada por el profesional denunciado el día... de 2011, concentrando el denunciante su pretensión en la finalidad de solicitar "... que se arbitren los medios para poder obtener mi título de propiedad, debidamente inscripto ante el Registro de la Propiedad Inmueble..." y agravándose, además, porque el citado profesional "... claramente está incumpliendo con los deberes que le exige la ley notarial, al tener conocimiento de sus deberes como escribano, al ser un profesional del derecho en ejercicio de una función pública; conocer sobre esta situación de la no inscripción de la escritura en cuestión; con lo que en consecuencia, la falta de inscripción no es un mero error u omisión. Las partes que intervinimos en el acto, requerimos su asesoramiento, confiamos en el notario, para instrumentar la operación. De la copia de asiento registral surge una interdicción de venta con relación a la parcela que adquirí, la cual el escribano no me informó. Claramente viola el inciso 2 y 3 del artículo 35 de la ley 9020, no me asesoró y pese a la restricción que surge del dominio, que en su momento debía ser levantada por la vendedora, autorizó la escritura, conociendo, por ser un profesional del derecho, las implicancias y consecuencias de dicho acto ...".

En el relato de los hechos, el denunciante expone "... Que el citado escribano, asesoró a las partes, fijó fecha de escrituración y una vez que se le brindó la documentación por él solicitada y manifestó que estaba todo en condiciones para escriturar, se firmó la misma, escritura que fue abonada en su totalidad (gastos y honorarios)...". A su vez, de sus manifestaciones y documentación acompañada, se desprende: a) que por dicho documento notarial protocolar -fs. 15/16- el Sr. A... resultó ser adquirente del bien inmueble ubicado en la Ciudad y Partido de... de esta Provincia, designado en el plano de mensura y división característica ...-...-2008 como "Parcela... de la Manzana..."; b) que si bien la operación se trató de una compraventa, el Not... solicitó el certificado de dominio por donación; c) que transcurrido un tiempo, al no ser llamado por el escribano, pasó por la escribanía a retirar su escritura, habiendo alegado el Not... que la misma "... no había venido inscripta..."; d) que, en consecuencia, desde el año 2012 hasta la fecha, concurrió todas las semanas a la escribanía citada a buscar su título de propiedad, habiendo alegado el nombrado profesional "... infinitos motivos..." para explicar la demora del registro en la inscripción del mismo; e) que "... cansado, de ir a la

escribanía, sin obtener mi escritura ni una respuesta efectiva sobre la demora ...” tramitó una copia de asiento registral y “... para sorpresa, la escritura NUNCA había sido presentada en el Registro de la Propiedad para su inscripción ...” (fs. 17/24); f) que con fecha .../.../2016 reclamó dicha entrega mediante intimación por carta documento, sin haber obtenido respuesta alguna; g) que vencido el plazo de intimación por carta documento para dicha entrega, solicitó nueva copia de asiento registral habiendo “... informado el registro con fecha .../.../2016 la misma situación que se informó en la copia de asiento solicitada con anterioridad, es decir que la escritura jamás había ingresado para su inscripción ...”; y h) que ese documento habría perdido la reserva de prioridad por no haber sido nunca presentado ante el organismo competente para su registración, con el riesgo jurídico que ello implica.

Este Tribunal se declaró competente para intervenir en el caso planteado -fs. 27- y le corrió traslado al Not... para que presentara el pertinente descargo, lo que éste efectuó vencido el plazo de ley con fecha .../.../2017 (fs. 108). En su presentación, el colega reconoce la falta de inscripción del título, sin expedirse sobre la vigencia o la pérdida de la reserva de prioridad o prioridad indirecta para su registración, a la vez que esgrime, en el intento de justificar su accionar, los siguientes motivos: “... cuando se confeccionó el plano ...-...-2008, se procedió a la venta de los lotes que surgen del mismo sin advertir que entre las restricciones del plano estaba ‘Las parcelas 2 y 4 quedan interdictas de venta hasta tanto se provea de energía eléctrica domiciliaria, alumbrado público y la media calle a ceder esté abierta y sea abierto etc.’. Todo ello ya fue ejecutado por la Municipalidad de... y ahora lo que falta es hacer ante la misma que se comunique a catastro que se ha cumplido con la restricción impuesta. En la Municipalidad de... me dijeron que debía realizarse el trabajo por intermedio del mismo Agrimensor..., de la localidad de... y que el mismo debe comunicar lo expuesto a Catastro. He querido comunicarme con el citado profesional y el mismo se halla de vacaciones hasta el día 1/2/2017, en cuya fecha me pondré en contacto con el mismo para que realice dicho trabajo. Por lo expuesto solicito aproximadamente 45 días para que se pueda realizar la actividad del Agrimensor ante la Municipalidad de... y catastro y luego poder realizar la inscripción del título ante la Dirección del Registro de la Propiedad Inmueble...”.

Como consecuencia de lo solicitado, con fecha .../.../2017, el Tribunal resolvió conceder treinta (30) días de plazo a tales efectos (fs. 109), habiéndose el Not... notificado de ello con fecha .../.../2017, quien nuevamente requirió una ampliación del plazo en presentación de fecha .../.../2017 (fs. 112), por lo que este Tribunal resolvió otorgarle una nueva prórroga de treinta (30) días (fs.

113), sin que el profesional hubiese presentado el título inscripto, ni informado nada al respecto.

Fue así que, con fecha .../.../2017, se ordenó librar Oficio al Registro de la Propiedad Inmueble de esta Provincia (fs. 116), a los efectos de que dicho organismo informara si la escritura en cuestión se encontraba inscripta, en caso afirmativo si perdió la prioridad o no y, de no haberse inscripto, que informe los motivos, de todo lo cual se notificó el encartado el día .../.../2017 (fs. 120), sin haberse pronunciado al respecto.

El Registro Provincial de la Propiedad Inmueble, con fecha... de 2017, respondió el Oficio (fs. 121/141) informando que la escritura número... no ha sido inscripta en relación a la Matrícula... del Partido de... (...) -Matrícula de origen- y acompañó copia del folio real y planillas, de donde surge la titularidad y condiciones de dominio, no advirtiéndose en relación a la misma constancia de ingreso para su registración.

De dicho informe de la autoridad registral se le corrió traslado al denunciado (fs. 142), habiendo sido debidamente notificado (fs. 144), sin haber obtenido hasta la fecha de la presente explicación alguna de su parte.

De los hechos expuestos en la denuncia, de la documentación acompañada, de las presentaciones del denunciado y de la contestación del Oficio efectuada por el Registro de la Propiedad Inmueble -Nota .../2017-, resulta que la escritura... de fecha... de 2011 autorizada por el Notario... adolece de varias irregularidades, entre ellas: a) El certificado de dominio fue solicitado para donación y no para venta; b) Cuando se refiere a la designación del bien objeto de la compraventa, es decir, designación del bien y nomenclatura catastral, allí obra la nota sobre las mentadas restricciones -fs. 15 vta.- "... Restricciones: Las Parcelas 2 y 4, quedan interdictas de venta hasta tanto se las provea de energía eléctrica domiciliaria, alumbrado público y la media calle a ceder sea abierta y se hayan ejecutado las obras de desagües pluviales, alcantarillado y tratamiento de la misma, de acuerdo a las disposiciones municipales vigentes ...", es decir, que no pudo haberla omitido accidentalmente, de manera inadvertida como expresara en su descargo, sino que las minusvaloró, transcribiéndolas a continuación de la descripción del bien y habiendo agregando, sin detallar documentación que lo tenga por acreditado, "... Se deja constancia que a la fecha se ha dado cumplimiento a lo previsto en la restricción para las parcelas 2 y 4, teniendo energía eléctrica y alumbrado público, se ha abierto la media calle y se ha dado cumplimiento a todas las disposiciones vigentes municipales de desagües pluviales y alcantarillado ..."; c) Llama la atención que de la fotocopia de la escritura, tomada directamente de su matriz -fs. 15/16-, está en blanco la valuación fiscal, circunstancia que no ha sido

salvada, a pesar de encontrarse la misma otorgada y autorizada; d) Asimismo, hace constar, en palmaria contradicción con la nota de restricciones aludida, que "... Por el certificado número .../5, de fecha... del corriente año, que agregó, expedido a mi solicitud por el Registro de la Propiedad, se puede comprobar: Que el bien deslindado no reconoce embargos, hipotecas, locaciones, ni otros derechos reales afectan su dominio, el cual consta inscripto a nombre de la vendedora, y no lo afectan las leyes 4564 ni 14.005, doy fe..."

A esta altura, estamos en condiciones de adelantar una primera conclusión: El Not... pese a conocer el estado jurídico del bien inmueble objeto de la escritura de la cual es autor, legitimó su otorgamiento y la autorizó, cuando en realidad de haber hecho un acabado estudio de las particularidades que afectaban al mismo, debió abstenerse de hacerla, hasta tanto se resolviera a través de los funcionarios y organismos competentes, todo lo relativo al levantamiento de la interdicción de venta, careciendo él de competencia para decretar el mismo, tal como pareciera arrogarse, de acuerdo a las afirmaciones que hizo constar en el título, de las que precedentemente hemos hecho referencia.

Actuar con veracidad, por parte del Notario, es actuar de tal modo que el instrumento que elabore refleje la verdad de lo sucedido y lo planteado por las partes, para lo cual debe agudizar sus sentidos, a fin de captarlos fielmente. En la especie, el Notario conocía la situación fáctica de los lotes interdictos de vender, en consecuencia, debió ahondar más en la ley catastral para arribar a la conclusión de cuál era el procedimiento exigido para su levantamiento; y no esperar a tener un título en esas condiciones para investigar el procedimiento a seguir.

Su conducta, en los hechos que se le imputan, se presenta a todo entendimiento como inaceptable, toda vez que es violatoria de importantes deberes que le son impuestos de manera inexcusable y que, por su condición de notario, no puede alegar ignorancia o desconocimiento. Queda demostrado en su accionar que, o no previó las ulterioridades previsibles del caso o, lo que es peor, previéndolas, no se comportó del modo esperado por el sistema notarial en su conjunto, dejando el título al margen de las protecciones que, de cumplir con sus prescripciones, le acuerda la Ley Nacional Registral 17.801. Tiene dicho este Tribunal que la falta de cumplimiento, en tiempo y forma, de los deberes propios a la calidad de Notario, afecta gravemente la credibilidad y seguridad del propio sistema, traduciéndose en un atentado contra el deber de transparencia y el principio de confianza sobre los que debe asentarse la actividad notarial toda y trascendiendo de modo defectuoso primero a los damnificados, para luego y en las personas de éstos, a la comunidad donde la misma se desarrolla.

Por todo lo expresado, también concluimos que la conducta del Not... en su aspecto ético y en los hechos que aquí lo tienen como protagonista, claramente apartada de un obrar regular, diligente, correcto, normal, no ha sido la esperada en cuanto profesional que ejerce una función dotada de singulares particularidades como es la función notarial. Su proceder no alcanzó la estatura de las circunstancias, afectando claramente el prestigio del cuerpo notarial; y la falta de cumplimiento, en tiempo y forma, de deberes que se asignan como propios a su calidad de tal, lo dejan al descubierto. Sabido es que la función del notario en el ámbito ético se desenvuelve, esencialmente, en el plano de la fe, de la transparencia, de la confianza y de la credibilidad.

Cuando un instrumento público es de los inscribibles, su ingreso en el registro respectivo constituye para el mismo la coronación del *opus* notarial a lo que todo Notario debe tender en el ejercicio de su labor profesional, honrando así la función dadora de fe, imbuida de interés público. Le asiste la razón al denunciante cuando manifiesta su angustia por no tener su título inscripto y cuando detalla las negativas consecuencias y los perjuicios que tal situación genera, como también los potenciales peligros a los que el mismo se enfrenta, hasta tanto logre una inscripción definitiva, a esta altura sólo alcanzada por lo azaroso de la prioridad directa.

El Congreso Internacional del Notariado de 2016 en las conclusiones al Tema I, "El Notario como tercero de confianza. La confianza depositada en el notario por los ciudadanos, las empresas y el Estado. Sus razones sociales, *jurídicas y económicas*", expresó que el Notario de tipo latino tiene el cuidado de los actos pre y post escriturarios, como la transcripción o la entrada de los mismos en los registros públicos.

Por otra parte, a la pregunta acerca de ¿qué espera la sociedad de un Notario en su carácter de depositario de la fe pública?, debemos contestarnos: espera la interpretación de su voluntad, a la que el notario da forma y encuadra en un molde delimitado por un marco jurídico-legal, otorgando al acto así instrumentado una seguridad jurídica inalterable. Entonces, el Escribano que no investiga, que no analiza los certificados que obtiene, que no estudia el caso y, en consecuencia, no puede inscribir, está menoscabando el prestigio del cuerpo notarial en su conjunto.

