

enero / marzo 2019

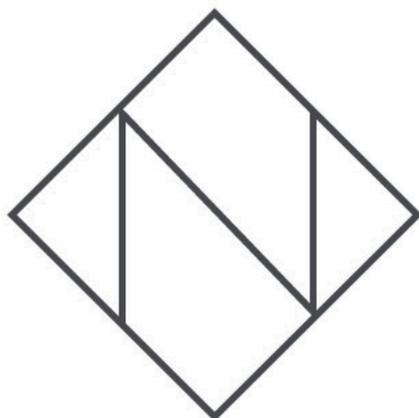
935

REVISTA DEL
NOTARIADO

Director: Diego M. Martí

enero-marzo 2019

935



REVISTA DEL
NOTARIADO

Órgano del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires
Fundada el 15 de noviembre de 1897

ISSN 2362 6186

Las opiniones vertidas en los artículos de la *Revista del Notariado* son de responsabilidad exclusiva de sus autores y su publicación no es vinculante ni constituye opinión oficial del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires.

Propietario: Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires

Director: Diego Maximiliano Martí

Comité editorial: Maritel Mariela Brandi Taiana, Arnaldo Adrián Dárdano, Alfonso Gutiérrez Zaldívar, Martín Jaime Giralt Font, María Marta Luisa Herrera, Alberto María Miguens, Mariana Claudia Massone, Pilar María Rodríguez Acquarone

Coordinación editorial: Departamento de Comunicaciones

Secretario de redacción: Agustín Rodríguez

Corrección y edición: Agustín Rodríguez

Av. Callao 1542 (C1024AAO) - 1^{er} piso

Buenos Aires - República Argentina

+ 54-11-4809-7072

revistadelnotariado@colegio-escribanos.org.ar

<http://www.revista-notariado.org.ar>

<http://www.colegio-escribanos.org.ar>

Nº de Registro DNDA: 5353496

ISSN: 2362-6186

Diseño de tapa: Florencia Cardoso

Diseño de interior: Liliana Chouza

Todos los derechos reservados.

Consejo Directivo

Ejercicio 2017-2019

Presidente	Claudio Alejandro Gustavo Caputo
Vicepresidente	Mariana Claudia Massone
Secretario	Antonio Joaquín Cinque
Secretaria	María Magdalena Tato
Prosecretario	Diego Alberto Paz Vela
Prosecretaria	María Alejandra Astuena
Tesorero	Carlos Eduardo Medina
Protesorero	Ramiro Javier Gutiérrez De Lio
Vocales titulares	Alejandra Graciela Vidal Bollini Irene Recalde Isaac Raúl Molina Mauricio Felettii † Enrique Hugo José Garbarino Ariel Román Tesei Ana María Kemper Eduardo Héctor Plaetsier Beatriz Susana Roella Alicia Olivares
Vocales suplentes	Angélica Generosa Emilia Vitale José María Lorenzo Pablo Hernán De Santis Ricardo Jorge Oks Virginia Judith Benfield Virginia Carolina Olexyn
Decano	R. Gastón Courtial <i>(Resolución Asamblea Extraordinaria del 26/9/2013)</i>
Presidente honorario	José María Fernández Ferrari † <i>(Resolución Asamblea Extraordinaria del 27/6/2019)</i>

Editorial | 6

Doctrina

La asamblea como órgano del consorcio de propiedad horizontal. Mayorías para resolver, por *Pablo R. Barreiro* y *María Victoria Gonzalía* | 8

La aplicación del protocolo digital, por *Valeria V. Calabrese* y *Sofía T. Scotti* | 46

El asentimiento conyugal y convivencial en un escorzo, por *Patricia Marcela Casal* | 66

Coexistencia de dos mundos. El impacto del mundo digital en el ordenamiento jurídico, por *Sebastián J. Cosola* y *Walter C. Schmidt* | 90

Reconstitución del protocolo y reproducción del acto. Inexistencia de la previsión del artículo 1011 del Código Civil en el Código Civil y Comercial, por *María Verónica Fraga*, *Mariela Alejandra Giulitti*, *Roberto A. Mignolo*, *Andrea C. Peresan Martínez* y *Jorge J. Torrá* | 128

El control de legalidad después de la sanción de las Leyes 26994 y 27349. Antecedentes, por *Carlos Federico J. Iturres* | 142

Algunos problemas que suscita el decreto sobre extinción de dominio, por *Claudio M. Kiper* | 148

Teoría de la invalidez. De la teoría de la confrontación a la ampliación del aspecto positivo de la invalidez y de la ineficacia, por *Augusto P. Mariño Galasso* y *Karina V. Salierno* | 162

Prestaciones accesorias en las SAS, por *María José Paniego* | 191

Contratos inteligentes, por *Pilar M. Rodríguez Acquarone* | 199

Dictámenes

Poder especial irrevocable. Error en la individualización del inmueble, *Alfonso Gutiérrez Zaldívar* | 208

Estimados lectores:

En este número de la *Revista del Notariado*, como es habitual, contamos con diversos artículos, vinculados en mayor o menor medida con el quehacer notarial.

Entre ellos, presentamos tres trabajos que abordan la aplicación de las nuevas tecnologías al ejercicio de nuestra función: “Contratos inteligentes”, de Pilar M. Rodríguez Acquarone, “Coexistencia de dos mundos: el impacto del mundo digital en el ordenamiento jurídico”, de Sebastián J. Cosola y Walter C. Schmidt, y “La aplicación del protocolo digital”, de Valeria V. Calabrese y Sofía T. Scotti. En estos artículos, se plantea, desde diversos enfoques, la utilidad y, fundamentalmente, la necesidad de que los escribanos asumamos el compromiso de incorporar la tecnología y sus herramientas a nuestra actividad, en pos del servicio a la comunidad, que busca en nosotros la seguridad y la protección que parecen perderse con los avances de la modernidad.

En este número, también se presentan dos artículos sobre derecho societario. Por un lado, “El control de legalidad después de la sanción de las leyes 26944 y 27349”, en el que Carlos F. J. Iturres retoma el debate instalado y creciente desde la unificación de la legislación civil y comercial, que modificó la ley 19550, y la Ley de Apoyo al Capital Emprendedor. Por otro lado, “Prestaciones accesorias en las SAS”, de María José Paniego, que analiza la relevancia que estas prestaciones adquieren en los tipos societarios en que los aportes de los socios deben ser indefectiblemente obligaciones de dar en propiedad bienes o dinero, siendo que, de esta forma, se podrían comprometer obligaciones de hacer o de dar en uso y goce.

En materia de propiedad horizontal, presentamos el trabajo titulado “La asamblea como órgano del consorcio de propiedad horizontal. Mayorías para resolver”, de Pablo R. Barreiro y María Victoria Gonzalía. En él, los autores analizan la asamblea, órgano del consorcio de propiedad horizontal, y sus mayorías necesarias para el tratamiento de diversos asuntos, con abundante casuística.

En el trabajo “El asentimiento conyugal y convivencial en un escorzo”, Patricia M. Casal aborda los aspectos registrales y de fondo de esta figura, profundizando sobre aristas aún novedosas que se plantearon con la unificación civil y comercial.

En “Reconstitución del protocolo y reproducción del acto. Inexistencia de la previsión del artículo 1011 del Código Civil en el Código Civil y Comercial de la Nación”, de María Verónica Fraga, María Alejandra Giulitti, Roberto A. Mignolo, Andrea C. Peresan Martínez y Jorge J. Torrá, los autores analizan el Código Civil y Comercial en un tema de estricta incumbencia notarial.

En “Teoría de la invalidez. De la teoría de la confrontación a la ampliación del aspecto positivo de la invalidez y de la ineficacia”, Augusto P. Mariño Galasso y Karina V. Salierno realizan una revisión del régimen del Código Civil y Comercial en materia de nulidades, el reconocimiento de la teoría general de la ineficacia y su comparación con el sistema del Código de Vélez.

En este número, publicamos, también, un dictamen sobre “Poder especial irrevocable para vender. Error en individualización del inmueble”, elaborado por Alfonso Gutiérrez Zaldívar, en el que se hace hincapié en el análisis integral de la documentación a interpretar en la realización del estudio de títulos, a fin de evitar observaciones

por exceso de formalismo y atendiendo principalmente a los inconvenientes reales del negocio.

Por último, queremos detenernos en el trabajo “Algunos problemas que suscita el decreto sobre extinción del dominio”, del Dr. Claudio Kiper, referido a diferentes aspectos del Decreto DNU 62/2019 del PEN, dictado el 21 de enero de este año, que contiene la última modificación introducida al **Código Civil y Comercial**, al artículo 1907, según la cual se reconoce como otro modo de extinción de los derechos reales la sentencia que así lo disponga en un proceso de extinción de dominio.

¿Cuál es el interés que podemos tener los escribanos como operadores del derecho en el análisis de esta normativa, más allá de la satisfacción del sentido de justicia? A tenor del artículo 4, la acción extintiva procede, incluso, contra cualquier persona que ostente la tenencia, posesión, titularidad o cualquier otro derecho sobre un bien involucrado, aunque no se encuentre siquiera imputada en la investigación penal. A ello se le suma que ningún acto jurídico vinculado con dichos bienes será oponible a la acción, excepto los realizados a favor de **terceros de buena fe y a título oneroso**.

En tal sentido, tiene que bastar, como dice Kiper, el haber obrado con cuidado y previsión, el ser diligente y haber agotado los medios que la ley pone a disposición. Y agregamos: la buena fe se presume, no se puede ceder en este sentido. Lo que merece calificación es la mala fe de aquellos que hubieran conocido o debido conocer la realidad de la situación; aquí es donde debe ponerse la carga. Muchas veces –la mayoría de ellas– ni el comprador ni el escribano conocen al vendedor o lo conocen pero ignoran su situación personal. En ese caso, la doctrina es coincidente en que el tercero debe verificar las constancias registrales y efectuar el examen de la documentación, así como los actos de verificación establecidos en el régimen especial (art. 1902 CCCN).

No puede exigirse menos que una publicidad acorde a las circunstancias. Tratándose de derechos reales sobre inmuebles, dicha publicidad debe tener reflejo registral. Los únicos a quienes sería oponible un derecho no publicitado son a quienes conocieron o debieron conocerlo. No puede pensarse que haya que hurgar en expedientes o en archivos de medios periodísticos para transmitir un derecho real. “*Prior in tempore, potior in iure*”; a falta de emplazamiento registral, estamos frente a una situación de apariencia jurídica que debe, inevitablemente y ante la menor duda, jugar en favor de los terceros de buena fe y a título oneroso. Se trata de la protección de la seguridad dinámica de las transacciones, en palabras Kiper.

Nuestra visión no es política, no entramos en aristas tales como la categoría de la norma (máxime en cuanto dispone sobre cuestiones de derecho penal) o su oportunidad. Coincidimos con el autor: el fin es loable y es auspicioso para la lucha contra la corrupción, el narcotráfico, el crimen organizado, la trata de personas y delitos contra la administración pública. Sin embargo, la norma tiene importantes puntos débiles, de modo que, si es impugnada por la doctrina y la jurisprudencia, terminará favoreciendo a quienes quiso sancionar.

La asamblea como órgano del consorcio de propiedad horizontal

Mayorías para resolver

Pablo R. Barreiro

María Victoria González

RESUMEN

Estudio de la asamblea como órgano del consorcio de propiedad horizontal como persona jurídica, de conformidad con la regulación del Código Civil y Comercial de la Nación-Ley 26994, a fin de poder determinar las mayorías necesarias para resolver distintas cuestiones.

PALABRAS CLAVE

Propiedad horizontal; asambleas; mayorías.

Fechas de recepción y aceptación

10/7/2019 - 7/8/2019

Sumario: 1. La asamblea. 1.1. Concepto. 1.2. Funciones/facultades. 1.3. Clases de asambleas. 2. Requisitos para la toma de decisiones. 2.1. Legitimación para participar de la asamblea. 2.2. Convocatoria. 2.3. Decisiones tomadas sin deliberación y sin asamblea. 3. Quórum. 3.1. ¿Es un requisito necesario cumplir con el quórum para el Código Civil y Comercial? 4. Mayoría. 4.1. Clases de mayorías. 4.2. Forma de computar las mayorías. 4.3. Cómputo de votos en el Código Civil y Comercial. 4.4. Propietarios ausentes. Ausencia de mayoría suficiente en la asamblea. Sistema de adhesión tácita. Libro de actas. 4.5. La obligatoriedad del artículo 2060, el orden público y la eficacia temporal regulada por el artículo 7. 5. Casuística. Mayorías necesarias. 5.1. Modificación del reglamento de propiedad horizontal. 5.2. Conversión de parte común a propia. 5.3. Conversión de parte propia en parte común. 5.4. Parte común de uso exclusivo. 5.5. Modificación de partes comunes. 5.6. Sobreelevar o sobreeedificar. 5.7. Grave deterioro o destrucción del edificio. 5.8. Exención parcial de contribuir con el pago de las expensas. 5.9. Cambio de destino. 5.10. Modificación del reglamento interno. 5.11. Publicidad, letreros luminosos o antenas telefónicas en medianeras o terraza. 5.12. Hipoteca o constitución de derecho real de superficie sobre el inmueble. 5.13. Cambiar o modificar el orden del día. 5.14. Autoconvocatoria de la asamblea. 5.15. Acefalia del administrador. 5.16. Toma de decisiones sin asamblea. 5.17. Asamblea judicial. 5.18. Designar o remover al administrador. 5.19. Designar o remover al consejo de propietarios. 5.20. Despido o toma de personal. 5.21. Alquiler o venta de cocheras a terceros no propietarios. 5.22. La vivienda del encargado. 5.23. Concursabilidad del consorcio. 5.24. Adquisición o enajenación de bienes del consorcio. 6. Bibliografía.

1. La asamblea

El consorcio de propiedad horizontal, como toda persona jurídica distinta de sus integrantes, actúa a través de órganos propios. Así lo exige el artículo 158 del [Código Civil y Comercial](#) (en adelante, “CCCN”) cuando dice:

Gobierno, administración y fiscalización. El estatuto debe contener normas sobre el gobierno, la administración y representación y, si la ley la exige, sobre la fiscalización interna de la persona jurídica.

Dicha exigencia es receptada por el artículo 2044 CCCN cuando dice que los órganos del consorcio son: a) la asamblea, b) el consejo de propietarios y c) el administrador. La asamblea es el órgano de gobierno; el administrador es el representante legal del consorcio; y el consejo de propietarios funciona como órgano consultivo y de control.

1.1. Concepto

La asamblea, señala el artículo 2058 CCCN, “es la reunión de propietarios”. Es el órgano de gobierno, órgano deliberativo y supremo, que toma decisiones y a través del cual se exterioriza la voluntad de la persona jurídica. Es la reunión de los propietarios convocada y celebrada de acuerdo a la ley y el reglamento para considerar y resolver sobre los asuntos indicados en la convocatoria. No es un órgano permanente, sino que funciona solo cuando es convocada. La reunión en asamblea es un acto formal; por lo tanto, para que sus decisiones sean válidas, será necesario que se respeten todos los recaudos de la ley y del reglamento en cada una de las etapas que forman la voluntad consorcial.

Es el ente supremo, soberano e idóneo, apto para resolver todas las cuestiones de interés común, previa deliberación de los consorcistas, convocados a tales efectos siguiendo pautas legales y reglamentarias en cuanto a convocatoria, deliberación y decisión.¹

La asamblea es la reunión de los propietarios constituidos en cuerpo deliberante, convocada para un fin determinado. Es el órgano máximo de la comunidad que, previa deliberación, resuelve todos los asuntos que sean de interés del conjunto de propietarios. Como exteriorizan la voluntad de un cuerpo colegiado, la decisión tomada válidamente es obligatoria para los ausentes y disidentes.²

Como órgano supremo, tiene límites, ya que su accionar y las decisiones resueltas deben estar en un todo de acuerdo con el Código, el reglamento de propiedad horizontal y el orden público, y no pueden vulnerar los derechos individuales de los propietarios.

1.2. Funciones/facultades

Independientemente de que existan funciones de la asamblea establecidas en la ley y en el reglamento, para poder comprender cuál es el alcance de sus funciones o facultades,

1. GABÁS, Alberto A., *Manual teórico práctico de propiedad horizontal*, Buenos Aires, Hammurabi, 1991, p. 325.

2. HIGHTON, Elena I. (y NOLASCO, Elena C. [colab.]), *Propiedad horizontal y prehorizontalidad*, Buenos Aires, Hammurabi, 2000, p. 633 [colección “Derechos reales”, v. 4].

hay que tener en cuenta que el consorcio de propiedad horizontal, como persona jurídica tiene por objeto el mantenimiento, conservación, reparación y administración de las cosas comunes. Por ende, su accionar debe estar enderezado al cumplimiento de tales fines.

Las decisiones que se tomen respecto del cumplimiento de esos fines incumben a la asamblea, sin perjuicio de que, para agilizar la gestión, el administrador esté facultado directamente, por la ley o por el reglamento, para ejecutar ciertos actos por sí...³

Para poder responder a la pregunta de cuáles son las funciones o facultades específicas de la asamblea, hay que analizar principalmente el artículo 2058 CCCN:

Facultades de la asamblea. La asamblea es la reunión de propietarios facultada para resolver:

- a) las cuestiones que le son atribuidas especialmente por la ley o por el reglamento de propiedad horizontal;
- b) las cuestiones atribuidas al administrador o al consejo de propietarios cuando le son sometidas por cualquiera de éstos o por quien representa el cinco por ciento de las partes proporcionales indivisas con relación al conjunto;
- c) las cuestiones sobre la conformidad con el nombramiento y despido del personal del consorcio;
- d) las cuestiones no contempladas como atribuciones del administrador o del consejo de propietarios, si lo hubiere.

1.2.1. Cuestiones atribuidas especialmente por la ley o por el reglamento de propiedad horizontal

El CCCN le atribuye funciones específicas a la asamblea, tales como, por ejemplo: a) designar al consejo de propietarios (art. 2064); b) nombrar y remover al administrador (art. 2066); c) modificar el reglamento (art. 2057); d) aprobar la realización de mejoras u obras nuevas sobre cosas y partes comunes (arts. 2051, 2052); e) resolver la demolición del edificio, la venta del terreno y de los materiales, la reparación o su reconstrucción (art. 2055). Además, y sin perjuicio de las normas antes citadas, el artículo 2056, inciso l), establece que el reglamento debe contener “las facultades especiales de las asambleas de propietarios”.

Por último, cuando el artículo 2058, inciso a), se refiere a “la ley”, lo hace de manera amplia, de manera tal que pueden existir otras normas además del CCCN que le atribuyan funciones específicas a la asamblea.

1.2.2. Cuestiones atribuidas al administrador o al consejo de propietarios cuando le son sometidas por cualquiera de estos o por quien representa el cinco por ciento de las partes proporcionales indivisas con relación al conjunto

La redacción del artículo 2058 CCCN, inciso b), parece decirnos que la asamblea solo podrá tratar o resolver cuestiones atribuidas al administrador o al consejo de propieta-

3. GURFINKEL DE WENDY, Lilian N. y SAUCEDO, Ricardo J., *Propiedad horizontal. Conjuntos inmobiliarios. Tiempo compartido. Cementerios privados*, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 2016 (1ª ed.), p. 287.

rios cuando dichos órganos así se lo soliciten; o, dicho de otra manera, si la cuestión a tratar es de competencia del administrador o del consejo de propietarios, no puede ser tratada por la asamblea si dichos órganos no someten la cuestión. Dicha interpretación es incorrecta, ya que la asamblea es el órgano máximo del consorcio y, como tal, goza de la facultad, previa deliberación, de resolver todos los asuntos que sean de interés del conjunto de propietarios.

En el mismo sentido Kiper señala,

Sin embargo, no hay que olvidar que la asamblea es soberana y que es el órgano máximo del consorcio, ya que expresa la voluntad de los titulares del derecho real. Además, es la asamblea la que designa a los otros órganos. Por ende, cabe sugerir una interpretación elástica de la asamblea, que no limite su competencia...⁴

1.2.3. Cuestiones sobre la conformidad con el nombramiento y despido del personal del consorcio

La redacción del artículo 2058, inciso c), es concordante con lo dispuesto por el artículo 2067, inciso f), el cual establece que le corresponde al administrador “nombrar y despedir al personal del consorcio, con acuerdo de la asamblea convocada al efecto”. Ambos artículos limitan el poder del administrador ya que, si bien es el administrador quien está facultado para nombrar y despedir al personal del consorcio, no puede hacerlo sin la conformidad de la asamblea.

1.2.4. Cuestiones no contempladas como atribuciones del administrador o del consejo de propietarios si lo hubiere

El inciso d) del artículo 2058 refuerza lo expuesto anteriormente, es decir que la asamblea, como órgano máximo de la comunidad, tiene amplia competencia para resolver todos los temas que sean de interés del conjunto de propietarios, independientemente de que dichos temas le correspondan al administrador o al consejo de propietarios.

1.3. Clases de asambleas

El CCCN no contiene una norma específica que clasifique las asambleas. Sin embargo, del análisis de su articulado y conforme a doctrina y jurisprudencia, las asambleas pueden clasificarse en: 1) ordinarias y extraordinarias, 2) convocadas o autoconvocadas, y 3) judiciales y no judiciales.

1.3.1. Ordinarias

Son aquellas que se celebran con periodicidad, en los plazos predeterminados en el reglamento, para tratar temas que hacen al funcionamiento normal y habitual del

4. KIPER, Claudio M., *Tratado de derechos reales. Código Civil y Comercial de la Nación. Ley 26994*, t. 1, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2016, p. 661.

consorcio, tales como, por ejemplo, la rendición de cuentas del administrador, la aprobación o cálculo de gastos para cada ejercicio, la renovación de los miembros del consejo de propietarios, etc. Es esta la clase de asambleas a la que se refiere el artículo 2056, inciso m), cuando dispone que el reglamento de propiedad horizontal debe determinar la forma de convocar la reunión de propietarios, su periodicidad y su forma de notificación.

1.3.2. Extraordinarias

Son aquellas que se convocan ante circunstancias especiales, para tratar asuntos que no sean competencia de la asamblea ordinaria, ya sea porque se trate de una situación imprevista o que verse sobre temas de especial importancia o de urgencia, tales como, por ejemplo, la modificación del reglamento, la hipoteca del edificio, obras y mejoras a realizar en el edificio, la remoción, renuncia o elección del administrador.

1.3.3. Convocadas

Como su nombre lo indica, son aquellas que son convocadas por el administrador o, en su defecto, por el consejo de propietarios si lo hay. El artículo 2059, en su primer párrafo, establece:

Los propietarios deben ser convocados a la asamblea en la forma prevista en el reglamento de propiedad horizontal, con transcripción del orden del día, el que debe redactarse en forma precisa y completa; es nulo el tratamiento de otros temas, excepto si están presentes todos los propietarios y acuerdan por unanimidad tratar el tema.

En principio, y conforme al artículo 2067, inciso a), la convocatoria la debe realizar el administrador, pero, ante la omisión por parte del administrador de convocar a asamblea, el artículo 2064, inciso a), autoriza al consejo de propietarios a convocarla.

1.3.4. Autoconvocadas

Son aquellas en las que la propia asamblea, como órgano de gobierno, se autoconvoca. El artículo 2059 CCCN, en su segundo párrafo, establece:

La asamblea puede autoconvocarse para deliberar. Las decisiones que se adopten son válidas si la autoconvocatoria y el temario a tratar se aprueban por una mayoría de dos tercios de la totalidad de los propietarios.

1.3.5. Judiciales

Son aquellas que se realizan en sede judicial, conforme al artículo 2063:

Asamblea judicial. Si el administrador o el consejo de propietarios, en subsidio, omiten convocar a la asamblea, los propietarios que representan el diez por ciento del total pueden solicitar al juez la convocatoria de una asamblea judicial. El juez debe fijar una audiencia a realizarse en su presencia a la que debe convocar a los propietarios. La asamblea judicial

puede resolver con mayoría simple de presentes. Si no llega a una decisión, decide el juez en forma sumarísima. Asimismo, y si corresponde, el juez puede disponer medidas cautelares para regularizar la situación del consorcio.

1.3.6. No judiciales

Por exclusión, son todas aquellas que no son judiciales.

2. Requisitos para la toma de decisiones

2.1. Legitimación para participar de la asamblea

Quienes tienen derecho a participar y decidir en la asamblea, es decir, los sujetos legitimados son únicamente los propietarios de las unidades funcionales del edificio. Es el propio artículo 2058 CCCN el que señala que la asamblea “es la reunión de propietarios”. Por su parte, los artículos 2059 a 2061 establecen que son los propietarios quienes deben ser convocados a la asamblea y que las mayorías se calculan sobre la “totalidad de los propietarios”.

Todo propietario puede participar personalmente en la asamblea o hacerlo a través de un apoderado o bien a través de una carta poder otorgada a favor de otro propietario. El artículo 2056 CCCN, al regular el contenido que debe tener el reglamento de propiedad horizontal, en su inciso n) establece: “especificación de limitaciones a la cantidad de cartas poderes que puede detentar cada titular de unidad funcional para representar a otros en asambleas”. La ley establece un límite de las cartas poder, pero no aclara cuál es el número máximo permitido sino que deja su especificación al reglamento. Entendemos que esta deberá ser razonable, teniéndose en cuenta dos extremos: el número de unidades funcionales del edificio y el sentido jurídico de la deliberación donde se requiere el mayor intercambio de opiniones y no la de unos pocos.

El hecho de que un propietario se encuentre en mora en el pago de las expensas o de cualquier otra obligación que emane del reglamento no constituye un impedimento a su derecho a deliberar y votar en las asambleas, a menos que el reglamento lo establezca expresamente.⁵

2.2. Convocatoria

Como señaláramos precedentemente, la asamblea no es un órgano permanente sino que funciona solo cuando es convocada. El artículo 2059 CCCN, en su primer párrafo establece:

Los propietarios deben ser convocados a la asamblea en la forma prevista en el reglamento de propiedad horizontal, con transcripción del orden del día, el que debe redactarse en

5. Ídem, p. 663.

forma precisa y completa; es nulo el tratamiento de otros temas, excepto si están presentes todos los propietarios y acuerdan por unanimidad tratar el tema.

La convocatoria consiste en la citación a cada uno de los propietarios para que concurran a la asamblea, debiendo especificar en dicha citación el día, la hora, el lugar de celebración y el orden del día. En principio, y conforme al artículo 2067, inciso a), la convocatoria la debe realizar el administrador, pero ante la omisión por parte del administrador de convocar a asamblea, el artículo 2064, inciso a), autoriza al consejo de propietarios a convocarla.

El artículo 2056 CCCN, al regular el contenido que debe tener el reglamento de propiedad horizontal, en su inciso m) establece: “determinación de la forma de convocar la reunión de propietarios, su periodicidad y su forma de notificación”. De los artículos mencionados se desprende que el CCCN delega en el reglamento de propiedad horizontal la reglamentación en cuanto a la forma de la convocatoria a las asambleas, su periodicidad y cómo debe ser la notificación.

2.2.1. Notificación

La notificación de la convocatoria a asamblea debe realizarse conforme a lo regulado por el reglamento de propiedad horizontal, ya que el mismo debe establecer los requisitos formales de la notificación y la anticipación mínima con que debe citarse a los propietarios. Debe ser formulada con una anticipación razonable en relación con la fecha de realización de la asamblea, de manera tal que pueda concurrir a la misma el mayor número de propietarios. Debe formalizarse por un medio fehaciente y tener constancia de la recepción de la misma, para, por un lado, asegurarse de que todos los convocados conozcan cuándo y dónde se celebrará la asamblea, la clase de asamblea y los diferentes puntos del orden del día a tratar; y, por el otro, impedir que algún titular alegue no haberse enterado. En cuanto al lugar de la notificación, la regla es que debe ser dirigida a cada unidad funcional ya que se presume que es el domicilio legal de cada propietario (art. 74). Si, conforme al artículo 2046, inciso f), un propietario constituye como domicilio especial (art. 75) uno diferente al de la unidad funcional, la notificación debe ser cursada a dicho domicilio especial.

En forma concordante, el artículo 2067, inciso i), establece como obligación del administrador “llevar en legal forma los libros de actas, de administración, de registro de propietarios, de registros de firmas y cualquier otro que exija la reglamentación local”. En dicho registro de propietarios debe constar el domicilio de cada propietario.

Jurisprudencia:

Es obligación de los propietarios mantener sus domicilios actualizados, por lo que si no habitan en el edificio y no han notificado expresamente su lugar de residencia, tienen validez las notificaciones cursadas en la unidad funcional que le pertenece.⁶

6. CNCiv., Sala E, 16/7/1976, “Palacios, Carmen H. c/ Consorcio de propietarios Pueyrredón 1128/34” (*El Derecho*, t. 70, 1977, p. 231).

Si la notificación cumple su cometido, es irrelevante que no se haga como estipula el reglamento. En el mismo sentido, Kiper señala:

Las irregularidades acerca de la citación para la asamblea quedan convalidadas con la concurrencia de los propietarios a la misma sin objetar en absoluto la forma y modo en que fueron convocados...⁷

Jurisprudencia:

La entrega de cartas simples por la encargada, sin siquiera exigir recibos, evidentemente no puede constituir medio idóneo para tener por notificados a los propietarios de la convocatoria a asamblea.⁸

Cabe anular la asamblea de propietarios cuando la citación no fue efectuada en el tiempo previsto en el reglamento de propiedad y tampoco se empleó el medio idóneo expresamente indicado en el mismo reglamento.⁹

2.2.2. Lugar, día y hora

Como señaláramos anteriormente, lo que debe primar es la razonabilidad. Se debe procurar que el lugar, el día y la hora elegidos para celebrar la asamblea permitan que concurren a la misma el mayor número de propietarios.

En cuanto al lugar de celebración de las asambleas, el reglamento de propiedad horizontal puede o no establecer uno determinado para llevarlas a cabo; por lo general y por practicidad, son realizadas en el *hall* de entrada del mismo edificio.

El día y el horario de celebración de las asambleas también deben responder a ciertos criterios de razonabilidad; generalmente, son convocadas para días hábiles y en un horario entre las 19 y las 22 h, de manera tal que los propietarios no se vean obligados a dejar sus tareas habituales para poder concurrir.

2.2.3. Orden del día

Conforme al artículo 2059 CCCN antes relacionado, la convocatoria a la asamblea debe contener “la transcripción del orden del día, el que debe redactarse en forma precisa y completa”, y, a continuación, dicho artículo agrega “es nulo el tratamiento de otros temas, excepto si están presentes todos los propietarios y acuerdan por unanimidad tratar el tema”. El orden del día no es otra cosa que la enumeración “precisa y completa” de los temas que serán objeto de tratamiento y debate en la asamblea.

El orden del día cumple una doble finalidad:

- 1) **Informar a los propietarios los temas que se tratarán en la asamblea:** Que los propietarios conozcan previamente los puntos a tratarse es muy importante ya que les permite evaluar, asesorarse y reflexionar previamente sobre cada tema a tratar y,

7. KIPER, Claudio M., ob. cit. (cfr. nota 4), p. 665.

8. CNCiv., Sala F, 21/11/1968, “Reizelman, Zelman c/ Consorcio de propietarios Triunvirato 2922” (*La Ley*, t. 135, 1969, p. 579).

9. CNCiv., Sala C, 22/10/1968, “Fabiani, Pedro y otros c/ Consorcio Santa Fe 1449” (*Jurisprudencia Argentina*, t. 1969-2, serie contemporánea, p. 371).

así, poder asistir a la asamblea con una postura o idea determinada. Por otra parte, le permite a cada propietario decidir si asistirá o no a la asamblea, según el interés que tenga por los temas a resolver.

- 2) **Limitar la competencia de la asamblea:** En la asamblea solo se pueden tratar y resolver aquellos temas que se encuentren enumerados expresamente en el orden del día. En principio, no es válido el tratamiento de un tema no contemplado en el orden del día, ni aun contando con la mayoría necesaria. Decimos “en principio” debido a que el artículo 2059 deja una puerta abierta y permite el tratamiento de un tema no incluido en el orden del día siempre y cuando “están presentes todos los propietarios y acuerdan por unanimidad tratar el tema”.

Como señala Kiper:

Hay una excepción que permite tratar temas no incluidos en el orden del día si a la reunión asisten todos y por unanimidad aceptan tratarlo. Si no asistieron todos, y si estando todos, uno solo se opone, ya no sería válida la decisión. Se puede tratar un tema no previsto en el orden del día, si están todos y hay acuerdo unánime.¹⁰

Jurisprudencia:

... la asamblea de copropietarios no puede deliberar sobre cuestiones extrañas al orden del día para consideración han sido convocados, salvo el caso excepcional de las que logran la totalidad de los integrantes del consorcio, en cuyo caso solamente pueden modificar el orden del día por su condición de soberanas y si media unanimidad en ese sentido...¹¹

La omisión de incluir en el orden del día la enumeración de los temas a tratar, o la discusión de asuntos no contemplados en él vicia el acto asambleario con respecto a dichos asuntos, pero no con relación a los restantes que reúnan los requisitos de validez exigibles.¹²

No es admisible que bajo la indeterminada denominación de “asuntos varios” se delibere y resuelva en la asamblea sobre cuestiones de fundamental importancia para los integrantes del consorcio que no han sido incluidas en el orden del día. La mención de la cuestión en asambleas de copropietarios anteriores puede conducir, en el mejor de los casos, a pensar en un tratamiento hipotético en las asambleas sucesivas, pero de ninguna manera puede suplir su expresa inclusión en el orden del día, pues es el único medio para que los consorcistas tomen conocimiento efectivo de la deliberación y decisión del punto en la asamblea que se convoca.¹³

2.2.4. Formación de la decisión. La deliberación como regla

El objeto de la asamblea como órgano de gobierno, deliberativo y supremo, es que los propietarios se reúnan y deliberen, intercambien opiniones y, así, tomen decisiones sobre

10. KIPER, Claudio M., ob. cit. (cfr. nota 4), p. 666.

11. Cám. 2ª Civ. y Com. de La Plata, Sala I, 28/5/1996, “Rodríguez, Manuel” (*La Ley Buenos Aires*, t. 1997, p. 1407; cita online AR/JUR/4855/1996). [N. del E.: ver [aquí](#); fuente: SAIJ; última consulta: 31/10/2019].

12. CNCiv., Sala D, 28/2/1962, “González Martínez, Prudencio c/ Consorcio propietarios edificio Avda. Pte. Julio A. Roca 568, 570 y 576” (*La Ley*, t. 106, 1962, p. 259).

13. CNCiv., Sala H, 12/5/1997, “Gambarruta, Ernesto c/ Consorcio de Propietarios Tucumán 1501 s/ Nulidad de asamblea” (*La Ley*, t. 1997-E, p. 976; *Doctrina Judicial*, t. 1997-3, p. 684; cita online AR/JUR/3877/1997).

los asuntos indicados en la convocatoria, exteriorizando de esta forma la voluntad de la persona jurídica. De lo expuesto se desprende que las decisiones deben ser tomadas en la asamblea y no fuera de ella. Como señalan Gurfinkel y Saucedo,

La asamblea, como órgano colegiado, para poder resolver sobre cuestiones de su incumbencia, requiere la reunión de todos sus componentes en un día y lugar determinado a los fines de **deliberar**, es decir: que cada uno de los convocados esté en condiciones de participar expresando sus observaciones y opiniones respecto del tema en análisis, acercando asimismo sus propias propuestas para la decisión a tomar. De allí la importancia de que la reunión tenga lugar efectivamente, en forma independiente del resultado de la votación, y que la deliberación no pueda soslayarse con el pretexto de haberse obtenido las mayorías necesarias por adhesiones individuales oralmente o por escrito.¹⁴

2.3. Decisiones tomadas sin deliberación y sin asamblea

Tanto en doctrina como en jurisprudencia, se ha sostenido que toda decisión tomada por los propietarios fuera del ámbito de una asamblea carece de validez, ya que, para adoptar una decisión válida, es necesario que se reúnan los propietarios en asamblea, que exista deliberación sobre los distintos puntos del orden del día y que posteriormente exista una votación.

Jurisprudencia:

La reunión de los copropietarios en asamblea para tomar decisiones no es un recaudo puramente formal que pueda suplirse con la adhesión individual de cada uno de aquellos.¹⁵

En el último párrafo del artículo 2059, el legislador se aparta del principio de la deliberación como regla al establecer: “son igualmente válidas las decisiones tomadas por voluntad unánime del total de los propietarios, aunque no lo hagan en asamblea”. De dicho párrafo se desprende que son válidas las decisiones tomadas fuera de la asamblea pero siempre y cuando dicha decisión sea tomada por la unanimidad de los propietarios. Los requisitos son dos:

- 1) No haya asamblea: las decisiones se toman sin reunión.
- 2) Mayoría necesaria para la validez de las decisiones: unanimidad del total de los propietarios.

El Código recepta una realidad y es que, por distintas razones personales, laborales, distancias, etc., los consorcistas se encuentran impedidos y muchas veces también desinteresados en asistir a las reuniones consorciales, y, en consecuencia, es bastante habitual que no se logre la participación deseada. Por lo tanto, el citado artículo permite que los consorcistas puedan tomar decisiones sin reunirse en asamblea (p.ej., por escrito), pero exige, para que estas decisiones sean válidas, que se hayan tomado por unanimidad.

14. GURFINKEL DE WENDY, Lilian N. y SAUCEDO, Ricardo J., ob. cit. (cfr. nota 3), p. 289.

15. CNCiv., Sala D, 19/3/1981, “Rubio, Humberto A. y otro c/ Consorcio de Propietarios Pavón 2352” (*La Ley*, t. 1982-A, p. 298, cita online AR/JUR/3639/1981).

Como señala Kiper:

Esto le quita el carácter de deliberativo y es opinable, aunque también hay que reconocer que torna más ágil un sistema actualmente pesado, dada la inercia y desinterés de los partícipes...¹⁶

Si bien es una forma más ágil de tomar las decisiones, no hay que perder de vista que el legislador exige la “voluntad unánime”, requisito que puede ser de fácil cumplimiento solo para los edificios con pocas unidades funcionales.

3. Quórum

El quórum es la cantidad mínima de personas que se necesitan para que un cuerpo deliberante trate ciertos asuntos y pueda tomar una determinación válida. El quórum y la mayoría son dos conceptos diferentes pero íntimamente relacionados: mientras que el quórum hace referencia al número de propietarios presentes en la asamblea, la mayoría hace referencia al mínimo de votos favorables para tomar una decisión válida.

Jurisprudencia:

El quórum alude al número mínimo de individuos necesarios para que el cuerpo pueda deliberar válidamente, en tanto la “mayoría” al mínimo de votos favorables que ha de merecer una resolución para considerársela aprobada por el órgano con efectos vinculantes para todos. Si la mayoría requerida para decidir un punto se computa sobre el total de los consorcistas y no sobre los presentes, aquella ha de coincidir fatalmente con el quórum necesario para deliberar válidamente al respecto.¹⁷

Si tenemos en cuenta que, conforme al CCCN, los votos se computan sobre el total de los propietarios y no sobre los presentes en la asamblea, obligatoriamente el quórum, o sea, el número de propietarios necesarios para poder comenzar a deliberar válidamente sobre cada tema debe, como mínimo, coincidir con la mayoría necesaria para la decisión que se pretende tomar. El reglamento puede exigir un quórum mayor pero no menor al de los votos mínimos necesarios para resolver cada uno de los temas del orden del día.

Existen reglamentos que, ante la falta de quórum, prevén la posibilidad de celebrar la asamblea en segunda convocatoria con los propietarios presentes, cualquiera sea su número.

3.1. ¿Es un requisito necesario cumplir con el quórum para el Código Civil y Comercial?

La derogada [Ley 13512 de Propiedad Horizontal](#) no trataba el tema del quórum, pero sí lo hacía su [Decreto Reglamentario 18734/49](#), en su artículo 3 inciso 8), al disponer

16. KIPER, Claudio M., ob. cit. (cfr. nota 4), p. 667.

17. Cám. Civ. y Com. de Bahía Blanca, Sala 1ª, 8/9/1994 “De la Rosa, Jorge R. c/ Consorcio de propietarios edificio Albatros XIV de Punta Alta” (*Jurisprudencia Argentina*, t. 1996-I, p. 519).

que el reglamento debía establecer el quórum necesario para las reuniones ordinarias y extraordinarias de propietarios. El CCCN no cuenta con un artículo que expresamente establezca o regule el quórum necesario para que la asamblea pueda comenzar a deliberar válidamente. El artículo 2059, titulado “Convocatoria y quórum”, no regula ni hace referencia alguna al quórum más allá de su título. Por su parte, el artículo 2056, que regula el contenido del reglamento de propiedad horizontal, nada dice respecto al quórum; más aún, ni siquiera lo menciona.

Creemos que, teniendo en cuenta la falta de regulación legal con respecto al quórum y la posibilidad que brinda el artículo 2060, segundo párrafo,¹⁸ en cuanto a la adhesión tácita, el legislador ha decidido prescindir del quórum y permitir que las asambleas se celebren con los consorcistas presentes cualquiera sea su número. Como señala Alterini:

Si se dijo legislar sobre el quorum y no se establece de manera expresa ninguna exigencia al respecto, podría derivarse razonablemente que se prescindió del requisito del quorum. Desde otro perfil, se llegaría a una conclusión semejante si se correlacionara la respuesta sobre el quórum con la variación sustancial que el Código adoptó en el régimen de las mayorías asamblearias [...] no sería la mejor lectura concluir que la flexibilización para alcanzar las mayorías correspondientes hubiera quedado neutralizada y hasta destruida por un requerimiento de un quórum mayor o menor.¹⁹

Por su parte, Zelaya sostiene:

Sin resolverlo en forma expresa, el código parece inclinarse por permitir que las asambleas se celebren con los presentes, cualquiera sea el número de ellos, e incluso admite la validez de las decisiones tomadas por voluntad unánime del total de los propietarios “aunque no lo hagan en asamblea” (art. 2059). Esta falta de indicación en la ley de modo preciso de lograr el quórum, exigencia que tampoco está prevista dentro de la enumeración de cláusulas obligatorias que debe contener el reglamento (art. 2056), puede inducir a suponer, equivocadamente, que el quórum es una cuestión librada a la voluntad de los propietarios en cada acto asambleario, o que ha dejado de existir (no obstante, el título del art. 2059).²⁰

4. Mayoría

La mayoría es el número mínimo de votos favorables con que debe contar una resolución a fin de considerarse aprobada por el cuerpo, con los efectos de resultar obligatoria para todos.²¹

18. Art. 2060 CCCN: “La mayoría de los presentes puede proponer decisiones, las que deben comunicarse por medio fehaciente a los propietarios ausentes y se tienen por aprobadas a los quince días de notificados, excepto que éstos se opongan antes por igual medio, con mayoría suficiente”.

19. ALTERINI, Jorge H., ALTERINI, Ignacio E. y ALTERINI, María E., *Tratado de los derechos reales*, t. 2, Buenos Aires, La Ley, 2018, §1411, pp. 391-392.

20. ZELAYA, Mario, “La propiedad horizontal”, en Kiper, C. M. (dir.), *Derechos reales. Novedades en el Código civil y Comercial de la Nación (ley 26994)*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2015, p. 34.

21. HIGHTON, Elena I. (y NOLASCO, Elena C. [colab.]), ob. cit. (cfr. nota 2), p. 641.

4.1. Clases de mayorías

Del articulado del CCCN surgen cuatro clases mayorías posibles:

- 1) **Mayoría simple:** La mayoría simple es aquella que se forma con el mayor número de votos entre los miembros presentes y no con relación al número total de los miembros del órgano.
- 2) **Mayoría absoluta:** La mayoría absoluta es aquella que se forma con el voto favorable de “más de la mitad” del número total de miembros del órgano. No se tiene en cuenta el número de miembros presentes sino en relación con el número total de los miembros del órgano.
- 3) **Mayoría de dos tercios:** La mayoría de dos tercios es aquella que requiere el voto favorable de una mayoría igual a los dos tercios del número total de miembros del órgano. No se tiene en cuenta el número de miembros presentes sino en relación con el número total de los miembros del órgano.
- 4) **Unanimidad:** Cuando en un órgano colegiado, como lo es la asamblea, es necesario contar con la unanimidad de votos para aprobar un asunto, ello implica que la totalidad de los miembros del órgano se expidan favorablemente.

4.2. Forma de computar las mayorías

El artículo 10, primera parte, de la derogada Ley 13512²² establecía que, en principio, la forma de computar los votos debía ser la forma prevista en el reglamento y que, en su defecto, se presumía que cada propietario tenía un voto. En virtud de lo expuesto, existían tres formas posibles de efectuar el cómputo:

- 1) **Cómputo por unidad:** Se tiene en cuenta la cantidad de unidades funcionales, en donde cada unidad tiene un voto, es decir, el voto es por unidad, independientemente del valor porcentual de cada unidad.
- 2) **Cómputo por valor porcentual:** Se hace teniendo en cuenta el porcentual que tiene cada unidad funcional en relación con el total del edificio. Cada voto tiene un valor equivalente al porcentual sobre las partes comunes que le corresponde a cada unidad funcional en relación con el total del edificio. Dicho porcentual debe surgir del reglamento, conforme al artículo 2056, inciso f).
- 3) **Doble cómputo por unidad y por valor porcentual:** El doble cómputo exige cumplir con ambos sistemas al mismo tiempo, es decir, es necesario combinar ambos sistemas de manera tal de alcanzar la mayoría por unidad y la mayoría por valor.

4.3. Cómputo de votos en el Código Civil y Comercial

El CCCN se aparta del principio establecido por la Ley 13512 en cuanto a la forma de computar las mayorías, adoptando el sistema mixto del doble cómputo como regla, conforme lo previsto en el primer párrafo del artículo 2060 CCCN:

22. Art. 10 Ley 13512: “Los asuntos de interés común que no se encuentren comprendidos dentro de las atribuciones conferidas al representante de los condóminos, serán resueltos, previa deliberación de los propietarios, por mayoría de votos. Estos se computarán en la forma que prevea el reglamento y, en su defecto, se presumirá que cada propietario tiene un voto”.

Mayoría absoluta. Las decisiones de la asamblea se adoptan por mayoría absoluta computada sobre la totalidad de los propietarios de las unidades funcionales y se forma con la doble exigencia del número de unidades y de las partes proporcionales indivisas de éstas con relación al conjunto.

El primer párrafo del artículo 2060 establece dos reglas:

- 1) **La mayoría absoluta:** Establece como regla general que las decisiones de la asamblea deben, en principio, ser adoptadas por la mayoría absoluta, computada sobre la totalidad de los propietarios de las unidades funcionales. El reglamento puede agravar las mayorías establecidas en el CCCN pero no disminuirlas. El artículo 2056 CCCN, que regula el contenido del reglamento de propiedad horizontal, en su inciso ñ) brinda la posibilidad de agravar las mayorías, al establecer “determinación de las mayorías necesarias para las distintas decisiones”. Es por lo expuesto que, si la ley o el reglamento no exigen una mayoría especial, la mayoría exigida debe ser la mayoría absoluta.
- 2) **El doble cómputo:** Establece que la mayoría “se forma con la doble exigencia del número de unidades y de las partes proporcionales indivisas de éstas con relación al conjunto”, adoptando como regla general el doble cómputo como forma de computar los votos para alcanzar la mayoría.

No se trata de una doble mayoría sino de una sola mayoría, cuyo cómputo se realiza doblemente: por unidad y por valor. Por ejemplo: si la mayoría necesaria es la mayoría absoluta, esta se alcanzará con el doble cómputo de mayoría absoluta de unidades más mayoría absoluta por valor.

Entendemos que esta doble exigencia legislativa no agilizará la toma de decisiones, pero, hasta una futura reforma legislativa, su cumplimiento es obligatorio. Por tal motivo, la muy probable falta de integración se suplirá con la solución legal del sistema de adhesión tácita, que a continuación desarrollaremos.

4.4. Propietarios ausentes. Ausencia de mayoría suficiente en la asamblea.

Sistema de adhesión tácita. Libro de actas

El principio general regulado en el CCCN es que la forma de computar las mayorías se realiza sobre el total de los miembros del consorcio y no sobre los propietarios presentes en la asamblea (art. 2060, 1º párrafo). Pero, afortunadamente, el CCCN reconoce una realidad consorcial muy habitual, basada en el escaso interés de los consorcistas de concurrir a las asambleas, lo que provoca la ausencia de la mayoría suficiente necesaria para tomar las decisiones en la asamblea, y, en consecuencia, regula una forma de suplirla. Así lo hace en el segundo párrafo del artículo 2060:

La mayoría de los presentes puede proponer decisiones, las que deben comunicarse por medio fehaciente a los propietarios ausentes y se tienen por aprobadas a los quince días de notificados, excepto que éstos se opongan antes por igual medio, con mayoría suficiente.

La segunda parte de la norma (que tiene su fuente en el Proyecto de 1998)²³ contiene un ingenioso procedimiento, que es explicado de la siguiente forma por Alterini:

23. ALEGRIA, Héctor y otros [comisión Decreto PEN 685/1995], *Proyecto de Código Civil Unificado con el Código de Comercio*, Buenos Aires, 1998. [N. del E.: ver [aquí](#); fuente: campus virtual de la [Universidad de Salamanca](#); última consulta: 30/10/2019].

“La eventual falta de integración de las mayorías exigibles durante la celebración de la asamblea, se suple por el sistema de adhesión tácita por los ausentes a los criterios que hayan obtenido mayor número de votos. Esta adhesión se concreta a través de silencio –ausencia de oposición– a las decisiones propuestas dentro del plazo de quince días de haber sido notificados los ausentes de lo tratado en la asamblea y de los criterios prevalecientes”.²⁴ En consecuencia, la mayoría de los presentes puede proponer decisiones, las que deben comunicarse por medio fehaciente a los propietarios ausentes y se tiene por aprobadas a los quince días de notificados, excepto que estos se opongan por igual medio, con mayoría suficiente.²⁵

Al respecto, Zelaya señala:

La falta de oposición a las decisiones triunfantes propuestas que no han logrado conformar la mayoría de la asamblea, dentro del plazo de quince días de haber sido notificados de ellas los propietarios ausentes, expresa la adhesión de estos a través del silencio, el cual implicara manifestación de voluntad por existir un deber de expedirse que resulta de la ley (art. 263). Es decir, que la norma, para evitar la inmovilización que podría causar al consorcio la reiterada falta de asistencia de los propietarios a las asambleas debidamente convocadas, consagrada un supuesto de consentimiento presunto puro y directo, es decir, que no requiere una nueva reunión para reeceptar las voluntades reclutadas con el silencio.²⁶

En nuestra opinión, es importante, para que este sistema funcione, que la notificación a los ausentes sea por medio fehaciente (p.ej., carta documento, acta notarial, etc.); es decir, que al propietario ausente efectivamente se lo notifique de lo resuelto en la asamblea para que este pueda oponerse, adherir expresamente o adherir tácitamente a lo resuelto. También sería suficiente la conformidad u oposición expresa del propietario ausente en el libro de actas de asambleas. La misma debe surgir expresamente como nota al pie del acta de asamblea que debe realizar el administrador, conforme al artículo 2062 *in fine*. El propietario ausente en la asamblea puede concurrir a la administración del consorcio, con posterioridad a su celebración y dentro de los quince días, a leer el acta de asamblea y firmarla ya sea como constancia de oposición o de conformidad expresa.

No sería notificación suficiente el envío por email, WhatsApp o la entrega de la copia de lo resuelto en la asamblea por parte del encargado del edificio por debajo de la puerta del departamento.²⁷ Esta notificación la debe realizar el administrador del consorcio, quien, además, deberá dejar constancia en el libro de actas de asambleas, al pie del acta de asamblea en cuestión, de las comunicaciones enviadas a los ausentes, de las oposiciones recibidas y de las eventuales conformidades expresas (art. 2062 *in fine*). Así lo regula el artículo 2062:

Actas. Sin perjuicio de los restantes libros referidos a la administración del consorcio, es obligatorio llevar un Libro de Actas de Asamblea y un Libro de Registro de firmas de

24. COSSARI, Nelson G. A., (comentario al art. 2060), en Alterini, J. H. (dir. gral.) y Alterini, I. E. (coord.), *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético*, t. 9, Buenos Aires, La Ley, 2015 (1ª ed.), p. 948 (el autor cita a Alterini, J. H., “El consenso en los derechos reales”, en *Revista de la FACA*, N° 1, 1998, p. 42).

25. *Ibidem*.

26. ZELAYA, Mario, (comentario al art. 2060), en Lorenzetti, R. L. (dir.), *Código Civil y Comercial comentado*, t. 9, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2015, p. 530.

27. “La entrega de cartas simples por la encargada, sin siquiera exigir recibos, evidentemente no puede constituir medio idóneo para tener por notificados a los propietarios de la convocatoria de asamblea” (CNCiv, Sala F, 21/11/1968, “Reizelman, Zelman c/ Consorcio de propietarios Triunvirato 2922” [*La Ley*, t. 135, p. 579]).

los propietarios. Debe labrarse acta de cada asamblea en el libro respectivo, en el que los presentes deben firmar como constancia de su asistencia. Las firmas que suscriben cada asamblea deben ser cotejadas por el administrador con las firmas originales registradas. Las actas deben confeccionarse por un secretario de actas elegido por los propietarios; éstas deben contener el resumen de lo deliberado y la transcripción de las decisiones adoptadas o, en su caso, propuestas por la mayoría de los presentes, y ser firmadas por el presidente de la asamblea y dos propietarios. **Al pie de cada acta, el administrador debe dejar constancia de las comunicaciones enviadas a los ausentes, de las oposiciones recibidas y de las eventuales conformidades expresas.**

En consecuencia, conforme a los artículos 2060 y 2062, la mayoría de los presentes podrá tomar decisiones en la asamblea. Estas decisiones deberán comunicarlas por medio fehaciente a los propietarios ausentes y, si estos no se oponen por igual medio, con mayoría suficiente, dentro de los quince días de notificados, se tendrán por aprobadas.

El administrador del consorcio deberá dejar constancia en el libro de actas de asambleas, al pie de cada acta, de las comunicaciones enviadas a los ausentes, de las oposiciones recibidas y de las eventuales conformidades expresas.

4.5. La obligatoriedad del artículo 2060, el orden público y la eficacia temporal regulada por el artículo 7

Como adelantáramos, el CCCN se aparta del principio establecido por la Ley 13512 en cuanto a la forma de computar las mayorías, estableciendo como regla general la mayoría absoluta y adoptando el sistema mixto del doble cómputo, conforme a lo previsto en el primer párrafo del artículo 2060 CCCN. Frente a este cambio de principio, cabe hacerse preguntas como ¿es de orden público el artículo 2060?, ¿cómo deben interpretarse los reglamentos otorgados con anterioridad a la entrada en vigencia del CCCN?, ¿cómo corresponde interpretar el artículo 7 CCCN en relación con los reglamentos de propiedad horizontal?

Conforme a doctrina y jurisprudencia, el reglamento de propiedad horizontal tiene naturaleza contractual, de manera tal que podemos decir que se trata de un contrato formal, plurilateral, conmutativo y consensual donde las partes se hallan vinculadas para lograr una finalidad común que no es otra que la esencia misma del régimen de propiedad horizontal. Otra característica propia de este contrato es que, por razones de orden público, debe encajar en el molde legal, de modo tal que la mayoría de las cláusulas ya están contenidas en la ley o debe ajustarse a ella. Sin embargo, en todo el régimen de los derechos reales, campea el orden público, de modo tal que el contrato que sea causa fuente del derecho real no está librado a la autonomía de la voluntad, salvo casos excepcionales.²⁸

El artículo 2056 CCCN, que regula el reglamento de propiedad horizontal, establece el contenido mínimo y obligatorio que el reglamento debe tener; no obstante, y en base al principio de la autonomía de la voluntad, los propietarios pueden incluir en el reglamento otras cláusulas destinadas a reglar de manera más detallada o específica los distintos derechos y obligaciones de los propietarios. Así, por ejemplo, se podrán incorporar

28. HIGHTON, Elena I. (y NOLASCO, Elena C. [colab.]), ob. cit. (cfr. nota 2), p. 173.

cláusulas que prevean agravar las mayorías establecidas en la ley –nunca disminuirlas– o limitar el ejercicio de ciertas facultades. Lo que no se puede hacer es incorporar cláusulas que resulten contrarias al CCCN; por ejemplo, que disminuyan los derechos de los propietarios contemplados en la ley o que se aparten de aquellas normas (de orden público) que hacen a la regulación básica y obligatoria del derecho real de propiedad horizontal.

En virtud de lo expuesto, sostenemos que el artículo 2060 CCCN es una norma de orden público, ya que establece la regla general en cuanto a la mayoría mínima requerida y la forma de computarla.

4.5.1. Reglamentos otorgados antes de la vigencia del Código Civil y Comercial

¿Cómo se debe proceder frente a aquellos reglamentos otorgados con anterioridad a la entrada en vigencia del CCCN y que contienen cláusulas que no se ajustan a lo normado por el artículo 2060? El artículo 7 CCCN establece:

Eficacia temporal. A partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplican a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes.

Las leyes no tienen efecto retroactivo, sean o no de orden público, excepto disposición en contrario. La retroactividad establecida por la ley no puede afectar derechos amparados por garantías constitucionales. Las nuevas leyes supletorias no son aplicables a los contratos en curso de ejecución, con excepción de las normas más favorables al consumidor en las relaciones de consumo.

El citado artículo regula la eficacia temporal de las leyes, estableciendo en su primer párrafo que las normas del CCCN se aplican a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. Los reglamentos otorgados con anterioridad a la entrada en vigencia del CCCN son contratos que están vigentes y, en virtud de ello, se les debe aplicar lo normado por el CCCN, ya que el reglamento regula relaciones y situaciones jurídicas entre los propietarios del edificio.

Sostenemos que, en virtud de que el artículo 2060 CCCN, es de orden público y teniendo en cuenta lo normado por el artículo 7 en cuanto a la eficacia temporal de sus normas, toda asamblea celebrada con posterioridad al 1 de agosto de 2015 debe ajustarse a la regla general del artículo 2060, es decir, debe resolver, como mínimo, con la mayoría absoluta y adoptando el sistema mixto del doble cómputo. En el mismo sentido, Gurfinkel de Wendy señala:

... entendemos que, en principio, y ateniéndonos a las reglas sobre eficacia temporal de sus normas fijada en el art. 7° del CCCN, los reglamentos de propiedad horizontal existentes mantienen su plena validez y fuerza obligatoria. Y decimos en principio porque hay que dejar a salvo aquellas situaciones en las cuales una o algunas de las cláusulas contenidas en el reglamento resulten notoriamente contrarias a la nueva legislación [...] las nuevas normas sobre las asambleas en materia de propiedad horizontal se aplican a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes (art. 7° párrafo 1° CCCN), por lo tanto, las asambleas que se celebren a partir del 1 de agosto de 2015 deben cumplir con todas las exigencias establecidas en el nuevo código.²⁹

29. GURFINKEL DE WENDY, Lilian N. y SAUCEDO, Ricardo J., ob. cit. (cfr. nota 3), pp. 312-313.

5. Casuística. Mayorías necesarias

5.1. Modificación del reglamento de propiedad horizontal

Dice el artículo 2057 CCCN:

Modificación del reglamento. El reglamento sólo puede modificarse por resolución de los propietarios, mediante una mayoría de dos tercios de la totalidad de los propietarios.

El citado artículo establece el principio general: la mayoría mínima legal para modificar el reglamento es una mayoría de dos tercios de la totalidad de los propietarios. Decimos que esta mayoría de dos tercios es la mínima requerida porque el reglamento no puede disminuirla pero sí agravarla, en virtud de lo establecido por el artículo 2056, inciso o), que establece que el reglamento debe contener la “determinación de las mayorías necesarias para modificar el reglamento de propiedad horizontal”.

Sin perjuicio de lo expuesto, y a pesar de que el CCCN no establece otra mayoría para modificar el reglamento, la doctrina reconoce dos tipos de cláusulas:

- **Cláusulas estatutarias:** Son aquellas que se vinculan con el derecho patrimonial de cada uno de los propietarios:

... se refieren a la extensión de los derechos de los propietarios, de modo tal que su modificación afecte la existencia o amplitud de los derechos reales y personales de los titulares sobre partes privativas y comunes, es decir, los intereses y derechos subjetivos e individuales adquiridos por los consorcistas.³⁰

- **Cláusulas reglamentarias:** Son aquellas que

... se refieren al goce o aprovechamiento material de las cosas comunes y privativas, a la administración y asuntos de interés común, se trata de actos del consorcio como ente colectivo.³¹

Para modificar una cláusula estatutaria, se requiere contar con la unanimidad; no así con las cláusulas reglamentarias, en donde se requiere, como mínimo, contar con el voto favorable de una mayoría de dos tercios de la totalidad de los propietarios.

Como señala Kiper:

Son cláusulas estatutarias, entonces, aquellas que se vinculan con los derechos patrimoniales de los distintos propietarios, tal como ocurre con las que expresan la distribución del porcentual sobre los bienes comunes, la proporción con que cada propietario solventa los gastos por expensas o el destino de las unidades. Estas cláusulas, aun cuando forman parte del reglamento, no pueden ser modificadas sino por unanimidad. Todas las demás –las reglamentarias– admiten ser modificadas por resolución de los propietarios mediante una mayoría “de dos tercios de la totalidad de los propietarios” que exige la ley (art. 2057).³²

30. HIGHTON, Elena I. (y NOLASCO, Elena C. [colab.]), ob. cit. (cfr. nota 2), p. 199.

31. *Ibidem*.

32. KIPER, Claudio M., ob. cit. (cfr. nota 4), p. 655.

5.2. Conversión de parte común a propia

Dice el artículo 2061 CCCN:

Conformidad expresa del titular. Para la supresión o limitación de derechos acordados a las unidades que excedan de meras cuestiones de funcionamiento cotidiano, la mayoría debe integrarse con la conformidad expresa de sus titulares.

La mayoría necesaria para lograr la conversión de una parte común a propia es la unanimidad, ya que dicha conversión implica que todos los titulares verán disminuir su patrimonio al ser titulares de esa parte en un porcentaje. Conforme al artículo 2061, y como en este caso el derecho sobre la parte común les pertenece a todos y la conversión implica la supresión de ese derecho adquirido, es necesario contar con la conformidad expresa de todos los propietarios; es decir, se requiere la unanimidad. A nadie se le puede privar de una parte de su patrimonio si no presta su conformidad.

Cabe aclarar que una parte común solo puede ser convertida en una parte propia cuando dicha parte no sea necesariamente común o se vincule con la seguridad del inmueble ni se trate de cosas indispensables para el uso común como, por ejemplo, un muro maestro, el ascensor, el tanque de agua o la caldera, etc. (art. 2041 CCCN).

5.3. Conversión de parte propia en parte común

La conversión de una parte propia en parte común amplía el derecho de todos los propietarios y también sus obligaciones, debido a que aumenta también el porcentual de cada unidad funcional en relación con el total del edificio, y, como consecuencia de ello, se incrementa proporcionalmente el monto a abonar por expensas para cada propietario. En virtud de lo expuesto, será necesario modificar el reglamento, ya que, conforme al artículo 2056, incisos d) y f), debe contener la “enumeración de las cosas y partes comunes” y la “determinación de la parte proporcional indivisa de cada unidad”.

La mayoría necesaria para convertir una parte propia en parte común es la unanimidad, porque esto implica la modificación de los porcentuales de las unidades funcionales y, en consecuencia, la modificación de una cláusula estatutaria del reglamento.

Es coincidente la postura de Kiper y de Highton, quienes sostienen, respectivamente:

... lo razonable es pensar en la unanimidad. La mayoría calificada se justifica en que la transformación provocará, además, una modificación en los porcentuales, o sea en la participación que corresponde a cada propietario sobre los bienes comunes, la que se verá aumentada.³³

Sin el consentimiento de todos los interesados no puede cambiarse el carácter privativo de una parte del edificio por el de común, pues se encuentran vinculadas a esto las proporciones que corresponden a cada unidad, o sea, a la participación de cada uno en el condominio. Al restar a una fracción privativa una porción que pasa a ser común, disminuye el porcentual de esta unidad exclusiva dentro del valor total del edificio; y al disminuir una, aumentan las restantes [...] Si la reforma lleva aparejada la modificación de los porcentuales

33. Ídem, p. 575.

del art. 8 para la contribución al pago de los gastos, aunque la enajenación de la fracción a favor del resto sea a título gratuito, se vuelve a la regla de la unanimidad.³⁴

5.4. Parte común de uso exclusivo

El artículo 2040 CCCN³⁵ establece que sobre las cosas y partes comunes ningún propietario puede alegar un derecho exclusivo. Sin perjuicio de ello, permite la afectación exclusiva de dichas partes comunes a una o varias unidades funcionales. De esta manera, el CCCN admite que una parte común pueda ser de uso exclusivo de una o varias unidades funcionales.

En relación a qué cosas o sectores comunes pueden ser de uso exclusivo, Kiper dice:

Únicamente podrán afectarse al uso exclusivo de un propietario aquellos bienes comunes que no son indispensables para el uso común del edificio, toda vez que la exclusión del conjunto en su aprovechamiento no perjudica el funcionamiento del sistema. No podrán serlo aquellos relacionados con la seguridad del inmueble.³⁶

Como sectores comunes de uso exclusivo podemos citar, por ejemplo, el caso de las terrazas a las cuales solo se tiene acceso a través de una unidad funcional, de manera tal que solo esta unidad funcional puede beneficiarse de su uso; o el caso de los espacios guardacoches cuyo uso puede estar afectado exclusivamente a algunas unidades funcionales.

Toda afectación de una parte común al uso exclusivo de una o varias unidades funcionales debe surgir expresamente del reglamento de propiedad horizontal, conforme al artículo 2056, incisos d) y h), que establecen que el reglamento debe contener la “enumeración de las cosas y partes comunes” y determinar el “uso y goce de las cosas y partes comunes”.

A continuación, se analizarán las mayorías necesarias para otorgar y para suprimir el uso exclusivo de una parte común:

- **Mayoría para otorgar el derecho de uso exclusivo:** La mayoría necesaria para otorgar el derecho de uso exclusivo sobre una parte común a una o varias unidades funcionales es la unanimidad. Como el derecho al uso de un sector o parte común les pertenece a todos, al otorgarle el uso exclusivo a una o varias unidades funcionales, algunos titulares verán limitado su derecho al uso de los sectores comunes. En virtud de ello y conforme al artículo 2061, se requiere contar con la conformidad expresa de todos los propietarios. A nadie se le puede privar del derecho al uso de una parte común si no presta su conformidad.
- **Mayoría para la supresión del derecho de uso exclusivo:** Al ser necesario modificar el reglamento, y en virtud del artículo 2057, es indispensable para la supresión del

34. HIGHTON, Elena I. (y NOLASCO, Elena C. [colab.]), ob. cit. (cfr. nota 2), p. 130.

35. Art. 2040 CCCN: “*Cosas y partes comunes.* Son comunes a todas o a algunas de las unidades funcionales las cosas y partes de uso común de ellas o indispensables para mantener su seguridad y las que se determinan en el reglamento de propiedad horizontal. Las cosas y partes cuyo uso no está determinado, se consideran comunes. Sobre estas cosas y partes ningún propietario puede alegar derecho exclusivo, sin perjuicio de su afectación exclusiva a una o varias unidades funcionales. Cada propietario puede usar las cosas y partes comunes conforme a su destino, sin perjudicar o restringir los derechos de los otros propietarios”.

36. KIPER, Claudio M., ob. cit. (cfr. nota 4), p. 577.

derecho de uso exclusivo otorgado a una unidad o a varias contar con una mayoría de dos tercios de la totalidad de los propietarios y, claro está, contar con el voto favorable del o de los titulares afectados (art. 2061 CCCN).

5.5. Modificación de partes comunes

El CCCN regula tres supuestos de modificación de partes comunes y las mayorías necesarias para realizar las mismas: a) mejora u obra nueva que requiere mayoría absoluta (art. 2051), b) mejora u obra nueva que requiere unanimidad (art. 2052), y c) mejora u obra nueva en interés particular (art. 2052 *in fine*).

5.5.1. Mejora u obra nueva que requiere mayoría absoluta

El primer párrafo del artículo 2051 establece:

Mejora u obra nueva que requiere mayoría. Para realizar mejoras u obras nuevas sobre cosas y partes comunes, los propietarios o el consorcio requieren consentimiento de la mayoría de los propietarios, previo informe técnico de un profesional autorizado.

En consecuencia, se requiere mayoría absoluta para aprobar la realización de una mejora u obra nueva sobre partes comunes.

Cabe aclarar que las simples reparaciones que hacen al mantenimiento o conservación del inmueble no están alcanzadas por el artículo citado y la decisión de realizarlas le corresponde al administrador, sin intervención de la asamblea. El artículo 2051 CCCN exige una mayoría absoluta solo para realizar aquellas mejoras que no son indispensables y que exceden la simple reparación o conservación de la cosa. Se requerirá mayoría absoluta para, por ejemplo, instalar un sistema de cámaras de seguridad, redecorar el *hall* de entrada del edificio, cambiar los artefactos de iluminación de los pasillos comunes o pintar el frente del edificio.

Alterini y Kiper señalan, respectivamente:

La regla es que las mejoras, que calificamos como útiles ordinarias, siempre que afecten a las cosas o partes comunes, ya sea que se asista a la iniciativa de los propietarios o del propio consorcio, deben contar con la voluntad de la mayoría, integrada del modo indicado en el art. 2060, es decir, la doble mayoría de propietarios y de alícuotas. Deben distinguirse estas mejoras útiles “ordinarias” de las también útiles, pero “extraordinarias”, que como veremos regula el primer párrafo del art. 2052 del Código Civil y Comercial.³⁷

El código se refiere a aquellas mejoras que no sean indispensables, ya que aquellas que son necesarias para la conservación de las cosas y partes comunes en buen estado las debe realizar el administrador y luego los propietarios solventan el costo mediante el pago de las expensas (art. 2048). Los términos “obras nuevas” y “mejoras” no se excluyen, sino que se confunden dado que una obra nueva puede producir un cambio en la sustancia, forma o destino de la cosa, y por lo tanto representar una mejora.³⁸

37. ALTERINI, Jorge H., ALTERINI, Ignacio E. y ALTERINI, María E., ob. cit. (cfr. nota 19), §1396, p. 377.

38. KIPER, Claudio M., ob. cit. (cfr. nota 4), p. 591.

5.5.2. Mejora u obra nueva que requiere unanimidad

El primer párrafo del artículo 2052 CCCN establece:

Mejora u obra nueva que requiere unanimidad. Si la mejora u obra nueva, realizada por un propietario o por el consorcio sobre cosas y partes comunes, aun cuando no importe elevar nuevos pisos o hacer excavaciones, gravita o modifica la estructura del inmueble de una manera sustancial, debe realizarse con el acuerdo unánime de los propietarios.

Se dispone como regla que, para realizar cualquier mejora u obra nueva sobre cosas y partes comunes que graviten o modifiquen la estructura del inmueble **de una manera sustancial**, es necesario contar con el acuerdo unánime de los propietarios. En otras palabras, lo importante es determinar si la obra a realizar modifica o altera sustancialmente la estructura del inmueble, y, si es así, se requiere contar con el acuerdo unánime de los propietarios. Se requerirá unanimidad para, por ejemplo, hacer excavaciones, elevar nuevos pisos, cambiar la fachada del edificio, colocar ascensores donde no existen o instalar un sistema de calefacción central.

Alterini señala:

Calificamos a las mejoras incluidas en el primer párrafo del art. 2052 como útiles “extraordinarias” para contraponerlas, por un lado, con las útiles “ordinarias” del art. 2051 y, por el otro, con las suntuarias de los arts. 2052 segundo párrafo y 2053. Son “útiles” porque generan beneficios para el conjunto de los propietarios [...] son “extraordinarias” en razón de la significativa envergadura de las mutaciones materiales pretendidas.³⁹

Jurisprudencia:

Toda obra nueva que afecte al inmueble común no puede realizarse sin la autorización de todos los propietarios, pero, a tales efectos, cabe entender que estas obras deben ser de tal importancia que alteren sustancialmente la concepción originaria, ya que, de lo contrario, se trataría de simples innovaciones, a las que en momento alguno alude el art. 7º de la ley 13.512.⁴⁰

5.5.3. Mejora u obra nueva en interés particular

El último párrafo del artículo 2052 CCCN establece que “también requiere unanimidad la mejora u obra nueva sobre cosas y partes comunes en interés particular que sólo beneficia a un propietario”, situación que es regulada a continuación por el artículo 2053. En consecuencia, toda mejora u obra nueva sobre cosas y partes comunes realizada en interés particular y que solo beneficie a uno o más propietarios pero no a todos (sin importar si dicha obra gravita o modifica la estructura del inmueble de una manera sustancial) necesita contar con el acuerdo unánime de los propietarios.

Kiper señala:

Se tiende a evitar la usurpación de derechos patrimoniales ajenos, y específicamente el derecho de propiedad. De allí que pueda decirse que cualquiera sea la importancia econó-

39. ALTERINI, Jorge H., ALTERINI, Ignacio E. y ALTERINI, María E., ob. cit. (cfr. nota 19), §1401, p. 382.

40. CNCiv., Sala H, 7/3/1997, “Bertoa, Alberto Antonio y otro c/ Quintero, Dora s/ Cumplimiento de reglamento de copropiedad”, Jurispr. Cám. Civ., Isis, sum 9702.

mica de las obras nuevas realizadas a título individual, aun cuando resultara ínfima, sobre partes comunes del inmueble, las ventajas para el innovador no se logran sino a expensas de los derechos de los otros propietarios. Se encuentra entonces comprometido el derecho de propiedad, que además de protección civil goza de rango constitucional (art. 17, Constitución Nacional). Por esa razón, la exigencia de unanimidad es tan rígida.⁴¹

Jurisprudencia:

La realización de construcciones en partes comunes de un edificio afectado al régimen de propiedad horizontal, provocando una alteración de su fisonomía –en el caso, se instaló un cobertizo de madera y tejas en el patio– no configura simple innovación que pueda encasarse con la anuencia de la mayoría de los consorcistas, sino una obra nueva que requiere consentimiento unánime bajo pena de demolición.⁴²

Tratándose de una obra nueva que afecta una parte común del edificio en beneficio exclusivo de uno de los copropietarios, es aplicable la última parte del art. 7° de la ley 13.512, pues los otros copropietarios no pueden ser privados de sus derechos sobre los bienes comunes si no han dado autorización expresa.⁴³

5.6. Sobreelevar o sobreedificar

Corresponde utilizar técnicamente la expresión *sobreedificar*, ya que está implica realizar nuevas construcciones por encima o por debajo de un inmueble. El término *sobreelevar* es insuficiente para comprender el caso de una construcción debajo de un inmueble, adoptando respecto de la preposición sobre la acepción que significa “además de” y no la que indica “encima de”.

Sobreedificar consiste en realizar una obra nueva que implica realizar nuevas construcciones, por lo cual dicha obra necesariamente **modifica la estructura del inmueble de una manera sustancial** y conforme el artículo 2052 del CCCN anteriormente citado, es necesario para llevarla a cabo contar con el acuerdo unánime de los propietarios, o sea, la unanimidad.

Jurisprudencia:

El consorcista que es titular de dominio la azotea que está sobre su unidad de vivienda, no puede edificar sobre ella una construcción que eleva la altura del edificio, pues la ley de propiedad horizontal [...] no distingue según que el que construye sea el titular de dominio de la azotea o tenga sólo sobre ella su “uso exclusivo”; lo que prohíbe la ley es elevar nuevos pisos o construcciones sin la autorización de los restantes copropietarios, con prescindencia de la naturaleza jurídica en que se encuentra la terraza o azotea con relación al propietario que sobre ella pretende edificar.⁴⁴

41. KIPER, Claudio M., ob. cit. (cfr. nota 4), p. 593.

42. CNCiv., Sala H, 18/9/2002, “Consortio de prop. Río de Janeiro 65 c/ Bulstein, Salomón” (*La Ley*, t. 2002-F, p. 279).

43. CNEsp. Civ. y Com., Sala VI, 23/9/1980, “Consortio Avda. Santa Fe 3201 esq. Coronel Díaz c/ Conter SA” (*Repertorio General El Derecho*, t. 17, 1984, p. 792).

44. CNCiv., Sala K, 13/8/1991, “Costa, Emilio y otros c/ Arostegui, Pablo C. s/ Interdicto de obra nueva” (*La Ley*, t. 1992-B-108; *Doctrina Judicial*, t. 1992-1, p. 967; cita online AR/JUR/1228/1991).

El derecho de sobreelevar pertenece al propietario del inmueble, ya que integra las facultades emergentes del derecho real de dominio y, si se trata de un inmueble sometido al régimen de propiedad horizontal, este derecho pertenece a la totalidad de los propietarios del edificio, quienes deberán resolver su ejercicio o su cesión por unanimidad.⁴⁵

5.7. Grave deterioro o destrucción del edificio

El artículo 2055 CCCN establece:

Grave deterioro o destrucción del edificio. En caso de grave deterioro o destrucción del edificio, la asamblea por mayoría que represente más de la mitad del valor, puede resolver su demolición y la venta del terreno y de los materiales, la reparación o la reconstrucción. Si resuelve la reconstrucción, la minoría no puede ser obligada a contribuir a ella, y puede liberarse por transmisión de sus derechos a terceros dispuestos a emprender la obra. Ante la ausencia de interesados, la mayoría puede adquirir la parte de los disconformes, según valuación judicial.

Del análisis del citado artículo se desprende que, sin importar la causa por la cual el edificio se encuentra destruido o gravemente deteriorado, la asamblea podrá tomar tres decisiones posibles: 1) resolver la demolición del edificio, la venta del terreno y de los materiales, 2) resolver la reparación del edificio, o 3) resolver la reconstrucción del edificio. En cuanto a la mayoría necesaria para elegir cualquiera de las tres alternativas, el CCCN establece que será necesario contar con la mayoría absoluta que represente más de la mitad del valor. De esta forma, el artículo 2055 se aparta de la regla general establecida por el artículo 2060, que establece que la mayoría absoluta se forma con la doble exigencia del número de unidades y de las partes proporcionales indivisas de estas con relación al conjunto (doble cómputo).

En el mismo sentido, Kiper sostiene:

Aquí el Código se aparta de la regla y se inclina por la mayoría del valor, seguramente porque si se decide la reparación o reconstrucción hay que hacer una inversión importante, que recae con más peso en quienes tienen porcentajes más altos. En caso de que la mayoría decida la venta del terreno y de los materiales, también se deja de lado el principio general que rige en el condominio (por hipótesis sobre el terreno si se destruyó todo el edificio), consiste en que los actos de disposición sobre toda la cosa requieren la conformidad de todos, esto es, la unanimidad (art. 1900).⁴⁶

5.8. Exención parcial de contribuir con el pago de las expensas

Para poder determinar cuál es la mayoría necesaria para resolver eximir parcialmente a una unidad funcional de contribuir al pago de las expensas, es necesario analizar diferentes artículos. En primer lugar, el artículo 2056, que en sus incisos f) y g) establece que el reglamento de propiedad horizontal debe contener la “determinación de la parte proporcional indivisa de cada unidad” y la “determinación de la proporción en el pago

45. CNEsp. Civ. y Com., Sala V, 3/4/1987, “Consortio República de la India 3025/29/31 c/ Hurovich, Lázaro s/ Propiedad horizontal” (*El Derecho*, t. 124, 1987, p. 399). [*N. del E.*: ver [aquí](#); fuente: SAIJ; última consulta: 31/10/2019].

46. KIPER, Claudio M., ob. cit. (cfr. nota 4), p. 610.

de las expensas comunes”. Por su parte, el inciso c) del artículo 2046 establece que el propietario está obligado a “pagar expensas comunes ordinarias y extraordinarias **en la proporción de su parte indivisa**”. Y el último párrafo del artículo 2049 CCCN establece que “**el reglamento de propiedad horizontal puede eximir parcialmente de las contribuciones por expensas** a las unidades funcionales que no tienen acceso a determinados servicios o sectores del edificio que generan dichas erogaciones”.

De los artículos citados se infieren dos situaciones posibles: 1) que el reglamento expresamente exima parcialmente de contribuir por expensas a una o algunas unidades funcionales; 2) que el reglamento no contenga una cláusula de eximición parcial de contribuir por expensas. En ambos casos, ya sea porque se quiera modificar o incorporar dicha cláusula al reglamento y por tratarse esta de una cláusula estatutaria, es necesario contar con el acuerdo unánime de los propietarios y, claro está, modificar el reglamento.

Todo cambio de las proporciones en el pago de las expensas comunes necesariamente altera la situación patrimonial de los propietarios:

En efecto, se afecta el estatus patrimonial de cada consorcista, ya que, si se libera a una unidad total o parcialmente de contribuir, esa merma la deben absorber los restantes titulares, lo que afecta a su patrimonio.⁴⁷

Jurisprudencia:

La modificación del porcentual de participación en los gastos comunes del consorcio representa una reforma estatutaria, que requiere unanimidad de todos los copropietarios.⁴⁸

Lo resuelto por simple mayoría en la asamblea no es válido para modificar el reglamento de copropiedad alterando la proporción contributiva de cada uno de los consorcistas.⁴⁹

5.9. Cambio de destino

El artículo 2056 CCCN, que regula el contenido del reglamento de propiedad horizontal, establece en sus incisos j) y k) que el reglamento debe contener entre sus cláusulas el destino de las unidades funcionales y también el destino de las partes comunes. Conforme a la doctrina y jurisprudencia mayoritarias, dichas cláusulas son estatutarias. En virtud de lo expuesto, si se quisiera cambiar el destino de las unidades funcionales o de una parte común del edificio, será necesario modificar una cláusula estatutaria del reglamento, y, como consecuencia de ello, para poder resolver el cambio de destino, la asamblea deberá contar con el acuerdo unánime de los propietarios, es decir, la unanimidad.

En el mismo sentido, Highton, Kiper y Gurfinkel de Wendy sostienen, respectivamente:

La facultad de cada consorcista se ejerce para fijar el destino en el acto constitutivo, no pudiéndose cambiar éste si no es por unanimidad. Una vez que ejerció el derecho, no es

47. Ídem, p. 620.

48. CNCiv., Sala F, 16/9/1991, “López de Lucini, María, E. c/ Consorcio Guayaquil 200” (*La Ley*, t. 1991-E, t. 529; *Doctrina Judicial*, t. 1992-1, p. 430; cita online AR/JUR/908/1991). [N. del E.: ver [aquí](#); fuente: SAI]; última consulta: 31/10/2019].

49. CNEsp. Civ. y Com., Sala VI, 31/10/78, BCNECyC, 673-9766.

libre de cambiar el destino unilateralmente, como el propietario, ni siquiera en cuanto a la parte exclusiva.⁵⁰

Si pretende cambiar el destino, habrá que modificar el reglamento. La mayoría necesaria es la unanimidad, teniendo en cuenta que se trata de una cláusula estatutaria, ya que afecta el estatus patrimonial de cada consorcista.⁵¹

Dicha cláusula no solo es obligatoria, sino que además es estatutaria por lo cual, para proceder a su modificación, se requerirá unanimidad de votos.⁵²

Jurisprudencia:

Las disposiciones reglamentarias que fijan el uso de las unidades y prohíben otros, participan del carácter de normas estatutarias, de las que afectan la extensión y la existencia misma de los derechos reales y personales de los copropietarios sobre las partes privativas y comunes.⁵³

Para autorizar la reforma del reglamento de copropiedad sobre el cambio de destino de las unidades no basta la mayoría de dos tercios de votos que establece la ley 13512 (o la mayor que pudiera prever el reglamento), siendo necesaria la decisión unánime de los consorcistas... Establecido en el reglamento de copropiedad que determinadas unidades se destinarían a vivienda familiar, no es válida la autorización concedida a los propietarios, por mayoría de la asamblea, para instalar en ellos oficinas, escritorios o consultorios.⁵⁴

5.10. Modificación del reglamento interno

El artículo 2046 CCCN establece: “*Obligaciones*. El propietario está obligado a: a) cumplir con las disposiciones del reglamento de propiedad horizontal, y del reglamento interno, si lo hay”. A través del artículo citado, el CCCN reconoce y permite que los propietarios opten por tener un reglamento interno. De existir, los propietarios están obligados a cumplir con sus disposiciones como lo están con las disposiciones del reglamento de propiedad horizontal.

Por lo general, el reglamento interno regula cuestiones menores que hacen a una mejor convivencia, como ser el horario y el uso de la pileta, del gimnasio, de la sala de usos múltiples (SUM), etc. La mayoría necesaria para modificar el reglamento interno es la mayoría absoluta, conforme a la regla general establecida por el artículo 2060, excepto que el reglamento de propiedad horizontal establezca una mayoría superior.

50. HIGHTON, Elena I. (y NOLASCO, Elena C. [colab.]), ob. cit. (cfr. nota 2), p. 219.

51. KIPER, Claudio M., ob. cit. (cfr. nota 4), p. 633.

52. GURFINKEL DE WENDY, Lilian N. y SAUCEDO, Ricardo J., ob. cit. (cfr. nota 3), p. 128.

53. CNEsp. Civ. y Com., Sala IV, 18/11/1980, “Consortio de propietarios Hipólito Yrigoyen 2991 c/ La Terminal SRL” (*El Derecho*, t. 92, 1981, p. 641).

54. CNCiv., Sala D, 2/3/1966, “Bergalli, Héctor y otro c/ Consortio de propietarios Perú 79/81/85” (*El Derecho*, t. 16, 1966, p. 351)

5.11. Publicidad, letreros luminosos o antenas telefónicas en medianeras o terraza

El artículo 2041 CCCN, que establece las cosas y partes que son necesariamente comunes, dispone en los incisos c) e i) que son comunes los techos, azoteas, terrazas y los muros exteriores. Por su parte, el artículo 2052 establece como regla que, para realizar cualquier mejora u obra nueva sobre cosas y partes comunes que graviten o modifiquen la estructura del inmueble de una manera sustancial, es necesario contar con el acuerdo unánime de los propietarios.

Entendemos que la colocación de carteles publicitarios, letreros luminosos o antenas telefónicas en partes comunes, como son las medianeras o la terraza del edificio, puede afectar la seguridad, solidez, destino y aspecto arquitectónico exterior del inmueble, lo que implica una gravitación o una modificación sustancial de la estructura del edificio. En virtud de ello, es necesario contar con el acuerdo unánime de los propietarios, es decir, la unanimidad.⁵⁵

Jurisprudencia:

No basta la simple mayoría –la ley requiere unanimidad– para colocar letreros luminosos en las partes elevadas del edificio, pues ello podría menoscabar derechos de los ocupantes de pisos superiores, ya sea por exceso de luminosidad, atracción de insectos, supresión de vistas. Aun ante el interés de alquilar el frente, por ser éste una parte común, deben los propietarios expedirse categóricamente en la pertinente asamblea y no en forma dubitativa.⁵⁶

5.12. Hipoteca o constitución de derecho real de superficie sobre el inmueble

El CCCN no establece la mayoría necesaria para resolver la constitución del derecho real de hipoteca sobre el edificio, tal como lo hacía el artículo 14 de la derogada Ley 13512. Sin embargo, el artículo 2041 CCCN, inciso a), dispone que el terreno es una cosa necesariamente común; por lo tanto, la constitución del derecho real de hipoteca del terreno sobre el que se asienta el edificio o sobre el conjunto de pisos o departamentos, es decir, la hipoteca del todo requiere el acuerdo unánime de los propietarios, o sea, la unanimidad.

En el mismo sentido, Alterini señala:

... para gravar el inmueble total, como los involucrados son todos los propietarios, la totalidad de ellos deberá integrar la mayoría, con lo cual por esta vía, se llegará a la unanimidad.⁵⁷

El mismo criterio y fundamento legal corresponde aplicar para la constitución del derecho real de superficie sobre el edificio.

55. Se ha profundizado el tema en el punto 5.5.2.

56. CNCiv., Sala B, 13/11/1961, "Caldarazzi de Di Domenico, Agustina M. del C. c/ Vicente, Francisco M." (*La Ley*, t. 106, 1962, p. 69).

57. ALTERINI, Jorge H., ALTERINI, Ignacio E. y ALTERINI, María E., ob. cit. (cfr. nota 19), §1426, p. 406.

5.13. Cambiar o modificar el orden del día

El artículo 2059 CCCN, en su primer párrafo, establece:

Los propietarios deben ser convocados a la asamblea en la forma prevista en el reglamento de propiedad horizontal, con transcripción del orden del día, el que debe redactarse en forma precisa y completa; **es nulo el tratamiento de otros temas, excepto si están presentes todos los propietarios y acuerdan por unanimidad tratar el tema.**

Conforme al artículo citado, se pueden alterar los puntos del orden del día, ya sea incorporando un tema no contemplado o modificando un tema ya previsto en el mismo, únicamente con el acuerdo unánime de los propietarios, es decir, por unanimidad.

En el mismo sentido, Alterini y Highton señalan:

La regla es la nulidad de la decisión asamblearia que involucre temas ajenos al orden del día, pero en el párrafo primero del art. 2059, *in fine*, se deja a salvo el supuesto de que estando presentes todos los propietarios convengan por unanimidad incorporar el tema al debate.⁵⁸

La omisión de algún punto o la ambigüedad en la individualización de temas impide tratar la cuestión de tal modo que resulte una resolución válida, salvo que la unanimidad de los propietarios así lo resuelva. La inclusión del punto “varios” no salva la cuestión.⁵⁹

Jurisprudencia:

... la asamblea de copropietarios no puede deliberar sobre cuestiones extrañas al orden del día para cuya consideración han sido convocados, salvo el caso excepcional de las que logran la totalidad de los integrantes del consorcio, en cuyo caso solamente pueden modificar el orden del día por su condición de soberanas y si media unanimidad en ese sentido.⁶⁰

La omisión de incluir en el orden del día la enumeración de los temas a tratar, o la discusión de asuntos no contemplados en él vicia el acto asambleario con respecto a dichos asuntos, pero no con relación a los restantes que reúnan los requisitos de validez exigibles.⁶¹

No es admisible que bajo la indeterminada denominación de “asuntos varios” se delibere y resuelva en la asamblea sobre cuestiones de fundamental importancia para los integrantes del consorcio que no han sido incluidas en el orden del día. La mención de la cuestión en asambleas de copropietarios anteriores puede conducir, en el mejor de los casos, a pensar en un tratamiento hipotético en las asambleas sucesivas, pero de ninguna manera puede suplir su expresa inclusión en el orden del día, pues es el único medio para que los copropietarios tomen conocimiento efectivo de la deliberación y decisión del punto en la asamblea que se convoca.⁶²

58. Ídem, p. 390.

59. HIGHTON, Elena I. (y NOLASCO, Elena C. [colab.]), ob. cit. (cfr. nota 2), p. 637.

60. Cám. 2ª Civ. y Com. de La Plata, Sala I, 28/5/1996, “Rodríguez, Manuel” (*La Ley Buenos Aires*, t. 1997, p. 1407; cita online AR/JUR/4855/1996). [N. del E.: ver [aquí](#); fuente: SAIJ; última consulta: 31/10/2019].

61. CNCiv., Sala D, 28/2/1962, “González Martínez, Prudencio c/ Consorcio propietarios edificio Avda. Pte. Julio A. Roca 568, 570 y 576” (*La Ley*, t. 106, 1962, p. 259).

62. CNCiv., Sala H, 12/5/1997, “Gambarruta, Ernesto c/ Consorcio de Propietarios Tucumán 1501” (*La Ley*, t. 1997-E, p. 976; *Doctrina Judicial*, t. 1997-3, p. 684; cita online AR/JUR/3877/1997).

5.14. Autoconvocatoria de la asamblea

El artículo 2059 CCCN en su segundo párrafo establece:

La asamblea puede autoconvocarse para deliberar. Las decisiones que se adopten son válidas si la autoconvocatoria y el temario a tratar se aprueban por una mayoría de dos tercios de la totalidad de los propietarios.

En virtud de dicho artículo, la asamblea, como órgano de gobierno, puede autoconvocarse para deliberar, pero el CCCN establece que como requisito para que dicha asamblea pueda tomar decisiones y que estas sean válidas tanto la autoconvocatoria como el temario a tratar se aprueben por una mayoría de dos tercios.

Debe tenerse presente que dicha mayoría de dos tercios solo es exigida para poder autoconvocarse y estar de acuerdo con el temario; para resolver sobre el fondo, o sea, tomar una decisión válida sobre cada tema, se requerirá la mayoría exigida por la ley o el reglamento.

5.15. Acefalia del administrador

Conforme al artículo 2044 CCCN, el administrador es un órgano de la persona jurídica consorcio. En consecuencia, su falta ocasiona una acefalia jurídica y orgánica, que no puede ser permanente sino transitoria. En consecuencia, corresponde preguntarse si la mayoría exigida por el artículo 2059 para que la asamblea pueda autoconvocarse para deliberar es una norma rígida o admite excepciones frente a determinados supuestos como este, o sea, la usencia o vacancia del administrador.

El artículo 2064 establece que la asamblea puede designar un consejo de propietarios y que dicho consejo tiene la atribución de ejercer la administración del consorcio en caso de vacancia o ausencia del administrador y convocar a la asamblea si el cargo está vacante, dentro de los treinta días de producida la vacancia. Dicho artículo aclara en su último párrafo que “excepto los casos indicados en este artículo, el consejo de propietarios no sustituye al administrador, ni puede cumplir sus obligaciones”. Si bien el citado artículo trata el tema de la vacancia o ausencia del administrador, no brinda una solución ágil en cuanto a la elección del nuevo administrador, y, además, no hay que olvidar que la existencia del consejo de propietarios no es obligatoria sino optativa, y, aun así, existiendo este, tampoco es obligatorio que los consejeros asuman la administración.

Creemos que, frente a la acefalia del consorcio, podría aplicarse la misma mayoría que exige el artículo 2063, que regula las mayorías exigidas para solicitarle al juez la convocatoria de la asamblea judicial y la resolución. Es decir que los propietarios que representan el diez por ciento del total puedan autoconvocarse en asamblea para deliberar y elegir un nuevo administrador, apartándose de la mayoría de dos tercios exigida por el artículo 2059. Asimismo, entendemos que si, aun así, no se lograra reunir la mayoría del diez por ciento del total, se debería admitir que la autoconvocatoria y la resolución sean por la mayoría simple de los presentes.

Debido a lo excepcional del caso, sostenemos que, una vez elegido el nuevo administrador, este último debería convocar a asamblea al efecto de que los propietarios

ratifiquen o confirmen su designación, claro está, debiendo resolver dicha cuestión con la mayoría absoluta, conforme a la regla general establecida por el artículo 2060 CCCN.

Jurisprudencia:

No se justifica declarar la nulidad de la asamblea, aun en el caso de no haberse logrado la mayoría requerida, si su decisión resultaba a todas luces necesaria y no vulnera un interés serio o legítimo del nulidicente.⁶³

En líneas generales corresponde destacar que el fracaso de las asambleas, por falta de quorum o de mayorías necesarias para tomar una decisión, autoriza la designación judicial del administrador, atento a que la existencia del mismo resulta indispensable para el funcionamiento del consorcio, por lo que no puede subordinársela indefinidamente al logro de una determinada mayoría. Cabe tener presente que si el nombramiento del administrador no puede lograrse por la vía normal de las asambleas, ni tampoco por el procedimiento judicial de excepción que indica el art. 10 de la ley 13.512, el juez, atento a la importancia del problema para la vida del consorcio, debe designarlo de oficio.⁶⁴

5.16. Toma de decisiones sin asamblea

El último párrafo del artículo 2059 establece: “son igualmente válidas las decisiones tomadas por voluntad unánime de total de los propietarios, aunque no lo hagan en asamblea”. El citado artículo permite que los consorcistas tomen decisiones sin reunirse en asamblea, es decir, fuera del mecanismo asambleario (p.ej., por escrito, a través de una adhesión de una propuesta, etc), pero exige, para que estas decisiones sean válidas, que se hayan tomado por unanimidad.

Entendemos que, para el caso de acefalia del administrador, los propietarios pueden apartarse de esta mayoría exigida.⁶⁵

5.17. Asamblea judicial

El artículo 2063 CCCN establece:

Asamblea judicial. Si el administrador o el consejo de propietarios, en subsidio, omiten convocar a la asamblea, los propietarios que representan el diez por ciento del total pueden solicitar al juez la convocatoria de una asamblea judicial. El juez debe fijar una audiencia a realizarse en su presencia a la que debe convocar a los propietarios. **La asamblea judicial puede resolver con mayoría simple de presentes.** Si no llega a una decisión, decide el juez en forma sumarísima. Asimismo, y si corresponde, el juez puede disponer medidas cautelares para regularizar la situación del consorcio.