Al respecto, la Jurisprudencia ha expresado: "... La inscripción de los testimonios en el Registro de la Propiedad Inmueble es función complementaria de la que el Escribano cumple en el instrumento público de transferencia de dominio y la responsabilidad de aquél hacia sus clientes es de índole contractual...". CN Civ. Sala B 11/08/1981, "Duserre, Miguel E. y otra c/ Alemán, Enrique", JA 1982 I-498.

Asimismo, "...No puede negarse que el Notario que no inscribe tempranamente un título en el Registro de la Propiedad omite aquellas diligencias que exige la naturaleza de la obligación que asumiera y por tanto es culpable, máxime que por su carácter de profesional especializado y depositario de una importante misión social es mayor su deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas...". CN Civ. Sala B. 16/02/82. "Grinstein, David c/ Pérez, Mary M", JA 1983, II 488. En el mismo sentido, la Cámara Nacional Civil Sala B ha considerado que: "... Es responsable el Escribano por los perjuicios ocasionados al comprador de un inmueble que no pudo inscribir su título en el Registro de la Propiedad... si al extender la escritura omitió tener en consideración la totalidad de los certificados pertinentes". JA 1961-I 459.

La responsabilidad profesional de los escribanos, según el artículo 35 del decreto-ley 9020/78, surge del incumplimiento de dicha ley, del reglamento notarial o de las disposiciones pertinentes, o de los principios de la ética profesional, pero resultan también del incumplimiento de las disposiciones acerca del Registro y escrituras establecidas en el Código Civil y Comercial de la Nación.

Finalmente, del análisis de los antecedentes disciplinarios que obran en el Legajo personal del Notario..., de acuerdo al informe remitido por el Departamento de Servicios Notariales -fs. 31/105-, surge que: 1) Fue apercibido por resolución del Juzgado Notarial de fecha... de 1981; 2) Fue suspendido en el ejercicio de su profesión por el término de cinco (5) días, por resolución del Juzgado Notarial de fecha... de 1995; 3) Fue apercibido por resolución del Juzgado Notarial de fecha... de 2000; 4) Fue suspendido en el ejercicio de su profesión por el término de diez (10) días, por resolución del Juzgado Notarial de fecha... de 2002; 5) Fue suspendido en el ejercicio de su profesión por el término de treinta (30) días, por resolución del Tribunal Notarial de fecha... de 2012; 6) Fue suspendido en el ejercicio de su profesión por el término de cuarenta y cinco (45) días, por resolución del Juzgado Notarial de fecha... de 2013. Asimismo, del informe actualizado que se requirió, cuya respuesta consta a fs. 146/168, surge que, además de las sanciones oportunamente informadas, al notario se le aplicó una multa, por Resolución del Juzgado Notarial del... de 2016 y una suspensión por el término de sesenta (60) días, por Resolución de este Tribunal Notarial del... de 2017, la que se encuentra cumpliendo desde el... y hasta el... del corriente año, ambos inclusive.

Observamos que algunas de las sanciones que le fueron aplicadas lo fueron por el mismo motivo que nos ocupa, esto es, no inscribir, o no hacerlo en su debido tiempo, por lo que los fundamentos vertidos en la presente no representan ninguna novedad para el Notario, a quien por otra parte, las sanciones recibidas

no han producido ningún cambio en su conducta, todo lo cual no puede considerarse sino como un agravante.

POR ELLO, y en uso de sus atribuciones, conferidas por los arts. 38, 41 inc. 1), art. 65 y concordantes del Dec-Ley 9020/78,

EL TRIBUNAL NOTARIAL DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES

RESUELVE

I.- SUSPENDER en el ejercicio de la profesión por el término de OCHENTA (80) días al notario..., Colegiado N°..., Titular del Registro de Escrituras Públicas N°... del Partido de..., lapso durante el cual deberá abstenerse de autorizar acto protocolar o extraprotocolar alguno (art. 65 inc. 2 Dec.-Ley 9020/78), con más las accesorias establecidas en el art. 66 del citado Decreto- Ley.

II.- Notificar al Notario... la presente Resolución con copia de la misma, haciéndole saber que, una vez firme, el Tribunal dispondrá la fecha de cumplimiento de la sanción, la que le será debidamente notificada (arts. 49 Dec.-Ley 9020/78, 27 Dec. 3887/98 y Resol. N° 13 T.N. del 11/X/02).

III.- Sin perjuicio de las demás responsabilidades que pudieran afectar al profesional sancionado, una vez firme, deberá comunicarse la presente Resolución al Juzgado Notarial con copia (art. 42 inciso 4 y conc. del citado Dec.-Ley), al Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, con copia, a fin de dar cumplimiento a la publicación legal pertinente (Ley 11.809) y al Ministerio de Justicia de la Provincia de Buenos Aires.

IV.- Archivar copia de la presente en el Libro de Resoluciones del Tribunal Notarial.

Firmas: Nots. Víctor Adrián Stankievich. Presidente - Rosa América Ciancio - Stella Maris Perdriel - Ana María Molina Portela - Mónica Alcira Rivero de Navas - TRIBUNAL NOTARIAL

SENTENCIA DE LA EXCMA. CÁMARA SEGUNDA DE APELACIÓN CIVIL Y COMERCIAL DE LA PLATA

Provincia de Buenos Aires
Poder Judicial

En la ciudad de La Plata, a los... días del mes de... de dos mil dieciocho, reunidos en acuerdo ordinario la señora Juez vocal de la Sala Segunda de la Excma. Cámara Segunda de Apelación, doctora Silvia Patricia Bermejo, y el señor Presidente del Tribunal, doctor Francisco Agustín Hankovits, por integración de la misma (art. 36 de la Ley 5827), para dictar sentencia en la Causa..., caratulada: "P.. INTERPONE DENUNCIA C/ NOT... TIT REG N°... DE... S/ PRESUNTA FALTA DE ÉTICA", se procedió a practicar el sorteo que prescriben los arts. 168 de la Constitución Provincial 263 y 266 del Código Procesal Civil y Comercial, resultando del mismo que debía votar en primer término la doctora Bermejo.

La Excma. Cámara resolvió plantear las siguientes cuestiones:

1a. ¿Es justa la sentencia apelada de fs. 172/177?

2a. ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA LA SEÑORA JUEZ DOCTORA BERMEJO DIJO:

I. El Tribunal Notarial suspendió por el término de ochenta días al Notario..., Colegiado..., Titular del Registro de Escrituras Públicas N°... del Partido de... Ordena que, durante ese lapso, deberá abstenerse de autorizar acto protocolar o extraprotocolar alguno, con más las accesorias establecidas en el artículo 66 del decreto-ley 9020/78 (fs. 172/177).

II. Contra ese pronunciamiento, el nombrado escribano planteó revocatoria con apelación en subsidio (fs. 180 y vta.). Rechazada la primera, se concedió la segunda (fs. 181). Luego se llamó autos para sentencia (fs. 184).

III. Consiste el ataque en que la sanción no se correlaciona con la falta de ética imputada. Opina que, antes de tomar este tipo de resoluciones, el Tribunal debió escucharlo para poder dar la versión de los hechos en forma presencial. Asimismo, pide que se verifique que el mismo abogado es el patrocinador de las denuncias, lo que demuestra un problema personal existente con el mismo.

IV. Como es sabido, el Tribunal Notarial es un órgano colegiado, inserto en la órbita del Colegio de Escribanos, cuya función primordial consiste en juzgar a sus profesionales por las faltas de ética en el ejercicio de sus funciones.

Según el artículo 41 de la ley orgánica, compete a este cuerpo disciplinario, entender en las causas relativas a faltas de ética y en las que afecten la dignidad de la investidura o el prestigio del notario (Perrino Pablo, "Responsabilidad disciplinaria de los escribanos", pág. 19; esta Sala 116.950, sent. del 25-2-2014, RSD 20/14).

La apelación que ahora se aborda se refiere a las actuaciones identificadas como 31/16, iniciadas por la denuncia del señor P..., en virtud de haber comprado un bien inmueble, operación que se formalizó por medio de escritura pública..., autorizada por ante el Notario cuestionado, de fecha... de 2011, si bien ese instrumento no se presentó para su inscripción en el Registro de la Propiedad Inmueble (fs. 1/7 vta.).

Sustanciado con el Escribano (v. fs. 106), éste brindó explicaciones y solicitó prórroga para concretar la inscripción, en tanto debía antes intervenir el Agrimensor (fs. 107), lo que el Tribunal Notarial admitió por 30 días (fs. 109). Con posterioridad, requirió una nueva prórroga por 45 días (fs. 112), la que se concedió por 30 días (fs. 113). Luego, el mismo Tribunal Notarial ofició al Registro a los fines de saber si se había logrado la inscripción de la escritura (fs. 116). De la respuesta del Registro (fs. 120/141 vta.) se le dio traslado al Notario (fs. 142), el cual se notificó (fs. 144), sin obrar en el expediente ninguna contestación. Se llamó autos para resolver (fs. 169), de lo que se notificó al Escribano (fs. 171).

V. Tal como fuera puntualizado por el Tribunal que dictó la resolución recurrida; la materia que es abordada en el proceso disciplinario está constituida por las faltas de ética y el examen de las conductas que afectan la dignidad de la investidura o el prestigio del notariado.

En tal virtud, interesa consignar que los argumentos dados, en modo alguno constituyen demostración de no haber tenido lugar la falta reseñada, sino que en este caso, el Escribano la ha reconocido (fs. 180 y vta.).

En cuanto a la petición del denunciado dirigida al Tribunal Notarial sobre que debieron de haberlo escuchado personalmente; no es motivo para revocar la decisión. Si bien así pudo haberlo solicitado en su momento y en forma oportuna al órgano, en verdad se aprecia que lo relevante es que el apelante tuvo oportunidad de realizar sus descargos durante la sustanciación del expediente, por lo que no puede apreciarse vulnerado su derecho de defensa en juicio. Más

allá que esa opción la tuviera en forma escrita y no oral, pudo hacer su descargo y dar explicaciones. Incluso, así lo hizo a fs. 108 y 112, y en ambos casos el Tribunal otorgó la prórroga solicitada por las razones ofrecidas.

La falta de inscripción en tiempo y forma de la escritura referida la que a la fecha del informe del Registro de la Propiedad solicitado el... de 2017 (fs. 116) aún no se había concretado, trae aparejado un peligro latente para el interesado, en vista a las posibles consecuencias de esa situación irregular.

Por otro lado, tal como se refiere en el pronunciamiento del Tribunal Notarial, en el Legajo del Notario..., según informó el Departamento de Servicios Notariales, constan como antecedentes disciplinarios: 1) Apercibimiento por resolución del Juzgado Notarial de fecha... de 1981; 2) Suspensión en el ejercicio de su profesión por cinco días, por decisión del Juzgado Notarial del... de 1995; 3) Apercibimiento por resolución del Juzgado Notarial del... de 2000; 4) Suspensión en el ejercicio profesional por diez días, por resolución del Juzgado Notarial del... de 2002; 5) Suspensión en el ejercicio profesional por treinta días, por resolución del Juzgado Notarial de fecha... de 2012; 6) Suspensión en el ejercicio profesional por cuarenta y cinco días, por resolución del Juzgado Notarial de fecha... de 2013 (fs. 31/105). Incluso, luego de lo informado se le aplicó una multa, por Resolución del Juzgado Notarial del... de 2016 y una suspensión por el término de sesenta días, por disposición de este Tribunal Notarial del... de 2017, la que cumplió desde el... y hasta el... de ese año (fs. 146/168).

Cuando el Tribunal Notarial interviene y aplica una sanción basta la configuración de las faltas relacionadas con la lesión a la confianza pública, para esa imposición. Es en el acto de afectación de la comunidad que descansa sobre estos funcionarios verdaderos custodios de los objetivos de certeza y seguridad, cuya realización les ha encomendado el derecho objetivo, donde debe buscarse el daño cometido (esta Sala, causa 112065, RSD 1-10, sent. del 22-20-10).