De dicho artículo surge que se requiere una mayoría simple de los presentes para resolver. Cabe destacar, como señaláramos precedentemente, que del articulado del CCCN surgen

63. CNEsp. Civ. y Com., Sala IV, 20/9/1982, “Casulo, Eddie I. c/ Consorcio propietarios Soler 4488/90” (*El Derecho*, t. 101, 1985, p. 435).

64. CNEsp. Civ. y Com., Sala II, 30/6/1980, “Poletto, César c/ Consorcio edificio Cabildo” (*Repertorio General El Derecho*, t. 17, 1984, p. 786).

65. Remitimos a lo expuesto en el punto 5.15.

cuatro clases mayorías posibles y el único que prevé una mayoría simple es el citado artículo 2063. Recordemos que la mayoría simple o relativa es aquella que se forma con el mayor número de votos entre los miembros presentes y no con relación al número total de los miembros del órgano.

5.18. Designar o remover al administrador

El artículo 2066 CCCN establece:

Designación y remoción. El administrador designado en el reglamento de propiedad horizontal cesa en oportunidad de la primera asamblea si no es ratificado en ella. La primera asamblea debe realizarse dentro de los noventa días de cumplidos los dos años del otorgamiento del reglamento o del momento en que se encuentren ocupadas el cincuenta por ciento de las unidades funcionales, lo que ocurra primero.

Los administradores sucesivos deben ser nombrados y removidos por la asamblea, sin que ello importe la reforma del reglamento de propiedad horizontal. Pueden ser removidos sin expresión de causa.

Del análisis del citado artículo se desprende que cuando la designación del administrador es originaria, es decir, cuando es designado en el propio reglamento, ello requiere la unanimidad. En el resto de los casos, tanto para la designación como para la remoción del administrador, la mayoría necesaria para que la asamblea decida dichas cuestiones es la mayoría absoluta de los propietarios, conforme a la regla general establecida por el artículo 2060, salvo que el reglamento exija una mayoría superior.

Alterini señala:

Según el art. 2066 en su párrafo final, los administradores sucesivos deben ser nombrados y removidos por la asamblea, la que se expresa mediante la mayoría absoluta mixta resultante del art. 2060...⁶⁶

5.19. Designar o remover al consejo de propietarios

El CCCN prevé la existencia pero no la obligatoriedad de un órgano consultivo o de control como es el consejo de propietarios, y es el artículo 2064 el que establece que es la asamblea la que puede designar a los integrantes de dicho consejo. El reglamento puede prever, mediante una cláusula reglamentaria y facultativa, la creación de dicho órgano, pudiendo establecer entre otras cosas el número de sus miembros, sus funciones y la mayoría necesaria para la elección de los mismos.

De lo expuesto, y en virtud de que el CCCN no establece nada al respecto, tanto para la designación como para la remoción de los miembros del consejo de propietarios, es necesario contar con la mayoría absoluta de los propietarios, conforme a la regla general establecida por el artículo 2060, salvo que el reglamento exija una mayoría superior.

66. ALTERINI, Jorge H., ALTERINI, Ignacio E. y ALTERINI, María E., ob. cit. (cfr. nota 19), §1439, p. 420.

5.20. Despido o toma de personal

Conforme al inciso f) del artículo 2067 CCCN, es al administrador a quien le corresponde “nombrar y despedir al personal del consorcio, con acuerdo de la asamblea convocada al efecto”. Por su parte, el inciso c) del art. 2058 CCCN establece que es facultad de la asamblea resolver “las cuestiones sobre la conformidad con el nombramiento y despido del personal del consorcio”.

De lo expuesto se desprende que es la asamblea la que debe decidir el despido o la toma de personal, para lo cual es necesario contar con la mayoría absoluta de los propietarios, conforme a la regla general establecida por el artículo 2060, salvo que el reglamento exija una mayoría superior.

5.21. Alquiler o venta de cocheras a terceros no propietarios

Corresponde analizar en el presente punto qué mayorías son necesarias para establecer o eliminar ciertas restricciones en relación con la libre disponibilidad o locación de las cocheras de un edificio en el cual la mayoría de las unidades funcionales están destinadas a vivienda. Para ello, es necesario analizar previamente algunos aspectos relacionados con las cocheras. En principio, debemos decir que las cocheras pueden ser: a) distintas unidades funcionales (con independencia funcional); b) una sola unidad funcional (en condominio entre los propietarios); c) una cosa o parte común, cuyo uso pueden tener todos los propietarios o solo algunos exclusivamente; d) unidades complementarias.

El artículo 2056 CCCN establece que el reglamento de propiedad horizontal debe contener, entre otras cosas, la determinación de las unidades funcionales y complementarias (inc. b), la enumeración de las cosas y partes comunes (inc. d), el destino de las unidades funcionales y de las partes comunes (incs. j y k) y la determinación de eventuales prohibiciones para la disposición o locación de unidades complementarias hacia terceros no propietarios (inc. q). Con respecto al inciso q) del artículo 2056 corresponde, asimismo, hacer 2 aclaraciones:

- 1) Si bien solo hace referencia a las “unidades complementarias”, creemos que dicha restricción debe hacerse extensiva también a las unidades funcionales que son cocheras.
- 2) Las unidades complementarias pueden ser objeto de locación hacia terceros no propietarios, pero no pueden ser objeto de disposición hacia ellos. Las cocheras unidades complementarias solamente pueden pertenecer a los consorcistas. Por lo tanto, estas pueden ser adquiridas únicamente por otro propietario de otra unidad funcional del mismo edificio, pero no pueden ser adquiridas por un tercero ajeno al edificio. Por lo tanto, es incorrecta la norma cuando se refiere a la disposición de unidades complementarias hacia terceros no propietarios, por ir en contra de la naturaleza jurídica de las unidades complementarias, ya que estas están destinadas a servir a una o varias unidades funcionales (art. 2039 *in fine*).

De lo expuesto resulta que el reglamento de propiedad horizontal puede contener restricciones a la libre disponibilidad o locación de las cocheras de un edificio. Es decir, podría contener una cláusula que determine que solo podrá ser titular de una cochera

(unidad funcional o unidad complementaria) quien lo sea de una o más unidades principales, como así también prohibir la locación de las cocheras a aquellas personas que no habiten en el edificio, de modo de evitar el riesgo de incluir a terceros ajenos a la vida y problemática del consorcio. Estas limitaciones o restricciones tienen su fundamento en la supremacía de los intereses de la comunidad y hacen a una convivencia ordenada y no desnaturalizan el derecho exclusivo que sobre esas unidades ejerce su titular, conforme a la última parte del artículo 2043, que reza “sin perjuicio de las restricciones que impone la convivencia ordenada”.

Como conclusión, podemos decir que toda restricción a la libre disposición o locación de las cocheras debe surgir del reglamento de propiedad horizontal; en consecuencia, si se pretende tanto incorporar como eliminar una restricción, será necesario modificar el reglamento. Al ser necesario modificar una cláusula “reglamentaria”, y en virtud del artículo 2057, es indispensable contar con una mayoría de dos tercios de la totalidad de los propietarios y, claro está, contar con el voto favorable del o de los titulares afectados (art. 2061). Para el caso en que la cochera sea una cosa o parte común, se requiere la unanimidad.

5.22. La vivienda del encargado

En la mayoría de los casos, la vivienda del encargado es una cosa o parte común, pero existen casos poco frecuentes en que se trata de una unidad funcional. Entonces, podemos encontrarnos con que la vivienda del encargado puede ser: a) una cosa o parte común, cuyo destino es la vivienda del encargado; b) una unidad funcional que está en condominio entre los propietarios; c) una unidad funcional de titularidad del consorcio.

5.22.1. Como cosa o parte común

Por lo general, en la mayoría de los edificios, la vivienda del encargado es una cosa o parte común cuyo destino es la vivienda del encargado. Es por ello que analizaremos previamente cómo es que el CCCN regula las partes y cosas comunes.

Dice el artículo 2040:

Cosas y partes comunes. Son comunes a todas o a algunas de las unidades funcionales las cosas y partes de uso común de ellas o indispensables para mantener su seguridad y las que se determinan en el reglamento de propiedad horizontal. Las cosas y partes cuyo uso no está determinado, se consideran comunes. Sobre estas cosas y partes ningún propietario puede alegar derecho exclusivo, sin perjuicio de su afectación exclusiva a una o varias unidades funcionales. Cada propietario puede usar las cosas y partes comunes conforme a su destino, sin perjudicar o restringir los derechos de los otros propietarios.

Podemos inferir que las cosas y partes comunes son aquellas indispensables o necesarias para poder ejercer el derecho real de propiedad horizontal, ya que hacen a su propia esencia, y, también, son aquellas que están vinculadas con la existencia, la solidez y la seguridad del edificio.

El CCCN clasifica las cosas y partes comunes en: a) necesariamente comunes (art. 2041) y b) no indispensables (art. 2042). Del análisis del artículo 2041 podemos

establecer como regla que las cosas y partes allí enumeradas son necesariamente comunes en razón de su naturaleza y por ser indispensables para la existencia, solidez o seguridad del edificio.

Lo dicho no se verifica con lo establecido por el inciso g) del artículo 2041, que establece que la vivienda para alojamiento del encargado es una parte necesariamente común, ya que dicha vivienda, por su naturaleza, no hace a la funcionalidad del edificio y, además, no es indispensable para su existencia, solidez o seguridad. Es por lo expuesto que consideramos que la vivienda del encargado no debe ser considerada como una parte necesariamente común, máxime cuando existen edificios que no cuentan con dicha vivienda (ya sea por no considerarlo necesario, porque no hay norma que así lo exija, etc.). En el mismo sentido, Gurfinkel de Wendy señala:

La unidad destinada al encargado es parte común no por su naturaleza, puesto que no es indispensable para la existencia, solidez o seguridad del edificio, sino por el destino que se le ha asignado, y si bien no es aprovechable por todos los propietarios, integra las superficies comunes sobre las cuales cada uno de ellos tiene una cuota parte ideal. Pero no existe una categoría de “cosas comunes por destino”.

El carácter de prescindible que tiene la vivienda del encargado, hace que no resulte feliz su inclusión entre las cosas necesariamente comunes por cuanto no tiene la entidad de las restantes partes comunes enumeradas en el art. 2041 dado que no afecta la seguridad, la solidez ni siquiera la funcionalidad del edificio. Es más, según las disposiciones administrativas locales que regulan las características constructivas en materia de edificios sujetos al régimen de propiedad horizontal, en muchos casos no existe la obligatoriedad de contar con una unidad destinada a vivienda del portero.⁶⁷

- **Conversión de parte a común a parte privativa:** Si, conforme al reglamento, la vivienda del encargado es un cosa o parte común, bien podría la asamblea resolver la conversión de dicho sector común a parte privativa, debiendo contar para ello con el voto favorable de todos los propietarios, es decir, con la unanimidad.⁶⁸
- **Cambio de destino de parte común:** Si el reglamento establece que el destino de determinada cosa o parte común es la vivienda del encargado, bien podría la asamblea resolver el cambio de destino de dicho sector común, debiendo contar para ello con el voto favorable de todos los propietarios es decir con la unanimidad.⁶⁹

5.22.2. Como unidad funcional en condominio entre los propietarios

Si bien es un caso poco frecuente, la realidad es que existen en la actualidad reglamentos de propiedad horizontal en los cuales la unidad utilizada para la vivienda del encargado surge como parte privativa, es decir, una unidad funcional que está en condominio entre todos los propietarios del edificio. Si se quisiera cambiar su destino, debemos diferenciar si este surge o no del reglamento de propiedad horizontal.

- Si el reglamento establece que el destino de dicha unidad funcional es la vivienda del encargado, el cambio implicaría modificar una cláusula “reglamentaria”, y, en

67. GURFINKEL DE WENDY, Lilian N. y SAUCEDO, Ricardo J., ob. cit. (cfr. nota 3), p. 115.

68. Para mayor abundamiento, remitimos al punto 5.2.

69. Para mayor abundamiento, remitimos al punto 5.9.

virtud del artículo 2057, es indispensable contar con una mayoría de dos tercios de la totalidad de los propietarios.

- Si el reglamento nada dice con respecto al destino de dicha unidad funcional, los propietarios condóminos podrán resolver el cambio de destino aplicando las reglas del condominio (arts. 1985 y cc.), reunidos en asamblea conforme al artículo 1994, y resolver con la mayoría absoluta, computada según el valor de las partes indivisas.

5.22.3. Como unidad funcional de titularidad del consorcio

El consorcio de propietarios, como persona jurídica, puede adquirir una unidad funcional del edificio y dicha adquisición puede ser originaria o derivada. Para que el consorcio pueda adquirir la vivienda del encargado, esta debe ser necesariamente una unidad funcional; por lo tanto, si la vivienda del encargado es una cosa o parte común conforme al reglamento, será necesario previamente convertir dicha cosa o parte común a parte privativa, para lo cual será necesario contar con la unanimidad de los votos, conforme a lo desarrollado precedentemente, y, una vez realizada esta conversión, recién el consorcio podrá, como persona jurídica, adquirir dicha unidad funcional.

- **Adquisición originaria:** Denominamos adquisición originaria a la que se produce en el momento en que nace el derecho real de propiedad horizontal conjuntamente con la persona jurídica consorcio, o sea, al otorgar la escritura pública de reglamento de propiedad horizontal. El titular de dominio o los condóminos, al otorgar el reglamento, se adjudicarán las distintas unidades, pudiendo aportarle una unidad funcional al consorcio de manera tal que sea este el titular dominial de dicha unidad. Conforme al artículo 2056, inciso e), del reglamento podrá surgir que dicha unidad forma parte del patrimonio del consorcio. Teniendo en cuenta que dicha adquisición originaria del consorcio surge del propio reglamento de propiedad horizontal, quedará librado a la voluntad de los otorgantes del reglamento fijar o no que el uso/destino de dicha unidad funcional sea la vivienda del encargado.
- **Adquisición derivada:** Denominamos adquisición derivada a toda adquisición que no es originaria, es decir, cuando el consorcio de propietarios adquiere una unidad funcional con posterioridad al otorgamiento del reglamento de propiedad horizontal. La adquisición de dicha unidad funcional por parte del consorcio debió previamente ser resuelta por la asamblea, con el voto favorable de la mayoría absoluta de los propietarios, conforme a la regla general establecida por el artículo 2060 CCCN.⁷⁰ Es la asamblea la que debe resolver con la misma mayoría absoluta el uso o destino que el consorcio deberá darle a la unidad funcional adquirida.
- **Cambio de destino:** Si del reglamento surge que el destino de la unidad funcional de titularidad del consorcio es la vivienda del encargado, la asamblea podría resolver el cambio de destino de dicha unidad, debiendo contar para ello, como mínimo, con el voto favorable de una mayoría equivalente a dos tercios de la totalidad de los propietarios, en virtud de que ello implica modificar una cláusula reglamentaria.⁷¹

70. Para mayor abundamiento, ver punto 5.24.

71. Ver punto 5.1 del presente trabajo.

Cabe aclarar que no se trata de un cambio de destino propiamente dicho, conforme al artículo 2056, inciso k) (requeriría la unanimidad de los votos), debido a que el destino de dicha unidad funcional, al igual que el de las restantes, es y seguirá siendo vivienda, ya que esto no varía; lo único que cambia es el uso que le da el consorcio.

Si del reglamento no surge expresamente que la unidad funcional de titularidad del consorcio tiene como destino la vivienda del encargado, la asamblea podría resolver que deje de ser utilizada por el encargado como su vivienda y que, por ejemplo, sea alquilada para obtener una renta que haga disminuir el monto de las expensas. A diferencia del ejemplo anterior, en el presente supuesto, no es necesario modificar el reglamento, y, en virtud de ello, la asamblea podrá resolver dicha cuestión contando como mínimo con la mayoría absoluta, conforme a la regla general establecida por el artículo 2060 CCCN.

5.23. Concursabilidad del consorcio⁷²

Conforme al artículo 6 de la [Ley 24522 de Concursos y Quiebras](#),⁷³ si el consorcio de propietarios, como persona jurídica, decidiese presentarse en concurso preventivo, dicha presentación debería ser realizada por el administrador y luego ratificada por la asamblea (órgano de gobierno), la que resolvería con las mayorías para resolver asuntos ordinarios. De lo expuesto, y en virtud de que el CCCN no establece nada al respecto, para tomar la decisión de presentarse en concurso o resolver continuar el trámite iniciado por el administrador, es necesario contar con la mayoría absoluta de los propietarios, conforme a la regla general establecida por el artículo 2060, salvo que en el Reglamento se exija una mayoría superior.

5.24. Adquisición o enajenación de bienes del consorcio⁷⁴

Del análisis de las distintas formas en que el consorcio puede adquirir un inmueble, va de suyo que cuando la adquisición es originaria, es decir, cuando la atribución de la titularidad de la unidad funcional al consorcio surge del propio reglamento, requiere la unanimidad. En el resto de los casos, es decir, cuando no se trata de una asignación dispuesta en el reglamento, la mayoría necesaria para que la asamblea decida la adquisición

72. Para completar la lectura con un desarrollo específico sobre este tema, ver BARREIRO, Pablo R., “La concursabilidad del consorcio de propiedad horizontal” [online], en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, N° 933, 2018.

73. Ley 24522, art. 6: “*Personas de existencia ideal. Representación y ratificación.* Tratándose de personas de existencia ideal, privadas o públicas, lo solicita el representante legal, previa resolución, en su caso, del órgano de administración. Dentro de los treinta (30) días de la fecha de la presentación, deben acompañar constancia de la resolución de continuar el trámite, adoptada por la asamblea, reunión de socios u órgano de gobierno que corresponda, con las mayorías necesarias para resolver asuntos ordinarios. No acreditado este requisito, se produce de pleno derecho la cesación del procedimiento, con los efectos del desistimiento de la petición”.

74. Para completar la lectura con un desarrollo específico sobre este tema, ver BARREIRO, Pablo R., “El consorcio de propietarios como persona jurídica. Su capacidad para adquirir bienes” [online], en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, N° 930, 2017.

o venta de una unidad funcional es suficiente la mayoría absoluta de los propietarios, en virtud de los artículos 2051 y 2060.⁷⁵

Del mencionado artículo 2051, que legisla sobre las mayorías necesarias para realizar mejoras u obras nuevas, surge claramente que los propietarios o el consorcio requieren consentimiento de la mayoría de los propietarios y que “la adquisición de la unidad puede, por lo menos, asimilarse a una mejora”.⁷⁶ Cierta doctrina sostiene que la adquisición debe ser decidida por la asamblea por unanimidad, con fundamento en el artículo 14 de la derogada Ley 13512. Dicho artículo requería la unanimidad para hipotecar el terreno común, habiéndolo extendido la doctrina a todos los casos en que se perjudique o afecte el derecho de algún comunero:

En tales casos, se explicaba el requisito de unanimidad dada la analogía con los artículos 2680 y 2682 del Código Civil derogado y, ahora, con el artículo 1990 CCCN. Pero, en la cuestión en examen, el consorcio actúa como ente independiente sobre bienes que le serán propios y no para adquirir cosas a incorporarse a un condominio, por ello, parece lógico que cese la regla de la unanimidad y se haga primar la de la voluntad de las mayorías.⁷⁷

Entonces, la decisión de adquirir o enajenar un inmueble deberá ser tomada con la previa aprobación en asamblea por el voto de la mayoría absoluta del conjunto de los propietarios, salvo que el reglamento prevea una mayoría superior, y, conforme al artículo 2060 CCCN, dicha mayoría deberá ser computada sobre la totalidad de los propietarios de las unidades funcionales y se forma con la doble exigencia del número de unidades y de las partes proporcionales indivisas de estas en relación con el conjunto. La adquisición de un inmueble por el consorcio no genera compromiso individual directo para el derecho patrimonial del comunero. No obstante, la minoría disconforme podrá reclamar judicialmente para que se deje sin efecto la decisión de la asamblea, conforme al artículo 2051, que establece que

Quien solicita la autorización si le es denegada, o la minoría afectada en su interés particular que se opone a la autorización si se concede, tienen acción para que el juez deje sin efecto la decisión de la asamblea. El juez debe evaluar si la mejora u obra nueva es de costo excesivo, contraria al reglamento o a la ley, y si afecta la seguridad, solidez, salubridad, destino y aspecto arquitectónico exterior o interior del inmueble. La resolución de la mayoría no se suspende sin una orden judicial expresa.

Esta disposición, interpretada con criterio amplio, le permite al consorcista disconforme plantearle al juez lo pertinente a fin de evitar la violación de sus derechos o negocios perjudiciales, pero se evita que con una actitud obstructiva, pasiva o negligente se perjudiquen los intereses del consorcio. Como señalaran Alterini y Vázquez,

75. Art. 2051 CCCN: “Mejora u obra nueva que requiere mayoría. Para realizar mejoras u obras nuevas sobre cosas y partes comunes, los propietarios o el consorcio requieren consentimiento de la mayoría de los propietarios, previo informe técnico de un profesional autorizado. Quien solicita la autorización si le es denegada, o la minoría afectada en su interés particular que se opone a la autorización si se concede, tienen acción para que el juez deje sin efecto la decisión de la asamblea. El juez debe evaluar si la mejora u obra nueva es de costo excesivo, contraria al reglamento o a la ley, y si afecta la seguridad, solidez, salubridad, destino y aspecto arquitectónico exterior o interior del inmueble. La resolución de la mayoría no se suspende sin una orden judicial expresa”.

76. COSSARI, Nelson G. A., [comentario al art. 2044], en Alterini, J. H. (dir. gral.), *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético*, t. 9, Buenos Aires, La Ley-Thomson Reuters, 2016 (2ª ed.), p. 850.

77. *Ibidem*.

Y si alguna duda cupiere, no debería soslayarse que la interpretación que afirma la exigencia de la unanimidad tornaría prácticamente imposible, en los hechos, que el consorcio ejerciera esta facultad jurídica que, como hemos tratado de exhibir, se presenta claramente acorde con la especialidad que caracteriza a esta persona de existencia ideal (art. 35, Cód. Civil). Y también aquí, la directriz de la libertad debería guiar la respuesta por un discurrir que facilite el ejercicio de los derechos, desechándose reparos que no parecen hallar aval normativo definido.⁷⁸

Por otro lado, Cossari apunta:

Entendemos que tal solución se conforma con la normativa vigente y con las dificultades para obtener unanimidad y por ende se frustraría una ventajosa solución para el consorcio sobre todo cuando pretende ser adquirente en una subasta donde el mismo es actor...⁷⁹

¿Se lograría la aprobación del titular de la unidad funcional que se rematará y sigue siendo un consorcista, y debe contribuir al voto unánime?

Si entendemos que el consorcio tiene capacidad jurídica como persona, en tales asuntos debe regirse –en principio– por la regla de la voluntad mayoritaria formada en la asamblea y no la de la unanimidad propia del condominio.⁸⁰

6. Bibliografía

- ALEGRIA, Héctor y otros [comisión Decreto PEN 685/1995], *Proyecto de Código Civil Unificado con el Código de Comercio*, Buenos Aires, 1998.
- ALTERINI, Jorge H., ALTERINI, Ignacio E. y ALTERINI, María E., *Tratado de los derechos reales*, t. 2, Buenos Aires, La Ley, 2018.
- ALTERINI, Jorge H. y VÁZQUEZ, Gabriela A., “Reafirmación de la personalidad del consorcio y su capacidad para adquirir bienes”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 23/5/2007 (t. 2007-C, p. 1076, cita online AR/DOC/1610/2007).
- BARREIRO, Pablo R., “El consorcio de propietarios como persona jurídica. Su capacidad para adquirir bienes” [online], en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, N° 930, 2017.
- “La concursabilidad del consorcio de propiedad horizontal” [online], en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, N° 933, 2018.
- COSSARI, Nelson G. A., (comentario al art. 2060), en Alterini, J. H. (dir. gral.) y Alterini, I. E. (coord.), *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético*, t. 9, Buenos Aires, La Ley, 2015 (1ª ed.).
- GABÁS, Alberto A., *Manual teórico práctico de propiedad horizontal*, Buenos Aires, Hammurabi, 1991.
- GURFINKEL DE WENDY, Lilian N. y SAUCEDO, Ricardo J., *Propiedad horizontal. Conjuntos inmobiliarios. Tiempo compartido. Cementerios privados*, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 2016 (1ª ed.).
- HIGHTON, Elena I. (y Nolasco, Elena C. [colab.]), *Propiedad horizontal y prehorizontalidad*, Buenos Aires, Hammurabi, 2000, [colección “Derechos reales”, v. 4].
- KIPER, Claudio M., *Tratado de derechos reales. Código Civil y Comercial de la Nación. Ley 26994*, t. 1, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2016.
- ZELAYA, Mario, “La propiedad horizontal”, en Kiper, C. M. (dir.), *Derechos reales. Novedades en el Código civil y Comercial de la Nación (ley 26994)*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2015.
- (comentario al art. 2060), en Lorenzetti, R. L. (dir.), *Código Civil y Comercial comentado*, t. 9, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2015.

78. ALTERINI, Jorge H. y VÁZQUEZ, Gabriela A., “Reafirmación de la personalidad del consorcio y su capacidad para adquirir bienes”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 23/5/2007 (t. 2007-C, p. 1076, cita online AR/DOC/1610/2007).

79. COSSARI, Nelson G. A., ob. cit. (cfr. nota 74), p. 850.

80. Ídem, p. 851.

La aplicación del protocolo digital*

Valeria V. Calabrese

Sofía T. Scotti

RESUMEN

La vinculación entre nuevas tecnologías y notariado se vislumbra en la aplicación del protocolo digital, que es viable en tanto el Código Civil y Comercial, así como la Ley de Firma Digital y la de Apoyo al Capital Emprendedor, sientan las bases para ello. Existen ya las herramientas tecnológicas necesarias para implementarlo y permitir su circulación y la inalterabilidad de la información. Hay soportes digitales o magnéticos que permiten almacenar el documento digital matriz y documentación conexas, sea esta escrita o no, en un solo espacio cristalizado en el tiempo, disponible para su consulta cuando se lo desee; también dispositivos de almacenamiento de datos, que consisten en componentes de *hardware* que escriben o leen datos en los medios de almacenamiento. La consumación concebida no modifica la esencia del ejercicio de la función notarial, sino que cambia el soporte, ello en tanto que el notario hace al instrumento y no a la inversa. En la instrumentación por medios digitales, la firma digital se debería insertar en presencia de un notario, quien lo certificará digitalmente e identificará a los firmantes. Así se completaría el círculo del soporte digital, creando un instrumento digital, con firmas digitales auténticas, con la cualidad de circular rápidamente.

PALABRAS CLAVE

Documento digital; firma digital; protocolo digital; soporte instrumental; tecnología y modernización.

Fechas de recepción y aceptación

18/3/2019 - 18/7/2019

Sumario: 1. Introducción. 2. Desarrollo. 2.1. Documento digital. Firma digital. Protocolo digital. 2.2. Legislación nacional. 2.3. Aplicación del protocolo digital. 3. Conclusión. 4. Bibliografía.

1. Introducción

La incorporación de las nuevas tecnologías al quehacer diario de la función notarial ya no es optativa. Hemos podido comprender, un poco por curiosidad, otro por necesidad

* Edición corregida y actualizada –especial para la *Revista del Notariado*– del trabajo presentado en la XXXIII Jornada Notarial Argentina (San Carlos de Bariloche, 2018).

y otro por obligatoriedad, que seguir considerando el papel como único soporte seguro para el ejercicio de la función fedataria ya no es posible.

Luego de estudiar esta temática durante los últimos años, podemos afirmar que, a los notarios, nos produce sentimientos encontrados. Por un lado, genera miedo a lo desconocido y a que nuestra función sea reemplazada, lo que hace que se lo considere una especie de amenaza; y, por el otro, cierta adrenalina por las múltiples oportunidades que comprende. Esto conduce a repasar los conceptos de *protocolo*, *documento*, *documento notarial*, *firma* y *grafía*, como así también los principios de materialidad y matricidad, para aplicarlos y compararlos ahora sí con los de *documento digital*, *documento notarial digital*, *protocolo digital* y *firma digital*.

Habiendo revisado estos conceptos, subyace la inquietud de representarnos qué es realmente, llevado a la realidad, un protocolo digital. Tuvimos la necesidad de pensar en forma práctica o de apelar a la creatividad e idear la aplicación concreta de lo que venimos estudiando, y de desentrañar realmente si lo que se modifica frente al avance tecnológico es la actuación del notario o si solo cambia el soporte en donde aquel habrá de desempeñarse. Como correlato, nos preguntamos si en nuestro país es factible aplicar estas nuevas tecnologías al ejercicio de la función notarial, de acuerdo a lo preceptuado por la normativa existente, y, más aún, si en el presente contamos con legislación específica que la regule, para de esta forma comenzar a diagramar su aplicación práctica y real. Consecuentemente, también nos permitimos preguntarnos ¿por qué deberíamos o no adoptar el protocolo digital?, ¿para qué hacerlo?

Movilizados por encontrar respuestas a los interrogantes planteados, este trabajo de investigación está enfocado desde un punto de vista práctico para desentrañar y entender cabalmente si es factible aplicar las nuevas tecnologías al ejercicio cotidiano de la función notarial y cómo y cuándo hacerlo.

2. Desarrollo

2.1. Documento digital. Firma digital. Protocolo digital

Para poder hacer un análisis práctico de los cuestionamientos que hemos planteado anteriormente, debemos, en primer lugar, definir los conceptos de documento digital, protocolo digital y firma digital.

2.1.1. Documento digital

El documento digital está definido en el artículo 6 de la [Ley 25506 de Firma Digital](#), que establece:

Se entiende por documento digital a la representación digital de actos o hechos, con independencia del soporte utilizado para su fijación, almacenamiento o archivo. Un documento digital también satisface el requerimiento de escritura.

Podemos considerar entonces el documento digital como un registro cuya particularidad radica en que el mismo se realiza a través de medios digitales y que se almacena en la

memoria de un ordenador o en otros soportes similares.¹ Por lo tanto, documento digital será un archivo de Word, un correo electrónico, una filmación de cámaras de seguridad o los datos de transacciones de banca electrónica que quedan registrados en la cuenta de algún cliente.

Falbo lo conceptualiza como:

... una cosa a la cual se le debe haber incorporado, por el trabajo del hombre, una grafía que expresa el pensamiento de su autor que, a su vez, sea atribuible a este, que tenga la virtualidad de representar algún hecho o acontecimiento relevante para su derecho, cuyo soporte material está dado por la cadena de *bits* que lo configuran.²

El documento digital así considerado tiene **tres aspectos** que debemos analizar para comprender luego su aplicación al ejercicio de la función notarial.

El primer aspecto es el de su **materialidad**. Suelen confundirse las nociones de documento digital con documento inmaterial, ya que cuando estamos en presencia del primero, al no poder tocarlo ni percibirlo en un soporte palpable, parece que aquel no tuviera sustento físico. Lo cierto es que, si bien solo podemos acceder a un documento digital a través de una decodificación que del mismo haga un ordenador u otro dispositivo similar, en realidad sí existe materialmente. La diferencia radica en que existe en un espacio y en un formato que excede las facultades naturales de las personas humanas para percibirlo. Pero está allí y tiene un sustento que ocupa, además, espacio físico.

La existencia, entonces, del documento digital está conformada por una serie de datos almacenados en un conjunto de códigos binarios que se encuentran grabados permanentemente o en forma temporal en la memoria del dispositivo destinado a leerlo o, mejor dicho, a decodificarlo, para que sea inteligible para el ser humano. Así, en estos espacios de almacenamiento hay información que, ante un impulso magnético, el dispositivo procede a exteriorizar en imágenes, sonido o texto mediante una decodificación instantánea del sistema binario. Estrictamente, si el documento digital exterioriza texto, podemos considerarlo como un medio para expresar el pensamiento humano.

Todo ello nos permite sostener que las nociones “digital” e “inmaterial” no son sinónimos, sino que, por el contrario, el documento digital tiene una materialidad física. El hecho de que esta escape la posibilidad de percepción a través de nuestros sentidos no implica negar su existencia.

El segundo aspecto que debemos analizar es la **forma**, es decir, la aptitud del documento digital de exteriorizar información y, en el plano notarial, la de exteriorizar, por ejemplo, la voluntad de las partes. Este es uno de los principales argumentos para considerar la aplicación de las nuevas tecnologías a la función notarial y, por lo tanto, incorporar en nuestro sistema el protocolo digital.

Bien sabemos que el notario actúa a requerimiento de parte, receptando, interpretando y calificando jurídicamente su voluntad. Luego, esta quedará, en su caso, plasmada en un documento que la exteriorice y su refrenda será a través de la acción de estampar su

1. Ver MORA, Santiago J., “Documento digital, firma electrónica y digital”, en *La Ley*, Buenos Aires, 31/12/2013 (t. 2014-A, cita online AR/DOC/3995/2013).

2. FALBO, Santiago, “Protocolo digital. Nuevas tecnologías y función notarial. Otorgamiento del documento notarial digital y circulación electrónica del documento notarial”, en *Revista Notarial*, La Plata, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, N° 979, 2015, p. 36 [N. del E.: ver [aquí](#); fuente: COLESCBA; última consulta: 30/9/2019].

firma en él. Por lo tanto, si podemos considerar y comprender que el documento digital es un elemento idóneo para exteriorizar la voluntad de las partes recogida por el notario y luego autorizado por él, entonces hemos encontrado argumentos proclives a su efectiva utilización como **soporte** del ejercicio de la función notarial.

El tercer aspecto a analizar es desde la **faz probatoria** del documento digital, su aptitud de mantenerse en el tiempo, de poder circular y de no ser alterado como tal. En palabras de Falbo:

... la recepción legislativa de este nuevo tipo de documentos, **la indiferencia del soporte material de los mismos**, tiene por finalidad la asimilación entre los documentos digitales y los documentos en soporte papel. El carácter probatorio o constitutivo de los mismos se mantiene con independencia de la materia de la cual estén compuestos.³

Ello nos conduce a analizar diferentes consideraciones:

- a) La eficacia probatoria del documento digital será mayor si puede acreditarse que no ha sido modificado: para ello, es necesario contar con un sistema que garantice su inalterabilidad desde el momento de su emisión o generación.
- b) Dicha eficacia probatoria está condicionada a que pueda acreditarse que el mismo ha sido generado o emitido por su supuesto autor.

2.1.2. Firma digital

La **Ley 25506 de Firma Digital** la define en su artículo 2 cuando dispone que:

Se entiende por firma digital al resultado de aplicar a un documento digital un procedimiento matemático que requiere información de exclusivo conocimiento del firmante, encontrándose ésta bajo su absoluto control. La firma digital debe ser susceptible de verificación por terceras partes, tal que dicha verificación simultáneamente permita identificar al firmante y detectar cualquier alteración del documento digital posterior a su firma.

Excede el objeto de este trabajo la diferenciación entre los conceptos de firma digital y firma electrónica, habiendo una relación de género a especie de la segunda a la primera. Pero sí es necesario comprender al menos su funcionamiento y naturaleza ya que su utilización se hace imprescindible en el empleo del protocolo digital. Las siguientes líneas, más allá de consistir en una explicación técnica simplificada, tienen por finalidad comprender el proceso lógico que da origen a la firma digital.

Bien sabemos que **firma digital** no hace referencia a una firma ológrafa escaneada ni a una firma manual realizada en una tableta cuyo trazo se traslada a un documento digital, sino que estamos hablando aquí de una combinación de dos claves numéricas, una pública y otra privada, que permite otorgarle al documento digital dos garantías: la identificación del firmante, con una presunción de autenticidad, y la no alteración del contenido del documento con posterioridad a la firma del mismo. Por estas características es que se la denomina *firma* digital.

Los autores han definido que “firma digital es lo que las leyes se han encargado de definir y regular”,⁴ con los alcances y aplicaciones que han querido darle.

3. Ídem, p. 36.

4. Ídem, p. 37.

La clave privada es de uso exclusivo y se presupone de conocimiento excluyente del propietario de la firma digital. La clave pública, en cambio, será la que utilice el destinatario de un documento firmado digitalmente para comprobar los dos extremos mencionados anteriormente, que son la autoría del firmante y la inalterabilidad del documento luego de la firma, es decir, que este no haya sido interceptado en la red ni alterado en su contenido.

El procedimiento de la firma digital consiste, entonces, en que su propietario sea titular de un **certificado de firma digital** otorgado por una **autoridad certificante**, debidamente autorizada por el **ente licenciante**.

- El ente licenciante es la autoridad u organismo estatal que les otorga a personas jurídicas la licencia para emitir certificados de firma digital. En la actualidad, las licencias son otorgadas por la Secretaría de Modernización.
- La autoridad certificante o certificador licenciado es la persona jurídica, registro público u organismo público que ha sido debidamente autorizada por el ente licenciante y, en consecuencia, expide certificados de firma digital y presta otros servicios relacionados con la firma digital.
- El certificado de firma digital o certificado digital es un documento electrónico emitido por un certificador licenciado y que sirve para asegurar que determinada clave pública pertenece a cierta persona, titular de una firma digital. Es un tercero confiable entre el emisor del documento digital y el destinatario.⁵

Para obtener el certificado digital y firmar digitalmente, el solicitante deberá iniciar un trámite de registro ante la autoridad certificante o el certificador licenciado, que normalmente será vía web. Luego, deberá presentarse **personalmente** ante el certificador licenciado a los fines de constatar su identidad, ya que estos datos serán posteriormente los que verifique el destinatario de un documento firmado digitalmente mediante la utilización de la clave pública. Finalmente, el certificador licenciado le otorgará un certificado de firma digital que le permitirá al solicitante firmar digitalmente.

Ese par de claves numéricas están vinculadas entre sí por una relación lógica necesaria. Por lo tanto, a la clave privada solo le corresponderá determinada clave pública y viceversa. La relación lógica que existe entre las claves públicas y privadas, desde el punto de vista matemático, es la siguiente: el algoritmo generado al momento de la creación de la firma digital consiste en una extensa combinación de números; la clave privada y la clave pública son diferentes datos de ese mismo algoritmo que entre ambas lo completan; de manera tal que siempre estarán vinculadas entre sí. La primera permite acceder al documento y modificarlo; la segunda, en cambio, solo le posibilita al receptor del mismo acceder a su contenido, conocer la identidad de su autor y que el mismo no ha sido alterado, **pero no puede modificarlo**, pudiendo firmarlo digitalmente.

Para concluir este apartado, haremos dos aclaraciones en cuanto a las características de la firma digital. La primera tiene que ver con la presunción de autoría de la que goza, ello conforme a la disposición legal que así lo ha receptado. No sucede lo mismo con la firma ológrafa. Esto ha debido ser así porque, a diferencia de la firma ológrafa, la

5. Ver “Autoridad certificante raíz de la República Argentina (ACRAIZ)” [online], en Argentina.gob.ar; última consulta: 8/1/2019.

firma digital sí es escindible o separable de su titular, y, por lo tanto, si la ley no le otorga este carácter, la misma carecería de seguridad y efecto.⁶

Por ello –y he aquí la segunda aclaración–, es que la Ley 25506 pone en cabeza del titular del certificado digital la obligación de mantener el control exclusivo de sus datos de creación de la firma digital, puesto que es totalmente plausible el escenario en donde un documento sea firmado digitalmente por una persona que en definitiva no era el titular del certificado y que usó un certificado ajeno. La firma digital no será falsificada, pero sí habrá una incongruencia entre quien se presume sea el autor de ese documento y el autor real del mismo y se rompería, en definitiva, la cadena de imputación.

2.1.2.1. Especial consideración respecto de su autenticidad

Con relación a lo dicho en el último párrafo del apartado anterior, pondremos de manifiesto que la presunción de autoría que le otorga la Ley 25506 a la firma digital no equivale a considerar esta última como auténtica. Esto es así porque, por más que la ley disponga “se presume, salvo prueba en contrario, que toda firma digital pertenece al titular del certificado digital que permite la verificación de dicha firma”,⁷ no podemos considerar que el procedimiento de cotejar la titularidad de un certificado digital equivalga a constatar la identidad del firmante ni mucho menos a hacer un análisis de su capacidad.⁸ Por lo tanto, si bien lo que se pretende es agilizar los procedimientos y desburocratizar las gestiones, no podemos poner este valor por encima de la seguridad jurídica, arriesgando la solidez del sistema tanto público como privado.

2.1.3. Protocolo digital

Luego de conceptualizar el documento y la firma digital, podemos definir sobre estas bases el protocolo digital como **el conjunto de documentos notariales matrices digitales ordenado cronológicamente**. De esta definición se desprende que el elemento sustancial que marca la diferencia con la conceptualización de protocolo que hace el Código Civil y Comercial en el artículo 300 es la naturaleza digital del mismo y la incorporación que se haga a él de los documentos habilitantes. Este último punto lo analizaremos en el capítulo siguiente de este trabajo.⁹

Se hace necesario comprender que, si bien lo que se modifica es el soporte del documento, pasando de un sustento tangible (papel) a uno digital (documento electrónico), los requisitos y elementos del documento notarial deberán permanecer en su esencia. En consonancia, en el informe de la asamblea de la Unión Internacional del Notariado Latino celebrada en Budapest en el año 2014 se estableció: “cabe concluir que [el hecho de

6. La firma digital confluye en la combinación de dos claves numéricas, una pública y otra privada, que permiten otorgarle al documento digital dos garantías: la identificación del firmante, con presunción de autenticidad, y la no alteración del contenido del documento con posterioridad a la firma del mismo.

7. Art. 7, Ley 25506.

8. Todo ello nos permite ratificar que, más allá de su coherencia con la seguridad informática, la presunción de autoría de la firma digital es una creación legislativa. Es la propia ley la que le da validez, utilidad y efectos jurídicos.

9. Ver FALBO, Santiago, ob cit. (cfr. nota 2), pp. 48-53.

que] el soporte material de la escritura original sea el papel o el código binario electrónico es un aspecto más o menos **indiferente**".¹⁰

El mismo informe hace referencia a que el cambio está dado entonces en el soporte material de la escritura. Ya analizamos que el documento digital tiene su esencia basada en una materialidad, que, aun cuando no la percibamos a través del sentido de la vista o el tacto, está allí.

Podemos definir el soporte como el material físico en donde se almacena la información. Así concebido, partimos de una voluntad plasmada en un papel que ahora va a trasladarse al soporte magnético. Luego, esa expresión de voluntad será confirmada por los otorgantes mediante su firma digital. El documento notarial ha sido, durante años, el medio por excelencia para la manifestación de voluntades, negociales o no, y su consideración como auténticas. La labor del notario consiste en su adecuación al ordenamiento normativo y en su redacción, sea en el soporte que sea. Es ello la esencia fedante, la mismísima intervención del notario en ejercicio de sus funciones. Por lo tanto, hoy podemos plantearnos plenamente la implementación de un **protocolo digital**, incluso siguiendo las recomendaciones de la Unión Internacional del Notariado Latino de 2014, utilizando las herramientas que a nuestra disposición pone la informática. Se traslada la labor sobre el papel al ordenador, mediante un sistema que les dé seguridad a la firma de las partes y del notario, que es la firma digital.

Entre las obligaciones disciplinarias del notario está la conservación del protocolo, lo que se relaciona íntimamente con el principio de materialidad del mismo. Será a cargo del fedante **conservar los documentos digitales notariales matrices, ordenados cronológicamente, que contengan uno o más actos jurídicos o que comprueben hechos jurídicos firmados digitalmente por las partes y por el notario, y los documentos habilitantes de esos actos jurídicos**. Todo en un mismo archivo seguro.

Cabe destacar aquí que estamos hablando del uso de la firma digital **en presencia** del notario y no a distancia. Esto en congruencia con el principio de inmediatez que caracteriza el sistema del notariado latino.

2.2. Legislación nacional

Dentro de la normativa actual vigente, podemos encontrar disposiciones de fondo que constituyen las bases para considerar la aplicación de nuevas tecnologías al campo del derecho, y otras donde ya se hacen realidad la aplicación y la instrumentación en formato digital, con reconocimiento de autenticidad.

Analizaremos por separado las principales disposiciones normativas que implican un reflejo de este avance tecnológico en el cual la función notarial está involucrada, realizando en su caso las sugerencias para lograr su concreción.

10. Ídem, p. 49.

2.2.1. Código Civil y Comercial de la Nación

El Código Civil y Comercial incorporó sabiamente una puerta de entrada a la posibilidad de aplicar las nuevas tecnologías digitales al ejercicio de la función notarial. Utilizamos la expresión *sabiamente* porque, aun cuando sus normas son aplicadas en un país en donde el soporte papel tiene casi el monopolio de la instrumentación de negocios y actos jurídicos –aunque afortunadamente esto está modificándose–, es innegable que la tendencia ha pasado a ser la digitalización de los mismos. En esta línea ideológica, el Código tiene consideraciones que permiten interpretar que es posible incorporar nuevas tecnologías al ejercicio de nuestra función. No obstante, si bien contamos con principios que sientan las bases para hacerlo, la legislación es insuficiente.

Para mayor abundamiento, a continuación analizaremos los artículos 286, 287 y 300 del **Código de fondo** en relación a su aplicación en escrituras públicas y actas en soportes digitales con contenido representado en texto inteligible y a la lectura de los mismos que exija medios técnicos.

2.2.1.1. Artículo 286: expresión escrita

Establece el artículo 286:

La expresión escrita puede tener lugar por instrumentos públicos, o por instrumentos particulares firmados o no firmados, excepto en los casos en que determinada instrumentación sea impuesta. **Puede hacerse constar en cualquier soporte**, siempre que su contenido sea representado con **texto inteligible**, aunque su lectura exija **medios técnicos**.

Este artículo da el puntapié para considerar la aplicación de los avances tecnológicos que permiten hacer constar la forma escrita en cualquier soporte. Dijimos que este vocablo hace alusión al material físico en donde se almacena la información, refiriéndose no solo al medio de almacenamiento de datos que puedan ser procesados por una computadora (*pen drive*, tarjeta de memoria, discos rígidos), sino que comprende también los que contienen información no digital, como lo son el papel, la cartulina, la madera, la piedra, etc. Los soportes *informatizables*, es decir, aquellos que contienen datos que pueden ser procesados por una computadora o un sistema informático constituyen el **medio de transporte** de la información digital.

Desde el punto de vista de la función notarial, los soportes digitales o magnéticos ofrecen la posibilidad de almacenar grandes cantidades de información en pequeños espacios físicos, con la ventaja de poder enviarla a distintos lugares del mundo en donde es decodificada y procesada en cuestión de segundos. También permiten almacenar en un solo archivo no solo el documento notarial digital matriz, sino también los documentos habilitantes y complementarios del mismo (digitales o digitalizados) de manera tal que toda la información pueda estar vinculada en un solo espacio, cristalizada en el tiempo y con la posibilidad de encontrarse disponible para su consulta.

Con relación a la expresión “**lectura que exija medios técnicos**”, podemos decir que hace referencia a un concepto que está relacionado con el de soporte de almacenamiento de datos pero que no debe confundirse con este: nos referimos puntualmente a los **dispositivos de almacenamiento de datos**. Estos últimos son aquellos aparatos que leen o graban los datos almacenados en los soportes. Se trata de los componentes de *hardware*

que escriben o leen datos en los medios de almacenamiento, tales como una **disquetera**, un lector de disco compacto, un puerto USB y una **unidad de disco óptico**, que realizan la lectura o escritura en disquetes y discos ópticos, y cuya finalidad es almacenar y **recuperar la información de forma automática y eficiente**.

Haciendo una interpretación del artículo, la referencia se hace en relación al sistema binario de decodificación de la información y la posibilidad de que los dispositivos de almacenamiento de datos los procesen y traduzcan en texto inteligible para toda la población. Por lo tanto, debemos **diferenciar el soporte de almacenamiento de datos**, que serán en su caso un *pen drive*, un CD, una tarjeta de memoria, un disco duro, etc., **de los dispositivos de almacenamiento de datos, que son las tecnologías desarrolladas para decodificar y recuperar la información contenida en los primeros**.

La expresión “texto inteligible” significa que puede ser comprendido o entendido. Esta es la base de toda modificación de la era digital: el hecho de poder conocer y entender la información que llega a nuestras manos y que se pretende que comprendamos y utilicemos. Reina así el concepto de **accesibilidad** y es lo que ha permitido su expansión a todos los ámbitos.

Si pensamos en la posibilidad de acompañar en un solo archivo no solo el instrumento digital (documento escrito) en donde conste un acto jurídico, sino también **toda aquella documentación** (escrita o no) **que el escribano incorpore al mismo** por exigencia legal o a requerimiento de las partes, que puede consistir en imágenes, grabaciones, videos, etc., será necesario que los soportes contengan información no solo decodificable en texto. Sobre este punto, volveremos al analizar el artículo 287.

Por lo tanto, podríamos plantearnos incorporar un artículo al Código Civil y Comercial que tenga en cuenta la utilización de cualquier soporte en donde consten datos o información que no responda solamente a la forma escrita y que pueda ser interpretada en forma “**inteligible, aunque su interpretación exija medios técnicos**”.

2.2.1.1.1. Especial consideración en relación con las actas notariales

En este orden de ideas, podemos decir que en relación con las actas notariales se pone aún más de manifiesto la necesidad de incorporar al texto del Código la alternativa de que no solo la expresión escrita sea la que pueda ser contenida en cualquier soporte y representada en forma inteligible, sino también la forma audiovisual. Esto es así porque día a día se hace más frecuente en el ejercicio de la función notarial la utilización de videos, fotos o audios que acompañen el contenido de las actas notariales. Todo ello porque la tecnología así lo permite.

Entonces, si apelamos a trabajar en un futuro cercano con un protocolo digital, ¿por qué dejar de lado la posibilidad de agregarle a ese protocolo medios tan efectivos y complementarios de exteriorización de la información como lo son las fotos y los videos tan frecuentemente utilizados en actas notariales en estos días? Por ello, es necesario ampliar la consideración de los soportes digitales más allá *de y para* contener la forma escrita.

2.2.1.2. Artículo 287: instrumentos privados y particulares no firmados

Este artículo, que continúa con la explicación metodológica para diferenciar las clases de instrumentos, incorpora conceptos novedosos en cuanto a su caracterización. Dice el artículo:

Los instrumentos particulares pueden estar firmados o no. Si lo están, se llaman instrumentos privados. Si no lo están, se los denomina instrumentos particulares no firmados; esta categoría comprende todo escrito no firmado, **entre otros, los impresos, los registros visuales o auditivos de cosas o hechos y, cualquiera que sea el medio empleado, los registros de la palabra y de información.**

Los registros mencionados en último término no eran considerados por el derecho civil como una forma válida e instrumental de expresión de la voluntad; sí eran considerados, en cambio, a los fines probatorios.

Realmente es admirable la forma en que el mismo Código incorpora en la categoría de instrumentos particulares no firmados los “registros visuales o auditivos de cosas o hechos y, **cualquiera que sea el medio empleado**, los registros de la palabra y de información”. Por lo tanto, podemos decir hoy que la información contenida en soportes digitales reviste la calidad de **instrumento** reconocido por el derecho civil y comercial. Así, en concordancia con lo dispuesto por el artículo 286 recientemente analizado, podemos hacer una interpretación conjunta y considerar la posibilidad de que estos instrumentos particulares no firmados formen parte de un protocolo digital, todo contenido en un mismo archivo matriz.

2.2.1.3. Artículo 300: protocolo

Como dijimos anteriormente, no podemos olvidar que este Código, que abre las puertas a una legislación abarcadora de las nuevas tecnologías en relación a los documentos digitales, **está destinado a aplicarse en un país federal**. Esto ha sido tenido en cuenta por los codificadores en lo que se refiere a la regulación del protocolo notarial en el artículo 300, en cuanto establece que:

El protocolo se forma con los folios habilitados para el uso de cada registro, numerados correlativamente en cada año calendario, y con los **documentos que se incorporan** por exigencia legal o a requerimiento de las partes del acto. **Corresponde a la ley local reglamentar** lo relativo a las características de los folios, su expedición, así como los demás recaudos relativos al protocolo, forma y modo de su colección en volúmenes o legajos, su conservación y archivo.

Con respecto a este artículo, y en relación con el tema que nos compete, podemos analizar dos aspectos: la utilización del vocablo *documento* y la existencia de reglamentaciones locales en relación con los recaudos relativos al protocolo.

2.2.1.3.1. Documento o instrumento particular no firmado

Cabe recordar aquí que **todos los documentos son instrumentos, pero no todos los instrumentos son documentos**, y que la expresión *documento* hace referencia al elemento material que contiene un hecho o acto jurídico que puede ser plasmado en una unidad

de información, cualquiera sea el soporte utilizado (cinta, papel, disco magnético, película, fotografía, imágenes, audios y videos digitales, etc.) con el objeto de preservarlo en el tiempo; además, que la expresión *instrumento* hace alusión a la especie dentro del género documento, ya que se trata de documentos escritos. Teniendo esto en cuenta, entonces, pondremos de resalto que la norma en análisis se refiere a los “documentos” que se incorporan al protocolo, dejándonos en claro que no solo constituyen “protocolo” los instrumentos matrices otorgados con las formalidades que exige la ley, que contienen uno o más actos jurídicos y autorizados por el notario, sino que también lo son los documentos que se incorporen como parte integrante de los mismos.

El legislador fue previsor de las posibilidades que se pueden plantear en el futuro y utiliza sabiamente la palabra *documentos* en el artículo. De esta forma, **podremos incorporar a un protocolo digital, videos, audios, fotografías y demás información que se pueda traducir no solo a través de la forma escrita.**

Ahora bien, volvamos a lo analizado en relación al artículo 287:

Los instrumentos particulares pueden estar firmados o no. Si lo están, se llaman instrumentos privados. Si no lo están, se los denomina **instrumentos particulares no firmados**; esta categoría comprende todo escrito no firmado, **entre otros, los impresos, los registros visuales o auditivos de cosas o hechos y, cualquiera que sea el medio empleado, los registros de la palabra y de información.**

Por lo expuesto, celebramos la redacción del codificador en cuanto a que el artículo 300 habla de “documentos” y aquí quedan comprendidos los registros impresos, los visuales o auditivos de cosas o hechos y cualquiera que sea el medio empleado para dejar constancia de la palabra y de información.

2.2.1.3.2. Reglamentaciones locales

Es en virtud de las facultades no delegadas por las provincias a la Nación que las mismas se reservan la potestad de dictar su reglamentación local en materia notarial. De conformidad con lo dispuesto por el Código Civil y Comercial de la Nación, las provincias han regulado los recaudos relativos al protocolo, a su forma, a las características de sus folios, su expedición y su modo de su colección en volúmenes o legajos, su conservación y archivo. Por lo tanto, les corresponderá a las provincias entonces la regulación relativa al protocolo digital y a su modo de archivo. De manera que, incluso, podrían ser los Colegios Notariales de cada una de ellas los que provean a los escribanos de registro de los soportes para archivar y almacenar los documentos notariales, logrando así la seguridad necesaria en el resguardo de tan delicada información.

Sería interesante la implementación de una llave digital o clave personal para que cada notario pueda acceder al archivo de sus escrituras digitales contenidas en el soporte provisto por cada colegio notarial, cuya lectura y recuperación, a través de medios técnicos, sea realizada por el escribano desde su notaría, en cualquier momento que lo desee. Otro aspecto a tener en cuenta será el relativo a que, si bien cada provincia ha hecho reserva de la referida reglamentación, no podrá dejarse de lado que, si bien somos un país federal, somos un país. Por ello, deberá realizarse un estudio adecuado para establecer normas o principios relativos a la aplicación y regulación del protocolo digital que sean uniformes entre todas las provincias.

2.2.2. Ley 25506 de Firma Digital. Artículo 11

Como aclaramos anteriormente, no es objeto de este trabajo el análisis pormenorizado de la Ley 25506, pero sí pondremos de resalto las disposiciones en virtud de las cuales puede verse plasmada la aplicación concreta de los avances de la era digital al mundo negocial y del derecho.

Un punto no menor a tener en consideración es la fecha de entrada en vigencia de la ley: estamos hablando de fines del año 2001. Tiene, entonces, casi dieciocho años. Constituye un elemento esencial en los primeros atisbos de aplicación de las nuevas tecnologías ya que precede a las disposiciones del Código analizadas recientemente en casi catorce años. Contiene la definición y caracterización de la firma digital y su diferencia con la firma electrónica, como así también el concepto de documento digital, la regulación de los certificados digitales, del certificador licenciado (previamente definidos en el cuerpo de este trabajo), y las disposiciones relativas a su responsabilidad, la autoridad de aplicación, el régimen de sanciones, etc. Constituye un pilar esencial para el estudio del documento digital. Partiendo de allí, con las debidas complementaciones, podrá regularse también el **documento digital notarial** y el protocolo digital.

Solo una observación realizaremos en cuanto a lo dispuesto por el artículo 11, que reza:

Los documentos electrónicos firmados digitalmente y los reproducidos en formato digital firmados digitalmente a partir de originales de primera generación en cualquier otro soporte, **también serán considerados originales y poseen**, como consecuencia de ello, valor probatorio como tales, según los procedimientos que determine la reglamentación.

Hay dos interpretaciones posibles aquí de lo dispuesto en la última parte de la norma. La primera es que a los documentos electrónicos firmados digitalmente y a los reproducidos en formato digital firmados digitalmente a partir de originales de primera generación en cualquier otro soporte se les atribuirá el mismo valor probatorio que a los originales; o bien que “no existe diferencia entre original y copia, entre matriz y traslado; [de manera que] la copia de un documento digital es tan original como su origen”.¹¹

Consideramos que la norma debería interpretarse en el primer sentido, en virtud de los siguientes fundamentos. En primer lugar, porque, aun en el plano digital, los documentos firmados electrónicamente, como ya explicamos, quedan definidos en un algoritmo con un único resultado matemático y cualquier modificación que de ellos se haga cambiará ese resultado por otro, no pudiendo ser nunca más el mismo; habrá una matriz y se desprenderán de ella las correspondientes copias o testimonios. Será necesario dejar asentado en el documento digital notarial la expedición de la copia o el testimonio de la misma forma que lo hacemos sobre la matriz en soporte papel, mediante un sistema que asegure la inalterabilidad de ese asiento.

Surgirá entonces el primer testimonio notarial digital, autorizado debidamente por el escribano. Si, posteriormente, se hacen copias digitales simples del mismo, serán iguales y tendrán equivalente valor probatorio a una copia simple que se hace en formato

11. GIRALT FONT, Martín J. y PÉREZ CONSENTINO, Marcelo, “La firma digital en el nuevo Código Civil y Comercial”, en *Noticias del Consejo Federal del Notariado Argentino*, Buenos Aires, Consejo Federal del Notariado Argentino, N° 61, mayo 2017, p. 15. [N. del E.: ver [aquí](#); fuente: CFNA; última consulta: 30/9/2019].

papel del primer testimonio de una escritura, o de su matriz. Copias simples serán tanto digitales como en papel, y nada cambiará al respecto porque si carecen de la autorización que de ellas haga el escribano, pues no habrá diferencia.

Por lo tanto, mediante el procedimiento correcto, **deberá asegurarse la inalterabilidad del asiento donde conste la expedición del primer y ulteriores testimonios debidamente autorizados por el escribano, y la copia digital que no tenga dicha constancia será siempre eso: una simple copia. Podrán reproducirse miles (igual que en el papel), pero no cambiará su carácter de tal. Entonces, el miedo existente a la reproducción ad infinitum de copias electrónicas es infundado, ya que lo mismo puede suceder con el formato papel (seguramente con menos velocidad, pero es igualmente factible) y quien necesite un primer testimonio o copia certificada recurrirá, como debe, al notario para que lo autorice, siempre que corresponda.**¹²

También podemos agregar que, en el mundo digital, es posible crear documentos que, dentro de sus propiedades, tengan la aptitud de dejar constancia de cada copia que de ellos se expide y que esa información no sea alterable por nadie, ni siquiera por su creador, cosa que no sucede en el formato papel. Incluso, en la copia digital puede dejarse constancia del día, la hora y el usuario o *autor* de la copia.

Si aplicamos esta disposición a los instrumentos digitales autorizados por escribanos, **podremos interpretar que las copias auténticas de los documentos firmados digitalmente tendrán el mismo valor que los originales pero en su calidad de tales, es decir, de copias auténticas.** Si son copias simples, pues tendrán el valor de una copia simple, agregando lo dispuesto en la parte final por el artículo 299 del Código, que establece que “si hay alguna variación entre ésta [la escritura matriz] y la copia o testimonio, se debe estar al contenido de la escritura matriz”.

2.2.3. Ley 27349 de Apoyo al Capital Emprendedor

Esta ley puede considerarse como uno de los avances más notables de nuestra legislación en cuanto a la incorporación de las nuevas tecnologías como medio para la instrumentación de actos jurídicos. La misma, que entró en vigencia hace menos de un año, introduce un nuevo tipo societario, denominado sociedad por acciones simplificada (SAS). Ya su nombre lo deja ver: es un tipo legal creado por esta normativa y que convive con los tipos societarios contenidos en la *Ley General de Sociedades*. Pero tiene una característica esencial: está destinado a fomentar y apoyar el capital emprendedor, tomando como base un sistema de constitución ágil, con reducción de costos, flexibilización de los requisitos de forma y limitando la responsabilidad de los socios a la integración del aporte de capital.

El artículo 35 de la ley establece:

La SAS podrá ser constituida por instrumento público o privado. En este último caso, la firma de los socios deberá ser certificada en forma judicial, notarial, bancaria o por autoridad competente del registro público respectivo [...] La SAS podrá constituirse por medios

12. Ver las conclusiones del 28 Congreso Internacional del Notariado (París, 2016), tema 2, punto 2, párrafo 2, p. 2. [N. del E.: ver [aquí](#); fuente: UINL; última consulta: 15/10/2019].

digitales con firma digital, y de acuerdo a la reglamentación que a tal efecto se dicte. En estos supuestos, el instrumento deberá ser remitido a los fines de su inscripción al Registro Público correspondiente en el formato de **archivo digital** que oportunamente se establezca.

Estamos en presencia aquí de una de las máximas expresiones del cambio de paradigma en relación con la utilización del soporte papel para la instrumentación de actos jurídicos.

Lo que no hace el artículo es aclarar ni conceptualizar qué tipo de instrumento son los **medios digitales**. Podemos adelantarnos y considerar que se refiere a instrumentos digitales privados, que solo han sido firmados digitalmente (porque si bien se presume la autoría del titular de la firma digital, no es una firma digital autenticada), e instrumentos digitales privados con firma certificada por un notario, ya sea digitalmente o no. En este caso, deberemos estudiar cómo se adjunta la certificación de la firma digital en formato papel al instrumento constitutivo destinado a inscribirse.

Sí parece ser muy acertado recomendar, como lo hacen Giralt Font y Pérez Consentino, que, en caso de que se opte por la instrumentación a través de *medios digitales*, la firma digital sea puesta en presencia de un notario, quien certificará este hecho e identificará a los firmantes.¹³ No sería otra cosa que una certificación de esa firma digital. Ahora bien, el notario debería certificar **digitalmente** esa firma digital inserta en el instrumento constitutivo. Así, se completaría el círculo en soporte digital, creando un instrumento digital con firmas digitales y autenticadas digitalmente por notario, con la facultad de circular rápidamente y de brindarle al registro la posibilidad de su rápido análisis para su posterior inscripción.

Otro artículo novedoso de la Ley de SAS –en la materia que nos convoca– es el 59, que establece:

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

Esta última disposición nos genera sentimientos encontrados. Sienta un precedente legislativo del protocolo notarial electrónico o protocolo digital, y con ello no podemos dejar de reconocer que este ya es una realidad y que la legislación lo ha incorporado, con todas las críticas que puedan hacerse y que haremos del artículo. Igualmente estamos desorientados porque la ley habla de una forma de instrumentación notarial que aún no existe en nuestro país; en consecuencia, es una disposición que no tiene hoy en día aplicación.

Hay quienes consideran que la referencia que se hace al protocolo notarial electrónico ha sido parte del plan de modernización que empapa la política de gestión nacional implementada en el país durante el período 2015-2019. Sea así o no, lo importante es que un ordenamiento normativo vigente reconoce la existencia del protocolo digital y deja las puertas abiertas a su aplicación en un caso puntual: el de los poderes electrónicos.

13. Ver GIRALT FONT, Martín J. y PÉREZ CONSENTINO, Marcelo, ob cit. (cfr. nota 11), p. 18.

2.3. Aplicación del protocolo digital

Luego de haber analizado los conceptos necesarios para comprender el funcionamiento del protocolo digital y la legislación vigente que nos permiten sostener la viabilidad de su aplicación, nos animamos a pensar cómo sería el funcionamiento real del mismo en términos prácticos.

Es conveniente poner de resalto aquí y no perder nunca de vista mientras se analiza este apartado que, cuando estudiamos materias que exceden la ciencia del derecho, como lo es la informática, corresponderá delinear los conceptos, límites y alcances científicos a los que queremos llegar, y deberemos dejar a los profesionales de la materia que plasmen nuestras solicitudes respecto del funcionamiento del sistema en el mundo digital. Nosotros nos limitaremos a las ideas; ellos, a la concreción de las mismas.¹⁴

2.3.1. Propuesta concreta de su aplicación: ¿cómo y cuándo?

2.3.1.1. Comprensión del cambio

Para poder concretar la aplicación práctica del protocolo digital, lo primero que debemos hacer es entender que, a estas alturas, sumarse a la era digital no es una opción. Esto no significa abandonar los principios y los sistemas de documentación notarial que tenemos en la actualidad, sino incorporar un nuevo soporte desde el cual ejerceremos nuestra función: el digital.

La adaptación debe hacerse en forma global y desde distintos planos, pero lo principal es **comprender conceptualmente** cuál y cómo es el avance de las nuevas tecnologías, y luego deberemos entenderlo los notarios, para posteriormente trasladar ese conocimiento a la sociedad. Tenemos un papel fundamental, debido a que hoy recae en nuestros hombros la responsabilidad de promover y proveer de información a la población sobre esta realidad digital que se encuentra avanzando sobre la realidad material, actualmente reinante y en vías de extinción.

2.3.1.2. Incorporación de legislación e inversión en infraestructura

Desde el plano **legislativo**, es necesaria y urgente la existencia de una normativa que contemple la aplicación y regulación del uso y la eficacia de nuevas tecnologías. El hecho de tener un marco legal dentro del cual la población y los operadores jurídicos puedan desenvolver su actividad digital permite su aplicación y desarrollo. El protocolo digital, como instrumento, se sirve de su efectiva utilización y el avance tecnológico para existir. Las herramientas existen y están a nuestra disposición, por lo que el paso a seguir será adaptar la legislación existente o dictar las normas que permitan efectivamente su aplicación.

Como vimos anteriormente, en nuestro ordenamiento jurídico están sentadas las bases para considerar la aplicación del protocolo digital, tanto en la normativa de fondo como en leyes dictadas anterior y posteriormente a ella. La adaptación de la infraestruc-

14. Ver FALBO, Santiago, ob cit. (cfr. nota 2), p. 3.

tura tiene que ver con la inversión necesaria para poder llevar a cabo el tan mentado **Plan de Modernización del Estado**. Existe en la actualidad el programa “País Digital”, impulsado por la Secretaría de Gobierno de Modernización de la Jefatura de Gabinete de Ministros, que tiene como finalidad extender el acceso a internet a todo el país, ya que, actualmente en gran parte del país los niveles de conectividad son bajos o nulos. En este contexto, será imposible pensar en un protocolo digital en lugares donde los ciudadanos no pueden acceder a internet.

Tengamos en cuenta que toda la información digital está contenida en servidores y soportes que en pequeños espacios pueden almacenar grandes cantidades de información. Es necesario un ambiente físico seguro y adecuado para resguardarlos; para ello, el Estado y las instituciones deberán adaptar su infraestructura con la finalidad de poder contener esta información.

2.3.1.3. Propuesta práctica

En este punto, hemos querido imaginar cómo sería, en términos informáticos sencillos, la aplicación del protocolo digital. Tal y como sucede en las exposiciones de los *concept cars*, hay ideas que podrán parecer extrañas o arriesgadas, pero también surgirán propuestas muy interesantes, como algunas que han resultado de gran utilidad (p.ej., la incorporación del GPS a los automotores).¹⁵

Nuestra propuesta se basa en el estudio realizado de la aplicación del protocolo digital en el derecho comparado, en donde podemos encontrar métodos de lo más diversos. Lo cierto es que no hay una solución única ni perfecta para su aplicación, que el abanico de posibilidades es muy extenso y que lo esencial a la hora de hacerlo será tener en cuenta la idiosincrasia del país, así como su desarrollo técnico y estructural. Partamos de la base –eso sí– de que el protocolo digital solo puede ser un documento generado de manera exclusiva por el notario. Ya lo dijimos: cambia el soporte, pero no así la intervención del notario en su creación y autorización, que se mantiene idéntica.

2.3.1.3.1. Sistema cerrado

Lo primero que deberíamos considerar es la creación de un sistema cerrado, único, al que solo tengan acceso los notarios del país. Cada uno será responsable por su utilización y el ingreso que al mismo se haga con su usuario. Los actos cumplidos bajo ese usuario se presumirán como cumplidos por él.

Cabe aclarar que *sistema cerrado* no equivale a sistema aislado. Será necesario que el sistema sea provisto por los colegios notariales, pero centralizado por el Consejo Federal del Notariado Argentino, para que el trabajo sea coordinado y en conjunto, permitiendo la circulación de la información auténtica entre notarios. Podríamos pensar entonces en un servidor único y centralizado para aplicar sistemas informáticos homogéneos no con el objetivo de uniformidad sino para posibilitar el traslado de información de una escribanía a la otra sin límites de índole sistemático.

Esto también permitiría sistemas de trabajo remoto para crear un índice ordenado nacional, que consistiría en un archivo macro, no de incorporación de los instrumentos

15. Ver LLOPIS, José C., “La matriz digital de la escritura notarial: ¿sí o no?” [online], en <http://www.notariallopis.es/>, 15/11/2016; última consulta: 2/1/2019.

sino de referenciación, al que puedan acceder todos los notarios del país. Se buscarían elementos determinados del acto (partes, objeto, fecha, etc.) y el índice podría proporcionar la información correspondiente a los instrumentos públicos vinculados con esos parámetros de búsqueda.

2.3.1.3.2. Formato: ¿PDF o HTML?

El formato PDF ha sido idóneo para el guardado a largo plazo de documentos digitales. Solo permite la incorporación de datos en sentido plano, es decir, no como un documento al que puedan agregarse otros archivos en forma vinculada, como podría ser el caso de los escaneos de los documentos nacionales de identidad o la documentación habilitante en formato digital o videos o audios. El PDF no puede depender de fuentes externas y no nos permitiría utilizar herramientas tales como el sellado en tiempo, la parametrización, la inclusión de archivos multimedia, metadatos con la información de esos archivos, hipervínculos o contenidos dinámicos que podrían ser parte del protocolo digital.

Por todo ello, se hace más conveniente pensar en un protocolo digital en formato HTML, que aprovecha los principios de almacenamiento y tratamiento de la información y admite la utilización de un lenguaje que no se limite al mero texto. Este formato permite la existencia de hipervínculos dentro y fuera de la misma escritura y del protocolo digital, como puede ser el caso de un expediente judicial digital o el mismo certificado digital de dominio del Registro de la Propiedad Inmueble, una certificación catastral digital, o informe municipal digital.

Hablaríamos entonces de un **documento enlazado**. Esto no implica que la versión original del mismo podría ir siendo reemplazada a medida que esos enlaces que lo vinculan a otros documentos (p.ej., el certificado del Registro de la Propiedad Inmueble) se modificaren o, lo que es peor, que pudiesen desaparecer, ya que el sistema deberá proveer herramientas que permitan cristalizar o congelar la versión definitiva del documento y de sus enlaces en el momento de la firma del mismo. El contenido podrá ser dinámico, pero podrá conocerse exactamente la versión de la escritura digital al momento de su otorgamiento. Esa será la versión matriz u original.

2.3.1.3.3. Archivo único. Matriz digital

Así concebido, el protocolo digital estaría formado por archivos únicos que contengan cada escritura digital, sus documentos habilitantes complementarios y los enlaces que la vinculen con la información fuera de ese archivo pero dentro del protocolo o directamente fuera de él. Así, el conjunto de archivos ordenado cronológicamente, debidamente autorizados por el notario, conformará el protocolo digital; a su vez, este podrá estar vinculado, como dijimos, al índice ordenado nacional. Esos archivos deberán consistir en un espacio seguro para los notarios para el depósito de todo tipo de archivos informáticos.

2.3.1.3.4. Firma digital

Como hemos dicho anteriormente, la firma digital se hace esencial para el funcionamiento del protocolo digital. Y no solo estamos hablando de la firma digital de los otorgantes del acto, sino precisamente del notario autorizante. Esto es así porque, **si pensamos en**

digital, debemos pensar en un sistema íntegramente digital, ya que este es el único camino para que la red sea realmente funcional.

2.3.1.3.5. Identificación digital

Además de la firma digital, podría incorporarse un sistema de identificación complementario a través de la huella dactilar digitalizada en una tableta e incorporada en la escritura. Este sistema, enlazado con la base de datos del Registro Nacional de la Personas, permitirá la identificación inequívoca de la persona humana.

Podría plantearse también la posibilidad de la incorporación de datos biométricos, tales como la lectura del iris ocular, vinculado a las bases de datos del cuerpo de Policía para prevenir algún tipo de actividad delictiva, lavado de dinero, terrorismo, etc.

2.3.1.4. Avance progresivo y permanente

Es necesario considerar que el avance en la aplicación concreta del protocolo digital deberá hacerse progresivamente. Hay muchos cambios de infraestructura y de prueba de sistemas que será necesario realizar para lograr su implementación, aunque las herramientas informáticas que necesitamos ya existen.

Ese cambio deberá ser continuado, perseverante, hasta llegar a la completa digitalización de los procesos y documentos que conforman una escritura.

2.3.2. Justificación de la aplicación del protocolo digital: ¿por qué y para qué?

Podríamos pensar, ya llegando al final de este trabajo, si existe realmente la necesidad del cambio. Es justo y viable plantearse esos interrogantes.

Una de las justificaciones con respecto a la necesidad de su regulación y aplicación está dada por una carrera contra el sistema que ya estamos corriendo. Será necesario que los notarios tomemos la iniciativa para sentar las bases de la implementación del protocolo digital. De otro modo, sería muy difícil luego adaptar nuestro sistema a los sistemas implementados por entes externos.

Consideramos que el protocolo digital se presenta como una herramienta posible a través de la aplicación de avances tecnológicos que, lejos de poner en peligro la seguridad jurídica, la acentúan. Cualquier modificación o alteración que se haga del documento con posterioridad a su firma quedará registrada, y ello será cognoscible por todo el sistema notarial.

No nos adentraremos en el análisis del temor a la posibilidad de la modificación de los documentos digitales por terceros por cuanto existen, a la fecha, los sistemas informáticos que aseguran la inalterabilidad del documento y de la información contenida en la red, considerando en un futuro que los mismos sean inclusive perfeccionados.

El protocolo digital hace viable un acceso rápido a la información del cuerpo de las escrituras y la complementación de las mismas con registros de suma utilidad, como lo son los audiovisuales y multimedia. También permite el rápido acceso de las escrituras a los registros públicos, facilitando la tarea del registrador, ahorrando tiempo y dinero y posibilitando la inscripción de los títulos en menos tiempo, sin costos adicionales. Los

registradores podrán, en caso de que así se quiera, acceder a la documentación complementaria de cada escritura.

Evita la repetición de información y de tareas, tanto por parte del notario como por parte de las reparticiones. A su vez, admite almacenar mayor cantidad de información en espacios microscópicos, facilitando así su archivo.

Permite formar una base de datos y una interconexión de información que reafirme la seguridad jurídica buscada por los actos pasados ante el notario; la circulación de documentos a nivel internacional, facilitándose también la cadena de legalizaciones; y, desde un punto de vista ecológico y no por ello de menor importancia, podría lograrse la tan buscada *despapelización*, permitiendo menor contaminación a nivel global.

3. Conclusión

La aplicación del protocolo digital es viable en nuestro país, ya que el Código Civil y Comercial de la Nación, la Ley 25506 de Firma Digital y la Ley 27349 de Apoyo al Capital Emprendedor sientan las bases para ello.

Es necesario entender que el cambio está en el soporte y no en la esencia del ejercicio de la función notarial, ya que el notario hace al instrumento y no el instrumento al notario.

Dentro de los temores existentes que hacen que el notariado nacional sea renuente a la aplicación de las nuevas tecnologías al ejercicio de la función, está la posibilidad de considerar que el ejercicio de la función notarial está destinado a desaparecer. Ello amerita dos observaciones: la primera se basa en que es un temor fundado en el desconocimiento; y la segunda, en que se está analizando el tema desde una perspectiva equivocada. La función notarial seguirá siendo la misma, con la misma fuerza, e incluso con mayores incumbencias en el mundo digital, **siempre y cuando** sepa adaptarse y acepte ser parte de la **cadena de accesibilidad** que impregna el mundo de hoy. El concepto mismo de *tiempo* pasó a tomar un lugar esencial en la existencia de las personas e impacta directamente en el ejercicio de nuestra profesión. Hoy más que nunca podemos tener como directiva la expresión latina de **Bonifacio VIII**: “*Prior in tempore, potior in iure*”.

Somos conscientes: no es una tarea fácil. Pero, así como reconocemos que adaptar la legislación, aplicar los sistemas operativos, las nuevas tecnologías y acostumbrar a la sociedad no serán una tarea sencilla, también reconocemos que no se trata de una situación del futuro, sino que ya está aquí. No podemos seguir concibiendo la forma escrita en papel como la única forma instrumental, ni el soporte papel o material como el único **medio de transporte de la información**. Hoy, gracias al desarrollo de la tecnología, contamos con otros medios que nos permiten el entendimiento, la comprensión y exteriorización de hechos y actos jurídicos, a través de los cuales la voluntad puede ser manifestada y recibida.

La legislación vigente en nuestro código de fondo tiene principios establecidos que hacen factible su aplicación. La tecnología necesaria para ello está a nuestra disposición. Los motivos existen, así como también los principios notariales que obrarán de marco sustancial y contenedor al momento de su implementación.

Si podemos comprender que se trata de un cambio del soporte de la escritura pública, no hay razones para no alentar su implementación. Será necesario, pues, realizar una revisión conceptual de algunos aspectos internos del notariado argentino para cambiar los prejuicios por posibilidades, permitiendo sentar las bases para una adecuada regulación legal del protocolo digital.

4. Bibliografía

- [s.a.], “Autoridad certificante raíz de la República Argentina (ACRAIZ)” [online], en Argentina.gob.ar. AA.VV., (conclusiones del 28 Congreso Internacional del Notariado [París, 2016]).
- FALBO, Santiago, “Protocolo digital. Nuevas tecnologías y función notarial. Otorgamiento del documento notarial digital y circulación electrónica del documento notarial”, en *Revista Notarial*, La Plata, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, N° 979, 2015.
- GIRALT FONT, Martín J. y PÉREZ CONSENTINO, Marcelo, “La firma digital en el nuevo Código Civil y Comercial”, en *Noticias del Consejo Federal del Notariado Argentino*, Buenos Aires, Consejo Federal del Notariado Argentino, N° 61, mayo 2017.
- LLOPIS, José C., “La matriz digital de la escritura notarial: ¿sí o no?” [online], en <http://www.notariallopis.es/>, 15/11/2016.
- MORA, Santiago J., “Documento digital, firma electrónica y digital”, en *La Ley*, Buenos Aires, 31/12/2013 (t. 2014-A, cita online AR/DOC/3995/2013).

El asentimiento conyugal y convivencial en un escorzo

Patricia Marcela Casal

RESUMEN

La normatividad del Código Civil y Comercial en la regulación del asentimiento reclama un constante análisis. Se abordan los supuestos en que el asentimiento, es requerido, los recaudos de exigibilidad, la posibilidad de otorgamiento anticipado, el poder para asentir, su presencia como herramienta tuitiva de la vivienda familiar, entre otros, contemplando consideraciones de doctrina y jurisprudencia en la materia. Las normas del Código unificado generaron, en la necesidad de adecuación, nueva normativa registral inmobiliaria. Nos abocamos a las disposiciones técnico-registrales e instrucciones de trabajo emanadas del registrador en ejercicio de su función legislferante y que están comprometidas con nuestra temática.

PALABRAS CLAVE

Asentimiento; vivienda familiar; principios registrales; disposiciones técnico-registrales; instrucciones de trabajo.

Fechas de recepción y aceptación

25/1/2019 - 24/4/2019

Sumario: 1. Introducción. 2. El asentimiento en el Código Civil y Comercial de la Nación. 2.1. Asentimiento conyugal. 3. Asentimiento convivencial. 3.1. Asentimiento convivencial por el artículo 522 del Código Civil y Comercial. 4. Asentimiento conyugal y convivencial en el régimen de protección de la vivienda. 5. Situación de los excónyuges durante la indivisión poscomunaria de gananciales. Artículo 482. ¿Asentimiento o codisposición? 6. Derecho registral inmobiliario. 6.1. Principios registrales. 6.2. Normativa específica del registro de la propiedad inmueble. 7. Bibliografía.

1. Introducción

En nuestro actuar, a diferencia del juez o del abogado, íntimamente vinculados a la litigiosidad, nos conectamos con la vida jurídica en su manifestación cotidiana, observamos el derecho desarrollándose en la normalidad, desde una óptica vital.¹ Es allí, en la dinámica negocial, en la elaboración del documento notarial, donde el instituto que comentamos se anuncia trascendente. En el ámbito inmobiliario, la escritura pública,²

1. VALLET DE GOYTISOLO, Juan, "La misión del notario", en *Revista Internacional del Notariado*, Buenos Aires, ONPI, N° 33, 1957, y en la edición 70° aniversario, 2018, pp. 79 y ss.

2. De conformidad con la [Ley Registral](#), al procedimiento inscriptorio ingresan documentos notariales, judiciales, administrativos y, en supuestos legales y de excepción, instrumentos privados. El 29/10/2018

entre los documentos que acceden para su inscripción, tiene en el tráfico jurídico la mayor cantidad de situaciones registrables. Se trata de títulos que hacen a la constitución, transmisión, modificación o pérdida de derechos reales, derechos que nacen y adquieren plenitud fuera del registro. La escritura pública abre las puertas del registro de la propiedad inmueble³ para cumplimentar el requisito adicional de la publicidad, oponibilidad a terceros interesados y de buena fe (arts. 1892 y 1893 CCCN⁴). Aflora, entonces, la importancia de analizar los requisitos exigidos por el actual código de fondo y transitar por la normativa registral.

El *Código Civil y Comercial de la Nación* (en adelante, “CCCN”) introduce significativos cambios vinculados con el asentimiento conyugal e incorpora el régimen jurídico del asentimiento convivencial. Así, uno de los primeros interrogantes a develar es si la terminología utilizada por el legislador es la correcta: el cónyuge o conviviente, ¿prestán su *asentimiento* o su *consentimiento*? Sin duda, la terminología empleada es acertada: la manifestación de voluntad del cónyuge o conviviente constituye *asentimiento*,⁵ ya que ellos prestan conformidad con la voluntad negocial del disponente. La crítica unánime de doctrina y jurisprudencia a la utilización del término *consentimiento* utilizada por el derogado artículo 1277, incorporado al *Código Velezano* (en adelante, “CCIV”) por la

se publicó en el Boletín Oficial el *Decreto PEN 962/2018*, que introdujo modificaciones en el *Decreto 2080/1980* (t.o. por *Decreto 466/1999*), reglamentario de la Ley Registral para la Capital Federal, en dos aspectos fundamentales: a) la inscripción de boletos de compraventa referidos a futuras unidades funcionales o complementarias respecto de las cuales no se pueda ejercer la posesión en razón de su inexistencia actual; y b) la admisión de documentos electrónicos firmados digitalmente por las partes presentados mediante el sistema TAD. Ver GURFINKEL DE WENDY, Lilian N., “Inscripción del boleto de compraventa inmobiliaria en los términos del Decreto 962/2018”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 26/11/2018 (cita online AR/DOC/2493/2018); PADILLA, Rodrigo y VILLAGRA VÉLEZ, Macarena M., “Boleto de compraventa inmobiliaria. Un decreto que deja más dudas que certezas”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 26/11/2018 (cita online AR/DOC/2513/2018). Ver *Instrucción de Trabajo 1/2019* del Registro de la Propiedad Inmueble de la Capital Federal (registro de los boletos de compraventa) y *Disposición Técnico Registral 6/2019* del Registro de la Propiedad de la Provincia de Buenos Aires (registro especial de boletos de compraventa de unidades futuras).

3. En adelante, en las notas al pie y en las normas, se expresará “RPI” en referencia al Registro de la Propiedad Inmueble de la Capital Federal, y “DPRP”, en referencia a la Dirección Provincial del Registro de la Propiedad de la Provincia de Buenos Aires. Asimismo, se utilizarán las siglas “DTR” para las disposiciones técnico-registrales e “IT” para las instrucciones de trabajo, respectivamente.

4. Art. 1892 CCCN: “*Título y modos suficientes*. La adquisición derivada por actos entre vivos de un derecho real requiere la **concurrencia de título y modo suficientes**. 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. La **tradición posesoria** es modo suficiente para transmitir o constituir derechos reales que se ejercen por la **posesión**. No es necesaria, cuando la cosa es tenida a nombre del propietario, y éste por un acto jurídico pasa el dominio de ella al que la poseía a su nombre, o cuando el que la poseía a nombre del propietario, principia a poseerla a nombre de otro. Tampoco es necesaria cuando el poseedor la transfiere a otro reservándose la tenencia y constituyéndose en poseedor a nombre del adquirente. La **inscripción registral** es modo suficiente para transmitir o constituir derechos reales sobre cosas registrables en los casos legalmente previstos; y sobre cosas no registrables, cuando el tipo del derecho así lo requiera. El primer uso es modo suficiente de adquisición de la servidumbre positiva. Para que el título y el modo sean suficientes para adquirir un derecho real, sus otorgantes deben ser capaces y estar legitimados al efecto. A la adquisición por causa de muerte se le aplican las disposiciones del Libro Quinto”. Art. 1893 CCCN: “*Inoponibilidad*. La adquisición o transmisión de derechos reales constituidos de conformidad a las disposiciones de este Código **no son oponibles a terceros interesados y de buena fe mientras no tengan publicidad suficiente**. Se considera **publicidad suficiente la inscripción registral o la posesión, según el caso**. Si el modo consiste en una **inscripción constitutiva**, la registración es presupuesto necesario y suficiente para la oponibilidad del derecho real. No pueden prevalerse de la falta de publicidad quienes participaron en los actos, ni aquellos que conocían o debían conocer la existencia del título del derecho real”.

5. “*Assentire*, ser del mismo parecer o dictamen” (*Nuevo diccionario ilustrado de la lengua española*, t. 1, Barcelona, Ramón Sopena Editor, 1928, 2ª ed.).

Ley 17711/68, rindió sus frutos. Verbigracia, las palabras que, en el año de su entrada en vigencia, expresara el escribano Pelosi: “asentir es mostrarse conforme con el parecer ajeno, lo que implica que el consentimiento es totalmente extraño a quien asiente”.⁶

Al demandar el asentimiento,

... se deja en claro que quien lo presta no resulta parte del negocio jurídico concluido por su pareja, no siendo por lo tanto pasible de ser demandado por su inexecución, ni debiendo responder por las garantías que del acto se desprenden.⁷

Consentimiento es una expresión propia del universo contractual, la encontramos en la conceptualización del contrato. Así, el artículo 957 CCCN lo define como el acto jurídico mediante el cual dos o más partes⁸ “manifiestan su consentimiento”. *Parte* del negocio jurídico es la persona física o jurídica cuya esfera jurídica de actuación es alcanzada por los efectos del acto jurídico. En otros términos, es aquel cuyos derechos u obligaciones nacen, se modifican, se transmiten o se extinguen como consecuencia del negocio jurídico.⁹ **Consentimiento** es cuando dos o más partes han expresado su voluntad plenamente coincidente; ha sido caracterizado por la doctrina (Alterini, López de Zavalía) como un acto bilateral, rechazando la idea de que son actos unilaterales que se encuentran.¹⁰

Por el contrario, el **asentimiento** es

... un acto jurídico unilateral, recepticio, expreso, revocable y no personalísimo. Es unilateral porque no depende de la voluntad de otro sujeto. Es recepticio porque su eficacia quedará supeditada a la recepción del mismo por el destinatario interesado y su utilización. Es expreso ya que debe manifestarse por escrito en todas las etapas de la contratación con las formalidades que sean exigibles para cada una. Es revocable mientras no se otorgue el acto jurídico para el que se dio, salvo los casos de negocios concluidos en los que podrá ser irrevocable y póstumo si reúne los requisitos legales. Es no personalísimo ya que puede delegarse la manifestación en un representante o pedirse la intervención judicial en los casos previstos legalmente.¹¹

6. PELOSI, Carlos A., “Artículo 1277 del Código Civil. Cuestiones relativas al consentimiento”, en *Revista del Notariado*, N° 700, 1968, pp. 738-767 (y en Alterini, J. H. [dir.] y Alterini, I. E. [coord.], *Derecho notarial, registral e inmobiliario. Doctrinas magistrales 1897-2012*, t. 2, Buenos Aires, La Ley, 2012, pp. 51 y ss.). Al asentimiento se lo definió como una declaración unilateral y autónoma que tiene por finalidad complementar la voluntad del cónyuge titular, cumpliendo así el requisito que la ley exige para disponer de bienes inmuebles, muebles, y derechos registrables (MARTÍNEZ, Karina y MASSONE, Mariana C., “Algunas cuestiones relativas al asentimiento conyugal”, en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, N° 901, 2010, pp. 87-99 [N. del E.: ver aquí]).

7. HERRERA, Marisa, [comentario al art. 456], en Lorenzetti, R. L. (dir.), *Código Civil y Comercial comentado*, t. 3, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2015, p. 45.

8. Recordamos que la expresión *partes* implica que entre ellas existen intereses contrapuestos. En el *Código actual*, la calidad de parte es transmisible, denominándose “cesión de la posición contractual” y requiriendo el consentimiento de las otras partes del contrato (arts. 1636 y ss.).

9. Ver DI CHIAZZA, I. G., CROVI, L. D. y RIVERA, J. C., *Derecho civil y comercial. Contratos. Parte general* (serie “Derecho civil y comercial”, dirigida por J. C. Rivera y G. Medina), Buenos Aires, AbeledoPerrot, 2017, p. 113: “Nosotros hemos dicho que parte es la persona humana o jurídica cuya esfera jurídica de actuación es alcanzada por los efectos del negocio jurídico. En suma, quien ejecuta materialmente un acto jurídico es el otorgante, que puede hacerlo para sí (parte), o por otro o en nombre de otro (representante, comitente)”.

10. Ver *idem*, p. 196.

11. CURSACK, Eduardo M. y otros, “Régimen jurídico del asentimiento en el Código Civil y Comercial. Medio de protección de la familia y del patrimonio de la comunidad matrimonial” [online], en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, N° 926, 2016.

En términos generales, podemos afirmar que el asentimiento se consagra como un instrumento tuitivo, siendo oportuno destacar la inclusión de soluciones jurídicas que contemplan la vivienda como un derecho humano de raigambre constitucional, sujeto a ser protegido con amplitud.

2. El asentimiento en el Código Civil y Comercial de la Nación

2.1. Asentimiento conyugal

Iniciamos nuestro recorrido contemplando la normativa que requiere el asentimiento conyugal sea en protección de los intereses patrimoniales del cónyuge no titular o del interés familiar. Una de las novedades que nos ofrece el CCCN es la posibilidad de optar por el régimen patrimonial matrimonial. Los cónyuges pueden compartir sus vidas bajo el régimen de separación de bienes o el de comunidad. Es una opción que ejercerán libremente los futuros cónyuges o también los que hoy decidan mutar de régimen patrimonial matrimonial sin disolver el matrimonio (con la condición de otorgarse la opción por escritura pública y haber permanecido un año en el régimen anterior). El régimen de comunidad es supletorio, es al que se someten los cónyuges si no optan por el de separación de bienes. Para la calificación de los bienes se contemplará el momento de la adquisición (antes o después de la existencia de la comunidad) y el título de adquisición (gratuito u oneroso).

Vinculadas a la temática de calificación de los bienes y, como consecuencia de ello, la procedencia o no del asentimiento, hay dos situaciones que consideramos importante recordar.

A) El momento de exteriorización del carácter de bien propio y lo establecido por el artículo 466 CCCN que requiere que

Para que sea oponible a terceros el carácter propio de los bienes registrables adquiridos durante la comunidad por inversión o reinversión de bienes propios, es necesario que en el acto de adquisición se haga constar esa circunstancia, determinándose su origen, con la conformidad del otro cónyuge. En caso de no podérsela obtener, o de negarla éste, el adquirente puede requerir una declaración judicial del carácter propio del bien, de la que se debe tomar nota marginal en el instrumento del cual resulta el título de adquisición. El adquirente también puede pedir esa declaración judicial en caso de haberse omitido la constancia en el acto de adquisición.

Con anclaje en lo sostenido por la doctrina y la jurisprudencia,¹² que reconocían la posibilidad de subsanar la omisión de la declaración en el acto de adquisición median-

12. “No existe impedimento a que ambos cónyuges efectúen una declaración notarial complementaria en caso de haberse omitido tal manifestación al instrumentar la adquisición o si, por cualquier caso, no hubiere sido posible que el cónyuge del adquirente la prestara (ausencia, viajes,...etc)”. (HERRERA, Marisa, [comentario al art. 467], en Lorenzetti, R. L. [dir.], *Código Civil y Comercial comentado*, t. 3, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2015, p. 113). La opinión jurisprudencial en el mismo sentido se adoptó en autos “Pugliese, Rosana s/ Acción declarativa (Artículo 322 Código Procesal)” (expediente 89310/2015). (Juzg. Nac. Civil N° 63, 22/12/2015 [N. del E.: ver [aquí](#); fuente: Colegio Escribanos PBA; última consulta: 23/10/2019]). En dichas actuaciones se desestima *in limine* la acción

te escritura complementaria otorgada por ambos cónyuges, el RPI de la Capital Federal, en ejercicio de sus facultades y mediante la [DTR 21/2016](#), admitió para su inscripción la declaración notarial complementaria siempre que se cumplan todos y cada uno de los requisitos a los que hace referencia el artículo 466 CCCN.¹³ La DPRP, a través de su [DTR 11/2016](#), sostiene el criterio opuesto: no acepta la escritura complementaria para subsanar la referida omisión. El criterio sostenido por el registrador no ha sido compartido por el Juzgado Civil y Comercial N° 14 del Departamento Judicial de San Isidro.¹⁴

B) Lo establecido en el artículo 464 CCCN que, despejando toda duda sobre la naturaleza del bien, expresa:

Son bienes propios de los cónyuges: [...] k) las partes indivisas adquiridas por cualquier título por el cónyuge que ya era propietario de una parte indivisa de un bien al comenzar la comunidad, o que lo adquirió durante ésta en calidad de propia, así como los valores nuevos y otros acrecimientos de los valores mobiliarios propios, sin perjuicio de la recompensa debida a la comunidad en caso de haberse invertido bienes de ésta para la adquisición.

Podemos observar que consagra expresamente la teoría de la unidad (monista) en aquellos casos en que un cónyuge tiene partes indivisas propias y, con posterioridad, adquiere otras partes indivisas a título oneroso durante la vigencia de la sociedad conyugal. El Código no acepta la existencia de bienes duales (o mixtos); por eso, el bien adquirido con fondos propios o gananciales siempre será calificado como propio o como ganancial; jamás será propio y ganancial. Mantiene la vigencia de la tesis monista, a la que adhiere el plenario “Sanz” de Capital Federal y que generó la [DTR 4/1992](#) del RPI, que aplica como

declarativa intentada. Se expresa: “A los fines de subsanar la omisión que según manifiesta se habría incurrido al llevarse a cabo la escrituración a su favor del inmueble sito en la calle [...] y que consistiría en no haber dejado constancia que se trataba de un bien propio atento que la adquisición se efectuaba con fondos provenientes de una donación que le habría efectuado su madre, no se verifica en la hipótesis de negativa o imposibilidad de obtener conformidad del cónyuge que prevé el art. 466 del CCC que habilite el requerimiento de una declaración judicial [...] pues nada impide que ambos cónyuges efectúen una declaración notarial complementaria del acto escriturario en cuestión [...] y su consecuente inscripción en el Registro de la Propiedad Inmueble”.