La gravedad de esta transgresión se encuentra en relación directa con la finalidad perseguida por la ley al establecer que las escrituras inscriptas dentro del plazo de 45 días se considerarán registradas a la fecha de su instrumentación (art. 5 Ley 17.801). Ello les confiere la seguridad que ninguna medida ni modificación afectará los derechos que el acto proyecta sobre el bien y le otorga la condición de oponibilidad hacia terceros desde su fecha. El transcurso del lapso indicado sin que tenga lugar la exigida publicidad (artículos 2 ley cit. y 2505 del Código Civil, aplicable al caso en virtud del tiempo de ocurrencia del hecho; arts. 3 CC y 7, CCyC); emplaza al acto en una situación

precaria pues la adquisición de los derechos sobre el bien no se consuma y, a la par, posibilita que éste sea objeto de las acciones de terceros que pueden invocar mejores derechos sobre el mismo (esta Sala, causa 116.950, ya cit.).

Cualquier anómala situación, aún sin haberse producido perjuicios en forma directa a las partes, no desplaza el daño provocado al lesionar los valores de la comunidad. La ausencia de detrimento concreto a los particulares, no quita gravedad a la falta. Si la ley obliga al particular a requerir la intervención del escribano para algunos actos, poniendo en sus manos, como portador de la fe pública, la realización y consecuente operatividad de ciertos instrumentos que cuentan con las seguridades legalmente consagradas, cuando aquél incumple su deber, el particular queda desprotegido y la confiabilidad de todo el sistema se resiente.

El desempeño del escribano debe juzgarse a la luz de la preceptiva disciplinaria que emana de la ley notarial y de sus reglamentos, me refiero al arreglo de su conducta con los deberes formales que aquéllos imponen, de consuno con su interpretación finalista y los objetivos superiores tenidos en mira al ocuparse del quehacer notarial (esta Sala, causa 112302, RSD 22/2011, sent. del 1-3-2011).

Las formalidades organizadas por el ordenamiento normativo que rige esta actividad se encaminan a otorgar la máxima certeza y seguridad a toda actuación que tenga lugar dentro de tal esfera, por lo cual, cualquier afectación a la confianza que la comunidad hace descansar sobre estos funcionarios, constituye una lesión inferida a la fe pública y como tal debe ser sancionada (art. 35 inc. 9 y 13 Dec. Ley 9020178, esta Sala, causas 103.974, sent. del 31-10-2008, RSD 185/08; 110.024, sent. del 5-8-2010, RSD 101/2010).

Como ha dicho nuestra Suprema Corte Provincial “Puesto que la facultad que se atribuye a los escribanos de dar fe a los actos que celebren conforme a las leyes, constituye una concesión del Estado acordada a los notarios con registro, es obvio que la reglamentación a que puede someterse, el ejercicio de esta profesión ofrece un aspecto esencial; pudiendo revocarse aquel atributo cuando la conducta del escribano se aparta de los parámetros que la ley establece para tutelar el interés público comprometido” (SCBA, causa 85670, sent. del 10-IX-2008).

Es indudable que la irregularidad señalada por el Tribunal ha tenido lugar y ello conduce a entender que el profesional ha actuado con falta de diligencia y, en cierta manera, aun descartando la intencionalidad, con desconocimiento de algunas normas básicas del quehacer notarial como en el pronunciamiento atacado se plasmó.

Como ya se dijo, el bien tutelado por la legislación que rige la conducta de los escribanos, es la propia fe pública. El deber primero de los mismos es el resguardo de tal valor, pues no representa otra cosa que la misma razón de ser de la función que ejerce que, de lo contrario, carecería de contenido (esta Sala, causa 115040, RSD 107/12, sent. del 12-7-2012).

La suspensión impuesta no resulta infundada y se justifica en la necesidad de tutelar el superior bien público comprometido, recordando, una vez más, que en el ordenamiento de la materia existen previstas sanciones de mayor envergadura que la estimada, que llegan hasta la destitución del cargo, para los supuestos que señala (art. 64 incs. 3 y 4, decreto ley citado).

VI- Otra de las críticas del apelante es que la sanción es desmedida. Con respecto a este alegado exceso, aprecio que el término fijado por la sentencia (ochenta días), en este caso especial, merece ser reducido por las consideraciones que pasaré a explicar.

Es una regla que las sanciones deben guardar proporcionalidad con la falta y si bien la norma de aplicación prevé que la pena de suspensión puede alcanzar, según los casos, hasta dos años de duración, no por ello se justifica no graduarla en vista a la falta cometida y a los antecedentes, en especial por los efectos irreversibles del tiempo en el cierre temporal de la fuente de trabajo.

Como ya se afirmó en otros precedentes, la valoración y calificación de los hechos configuradores de la falta, así como la determinación de la sanción a aplicar, constituyen una facultad de tipo discrecional de los órganos de control. Y en tanto en esta instancia puede observarse si ellas guardan relación o si es desproporcionada o arbitraria -lo que así se opina por el recurrente-, en verdad, así lo encuentro.

Según surge del expediente, el Notario... es Titular del Registro de Escrituras Públicas N°... del Partido de..., desde el... de 1966, es decir, desde hace casi cincuenta y un años. Por cada falta que ha cometido se le ha impuesto una sanción que ha cumplido y si bien las mismas caben ser observadas para la fijación de las siguientes, aprecio que las ocho sanciones obrantes en su legajo y referidas en este voto, dos fueron apercibimiento, una multa y cinco suspensiones; de estas últimas, la primera fue de cinco días, la segunda de diez días, la tercera de treinta, la cuarta de cuarenta y la quinta de sesenta. Por ello, que la actual sea de ochenta días, en vista a la cantidad de años en los cuales el escribano se ha desempeñado y que no todas las sanciones han sido de suspensión, torna excesivo los ochenta días. Por consiguiente; postulo a mi colega que la sanción se reduzca a setenta días de suspensión (arts. 35 inc. 7, 65 inc. 2, de la Ley Notarial 9020/78 to.).

VII- Las razones vertidas me conducen a propiciar hacer lugar a la apelación en lo atinente a la reducción de la sanción, la que propongo a mi distinguido colega sea de setenta días de suspensión (arts. 35 inc. 7, 38, 40 y 64 inc. 3, 65 inc. 2, de la Ley Notarial 9020/78 t.o.) y confirmar lo decidido en todo lo restante que ha sido materia de recurso y agravio.

Voto, por la NEGATIVA.

El Señor Presidente doctor Hankovits, por los mismos fundamentos, votó en igual sentido.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA LA SEÑORA JUEZ DOCTORA BERMEJO DIJO:

En atención al acuerdo alcanzado al tratar la cuestión anterior corresponde hacer lugar a la apelación en lo atinente a la reducción de la sanción, la que corresponde sea de setenta días de suspensión (arts. 35 inc. 7, 38, 40 y 64 inc. 3, 65 inc. 2, de la Ley Notarial 9020/78 t.o.) y confirmar lo decidido en todo lo restante que ha sido materia de recurso y agravios.

ASÍ LO VOTO.

El Señor Presidente doctor Hankovits por los mismos fundamentos, votó en igual sentido.

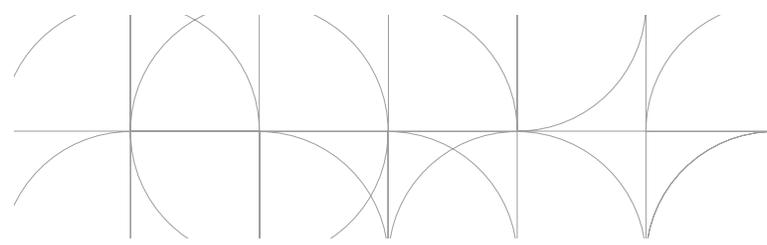
CON LO QUE TERMINÓ EL ACUERDO, dictándose la siguiente:

SENTENCIA

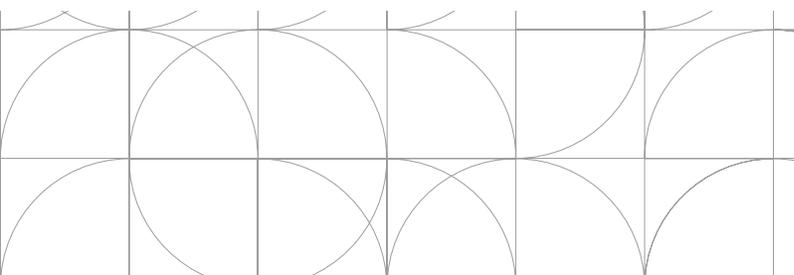
POR ELLO, y demás fundamentos del acuerdo que antecede se hace lugar a la apelación en lo atinente a la reducción de la sanción, la que se establece en setenta días de suspensión (arts. 35 inc. 7, 38, 40 y 64 inc. 3, 65 inc. 2, de la Ley Notarial 9020/78 t.o.) se confirma la sentencia de fs. 172/177 en todo lo restante que ha sido materia de recurso y agravios.

REGÍSTRESE. NOTIFÍQUESE. DEVUÉLVASE.

Fdo. Silvia Patricia Bermejo, Juez; Cámara Segunda de Apelación Civil y Comercial de La Plata; Francisco Agustín Hankovits, Presidente Cámara Segunda de Apelación Civil y Comercial de La Plata; Luis Alberto Maimone, Secretario.



INFORMACIONES



XXXII ENCUENTRO
DEL COMITÉ
LATINOAMERICANO
DE CONSULTA
REGISTRAL

Guayaquil, Ecuador
8 al 12 de abril de 2019

ACTA DE GUAYAQUIL

En la ciudad de Guayaquil, República del Ecuador, a ocho días del mes de abril del año dos mil diecinueve se reúnen los registradores y miembros que firman al pie de la presente, quienes representan a los siguientes países: ARGENTINA, BOLIVIA, BRASIL, CHILE, COLOMBIA, COSTA RICA, CUBA, DOMINICANA, ECUADOR, EL SALVADOR, GUATEMALA, NICARAGUA, PANAMÁ, PARAGUAY, PERÚ, URUGUAY y como invitado permanente ESPAÑA. El XXXII Encuentro que se lleva a cabo en la ciudad de Guayaquil convocado por el COMITÉ ORGANIZADOR, de conformidad con lo resuelto en el XXXI Encuentro celebrado en la ciudad de San Salvador, República de El Salvador y para abordar el tratamiento de los temas oportunamente dispuestos, de conformidad con el

desarrollo establecido por las autoridades organizadoras. Tal como estaba previsto a partir de las 7,00 hs. del día 8 de abril de 2019, comenzó la actividad que se concentró en registrar la inscripción, recibir los trabajos presentados y posteriormente a las 9,00 hs. se realizó el ACTO INAUGURAL. La mesa de honor dispuesta, integrada de la siguiente manera: la secretaria del Consejo Cantonal de Guayaquil, Ab. Martha Herrera, el Sr. Registrador Municipal de la Propiedad de Guayaquil, Dr. Ivole Zurita Zambrano, el Secretario Coordinador del Comité Latinoamericano de Consulta Registral, Dr. Alberto F. Ruiz de Erenchun, el Gerente General del Registro de la Propiedad de Guayaquil, Mgs. Daniel Veintimilla y del integrante de secretaría del Comité Latinoamericano de Consulta Registral, Dr. Rodolfo Carol Lugones. Para abrir el acto aludido se escucharon palabras alusivas, de recepción y bienvenida, del señor Registrador Municipal de la Propiedad de Guayaquil, Dr. Ivole Zurita Zambrano, del Secretario Coordinador del Comité Latinoamericano de Consulta Registral, Dr. Alberto F. Ruiz de Erenchun para destacar el marco y la importancia del Ecuador como país organizador y los valores culturales y de distinto orden que poseen; la secretaria del Consejo Cantonal de Guayaquil, Ab. Martha Herrera, quien cerró su intervención dando la bienvenida a las delegaciones extranjeras y declaró formalmente iniciadas las deliberaciones. Acto seguido y siendo las 11,00 hs., se dio inicio a la primera reunión de trabajo y se comenzó el tratamiento del TEMA I: PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD Y DE PUBLICIDAD REGISTRAL: La Seguridad Jurídica como principio y garantía constitucional: Protección de la propiedad. Registro jurídico, componente necesario para la publicidad jurídica de los derechos. La Publicidad Registral como vehículo y medio de seguridad en las transacciones y circulación de todos los bienes con contenido patrimonial. La inscripción o asiento registral como expresión del contenido del Registro. La pérdida del dominio como efecto de cancelación de la inscripción. Casos establecidos legalmente. El fraude inmobiliario. Vías de prevención y reparación en cada país. Con relación al cual fueron presentados los siguientes trabajos: 1. "Fortalecimiento de la seguridad registral inmobiliaria" por Didier Salazar Vallejos de Costa Rica en PP, 2. "Naturaleza y alcance de la función calificadora. Sentencia Sala Contenciosa Administrativa" por Rene Alfonso Padilla Velasco de El Salvador en PP, 3. "Principio de especialidad como protección del derecho a la propiedad en Ecuador" por Vilma Barba del Ecuador en PP, 4. "La seguridad jurídica como principio y garantía constitucional: sistema registral en la República Dominicana" por Wilson Gómez, de República Dominicana en PP, 5. "Principio de legalidad jurídica" por Eduardo Caicedo Escobar, de Colombia, 6. " Publicidad registral en Cuba" por Graciela Torres Samper de Cuba, 7. "Pérdida de dominio", "La seguridad jurídica como principio y garantía constitucional: tres cuestiones registrales"