13. “La declaración de que un bien registral es propio para que sea oponible a terceros requiere que: 1.1. En el acto de adquisición se haga constar que el bien se adquiere con la inversión o reinversión de fondos propio. 1.2. Determinar en forma precisa el origen de los derechos sobre fondos o cosas propias. 1.3 Especificar la causa- fuente jurídica de la propiedad del consorte dueño (por ej. Derechos hereditarios con los datos que individualicen la sucesión y el juicio sucesorio. 1.4 no es indispensable la prueba de éstos extremos. 1.5 Conformidad del cónyuge del adquirente” (MEDINA, Graciela, [comentario al art. 466], en Medina, G. y Rivera, J. C. [dirs.], *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, t. 2, Buenos Aires, La Ley, 2014, p. 167).

14. Ver Juzg. Civ. y Com. N° 14 de San Isidro, 13/11/2017, “Castro, Gisela Fernanda y otro s/ Acción declarativa (sumario)” (Exp. SI-46537-2017) [N. del E.: disponible en la [MEV](#) de la SCBA {solicita registrarse}]. El rechazo de la inscripción por la DPRP, invocando la [DTR 11/2016](#), motivó que los actores iniciaran la acción declarativa. El juez rechaza la acción declarativa pero le ordena al Registro tomar debida nota de la escritura en cuestión. Entre sus fundamentos expresa: “En virtud de lo expuesto y sin perjuicio del criterio sentado por el aludido organismo con respecto a la cuestión que aquí se debate, otra es la interpretación que llevo a cabo del nuevo artículo 466 del Código Civil y Comercial de la Nación. En efecto, este último dispone la necesidad de una declaración judicial cuando no exista la conformidad del cónyuge o de no poder obtenerse la o de éste negarse a prestarla; lo cual no es el caso de autos, ya que aquí se han presentado ambos cónyuges a solicitar la acción declarativa, así como también existió consentimiento del cónyuge en la rectificación efectuada en la escritura N° 100 de fecha 10/05/2017, la cual subsanó la omisión del carácter propio del bien adquirido por la escritura N° 1001 de fecha 12/09/2014. Cabe destacar también que los actos y declaraciones prestadas por ante un escribano gozan de plena fe, salvo que sean redargüidos de falsos, cuestión que no se formuló en autos”.

obligatoria en los documentos que ingresen a su registración la doctrina del referido fallo plenario.¹⁵

2.1.1. Asentimiento conyugal requerido por el artículo 470 del Código Civil y Comercial

El artículo 470 CCCN,¹⁶ inmerso en la normativa del régimen de comunidad, establece el principio que consagra que la administración y disposición de los bienes gananciales le corresponde al cónyuge que los adquirió, especificando luego los supuestos en que se requiere el asentimiento del cónyuge no titular. Recordamos que, en el marco del asentimiento y como consecuencia lógica de ello, frente a la concreción del acto jurídico, no se requiere certificado de inhibiciones por el cónyuge no propietario. Este no codispone de la cosa común. No se obliga, no responde por evicción ni por vicios redhibitorios, ya que no es parte del acto.

El texto legal establece que

... es necesario el asentimiento del otro para enajenar o gravar:

a) los bienes registrables; b) las acciones nominativas no endosables y las no cartulares, con excepción de las autorizadas para la oferta pública, sin perjuicio de la aplicación del artículo 1824; c) las participaciones en sociedades no exceptuadas en el inciso anterior; d) los establecimientos comerciales, industriales o agropecuarios.

También requieren asentimiento las promesas de los actos comprendidos en los incisos anteriores.

Al asentimiento y a su omisión se aplican las normas de los artículos 456 a 459.

En un breve comentario podemos resaltar lo siguiente. Tenemos un nuevo acierto terminológico que supera la crítica sufrida por el predecesor artículo 1277 CCIV, que requería el asentimiento para “disponer y gravar” los bienes gananciales. Hoy, hablamos de enajenar, que es el acto por el cual se transmite la propiedad de una cosa o un derecho pasando del patrimonio de una persona a otra por justa causa.

Medina ha incluido dentro del concepto “enajenar” a los actos de transferencia de derechos reales de dominio, condominio, propiedad horizontal, superficie, usufructo, uso [...] habitación y servidumbres, y los actos de transferencia de titularidad de los títulos valores registrables, ya sea a título gratuito u oneroso. En tanto que los actos que gravan son todos aquellos actos de constitución de derecho real de garantía, así como también los de dación de embargo y desmembramiento del dominio. Por nuestra parte, y conforme a la letra del artículo 1888, consideramos que los actos por los cuales se constituyen derechos reales de disfrute sobre bienes ajenos han de incluirse –junto a los que

15. CNCiv., en pleno, 15/7/1992, “Sanz, Gregorio Oscar s/ Recurso contencioso administrativo” (*La Ley*, t. 1992-D, p. 260 [N. del E.: ver [aquí](#); fuente: SAJ]; última consulta: 3/7/2019).

16. Art. 470 CCCN: “La administración y disposición de los bienes gananciales corresponde al cónyuge que los ha adquirido. Sin embargo es necesario el consentimiento del otro para enajenar o gravar: a) los bienes registrables; b) las acciones nominativas no endosables y las no cartulares, con excepción de las autorizadas para la oferta pública, sin perjuicio de la aplicación del artículo 1824; c) la participación en sociedades no exceptuadas en el inciso anterior; d) los establecimientos comerciales, industriales o agropecuarios. También requieren asentimiento las promesas de los actos comprendidos en los incisos anteriores. Al asentimiento y a su omisión se les aplican las normas de los artículos 456 a 459”.

dan origen a derechos reales de garantía– en el concepto de “gravar”, pues, respecto del dueño de la cosa, tales derechos reales constituyen gravámenes de acuerdo al articulado citado, razón por la cual llegamos a la misma conclusión, esto es, exigir el asentimiento del cónyuge titular constituyente pero en base a otra categorización del acto.¹⁷

En función de la terminología utilizada, *enajenar* o *gravar*, resulta evidente la innecesidad del asentimiento conyugal frente a la afectación al régimen de propiedad horizontal. Igual criterio entendemos aplicable a la afectación al régimen de tiempo compartido y cementerio privado. Por supuesto que es exigible cuando transfiero los períodos de disfrute del tiempo compartido o las parcelas del cementerio privado. Se incluyen en la necesidad de asentimiento los actos relativos a establecimientos comerciales, industriales o agropecuarios y se incluye la referencia a las promesas, a fin de aclarar la situación de los boletos de compraventa. No se requiere asentimiento conyugal para disponer de los bienes propios ni de los personales,¹⁸ configurando la excepción el supuesto de que en ellos se encuentre radicada la vivienda familiar.

Para otorgar actos que requieran del asentimiento en el supuesto del cónyuge ausente o incapaz, se debe estar a lo resuelto por el artículo 548 CCCN,¹⁹ solicitando la correspondiente autorización judicial.

2.1.2. Asentimiento conyugal requerido por el artículo 456 del Código Civil y Comercial

Aquí el núcleo protectorio es la vivienda familiar. El actual régimen se exterioriza mucho más amplio que el anterior: la norma²⁰ habla de “derechos sobre la vivienda familiar” y no requiere para la operatividad de la protección la existencia de hijos menores o incapaces. La disposición es aplicable a ambos regímenes patrimoniales matrimoniales. Entonces, sea el bien propio, ganancial de titularidad exclusiva, personal o de titularidad de un tercero, es aplicable el régimen tuitivo establecido por el artículo 456 CCCN sobre “la disposición de los derechos sobre la vivienda familiar”.

La protección del artículo de marras ampara a todos aquellos que, no siendo propietarios, detentan sobre el inmueble asiento de la vivienda familiar un derecho real de disfrute (usufructo, uso, habitación) o un derecho personal (locación, comodato), siendo extensiva esta protección a los derechos sobre los muebles indispensables de la vivienda y su traslado fuera de ella.

17. RACHID, Martín y SAENZ, Pedro F., “Asentimiento conyugal anticipado y poder para asentir” [online], en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, N° 926, 2016.

18. Aludiendo así a los bienes adquiridos durante la unión matrimonial bajo el régimen de separación de bienes. Art. 505 CCCN: “*Gestión de los bienes*. En el régimen de separación bienes, cada uno de los cónyuges conserva la libre administración y disposición de sus bienes personales, excepto lo dispuesto en el artículo 456”.

19. Art. 458 CCCN: “*Autorización judicial*. Uno de los cónyuges puede ser autorizado judicialmente a otorgar un acto que requiera el asentimiento del otro, si éste está ausente, es persona incapaz, está transitoriamente impedido de expresar su voluntad, o si su negativa no está justificada en el interés de la familia. El acto otorgado con autorización judicial es oponible al cónyuge sin cuyo asentimiento se lo otorgó, pero de él no deriva ninguna obligación a su cargo”.

20. Art. 456 CCCN: “Ninguno de los cónyuges puede, sin el asentimiento del otro, disponer de los derechos sobre la vivienda familiar, ni de los muebles indispensables a ésta, ni transportarlos fuera de ella. El que no ha dado su asentimiento puede demandar la nulidad del acto o la restitución de los muebles dentro del plazo de caducidad de seis meses de haberlo conocido, pero no más allá de seis meses de la extinción del régimen matrimonial”.

El objeto vivienda familiar no se limita al inmueble en que radica la sede del hogar familiar, sino que se extiende a cualquier bien que pueda ser sede de él, como se ha señalado en el informe final de la XXXIX Convención Notarial de la Capital Federal (2012).²¹

En su parte final, la norma en análisis dispone que

La vivienda familiar no puede ser ejecutada por deudas contraídas después de la celebración del matrimonio, excepto que lo hayan sido por ambos cónyuges conjuntamente o por uno de ellos con el asentimiento del otro.²²

Tenemos aquí una limitación a lo dispuesto por el artículo 743 CCCN respecto de los bienes que integran la garantía de los acreedores. La protección de la vivienda familiar se desplaza a varios actos jurídicos. Si contemplamos la cesión de derechos, se requiere el asentimiento cuando la cesión comprenda derechos sobre la vivienda familiar. Así, por ejemplo, la cesión de un boleto de compraventa cuando el inmueble individualizado en el mismo constituye sede de la vivienda familiar.

En el marco de la cesión de derechos hereditarios,²³ situación analizable es la denominada cesión de derechos hereditarios sobre bien determinado. El artículo 2309 CCCN dice expresamente que no se rige por las reglas del contrato de cesión de herencia sino por el contrato de mayores semejanzas, donación, permuta, entre otros, y si en él está radicada la vivienda de la familia o unión convivencial, se requerirá tal asentimiento, siempre sujeto a que el bien determinado sea adjudicado al cedente en la partición.²⁴

2.1.3. Asentimiento conyugal requerido por los artículos 470 y 456 del Código Civil y Comercial

Existen interrogantes válidos para los supuestos contemplados en ambos artículos. Las preguntas frecuentes son: a) ¿cuáles son los requisitos para la prestación del asentimiento conyugal?; b) ¿se puede otorgar poder para asentir?; c) ¿cuáles son los efectos de la omisión del asentimiento conyugal cuando es requerido?

21. LAMBER, Néstor D., [comentario al art. 456], en Clusellas, G. (coord.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado, anotado y concordado. Modelos de redacción sugeridos*, t. 2, Buenos Aires, Astrea-FEN, 2015, p. 411. Y agrega: "Al analizar esta norma en etapa de proyecto, se dijo: 'Por vivienda familiar no solo debemos entender a la vivienda como tal como lo hemos hecho hasta ahora, sino también se entenderá por ella a casas rodantes, trailers, barcos, siempre que sean registrables. Con relación a los muebles indispensables para dicha vivienda, será importante que el legislador lo defina, ya que podrá variar casuísticamente'" (ibídem, nota al pie).

22. Ver MOLINA SANDOVAL, Carlos A., "Inejecutabilidad de la vivienda familiar", en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 5/9/2019 (t. 2016-E, p. 761; cita online AR/DOC/2541/2016).

23. La *IT 2/2016* del RPI de Capital Federal, ante la necesidad de adecuar la normativa registral a la establecida en el art. 2363 CCCN, que establece que la "indivisión hereditaria sólo cesa con la partición", y la necesidad de adecuar el criterio del art. 99 del Decreto 2080/80, y reemplazando la *IT 1/10*, en sus considerandos expresa: "Que consecuentemente, conforme la normativa citada, mientras no exista partición, corresponde, en todos los casos, tomar razón de las cesiones de acciones y derechos hereditarios, aun inscripta la declaratoria de herederos o el testamento, sin necesidad que se disponga judicialmente".

24. Ver LAMBER, Néstor D., *Cesión de derechos hereditarios*, Buenos Aires, Astrea, 2018, pp. 148 y ss.

A) *¿Cuáles son los requisitos para la prestación del asentimiento conyugal?*

Los requisitos exigidos están contemplados en el artículo 457 CCCN (“debe versar sobre el acto en sí y sus elementos constitutivos”)²⁵ y son aplicables para la prestación del asentimiento conyugal en todos los supuestos en que es requerido. Se pretende que quien otorgue el asentimiento exprese su real aprobación respecto de todas las especificidades del negocio que se pretende concluir. El criterio es dotar al cónyuge no contratante de un real control respecto de las operaciones de enajenación de su pareja.

Cuando el asentimiento es concomitante (coetáneo o simultáneo) al acto o posterior, este no plantea conflicto, ya que el cónyuge no titular tiene pleno conocimiento de los detalles del acto jurídico. La controversia nace cuando se pretende prestar el asentimiento de manera anticipada y general. Hoy, su improcedencia es indiscutible;²⁶ la norma concluye con la problemática. No es viable el denominado “asentimiento general anticipado”. Puede otorgarse en forma anticipada, pero debe ser especial. Debe establecer el acto para el que se confiere: por ejemplo, compraventa, donación, dación en pago, etc., cumplimentado así el requisito de “el acto en sí”.

Deben estar presentes al momento de asentir todos los elementos que le permitan al cónyuge hacer una valoración adecuada del acto a realizar por su consorte (sea para la protección del interés familiar [art. 456 CCCN] o de sus intereses patrimoniales [art. 470 CCCN]).

El precio, como indiscutible elemento constitutivo, generó inquietud en la doctrina, dado que

... en una economía tan cambiante, establecer un precio exacto puede frustrar cualquier negocio. De modo que será conveniente establecer el margen dentro del cual llevar a cabo la operación (“por un precio no inferior a...”, o bien “entre ... y ...” o “por un precio no inferior a \$... O su equivalente en dólares al valor que fijen las partes”).²⁷

El asentimiento conyugal debe ser calificado al momento en que se otorgará el acto al que accede, ya sea que se haya otorgado en forma especial autónoma y anticipada o se haya dado poder para otorgarlo.

B) *¿Se puede otorgar poder para asentir?*

Nada impide que el asentimiento conyugal sea otorgado a través de un representante convencional. Esto es perfectamente válido.

A efectos de determinar los requisitos que debe contener el poder, es importante diferenciar el supuesto del apoderamiento de aquel donde el cónyuge otorga el asentimiento en forma anticipada. ¿Requieren ambas situaciones los mismos requisitos? Existen posiciones diferenciadas sobre los requisitos que debe contener el referido poder. Para una postura doctrinaria, en el poder para asentir solo será indispensable la indi-

25. Art. 457 CCCN: “Requisitos del asentimiento. En todos los casos en que se requiere el asentimiento del cónyuge para el otorgamiento de un acto jurídico, aquel debe versar sobre el acto en sí y sus elementos constitutivos”.

26. Ver CURSACK, Eduardo M. y otros, ob cit. (cfr. nota 11); HERRERA, Marisa, ob cit. (cfr. nota 7), p. 49.

27. CASABÉ, Eleonora R., *Derecho notarial, registral e inmobiliario* (serie “Incidencias del Código Civil y Comercial de la Nación”, dirigida por Alberto J. Bueres), Buenos Aires, Hammurabi, 2015, p. 125.

vidualización del bien (art. 375 CCCN, inc. b)) pero ninguna referencia al precio.²⁸ La segunda posición doctrinaria propicia que el poder para asentir contenga los requisitos del artículo 457.²⁹

Entendemos que en el mandato otorgado a un tercero para dar el asentimiento conyugal solo deben identificarse los bienes.³⁰

El poder para asentir no puede ser otorgado al cónyuge.

Nuevamente se abre controversia sobre la extensión de la prohibición legal: ¿se aplica a todos los supuestos de asentimiento conyugal (art. 470 CCCN) o solo a los supuestos de disposición de la vivienda familiar (art. 456 CCCN)?³¹ Entendemos que la remisión del artículo 470 CCCN tal vez no merece aplausos, pero es sin duda contundente.

C) *¿Cuáles son los efectos de la omisión del asentimiento conyugal cuando es requerido?*

El artículo 456 CCCN establece que el cónyuge de cuyo asentimiento se prescindió puede reclamar la nulidad del acto. No cabe duda, entonces, de que la omisión del asentimiento tiene la sanción de nulidad (relativa):³²

... el negocio concluido sin el asentimiento conyugal se encuentra afectado de una nulidad relativa, siendo que la sanción impuesta por la ley se encuentra pensada en la protección del cónyuge que no participare del acto cuestionado. De ello se colige, a partir de la aplicación de las normas generales que rigen en materia de ineficacia de los actos jurídicos, que el vicio podrá ser saneado por la confirmación del acto y por la prescripción de la acción (conf. art. 388) pudiendo la nulidad ser invocada por la parte en cuyo beneficio la nulidad se establece.³³

3. Asentimiento convivencial

El CCCN recepta una situación de hecho que reclamaba regulación legal. En las uniones convivenciales, no se contempla el dato genético, se destaca “el afecto” como elemento esencial. El Código Civil y Comercial (art. 509) conceptualiza la convivencia como la

28. Ver URBANEJA, Marcelo E., *Práctica notarial de contratos usuales. Modelos según normativa nacional y local*, Buenos Aires, Astrea, 2017, p. 112.

29. Ver ETCHEGARAY, Natalio P., [comentario al art. 375], en Clusellas, G. (coord.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado, anotado y concordado. Modelos de redacción sugeridos*, t. 2, Buenos Aires, Astrea-FEN, 2015, p. 125.

30. Ver CERNIELLO, Romina y GOICOECHEA, Néstor, “Aproximación al régimen patrimonial del matrimonio en el Código Civil y Comercial de la Nación” [online], en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, N° 922, 2015: “Durante la vigencia del CCIV, la diferencia no resultó tan relevante en la medida en que los requisitos para el asentimiento anticipado y para el poder para asentir eran los mismos: individualizar el bien objeto del acto –doctrina mayoritaria–. Sin embargo, la diferencia vuelve a tomar relevancia como consecuencia del juego de los artículos 457 y 375 CCCN [...] Compartimos la opinión de quienes sostienen que el apoderamiento para prestar el asentimiento es válido con la sola mención del bien”.

31. Ver URBANEJA, Marcelo E., ob cit. (cfr. nota 28), p. 113: “La remisión del art. 470 al art. 459 no tendría ningún sentido si no fuera para señalar que está prohibido otorgar poder al cónyuge para éstos fines. Por lo expuesto no compartimos la resolución en contrario de las XXXIX Jornadas Bonaerenses al respecto (tema 4, punto 4) que es seguida por el registro inmobiliario bonaerense (DTR 11/16. Art 4º)”.

32. Ver MAZZINGHI, Jorge A., “Disposición sobre la vivienda y otros bienes gananciales: asentimiento conyugal, nulidad, caducidad y fraude”, en *El Derecho*, Buenos Aires, UCA, 22/2/2018.

33. HERRERA, Marisa, ob cit. (cfr. nota 7), p. 45.

... unión basada en relaciones afectivas de carácter singular, pública, notoria, estable y permanente de dos personas que conviven y comparten un proyecto de vida en común, sean del mismo o de diferente sexo.³⁴

La norma legal establece los requisitos que deben cumplimentar para atribuirles efectos jurídicos. No constituyen un nuevo estado civil ni otorgan derechos sucesorios. Los requisitos exigidos son los mencionados en el artículo 510 CCCN: a) los miembros de la unión deben ser mayores de edad; b) no pueden estar unidos por el vínculo de parentesco en línea recta en todos los grados y en línea colateral hasta el segundo grado; c) no estar unidos por el vínculo de parentesco por afinidad en línea recta; d) no tener impedimentos de ligamen ni estar registrada otra convivencia de manera simultánea; e) mantener la convivencia por un período no inferior a dos años.

3.1. Asentimiento convivencial requerido por el artículo 522 del Código Civil y Comercial

La norma³⁵ consagra la protección de la vivienda familiar, la protección del lugar donde se asienta la convivencia. Establece que se requiere el asentimiento del otro conviviente para “disponer de los derechos de la vivienda familiar, ni de los muebles indispensables de ésta, ni para transportarlos fuera de la vivienda”.

El artículo establece una doble protección: entre convivientes estableciendo limitaciones a la capacidad para disponer de la vivienda y, en segundo lugar, frente a terceros determinando la imposibilidad de ejecución en determinadas circunstancias.³⁶

El CCCN no regula expresamente la noción de vivienda familiar. Se trata de un concepto integrado por dos ideas: vivienda y familia. Pero en la protección de la vivienda familiar la idea de familia es más restrictiva y se requiere de dos cónyuges (casados, del mismo o distinto sexo) o dos convivientes (cuya unión convivencial se haya inscripto debidamente).

... es usual que la vivienda se ubique en un inmueble. Pero no son conceptos sinónimos la vivienda y un inmueble [...] En nuestro país, a diferencia de otros países, son poco usuales

34. “Hay definiciones que tienen por fin encauzar o medir la realidad (definiciones constitutivas) mientras que otras se empeñan en describirlas (definiciones declarativas). Los conceptos constitutivos son irreales aunque están referidos a la realidad a la cual desean encauzar o medir. Los conceptos del derecho positivo pertenecen al grupo de las definiciones constitutivas. Las definiciones declarativas poseen, al contrario la función de describir la realidad natural o cultural, son las definiciones de la botánica o de la zoología. Los conceptos del derecho pertenecen al grupo de las definiciones constitutivas”. Ver GOLDSCHMIDT, Werner, “La alomonología (alias ciencia del derecho comparado)”, en *El Derecho*, Buenos Aires, UCA, t. 77, 1978, p. 861; y *El SOS del derecho internacional privado clásico y otros ensayos*, Buenos Aires, Editorial de Belgrano, 1979, p. 123.

35. Art. 522 CCCN: “Si la unión convivencial ha sido inscripta, ninguno de los convivientes puede, sin el asentimiento del otro, disponer de los derechos de la vivienda familiar, ni de los muebles indispensables de ésta, ni transportarlos fuera de la vivienda. El juez puede autorizar la disposición del bien si es prescindible y el interés familiar no resulta comprometido. Si no media esa autorización, el que no dado su asentimiento puede demandar la nulidad del acto dentro del plazo de caducidad de seis meses de haberlo conocido, y siempre que continuase la convivencia. La vivienda familiar no puede ser ejecutada por deudas contraídas después de la inscripción de la unión convivencial, excepto que hayan sido contraídas por ambos convivientes o por uno de ellos con el asentimiento del otro”.

36. GIOVANNETTI, Patricia S. y ROVEDA, Eduardo G., [comentario al art. 522], en Medina, G. y Rivera, J. C. [dirs.], *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, t. 2, Buenos Aires, La Ley, 2014, p. 284.

los casos en que una familia habita en una casa rodante [...] casas flotantes o embarcaciones [...] Estos bienes, pese a no ser registrables, igualmente son inejecutables si importan una vivienda familiar.³⁷

No hay regulación específica de este asentimiento:

El silencio normativo permite afirmar que ninguna de las indicaciones del ámbito conyugal tiene lugar aquí. Así, el asentimiento previo no tiene por qué consignar el precio de venta (en contra del art. 457); si se otorga poder para asentir, no hay obstáculo de hacerlo al conviviente (en contra del art. 459) y, además, no hay necesidad de indicar cuál inmueble es la vivienda familiar (en contra del art. 375 inciso b) [...]. Si parece prudente que el asentimiento anticipado individualice la vivienda familiar.³⁸

El asentimiento en la convivencia solo se requiere en dos circunstancias: a) para disponer de los derechos sobre la vivienda familiar (art. 522 CCCN); y b) en el régimen de protección de la vivienda –que luego analizaremos–, al proceder a la desafectación (art. 255 inc. a)). Será procedente siempre que la convivencia esté inscrita en el Registro Civil (arts. 522 y 255 inc. a)) o la unión convivencial surja del certificado de dominio y/o cuando conste en el título de dominio del enajenante.

4. Asentimiento conyugal y convivencial en el régimen de protección de la vivienda

En el capítulo tercero del libro tercero, en los artículos 244 a 256, configurando una normativa novedosa en varios aspectos, se regula lo relativo a esta protección. Será ajeno al presente el análisis detallado del articulado del CCCN.

A modo de síntesis, destacamos:

- a) Permite la afectación a favor del titular de dominio sin familia.
- b) Se posibilita la afectación por todos los condóminos, aunque no sean parientes ni cónyuges.
- c) Se prevé expresamente la subrogación real.
- d) Puede afectarse un inmueble destinado a vivienda en su totalidad o hasta parte de su valor.
- e) Se posibilita designar como beneficiario al conviviente.
- f) La afectación puede ser decidida por el juez, a petición de parte, en la resolución que atribuye la vivienda en el juicio de divorcio o en el que resuelve las cuestiones relativas a la conclusión de la convivencia si hay beneficiarios incapaces o con capacidad restringida.
- g) La situación de la quiebra resolviendo que el activo liquidado pertenece solo a los acreedores anteriores a la afectación y el remanente se entrega al propietario.
- h) La admisión de la retro prioridad registral, entre otros.

Existen dos normas que se refieren concretamente a la necesidad de prestar asentimiento. Así, el artículo 250 CCCN reza:

37. MOLINA SANDOVAL, Carlos A., ob cit. (cfr. nota 22), p. 764.

38. URBANEJA, Marcelo E., ob cit. (cfr. nota 28), pp. 115 y ss.

Si el constituyente está casado o vive en unión convivencial inscripta el inmueble no puede ser transmitido ni gravado sin la conformidad del cónyuge o conviviente, si éste se opone, falta, es incapaz o tiene capacidad restringida, la transmisión o gravamen deben ser autorizados judicialmente.

Por su parte el artículo 255 CCCN, al tratar los supuestos de desafectación y cancelación de la inscripción, en su inciso a) establece que la misma procede a solicitud del constituyente y si está casado o vive en unión convivencial inscripta se requiere el asentimiento del cónyuge o conviviente.

5. Situación de los excónyuges durante la indivisión poscomunitaria de gananciales. Artículo 482. ¿Asentimiento o codisposición?

La sentencia de divorcio marca el inicio de la etapa de indivisión poscomunitaria pero no el final del instituto del asentimiento conyugal. El artículo 482 CCCN plantea un supuesto especial de asentimiento conyugal, ya que le impone al titular del bien la obligación de informarle al otro excónyuge, con antelación razonable, cuando pretenda realizar actos que excedan la administración ordinaria de los bienes indivisos. La norma aplica se trate de indivisión poscomunitaria generada por el divorcio o por la modificación del régimen patrimonial matrimonial (art. 475 incs. c) y e)).

En este asentimiento se torna relevante contemplar el tiempo desde que se otorgó y la firma del acto trasmitivo, cuestión de hecho que deberá ser apreciada por el notario al momento de instrumentar el acto, ya que carece de solución legal.

El artículo 482 del CCyC³⁹ provocó que Registros de la Propiedad Inmueble, como el de la Ciudad de Buenos Aires y el de la Provincia de Buenos Aires, dictaran disposiciones al respecto, el primero con fecha 7 de marzo de 2016 mediante la Instrucción de trabajo N° 3/2016, y el segundo con la DTR N° 11 de 2016, en las que respectivamente recogen la norma y la doctrina vigentes al respecto y establecen su aplicación práctica en esta forma: los cónyuges divorciados que no hubieran acordado oficialmente la administración de sus bienes gananciales podrán utilizar indistintamente en la disposición de los mismos, tanto el sistema de codisposición, en cuyo caso deberán disponer ambos y se solicitará certificado de inhibición por los dos, o el de disposición por el titular con el asentimiento del ex cónyuge, solicitándose solamente inhibiciones por el titular, ya que durante la indivisión, se sigue aplicando el sistema vigente para la comunidad, en relación a los acreedores de cada uno de ellos (arts. 486 y 487 del CCyC).⁴⁰

39. Art. 482 CCCN: “Reglas de administración. Si durante la indivisión post comunitaria los ex cónyuges no acuerdan las reglas de administración y disposición de los bienes indivisos, subsisten las relativas al régimen de comunidad, en cuanto no sean modificadas en esta Sección. Cada uno de los copartícipes tiene la obligación de informar al otro, con antelación razonable, su intención de otorgar actos que excedan de la administración ordinaria de los bienes indivisos. El segundo puede oponer oposición cuando el acto proyectado vulnera sus derechos”.

40. ETCHEGARAY, Natalio P., “El asentimiento durante la indivisión poscomunitaria conyugal”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 7/11/2016 (t. 2016-F, p. 683; cita online AR/DOC/3100/2016).

6. Derecho registral inmobiliario

El CCIV, al organizar la constitución y transmisión de los derechos reales sobre inmuebles, sigue la teoría del título y modo suficientes, apartándose de otras soluciones que ofrecía el derecho extranjero. Vélez Sarsfield rechaza el sistema de la publicidad registral –a excepción de los “oficios de hipotecas” que existían con relación a ese derecho real–.⁴¹

En el año 1879 se crea el Registro Inmobiliario de la Provincia de Buenos Aires y en el año 1881 el Registro de la Propiedad Inmueble de la Capital Federal,⁴² creándose luego en las demás provincias.⁴³ Es recién con la reforma de la Ley 17711 y el artículo 2502 CCIV reformado que se instaura en el derecho de fondo la publicidad registral, dotando de oponibilidad a los terceros ajenos al negocio jurídico inscripto (validando a los distintos registros que en la práctica venían funcionando en las distintas jurisdicciones). El derecho real, la mutación jurídico-real inmobiliaria, adquiere su plenitud fuera de la sede registral. El derecho real nace extra registralmente.⁴⁴

El CCCN, en sus artículos 1892 y 1893, ha mantenido vigente el sistema anterior:

... la transmisión o constitución de derechos reales sobre inmuebles permite diferenciar dos estadios: en el primero el derecho se adquiere mediante el título y el modo suficientes, pero su oponibilidad es relativa, es decir que solo puede ser invocada con relación a los sujetos que menciona el art. 1893: quienes participaron en los actos, aquellos que conocían o debían conocer la existencia del título del derecho real. En el segundo estadio se procede a la inscripción registral, es decir de la anotación en el Registro de la Propiedad Inmueble, lo cual hace que el derecho real asentado resulte oponible “a terceros interesados y de buena fe”.⁴⁵

Recordamos aquellas palabras de Núñez Lagos cuando expresaba que “un título no es válido porque se inscribe, sino que se inscribe porque es válido”.

El sistema registral inmobiliario argentino, regulado en la [Ley Nacional Registral 17801](#),⁴⁶ es declarativo⁴⁷ (arts. 2, 3, 3 bis, 20 Ley 17 801, y art. 1893 CCCN), causal (arts. 2,3, 8 y 9 Ley 17801) y no convalidante (art 4 Ley 17801⁴⁸).

41. Ver GARCÍA CONI, Raúl R., *Registración inmobiliaria argentina*, Buenos Aires, Depalma 1983.

42. Ver VILLARO, Felipe, “Breve historia del Registro de la Propiedad Inmueble de la Capital Federal”, Buenos Aires, Impresiones Unigraf, 2016, pp. 6 y ss.

43. Ver BERNARD, Diego T., “Los registros de la propiedad inmueble en las provincias y la Ley Nacional Registral Inmobiliaria (17801)”, en *Revista Notarial*, La Plata, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, N° 793, 1970.

44. ABELLA, Adriana N., “El régimen jurídico inmobiliario argentino”, en Alterini, J. H. (dir.) y Alterini, I. E. (coord.), ob cit. (cfr. nota 6), t. 3, p. 462 [N. del E.: y en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, N° 905, 2011; ver [aquí](#)].

45. GURFINKEL DE WENDY, Lilian N., *Derechos reales*, t. 1, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 2016, p. 130. Ver también, con referencia al régimen velezano: CAUSSE, Jorge R. y otros, *Derecho civil. Derechos reales*, t.1, Buenos Aires, Astrea, 2004.

46. Ver ANDORNO, Luis O. y MARCOLÍN DE ANDORNO, Marta, *Ley Nacional Registral Inmobiliaria 17801. Comentada y anotada*, Buenos Aires, Hammurabi, 1999 (2ª ed., corregida, actualizada y ampliada); URBANEJA, Marcelo E., “A 35 años del Decreto-ley 17801/68. Panorama sobre la registración inmobiliaria argentina”, en Alterini, J. H. (dir.) y Alterini, I. E. (coord.), *Derecho notarial, registral e inmobiliario. Doctrinas magistrales 1897-2012*, t. 3, Buenos Aires, La Ley, 2012, p. 475 [N. del E.: y en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, N° 875, 2004; ver [aquí](#)].

47. Los sistemas registrales suelen clasificarse en virtud de distintos criterios. Así, por ejemplo: a) registros con efectos declarativos y constitutivos; b) causales y abstractos; y c) convalidantes y no convalidantes. En el *sistema*

48. Art. 4 Ley 17801: “La inscripción no convalida el título nulo ni subsana los defectos de que adoleciere según las leyes”.

La mencionada ley ha sido reglamentada en los distintos territorios. Así, el [Decreto-ley 2080/1980](#) (vigente con sus modificatorias) lo fue para el ámbito de la Capital Federal (y del entonces Territorio Nacional de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur).

El anexo II de la [Ley 26994](#) introduce modificaciones a la Ley 17801 en los artículos 1, 2 y 17. La modificación del artículo primero se impone por los cambios en la composición territorial del país; así, los territorios nacionales pasaron a ser provincias.⁴⁹ En el artículo segundo⁵⁰ se mantienen textuales los incisos que enumeran los tipos de documentos⁵¹ que ingresan a los registros, adecuándose el articulado del Código vigente mencionado en el mismo. En cuanto a las modificaciones del artículo 17,⁵² se suprime la última parte de la redacción original por su remisión al artículo 3137 CCIV.

6.1. Principios registrales

La facultad que tiene el registrador de examinar el documento cuya inscripción o anotación se solicita a efectos de verificar si reúne los presupuestos legales para su ingreso se enmarca dentro del denominado principio de legalidad. Sin ahondar demasiado en un tema que no es doctrinariamente pacífico, los denominados principios registrales se pueden definir como esos principios rectores, orientadores, directrices que informan las disposiciones del sistema registral inmobiliario.⁵³ Así, se han contemplado, entre otros,

constitutivo, el derecho real nace, para las partes y terceros, con la inscripción registral. Opuestamente, en el *sistema declarativo*, el derecho real nace antes y fuera del registro. En el *sistema causal*, interesa el origen del derecho, la causa de adquisición, el contrato o acto jurídico que da nacimiento al derecho. En el *sistema abstracto*, el derecho nace independientemente, por la sola declaración de los interesados hecha ante el registrador, es decir, de un acuerdo de voluntades. No hay calificación registral y el sistema es siempre convalidante (p.ej.: Alemania). El *sistema convalidante* se presenta cuando el registro es purificador. La inscripción sana defectos o nulidades del documento o derecho. Es *no convalidante* cuando la inscripción registral no sana los vicios; estos permanecen subsistentes. El documento ingresa viciado, sale viciado.

49. Art. 1 Ley 17801: “Quedarán sujetos al régimen de la presente ley los registros de la propiedad inmueble existentes en cada provincia y en la Capital Federal.

50. Art. 2 Ley 17801: “De acuerdo con lo dispuesto por los artículos 1890,1892,1893 y concordantes del Código Civil y Comercial de la Nación, para su publicidad, oponibilidad a terceros y demás previsiones de ésta ley, en los mencionados registros se inscribirán o anotarán, según corresponda, los siguientes documentos: a) Los que constituyan transmitan, declaren, modifiquen o extingan derechos reales sobre inmuebles; b) Los que dispongan embargos, inhibiciones y demás providencias cautelares; c) Los establecidos por otras leyes nacionales o provinciales.

51. *Documentos otorgados en el extranjero sobre inmuebles situados en la República*. El Código vigente modifica sustancialmente el régimen anterior (suprime la exigencia de protocolización previo contralor judicial). Con motivo de la referida reforma, del RPI de Capital Federal surge la [IT 9/2016](#), que establece, entre otros, que se calificará “la manifestación del autorizante respecto del carácter de instrumento público que revista el documento presentado según ley del lugar de su otorgamiento, y la referencia en minuta de los informes de dominio e inhibición utilizados para el acto”. El art. 2667 CCCN establece: “Los derechos reales sobre inmuebles se rigen por la ley del lugar de su situación. Los contratos hechos en un país extranjero para transferir derechos reales sobre inmuebles situados en la República, tienen la misma fuerza que los hechos en el territorio del Estado, siempre que consten en instrumentos públicos y se presenten legalizados”. Ver la [IT 1/2017](#), que instruye sobre la calificación registral en los supuestos de documentos donde se adjudiquen bienes como consecuencia de la liquidación de la sociedad conyugal por una sentencia dictada por un tribunal extranjero.

52. Art. 17 Ley 17801: “Inscripto o anotado un documento, no podrá registrarse otro de igual o anterior fecha que se le ponga o sea incompatible, salvo que el presentado en segundo término se hubiera instrumentado durante el plazo de vigencia de la certificación a que se refieren los artículos 22 y concordantes y se lo presente dentro del plazo establecido en el artículo 5”.

53. En el Primer Congreso Internacional de Derecho Registral celebrado en nuestro país en el año 1972, bajo la denominación de “Carta de Buenos Aires”, se declaró que “Los principios del derecho registral son las orientaciones

los principios de rogación,⁵⁴ inscripción,⁵⁵ especialidad,⁵⁶ tracto sucesivo,⁵⁷ prioridad,⁵⁸ publicidad⁵⁹ y legalidad. Vinculado especialmente a nuestra temática se encuentra el principio de legalidad consagrado en el artículo 8 de la Ley Registral.⁶⁰

fundamentales que informan esta disciplina y dan la pauta en la solución de los problemas jurídicos planteados en el derecho positivo”.

54. Art. 6 Ley 17801. Nos indica que el RPI no actúa de oficio. Esto significa que “toda mutación jurídico registral debe ser previamente instada”; la petición debe hacerla el autorizante del documento o quien tenga interés en “asegurar el derecho que se tiene que registrar”. Ver BONO, Gustavo A, “Principio registral de rogación”, en Alterini, J. H. (dir.) y Alterini, I. E. (coord.), *Derecho notarial, registral e inmobiliario. Doctrinas magistrales 1897-2012*, t. 3, Buenos Aires, La Ley, 2012, p. 715.

55. Art. 12 Ley 17801. Este principio implica la necesidad del ingreso del documento para una adecuada publicidad. Se materializa mediante la obligación generada al notario de presentar el documento al Registro.

56. Art. 10 Ley 17801. Reclama la individualización del sujeto, objeto y derecho. El derecho debe identificarse con una especie, monto y plazo. Este principio exige evitar la generalidad y se extiende a los titulares de los asientos, a los inmuebles registrados y a los derechos que se registran.

57. Arts. 15 y 16 Ley 17801. Se refiere a que debe conservarse el encadenamiento de las inscripciones verificándose la identidad del disponente. En el folio, los asientos están encadenados, derivando uno de otro (encadenamiento de titulares y de asientos). Podemos formularlo expresando que todo título que pretenda ser registrado debe tener como antecedente uno registrado. En la modalidad del tracto sucesivo abreviado, no deja de existir el encadenamiento que reclama la ley, ya que dos inscripciones se materializan en el mismo asiento. Ver GONZALÍA, María V., “Tracto sucesivo y tracto abreviado”, en Alterini, J. H. (dir.) y Alterini, I. E. (coord.), *Derecho notarial, registral e inmobiliario. Doctrinas magistrales 1897-2012*, t. 4, Buenos Aires, La Ley, 2012, p. 315.

58. Arts. 5, 17, 19 y 40 Ley 17801. Hablar de prioridad es contemplar la preferencia que se le da a un documento o derecho respecto de otro (que se refieren al mismo inmueble) en atención al momento en que se ingresa al registro. Existen dos tipos de prioridades: la directa y la indirecta. La prioridad directa, contemplada en los artículos 19 y 40 de la Ley Registral, establece que la prioridad entre dos documentos referidos al mismo inmueble estará dada por la fecha y número de presentación asignado en el ordenamiento diario, cronológico, del RPI. Responde al principio “*prior tempore potior iure*”. El art. 19 de la Ley Registral, en su última parte, y el art. 2575 CCCN permiten la celebración de negocios donde, por acuerdo entre los involucrados, se altere el orden asignado por la prioridad. Ejemplo de ello son las convenciones sobre rango, es decir, los supuestos de permuta, reserva, posposición o coparticipación. El principio de prioridad indirecta es lo innovador, considerado uno de los pilares básicos de nuestro sistema registral y el más celebrado por la doctrina. “... todo el sistema ha sido articulado en base a reservas de prioridad progresivas que van naturalmente conformando, o enervando, por el transcurso de los respectivos plazos, las correlativas posiciones registrales de los documentos. Desde la reserva de prioridad, que significa certificación (art. 25), pasando por la del plazo de presentación (art 5) y terminando por la de inscripción provisoria y sus prórrogas (art. 9), existe una armónica organización del tiempo registral que concluye perfecta y equilibradamente en los artículos 17 (oponibilidad e incompatibilidad), 18 (inscripciones condicionadas) y 19 (prioridad pura y alteración contractual de la prioridad). Toda esta construcción, bueno es destacarlo, es netamente argentina” (VILLARO, Felipe P., ob cit. [cfr. nota 41], p. 34). Sin duda, dos institutos son la clave del sistema registral inmobiliario: 1) la certificación expedida por el registro (art. 25), que genera la **reserva de prioridad**, una verdadera protección del negocio en gestión; y 2) la **retroprioridad o prioridad indirecta propiamente dicha** (art. 5). La escritura pública que ingresa al registro dentro del plazo de 45 días desde su otorgamiento se considera registrada desde la fecha de su instrumentación. El incumplimiento de los plazos de alguno de los dos (15, 25 o 30 días de los certificados o el de los 45 días de la retroprioridad) genera la pérdida de la protección y la realidad del documento debe contemplarse a la luz de la prioridad directa. Toda anotación o inscripción en ese plazo será condicional (art. 18 inc. b)) y si el documento que goza de la protección registral ingresa en término, esta anotación o inscripción pierde definitivamente su eficacia.

59. Arts. 2, 20-23 y 27 Ley 17801. La publicidad, es decir, la posibilidad que tienen los terceros de conocer las constancias del registro es función fundamental de los mismos. Existen dos maneras de referirse a la publicidad registral; así, se habla de publicidad material y publicidad formal. En este ámbito, es importante recordar la diferencia entre los certificados registrales, que provocan la denominada reserva de prioridad, y los informes (art. 27), que cumplen con la llamada publicidad noticia. (VILLARO, Felipe P., ob cit. [cfr. nota 41], p. 101).

60. La Ley 17801 (art. 8) expresa: “El registro examinará la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos cuya inscripción se solicite, ateniéndose a lo que resultare de ellos y de los asientos respectivos”. De la actividad valorativa surgen tres posibilidades: a) la inscripción definitiva del documento; b) la inscripción o anotación provisional si este adolece de un defecto subsanable, y c) el rechazo del documento. Excede el marco del presente abocarnos al análisis pormenorizado del mismo y sus límites.

El principio de legalidad se hace efectivo, en la práctica, a través de la función calificadora del registrador, función que ha generado amplios debates en doctrina y jurisprudencia.⁶¹ Los documentos que se presentan al registro inmobiliario para su inscripción, de origen notarial,⁶² judicial o administrativo, según corresponda, han sido calificados por su autor en su tarea de subsumir los hechos en el derecho.⁶³ La tarea del registrador es la calificación del documento registrable (contemplando el documento y su confrontación con los asientos registrales), pronunciándose sobre la admisibilidad o no del mismo. Este debe actuar dentro de los límites de su competencia, dentro del marco otorgado por el ordenamiento jurídico. No debe indagar sobre circunstancias o fallas que no aparezcan manifiestas en los documentos.

... si advierte un ilícito penal en la instrumentación del documento tiene la obligación de denunciar al juez ya que toda investigación del hecho es ajena a la facultad del registrador...⁶⁴

El registrador no debe exceder el límite de su función específica, debe calificar los aspectos formales del documento, las formas extrínsecas, y puede calificar sobre aspectos sustanciales que surjan del mismo si el notario o funcionario no se expidió sobre ellos expresa y fundadamente.⁶⁵

Recordamos que como consecuencia natural de esta tarea resultará la inscripción definitiva del documento, o puede que esta no esté en condiciones de efectuarse por existir defectos en el documento u obstáculos que resultan de los asientos registrales

61. Ver: FALBO, Miguel N., "Calificación registral y recursos", en Alterini, J. H. (dir.) y Alterini, I. E. (coord.), ob cit. (cfr. nota 6), t. 4, p. 779 [N. del E.: y en *Revista del Notariado*, N° 776, 1981; ver [aquí](#)]; BENSEÑOR, Norberto R. y CERÁVOLO, Ángel F., "La facultad calificadora del Registro de la Propiedad Inmueble y sus límites", en Alterini, J. H. (dir.) y Alterini, I. E. (coord.), ob cit. (cfr. nota 6), t. 3, p. 992 [N. del E.: y en *Revista del Notariado*, N° 901, 2010; ver [aquí](#)]; MOISSET DE ESPANÉS, Luis, "Calificación registral de instrumentos judiciales", en Alterini, J. H. (dir.) y Alterini, I. E. (coord.), ob cit. (cfr. nota 6), t. 3, p. 1012 [N. del E.: y en *Revista del Notariado*, N° 850, 1997; ver [aquí](#)]; CASABÉ, Eleonora R., "Calificación registral en las hipotecas constituidas en sede judicial", en Alterini, J. H. (dir.) y Alterini, I. E. (coord.), ob cit. (cfr. nota 6), t. 3, p. 1040 [N. del E.: y en *Revista del Notariado*, N° 882, 2005; ver [aquí](#)].

62. Ver GONZALÍA, María V., "La escritura pública en el nuevo Código Civil y Comercial. Requisitos y subsanaciones", en *Anuario de la Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, N° 4, 2017, pp. 131-168 [N. del E.: ver [online](#) en *Revista del Notariado*, N° 928].

63. Ver RAMAYO, Raúl A., "Derecho comparado. Relación entre el derecho propio y el derecho extranjero", en *Prudentia Iuris*, Buenos Aires, UCA, N° 35, 1994, pp. 5-59. [N. del E.: ver [aquí](#); fuente: *Biblioteca Digital UCA*; última consulta: 4/7/2019].

64. ABELLA, Adriana N., "Régimen recursivo registral inmobiliario" (trabajo presentado en el III Foro Internacional de Derecho Registral [Buenos Aires, 2012]), Buenos Aires, [s.e.], 2012. Ver declaración de la delegación argentina en el XXIII Encuentro del Comité Latinoamericano de Consulta Registral (México, 2010): "En el derecho argentino, el registrador carece de facultades legales para desplegar tareas de investigación, pretendida comprobación y resolución sobre la existencia de supuestos ilícitos generados en documentos presentados para su inscripción, ni cancelar oficiosamente esos asientos y restablecer la situación jurídico registral anterior. En un Estado de derecho fundado en la división de poderes como el argentino, el único órgano competente para adoptar tales decisiones es el poder judicial. La pretendida protección de terceros solo se logra en nuestro país con la intervención judicial, órgano que adoptará en forma inmediata las medidas indispensables y urgentes que considere adecuadas [...] Estamos convencidos de que el respeto a la Constitución Nacional, tratados internacionales especialmente de derechos humanos, leyes dictadas en consecuencia, doctrina clásica y contemporánea, y la rica y vasta jurisprudencia del poder judicial argentino, impiden los excesos y toda desviación de poder" (Jorge Horacio Alterini, José María Labayru, Eleonora Casabé, Patricia Marcela Casal, Marcelo Eduardo Urbaneja, Adriana N. Abella, Horacio M. Vacarelli, Zulma A. Dodda, Néstor O. Gomez).

65. Ver CNCiv., en pleno, 27/7/1977, "Feidman, Mauricio s/ Recurso de calificación" [N. del E.: ver [aquí](#); fuente: SAJ; última consulta: 4/7/2019].

(supuestos de inoponibilidad o incompatibilidad), con la consecuencia de la inscripción provisional. Puede que existan prioridades que los condicionan (certificados vigentes o inscripciones provisionales) que conducen la inscripción condicionada. Finalmente, conforme lo determina la Ley Registral, existe el supuesto del rechazo del documento por nulidad absoluta y manifiesta.

Notario, juez, administrativo y registrador, en su actuar, efectúan control de legalidad.

El ejercicio de la función calificadora por el registrador (actuando dentro de los límites de su competencia y conforme a derecho), en sintonía con la calificación efectuada por el autor del documento (notario, juez o funcionario administrativo), son los pilares sobre los que se proyecta la seguridad jurídica.

6.2. Normativa específica del registro de la propiedad inmueble

A partir de la sanción del CCCN, los registros de la propiedad inmueble comenzaron, en el marco de sus funciones legisferantes, a regular la nueva realidad. Comentamos a continuación las disposiciones técnico-registrales (en adelante, “DTR”) y/o instrucciones de trabajo (en adelante, “IT”) emanadas de la autoridad registral de Capital Federal y, en su caso, las diferencias que existen con la normativa registral bonaerense.⁶⁶

6.2.1. Régimen de protección de la vivienda

Disposición Técnico Registral RPI 4/2016.

Instrucciones de Trabajo RPI 6/2016 y 10/2016

En la [DTR 4/2016](#) del RPI (deroga la DTR 4/2015) hay artículos que expresamente aluden al asentimiento. Sin perjuicio de ello, dada la importancia de la temática, sin agotar los comentarios posibles, hacemos una pequeña mención a otros aspectos regulados en la misma.

Una de las novedades que trae el CCCN en su artículo 244 es la mención de la prioridad temporal de la afectación al régimen de protección de la vivienda. Frente a la afectación por vía notarial, existe la posibilidad de solicitar certificados registrales y gozar de la protección y retroprioridad que brindan los mismos. En los supuestos en que no se solicitare certificación se estará a la prioridad directa. En consonancia con lo estipulado en el Código, el artículo primero de la referida disposición menciona ambas posibilidades.

66. [Decreto 2080/1980](#) (t.o. por [Decreto 466/1999](#)), capítulo III “De las disposiciones, resoluciones y órdenes de servicio”: Art. 173: “En cumplimiento de sus funciones el Director General del Registro dictará: a) Disposiciones técnico-registrales. b) Resoluciones. c) Disposiciones administrativas. d) Órdenes de servicio”. Art. 174: “Las disposiciones técnico-registrales serán dictadas para regular con carácter general, las situaciones no previstas en este reglamento y las que se hubieren delegado a dicha regulación”. Art. 175: “Las resoluciones serán las que se dicten como consecuencia del procedimiento establecido en el capítulo X del título primero (De los recursos)”. Art. 176: “Las disposiciones administrativas serán aquellas que sin tener carácter técnico registral, estén dirigidas a regular el funcionamiento de los servicios de apoyo a la actividad registral”. Art. 177: “Las órdenes de servicio serán las instrucciones dadas al personal, para facilitar la interpretación y aplicación de las normas de jerarquía superior”. En la actualidad, estas instrucciones otorgadas al personal se denominan instrucciones de trabajo y, según nuestra opinión, con muy buen criterio, la Dirección las da a conocer al público en general.

En el artículo segundo, menciona el objeto de calificación en los documentos de afectación. Entre otros, aquí se contempla el supuesto del beneficiario (cónyuge o conviviente en nuestro caso), estableciendo que el afectante deberá acreditar el vínculo. En el caso del conviviente “basta que resulte del documento la manifestación del constituyente de que se trata de una unión convivencial conforme los artículos 509 y 510 del CCyC”. Queda claro entonces que, para la afectación en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en el supuesto del conviviente no se requiere acreditar que se trata de convivencia inscripta.

Igual solución enuncia la [DTR 10/2016](#) de la DPRP de la Provincia de Buenos Aires. Para la afectación no es necesario el asentimiento del cónyuge ni del conviviente no titular.

Un supuesto que contempla el artículo 244 CCCN (que a la fecha no ha tenido aplicación) y que queda plasmado en el artículo tercero de la DTR es la posibilidad de afectar un inmueble por una parte de su valor. Aquí requiere consignar “en el formulario de inscripción, a los efectos de su anotación, la porción en términos fraccionarios que respecto de total representa dicha parte del valor”.

El artículo 248 CCCN, receptando la posición existente en la doctrina y la jurisprudencia, consagra la subrogación real, tema que no podemos omitir en el presente comentario. El artículo cuarto de la DTR 4/2016 se aboca a la misma. Consagra una diferencia fundamental con la regulación de la Provincia de Buenos Aires: situándose en la postura diametralmente opuesta, establece que “no será necesaria ni materia de inscripción la «reserva» de subrogar el beneficio en el documento de desafectación correspondiente”. Por su parte, en la Provincia de Buenos Aires rige la DTR 10/2016, que expresa:

... si el inmueble es adquirido con posterioridad: 1) en la escritura de disposición por la cual se desafectó a “vivienda”/“bien de familia”, deberá constar la expresa reserva de subrogar el beneficio; 2) en la escritura de adquisición el notario deberá calificar y referenciar la reserva realizada oportunamente consignando todos los datos de la afectación originaria.

Entendemos que no es correcto requerir la reserva de subrogación por imponer un elemento que no está previsto en la ley de fondo, y más aún si pensamos que su omisión podría significar la pérdida de una protección con rango constitucional. Coincidimos con quienes estiman que sería de buena técnica de instrumentación realizar la reserva de subrogación al disponer del inmueble afectado para dejar claramente expresada la voluntad y lograr la publicidad hacia terceros, pero ello no significa que ella deba realizarse obligatoriamente, no siendo exigencia de la ley de fondo.⁶⁷

Hay otro aspecto de la subrogación real que requiere tratamiento diferenciado. Merece mención especial el cuestionamiento sobre si es posible o no materializar la subrogación real entre inmueble-viviendas que ya existen en el patrimonio del constituyente. Los motivos por los cuales una familia decide mudar su vivienda son variados; sirva de ejemplo el supuesto donde el grupo ha crecido en integrantes y las condiciones de la vivienda ya no son adecuadas o, viceversa, el hogar es grande para la composición familiar actual. A nuestro entender, es una variable que debe considerarse válida, ya que

67. Ver ZAVALA, Gastón A., “Subrogación de la vivienda. Interpretación del régimen en el contexto jurídico”, en *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, Buenos Aires, La Ley, octubre 2018, cita online AR/DOC/1590/2018.

en una interpretación integradora del derecho se debe valorar la protección constitucional de la vivienda, máxime no existiendo perjuicio para los acreedores.

Este tema desató un debate profundo. En dos oportunidades la DPRP de la Provincia de Buenos Aires denegó la inscripción de una escritura de subrogación del régimen de bien de familia al que se encontraba afectado un inmueble por otro que integraba el patrimonio del constituyente. Agotada la instancia administrativa,⁶⁸ se interpusieron los correspondientes recursos de apelación cuestionando la interpretación restrictiva del artículo 248 CCCN. En ambas oportunidades, intervino la Sala I de la Cámara 1ª de Apelaciones en lo Civil y Comercial de La Plata, rechazando el planteo efectuado oportunamente. El juzgador confirma la decisión del registro inmobiliario, expresando en los fundamentos del primer caso, que se reproducen en el segundo, que

Constituye una elemental regla de hermenéutica que cuando el texto de la ley es claro y expreso no cabe prescindir de sus términos, correspondiendo aplicarla estrictamente y en el sentido que resulte de sus propias palabras, aun cuando pareciera injusta, pues la interpretación de la ley debe comenzar por la ley misma, es decir, que para alcanzar su verdadero significado no ha de añadirse si extender nada que altere su contenido (SCBA, en “Ac. y Sent.”, 1969-235, 1970-I-391 y 1970-II-135).⁶⁹

Puerta de Chacón, en una interesante nota a fallo, expresa:

El CCiv. y Com. sienta la directiva de que los casos sometidos a decisión judicial deban ser resueltos en base a un sistema de fuentes (art 1). Se advierte que el fallo comentado no responde a las bases constitucionales de la protección de la vivienda, ni compatibiliza con la amplitud del régimen legal de afectación de la vivienda y de inejecutabilidad de la vivienda familiar. La aplicación de la ley requiere delimitar el supuesto de hecho y subsumirlo en la norma, pero en este caso, la exegesis apretada del art. 248 que realiza el juzgador en la revisión judicial deriva en una solución injusta (como reconoce) y, en opinión de la anotadora, irrazonable (art. 3 CCiv yCom).⁷⁰

La normativa registral contempla la afectación al régimen por condóminos y la subrogación real. En este caso, debe ser afectado por la totalidad de los cotitulares (artículo quinto) y no es necesario que exista parentesco entre ellos. Al respecto, la [IT 10/2016](#) del RPI (complementaria de la [IT 6/2016](#)) instruye al personal sobre la admisibilidad de la registración de afectación de protección de la vivienda rogada por la totalidad de los titulares de dominio, con efectos temporales distintos respecto de los condóminos que subrogan a partir de afectaciones previas, dejando, en este caso, constancia en el asiento registral de dicha circunstancia. Si existe usufructo, uso o habitación, la afectación debe ser conjunta, deben afectar el nudo propietario y el usufructuario, usuario o habitador.

68. Dirección General de la DPRP, Resolución Contencioso Registral N° 1/2016 (expediente N° 23077-1003/2016, iniciado por el notario Coto); Resolución Contencioso Registral N° 12/2016 (expediente N° 2307-1222/2016, iniciado por la notaria Vega de Torchia [*La Ley Online*, AR/JUR/107617/2016]).

69. Cám. 1ª Civ. y Com. de La Plata, Sala I, 14/6/2016, “Dirección General del Registro de la Propiedad, Expediente N° 23077-1003/2016 iniciado por el notario Emilio Coto” [*N. del E.*: ver [aquí](#); fuente: [CEPBA](#); última consulta: 4/7/2019]. Cám. 1ª Civ. y Com. de La Plata, Sala I, 29/12/2016, “Dirección General del Registro de la Propiedad, Expediente N° 23077-1222/2016 iniciado por la notaria Hilda Vega de Torchia”.

70. PUERTA DE CHACÓN, Alicia, “Vivienda. Traslación de la afectación. ¿Otro esfuerzo interpretativo?”, en *Derecho de familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, Buenos Aires, AbeledoPerrot, N° 2017-4, p. 78 (comentario al fallo Cám. 1ª Civ. y Com. de La Plata, Sala I, 29/12/2016, “Dirección General del Registro de la Propiedad, expte. N° 2307-0001222/2016, iniciado por la notaria Hilda Vega de Torchia”).

Desafectación. Necesidad de asentimiento. En concordancia con lo dispuesto por el artículo 255 inciso a) del CCCN, cuando el constituyente, al tiempo de solicitar la desafectación, es casado o está en unión convivencial inscripta, se requiere el Asentimiento del cónyuge o del conviviente cualquiera sea el estado de familia que tenía al momento de la afectación. Solución consagrada en las normas registrales de ambas jurisdicciones.

Por su parte, la IT 6/2016, en aspectos que tratamos, instruye al personal del Registro respecto del criterio para calificar en los siguientes casos:

- *Herederos del constituyente.* Para desafectar, se requiere el asentimiento del cónyuge supérstite o conviviente supérstite inscripto del afectante. No es necesario el asentimiento de los cónyuges de los herederos. La mayoría se computará por estirpe conforme las pautas del artículo 255 inciso c). Debe manifestarse expresamente la inexistencia de beneficiarios incapaces o con capacidad restringida; si los hubiere, es necesaria la autorización judicial.
- *Condóminos.* No se requiere el asentimiento de los cónyuges de los cotitulares.
- *Divorciados.* Solo será necesario el asentimiento del excónyuge no titular cuando se trate de un bien ganancial (art. 482, 2º párrafo).

6.2.2. Derecho real de usufructo

Disposiciones Técnico Registrales RPI 9/2016 y 11/2016.

Instrucción de Trabajo RPI 4/2018

El usufructo es, hasta la actualidad, dentro de los derechos reales de disfrute, el de mayor utilización. El CCCN lo regula en cinco capítulos en el título VIII, artículos 2129 a 2153, conceptualizándolo como

... el derecho real de usar, gozar y disponer jurídicamente de un bien ajeno, sin alterar su sustancia.

Hay alteración de la sustancia, si es una cosa, cuando se modifica su materia, forma o destino, y si se trata de un derecho, cuando se lo menoscaba.

Se observan dos diferencias con la [definición velezana](#), que utilizaba, con relación al objeto, la expresión “cosa” y, vinculada a la extensión de las facultades, decía “usar y gozar”.

El CCCN pone fin a temas hartos discutidos en la doctrina. En el artículo 2142 zanja definitivamente la cuestión, estableciendo que “el usufructuario puede transmitir su derecho”. Sin conformidad del nudo propietario, por su sola voluntad, puede transferir su derecho a un tercero. Sin embargo, su figura no desaparece totalmente, ya que es su vida la que determina el límite máximo del usufructo.

Tiene facultad para **constituir sobre el usufructo derechos reales de servidumbre**, como inmueble sirviente o dominante. Cuando la servidumbre constituya una carga para el fundo dado en usufructo, esta es válida pero no puede perjudicar al nudo propietario y se extingue con el usufructo. Si la servidumbre es activa, se pueden dar distintos supuestos según como se haya actuado al constituirla (podrá ser real e independiente del usufructo, servidumbre personal del usufructuario o se extinguirá con el usufructo).

Puede **constituir derechos reales de uso, habitación y anticresis**. Observando concretamente al derecho real de anticresis, vemos que el CCCN ha superado las críticas

que se le efectuaban al artículo 3242 derogado. En el Código actual la anticresis, como derecho real de garantía, le permite al acreedor anticresista explotar la cosa y hacer suyos los frutos para saldar la deuda en capital e intereses, pero no puede hacer vender la cosa porque el usufructuario está dando en garantía su derecho a percibir los frutos, no la cosa misma. Tengamos presente que en todos los casos el usufructuario no se libera de sus obligaciones, cargas, responsabilidades frente al nudo propietario.

Por su parte, los acreedores pueden ejecutar forzosamente este derecho (art. 2144 CCCN). En la legislación actual, los acreedores del usufructuario pueden embargar el derecho real y hacerlo ejecutar. La ley no distingue entre ejecución individual o colectiva.

El usufructuario puede abdicar de su derecho por abandono, causa común de extinción de los derechos reales regulada en el artículo 1907 CCCN o proceder a su renuncia.

En virtud de las facultades jurídicas descritas, el RPI entiende que no hay razón para que en tales supuestos no sea aplicable lo dispuesto en los artículos 456, 470 inciso a) y 522 CCCN, e instruye con la [IT 4/2018](#), que expresa:

Será objeto de observación y merecerá el tratamiento establecido en el inciso b) del artículo 9 de la ley 17801, la falta del asentimiento del cónyuge no titular cuando se califiquen documentos donde se transmite el derecho real de usufructo sobre inmueble de carácter ganancial o, si fuese propio, en el supuesto que el mismo resultase la vivienda familiar...

Las DTR [9/2016](#) y [11/2016](#) contemplan aspectos que no involucran al asentimiento pero que referidas al usufructo las enunciamos.

El artículo 2131 CCCN establece quiénes están legitimados para constituir usufructo: “el dueño, el titular de un derecho de propiedad horizontal, el superficiario y los comuneros del objeto sobre el cual puede recaer”. La DTR [9/2016](#), contemplando el artículo descripto, los modos de constitución del usufructo del artículo 2134 CCCN y la inhabilidad del inciso c) del artículo 1002 CCCN (inhabilidad especial para la contratación en interés propio de los cónyuges sometidos al régimen de comunidad entre sí), establece que

... merecerán el tratamiento al que hace referencia el art. 9 inc. b) de la ley 17801 los documentos por medio de los cuales el titular registral, al efectuar la transmisión de la nuda propiedad, además de reservarse para sí, haga extensiva la reserva al cónyuge no titular.

La DTR [11/2016](#) establece que es de aplicación el artículo 23 de la [Ley 17801](#), es decir, la obligación legal de tener a la vista el título inscripto en el Registro y las certificaciones en las que se consigne el estado jurídico de los bienes y de las personas cuando se autoricen escrituras públicas donde se transmita o renuncie al derecho real de usufructo.

Hasta aquí nuestro comentario. Como el pintor en uso del mencionado recurso pictórico, nuestras palabras obedecen a una perspectiva que, sin duda, no presenta el objeto en forma absoluta, completa o final.

7. Bibliografía

- AA.VV., *Nuevo diccionario ilustrado de la lengua española*, t. 1, Barcelona, Ramón Sopena Editor, 1928, 2ª ed.
- ABELLA, Adriana N., “Régimen recursivo registral inmobiliario” (trabajo presentado en el III Foro Internacional de Derecho Registral [Buenos Aires, 2012]), Buenos Aires, [s.e.], 2012.
- ANDORNO, Luis O. y MARCOLÍN DE ANDORNO, Marta, *Ley Nacional Registral Inmobiliaria 17801. Comentada y anotada*, Buenos Aires, Hammurabi, 1999 (2ª ed., corregida, actualizada y ampliada).
- BENSEÑOR, Norberto R. y CERÁVOLO, Ángel F., “La facultad calificadora del Registro de la Propiedad Inmueble y sus límites”, en *Derecho notarial, registral e inmobiliario. Doctrinas magistrales 1897-2012*, t. 3, Buenos Aires, La Ley, 2012.
- BERNARD, Diego T., “Los registros de la propiedad inmueble en las provincias y la Ley Nacional Registral Inmobiliaria (17801)”, en *Revista Notarial*, La Plata, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, N° 793, 1970.
- BONO, Gustavo A., “Principio registral de rogación”, en Alterini, J. H. (dir.) y Alterini, I. E. (coord.), *Derecho notarial, registral e inmobiliario. Doctrinas magistrales 1897-2012*, t. 3, Buenos Aires, La Ley, 2012.
- CASABÉ, Eleonora R., “Calificación registral en las hipotecas constituidas en sede judicial”, en *Derecho notarial, registral e inmobiliario. Doctrinas magistrales 1897-2012*, t. 3, Buenos Aires, La Ley, 2012.
- *Derecho notarial, registral e inmobiliario* (serie “Incidencias del Código Civil y Comercial de la Nación”, dirigida por Alberto J. Bueres), Buenos Aires, Hammurabi, 2015.
- CAUSSE, Jorge R. y otros, *Derecho civil. Derechos reales*, t.1, Buenos Aires, Astrea, 2004.
- CERNIELLO, Romina y GOICOECHEA, Néstor, “Aproximación al régimen patrimonial del matrimonio en el Código Civil y Comercial de la Nación” [online], en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, N° 922, 2015.
- CURSACK, Eduardo M. y otros, “Régimen jurídico del asentimiento en el Código Civil y Comercial. Medio de protección de la familia y del patrimonio de la comunidad matrimonial” [online], en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, N° 926, 2016.
- DI CHIAZZA, I. G., CROVI, L. D. y RIVERA, J. C., *Derecho civil y comercial. Contratos. Parte general* (serie “Derecho civil y comercial”, dirigida por J. C. Rivera y G. Medina), Buenos Aires, AbeledoPerrot, 2017.
- ETCHEGARAY, Natalio P., [comentario al art. 375], en Clusellas, G. (coord.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado, anotado y concordado. Modelos de redacción sugeridos*, t. 2, Buenos Aires, Astrea-FEN, 2015.
- “El asentimiento durante la indivisión poscomunitaria conyugal”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 7/11/2016 (t. 2016-F, p. 683; cita online AR/DOC/3100/2016).
- FALBO, Miguel N., “Calificación registral y recursos”, en *Derecho notarial, registral e inmobiliario. Doctrinas magistrales 1897-2012*, t. 4, Buenos Aires, La Ley, 2012.
- GARCÍA CONI, Raúl R., *Registración inmobiliaria argentina*, Buenos Aires, Depalma 1983.
- GIOVANNETTI, Patricia S. y ROVEDA, Eduardo G., [comentario al art. 522], en Medina, G. y Rivera, J. C. [dirs.], *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, t. 2, Buenos Aires, La Ley, 2014.
- GOLDSCHMIDT, Werner, “La alomonología (alias ciencia del derecho comparado)”, en *El Derecho*, Buenos Aires, UCA, t. 77, 1978.
- *El SOS del derecho internacional privado clásico y otros ensayos*, Buenos Aires, Editorial de Belgrano, 1979.
- GONZALÍA, María V., “Tracto sucesivo y tracto abreviado”, en Alterini, J. H. (dir.) y Alterini, I. E. (coord.), *Derecho notarial, registral e inmobiliario. Doctrinas magistrales 1897-2012*, t. 4, Buenos Aires, La Ley, 2012.
- “La escritura pública en el nuevo Código Civil y Comercial. Requisitos y subsanaciones”, en *Anuario de la Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, N° 4, 2017.
- GURFINKEL DE WENDY, Lilian N., *Derechos reales*, t. 1, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 2016.
- “Inscripción del boleto de compraventa inmobiliaria en los términos del Decreto 962/2018”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 26/11/2018 (cita online AR/DOC/2493/2018).
- HERRERA, Marisa, [comentario al art. 456], en Lorenzetti, R. L. (dir.), *Código Civil y Comercial comentado*, t. 3, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2015.
- [comentario a los arts. 466 y 467], en Lorenzetti, R. L. [dir.], *Código Civil y Comercial comentado*, t. 3, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2015.
- LAMBER, Néstor D., [comentario al art. 456], en Clusellas, G. (coord.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado, anotado y concordado. Modelos de redacción sugeridos*, t. 2, Buenos Aires, Astrea-FEN, 2015.
- *Cesión de derechos hereditarios*, Buenos Aires, Astrea, 2018.

- MARTÍNEZ, Karina y MASSONE, Mariana C., “Algunas cuestiones relativas al asentimiento conyugal”, en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, N° 901, 2010.
- MAZZINGHI, Jorge A., “Disposición sobre la vivienda y otros bienes gananciales: asentimiento conyugal, nulidad, caducidad y fraude”, en *El Derecho*, Buenos Aires, UCA, 22/2/2018.
- MEDINA, Graciela y ROVEDA, Eduardo G., *Derecho de familia* (serie “Derecho civil y comercial”, dirigida por J. C. Rivera y G. Medina), Buenos Aires, AbeledoPerrot, 2017.
- MOISSET DE ESPANÉS, Luis, “Calificación registral de instrumentos judiciales”, en *Derecho notarial, registral e inmobiliario. Doctrinas magistrales 1897-2012*, t. 3, Buenos Aires, La Ley, 2012.
- MOLINA SANDOVAL, Carlos A., “Inejecutabilidad de la vivienda familiar”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 5/9/2019 (t. 2016-E, p. 761; cita online AR/DOC/2541/2016).
- PADILLA, Rodrigo y VILLAGRA VÉLEZ, Macarena M., “Boleto de compraventa inmobiliaria. Un decreto que deja más dudas que certezas”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 26/11/2018 (cita online AR/DOC/2513/2018).
- PELOSI, Carlos A., “Artículo 1277 del Código Civil. Cuestiones relativas al consentimiento”, en *Revista del Notariado*, N° 700, 1968, pp. 738-767 (y en Alterini, J. H. [dir.] y Alterini, I. E. [coord.], *Derecho notarial, registral e inmobiliario. Doctrinas magistrales 1897-2012*, t. 2, Buenos Aires, La Ley, 2012, pp. 51 y ss.).
- PUERTA DE CHACÓN, Alicia, “Vivienda. Traslación de la afectación. ¿Otro esfuerzo interpretativo?”, en *Derecho de familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, Buenos Aires, AbeledoPerrot, N° 2017-4.
- RACHID, Martín y SAENZ, Pedro F., “Asentimiento conyugal anticipado y poder para asentir” [online], en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, N° 926, 2016.
- RAMAYO, Raúl A., “Derecho comparado. Relación entre el derecho propio y el derecho extranjero”, en *Prudentia Iuris*, Buenos Aires, UCA, N° 35, 1994.
- URBANEJA, Marcelo E., “A 35 años del Decreto-ley 17801/68. Panorama sobre la registración inmobiliaria argentina”, en Alterini, J. H. (dir.) y Alterini, I. E. (coord.), *Derecho notarial, registral e inmobiliario. Doctrinas magistrales 1897-2012*, t. 3, Buenos Aires, La Ley, 2012.
- *Práctica notarial de contratos usuales. Modelos según normativa nacional y local*, Buenos Aires, Astrea, 2017.
- VALLET DE GOYTISOLO, Juan, “La misión del notario”, en *Revista Internacional del Notariado*, Madrid, ONPI, N° 33, 1957, y en la edición 70° aniversario, 2018.
- VILLARO, Felipe, “Breve historia del Registro de la Propiedad Inmueble de la Capital Federal”, Buenos Aires, Impresiones Unigraf, 2016.
- ZAVALA, Gastón A., “Subrogación de la vivienda. Interpretación del régimen en el contexto jurídico”, en *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, Buenos Aires, La Ley, octubre 2018, cita online AR/DOC/1590/2018.

Coexistencia de dos mundos

El impacto del mundo digital en el ordenamiento jurídico*

Sebastián J. Cosola

Walter C. Schmidt

RESUMEN

No es novedad afirmar que el derecho viene adaptando sus postulados a la tecnología hace ya un tiempo prudente. Desde la iusfilosofía, la insistencia acerca de la importancia de la informática jurídica decisoria en el ejercicio de las profesiones jurídicas es una realidad que al menos en nuestro medio cuenta con más de medio siglo de tratamiento académico. Desde esas primeras manifestaciones hasta el presente inmediato, los temas de interés han ido mutando, variando, cambiando de perspectiva, siempre priorizando la evolución del impacto tecnológico en la vida de relación. Es indudable que la cuestión tecnológica asume hoy, más que en ningún otro momento de la historia, un rol esencial en la vida jurídica. Dentro de ella, la informática y todo su contenido primario relacionado con el manejo y uso de redes virtuales de comunicación, el valor de las firmas electrónicas o digitales, el análisis general de la prueba electrónica y también otras cuestiones que se encuentran referenciadas en el cuerpo principal del presente ensayo requieren de un análisis especial que permita de alguna manera una correlación directa con la nomología emergente del ordenamiento jurídico al que sujetamos nuestro actuar cotidiano. En este sentido, la fuente costumbre cobra verdadero valor e impulso para la comprensión de esta nueva realidad tecnológica que, como juristas, los escribanos debemos incorporar, siempre teniendo en cuenta que, a diferencia del derecho privado histórico que consagraba al patrimonio como centro de atención, el moderno derecho postula que, por sobre todas las cosas, su centro de atención es y será para siempre la persona humana.

PALABRAS CLAVE

Derecho en el mundo digital; derecho en el mundo analógico; alcances de la función notarial; atributos y derechos de la personalidad; derecho sucesorio; impacto tecnológico; derecho al olvido; función creadora con sistema de fuentes actuales.

Fechas de recepción y aceptación

11/6/2019 - 11/6/2019

* Edición revisada y adaptada –y con actualizaciones bibliográficas– del trabajo presentado en la XXXIII (San Carlos de Bariloche, 2018), galardonado con el Primer Premio.

Sumario: 1. Introducción. El impacto del mundo digital en el mundo analógico. 2. Sistema notarial latino y anglosajón. 2.1. Finalidad de la exposición de los sistemas notariales. 2.2. “Blockchain” y “bitcoins”. 2.3. La seguridad de la “blockchain”. 2.4. ¿“Blockchain” viene a sustituir al notariado latino? La fuerza de la costumbre como fuente del derecho actual. El documento notarial: institución clásica. 2.5. Criptomonedas y activos digitales: “icos”, “bitcoins”, “altcoins” y “tokens. 2.6. Los “wallet” o monederos. 2.7. Contratos inteligentes o “smart contracts” (aplicaciones “if-then” o condicionales). 2.8. Propiedad inteligente o “smart property”. 3. Firma. Firma electrónica y firma digital. 3.1. Protocolo notarial electrónico y función notarial electrónica. 3.2. Seguridad jurídica no es igual a seguridad informática. 3.3. Riesgos y prevenciones. 4. Infraestructura digital notarial y protocolo digital. Los cuatro aspectos relevantes a tener en cuenta. 5. Impacto del mundo virtual en los derechos personalísimos. 5.1. Identidad personal, identidad digital e identidad virtual. 5.2. Domicilios. Domicilio virtual y residencia digital. 6. Derecho sucesorio. 6.1. Sucesión de los bienes digitales. 6.2. Registro de voluntades digitales. 7. El “derecho al olvido”. 8. “Excursus”: la función notarial creadora del derecho en el documento. 9. Conclusiones. 10. Bibliografía.

1. Introducción. El impacto del mundo digital en el mundo analógico

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

- a) A finales de la década del sesenta e inicios de la siguiente, se crea el protocolo de comunicaciones para controlar la red militar ARPANET, ocurriendo así la primera comunicación entre ordenadores de la red, compuesta en su origen por cuatro computadoras.
- b) En las postrimerías de la década de los ochenta, la humanidad asiste al desprendimiento de la red militar, dando nacimiento a la red civil.
- c) La década de los noventa proyecta la creación de la *World Wide Web* (www) y de lo que generalmente denominamos *internet*.
- d) El inicio del presente siglo marca el surgimiento de las redes sociales, con un impacto fenomenal en el mundo técnico y práctico del oficio del jurista. Por solo citar algunos de los últimos temas relevantes hacia los cuales el derecho debe dar respuesta acabada y concreta: la primer *criptomoneda*, el *bitcoin*, en 2009.

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

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

Sobre lo expuesto, hay que decir que la ciencia del derecho hace tiempo que busca consolidar la cuestión de la tecnología e informática en la teoría académica. Es un trabajo arduo que aún no se termina por consolidar ni por ni para ninguno de los operarios de la ley y de los principios. Los intentos han sido por demás elocuentes, incluso desde las disciplinas jurídicas consideradas como fuertes. Desde la iusfilosofía, Guibourg advertía hace más de veinte años que la técnica del derecho se vería seriamente comprometida por lo que se dio a llamar, inmejorablemente, la “informática jurídica decisoria”.¹ En los tiempos que corren, Tobías caracteriza la informática como la disciplina que estudia el tratamiento racional y automatizado de la información a partir de la utilización de diversos instrumentos (computadoras y demás dispositivos) para alcanzar la recepción, el registro, el procesamiento, la conservación y el uso y la transcripción de datos, conocimientos y comunicaciones.² Sin embargo, los recambios teóricos y prácticos mínimos y necesarios no acompañaron la celeridad del impacto tecnológico en la vida de la persona humana.

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

La propia noción de nuevas o modernas tecnologías rápidamente es asociada al concepto de identidad, de seguridad, de rapidez y de eficiencia, generando, de manera paralela, otros temas que en el ideario general se vuelven moneda corriente: la siempre vigente alusión a la necesaria “eliminación de intermediarios” o la vital baja de costos relacionados con la cadena de producción, nociones relacionadas al empleo en la era de la maquinización, entre otros considerandos de importancia.³ Son todos conceptos mercantilistas que, si bien válidos en ciertos y puntuales aspectos, yerran cabalmente en ciertas fundamentaciones especiales. Así, existen determinados ámbitos de la vida comercial, social, empresarial y jurídica a los cuales los mencionados conceptos le son absolutamente ajenos y extraños.

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

1. Ver GUIBOURG, Ricardo, *Informática jurídica decisoria*, Buenos Aires, Astrea, 1993, pp. 1-10.

2. Ver TOBIÁS, José W., “Intimidad e informática” [comentario al art. 52], en Alterini, J. H. (dir. gral.) y Alterini, I. E. (coord.), *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético*, t. 1, Buenos Aires, Thomson Reuters-La Ley, 2016 (2ª ed. act. y aum.), p. 518.

3. Ver OPPENHEIMER, Andrés, *¡Sálvese quien pueda! El futuro del trabajo en la era de la automatización*, Buenos Aires, Debate, 2018. El autor opina que la tecnología no necesariamente creará un desempleo masivo, pero sí cambiará de manera drástica la noción de lo que conocemos como un “empleo”.

4. Y más profundo que ello: mientras en los ámbitos comerciales y hasta tecnológicos el concepto de seguridad solo se mira desde un aspecto técnico, es decir, seguridad=seguridad informática, desde el punto de vista jurídico,

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

- a) En el mundo analógico, nuestra vida es finita, temporal, acotada. En el mundo virtual, podríamos ser inmortales.
- b) En el mundo analógico, tenemos una única identidad, mientras que en el mundo virtual tendremos la identidad digital, pero, además, tantas identidades virtuales como quisiéramos.
- c) En el mundo analógico, nuestros bienes pueden ser escasos; sin embargo y al mismo tiempo, en el mundo virtual, podremos ser reyes de algún reino o emperadores de algún imperio. Y también, en el aspecto patrimonial, los bienes ocupan o no ocupan espacio físico: así, nuestro mundo virtual puede contener tantos libros, películas o canciones que en soporte físico ocuparían varios edificios o monumentos. El valor del patrimonio y su apreciación pecuniaria quizás sea mayor en el mundo invisible.
- d) Finalmente, en el mundo analógico, existen los contratos, que son los acuerdos de voluntades a los que todos estamos habituados, mientras que en el mundo virtual existen los “contratos inteligentes” que ni son contratos ni son inteligentes.

El desafío del presente trabajo es analizar el impacto de las nuevas tecnologías en la organización y en el ejercicio funcional del notariado, así como también en algunas instituciones de nuestro ordenamiento jurídico. Se nos impone intentar alcanzar una pretendida “compatibilización” de ambos mundos, para poder, desde ella, alcanzar a comprender el alcance de algunas respuestas que hoy no presentan viables soluciones.

¿Cuáles son los efectos que genera la desaparición física del mundo analógico y cómo impacta en el mundo virtual? Sabemos qué sucede con los bienes materiales; ahora, ¿qué es lo que sucede con nuestros bienes virtuales? ¿Y los digitales? ¿A dónde ir a buscarlos? ¿Dónde se encuentran? ¿Cómo cuidar nuestras inversiones digitales? ¿Cómo resguardar las criptomonedas y como asegurar que no se agoten o se extingan ante la propia desaparición física? ¿Qué clase de monedero –vida analógica– o *wallet* –vida virtual– resulta ser más seguro? ¿Y los blogs o canales de comunicación virtual (YouTube) que generan visitas y recaudan derechos? ¿Podría realizarse un “contrato inteligente” para que origine el cumplimiento y ejecución luego del fallecimiento? ¿Cómo podríamos visualizar el derecho sucesorio? ¿Qué es el derecho al olvido? ¿Puede la persona humana seguir siendo voluntariamente inmortal en el mundo digital a pesar de la desaparición física?

la seguridad informática nada tiene que ver con la seguridad jurídica. La seguridad informática podrá colaborar para alcanzar el estándar de seguridad jurídica que una sociedad requiere y el Estado debe garantizar, pero jamás, por ahora, la seguridad informática será seguridad jurídica pues hay varios aspectos que la tecnología no puede determinar.

Estos son algunos de los interrogantes que nos plantea la convivencia entre ambos mundos que intentaremos abordar. Consecuentemente, el planteo a realizar se divide en etapas, explicativas y determinativas de las conclusiones a abordar.

2. Sistema notarial latino y anglosajón

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

En nuestro medio, ya la XVI Jornada Notarial Argentina puso el tema en discusión, recomendando la inconveniencia de tomar o recibir influencias del sistema del *common law*.⁶ En efecto, en aquellos países de tan cercana tradición en materia de derecho constitucional pero de tan lejana tendencia en materia de derecho privado, se implementa el sistema conocido como seguro de títulos, a través del cual se intenta cubrir los riegos que nacen de los defectos reales que ocurren, como en todos los países en donde el derecho es puesto en manos y ejercicio del hombre, en la celebración de contratos que tienen como objeto a los inmuebles.⁷

5. Ver COSOLA, Sebastián J., *Los efectos de la publicidad en el documento notarial. La decisión jurídica a partir de la convivencia de las instituciones jerarquizadas y de la conformación de una teoría de valores trascendentes* (tesis doctoral presentada en la Facultad de Derecho de la Universidad Austral), Buenos Aires, [s.e.], 2017, pp. 85-90 [N. del E.: ver [aquí](#); fuente: [repositorio institucional de la Universidad Austral](#); última consulta: 4/10/2019].

6. La XVI Jornada Notarial Argentina (Mendoza, 1976) propuso un tema absolutamente interesante y poco común. Bajo el título “Tema IV: Penetración en los países organizados según el sistema latino por normas extraídas e inspiradas en el derecho estadounidense en materia de transmisión y constitución de derechos reales. Estudio comparativo y crítico del sistema estadounidense”, los notarios allí reunidos consideraron que en los países de sistema de derecho anglosajón la constitución y transmisión de los derechos reales opera mediante instrumento privado sin intervención legal impuesta por un profesional del derecho, lo que en conjunto con un deficiente sistema de registración determina la existencia de vicios que afectan seriamente la seguridad jurídica que debe necesariamente imperar en el tráfico jurídico negocial. Reflexionaron acerca del seguro de títulos, al que consideran absolutamente ineficaz e insuficiente como medio de acceso hacia la seguridad jurídica, ya que su misión no es suprimir riesgos sino superar los males originados por un sistema viciado. Asimismo, destacaron las virtudes del sistema latino, que, mediante la instrumentación pública en manos de un profesional del derecho que trae consigo el asesoramiento jurídico adecuado y la imparcialidad, conforma el más importante sistema de consolidación de los derechos reales. Las conclusiones de este punto del temario son realmente importantes, pero su tratamiento *in extenso* escapa de las necesidades de este trabajo. Es por ello que, a estas alturas, quizás resulte únicamente conveniente destacar que en las mencionadas recomendaciones se insta a no admitir bajo ningún concepto el trasplante del sistema estadounidense para la transmisión y constitución de los derechos reales, por cuanto ello implicaría condenar parámetros fundamentales de seguridad jurídica, debiéndose en consecuencia rechazar el sistema de seguro de título, que se aleja de los principios propios de la función notarial como la matricidad, la idoneidad, la fe pública y la imparcialidad, intensificando positivamente la interacción de los notariados americanos y europeos a fin de evitar el desarraigo de la intervención, las costumbres y las tradiciones notariales. Ver AA.VV., *Jornadas Notariales Argentinas. 1944-2008* (recopiladora: Norma Ciuro de Castello), La Plata, Fundación Editora Notarial, 2010, pp. 165-168 [N. del E.: ver [aquí](#); fuente: [CFNA](#); última consulta: 4/10/2019].

7. Ver PIAZZA, Marta R., “Responsabilidad civil del notario. El seguro llamado de mala praxis. Sus diferencias con el seguro de título”, en *Anuario Iberoamericano de Derecho Notarial*, Madrid, Consejo General del Notariado, N° 3, 2004, pp. 208 y ss. La autora argumenta que el análisis jurídico del seguro de títulos se encuentra unido, indefectiblemente, al análisis económico de cada país, y la utilización que se pretende instaurar es la del sistema imperante en

Con Ghirardi, puede recordarse que el *common law* es un sistema que reconoce

... dos cuerpos de normas: un derecho escrito, las leyes ordinarias originadas en el Congreso, y un derecho común, denominado *common law*, surgido de la actividad judicial, en las causas que constituyen en los conflictos privados un *case law*.⁸

Por esta razón, uno de los elementos esenciales de la perdurabilidad del *common law* es la existencia de la doctrina del precedente obligatorio.⁹ Desde aquí, entonces, que pueda decirse que el sistema del *common law* **no otorga verdadero sustento al documento como medio de prueba en juicio**, ya que hace prevalecer el régimen de prueba consuetudinario fundamentado en el desarrollo oral de la misma. Por el contrario, el *civil law* no solo otorga prioridad al elemento escrito, sino que además la forma escrita se erige como elemento indispensable tanto para la existencia del negocio jurídico como para su desarrollo como prueba en juicio, mucho más si se le reconoce al mismo la dación de fe.¹⁰ Desde aquí, entonces, que la función notarial en los países de tradición anglosajona no tenga la trascendencia e importancia que tiene en todo el resto del mundo que adscribe al régimen de notariado latino puro y que posiciona al notario como creador del documento e intérprete de la voluntad de las partes.

El propio sistema anglosajón no permite que la función cumpla acabadamente la misión innata de la justicia, la fe y la seguridad. Y es por ello que encontramos a un oficial que, en los países referidos, lleva el nombre de *notary public*, que, si bien reconoce orígenes en los funcionarios judiciales, no comparte en lo más mínimo ni los requisitos de acceso ni los de ejercicio de la función notarial tal cual nosotros la conocemos y valoramos. Su función es claramente certificante y, en ciertos estados modelo, como el de Nueva York, el *notary* es tanto oficial del estado como oficial del condado,¹¹ naturaleza que es compartida en general en ese país del norte de América.¹²

Así, podemos entonces recordar con Gutiérrez Zaldívar que, en general, los países que presentan este sistema de ejecución jurídica –y a pesar de algunas diferencias meramente formales– reconocen a un oficial que no es un profesional del derecho, que no brinda asesoramiento legal –salvo que sea abogado, aunque en la práctica es altamente infrecuente– ni puede aconsejar sobre la redacción jurídica de un documento. Es, además, un oficial que cumple para el acceso mínimos requisitos formales –en general, no

los países como los Estados Unidos de Norteamérica y todos aquellos que estén regidos por el derecho anglosajón, que avalan el sistema en razón de ser necesario para el desarrollo de la economía que se encuentra únicamente sostenida por las entidades bancarias, las financieras y las compañías aseguradoras que son las que emiten la póliza del seguro, asimilada a un contrato de indemnización contra la pérdida o el daño monetario efectivo que sufre el demandante asegurado.

8. Ver GHIRARDI, Olsen, “El *common law* de los Estados Unidos de Norteamérica. Génesis y evolución”, Córdoba, [s.e.], en <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/artcommonlawestadosunidos> (último acceso: 11/6/2019), p. 1.

9. *Ibidem*, p. 4.

10. GUTIÉRREZ ZALDÍVAR, Álvaro, “Los notarios en el *common law*”, en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, N° 866, 2001, p. 187.

11. PIOMBINO, Alfred E., *Notary public handbook. A guide for New York*, Nueva York, East Coast Publishing-Poughkeepsie, 1993, p. 1.

12. CARDENAS MONTFORT, Emilio, *Notarial services in Nafta. The North American Free Trade Agreement*, Montreal, [e.a.], 2004, p. 17.

tienen examen de aptitud para el ingreso al oficio—, como tener la edad mínima requerida, sin exigencia de la ciudadanía, saber leer y escribir, entre otros recaudos meramente formales.¹³

2.1. Finalidad de la exposición de los sistemas notariales

Es importante establecer las considerables diferencias entre el sistema notarial latino y el sistema anglosajón, porque principalmente la industria del *software* se encuentra en los Estados Unidos. Claramente, el origen, la prospectiva y, especialmente, las carencias y deficiencias del sistema notarial anglosajón son lo que permite que se originen ideas que intenten brindar las soluciones para el hombre y la mujer de nuestros días a partir del *software* y de toda otra herramienta de similar naturaleza.

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

Los usos actuales empiezan a hacerse notar para la conformación de la tecnología *blockchain*, como la utilización en los registros de la propiedad o registros de títulos de propiedad, todos con sus bemoles (principio de la no obligatoriedad de la inscripción, inexistencia de la teoría y práctica del instrumento público con efectos probatorios y ejecutivos, etc.). Nuevamente: son siempre soluciones que se plantean a partir de las propias deficiencias del sistema documental y profesional anglosajón. Es por ello que cada vez que pensemos en tecnología y comencemos a tratar estos temas, nunca podemos dejar de lado que estas soluciones fueron pensadas a partir de la carencia de un notariado de tipo latino en el sistema anglosajón.

Sabiendo que seguridad informática no es seguridad jurídica; a partir de esta premisa debemos estudiar las soluciones que ellos encuentran a sus problemas. De esta forma, se nos hará mucho más fácil comprenderlas y no caer en los errores habituales de creer que vienen a sustituir la profesión, cuando en realidad no son más que nuevas herramientas al servicio de las personas y, en nuestro caso, al servicio de la función notarial. El tratamiento de algunas de las modernas herramientas designadas es lo que sigue, en modo descriptivo.

13. GUTIÉRREZ ZALDÍVAR, Álvaro, “II Reunión Anual de la National Notary Association”, en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Capital Federal, N° 772, 1980, p. 1047.

2.2. Blockchain y bitcoins

El primer día de noviembre del año 2008, Satoshi Nakamoto publica en una lista de correo de criptografía un artículo denominado “Bitcoin. Un sistema de dinero efectivo electrónico de usuario-a-usuario”.¹⁴ Poco tiempo después, el tres de enero del año siguiente, el mismo Nakamoto publica en la misma lista de correo el software que da nacimiento al **bitcoin**, la primer criptomoneda o moneda digital.

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

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

El papel moneda, propio de la realización de la mayor cantidad de transacciones en nuestro medio, presenta dos propiedades fundamentales. La primera es el anonimato: las partes puede hacer la transacción sin revelar su identidad. La segunda se refiere a la descentralización: el pago se realiza de manera directa entre las partes, sin que intervenga un banco u otro agente. Ese dinero es el utilizado habitualmente para las operaciones económicas, lo que implica además admitir en nuestras naciones la fuerza de la costumbre como fuente del derecho en este tema específico (art. 1 del **Código Civil y Comercial** [en adelante, “CCCN”]). La creación de dinero digital debía de cumplir con las dos referidas propiedades del dinero efectivo y, además, superar dos grandes desafíos como son: a) la doble emisión o doble gasto de la moneda; y b) la instrumentación de un mecanismo o herramienta que haga innecesaria la creación de un ente o Institución reguladora, y que este mecanismo genere la confianza suficiente para que las personas inviertan en esta nueva moneda.

El funcionamiento de *blockchain* puede advertirse desde otra perspectiva si se lo hace desde el mundo analógico. Se ha definido a *blockchain* como un gran libro contable. Cuando hablamos de *blockchain*, hablamos de dinero digital. Vulgarmente, hablamos de dinero digital cuando tenemos dinero en un banco y lo gastamos con la tarjeta de crédito y/o débito, aunque lo cierto es que eso no es dinero digital: será dinero electrónico, que previamente hemos llevado como dinero físico al banco a depositar en la cuenta. El banco lleva un libro contable donde dice qué cantidad de dinero tiene cada persona y todos confiamos en el banco como institución. Cuando el banco le paga a alguien, debita el monto de una cuenta. En *blockchain*, donde no hay institución, imaginemos que creamos dinero en internet que no tiene su respaldo en dinero físico y decidimos que uno de los usuarios lleve esa contabilidad: todos deberíamos confiar en él. Pero, en la web, muchos somos anónimos y desconocidos; por lo tanto, esto no funcionaría ni tampoco cumpli-

14. NAKAMOTO, Satoshi, “Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System”, 2008, [s.e.]. [N. del E: ver [aquí](#) {y [tracción de Ángel León](#)}; fuente: [web de Bitcoin](#); última consulta: 4/10/2019].

ría con ninguna de las dos propiedades del dinero digital ya mencionadas (anonimato y descentralización). Para sortear estos inconvenientes, se encuentra la solución haciendo que todos los usuarios tengan la posibilidad de tener una copia de ese “libro contable”, y, además, para hacer un nuevo asiento, es decir, para restar un monto a una cuenta y acreditarlo a otra, todos los usuarios de la red deben estar de acuerdo, es decir, debe existir consenso. Con este mecanismo, tan sencillo pero complejo tecnológicamente, se consiguió crear dinero digital en internet.