y “ Procedimiento administrativo registral. Supresión del asiento viciado” por Alberto Ruiz de Erenchun de Argentina. De conformidad con lo acordado se escucharon los aportes enunciados precedentemente presentados la mayoría en power point, con el desarrollo que cada uno comprendió. Concluidos, en el diálogo e intercambio, se destacó por su interés el carácter inexcusable del principio de especialidad, la importancia que tiene como vínculo en la actividad registral establecido desde el origen histórico más remoto. Se trató también el desarrollo de la problemática registral de la pérdida de dominio y su regulación en los países que la poseen. La trascendencia de las inscripciones revestidas de legalidad y protección por parte del Estado. Asimismo, las distintas medidas que se implementan para erradicar y combatir las inscripciones registrales sin legalidad suficiente. Las formas de saneamiento de las inexactitudes registrales provenientes de asientos viciados en Costa Rica. Se describió también el procedimiento por medio de un Alerta Registral. También acerca del particular sistema para asientos registrales viciados que impera en Dominicana, (con base en el Sistema Torrens), con fuerte fe pública por ser constitutivo con presunción de exactitud, funcionando precisamente como excepciones del sistema, el fraude y el error material. Asimismo sobre el particular, el tratamiento registral de estos casos en Colombia, El Salvador y el Ecuador, todo ello en un animado intercambio entre todos los países asistentes, que evidenció el interés del tratamiento de todos estos temas, para conocer las particularidades de cada uno de ellos en cada país. Finalizada la jornada se pasó a un cuarto intermedio hasta el día 9 de abril de 2019 donde por la mañana se efectuó una visita guiada en la Empresa Pública Municipal Registro de la Propiedad de Guayaquil (EPMRPG), que abarcó las distintas oficinas registrales y se entregaron placas conmemorativas del Encuentro a la Alcaldía de Guayaquil y al Registro de Guayaquil. A continuación se prosiguió con el temario abordando el TEMA II: REGISTRO DE LA PROPIEDAD. MODERNIZACIÓN Y SEGURIDAD. El Registro de la Propiedad del siglo XXI. Sus servicios para los poderes públicos y el ciudadano particular. Modernización técnica del Registro: en sus medios. En sus procedimientos. En su relación con todo tipo de usuario (público y privado). Folio electrónico (como soporte del servicio). Firma digital, firma electrónica. Documento electrónico inscribible. Experiencias en cada país. Introducción progresiva o sin escalamiento: de los cambios que involucra la adopción de nuevas tecnologías informáticas como medios del servicio. Niveles de seguridad de la información y respaldo de los asientos registrales. Avances alcanzados en cada país con el medio electrónico en los procedimientos de: presentación, calificación, inscripción y publicidad. Avisos, alertas y demás medidas en resguardo de los derechos inscriptos (servicio para el titular del derecho

inscripto). Publicidad registral y consultas en línea. Servicios disponibles. Niveles de seguridad. Recepción y prestación del servicio al Poder Judicial respecto de: sentencias y resoluciones, informes y demás que requiere ese servicio de justicia. Experiencias en cada país. Capacitación del Registrador para la prestación del servicio mediante la herramienta informática (Escuela Virtual. Posibles acciones a distancia, continuación del proyecto). Resguardo de los "Antecedentes del Registro". Archivos, conservación y actualización respecto de toda inscripción o procedimiento efectuado. Metodología y experiencias. Garantía de su reproducibilidad futura. Coordinación Registro/Catastro. Con el medio informático. Experiencias existentes, estado en cada país. Normas medio ambientales, competencia catastral, su manifestación en el documento inscribible. Al respecto fueron presentados los siguientes trabajos: 1. "Modernización y seguridad" por Rocío Abril de Vidal de Panamá en PP, 2. "Avances en Brasil sobre Catastro y Registro" por José de Arimateia Barboza del Brasil; 3. "Modernización técnica del Registro" aporte de la Dirección General de Registros del Uruguay; 4. "Evolución tecnológica del Registro de la Propiedad de Guayaquil. Interconexión Catastro-Registro. Nuevos proyectos" por Ángel Borbor Méndez de Ecuador en PP; 5. "Sistema del registro electrónico de mandamientos" por Adela Corrales Calderón de Costa Rica en PP, 6. "Avances tecnológicos en el registro del Cantón de Ibarra" por Patricio Rosas Fuentes de Ecuador en PP, 7. "Del fast food y los smart contracts para el conejo blanco de Alicia (... y los sistemas registrales)" por Sergio Saavedra Morales de España en PP, 8. "Implementación del modelo de gestión integrado Catastro-Registro, en el Registro Público de la Propiedad Inmueble de Esteli" por Maura Lylha Montoya Moreno, de Nicaragua en PP, 9. "Registro electrónico" por Natasha Casanovas Madicu de España, en PP; 10. "Sistema único de gestión de información registral (SUGIR)" por Lenin Tapia Acosta del Ecuador, en PP, 11. "Modernización del Registro de la Provincia de Córdoba", por Alejandro Vega de Argentina en PP, 12. "Modernización Técnica del Registro" y "Coordinación Registro Catastro" por Eduardo Caicedo Escobar de Colombia; 13. " Futuro de los archivos registrales. Los medios electrónicos. Importancia de la guarda y fidelidad de esos antecedentes" por Alberto Federico Ruiz de Erenchun, de Argentina en Word. Abierto el tratamiento del tema los asistentes expusieron los trabajos mencionados en power point en los casos que se indican, y las exposiciones de los demás autores, e igualmente tomaron intervención los registradores de los países asistentes, en el diálogo abierto al efecto. Ello dio lugar que los exponentes de los trabajos de diferentes países explicitaran los planes de modernización y su estado a la fecha, de cada uno. Se efectuó un pormenorizado análisis sobre la modernización de los registros en Panamá, Cuba, Ecuador, Costa Rica,

Nicaragua, Argentina (Córdoba), etc. Se evidencia que de las exposiciones e intercambios efectuados, se continúan las acciones destinadas a la modernización con medios electrónicos, según el grado de avance en las distintas cuestiones registrales que requiere cada país. La modernización de los registros hizo ver que la misma comprende no solo los medios técnicos, sino también las reformas legales y estructurales que demanda el servicio y la importancia que implica en la seguridad jurídica. Dicha modernización debe ser progresiva y con escalamientos, existiendo preocupación por el resguardo de los “antecedentes del Registro”, y “guarda” de los archivos de conservación. La necesidad de procesos de capacitación de manera permanente que comprendan no solo a los registradores, sino, a lo demás actores de las profesiones directamente vinculadas al servicio e inclusive extenderlo a quienes desde el Poder Judicial, intervengan emitiendo documentos inscribibles (mandatos, etc.). Durante el día 10 se realizó una visita de integración a la zona costera de Guayaquil. Finalizada la jornada se pasó a un cuarto intermedio hasta el día 11 de abril de 2019 donde en horas de la mañana se procedió a continuar con el temario abordando el Tema III. FOLIO REAL: El folio real de nuevas figuras que se registran: tratamiento de planes de regularización en la ocupación del suelo: interés social de esa regularización. Casos de asentamientos urbanos, comunidades. Territorios indígenas u otros análogos. Tratamiento en cada país. Modalidades existentes (los derechos proindivisos, condominios, lotificaciones, etc.). Documento inscribible de esas figuras. Régimen de la propiedad horizontal: tratamiento “registral” del documento que contiene “departamento en construcción”. La hipoteca: en la etapa de construcción. Modalidades. Nacimiento del estado jurídico en propiedad horizontal. El reglamento de copropiedad y administración y sus modificaciones. Unificaciones anexionaciones o fraccionamientos de inmuebles antes y después de la existencia de la afectación al régimen de la propiedad horizontal. Necesaria base legal municipal y catastral. Importancia de la seguridad jurídica del régimen (en su nacimiento inscripción registral y publicidad consecuente). Se recibieron los siguientes trabajos: 1. “Régimen jurídico de la multipropiedad en Brasil y sus procedimientos registrales. La naturaleza jurídica del servicio notarial registral”, por Joao Pedro Lamana Paiva y Decio Antonio Erpen del Brasil; en PP; 2. “Administración de justicia indígena y resoluciones que se deben inscribir en el Registro de la Propiedad” por Aníbal Alberto Puga Peña de Ecuador, 3. “Formalización y saneamiento de la propiedad rural” por Eduardo Caicedo Escobar de Colombia, en PP; 4. “Informalidad urbana: barrios populares y asentamientos poblacionales precarios” por Sebastián Sabene de Argentina; en PP, 5. “La ocupación del suelo y el derecho de propiedad de los extranjeros en las zonas de frontera. Caso

peruano” por Dina Doris Prescott Costa del Perú en PP; 6. “Régimen de la propiedad horizontal. El Registro de la Propiedad y el departamento en construcción” por Daniel Santiago Ramos Miraballes del Uruguay, en PP; 7. “Régimen de propiedad en comunidad de bienes y el tratamiento registral a la indivisión” por Maura Lylha Montoya Moreno de Nicaragua en PP, 8. “Principales problemas en la constitución del régimen de propiedad exclusiva y común en el ordenamiento jurídico peruano” por Maritha Elena Escobar Lino del Perú, en PP y 9. “Propiedad horizontal. Unidad a construir” por Alberto Federico Ruiz de Erenchun de Argentina, en Word. Abierto el tratamiento registral del tema se dirigió la atención al régimen de la propiedad horizontal, emprendimientos inmobiliarios, tratamiento del documento que contiene unidad en construcción y cuestiones vinculadas. Presentó el registrador de Brasil, la nueva legislación y las especies de dominio a las que se le aplica ese régimen. Se destacó en la exposición dentro de los nuevos derechos reales la “Multipropiedad” y otros en el régimen jurídico de la República del Brasil. Desde Argentina se explicitó el estado legislativo actual para el tratamiento del departamento en construcción, tanto en el edificio construido o en el a construir, con sus diferentes variantes, la novedad legislativa sobre el particular, en el ámbito de CABA. Las particularidades de la Ley 27.453 nuevo régimen legal respecto a barrios populares y la necesidad de definir un derecho real especial para estos casos. Desde otros países, las soluciones que brindan para la implementación de los “Planes de Regularización de la Tierra” e igualmente, las bondades que ofrecen esas soluciones. El tratamiento registral en folios reales adecuados; cuestiones que dieron lugar a un intercambio, que por la expectativa de esas nuevas figuras frente a las realidades conurbanas de muchas de nuestras naciones, determinó el marcado interés por continuar en los próximos encuentros con el tratamiento de esta realidad y su incidencia en la labor de inscripción y publicidad. Los diferentes aspectos que regulan las llamadas zonas de seguridad o de frontera. Desde Perú y abriendo diálogos de intercambio con los demás países. El registrador de Dominicana planteó el particular caso producido en su país, mediante procedimientos periodísticos y judiciales que implícitamente aluden en forma equívoca al procedimiento registral. El problema de las llamadas comunidades y comunidades de bienes indivisos en Nicaragua, Dominicana y Guatemala. A continuación se pasó a tratar: IV. OTROS REGISTROS: Registro de Personas Humanas: nuevas legislaciones en la materia, repercusión en los otros registros. Emplazamiento registral de la filiación. Cambio de género o identidad. Publicidad y derecho a la intimidad. La reproducción humana asistida. Registro de la Propiedad Automotor: necesidad de su existencia. Regímenes existentes y países que lo emplean. Vinculación. Registro de Naves y Aeronaves. Registro