En el mundo analógico, el banco posee un libro contable. Ese libro contable está conformado por páginas y cada una de esas páginas tiene un tamaño determinado que nos permite colocar una determinada cantidad de transacciones. En el mundo digital, al libro contable vamos a dejarlo de llamarlo libro contable y lo vamos a llamar **cadena de bloques**. A las páginas vamos a llamarlas **bloques**. Se llama cadena de bloques porque cada “página” está referenciando a la anterior y posterior, es decir, cada bloque está enlazado con el anterior y también con el posterior. En cada bloque se anotan las transacciones, y la red *Bitcoin* prevé la creación de un bloque cada diez minutos.¹⁵

2.3. La seguridad de la *blockchain*

La seguridad de *blockchain* se basa en su estructura de red descentralizada y de aceptación de cada uno de los bloques a través del consenso de los mineros (nodos) que en ese momento están en la red. Para dimensionar e imaginarnos el funcionamiento de la red *bitcoin*, en estos momentos hay 11.094 nodos, repartidos en 105 países, que se encuentran tratando de resolver los bloques de *blockchain*.

Dijimos que los mineros deben resolver cada diez minutos el algoritmo matemático que permita la creación de un bloque. Ese bloque, una vez creado y aceptado por el resto de los demás nodos, se incorpora a la cadena de bloques y se comienza a generar la creación de un nuevo bloque, todo esto cada diez minutos. Una vez que se generó el bloque, ya no se pueden agregar más transacciones a las existentes, aunque se podrían cambiar una o varias de las transacciones que se encuentren registradas. Pero para cambiar esa o esas transacciones, debo contar con el consenso del resto de los nodos existentes en la red para que validen el cambio y así poder lograr cambiar la mencionada transacción.¹⁶

15. Hay muchas otras piezas que existen para que no se pueda modificar y para que el sistema sea seguro; una de ellas es la “prueba de trabajo”. Para generar un nuevo bloque, es necesario realizar una prueba de trabajo. La prueba de trabajo es la resolución de un algoritmo matemático con el fin de determinar quién propone el siguiente bloque en la cadena principal. En este proceso, se verifica que las monedas utilizadas no hayan sido gastadas anteriormente para así evitar el doble gasto. Esta prueba de trabajo es realizada por servidores que se denominan “mineros”. Los mineros son los que mantienen la seguridad del sistema y validan las transacciones. A cada minero que resuelva la prueba y logre crear un nuevo bloque se le “paga” con *bitcoin* mediante la creación del mismo. Está programado que solo se emitirán 21.000.000 de *bitcoin* y el último de ellos será “minado” en el 2140. Los *bitcoins* son divisibles hasta en 8 decimales, es decir, un *bitcoin* puede dividirse hasta en 0,00000001 y uno puede adquirir la cantidad de decimales de *bitcoins* que quiera o pueda. Para evitar el uso de tantos decimales, algunas aplicaciones permiten denominar al *bitcoin* en unidades más pequeñas. Así nacieron los *bits* y los *satoshi*. El *bits* equivale a 0,000001 *bitcoins* o, lo que es lo mismo, un millón de *bits* equivalen a un *bitcoin*, mientras que 100.000.000 de *satoshis* equivalen a un *bitcoin*. El *satoshi* es la última fracción no divisible.

16. Todo esto debe ocurrir mientras que otro bloque no se haya creado ya que cada bloque está encadenado al bloque anterior y al bloque siguiente, porque si ya se creó otro bloque posterior necesito el consenso de toda la red para modificar no solo el bloque que quiero modificar sino todos los bloques posteriores. Si quisiera modificar

En definitiva, la red *blockchain* es segura en términos informáticos. La red nos garantiza la fiabilidad de la información y, además, la transparencia de la misma, ya que cada uno de nosotros podría ver el historial de todas las transacciones que se hicieron desde el referido 3 de enero de 2009, en el que se minó el primer *bitcoin*. La tecnología *blockchain* tiene virtudes, pero también tiene limitaciones que es necesario exponer. Si es casi imposible la modificación de un dato en una *blockchain* pública, ¿qué ocurriría si se ingresa un dato erróneo, ya sea por dolo o error del operador? ¿No generaríamos una falsa creencia de verdad en el dato cuando en realidad el mismo no es correcto?

2.4. ¿*Blockchain* viene a sustituir al notariado latino?

La fuerza de la costumbre como fuente del derecho actual.

El documento notarial: institución clásica

Pensar, solo imaginar que una cosa así puede ocurrir es apresurar un resultado que de ninguna manera puede ocurrir. Si convenimos en que *blockchain* viene a sustituir al notariado, retornamos entonces a la ya antigua discusión notarial referida a lo mismo, solo que con la firma digital. Lo mismo que pensar que el programa Autocad suplanta al arquitecto o Ross, a los abogados.

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

Además de ello, *blockchain* es una base de datos que se puede convertir en una base de Registro de la Propiedad o del registro que se quisiera, con una ventaja respecto de los existentes, pues la estructura de red distribuida donde cada uno de los miembros de la red puedan tener una copia del archivo aportaría la transparencia requerida de todo organismo público, sería una gran herramienta contra la discrecionalidad de los funcionarios

una operación que se hizo hace 24 h, no solo debería modificar la operación del bloque que la generó sino que, además, necesitaría el consenso de toda la red para modificar los 144 bloques posteriores. Si crear un nuevo bloque requiere de un gran esfuerzo tecnológico, con resolución de algoritmos matemáticos, imaginemos el esfuerzo y la complejidad que sería modificar y lograr el consenso de todos los nodos en la red porque he querido modificar una transacción de hace un tiempo. Por ello se dice que es casi imposible la modificación de la red.

públicos y una gran arma en contra de la corrupción de la administración pública, pues el historial de cada uno de los movimientos que tengan cada uno de los registros quedará registrado en la cadena de bloques. Si pensamos en el Registro de la Propiedad, casi se eliminaría la posibilidad de fuga registral; la pérdida o reconstrucción de una matrícula sería de muy fácil solución pues el *hash* (resumen) de la matrícula se encuentra dentro de la cadena de bloques y se podría recuperar invocando el archivo digital.

Empero, no desconocemos que la misma no deja de ser una base de datos y, como toda base de datos, registra lo que se quiera registrar pero sin control de legalidad y veracidad de lo que se registra. La información que se ingrese puede llegar a ser falsa o errónea, dando lugar a más problemas que soluciones; este es uno de los límites de esta tecnología.¹⁷ Si queremos registrar instrumentos privados, tendremos una hermosa base de datos completa de instrumentos privados, con los efectos que el ordenamiento les da a los instrumentos privados, pero el hecho de que se haya registrado no quiere decir que ese instrumento goza de los atributos de un instrumento público y mucho menos si lo que buscamos con la registración de los documentos públicos es no solo la publicidad a terceros sino alcanzar un bien superior como es lograr la paz social.

En definitiva, como puede bien advertirse, *blockchain* es una nueva herramienta que aporta una transparencia nunca antes vista en razón de los avances científicos y tecnológicos con los que cuenta la humanidad actual, pero de ninguna manera viene a sustituir la función notarial, ni siquiera en la faz de custodia y conservación del documento, pues en la cadena de bloques no se guardan los documentos sino solo un *hash* (resumen) del mismo, que hace referencia a la existencia del documento. El documento se registra en otra base; es por ello que decimos que la *blockchain* no cumple con la función de archivo ni custodia del documento.¹⁸ E insistimos: todo esto sin dejar de tratar el tema de la costumbre como fuente primordial del derecho, la misma que con el antiguo régimen era solo obligatoria si se transformaba en un uso repetido y reiterado en el tiempo y por varios miembros de una determinada comunidad y que hoy es fuente primaria del derecho unificado privado y constitucionalizado actual (arts. 1, 2 y 3 CCCN).¹⁹ La sola costumbre determinará que en nuestras naciones el documento en el formato tradicional siga existiendo, con bemoles, con el aprovechamiento de la tecnología puesta al servicio del hombre y de la mujer problematizados de nuestros días, que requieren respuestas concretas a cuestiones que requieren vital atención.

Si sobre esto sostenemos que el moderno ordenamiento nacional incorpora las nuevas instituciones, elimina las antiguas y obsoletas y, a la vez, conserva a las clásicas, sin

17. Ver “[Blockchain es ferpecto: Cuáles son los límites de la criptomoneda más conocida](#)”, Infobae, 19/8/2018 (última consulta: 11/6/2019).

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

19. AGUILÓ REGLA, Josep y VIGO, Rodolfo L., *Fuentes del derecho. Dos visiones*, Buenos Aires, Astrea, 2018, pp. 86-87.

duda alguna la teoría del documento notarial se erige inmutable, casi como en el Código Civil de Vélez Sarsfield, después de tanto tiempo y con todo el derecho de haber sufrido, al menos en la parte informática, alguna modificación fehaciente. El documento notarial se mantiene incólume porque se enrola dentro del concepto de institución tradicional, que son, en definitiva, las que perduran a través del tiempo de los tiempos, porque son las que la humanidad necesita para gozar de credibilidad, seguridad y confianza y, hoy, de los valores más trascendentes que el derecho proclama y defiende, la justicia y la paz.

2.5. Criptomonedas y activos digitales: icos, bitcoins, altcoins y tokens

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

Los nuevos proyectos criptográficos requieren una inversión inicial para iniciarse y desarrollarse. Normalmente, los desarrolladores presentan su proyecto a la comunidad de inversionistas mediante un documento “*white paper*”, donde explican el proyecto a realizar, la potencialidad de su uso y aceptación, la proyección a largo plazo. Además, los desarrolladores del proyecto determinan sus áreas, la cantidad de *tokens* a crear y la administración de los fondos recaudados, sus depósitos, la forma de llevar sus registros y su ejecución. Estos estándares son esenciales para que el inversionista pueda evaluar y convencerse de la solidez y sustentabilidad del proyecto. Una vez presentado el proyecto, se realiza la oferta inicial de moneda (“*initial coin offering*” [ICO]), cuya función es recaudar los fondos necesarios para iniciar el proyecto, es decir, cada proyecto ofrece a la venta *tokens* de su proyecto, que los inversionistas adquieren aportando criptomonedas y generando el fondo de dinero necesario para la ejecución del proyecto.

Previamente a conceptualizar las criptomonedas, es importante definir y distinguir el dinero electrónico del dinero digital,²⁰ para luego sí definir la *criptomoneda* y las monedas virtuales. La **criptomoneda** es toda aquella moneda creada mediante un sistema criptográfico que utiliza su propia cadena de bloques y que sirve como medio de pago general, incluso en el mundo físico. No tiene un emisor concreto sino que su emisión y seguridad se basa esencialmente en un tipo de escritura enigmática con claves especiales que la vuelven secreta (criptografía). Las criptomonedas son una especie de dinero digital que tiene la capacidad de interactuar como medio de pago tanto en el mundo físico o analógico como en el mundo digital; por ello, decimos que, en consecuencia, toda criptomoneda es también dinero digital y electrónico.²¹

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

21. El *bitcoin* fue la primer criptomoneda creada. Luego, se crearon muchas monedas más, como el *Litecoin*, *Z-Cash*, *Bitcoin Cash*, *Ethereum*, *Ripple*, *Monero*, entre otras, las cuales se las denominan como *Altcoins* o monedas alternativas, para diferenciarlas de la criptomoneda fundacional.

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

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

La palabra **token** tiene varios significados, dependiendo del campo de acción del cual estemos hablando. En programación informática, es un elemento del lenguaje de programación. En el campo de la seguridad informática, es un dispositivo físico electrónico que permite almacenar claves criptográficas como la firma digital o datos biométricos como la huella dactilar. También dentro del mismo campo, un *token* es una aplicación móvil (*token* de los bancos) que permite realizar operaciones de manera segura con una entidad determinada. En el campo de las finanzas, se entiende por *token* la representación digital de cualquier bien que pueda estar en el comercio. *Token* es un nuevo término para una unidad de valor emitida por una entidad privada. De la misma forma que existen las criptomonedas, existen las acciones virtuales de una empresa. A esas acciones virtuales las denominamos *token*. El *token* es una nueva herramienta de inversión a través de la *blockchain*. Puede tener funciones de medio de pago, pero además puede ser la representación de una acción o de los títulos valores, un producto, una casa, puntos en la tarjeta o en un comercio, kilogramos de soja, kilovatios de electricidad, etc. Permite que todo pueda ser comercializable. Al *token* se lo podría asimilar a una ficha de casino o de videojuegos. Cuando vamos al casino o a una sala de videojuegos, no podemos jugar con dinero sino con fichas que representen dinero. En este caso, a las fichas del mundo físico las denominamos *token* en el mundo digital. A diferencia de las criptomonedas, cuya creación y generación no están reguladas por ninguna empresa o entidad sino que la descentralización es una de sus cualidades esenciales, los *token* son generados por empresas en una *blockchain* ya existente que admite contratos inteligentes (*smart contracts*). Cada empresa o cada proyecto criptográfico que realiza su ICO, crea su propio *token* como parte del proyecto. Quienes invierten en ellos lo hacen pensando que en el futuro el valor de esos *token* va a aumentar en base a la potencialidad del proyecto emprendido.

Si un *token* es la representación de cualquier bien que se encuentre en el comercio, podría ser la representación de un derecho sobre un inmueble o de la parte indivisa de un inmueble, pudiendo hablar entonces de la “*tokenización* de los inmuebles”, o podría ser el derecho de uso del mismo por tiempo determinado o indeterminado, pudiendo pensar en la evolución del instituto del tiempo compartido, ahora en formato digital. Debemos de pensar que, en la fase inicial de la *tokenización*, deberíamos generar una “certificación notarial” que le otorgue la aptitud necesaria para el financiamiento de *tokenización* de

activos, entre ellos los inmobiliarios, y expedir por cada propiedad un certificado notarial que identifique al titular con el derecho, calificando su legitimidad. Al negocio del *crowdfunding* inmobiliario solo le queda pendiente la asignación de token a los derechos que la participación de cada inversor tiene.²²

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

2.6. Los wallet o monederos

Los **monederos**, también llamados **billeteras**, son aplicaciones o herramientas informáticas que nos permiten guardar, enviar y recibir criptomonedas y criptoactivos y nos indican el saldo e historial de todas nuestras transacciones. Estas aplicaciones se bajan al teléfono o la PC. Un monedero puede tener múltiples direcciones donde recibir criptomonedas y todas ellas pueden ser válidas. Existen distintas clases de monederos, las cuales podemos clasificar teniendo en cuenta su facilidad de uso y seguridad. Cuanto más fácil su uso menos seguro es el resguardo de nuestras criptomonedas y activos digitales.²³

La particularidad de estos monederos es que no requieren nuestros datos personales para ser utilizados. La forma de acceder a ellos es mediante la contraseña que, al inicio, se estableció para el acceso a los mismos. Más allá de este acceso, todos los monederos tienen una forma de *backup* para el caso de pérdida, robo o destrucción del teléfono o la PC.²⁴

Saber cómo funciona cada una de estas aplicaciones nos permite dimensionar los riesgos y consecuencia del uso de las mismas así como poder encontrar y brindar soluciones a los usuarios de los mismos. Uno de los mayores problemas que se plantean es

22. DE LA FUENTE, Juan Á., “La tokenización de los inmuebles y el notariado”, en *Revista Internacional del Notariado*, Buenos Aires, ONPI, N° 123, 2018, p. 73.

23. Yendo de lo más fácil e inseguro hasta lo más difícil y seguro para su uso, tenemos los *exchange* o “casas de cambio de criptomonedas y criptoactivos”. El manejo es similar a una cuenta corriente de un banco (p.ej., [LocalBitcoins.com](https://www.localbitcoins.com)). Luego vienen las carteras en línea, que son sitios web donde el usuario tiene el manejo de su clave privada (p.ej., [Blockchain.info](https://blockchain.info)). Un poco más difícil el uso pero más seguro el control de sus fondos son las aplicaciones de cartera o carteras por software, que son aplicaciones que se bajan a la PC o dispositivo móvil (p.ej., [BitPay](https://bitpay.com)). Por último, las carteras más seguras son las carteras por hardware (p.ej., [Trezor](https://trezor.io)). Existen también las carteras de papel.

24. Con este *backup*, uno puede restablecer los fondos que tenía y recuperar el dinero en dicho monedero. Uno de los problemas que existen con este *backup* es que cada uno de los monederos tiene un método especial. La forma más utilizada consiste en la utilización de 12 o 24 palabras. Al momento de crear el monedero, nos informan estas 12 o 24 palabras para el caso de pérdida del mismo. Para recuperar los fondos, debemos escribir esas 12 o 24 palabras en el mismo orden que nos dieron al momento de crear el monedero. Otro de los problemas es que si esas palabras las dejamos al alcance de cualquier persona, quien las vea podrá restaurar los fondos en otro monedero y transferirlo, perdiendo nosotros todas nuestras criptomonedas y activos digitales.

Otro método de *backup* seguro son los monederos de papel. Estos monederos se crean en la web con una dirección pública y privada, se transfieren los fondos que tengamos a esa dirección e “imprimimos” el monedero en soporte papel. En dicha impresión estará nuestra clave pública como la clave privada. Para poder utilizar estos fondos, deberemos abrir nuevamente un monedero en la web e importar nuestros fondos a la cuenta abierta en el nuevo monedero. Hay que tener en cuenta que cada vez que transferimos los fondos del monedero de papel a la nueva cuenta se transfieren todos los fondos que existen en ese monedero, no siendo posible pasar una parte de esos fondos.

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

Teniendo en cuenta la problemática anteriormente expuesta, puede afirmarse que la función notarial se encuentra preparada para enfrentar la cuestión en auxilio de quienes han sufrido las pérdidas o los deterioros. De esta manera, con las herramientas que hoy poseemos, el titular podría solicitar notarialmente un acta de manifestación que incluya un sobre cerrado, solicitando la protocolización del mismo y que en el futuro sea entregado a su curador en caso de su propia incapacidad o a sus herederos en caso de fallecimiento. Esta no sería la mejor solución salvo que el requirente tenga un solo monedero y no lo cambie nunca, cosa bastante improbable. De no ser así, podría pensarse en la redacción de un testamento o quizás en una solución de carácter informático. Estamos pensando en soluciones que no existen pero que seguramente el notariado deberá de pensar como nuevas formas de prestación de servicios.²⁵

2.7. Contratos inteligentes o smart contracts (aplicaciones *if-then* o condicionales)²⁶

La denominación de contrato inteligente (*smart contract*) fue creada en 1994 por el jurista y criptógrafo estadounidense Nick Szabo, quien lo define como “un conjunto de promesas, especificadas en forma digital, incluidos los protocolos dentro de los cuales las partes cumplen las otras promesas”.²⁷ Un contrato inteligente es un programa informático

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

26. SCHMIDT, Walter C., *Transformación digital. Smart Contracts y la tokenización inmobiliaria* (tesis fin de master; Universidad de Salamanca), [s.e.], 2019 (en repositorio institucional).

27. SZABO, Nick, “[Smart Contracts: Building Blocks for Digital Markets](#)”, [s.e.], 1996. Esta definición es una evolución de la definición dada oportunamente en 1994 donde decía que “un contrato inteligente es un protocolo de

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

Hablemos de la conceptualización dada por Szabo de contratos inteligentes que hoy se utiliza: ¿son realmente contratos?, ¿son realmente inteligentes? Teniendo en cuenta la lógica de programación y ejecutabilidad que dichos programas utilizan, podríamos hablar de “aplicaciones *if-then*”²⁸ o “aplicaciones condicionales”. Cuando hablamos de “inteligentes”, el mismo Szabo, al definirlo, dice que no está hablando de inteligencia artificial. La denominación de inteligente se asemeja más a la autonomía y la autoejecutabilidad de las prestaciones. La inteligencia tiene que ver con la capacidad de unir conceptos diferentes y asociarlos y, más cercano a esto, con la capacidad de decisión propia o la voluntad, cosa que aquí no existe, por lo cual la denominación de inteligente no refiere a la capacidad de tomar decisiones por sí mismo sino que refiere a la autonomía y a la autoejecutabilidad de las prestaciones.

Para saber si la denominación de “contrato” es correcta, debemos recurrir al articulado del CCCN. En él se nos dice (art. 957): “Contrato es el acto jurídico mediante el cual dos o más partes manifiestan su consentimiento para crear, regular, modificar, transferir o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales”. Asimismo, el CCCN expresa (art. 286) expresa que “la expresión escrita [...] puede hacerse constar en cualquier soporte, siempre que su contenido sea representado con texto inteligible, aunque su lectura exija medios técnicos”. La Real Academia Española establece que el significado de *inteligible* es “que pueda ser entendido”. Si bien es cierto que el lenguaje de programación puede ser entendido por expertos, no es el sentido que el CCCN adopta, sino que el propio ordenamiento lo hace con un sentido que cualquier persona pueda entenderlo para así poder prestar su consentimiento a lo que está firmando. Es por ello que creemos que el lenguaje de programación no cumpliría con las formas establecidas para que los contratos inteligentes puedan ser denominados contratos.

Autores de la magnitud de Alpa han reconocido que el derecho de los contratos puede modernizarse y seguir una adecuada evolución, que no puede desconocer sus elementos iniciales, esenciales (consentimiento, objeto, causa y forma), ya que la unión de los mismos generara las mayores probabilidades de justicia contractual.²⁹

transacción computarizado que ejecuta los términos de un contrato” (en su trabajo “The Idea of Smart Contracts”). En aquel momento Szabo teorizaba y predecía la utilización de estos contratos, pero a la vez mencionaba que no era factible su uso por el desarrollo de la tecnología existente. Para la viabilidad de estos contratos, es necesario que existan transacciones programables y criptomonedas (o moneda digital descentralizada en la idea de Szabo). Tuvo que esperar hasta el 2008 con la creación de *Bitcoin* y la tecnología *blockchain* para hacer realidad la idea planteada quince años antes.

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

29. ALPA, Guido, *El contrato en general. Principios y problemas*, Lima, Instituto Pacífico, 2015, p. 489.

2.8. Propiedad inteligente o smart property

Junto con la llegada de los contratos inteligentes, es posible extender dicho concepto a la propiedad. Podríamos hablar de “propiedad inteligente”³⁰

Si juntamos las características de los contratos inteligentes con la creatividad de los desarrolladores, el avance exponencial de la tecnología y la internet de las cosas (IoT), la potencialidad en esta clase de contratos de ejecución sencilla es muy amplia. Hablamos de contratos de ejecución sencilla ya que, al estar en lenguaje de código informático, estos contratos están escritos con una rigidez que no permite la interpretación de las cláusulas; así es que la programación prevé que ante tal hecho ocurre tal consecuencia. Para pensar en las posibles aplicaciones de esta clase de contratos, debemos abrir un poco la mente, ver dónde nos va a llevar la *internet de las cosas* (IoT) y pensar que sería posible que nuestra propia heladera nos diga cuáles alimentos tenemos vencidos o lo que nos falte, o que nuestro cepillo de dientes nos alerte sobre una caries e incluso haga una cita con el dentista, o contratemos una habitación de un hotel o de un departamento en la *blockchain* directamente con el dueño o la cadena hotelera donde nadie nos reciba y la puerta de acceso se desbloquee al verificar que hemos abonado la habitación, todo ello sin el costo de la intermediación que hoy significan Despegar, Booking, Airbnb, etc.³¹

Teniendo en cuenta que los contratos inteligentes se autoejecutan habiéndose cumplido la condición, ¿qué pasaría si suscribimos un contrato para que se cumpla después de nuestra muerte? En principio, podríamos decir que no tendría validez pues no cumple con las formalidades del testamento; pero, siendo autoejecutable, ¿cómo podrían los herederos enterarse de la suscripción de un contrato en esas condiciones? ¿Y si el causante suscribió un contrato en el cual se establece que todo su patrimonio en criptoactivos sea transferido a una o más personas determinadas que no son sus herederos, violentando la legítima? ¿O si decido compartir todos mis datos médicos una vez que haya fallecido? ¿Fantasía, ciencia ficción o realidad? La *blockchain*, la IoT y los contratos inteligentes han llegado para quedarse y con grandes promesas de revolución. Bienvenidos al nuevo mundo digital, cada vez más relacionado con nuestro mundo físico, a tal punto que algunos ya hablan del internet de todas las cosas (IoE).

3. Firma. Firma electrónica y firma digital

En razón de los tiempos y de las épocas, el derogado Código Civil centenario de Dalmasio Vélez Sarsfield³² solo reconoció la firma ológrafa y el documento papel, a los que

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

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

32. Sancionado el 29/9/1869, con vigencia a partir del 1/1/1871, reformado varias veces, dejó de tener vigencia el 31/7/2015.

dividió en documentos públicos y privados, clasificación a la cual la doctrina le agregó los documentos particulares. Mucho tiempo después, la [Ley 25506](#) (2001), complementaria del Código Civil en anterior vigencia, incorpora al ordenamiento jurídico la noción de documento digital, la firma digital y la firma electrónica y, lo que es aún más relevante, **la equiparación de los efectos jurídicos de la firma digital con la firma ológrafa** (art. 3).

Con el dictado de la [Ley 25506](#) teníamos instrumentos públicos y privados firmados ológrafamente, documentos digitales firmados con firma digital o con firma electrónica. Un documento digital era reconocido como instrumento cuando estuviera firmado electrónica o digitalmente, y la diferencia entre la firma electrónica y la firma digital radicaba básicamente en dos cuestiones:

- a) **La carga de la prueba**, ya que mientras en la firma digital se presumía que el firmante era el autor del documento en la firma electrónica correspondía a quien invocaba la firma electrónica probar la pertenencia de la misma a la persona en caso de que ella la desconociera.
- b) Si bien la firma electrónica podía tener la misma plataforma tecnológica que la firma digital, carecía de alguno de los requisitos legales para ser considerada firma digital y por ello se la consideraba electrónica. En ese momento, un documento digital firmado electrónicamente era un instrumento privado.

Sin ahondar en el estudio de la firma electrónica y la firma digital, a modo de síntesis, debemos decir que entre ellas hay una relación de género a especie, siendo la primera el género y la firma digital la especie. El artículo 4 de la [Ley 25506](#) (hoy derogado por la [Ley 27446](#)) reconocía que las disposiciones de la ley no se aplicaban “a los actos que deban ser instrumentados bajo exigencias o formalidades incompatibles con la utilización de la firma digital, ya sea como consecuencia de disposiciones legales o acuerdo de partes”, de lo que se infería que estarían excluidas de los alcances de la ley las escrituras públicas.³³ Puede entonces pensarse, no sin razón suficiente, que **la derogación del artículo es un nuevo paso hacia la escritura pública digital y el protocolo notarial electrónico**.

Por su parte, la sanción del CCCN vino a modificar esta clasificación, ya que reconoce que el requisito de la firma se encuentra satisfecho solo si se utiliza firma digital, descartando la firma electrónica. En virtud de ello, con la vigencia del CCCN, tendremos documentos digitales firmados digitalmente, los que serán reconocidos como instrumentos privados, mientras que si están firmados electrónicamente serán reconocidos como instrumentos particulares no firmados, de conformidad con el artículo 287 del mencionado ordenamiento.³⁴

3.1. Protocolo notarial electrónico y función notarial electrónica

La [Ley 27349 de Apoyo al Capital Emprendedor](#) (sociedades por acciones simplificadas) se refiere a que la constitución de la sociedad puede confeccionarse mediante instru-

33. En igual sentido, ver LUZ CLARA, Bibiana, *Ley de Firma Digital. Comentada*, Rosario, Nova Tesis, 2006, p. 45.

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

mento público o privado. En este último supuesto, las firmas deberán estar certificadas por autoridad judicial, notarial, bancaria o competente del registro público respectivo. Acorde a los nuevos tiempos y al avance que el impacto tecnológico tiene en la vida diaria y negocial, la ley abre la posibilidad de la constitución de la sociedad por medios electrónicos e impone su inscripción exclusivamente mediante documento electrónico, en el formato de archivo digital que oportunamente se establezca.³⁵ Los artículos 35 y 59, respectivamente, en cuanto se refieren a la forma del estatuto social, sus modificatorias, poderes e inscripción, impactan soberanamente en la clásica función notarial, ya que no solamente insertan todo tipo de matices en lo que hemos denominado la “función notarial electrónica”, sino que además exigen hacer un análisis de la expresión utilizada: “protocolo notarial electrónico”.

En nuestro país, toda existencia reflejada en el documento es advertida a través de una realidad con trascendencia jurídica denominada **protocolo**.³⁶ El estudio del protocolo va unido a la historia de la documentación y, más precisamente, de la documentación notarial. El mismo ha mutado a través de los tiempos; de ser una simple anotación conservada por el escribano sobre el documento redactado en pergamino, se erigió como documento original que el notario conserva ordenadamente.³⁷ En nuestro país, como en el resto de los países del notariado romano germánico, el uso, el cuidado y el resguardo del protocolo se presentan como uno de los pilares de la función notarial.³⁸ Según la acertada opinión de Lamber, el estudio y elaboración del protocolo debe ser abordado desde dos aspectos diferentes: uno de tipo particular, dirigido a conocer sobre las características y elementos externos configuradores del sustrato papel donde se redacta el documento notarial, y otro general, que se aprecia a la distancia cuando el protocolo deja de ser un cuaderno compuesto por folios con numeración correlativa en el margen superior y logos que identifican al colegio notarial o institución emisora,³⁹ para convertirse en los tomos anuales que, con nota de apertura y de cierre, reúnen los documentos, la documentación incorporada, las notas marginales y el índice, entre otros elementos de relevancia.⁴⁰

La palabra *protocolo* tiene distintas acepciones y dependiendo de la profesión desde la cual se la mire tiene su significado. Desde una visión notarial, cuando hablamos de protocolo nos referimos a las escrituras matrices. El artículo 300 CCCN establece que el protocolo se forma con los folios habilitados y delega en cada una de las provincias su reglamentación en cuanto a las características de sus folios, expedición, modos de colección, conservación y archivo. El artículo 301, al hablar de los requisitos, menciona que las escrituras pueden ser manuscritas o mecanografiadas, pudiendo utilizarse

35. El art. 59 de la [Ley 27349](#), cuando habla de los poderes electrónicos, dice que “El estatuto de la SAS, sus modificatorias y los poderes y revocaciones que otorguen sus representantes podrán ser otorgados en protocolo notarial electrónico. Aun habiéndose otorgado en soporte papel, su primera copia deberá expedirse en forma digital con firma digital del autorizante. En dichos casos, la inscripción en el registro público que corresponda será exclusivamente en forma electrónica”.

36. LAMBER, Rubén A., *La escritura pública*, t. 1, La Plata, FEN, 2003, p. 214.

37. *Ibidem*.

38. *Ídem*, p. 213.

39. *Ídem*, p. 214.

40. *Ídem*, p. 213.

medios electrónicos siempre que la redacción resulte estampada en el soporte que cada reglamentación local exija.

Teniendo en cuenta que el CCCN delega en las jurisdicciones locales la reglamentación de la formación del protocolo y que ninguna de estas prevé la escritura matriz electrónica, es posible comprender la frase del artículo 59 de la [Ley 27349](#) referida al estatuto, sus modificaciones, los poderes y revocaciones (“podrán ser otorgados en protocolo notarial electrónico”) y que la misma no atenta contra la posibilidad de haber autorizado el acto en soporte papel (corporalidad clásica). Creemos que en estos momentos no es posible hablar de protocolo notarial electrónico en la República Argentina,⁴¹ aunque sí es posible hablar de función notarial electrónica. La inexistencia de protocolo digital no impide la circulación de copias o testimonios digitales, de actos que hayan sido autorizados en soporte papel, no solo porque la ley así lo exige sino porque en la expedición de las copias o testimonios solo hay intervención notarial, donde el notario da fe sobre la concordancia entre la escritura matriz y el testimonio o copia. Esta función se encuentra expresamente receptada en el artículo 11 de la [Ley 25506](#):

Los documentos electrónicos firmados digitalmente y los reproducidos en formato digital firmados digitalmente a partir de originales de primera generación en cualquier otro soporte, también serán considerados originales y poseen, como consecuencia de ello, valor probatorio como tales, según los procedimientos que determine la reglamentación.⁴²

3.2. Seguridad jurídica no es igual a seguridad informática

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

El segundo párrafo del artículo 35 de la [Ley 27349](#) establece que las sociedades por acciones simplificadas (en adelante, “SAS”) podrán constituirse por medios digitales con firma digital, con lo cual deja abierta la posibilidad de que una o más personas particulares, adoptando el contrato social tipo, constituyan una sociedad firmando digitalmente sin presencia notarial. No ponemos en tela de juicio la elección del legislador por la cual se puede constituir este tipo de sociedad por instrumento privado con firmas certificadas, pero la aceptación de la constitución de una sociedad de este tipo mediante instrumento

41. No desconocemos que en el mundo ya se habla de matriz notarial electrónica y que ese es el camino al cual deben tender y propender todos los ordenamientos notariales. Solo estamos haciendo un análisis del estado de situación actual de las normativas notariales provinciales, y es en base a ello que decimos que no es posible hablar de protocolo notarial electrónico. Entendemos también que, previamente a hablar de protocolo notarial electrónico, debemos hablar de infraestructura notarial electrónica, que permita el desarrollo, archivo, custodia y conservación del protocolo notarial electrónico.

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

privado con firma digital sin presencia de una autoridad notarial, judicial, bancaria o administrativa⁴³ evidencia, muy lamentablemente, la grave confusión de conceptos que tiene el legislador entre seguridad jurídica y seguridad informática. En este sentido, si bien las tecnologías de la información, aportan velocidad y automatización a las gestiones que habitualmente realizan las personas, entendemos que hay determinados ámbitos en donde es necesario ser muy cuidadosos en dicha aplicación, puesto que, a veces, la automatización sumada a la seguridad informática pueden hacernos caer en el error de creer y afirmar que con ello se logra y obtiene la seguridad jurídica.

No tenemos dudas de que hay determinados controles que, por lo menos hasta ahora, no pueden ser suplidos por ningún sistema informático, y claramente este es el caso de la función que ejercen los notarios públicos latinos en lo que respecta a la intervención de los mismos, relacionando la seguridad jurídica que merece cada ciudadano y, a su vez, el propio Estado, en su doble vertiente: estática (propietario) y dinámica (tráfico). La informática **no es más que una herramienta al servicio de las personas** o, en este caso, de la función notarial. Dirigida y destinada a aportar agilidad a las transacciones pero sin el descuido del **objeto principal de la seguridad jurídica en el documento** –que no es otra cosa que la justicia en su seno–: **que la voluntad (real) de las partes se ajuste al derecho** (ley + normas + valores + principios) **tutelado por un profesional del derecho en ejercicio de una función pública** (certeza) **que ordena y moldea su propia voluntad** (justicia). Si todas estas previsiones se cumplen, el resultado del documento creado, y con el auxilio de la informática desde los alcances por nosotros establecidos, alcanzará la paz, que no es otra cosa que la previsión del conflicto. Una vez más: las bondades que la tecnología nos ofrece en procura de alcanzar agilidad y precisión tecnológica **no pueden suplir el elemento de seguridad jurídica faltante, que es la intervención del notario, creador del documento**, aplicando para ello los deberes éticos notariales aplicados: asesoramiento, información y consejo; imparcialidad (con los requirentes y comparecientes); independencia (con terceros ajenos a la instrumentación del acto) y deber integrado de legalidad (reglas, normas y principios que el notario escoge de la escala jerárquica constitucional normativa para asegurar resultados justos).⁴⁴

3.3. Riesgos y prevenciones

Consideramos necesario destacar los riesgos que implica la creencia de que la firma digital ha venido a agilizar la dinámica de los negocios, otorgando seguridad a los contratantes mediante la validación de claves asimétricas, descartando la presencia del notario en la formalización del negocio, especialmente en la observancia y control de la prestación válida del consentimiento.

Es importante aclarar que las autoridades certificadoras, protagonistas necesarias para el funcionamiento de la infraestructura de clave pública (PKI), certifican única-

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

44. Ver COSOLA, Sebastián J., *Fundamentos del derecho notarial*, t. 1, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2013, pp. 235-244.

mente la pertenencia de determinada clave pública con determinada persona física, sin realizar ningún tipo de certificación similar a la notarial. **Si bien la validación de las claves asimétricas es segura, hay un aspecto que tecnológicamente no es posible verificar, como lo es la prestación válida del consentimiento.** La validación de las claves pública y privada se realiza en el entorno electrónico, donde solo se verifica la pertenencia y correspondencia de la clave privada con la pública. En caso de que corresponda, se da por válida la firma y se menciona quién es el titular de dicha firma.

Desde una visión jurídica, para que un negocio sea válido, no solo es necesario verificar la validación de las claves sino que quien estampe la firma digital sea la persona titular de dicha firma y que, además, el consentimiento a dicho negocio sea prestado libre y voluntariamente, es decir, sin vicios. La firma manuscrita tiene un alto reconocimiento legal, pese a que puede ser falsificada, ya que contiene particularidades que la hacen fácil de comprobar y de vincular a la persona con ésta. Sin embargo, algo tan sencillo en la vida real no lo es tanto en la virtual o tecnológica. La aposición de la firma ológrafa tiene un carácter subjetivo, pudiendo demostrarse a través del trazo ciertos aspectos de la personalidad (nerviosismo, coacción, síndrome alieno parental –antes, temor reverencial–, entre otros), con lo cual sería posible potencialmente demostrar la existencia de un vicio en el consentimiento en el negocio jurídico. Además, es necesario que quien firma sea la persona que dice ser.

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

Otro ejemplo del peligro que significaría la falta de presencia notarial en el uso de esta tecnología podría estar dado en aquellas personas a las cuales les sobrevino una incapacidad volitiva una vez obtenida la firma digital, es decir, una persona capaz solicita una firma digital, la cual es otorgada, y, durante la vigencia del certificado, le sobreviene una incapacidad. Si seguimos el razonamiento anterior, la presencia notarial impediría la concreción del negocio viciado, generando la seguridad jurídica necesaria y requerida por el ordenamiento jurídico, mientras que la falta de presencia implicaría la verificación y validación de la clave privada. Verificada la concordancia de las claves pública y privada, el negocio realizado se reputaría, en principio, válido (dando lugar a un eventual conflicto por la falta de control en la prestación del consentimiento).

Es sabido que por medio de la grafología se pueden apreciar las cualidades psíquicas del autor de un escrito, es decir, es posible determinar si la escritura es propia de una persona con un estado mental normal o anormal.⁴⁵ Desde el punto de vista notarial,

45. Pedro SERRANO GARCÍA habla de los escritos patológicos (ver en <https://colegiodecaligrafos.org.ar/escrituras-patologicas/>; última consulta: 11/6/2019). Si bien dentro de las patologías analizadas hay muchas que no generan

tenemos claro que los documentos digitales firmados digitalmente no relevan al notario de la función notarial que actualmente desempeña en la modalidad tradicional, sino que constituyen una nueva forma de contratación y no vienen a perjudicar la función notarial. Por el contrario, vienen a revalorizar la misma, dando no solo más énfasis e importancia a la presencia del notario en todo este procedimiento sino además revitalizando su función de intérprete imparcial de la voluntad de las partes, guía, custodio y garante de la ausencia de vicios en la prestación del consentimiento. Así lo ha dicho la Unión Internacional del Notariado en innumerables ocasiones y ámbitos.⁴⁶

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

4. Infraestructura digital notarial y protocolo digital.

Los cuatro aspectos relevantes a tener en cuenta

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

La primera duda que se nos presenta es si al hablar de protocolo notarial electrónico se ha querido referir a la escritura matriz digital o si dicha mención tiene algún otro alcance. Al hablar de “protocolo notarial electrónico” o “protocolo digital” o “escritura matriz digital”, pensamos todas estas menciones como sinónimos, aunque somos conscientes de que cada uno de dichos términos podría tener un alcance diferente y, de hecho, así lo consideramos.⁴⁷

Previamente a referirnos al protocolo notarial electrónico o al protocolo digital o a la escritura matriz digital y ver las soluciones en los demás países, se nos impone analizar

un vicio de la voluntad (histeria, manía, melancolía, epilepsia, ataxia, artritismo, etc.), también se encuentran las que, en determinados grados, generan la incapacidad de la persona (demencia, demencia precoz, delirios, etc.) Para un perito calígrafo, existe la posibilidad técnica de observar y determinar, en muchos casos, si existe o no en un escrito cuestionado influencia característica de ciertos estados patológicos y aun el uso de algunas drogas, con el objetivo de determinar la autenticidad o falta de ella en los escritos de una persona (CNCiv., Sala F, 19/11/1980, “Bernal Castro, Beatriz C. c/ Suc. Castro de Bernal, Carmen” [*El Derecho*, t. 92, 1981, p. 344]).

46. Ver SÁENZ, Carlos A. y SCHMIDT, Walter C., “El aporte de la función notarial a la aplicación de las nuevas tecnologías”, en García Más, Francisco J. (coord.), *El documento electrónico. Un reto a la seguridad jurídica*, Madrid, [ed. de los autores], 2015, p. 312. Asamblea General celebrada en el año 2016 en la ciudad de París aprobó un texto a propuesta de la República Argentina y España en iguales términos.

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

algunos aspectos y prerequisites que se deben de cumplir para poder hablar de escritura matriz digital:

- a) El primero de ellos es la **organización nacional** de cada uno de ellos. La mayoría de los países tienen una organización nacional unitaria, centralizada, a diferencia de la nuestra, que es federal. En nuestra organización, la facultad de la organización notarial no le fue delegada a la Nación y, por lo tanto, tenemos 24 jurisdicciones⁴⁸ con 24 legislaciones diferentes para la constitución, conformación, custodia y guarda del protocolo. Las distintas realidades sociales, culturales y hasta tecnológicas complejizan las soluciones. Sin embargo, nada es imposible pero tampoco es tan sencillo de llevar a cabo mediante un voluntarismo legislativo diciendo que a partir de mañana tenemos protocolo notarial electrónico.
- b) El segundo aspecto es la **infraestructura digital notarial**. Cuando hablamos de este punto, estamos pensando en la infraestructura digital que debemos de tener en cada una de nuestras escribanías (servidores dedicados y redundantes, estabilizadores, *ups*, *firewall*, *back up* automático y permanente, etc.), en cada uno de los colegios (por lo menos aquellos que poseen archivo de protocolos) y, si se quiere, en el Consejo Federal del Notariado Argentino, dependiendo de las soluciones u objetivos que como notariado nos planteemos para estar a la vanguardia del uso de las nuevas herramientas tecnológicas y para la efectiva y eficiente colaboración con el Estado.⁴⁹
- c) El tercer aspecto es que para poder hablar de escritura matriz digital todos los comparecientes deberían tener **firma digital** o el notario, en caso de que el compareciente no la tuviera, debería poder estar en condiciones de brindar ese servicio. Salvo el caso de Estonia, donde el 98% de la población tiene firma digital, el resto del mundo no tiene esa realidad.
- d) El cuarto aspecto es que la sociedad y la mayoría de las instituciones y organizaciones deberían estar preparadas para la **circulación y recepción** de documentación enteramente digital.

Una vez que tenemos definidos estos prerequisites, podemos pensar en la escritura matriz digital. En este punto, habría que definir si pensamos en solo alternar el soporte, pero seguir con las mismas limitaciones que el papel nos impone, o si abrimos la mente imaginando una matriz digital con un lenguaje digital que nos permita tanto la redacción del documento como la incorporación de los archivos multimedia o hipervínculos que

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

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

nos permitan “enlazar” la documentación de la representación que se halla en otra escritura o, eventualmente, en determinados vínculos externos (siempre que sean seguros).⁵⁰ En definitiva, si elegimos solo cambiar el soporte papel por el soporte digital, deberíamos de pensar hoy en formato PDF/A, mientras que si pensamos más abiertamente y nos enfocamos en no solo cambiar el soporte sino además en potenciar el documento notarial electrónico, podríamos pensar en lenguajes diferentes: html o xml, por ejemplo, o en cualquier otro que pudiera cumplir dicha finalidad.⁵¹

5. Impacto del mundo virtual en los derechos personalísimos

Dos fueron los juristas argentinos originarios del tema de los derechos personalísimos, tan presentes y tan vigentes para el desarrollo del derecho actual. El primero de ellos, el maestro Alfredo Orgaz, fue contundente en épocas de valoraciones alejadas de los aspectos centrales de la personalidad humana:

Por ser la personalidad una cualidad jurídica y no un derecho subjetivo, aquella [...] no puede ser vulnerada por los demás sujetos [...] ni renunciada válidamente por el propio sujeto, ni ampliada ni disminuida convencionalmente...⁵²

Por su parte, la tesis doctoral de Santos Cifuentes, algún tiempo después, vino a completar el verdadero esquema de los derechos de la personalidad “reconocidos por el autor como personalísimos”, al afirmar que no hay cuestiones más considerables, de más clara esencia, que la vida, el cuerpo, la libertad, el honor, la intimidad, la imagen, el secreto, el nombre y, entre otros, la creación del autor para la vida del hombre en su individualidad y en su proyección social.⁵³ Desde esas dos primeras y claras perspectivas surgen las diversas teorías de los derechos personalísimos en la actualidad.

El CCCN recepta expresamente, entre los artículos 51 y 61, los derechos y actos personalísimos. Además, por la interpretación constitucional a la que adhiere el derecho privado, los mismos se encuentran dentro del análisis del derecho supranacional.⁵⁴ Se puede advertir en forma subyacente la distinción entre los derechos personalísimos vinculados a la integridad física (arts. 54 y 56-61) de los derechos personalísimos vinculados a la integridad espiritual (arts. 52, 53 y 1770). Son derechos personalísimos de las personas el derecho a la vida, salud, intimidad, libertad, identidad, imagen, integridad, entre otros. En fin, son derechos humanos inalienables e inherentes a la calidad del ser humano.

50. En el ejemplo, el texto de una ley en el Boletín Oficial o un edicto publicado, y por qué no pensar en el certificado catastral y los certificados de dominio e inhabilitación.

51. Ver LLOPIS, José C., “La matriz digital de la escritura notarial: ¿sí o no?”, en <http://www.notariallopis.es/blog/i/1400/73/la-matriz-digital-de-la-escritura-notarial-si-o-no-notartico>, 15/11/2016 (última consulta: 11/6/2019).

52. ORGAZ, Alfredo, *Derecho civil argentino. Personas individuales*, Buenos Aires, Depalma, 1946, p. 13; y Córdoba, Assandri, 1961 (2ª ed. ampliada), pp. 11 y ss.

53. Ver CIFUENTES, Santos, *Los derechos personalísimos*, Buenos Aires, Lerner, 1974, p. 82.

54. TOBIAS, José W., “Constitucionalización de los derechos personalísimos” (comentario al art. 51), en Alterini, J. H. (dir. gral.) y Alterini, I. E. (coord.), *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético*, t. 1, Buenos Aires, Thomson Reuters-La Ley, 2016 (2ª ed. act. y aum.), p. 490.

Nos abocaremos solo a dos de ellos como ejemplo de cómo impacta el mundo virtual en conceptos tan tradicionales y arraigados: la identidad y el domicilio. El primero de ellos, para poder distinguir la identidad física o analógica de la identidad digital y estas de la identidad virtual. El segundo en virtud de que tenemos claro que en el mundo físico uno de los caracteres del domicilio real y la residencia es la unicidad; sin embargo, en el mundo digital, el concepto de unicidad no se cumple y hasta podríamos ser residentes digitales de un lugar que jamás hemos visitado.

5.1. Identidad personal, identidad digital e identidad virtual

Los organismos y las organizaciones internacionales que actúan en el marco del sistema interamericano de derechos son instrumentos de cooperación internacional, que tienen como misión facilitar la cooperación para mantener criterios de paz. Dentro de la [Organización de Estados Americanos](#) (OEA) y su proclamación constante acerca de los derechos fundamentales de la persona humana como pilar de la organización, se encuentran como órganos de protección de los derechos humanos la [Comisión Interamericana de Derechos Humanos](#) (promoción y observancia de la defensa de los derechos humanos con facultades consultivas) y la [Corte Interamericana de Derechos Humanos](#) (institución judicial autónoma que aplica e interpreta la [Convención Americana sobre Derechos Humanos](#)).⁵⁵ De ellas, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha definido la identidad como

... el conjunto de atributos y características que permiten la individualización de la persona en sociedad y, en tal sentido, comprende varios otros derechos según el sujeto de derechos de que se trate y las circunstancias del caso.⁵⁶

En su seno, se afirma además que

La identidad personal está íntimamente ligada a la persona en su individualidad específica y vida privada, sustentadas ambas en una experiencia histórica y biológica, así como en la forma en que se relaciona dicho individuo con los demás, a través del desarrollo de vínculos en el plano familiar y social.⁵⁷

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

Entendemos por identidad virtual aquella identidad creada por una persona física en el mundo digital, con cierto grado de autonomía, para vincularse con otros dispositivos, aplicativos y personas. Cada persona puede tener tantas identidades virtuales como quisiera. Dichas identidades virtuales pueden tener cierta similitud y hasta coincidir con la identidad física o no. Se reconoce como identidad virtual al usuario-*password* que

55. Ver BARBOZA, Julio, *Curso de organismos internacionales*, Buenos Aires, Zavalía, 2017, pp. 178-182.

56. Corte IDH, 24/2/2011, "Gelman vs. Uruguay", serie C, N° 221, párrafo 122 de las consideraciones [N. del E.: ver sentencia completa [aquí](#); fuente: [web oficial de la CIDH](#); última consulta: 7/10/2019].