de Actos de Última Voluntad. El contrato de fideicomiso. Necesario registro. Tratamiento. Registro mercantil: Registro de la Propiedad Intelectual. Organización y régimen en cada país. Al respecto se recibieron los siguientes trabajos: 1. "Alteración del nombre y sexo en el Registro Civil", "Rectificación del género en los oficios, sin cirugía de reasignación sexual: beneficios a la población transgénero y papel social de los registros" por Airene José Amaral de Paiva, Ana Beatriz Nunes Paiva Amaral y por Daniela Silva Mroz del Brasil, en PP; 2. "La inscripción de las comunidades nativas y sus representantes en el Registro de Personas Jurídicas de la Sunarp. Una propuesta de simplificación desde el Convenio 169 y la justicia de paz" por Blas Humberto Ríos Gil del Perú en PP; 3. "Registro del Automotor en el Paraguay" por Julia Cardozo de Benítez del Paraguay, en PP; 4. "El tema particular de la registración del contrato de fideicomiso en el Registro Público", 5. "Sociedad por Acciones Simplificadas" ambos por Pilar María Rodríguez Acquarone de Argentina, en PP; 6. "Registro de Transparencia y Beneficiarios finales" por Rubidia Sandoval Rodríguez de Costa Rica, en PP; 7. "Los registros de actos de última voluntad en el régimen jurídico argentino" por Sebastián Sabene de Argentina, en PP; 8. "Control de legalidad de las órdenes judiciales" por Cesar Moya del Ecuador; 9. "Ley de identidad de género. Cambio registral de partida de nacimiento y el DNI según el género autopercebido" por Mariana Manso y María Eugenia Céspedes, de Argentina. Escuchados los aportes con manifiesto interés de dialogar e intercambiar respecto del estado de las cuestiones registrales en cada país: la registración del contrato de fideicomiso en los registros públicos de Argentina y desde allí se escuchó una muy precisa exposición sobre las sociedades por acciones simplificadas (SAS) en Argentina, su forma de constitución, instrumentación, posterior registración y problemática que acarrea. El funcionamiento de los registros de actos de última voluntad y su funcionamiento e importancia para el buen proceso sucesorio. La identidad de género y su tratamiento en el Brasil, sus efectos y demás aspectos derivados que trae consigo, con la intervención de tres especialistas en la materia, tema que motivo el interés de los asistentes. Paraguay expuso sobre su Registro Automotor y su vinculación con el MERCOSUR, lo que abrió el tratamiento en los demás países. Costa Rica sobre los registros de transparencia y beneficiarios finales. Desde Perú sobre la inscripción de las comunidades nativas y sus representantes. Lo cual abrió un intercambio de marcado interés, entre todos los países asistentes. A partir del Ecuador se abrió el tratamiento de la orden judicial errónea, su calificación y demás problemática. DEMÁS ACTIVIDADES: El día 9 de abril se procedió a la entrega a las autoridades del Encuentro, de una copia de la certificación ISO 9001:2015 otorgada al Registro de la Propiedad del Cantón Ibarra. Continuan-

INFORMACIONES

do con lo ya efectuado en encuentros anteriores, se entrega a cada participante un pen drive con todos los trabajos presentados y enunciados precedentemente, las diferentes páginas web que cada uno de los países asistentes tiene en aplicación y mediante las cuales se puede acceder a todos los detalles de los servicios web disponibles en ellas, y la información de cada uno con la amplitud y dinámica que precisamente este medio permite. Ellas son: Colegio de Registradores Mercantiles de España www.registradores.org, el Registro de la Propiedad Inmueble de la Capital Federal de la República Argentina, www.dnrpi.jus.gov.ar, Registro de la Propiedad de la Provincia de Buenos Aires, Argentina, www.rpba.gov.ar, Registro de la Propiedad Automotor de la República Argentina: www.dnrpa.gov.ar; Brasil: www.lamanapaiva.com.br y www.cartorioruibarbosa.com.br; México: www.economia.gob.mx, y la del Registro del Distrito Federal www.consejeria.df.gob.mx, www.tamaulipas.gob.mx; Costa Rica: www.rnpdigital.com; Ecuador: www.datospublicos.gob.ec, El Salvador: www.cnr.gob.sv; Guatemala: www.rgp.org.gt; Firma Electrónica: www.rpsc.gob.gt; República Dominicana www.ji.gov.do; Panamá: www.registro-publico.gob.pa; Perú: www.sunarp.gob.pe y Paraguay: www.pj.gov.py link DGRP; Uruguay: www.dgr.gub.uy; Costa Rica: www.tra.go.cr; www.registradores.org; Córdoba: www.sir-aut.cba.gov.ar; Brasil: www.registrocivil.org.br; www.anoregmt.org.br; Nicaragua: www.poderjudicial.gob.ni; Colombia: redes sociales Colegio de Registradores de España: Facebook: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles, Twitter: @registrator_es Google: Colegio de Registradores, LinkedIn: Colegio de Registradores de España. El facebook del Comité Latinoamericano de Consulta Registral www.facebook/encuentrodeldelcomité, Instagram: encuentrodeldelcomite y Twitter: @ecl_registrador; Cuba: www.minjus.gob.cu; Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas CABA: www.buenosaires.gob.ar/registrocivil; Pcia Bs. As.: www.gba.gob.ar/registrodelaspersonas; Consejo General del Notariado de España www.notariado.org, www.gba.gob.ar/dppj y Mercantil www.jus.gob.ar/igj; Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, www.colescba.org.ar.

TEMAS PARA EL PRÓXIMO ENCUENTRO: TEMA I: PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y PUBLICIDAD REGISTRAL. Reflejo del principio de legalidad en la situación jurídica registral. La inscripción de documentos de distinto origen (notarial, judicial y administrativo). Aplicación de los nuevos medios para su tratamiento. TEMA II: REGISTRO DE LA PROPIEDAD. MODERNIZACIÓN: SEGURIDAD: Técnicas de registración. Avances logrados en cada país. Niveles de seguridad en la labor de inscripción y archivo. Los nuevos y los ya existentes. Firma digital, electrónica y folio electrónico. Capacitación del registrador y profesiones vin-

culadas. Integración de la capacitación. Coordinación Registro-Catastro, estado en cada país. TEMA III: FOLIO REAL: Incidencia de la modernización y las nuevas figuras en el tratamiento formal del mismo. Unificaciones, anexiones o fraccionamientos de inmuebles: antes y después de la afectación a los nuevos derechos reales. Importancia de los requerimientos catastrales y municipales en esos casos. TEMA IV: OTROS REGISTROS: Registro de: personas humanas (nuevas legislaciones en la materia, repercusión en otros registros), naturales, personas jurídicas, automotor, naves y aeronaves. Registro de Actos de Última Voluntad. Contrato de fideicomiso. Su tratamiento y necesario registro.

ELECCIÓN DE SEDE: por Secretaría de Coordinación se da a conocer la ratificación de la representación del Perú, por intermedio del señor Superintendente Nacional de la SUNARP, Dr. Manuel Augusto Montes Boza, para celebrar el XXXIII Encuentro en ese país durante el año 2020, en razón de las condiciones existentes en su país que permiten una adecuada organización, fijando la fecha de realización del 19 al 23 de octubre de 2020 en la ciudad de Cusco. Brasil (Estado de Matto Grosso) y Uruguay (Montevideo) se postulan, sujetos a ratificaciones, como sedes para el XXXIV Encuentro durante el año 2021, sede que será fijada en el próximo Encuentro. Se deja constancia que los enlaces de comunicación serán promocionados y difundidos a través de las redes sociales (Instagram, Facebook y Twitter), ambas a ser proporcionadas por la Secretaría de Coordinación del Encuentro a través de su respectiva organización. ACTO DE CIERRE: En consecuencia de lo actuado y siendo las 18,30 hs. del día 12 de abril de 2019, se llevó a cabo el acto de clausura, escuchándose en forma unánime palabras de agradecimiento al país organizador, por la calidad de las atenciones recibidas y el trato dispensado a partir de sus autoridades, sus colaboradores, demás funcionarios y personal del Registro de la Propiedad de Guayaquil. Cerrando el acto se procedió a la firma de la presente por parte de los asistentes de los países arriba anunciados.

ARGENTINA; firmas; BOLIVIA; firmas; BRASIL: firmas; CHILE: firmas; COLOMBIA: firmas; COSTA RICA: firmas; CUBA: firmas; Rep. DOMINICANA: firmas; ECUADOR: firmas; EL SALVADOR: firmas; ESPAÑA: firmas; GUATEMALA: firmas; NICARAGUA: firmas; PANAMÁ: firmas; PARAGUAY: firmas; PERÚ: firmas; URUGUAY: firmas.

XX CONGRESO
NACIONAL
DE DERECHO
REGISTRAL

**San Fernando del Valle de Catamarca
13 al 15 de junio de 2019**

AUTORIDADES

Comisión de Honor

Cristina N. Armella. Rectora de la UNA; José Alejandro Aguilar. Presidente Consejo Federal del Notariado Argentino; Ignacio Javier Salvucci. Presidente Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires; Sebastián E. Sabene. Director Instituto de Derecho Registral UNA; Miguel Ángel Luverá. Presidente Consejo Federal Registros Propiedad Inmueble; Silvia Brocal de Castillo. Presidente Colegio de Escribanos Provincia de Catamarca; Fernando Monguillot. Director Registro Propiedad Inmobiliaria y Mandatos Catamarca

Comisión Ejecutiva

Adriana N. Abella; Ignacio Ezequiel Alterini; Jorge Raúl Causse; Juan José Guardiola; María Fernanda Rosales Andreotti

INFORMACIONES

Tema I: Registración de medidas cautelares

Coordinador: Miguel Angel Luverá

Subcoordinadora: Joaquina Córdoba Gandini

Secretaria: Patricia Viviana Blanco

Comision redactora

Miguel Angel Luverá (Presidente); Joaquina Córdoba Gandini; Patricia Viviana Blanco (Secretaria); Mariana Hefling; María Angélica Natella; Gabriel Aníbal Fuster; Martha Daniela Linares de Urrutigoity; Silvia Maela Massicioni; Pedro Facundo Saenz; Sebastián Sabene; Martín Russo; Juan José Guardiola; María Fernanda Rosales Andreotti; Carolina Soledad Forastier Ylla; Soraya Dipp; Paula Alfonso

En el marco de un debate ordenado y fluido, la comisión número uno contó con un total de doce ponencias de temas variados, los cuales fueron expuestos en su totalidad en el primer día de trabajo en comisión.

Se encontraron presentes representantes de distintas provincias e instituciones, tanto notariales, catastrales, registrales y judiciales.

Luego de un nutrido debate se arribaron a las siguientes conclusiones:

CONCLUSIONES GENERALES

1) Con miras a la seguridad jurídica, economía procesal y en razón de los tiempos que llevan los trámites administrativos de solicitud ordinarios, se insta a los registros de la propiedad inmobiliaria del país a desarrollar y llevar adelante las solicitudes y cancelaciones mediante firma digital, siempre de manera mancomunada con el Poder Judicial, ya que ambos van de la mano, tendiendo a la eficiencia.

2) A fin de lograr una calificación uniforme por parte de los registros de la propiedad, se recomienda que los oficios tendientes a inscribir medidas cautelares provenientes de otras jurisdicciones (Ley 22.172) y de juzgados federales, cumplan con los siguientes requisitos mínimos: a) medidas cautelares sobre

inmuebles: identificación de la medida - identificación del inmueble a través de la nomenclatura catastral y la inscripción de dominio. b) Medidas cautelares respecto de las personas: tipo de medida, nombre, apellido, tipo y número de documento y si es persona jurídica, denominación o razón social y CUIT.

3) La función calificadora registral de los documentos portantes de una medida cautelar, como todo documento de origen judicial, debe tener el mismo alcance que la de los documentos notariales y administrativos (arts. 8 y 9 de la Ley 17.801).

Los tres puntos expuestos fueron votados de manera UNÁNIME.

4) Embargos

Procede la inscripción definitiva de la escritura portante de un acto dispositivo de un inmueble embargado:

a) Con solo relacionar la medida cautelar informada en el certificado de dominio.

- Por mayoría de votos (12): Colegio de Escribanos de la Provincia de San Luis, Universidad de Mendoza y Cuyo, Colegio de Escribanos de Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, Registro de la Propiedad Inmobiliaria de la Provincia de Chaco (Sáenz Peña), Registro de la Propiedad Inmobiliaria de la Provincia de Mendoza (I Circ.), Registro de la Propiedad Inmobiliaria de Catamarca, Colegio de Abogados de la Provincia de Catamarca, Registro de la Propiedad Inmobiliaria de la Provincia de Salta, Colegio de Escribanos de la Provincia de Catamarca y Universidad Notarial Argentina, Instituto de Derecho Registral de la Universidad Notarial Argentina.

b) Con relacionar la medida cautelar informada en el certificado de dominio y además que conste el reconocimiento expreso de la existencia del gravamen por el adquirente.

- Por minoría de votos (6): Colegio de Escribanos de la Provincia de Santa Fe (I y II Circ.), Registro de la Propiedad Inmobiliaria de San Juan, Registro de la Propiedad de Rosario, Consejo Federal del Notariado Argentino y Universidad del Noroeste de la Provincia de Buenos Aires.

La inscripción de la ampliación del embargo:

a) Se considera una ampliación de la medida de origen y no altera el plazo de caducidad del asiento originario.

INFORMACIONES

- Por mayoría de votos (12): Registro de la Propiedad de Rosario, Colegio de Escribanos de Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, Colegio de Abogados de la Provincia de Catamarca, Colegio de Escribanos de la Provincia de Catamarca, Universidad Notarial Argentina, Registro de la Propiedad Inmobiliaria de la Provincia de San Juan, Colegio de Escribanos de Santa Fe (I y II Circ.), Universidad del Noroeste de la Provincia de Buenos Aires y Consejo Federal del Notariado Argentino, Instituto de Derecho Registral.

b) Es una medida que genera un asiento autónomo, iniciando nuevamente el plazo de caducidad desde la toma de razón de la ampliación.

- Por la minoría de votos (6): Colegio de Escribanos de la Provincia de San Luis, Registro de la Propiedad Inmobiliaria de la Provincia de Catamarca, Registro de la Propiedad Inmobiliaria de la Provincia de Salta, Registro de la Propiedad Inmobiliaria de la Provincia de Mendoza (1° Circ.), Registro de la Propiedad Inmobiliaria de la Provincia de Chaco (Sáenz Peña) y Universidad Nacional de Cuyo y Mendoza.

El adquirente del inmueble embargado responde:

a) Hasta el monto publicitado en el asiento registral.

- Por mayoría de votos (10). Instituto de Derecho Registral de la Universidad Notarial Argentina, Universidad Nacional de Cuyo y Mendoza, Registro de la Propiedad de Rosario, Colegio de Escribanos de Catamarca, Colegio de Escribanos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, Registro de la Propiedad Inmobiliaria de Salta, Colegio de Escribanos de Santa Fe (1° y 2° Circ.), Registro de la Propiedad Inmobiliaria de Mendoza (1°).

b) Por el monto del crédito y accesorios reclamados en el expediente judicial correspondiente, al momento del efectivo pago.

- Por minoría de votos (7). Colegio de Escribanos de San Luis, Universidad del Noroeste de la Provincia de Buenos Aires, Consejo Federal del Notariado Argentino, Registro de la Propiedad Inmobiliaria de San Juan, Colegio de Abogados de la Provincia de Catamarca y Registro de la Propiedad Inmueble de la Provincia de Catamarca, Universidad Notarial Argentina.

- Una abstención Registro de la Propiedad Inmobiliaria de la Provincia de Chaco (Sáenz Peña).

5) Medida de no innovar

- La anotación de la medida de no innovar y/o prohibición de inscribir, tiene el mismo tratamiento registral que las restantes medidas cautelares (arts. 24 y 25 Ley 17.801), generando un asiento condicional si ésta hubiera ingresado con posterioridad a la emisión de un certificado de dominio (art. 23 Ley 17.801) y dentro de los plazos de reserva de prioridad y prioridad indirecta.

- Dos abstenciones. Registro de la Propiedad Inmobiliaria de la Provincia de San Juan, Registro de la Propiedad Inmobiliaria de la Provincia de Mendoza (1° Circ.).

- Se recomienda que la prohibición de inscribir sea dispuesta con criterio restrictivo y excepcional y de manera específica.

Por UNANIMIDAD

6) Inhibiciones

- La anotación de las inhibiciones en el marco de juicios universales (quiebras, concursos, juicios de incapacidad o restricción a la capacidad) no está sujeta a plazos de caducidad.

- Fuera de estos supuestos, se recomienda que la resolución judicial que disponga la inhibición consigne el monto del crédito reclamado.

Ambas por UNANIMIDAD.

7) Anotación de litis

La inscripción de la anotación de Litis, contemplada en el art. 1905 del CCyC:

a) No está sujeta a plazo de caducidad, por no tener naturaleza de medida cautelar.

- Por mayoría de votos (12). Instituto de Derecho Registral de la Universidad Notarial Argentina, Registro de la Propiedad de Rosario, Universidad del Noroeste de la Provincia de Buenos Aires, Consejo Federal del Notariado Argentino, Registro de la Propiedad Inmobiliaria de la Provincia de Chaco (Sáenz Peña), Registro de la Propiedad Inmobiliaria de Salta, Colegio de Abogados de la Provincia de Catamarca, Colegio de Escribanos de la Provincia de Santa Fe (1° y 2° Circunscripción), Universidad de Mendoza y Cuyo, Colegio de Escribanos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Universidad Notarial Argentina.

b) Está sujeta a plazo de caducidad del art. 37 inc. b Ley 17.801.

INFORMACIONES

- Por la minoría (5). Registro de la Propiedad Inmobiliaria de Catamarca, Colegio de Escribanos de la Provincia de Catamarca, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Provincia de San Luis, Registro de la Propiedad Inmueble de la Provincia de San Juan.

- Una abstención: Registro de la Propiedad Inmobiliaria de la Provincia de Mendoza.

- Se recomienda que el asiento registral de la referida anotación de litis refleje la norma jurídica en virtud de la cual fue dictada.

- No tienen vocación registral aquellas medidas solicitadas sobre inmuebles sin antecedentes de dominio inscripto.

Por UNANIMIDAD

8) En relación a los bienes eclesiásticos, la comisión debatió sobre el art. 744 del CCyC que establece la inembargabilidad de los bienes afectados a una religión reconocida por el Estado, tema que por falta de tiempo será tratamiento de posteriores congresos.

Por UNANIMIDAD.

Tema II: Registración de derechos reales de disfrute (usufructo, uso, habitación y servidumbre)

Coordinadores: Jorge Raúl Causse; Eleonora Casabé

Subcoordinador: Jorge Alberto Latino

Secretaria: María Laura Rey

Comisión redactora

Juan José Guardiola (Juez de Cámara en lo Civil y Comercial); Marina C. Zuvilivia (escribana); Luana Alberdi Imas (abogada registradora); Gala Battle (abogada); Norberto Frickx (ingeniero geógrafo)

Relator: Jorge Alberto Latino

CONCLUSIONES

Existe preocupación de la Comisión en orden a encontrar soluciones legales a distintas incógnitas relativas a los nuevos paradigmas de estos institutos, y es por ello que, sobre la base de los trabajos presentados, las ponencias realizadas y el debate producido a consecuencia de ello, SE CONCLUYE: Cuando el objeto del derecho real de disfrute recaiga sobre parte material se requiere, a efectos de cumplir con el principio de especialidad, plano de mensura por profesional habilitado inscripto en el Organismo Catastral. Se recomienda a las autoridades administrativas incoar los medios pertinentes a fin de agilizar los trámites de inscripción de planos de mensura con el objeto de que la seguridad jurídica no se vea vulnerada ni se obstaculice el tráfico inmobiliario.

MAYORÍA (UNNOBA, Centro de Derecho Privado; Universidad Nacional de Cuyo, Facultad de Derecho; Universidad de Mendoza, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales; Catastro de la Provincia de Catamarca; Colegio de Escribanos de la Provincia de Santa Fe (1º Circunscripción); Colegio de Escribanos de la Provincia de Santa Fe (2º Circunscripción); Universidad Nacional de Rosario, Facultad de Derecho; Universidad Católica de Santiago del Estero, Facultad de Ciencias Políticas, Sociales y Jurídicas; Registro de la Propiedad de Chaco).

DISIDENCIA (Colegio de Escribanos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires; Colegio de Escribanos de la Provincia de Chubut): No es necesaria la inscripción del plano de mensura confeccionado por profesional habilitado para la constitución de derecho real de usufructo, uso o habitación sobre parte materialmente determinada, debido a que no se modifica el inmueble de origen.

1.a) Corresponde que al objeto individualizado se le asocie una partida a efectos tributarios. UNANIMIDAD.

1.b) La previsión específica del art. 2181 del CCyC en cuanto a la determinación del lugar del gravamen solo tiene aplicación subsidiaria frente a situación de anormalidad del título. UNANIMIDAD.

2.a) En caso de transmisión del derecho real de usufructo no debe cancelarse el asiento de constitución originario, atento a que la vida del transmitente se mantiene presente en la relación jurídica. Más allá que la reversión que se

INFORMACIONES

produzca por el fallecimiento del actual titular no lo beneficie a este, sino al nudo propietario.

Se considera adecuada la inscripción de las sucesivas transmisiones del Derecho Real de Usufructo en el rubro gravámenes, sin perjuicio de avanzar en la reflexión de este punto. UNANIMIDAD.

2.b) En las transmisiones intermedias del derecho real de usufructo, la vigencia del asiento registral o su cancelación resulta irrelevante. UNANIMIDAD.

3) Para la constitución, transmisión, modificación o extinción por cualquier medio (incluida la renuncia) de estos derechos reales de disfrute, resulta imprescindible el cumplimiento de las certificaciones registrales y demás recaudos formales, incluido el asentimiento conyugal/convivencial en caso de corresponder; contando el registrador con facultades suficientes para efectuar las observaciones del caso. UNANIMIDAD.

4) Se recomienda que el derecho real de servidumbre tenga reflejo registral tanto en la matrícula del fondo sirviente como en la del fondo dominante; contribuyendo al conocimiento de los derechos a través de la publicidad registral. UNANIMIDAD.

5) La sentencia homologatoria de un acuerdo particionario por el cual se establece un derecho real de usufructo no implica una constitución judicial del mismo (art. 2133 CCyC), por lo cual no debe ser objeto de observación por el registrador. UNANIMIDAD.

6) Se recomienda aceptar la partida de matrimonio a efectos de rogar la cancelación del derecho real de habitación del conviviente supérstite establecido en el marco del art. 527 CCyC. UNANIMIDAD.

7) No tiene vocación registral el embargo del derecho real de uso, atento a que el mismo recae sobre los frutos (art. 2157 CCyC). UNANIMIDAD.

8) Queda comprendido el usufructuario dentro de los legitimados sustantiva y registralmente para la afectación al régimen de vivienda, sin necesidad de intervención del nudo propietario (art. 245 CCyC). La afectación estará limitada al valor de su derecho (art. 244 CCyC). UNANIMIDAD.

Tema III: Sociedades de la Sección IV

Coordinadoras: Elda Fernández Cossini; Pilar M. Rodríguez Acquarone

Subcoordinador: Jorge Alberto Latino

Secretaria: María Laura Rey

Comisión redactora

Bautista Devesa; Gabriela Laura Mazzi; Analía Alejandra Robledo; Marcelo Javier Quispe; Elena Inés Heredia; Patricio Pantin; Jorgelina Quinteros; Myriam Mamani; María Soledad Juárez; María Cesaretti; Gastón Ariel Mirkin; María Gabriela Gullo; Ana Belén Hernando; Fiano Daniel Ronchetti; Carolina Andrea Martínez; Laura Marisa Patricio; Ana Antonietta Lavecchia

Relator: Gastón Ariel Mirkin

CONCLUSIONES

Todas las conclusiones se aprobaron por unanimidad con el voto de las instituciones acreditadas.

1- Quedan comprendidas en la Sección IV, las sociedades antes denominadas de hecho, irregulares, las sociedades civiles y las atípicas.

A la sociedad de responsabilidad limitada y a la sociedad colectiva que deviene unipersonal, transcurridos los tres meses desde la unipersonalidad sin adoptar otra solución, les corresponde la aplicación de las normas previstas en esta Sección.

En relación a lo prescripto por el art. 94 bis, ante la reducción a uno del número de socios, en cuanto impone la transformación de las sociedades en comandita simple o por acciones, y de capital e industria, en sociedad anónima unipersonal, interpretamos que no puede operar la transformación de pleno derecho requiriéndose el procedimiento de transformación según lo prescripto por la ley para el instituto en cuestión.

2- Las sociedades contenidas en la Sección IV se rigen por el siguiente orden de prelación normativa:

INFORMACIONES

- a- Normas imperativas de la Ley General de Sociedades.
- b- Las normas imperativas del CCyC.
- c- Las normas del acto constitutivo o de reconocimiento y modificatorias.
- d- Las normas supletorias de la Ley 19.550, y
- e- Las normas supletorias del Código Civil y Comercial de la Nación.

3- Se recomienda que los registros públicos rubriquen tanto los libros contables, como lo prescribe el art. 320 y siguientes del CCyC, como así también los libros de actas de sociedades de la Sección IV. En su defecto, se recomienda que se instrumenten por escritura pública las actas de la sociedad.

4- El tercer párrafo del art 23 LGS, prevé la posibilidad de que las sociedades de la Sección IV adquieran bienes registrables. Se interpreta que dicha adquisición puede serlo por cualquier título, por ejemplo compra, aporte en la constitución o por aumento de capital, etc.

5- El acto de reconocimiento que prescribe el art. 23 de la LGS, podrá otorgarse con relación a un acto de adquisición determinado o bien para un número indeterminado de actos.

El mismo no resultará necesario si el instrumento constitutivo constara en escritura pública o instrumento privado con firma autenticada por escribano.

En cualquier caso se reputarán vigentes hasta tanto no sea modificado alguno de sus elementos (ejemplo elenco de socios, representante, facultades, restricciones, plazo de duración, etc.).

6- Se recomienda que el acto de reconocimiento contenga los elementos que prescribe el art. 11 de la LGS.

7- En relación a la registración de los bienes que adquiere, si bien el art. 23 tercer párrafo *in fine* dispone que debe indicarse la proporción en que participan los socios en la sociedad, esta es una persona jurídica distinta de sus miembros.

Por lo expuesto, el bien se inscribirá a nombre de la sociedad.

En consecuencia, recomendamos no reflejar en los asientos de titularidad de los bienes particulares que se identifiquen a los socios.

8- Compete al Notario calificar la legitimación del representante en el acto de disposición de bienes cuyo titular es la sociedad de la Sección IV.

9- A los efectos de su oponibilidad, resulta registrable la inscripción de la disolución y nombramiento de liquidador, así como también la cancelación de la matrícula sin necesidad de subsanación previa.

10- En las SRL y sociedades colectivas devenidas unipersonales la sociedad se considerará subsanada: a) con la transferencia de la participación social que restablezca la pluralidad social, siendo suficiente publicidad de este hecho la inscripción de la mencionada transferencia o b) en el caso de la transformación en SAU, con dicho procedimiento y su correspondiente inscripción en el Registro Público, no siendo necesario que dé cumplimiento a otros trámites registrales.

20 JORNADAS
NOTARIALES
CORDOBESAS

Ciudad de Córdoba
12 y 13 de septiembre de 2019

**Tema I: La formación del
consentimiento y su
instrumentación en sede notarial**

Coordinadora: Carina Lorena Falabella
Subcoordinador: Miguel Alejandro Antún

Autoridades Comisión

Presidente: Carina Lorena Falabella
Vicepresidente: Miguel Alejandro Antún

Comisión redactora

Edgar Darío Acosta, Miguel Alejandro Antún,
Guillermo Juan Casanegra, Carina Lorena
Falabella. Ariana Ghirard Aramburu, Romina
Elizabeth Marqués , Laura Irene Wendichansky

CONCLUSIONES:

Con motivo de la exposición de los trabajos y el debate en esta comisión, se arribaron a las siguientes conclusiones:

El asesoramiento notarial, como pilar fundamental del notariado latino, es una eficaz herramienta del Estado en la búsqueda de un adecuado equilibrio en las relaciones contractuales entre particulares, en especial dentro del marco de las relaciones de consumo. Constituye un deber funcional del notario que debe cumplimentar de manera integral y con imparcialidad activa, tanto en el ámbito protocolar como extraprotocolar.

En los contratos por adhesión, para la formación del consentimiento, se requiere la redacción del instrumento en forma clara, completa, autosuficiente, fácilmente legible, sin reenvíos a otros documentos que contengan elementos esenciales. Debe ser particularmente precisa en relación al objeto, especialmente cuando se trate de inmuebles a construir.

En los contratos por adhesión y de consumo la publicidad juega un rol determinante en la formación del consentimiento, por lo que su incorporación, en determinados casos, puede ser conveniente más allá de la previsión legal del art. 1103 CCyC.

En el marco de los contratos de consumo y celebrados por adhesión a cláusulas generales predisuestas instrumentados por escritura pública, cobra mayor relevancia la realización de la audiencia previa para el asesoramiento a las partes.

Tema II: El notario en el escenario digital

Coordinador: Pablo Nicolás Ahumada

Subcoordinador: Manuel Cabido

Autoridades Comisión

Presidente: Pablo Nicolás Ahumada (Córdoba)

Vicepresidente: Manuel Cabido (Córdoba)

Secretario: Pablo Alejandro Ulloque (Córdoba)

Secretaria: Valentina Fernández Cerdá (Córdoba)

Comisión redactora

Gustavo Adolfo Godoy (Villa Dolores); Augusto Luis Piccón (Alta Gracia), Federico Jorge Panero (San Francisco); Natalia María Irene Dumeynieu (Córdoba); Pamela Estela Snopek (Bell Ville); Walter César Schmidt (Buenos Aires); Natalia de Lourdes Muñoz (Córdoba)

Relatora: Natalia de Lourdes Muñoz

CONCLUSIONES:

1. El notariado apoya toda iniciativa pública dirigida a extender el uso de las herramientas que proporcionan las nuevas tecnologías, simplificando y desburocratizando trámites en beneficio de los habitantes del país. No obstante ello, esta iniciativa debe aplicarse en forma paulatina, respetando el ordenamiento jurídico.

2. La validación de la firma digital que realiza la Autoridad Certificante no equivale a la certificación de firma realizada por un Escribano Público.

3. La validación de la firma digital realizada por la Autoridad Certificante no comprende ni la calificación de la capacidad, ni la comprensión del acto, ni la inexistencia de vicios de la voluntad ni, mucho menos, que la firma digital haya sido insertada por su titular.

4. Al ser la firma digital escindible de su autor solo la certificación realizada por un Notario brinda certeza de autoría. No existe mecanismo de seguridad ni intervención alguna posterior que garantice que quien utilizó un certificado de firma digital sea su titular.

5. La validación de la Autoridad Certificante, no sustituye el requisito de la "legalización" que cada Estado Provincial debe realizar para la circulación de un instrumento en todo el territorio de la Nación.

6. Seguridad informática, si bien colabora en su configuración, no significa seguridad jurídica.

7. El cambio de soporte en materia documental no altera la esencia de la función del Notario.

8. El Colegio de Escribanos deberá crear un folio digital notarial que brinde la misma seguridad jurídica que actualmente otorga la foja de actuación notarial en soporte papel.

9. El Colegio de Escribanos deberá implementar todas las medidas que sean necesarias para otorgar seguridad informática en el traspaso de infor-

INFORMACIONES

mación de cada Notario a S.I.DA.NO. y viceversa. Dichas medidas también deberán aplicarse en la vinculación que se realice entre S.I.DA.NO y las distintas reparticiones públicas.

10. Siendo que el testimonio notarial nace para circular en el tráfico jurídico, posibilitando la ejecución de los derechos contenidos, su versión digital permitiría acortar tiempos y distancias.

11. En la Provincia de Córdoba, es factible la realización de un testimonio digital, sin necesidad de modificar la legislación provincial vigente, solo es necesario al efecto, la autorización por parte del Tribunal de Disciplina Notarial.

12. Para lograr una mayor seguridad los testimonios digitales expedidos por los notarios cordobeses deberán contar con su firma digital validada por el Colegio de Escribanos a través de S.I.DA.NO.

13. La expedición de testimonios digitales está sujeta a las mismas reglas y normas que la expedición en soporte papel. Lo mismo ocurre con la expedición de segundos o ulteriores testimonios.

14. Es posible la expedición de posteriores testimonios en soporte distinto a los anteriores.

15. La ley exige del testimonio digital "permanencia indeleble". No son dos requisitos sino que debemos entender este requisito como una exigencia de que mientras dure no pueda ser modificado.

16. Los testimonios digitales deben contar con un Código de Verificación de Seguridad (C.V.S.) que permita corroborarlos en la plataforma donde se encuentren almacenados.

17. El Colegio de Escribanos deberá prever una adecuada cobertura en el resguardo de datos personales conforme la legislación vigente.

Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires

Áreas y Comisiones Asesoras

PRESIDENTE / Diego Leandro MOLINA

Unión Internacional del Notariado

Encuentros plenarios de delegaciones

Consejo Federal del Notariado Argentino

Relación con la Legislatura

Federación de Entidades de Profesionales Universitarios (FEPUBA)

Instituto de Documentación Digital

VICEPRESIDENTE 1° / Alicia Noemí BROCCARDO

Archivo de Actuaciones Notariales

Grebol; Diego Corral; M. Cecilia Sardi y Luciana Spina.

Centro Institucional de Mediación

Departamento de Registros Especiales

Comisión de Regularización Dominial

Marcela Voiscovich (presidente); Cora Barreto Peltzer; Luis Marinelli (h); Claudio Rosselli; Esteban Bedoya; Marcelo Solari del Valle Ferrari; M. Cristina Iglesias y Juan Cadierno.

Departamento de Inspección General

Oficina de Regularización Dominial y Vivienda Social

Comisión de Compromiso Social, Vivienda y Hábitat

Manuel Carricajo (presidente); M. Jimena Brusco; Emilio Ballina Benites; Catalina Malara (novel); Roberto Silbert; Graciela Noemí Rodríguez; Liliana Cossini; Marcos Badillo y Francisco Chicote.

Tribunal de control de los RNRD

Comisión de Seguros

Marcela Rapa (presidente); Juan Pablo Berne; Lidia Rossi; Juan José Calarota; M. Eugenia

VICEPRESIDENTE 2° / Nelly Olga LÓPEZ

Tribunal Notarial

Comisión de Concursos

M. Cecilia López (presidente); Gastón Erramouspe; Natalia Blasi; Emiliano Villalba (novel); Estefanía Casati; Santiago Arregui; Fabiana Balzano Scioletta; Estela Zubiaurre y Luis Mancebo.

Asesoría Tributaria

Biblioteca Jurídica Central “Dalmacio Vélez Sarsfield”

Relación con la Dirección Provincial de Personas Jurídicas y el Ente Provincial

Comisión de Noveles

Juan Andrés Bravo (presidente); Franco Spaccasassi Ormaechea; Benjamín Tenti; Rodrigo Aguirre; Lucas Del Grosso; Tomás Saffarano; Agustín Valenti y Agustín Hyland.

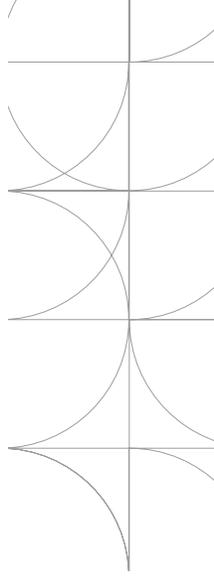
Instituto de Derecho Tributario

Comisión de Bibliotecas

Armando Arcone (presidente); Silvia Salem; Cecilia Cuitiño; Nora Georgieff; Marina Coppello (novel); Paula Benegas Laria y Graciela Curuchelar.

Comisión de Personas Jurídicas

Marcos Heredia (presidente); Jano Pachó (novel); Marcela Muscariello; Martín Russo; Laura Bresso; M. del Rosario Llorens Rocha; Augusto Zuelgaray y M. de las Mercedes Lynn Berecibar.



SECRETARIO DE GOBIERNO Y ADMINISTRACIÓN /

Guillermo Aníbal LONGHI

Coordinación de Gestión

Relación con ARBA

Relación con la Dirección Provincial del Registro de la Propiedad

Relación con las municipalidades

Desarrollos informáticos para la administración

Departamento de Recursos Humanos

Instituto de Derecho Registral

Comisión de Asuntos Fiscales y Administrativos

Brígida Raffo (presidente); Juan Ignacio Rodríguez; Bárbara Drake; M. Alejandra Re; Vale-

ria Dorantti García; Sebastián Lassalle; Patricia Montes y Norberto Soler.

Comisión de Personal y Administración

M. Florencia Peries (presidente); Roberto Mayo; Francisco Barreto Peltzer; Romina Trentin (novel); Juan Pablo González Fortini; Patricio Villamayor; Rosario Zabala; María Luz Gómez y Viviana Martínez.

Comisión de Asesores Registrales

Zulma Dodda (coordinadora); Magdalena De Vega; Pablo Álvarez; M. del Carmen Kiricos; Delia Miranda; Mario Germán Bordenave; Viviana Pellegrino de Scotto Lavina; Carlos Pagni; Luis Felipe Basanta; Laura Inés Vázquez; Verónica Storti; Mariana Armendáriz; Alfredo Troilo Marcos; Ana A. Lavecchia; Gabriela Vaccaro; Milena García; Julio S. Ugalde y Guillermo Borges.

SECRETARIO DE ASUNTOS PREVISIONALES / Pablo Alejandro DI GIANO

División Atención de la Salud

División Jubilaciones y Subsidios

División Préstamos y Turismo

Comisión de Atención de la Salud

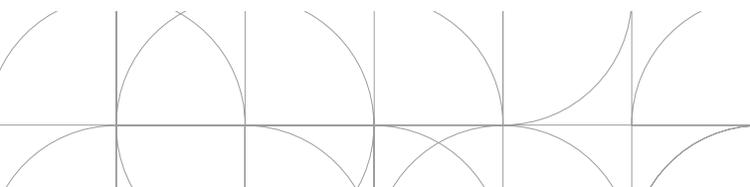
M. Nélide Dómina (presidente); Juan Fal; M. Carolina Méndez; María Lía Iriarte; Gloria Voda; Mirta Negrelli; Haydée Sabina Podrez Yaniz; Mariela Gatti; Juan Pablo Giannini; M. Fernanda Lorenzo; Eduardo M. de J. Rivarola; Natalia Martínez Dodda; Laura Patricio; Mónica Saluppo; Ramiro Flores; Gustavo Silva y Rosario Paso.

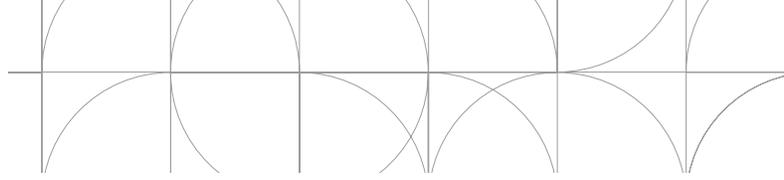
Comisión de Jubilaciones y Subsidios

Laura Montani (presidente); Adda Gramolini; Susana Wallace; Adrián Favelis; Néstor Zaccardi; Horacio Iribarren; Rodolfo Ruzzante y Rebeca Waisman.

Comisión de Préstamos y Turismo

Gustavo Mittica (presidente); Eugenia Bagnoli; Javier Santarone; M. Florencia Moussou; Juan Pedro Calou; Daniel Franco; Pedro Illarregui y Gustavo Görg.





SECRETARIO DE APORTES / Diego Daniel de SAN PABLO

Asesoría de Aportes

Comisión de Aportes

Marina Catania (presidente); Gustavo Bras; Marcia Della Rosa; Jorge Biglieri; Santiago Tabora; Mauro Mujica; Cintia Pesciallo; Josefina Laurens (novel) y Lucía Saluppo.

Comisión de Interpretación de Arancel y Facturaciones Notariales

M. de los Ángeles Pablos (presidente); M. Alejandra Valero; M. Emilia Chalela; Sonia Cardozo; Guillermo Álvarez; Alexis Baltasar Molina; Mariana Graham y Sebastián de Salas.

Comisión de Extensión Cultural

Otilia Zito Fontán (presidente); Norma Sanz; Gabriela Sabio; Nilda Rosa; Ana María Unchallo; M. Victoria Casas; Patricia Etchegoyen y Susana Maggiolo.

Comisión de Deportes y Recreación

Julián De Marco (presidente); Matías Castro; Juan Manuel Espil; Francisco Amaya (novel); Raúl Das Neves Vargues; Fiorella Cacace; Fausto Basanta y Luciano José Loraschi.

SECRETARIA ACADÉMICA / Karina Vanesa SALIERNO

Universidad Notarial Argentina

Belén Suares; M. Lucía Cajarville; Verónica Galiana y María A. Sánchez Negrete.

Delegados de la UNA

Fundación Editora Notarial

Comisión de Género y Derechos Humanos

Marcela Spina (presidente); María Ana Menéndez; M. Paula Etchart; Adriana Sosa; Kelina López; René Casas; Diana Sueldo y Bárbara M. Ríos.

Convenio con la Fundación Æquitas

Asesoría Notarial Personalizada

Comisión de Legislación y Jurisprudencia

Sebastián Cosola (presidente); María Losardo (novel); Andrés Martínez (h); Rodolfo Vizcarra; Mariana Hefling; Leandro Posteraro Sánchez; Gastón di Castelnuovo y Esteban Morán.

Comisión de Congresos, Jornadas y Encuentros

Malvina Zalabardo (presidente); Estela Susana Luis; Delfina Etchart; Maisa Di Leo Recalde;

SECRETARIO DE COMUNICACIONES / Juan Manuel AREA

Revista Notarial

Taller de Producción Gráfica

Boletín Informativo

Departamento Comunicaciones

Sistema Orgánico de Información Notarial (SOIN)

Comisión de Comunicaciones

Gonzalo Vásquez (presidente); Mariana Ronchetti; Aldana Miliozzi (novel); Matías Wertheimer; M. del Pilar Llorens; Aurelio García; M. Natalia Sequeiro; Carolina Martínez y Mariana Melchiori.

Sitio web institucional (www.colescba.org.ar)

APP institucional

Comisión de Imprenta

Alejandro Etchart (presidente); Mercedes R. Pérez; Raúl Olocco; Fabiana Ingrassia; Carlos Ballestrin; Cecilia Morel; Analía Mangas y Pablo Balero Reche.

Redes sociales

Escuelas apadrinadas

TESORERO / Fernando de SALAS

Auditoría externa

Comisión de Bancos

Silvia Giler (presidente); Alejandro Loyácono; Agustina Kelly; Juan Antonio Vilanova; Federico Lallement; Amalia Suhilar; Francisco Calou y Pedro Cocozza.

Comisión Especial Registral

M. Eugenia Monarca (presidente); Gabriela Figueredo (titular); Esteban Tisnés (titular);

Gonzalo Arizmendi (suplente); Paula Velilla (suplente); Juan Ignacio Cavagna (suplente).

Comisión de Finanzas

Andrés Passeggi Aguerre (presidente); Franco De Zorzi (novel); Diego Giacomelli; Gabriela Verna; Diego Hollmann; Christian Troglio; Nicolás Cavagna; Maximiliano Molina y Carlos M. Morello.

PROTESORERO / Rubén Santiago STRADIOT

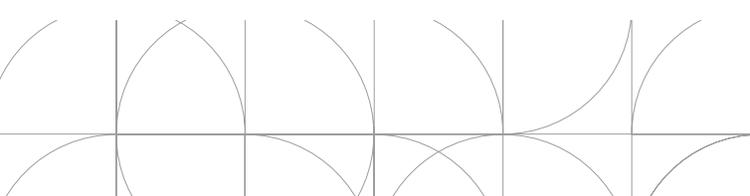
Comisión de Edificios

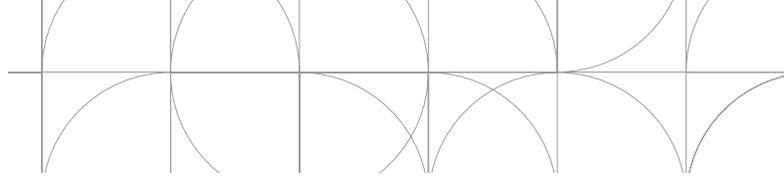
M. Beatriz Aguirre (presidente); Florencia Squirru; Ana Laura Bastián; Sandra Fernández; Mabel Rodríguez; Alejandro Glaría; Marta Catalina Loidi y Mariano Martín Guerra.

M. Florencia Segura; Juan Matías Morrone; Juan Ignacio Cavagna; Martín Guerrieri; Patricio Galiano; Simón Labaqui; Esteban Colabella; Nicolás Ruzzante; Paola Julieta Pierrí; Cecilia Dubini; Nilda Cecilia Saling y Eduardo Brizuela.

Comisión de Hacienda

Jorge Cambet (presidente); Maricel Hermida; Mauro Antinori; Daniela Villoros; Marisa Martín;





Organismos Notariales

ARCHIVO DE ACTUACIONES NOTARIALES

CENTRO INSTITUCIONAL DE MEDIACIÓN

Directora: Graciela Beatriz Curuchelar
Secretaría: Carla Gabriela Balducci
Tesorera: Mariana Rospide
Colaboradora: María Cristina García
Cocoordinador Académico:
Alberto León de Cano

DEPARTAMENTO DE INSPECCIÓN GENERAL

Inspectora General:
Olga Haydée Arreseygor
Cuerpo de inspectores:
Juan Pablo Alegre, Ana María Bucciarelli,
Carlota Caracciolo, María Cristina Catalano,
Ramiro Hernán Ceballos Depaoli, Silvia
Elena Doratti, Julieta Glaría, María Antonia
Maggi, Hilda Julia Manzanal, Paula Mariana
Marello, Luis Alberto Milani, Virginia Milani,
Evangelina Moreno, Carlos Martín Pertierra,
Jorge Alberto Pollono, Selene Eva Postero
Sánchez, Matías Scandroglio, Martha
Susana Torre, Gladys Edith Verzeri

DEPARTAMENTO DE REGISTROS ESPECIALES

(Registro de Testamentos, Registro de
Rúbrica de Libros de Consorcios de Copro-
pietarios - Ley 13.512 y Registro de Actos de
Autoprotección)
Directora: Claudia Maceroni

FUNDACIÓN EDITORA NOTARIAL

Comité Ejecutivo
Presidente:
Diego Leandro Molina
Vicepresidente y Directora Ejecutiva:
Nelly Olga López
Tesorero: Fernando de Salas
Secretario: Diego D. de San Pablo
Vocales: Eduardo Gabriel Clusellas y
Mariela Gatti

TRIBUNAL ESPECIAL DE CONTROL DEL FUNCIONAMIENTO DE LOS RNRD

Miembros titulares:
María del Rosario Paso

Luis César Marinelli (h)
Osmar Ariel Pacho
Miembros subrogantes:
Luis Felipe Basanta
Silvia Nelly Fernández de Ayan

Universidad Notarial Argentina



CONSEJO DIRECTIVO

Rectora

Cristina N. Armella

Vicerrectora

Adriana N. Abella

Secretaria General

Malvina Zalabardo

Prosecretario

Jorge Causse

Tesorero

Leopoldo Bernard

Vocal

Norberto Benseñor

Vocal

Alejandro Míguez

Consejo Consultivo Honorario

Augusto Mallo Rivas

Néstor O. Pérez Lozano

Doctores Honoris Causa

Rafael Núñez Lagos (†)

José María Mustapich (†)

Carlos Alberto Pelosi (†)

Juan Vallet de Goytisolo (†)

Aquiles Yorio (†)

Alberto Villalba Welsh (†)

Carlos Cossio (†)

Ángel Martínez Sarrión (†)

Mauro Cappelletti (†)

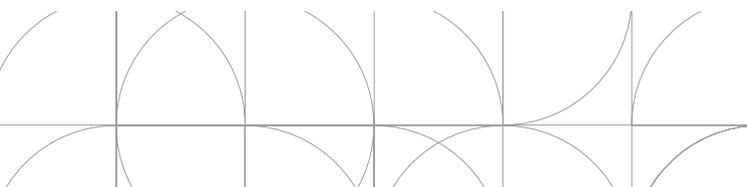
Sedes:

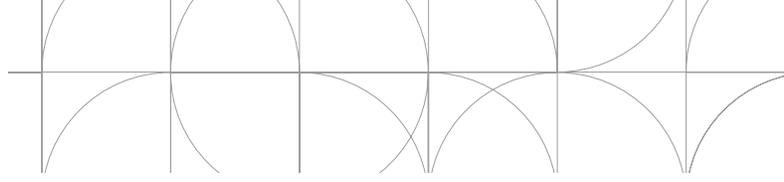
Avda. 51 N° 435

(B1900AVI) La Plata

Calle Guido 1841

(C1119AAA) Buenos Aires





Organismos con sede en el Colegio

TRIBUNAL NOTARIAL DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES

Presidente:

Víctor Adrián Stankievich

Miembros Titulares:

Salvador Antonio Cocozza

Stella Maris Perdriel

Miembros Subrogantes:

Andrea Fernanda Salvini

Ana María Molina Portela

Mónica Alcira Rivero de Navas

ASOCIACIÓN DE JUBILADOS Y PENSIONADOS NOTARIALES

Presidente: Rubén Darío Barriviera

Vicepresidente: Leyla Leonor Palumbo de Acosta

Secretaria: Beatriz Alejandra López Cafasso

Prosecretaria: Beatriz Gladys Castrillo

Tesorera: Ana María Unchalo

Protesorero: Rafael Alberto Nieves

Vocales titulares

María Susana Torlo

Graciela Ángela Lobato

Martha Beatriz Salas de Mallo Rivas

Dora Rosa Mc Britton

Vocales suplentes

Gabriel Arturo García

Estanislao Raúl Vargas

Elvira Martha Yorio de Blanes

Gladys Acosta de Peruggini

Revisores de cuentas

Alba Graciela Micheletti

Amanda Azucena Delavault

Lucía Elena Ruiz de Galarreta

Revisores de cuentas suplentes:

Mabel Eulalia Rodríguez

Adda Gramolini

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.