57. Corte IDH, 27/4/2012, "Fornerón e hija vs. Argentina", serie C, N° 242, párrafo 123 de las consideraciones [N. del E.: ver sentencia completa [aquí](#); fuente: [web oficial de la CIDH](#); última consulta: 7/10/2019].

uno utiliza para vincularse en la red laboral que tengan en el estudio, local, empresa u oficina, con el banco, con su colegio profesional, con la red social a la que pertenece, etc. Normalmente, una misma persona tiene varias identidades virtuales ya que con el banco se vincula con un usuario, en su trabajo con otro, en su colegio profesional con otro; si posee un blog o página web, seguramente es distinta a la que utilizaría si juega on line con sus hijos, hermanos o amigos.⁵⁸ El hecho de que se le reconozca a la identidad virtual un cierto grado de autonomía no alcanza para considerarla un nuevo sujeto de derechos y obligaciones ni para desvincularla de la persona física que la haya creado.

Consideramos la identidad digital como una especie dentro de las identidades virtuales. Es la identidad que toda persona posee en el mundo digital. Sería el correlato digital de la identidad física o analógica. Siendo la identidad digital el reflejo del mundo físico en el mundo virtual, solo es posible tener una única identidad digital.⁵⁹

El CCCN y toda la doctrina, al comentar los artículos donde se reconoce el derecho a la identidad, refieren al derecho a la identidad biológica, cultural, patrimonial, de género, pero nadie hace mención a la identidad digital o virtual de la persona. Ni la comisión redactora ni los comentaristas del código hacen mención a estas identidades. Centrados en la persona humana, omitieron advertir su propia existencia en el mundo digital, ya que todos ellos tienen en él una identidad digital y, seguramente, varias identidades virtuales.

No queremos decir que por el hecho de reconocer la identidad física, la digital y la virtual como tres identidades diferentes, cada una de ellas sean tres sujetos de derechos y obligaciones. Si bien son tres identidades distintas y a las que se les reconoce cierto grado de autonomía, todas confluyen y tienen vinculación con una persona física, siendo esta el sujeto al cual se le reconocen los derechos y obligaciones que emanen de cada una de las identidades. La justicia, sin ahondar en el tema de la identidad digital y virtual, da por sentada la vinculación de dichas identidades a la persona física, al otorgar directamente legitimación activa a cada una de ellas en los reclamos frente a buscadores y redes sociales, entre otros.

A los efectos legales, es necesario vincular una identidad virtual con una persona física. Si bien uno de los pilares de internet es el anonimato, dicho concepto es relativo ya que se puede identificar a una persona o grupo de personas mediante la localización de la IP⁶⁰ y, a partir de allí, determinar la persona física que se encuentra detrás de esa identidad virtual.

58. Para Llopis, no existe la identidad virtual sino que son perfiles o cuentas. Ver LLOPIS, José C., “¿Existe la identidad virtual?”, en <http://www.notariallopis.es/blog/i/226/73/existe-la-identidad-virtual>, 19/2/2015 (última consulta: 11/6/2019). Por su parte, Rosales reconoce la existencia de la identidad virtual. Ver ROSALES DE SALAMANCA, Francisco, “¿Existe la identidad virtual?”, en <https://www.notariofranciscorosales.com/existe-la-identidad-virtual-retoblog/>, 19/2/2015 (última consulta: 11/6/2019).

59. Para Rosales, la identidad digital no existe, ya que la considera inescindible de la persona física y la considera como un de los elementos que configuran a la persona real. Ver ROSALES DE SALAMANCA, Francisco, “Identidad digital y notarios”, en <https://notariabierta.es/identidad-digital-y-notarios/>, 25/4/2017 (última consulta: 11/6/2019).

60. Tanto es así que hasta la ubicación de la IP determina la competencia jurisdiccional. Ver en el sitio web de la Corte Suprema de Justicia: CSJN, 19/9/2017, “N. N. s/ Delitos atinentes a la pornografía”, CSJ572/2017/CS1 (Fallos, 340:1265 [N. del E.: ver dictamen del procurador aquí]); 29/11/2016, “N. N. s/ Publicaciones, reprod. y/o distrib. obscenas”, CSJ902/2016/CS1 (Fallos, 339:1661 [N. del E.: ver dictamen del procurador aquí]); 11/10/2016, “Pannetta, Miguel Ángel s/ Infracción art. 128 del C. P.”, CSJ665/2016/CS1 (Fallos, 339:1439 [N. del E.: ver dictamen del procurador aquí]); 20/9/2016, “N. N. s/ Infracción art. 128, 2do parr. del C. P.”, CSJ414/2016/CS1 (Fallos, 339:1339 [N. del E.: ver dictamen del procurador aquí]).

5.2. Domicilios. Domicilio virtual y residencia digital

El CCCN regula el tema en los artículos 73-78. En ellos se define el domicilio real, comercial o profesional, legal y especial. Sin embargo, aun cuando el código es reciente, no se ha conceptualizado el domicilio virtual y mucho menos se ha pensado en el nuevo concepto de residencia.

Al referirse al domicilio real, el cuerpo codificado de normas hace alusión al lugar donde se reside habitualmente. En el artículo 77 (cambio de domicilio), se deja establecido que la residencia es el lugar donde una persona se encuentra con ánimo de permanecer en ella. Tenemos dos elementos para determinar el domicilio real: a) un elemento objetivo, que es la residencia habitual; b) uno subjetivo, como es el ánimo o intención de permanecer en dicho lugar. Uno de los caracteres del domicilio real es su unicidad, es decir, no puede haber más de un domicilio real. Es cierto que el CCCN reconoce los cuatro domicilios ya mencionados, pero cada uno tiene diferentes alcances desde el punto de vista jurídico, lo cual no genera contradicción al momento de aplicar la norma. El concepto es correcto y en el mundo físico es fácilmente verificable, pero ¿qué ocurre en el mundo virtual?, ¿podría tener una residencia digital en un lugar distinto del cual físicamente resido?⁶¹

Con el agregado de la **Ley 11683** al artículo 3° (t.o. 1998),⁶² se crea el domicilio fiscal electrónico: un sitio informático seguro, personalizado y válido, registrado por los contribuyentes y responsables para el cumplimiento de sus obligaciones fiscales y para la entrega o recepción de comunicaciones de cualquier naturaleza. Para la Administración Federal de Ingresos Públicos (en adelante, “AFIP”), se trata de un domicilio virtual, seguro, personalizado y válido, registrado por los ciudadanos y responsables para el cumplimiento de sus obligaciones fiscales y para la entrega o recepción de comunicaciones en el servicio *e-Ventanilla*.⁶³ Siguiendo el concepto del artículo en estudio, y adoptando la denominación que la AFIP le da a este domicilio como domicilio virtual, y con las posibles similitudes que puede tener con el domicilio especial, podríamos decir que domicilio virtual es el espacio virtual que se elige para el ejercicio de los derechos y obligaciones en una relación jurídica. De este concepto se deduce que puedo tener tantos domicilios virtuales como quiera. Esto es así porque, dependiendo de las relaciones que establezcamos, quizás se nos exija un domicilio virtual determinado en un servidor específico cuando no sea creado por el mismo organismo de gobierno.⁶⁴

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

62. Modificado por art. 176 de la **Ley 27430**, publicada el 29/12/2017.

63. <http://www.afip.gob.ar/domiciliofiscalelectronico/> (última consulta: 11/6/2019).

64. P.ej., con la Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP), los ciudadanos poseemos un domicilio virtual que es diferente al domicilio virtual que acreditamos en la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, que exige un domicilio virtual en su propio servidor @scba.gov.ar. También es diferente al propio del Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, que exige tener una cuenta en @colescba.org.ar; y así también con otros organismos, independientemente de los domicilios que puedan establecerse para el resto de las obligaciones que, como sujetos de derecho, asumimos con los demás particulares.

El domicilio virtual no necesariamente tiene vinculación con la residencia habitual física –como sí lo tiene con el domicilio real–. También el concepto de residencia difiere en el mundo físico del concepto en el mundo digital. En el mundo físico, la residencia está vinculada al lugar donde una persona se encuentra con ánimo de permanecer. Sin embargo, en el mundo digital, uno podría ser residente digital sin siquiera haber pisado nunca el lugar del cual es residente, con lo cual el concepto de residencia digital no está ligado ni a la nacionalidad ni al lugar donde habito. Hay aquí un cambio de paradigma en el concepto de residencia. Esto surge a partir del año 2014, cuando el Gobierno de la República de Estonia ofrece la residencia digital en su país, también denominada *e-residencia*. Esta residencia digital es distinta de la residencia tradicional y de la nacionalidad, por lo que no solo los estonios sino cualquier persona que cumpla ciertos requisitos, y abone una tasa de cien euros, puede acceder a ella y obtener su e-residencia, adquiriendo una identidad digital certificada con la que puede acceder a servicios digitales bancarios, de educación e incluso de asistencia sanitaria.⁶⁵

Actualmente, en Europa, a la luz del nuevo reglamento de protección de datos personales,⁶⁶ que es aplicable a todos los residentes europeos, se discuten los alcances del concepto de “residente”, teniendo en cuenta los llamados *e-residentes*, que ocupan gran parte de la preocupación actual de las autoridades que pretenden regular tanto sus acciones como sus compromisos económicos y comportamientos financieros.

6. Derecho sucesorio

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

En el mundo físico, son fáciles de identificar tanto los derechos y obligaciones que no se extinguen por el fallecimiento como aquellos que no son transmisibles por sucesión. También resulta sencillo identificar los bienes sobre los cuales se encontraba en posesión el causante. Sin embargo, en el mundo digital, la identificación y posesión de los bienes no es tan sencilla.

Partamos desde la base que, como ya lo hemos adelantado, el causante en el mundo físico es una persona humana identificable, mientras en el mundo digital podríamos seguir vivos aun luego de haber fallecido físicamente. En el mundo digital, reconocemos la identidad digital, que tiene su correlato con la identidad analógica, pero también tenemos la identidad virtual, que, tal como lo hemos dicho, podemos tener tantas como uno

65. Uno de los autores del presente trabajo es residente digital de la República de Estonia desde el 24/5/2018, por lo cual posee su cédula de identidad digital provista por la República de Estonia junto a su *token* de firma digital, sin haber visitado nunca dicho país.

66. Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo del 27/4/2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (reglamento general de protección de datos), vigente desde el 25/5/2018. [N. del E.: ver [aquí](#); fuente: [EUR-Lex](#); última consulta: 8/10/2019].

quisiera. Si bien generalmente las identidades virtuales no tendrían relevancia económica, podrían darse casos que sí la tuvieran o podría suceder que el causante quisiera que dicha identidad sea manejada por otra u otras personas que no sean sus herederos. Dentro del patrimonio del causante, además de los “bienes analógicos”, el causante seguramente tiene bienes digitales y bienes virtuales; algunos sin valor económico y otros, quizás, con mucho valor económico. Pensemos en un canal de YouTube,⁶⁷ en un blog, en Twitter, Instagram, Flickr, Snapchat, las criptomonedas, los monederos digitales, la biblioteca musical de iTunes o los libros adquiridos en Amazon, Kindle, etc.

¿Qué sucede con esas identidades? ¿Y con esos bienes? ¿Pasan esos bienes a los herederos? ¿Puedo legarlos a terceras personas? ¿Se cuantifican dichos bienes como para poder determinar si mi legado afecta la legítima? ¿Qué pasa con mis páginas de Facebook, LinkedIn, Twitter, Pinterest, Snapchat y toda otra red social? ¿Quién tiene derecho a cerrarlas? ¿Es necesario un acuerdo de todos mis herederos? Y si el cónyuge supérstite quiere cerrar las cuentas para dar por cerrada una etapa de su vida y poder continuar con la que le queda de ella pero el resto de los herederos forzosos no quiere hacerlo, para mantener vivo el recuerdo de su padre o de su madre, ¿quién tiene legitimación activa para hacerlo? Ante la colisión de intereses, ¿tiene el juez herramientas para poder dar solución al conflicto? ¿Quiénes tienen derecho a pedir el contenido de las cuentas y los archivos digitales? ¿Puede el causante impedir que una persona determinada o alguno de los herederos tenga acceso al contenido de sus cuentas (mientras no sean dinerarias) o a sus archivos digitales? ¿Cómo acceden los herederos a las páginas de redes sociales o monederos del causante si no tienen ni ha dejado previsto almacenar sus contraseñas o depositarlas en algún lugar? Ante la posibilidad de que sigan las páginas de redes sociales del causante abiertas, ¿tienen derecho sus herederos o su legatario a reclamar por ante cualquier lesión a mi persona o mi intimidad? De acuerdo al referido artículo 52 del CCCN, parece que sólo el causante tendría esa posibilidad, ya que el Código no tuvo prevista la inmortalidad del mundo digital. ¿Podría legar el derecho de uso de mi imagen a una persona en el mundo físico y a otra persona en el mundo digital? ¿Cómo se cuantificaría para saber si afecta la legítima? Estas y muchas dudas más son las que en realidad podrían plantearse en nuestros escritorios cuando algún requirente venga y nos manifieste su voluntad de testar o nos exprese estas dudas ante su fallecimiento.

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

Si tenemos dos mundos, el físico y el digital, ¿por qué no plantear la posibilidad de la conceptualización de la “herencia digital”, la institución del “heredero digital”, el “apo-

67. Según la revista *Forbes*, si sumamos lo que facturaron los 10 *youtubers* que más dinero ganaron entre junio de 2016 y junio de 2017, se llega a la cuantiosa suma de 127 millones de dólares. Un dato importante para tener en cuenta es que en el N° 9 se encuentra [Ryan ToysReview](#) con una facturación de 11 millones de dólares. Lo particular es que Ryan es un niño de solo 6 años de edad, que hace reseñas de juegos. [Germán Garmendia](#) es el *youtuber* más famoso de la comunidad hispana, de nacionalidad chilena, tiene 27 años y posee dos canales de YouTube: [HolaSoyGerman](#), con 33 millones de suscriptores, y [JuegaGerman](#), con 24 millones de suscriptores al inicio del 2018. En Argentina, Ángel David Revilla, conocido en el mundo virtual como [DrossRotzank](#), es nacido en Venezuela pero radicado en el país y enfocado al mundo paranormal; es el *youtuber* con más seguidores (12,1 millones).

derado para ejecución de voluntades digitales”, como lo establece la [Ley de Voluntades Digitales de Cataluña](#).⁶⁸

6.1. Sucesión de los bienes digitales

El principio general ordena que los bienes digitales no se pueden heredar. En el mundo analógico o físico, cuando uno compra un bien el bien pasa a nuestro patrimonio, es de nuestra propiedad y podemos disponer de él de cualquier forma, incluso ingresa en el acervo sucesorio. En los bienes digitales, la cuestión es diferente: cuando uno “compra” un bien, el mismo está asociado a un “usuario”, de manera tal que no es posible cederlo, transferirlo o revenderlo. Es decir, uno no “compra” el bien sino que solo adquiere un derecho al uso del mismo; en algunos casos, de forma vitalicia. Esto se puede verificar tanto en la industria del videojuego (Steam) como en la música (iTunes), como en el contenido audiovisual (Netflix), como en los libros (Amazon).⁶⁹ En consecuencia, el bien no ingresa al patrimonio, no se puede disponer de él, salvo en el uso, el cual deberá seguir siendo con el usuario que lo adquirió, independientemente de la persona física que administre dicho usuario, en tanto en cuanto el causante haya dejado la contraseña para poder acceder a dichos bienes a través de su usuario.

6.2. Registro de voluntades digitales

El notariado siempre ha estado a la vanguardia en el otorgamiento de respuestas a las demandas presentes o futuras de la sociedad. El 1 de enero de 1960, en la Provincia de Buenos Aires, comienza a regir la Ley Orgánica del Notariado 6191, donde se crea el registro de testamentos. En el año 1965, se crea en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y luego las demás provincias siguieron el mismo camino. En el año 2004, por decisión del Consejo Directivo del Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, se crea el primer registro de autoprotección del país. En el año 2005, el Dr. Pedro Hooft, en el Departamento Judicial Mar del Plata, dicta la primera sentencia otorgando eficacia a los documentos notariales con directivas anticipadas y obliga a respetar la voluntad allí expresada. Hubo que esperar hasta el año 2009 para que la [Ley Nacional de Derechos Del Paciente, Historia Clínica y Consentimiento Informado 26529](#) receptara legislativamente lo que el notariado venía hablando, exponiendo y ejecutando en respuesta a una demanda social.

Al igual que en la creación de los registros de actos de autoprotección, consideramos necesaria la creación de un registro de voluntades digitales. Hablamos de un registro de voluntades digitales ya que consideramos como materia de inscripción no solo la voluntad del requirente para realizar los actos que considere pertinente luego de

68. Ley 10/2017, de 27 de junio, de las voluntades digitales y de modificación de los libros segundo y cuarto del [Código Civil de Cataluña](#).

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

su fallecimiento sino además la posibilidad de designar a un “tutor o curador digital”⁷⁰ ante la propia incapacidad.

7. El “derecho al olvido”

Hace ya veinte años, el 19 de enero de 1998, el diario *La Vanguardia* de España publicaba en su edición impresa los anuncios sobre inmuebles embargados por el Ministerio de Trabajo en virtud de una deuda con la seguridad social. Uno de ellos pertenecía al abogado Mario Costeja González y esposa. Diez años más tarde, el diario digitaliza todas sus ediciones impresas, creando su propia hemeroteca desde el primer ejemplar hasta el actual. Para esa fecha, Mario Costeja González había abonado toda la deuda, pero, al hacer una búsqueda de su nombre en Google, uno de los primeros resultados era el anuncio de subasta del año 1998. En noviembre de 2009, inicia un reclamo contra La Vanguardia Ediciones S.L. por protección de sus datos personales, solicitando la remoción del artículo, a lo que el diario se niega en virtud de haber sido una información publicada de forma lícita, proveniente de un organismo del Estado, y para cumplir un mandato legal de publicidad. Inicia entonces un reclamo frente a Google para que no se indexen sus datos en los motores de búsqueda, a lo que Google también desestima el pedido. En virtud de ello, Mario Costeja González inicia un proceso ante la [Agencia Española de Protección de Datos](#) (AEPD) contra La Vanguardia Ediciones S.L., Google Spain y Google Inc. La AEPD desestima el reclamo contra el diario pero le exige Google la desindexación de los datos. Google Spain y Google Inc. se niegan y recurren a la justicia, invocando la nulidad del acto administrativo. El 13 de mayo de 2014, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea termina fallando a favor de Mario Costeja González y la AEPD, dando nacimiento a lo que hoy se conoce como “derecho al olvido”.⁷¹

En el mundo físico, algunas acciones o cuestiones insignificantes de los hombres suelen desecharse de la memoria colectiva con el paso del tiempo. En el mundo jurídico, existen ciertos institutos legales, como la prescripción y la caducidad, que facultan el borrado de datos o destrucción de expedientes con la finalidad de que la vida continúe y las personas puedan rehacer su vida. Como ya hemos visto, el mundo digital no se rige por las mismas reglas: un comentario replicado en una red social, una travesura de juventud sin importancia, una deuda insignificante que incluso fue abonada nos pueden perseguir durante toda nuestra vida, dejando una mácula en nuestra historia virtual que puede generarnos perjuicios o prejuicios sobre nuestra persona. La memoria digital perenne puede convertirse en una amenaza para la evolución y el mejor desarrollo de la persona.

Enmarcado en los derechos ARCO (acceso, rectificación, cancelación y oposición) de datos personales, el derecho al olvido no es un derecho autónomo sino la consecuencia

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

71. Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), 13/5/2014, “Google Spain, S.L. y Google Inc. contra Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) y Mario Costeja González”, caso C-131/12, ECLI:EU:C:2014:317. [N. del E.: ver [aquí](#); fuente: [EUR-Lex](#); última consulta: 8/10/2019].

de la aplicación, en el entorno digital, del derecho de cancelación (supresión) u oposición de los datos personales. El derecho al olvido fue recepcionado legislativamente en el nuevo reglamento europeo de protección de datos personales.⁷² Hoy, los residentes europeos gozan de este “derecho” para hacerlo valer frente a los motores de búsqueda. Podríamos conceptualizar el derecho al olvido como la acción mediante la cual una persona puede solicitarles a los buscadores de internet que retiren los enlaces a su información personal. De este concepto se extraen las siguientes conclusiones:

- a) Solo aplica a los buscadores de internet, no a cualquier página web u organización. Para la eliminación de la información de la fuente original, se establecen otros mecanismos.
- b) La información sigue estando en la web. Se dificulta su búsqueda pero se puede encontrar, ya no a través de los buscadores, sino solo recurriendo a la fuente original que brinda la información.
- c) La solicitud se deberá valorar caso por caso, merituando la colisión de los derechos de libertad de expresión, el derecho a la información, la protección de datos personales, derecho a la dignidad, a la intimidad, a la privacidad.

El ejercicio de este “derecho” presenta ciertas y determinadas excepciones, a saber:

- a) Ejercer el derecho a la libertad de expresión e información.
- b) El cumplimiento de una misión realizada en interés público o en el ejercicio de poderes públicos conferidos al responsable.
- c) Por razones de interés público en el ámbito de la salud pública.
- d) Fines de archivo en interés público, fines de investigación científica o histórica o fines estadísticos, en la medida en que el ejercicio del derecho al olvido pudiera hacer imposible u obstaculizar gravemente el logro de los objetivos de dicho tratamiento.
- e) Para la formulación, el ejercicio o la defensa de sus demandas.

En la República Argentina, la protección de datos personales está reconocida por la [Constitución Nacional](#) en su artículo 43 como reconocimiento del *habeas data* y ampliada en su concepción por la [Ley 25326 de Protección de Datos Personales](#). Dicha protección procede

... en los casos en que se presuma la falsedad, inexactitud, desactualización de la información de que se trata, o el tratamiento de datos cuyo registro se encuentra prohibido en la presente ley, para exigir su rectificación, supresión, confidencialidad o actualización.

¿Qué ocurre en los casos en que la información es lícita y veraz pero no tiene relevancia pública y han pasado varios años desde el acontecimiento, como intenta proteger la creación doctrinaria del derecho al olvido? El artículo 1 de la [Ley 26032 de Servicio de Internet](#) dice que

La búsqueda, recepción y difusión de información e ideas de toda índole, a través del servicio de internet, se considera comprendido dentro de la garantía constitucional que ampara la libertad de expresión.

72. Cfr. nota 64.

En virtud de ello, en Argentina no se reconoce, hasta ahora, el derecho al olvido como acción para reclamar ante los buscadores de internet la desindexación de los datos, ya que se consideran los buscadores como meros intermediarios, estando la posibilidad de búsqueda garantizada constitucionalmente. Así lo ha entendido la Corte Suprema de Justicia originalmente en el caso “Rodríguez, María Belén c/ Google Inc.”,⁷³ luego ampliada a Yahoo de Argentina SRL, donde se puso en discusión la colisión de dos derechos, como eran la libertad de expresión y el derecho al honor y la imagen de parte de la demandante, ya que la misma se desempeñaba como modelo profesional y argumentaba que se había hecho uso comercial de su imagen, donde además se la vinculaba con diversas páginas de contenido erótico y/o pornográfico, lo cual era agravante para su persona e incompatible con su forma de vida. Allí la Corte dijo:

... se trata de determinar si, en casos en los que está en juego la libertad de expresión, resulta procedente la tutela preventiva con el objeto de evitar que se produzca la repetición de la difusión de información lesiva para los derechos personalísimos de un sujeto [...] en esa línea esta Corte ha requerido que toda restricción, sanción o limitación a la libertad de expresión debe ser de interpretación restrictiva (conf. doctrina de *Fallos*: 316:1623) y que toda censura previa que sobre ella se ejerza padece una fuerte presunción de inconstitucionalidad (conf. doctrina *Fallos*: 315:1943, considerando 10). Es por ese motivo que [...] este Tribunal se ha inclinado, como principio, a la aplicación de las responsabilidades ulteriores a raíz de los abusos producidos mediante su ejercicio, sea por la comisión de delitos penales o actos ilícitos civiles (conf. doctrina de *Fallos*: 119:231; 155:57; 167:121; 269:189; 310:508, entre muchos otros) [...] Que el principio expuesto solo podría ceder frente a supuestos absolutamente excepcionales, tal como lo reconoció la Corte en el citado precedente de *Fallos*: 324:975. Allí el Tribunal dispuso una medida de tutela preventiva por la cual prohibió la publicación en los medios de comunicación masiva del nombre de un menor que en un juicio civil en trámite reclamaba el reconocimiento de la filiación de su presunto padre [...] A su vez, la medida se ciñó estrictamente a lo que resultaba indispensable (prohibición de divulgar el nombre del menor) para evitar así una injustificada restricción de la libertad de prensa.⁷⁴

El mismo criterio se siguió en la causa “Gimbutas, Carolina Valeria c/ Google Inc.”,⁷⁵ aunque en ambos casos la cuestión principal era la responsabilidad objetiva o subjetiva de los buscadores.

8. Excursus: la función notarial creadora del derecho en el documento

Creemos que mientras siga vigente el artículo 1 de la [Ley 26032](#) no habrá posibilidad de la aplicación del derecho al olvido en su expresión más pura, tal como está legislado en el reglamento europeo de protección de datos personales. La pregunta que se nos suscita

73. CSJN, 28/10/2014, “Rodríguez, María Belén c/ Google Inc. s/ Daños y perjuicios” (*Fallos*, 337:1174 [N. del E.: acceda a continuación al [fallo completo](#) y los respectivos dictámenes del procurador 1 y 2; fuente: CSJN; última consulta: 8/10/2019]).

74. Ídem, considerandos 24 a 28.

75. CSJN, 12/9/2017, “Gimbutas, Carolina Valeria c/ Google Inc. s/ Daños y perjuicios” (*Fallos*, 340:1236 [N. del E.: ver [aquí](#); fuente: CSJN; última consulta: 8/10/2019]).

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

Hasta tanto eso no ocurra, o sea merecedor de críticas que de alguna manera pongan en peligro de demora las decisiones a tomar a los efectos de que el derecho al olvido pueda ser considerado, debe decirse que toda manifestación de parte interesada frente al notario para que la misma pueda ser allí reconocida en el contexto documental gozará de fe pública objetiva (certeza) y de fe pública subjetiva (recepción de la verdad); también de la justicia (es la propia voluntad de la parte concurrente que pretende que la misma se plasme por los siglos, y es una verdad tutelada por el notario, lo que hace presumir su legalidad); finalmente, la seguridad estática y dinámica, previsibilidad y conservación, todos los valores que le otorgan al documento los efectos probatorios y ejecutivos. Un documento notarial de estas características está destinado, a contramano de lo antedicho, a no ser olvidado. De manera que el derecho al olvido, esa herramienta fantástica que de alguna manera intenta resguardar, a tono con el avance del mundo y los derechos fundamentales de las personas, no puede ocurrir en el seno de un documento notarial auténtico, concebido como las leyes así lo predisponen, en el amplio marco de protección que le brinda el ordenamiento jurídico y los valores y principios que lo volvieron a plasmar, por la misma razón relevante brindada como [fundamentos de exposición del CCCN](#), que se erige como razón suficiente para permitir la convivencia, entre tanta nueva moderna normativa, de una institución clásica al servicio del hombre, de la mujer, del niño o niña, del adolescente o del anciano de nuestros días.

Pareciera ser que, en ciertos y puntuales aspectos (los casos legislativamente seleccionados y, fuera de ello, todo caso que sirva para ayudar a la humanidad en la búsqueda puntual de la versión jurídica de la paz), el documento notarial sigue siendo necesario para consolidar lazos de confraternidad entre quienes deciden dirigir sus conductas hacia los caminos de lo justo, de lo equitativo y de lo bondadoso. La bondad se ampara, en el actual CCCN, en el concepto de buena fe (art. 9). Sin embargo, el derecho al olvido existe y existió siempre en el ejercicio práctico del derecho formulario. La ética que conforma a quien ejerce como notario vuelve el cuidado del protocolo como una cuestión esencial en el desarrollo profesional. La mente notarial debe siempre abstraerse de las personas para enfocar la atención en los temas que las personas traen a la notaría (ese es el ejemplo más importante de aplicación real de la imparcialidad). Si esta situación se resguarda como en la generalidad de los casos, teniendo en cuenta no solo el acceso a la información en el protocolo sino, especialmente, los deberes que emanan del secreto profesional (penales, éticos y civiles), el derecho al olvido también se cumple en las escribanías, en los archivos

notariales y en todo aquel documento que pretenda reflotar al presente aquello que en el pasado pudo haber sido doloroso o tortuoso. Solo que siempre habrá una prueba de lo ocurrido a donde recurrir cuando ya no haya más lugar a temer por el pasado y, mejor dicho, cuando haya necesidad de reconstruir la historia de la humanidad tal cual esta verdaderamente ha acontecido.

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

9. Conclusiones

- La inexistencia de un funcionario que dote de fe pública, controlando la legalidad y validez del consentimiento en los actos jurídicos, en el sistema del *common law* generó que se busquen mediante la industria del *software* las seguridades de las que carece el ordenamiento jurídico.
- En el sistema notarial latino, las nuevas tecnologías solo son nuevas herramientas al servicio de la función notarial fedante, custodia y garante de la seguridad jurídica.
- El documento digital firmado digitalmente es un instrumento privado, mientras que el firmado electrónicamente es un instrumento particular no firmado.
- Es posible hablar de función notarial electrónica pero no de protocolo notarial electrónico en estos momentos.
- Previamente a hablar de protocolo notarial electrónico o escritura matriz digital, debemos de hablar de infraestructura digital notarial a nivel país y de notarías particulares.
- Seguridad informática no es seguridad jurídica. Desde una visión jurídica, para que un negocio sea válido, no solo es necesario verificar la validación de las claves sino que quien estampe la firma digital sea la persona titular de dicha firma y que, además, el consentimiento a dicho negocio sea prestado libre y voluntariamente, es decir, sin vicios.
- El inexplorado mundo digital comienza a mostrar el potencial de cambio en la redefinición de conceptos jurídicos y un enorme campo de acción notarial futuro

que solo debemos visualizar para estar a la vanguardia de las soluciones que la sociedad va a requerir y necesitar para la convivencia en dicho mundo. En este sentido, cobran importancia las conclusiones del tema III de la reciente 41 Jornada Notarial Bonaerense (Tandil, 2019) en torno al concepto y alcance de la *tokenización* de inmuebles.⁷⁶

10. Bibliografía

- [s.a.], “Blockchain es ferpecto: Cuáles son los límites de la criptomoneda más conocida” [online], Infobae, 19/8/2018 (última consulta: 11/6/2019).
- AA.VV., (conclusiones de la 41 Jornada Notarial Bonaerense [Tandil, 2019]), Tandil, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, 2019.
- AA.VV., *Jornadas Notariales Argentinas. 1944-2008* (recopiladora: Norma Ciuro de Castello), La Plata, Fundación Editora Notarial, 2010.
- AGUILÓ REGLA, Josep y VIGO, Rodolfo L., *Fuentes del derecho. Dos visiones*, Buenos Aires, Astrea, 2018.
- ALPA, Guido, *El contrato en general. Principios y problemas*, Lima, Instituto Pacífico, 2015.
- BARBOZA, Julio, *Curso de organismos internacionales*, Buenos Aires, Zavalía, 2017.
- CARDENAS MONTFORT, Emilio, *Notarial services in Nafta. The North American Free Trade Agreement*, Montreal, [e.a.], 2004.
- CIFUENTES, Santos, *Los derechos personalísimos*, Buenos Aires, Lerner, 1974.
- COSOLA, Sebastián J., *Fundamentos del derecho notarial*, t. 1, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2013.
- *Los efectos de la publicidad en el documento notarial. La decisión jurídica a partir de la convivencia de las instituciones jerarquizadas y de la conformación de una teoría de valores trascendentes* (tesis doctoral presentada en la Facultad de Derecho de la Universidad Austral), Buenos Aires, [s.e.], 2017.
- DE LA FUENTE, Juan Á., “La tokenización de los inmuebles y el notariado”, en *Revista Internacional del Notariado (RIN)*, N° 123, 2018.
- GHIRARDI, Olsen, “El common law de los Estados Unidos de Norteamérica. Génesis y evolución” [online], Córdoba, [s.e.], (último acceso: 11/6/2019).
- GUIBOURG, Ricardo, *Informática jurídica decisoria*, Buenos Aires, Astrea, 1993.
- GUTIÉRREZ ZALDÍVAR, Álvaro, “II Reunión Anual de la National Notary Association”, en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Capital Federal, N° 772, 1980.
- “Los notarios en el common law”, en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, N° 866, 2001.
- LAMBER, Rubén A., *La escritura pública*, t. 1, La Plata, FEN, 2003.
- LLOPIS, José C., “¿Existe la identidad virtual?” [online], 19/2/2015 (última consulta: 11/6/2019).
- *La matriz digital de la escritura notarial: ¿sí o no?* [online], 15/11/2016 (última consulta: 11/6/2019).
- LUZ CLARA, Bibiana, *Ley de Firma Digital. Comentada*, Rosario, Nova Tesis, 2006.
- NAKAMOTO, Satoshi, “Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System”, 2008, [s.e.].
- OPPENHEIMER, Andrés, *¡Sálvese quien pueda! El futuro del trabajo en la era de la automatización*, Buenos Aires, Debate, 2018.
- ORGAZ, Alfredo, *Derecho civil argentino. Personas individuales*, Buenos Aires, Depalma, 1946.
- *Derecho civil argentino. Personas individuales*, Córdoba, Assandri, 1961 (2ª ed. ampliada).
- PIAZZA, Marta R., “Responsabilidad civil del notario. El seguro llamado de mala praxis. Sus diferencias con el seguro de título”, en *Anuario Iberoamericano de Derecho Notarial*, Madrid, Consejo General del Notariado, N° 3, 2004.
- PIOMBINO, Alfred E., *Notary public handbook. A guide for New York*, Nueva York, East Coast Publishing-Poughkeepsie, 1993.
- ROSALES DE SALAMANCA, Francisco, “¿Existe la identidad virtual?” 19/2/2015 (última consulta: 11/6/2019).
- “Identidad digital y notarios” [online], 25/4/2017 (última consulta: 11/6/2019).

76. Ver las conclusiones del tema 3 en <http://www.jnb.org.ar/41/images/41-despachos/41JNB-DESPACHO-T3.pdf>; fuente: <http://www.jnb.org.ar/>; última consulta: 31/10/2019.

- SÁENZ, Carlos A. y SCHMIDT, Walter C., “El aporte de la función notarial a la aplicación de las nuevas tecnologías”, en García Más, Francisco J. (coord.), *El documento electrónico. Un reto a la seguridad jurídica*, Madrid, [ed. de los autores], 2015.
- SCHMIDT, Walter C., *Transformación digital. Smart Contracts y la tokenización inmobiliaria* (tesis fin de master; Universidad de Salamanca), [s.e.], 2019 (en repositorio institucional).
- SZABO, Nick, “[Smart Contracts: Building Blocks for Digital Markets](#)” [online], [s.e.], 1996 (última consulta: 11/6/2019).
- TOBIÁS, José W., [comentario a los arts. 51 y 52], en Alterini, J. H. (dir. gral.) y Alterini, I. E. (coord.), *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético*, t. 1, Buenos Aires, Thomson Reuters-La Ley, 2016 (2ª ed. act. y aum.).

Reconstitución del protocolo y reproducción del acto

Inexistencia de la previsión del artículo 1011 del Código Civil en el Código Civil y Comercial

María Verónica Fraga

Mariela Alejandra Giulitti

Roberto A. Mignolo

Andrea C. Peresan Martínez

Jorge J. Torrá

RESUMEN

Ante la ausencia de una norma expresa que reemplace los artículos 1011 y 1003 in fine del Código Civil, se analiza el contenido de los artículos 300 del Código Civil y Comercial, 778 y 779 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, 29 de la Ley 17801, 89 de la Ley 404, y de la reciente resolución del Consejo Directivo del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires N° 217/18, como así también la doctrina aplicable, a efectos de orientar acerca de un tema sensible para los notarios y de imprescindible abordaje. En el mismo sentido, se señala el procedimiento a seguir ante el Colegio de Escribanos de CABA en dichas circunstancias, las pautas y lineamientos a tener en cuenta en la faz eminentemente práctica para afrontar un hecho excepcional pero cuya subsanación es fundamental, tanto en términos de la responsabilidad acerca de la conservación y guarda del protocolo como en resguardo de la seguridad jurídica de los otorgantes del documento perdido, ya sea por robo, hurto, extravío o destrucción. Se brindan sugerencias acerca de la redacción de los instrumentos subsanatorios y se comenta la posibilidad actual de la vía judicial sin perjuicio de su omisión en el código de fondo. La legislación local deberá hacer previsión de todo lo atinente a la conservación y llenar el vacío legal de la reconstrucción y darle rango normativo a la reproducción de acto.

PALABRAS CLAVE

Título supletorio; reproducción notarial del acto; inspección de protocolos; protocolo notarial; robo; hurto; extravío; destrucción; reconstrucción; reconstitución; reproducción del acto; protocolización; segunda copia; renovación de título; trámites pre y posescriturarios; escritura de reproducción.

Fechas de recepción y aceptación

11/1/2019 - 8/4/2019

Sumario: 1. Introducción. 2. El artículo 1011 del Código Civil. 3. Derogación y abrogación. Ultractividad. Deberes de los jueces. 4. Análisis del artículo 1011 del Código Civil. 5. Competencia jurisdiccional. 6. Artículos 778 y 779 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. 7. Título supletorio. Artículo 29 de la Ley 17801. 8. Reproducción del acto. 9. Resoluciones del Colegio de Escribanos. 10. Ejemplos de escrituras. 10.1. Escritura de reproducción de poder. 10.2. Escritura de reproducción de la constitución de una sociedad anónima. 10.3. Escritura de reproducción de compraventa. 10.4. Escritura de reconstitución judicial del protocolo. 11. Bibliografía.

1. Introducción

De la lectura del articulado del [Código Civil y Comercial](#), promulgado hace ya casi tres años, se advierte la inexistencia de normativa expresa que trate el caso de extravío o destrucción del protocolo notarial. En efecto, aquella normativa rectora para el caso, tipificada en el artículo 1011 del [Código de Vélez](#), no ha tenido correlato en el nuevo digesto, abriendo un campo conjetural respecto del criterio que tanto el notariado como los particulares deberán adoptar al verificarse un caso de extravío o destrucción del protocolo.

Se trata de una omisión voluntaria o se trate de una omisión involuntaria del legislador, lo cierto es que nos hallamos frente a un vacío legal que, hasta tanto no se subsane, atenta contra la seguridad jurídica, colocando al escribano ante un problema que debe resolver en interés de las partes y en resguardo de su responsabilidad profesional.

2. El artículo 1011 del Código Civil

Si el libro del protocolo se perdiese y se solicitare por alguna de las partes que se renovase la copia que existía, o que se ponga en el registro para servir de original, el juez puede ordenarlo con citación y audiencia de los interesados, siempre que la copia no estuviese raída ni borrada en lugar sospechoso, ni en tal estado que no se pudiese leer claramente.

Para una correcta interpretación del precepto legal, es preciso distinguir si estamos ante una norma formal o sustancial. La inclusión del artículo en el código de fondo nos lleva a inferir que, para Vélez, legislar claramente sobre el tema de destrucción o extravío del protocolo era trascendente e imperativo a efectos de lograr un proceder uniforme en todo el territorio nacional y establecer un criterio rector que garantice el carácter subsanatorio del procedimiento. Tanto la Constitución Nacional de 1853 y sus modificatorias, en el artículo 67 inciso 11, como la Constitución Nacional de 1994, en su artículo 75 inciso 12, delegan en el Parlamento Nacional la confección de los códigos de fondo, dejando la factura de la normativa de forma a las provincias, en la inteligencia de que estas conservan todo el poder que no han delegado en forma expresa a la Nación.

Debemos considerar que desde la sanción del Código Civil (a imperio de la Ley 340, que dispuso su entrada en vigencia a partir del 1º de enero de 1871) hasta su derogación por el artículo 4 de la Ley 26994, su articulado fue materia de sucesivas reformas,

siendo la más abarcadora la resultante de la Ley 17711. Sin embargo, el artículo 1011 se mantuvo incólume. De igual modo, no tenemos conocimiento de que su constitucionalidad haya sido controvertida en litis alguna, sea a instancias de un Estado provincial o de colegios notariales o particulares. En consecuencia, el artículo 1011 del Código Civil es una norma sustancial y, como tal, debió sustituirse por otro artículo en el Código Civil y Comercial (en adelante, “CCCN”). Asimismo, los preceptos que contiene son de **orden público**, por lo que no sería conveniente que en caso de destrucción o pérdida de protocolo se pudiese proceder arbitrariamente en ausencia de una norma específica para el caso.

Por otra parte, el CCCN en su artículo 300 establece:

Protocolo [...] Corresponde a la ley local reglamentar lo relativo a las características de los folios, su expedición, así como los demás recaudos relativos al protocolo, forma y modo de su colección en volúmenes o legajos, su conservación o archivo.

La ausencia en el nuevo digesto de la normativa aludida podría obedecer o bien a una omisión involuntaria o bien a un apelativo a las facultades reglamentarias de la provincias y de la Ciudad autónoma de Buenos Aires.

3. Derogación y abrogación. Ultractividad. Deberes de los jueces

Cabe traer a colación principios doctrinarios de filosofía del derecho que distinguen entre la derogación y la abrogación de la ley. Sin entrar en un análisis que excede el objeto de este trabajo, en principio, una ley deroga a otra al establecerlo expresamente. Ahora bien, se produce la abrogación de una ley cuando entra en vigor otra que contiene disposiciones total o parcialmente incompatibles con la ley anterior. Se colige, entonces, que la derogación del Código Civil nos permitiría sostener la vigencia de los preceptos del artículo 1011, máxime no habiéndose dictado una norma que lo reemplace y establezca pautas para proceder ante la pérdida, extravío o destrucción del protocolo.

Si bien en estricta *ratio* jurídica no sería ajustado sostener el principio de ultractividad de la ley en la especie, sostener la vigencia de la solución aportada por el artículo 1011 del código derogado (en adelante, “CCIV”) se asemeja mucho en sus efectos. Y tan es así que, se compartan o no los criterios, ante un caso concreto que afronte un escribano de registro, se encontrará ante la ausencia de una norma rectora que oriente su proceder y deberá acudir a la justicia, que tendrá que expedirse conforme a los preceptos establecidos en los artículos 1, 2 y 3 CCCN (art. 15y 16 CCIV). En la obligación de fallar que tienen los Magistrados en los asuntos sometidos a su decisión, **recurrir a las fuentes en situaciones no regladas legalmente** deviene inapelable. Los doctrinarios autores del nuevo código y los legisladores han citado en reiteradas ocasiones como fuente del nuevo plexo legal los preceptos contenidos en la monumental obra jurídica de Vélez.

En la disyuntiva de analizar la falta de previsión legal acerca del contenido del artículo 1011 del Código Civil, aun con alguna variante o alternativa, podríamos considerar que no fue un olvido. El artículo 300 CCCN dice que le corresponde a la ley local reglamentar, entre otras cosas, lo relativo a la conservación y archivo de los protocolos. Cuando se habla de conservar y archivar, es porque tiene algún sentido o valor; en nues-

tro caso, debemos conservar y archivar porque el protocolo mantiene su valor jurídico como prueba de su existencia y de los derechos allí contenidos. El protocolo debe seguir subsistiendo para producir efectos jurídicos, basado en el principio de matricidad, que obliga a reponer o subrogar los títulos.

Del concepto de conservación se desprende como implícita la reposición del protocolo, y la novedad sería la delegación en el orden local. Los actos nacieron bajo la forma de escritura con todos sus requisitos formales, y el hecho de comprobarse una de las causales por la cual fuera necesaria la reposición o subrogación del título, ya sea por reconstrucción o reproducción, no altera el orden de la ley de fondo nacional en cuanto a la forma de proceder para la reposición, la cual fue delegada en la norma local. Podrían darse otras alternativas para la reposición, como, por ejemplo, que el proceso voluntario se realice en sede notarial y no judicial, salvo que existiera conflicto u oposición que deba sustanciarse en sede judicial como corresponde. En esta instancia legislativa de reglamentar la conservación local, bien podríamos aprovechar el traspaso de la Justicia Nacional a la órbita de la Ciudad de Buenos Aires y avanzar en algunos procesos voluntarios que orden local.

La [Ley Orgánica Notarial 404](#), regulatoria de la función en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, hace algunas menciones a la “conservación”: artículos 29 (inc. f), 48, 62, 69 y 178 (inc. d). También, el [Decreto Reglamentario GCBA 1624/2000](#): artículos 61 y 67. Habrá que adecuarlas a las novedades introducidas por el CCCN.

El artículo 89 de la mencionada ley dice:

Actas de protocolización [...] En las actas que tuvieren por objeto reunir los antecedentes judiciales relativos a títulos supletorios o a subastas públicas, se relacionarán y transcribirán, en su caso, las piezas respectivas y se individualizará el bien. Se dejará constancia de sus antecedentes y del cumplimiento de los recaudos fiscales y administrativos que conformen el texto documental del título y faciliten su registración cuando fuere necesario. El acta será firmada por el juez y por el interesado cuando así lo dispusieren las normas procesales.

Afortunadamente, este artículo salva otra omisión del nuevo CCCN, que no reprodujo en su articulado lo dispuesto en el artículo 1003 *in fine* CCIV. De su texto se colige su concordancia con los preceptos del artículo 1011 CCIV y el artículo 29 de la [Ley Registral 17801](#). Por otra parte, permanecen vigentes los artículos 778 y 779 del [Código de Procesal Civil y Comercial Nacional](#) (en adelante, “CPCCN”), que establece el ritual para la obtención de segundas copias cuando se requiere autorización judicial y para la renovación de títulos por prueba de su contenido, estableciendo el proceso contencioso sumarísimo, en armonía con la normativa del mentado artículo 1011.

Mientras tanto, nos apoyaremos en el principio de matricidad para cubrir todas las necesidades según la naturaleza jurídica de los actos, porque la Ley Registral 17801, en su artículo 29, refiere al denominado título supletorio para los actos que se inscriben en los registros de la propiedad inmueble, quedando fuera de esa posibilidad, por ejemplo, los actos societarios. Por otra parte, no sería conveniente que una cuestión de fondo sea resuelta o sostenida solamente en las normas procesales.

Se propone que las leyes locales que regulen la función notarial contemplen la incorporación y tratamiento de la reconstrucción del protocolo, la reproducción de los actos y la protocolización, entre otras previsiones.

Normalmente, la falta de folios es detectada por el propio escribano cuando revisa el protocolo antes y/o luego de enviar a encuadernar, por la observación que se haga en la oportunidad de la inspección del protocolo, cuando se solicita su exhibición para un estudio de títulos o cuando se requiere una copia. Cuando esto ocurre, debemos evaluar la acción a seguir.

Si es detectada por la propia revisión que hace el escribano o por la inspección de protocolos, contamos con más tiempo para poder resolver el tema. Si fuera por un estudio de títulos o por un pedido de copia, es decir, porque se detecta en momentos en que el titular de los derechos tiene una necesidad de acreditar su titularidad, los tiempos son cortos. Trataremos de dar pautas para abreviar los procesos.

4. Análisis del artículo 1011 del Código Civil

El artículo 1011 CCIV textualmente decía:

Si el libro de protocolo se perdiese y se solicitare por alguna de las partes que se renovase la copia, o que se ponga en el registro para servir de original, el juez puede ordenarlo con citación y audiencia de los interesados, siempre que la copia no estuviese raída ni borrada en lugar sospechoso, ni en tal estado que no se pudiese leer claramente.

Inicia diciendo “**si el libro de protocolo se perdiese**”. La pérdida no es la única causal que provoca la reconstitución del protocolo/escritura o reproducción del acto. No debe interpretarse literalmente y ampliarse a otras causales que provoquen el mismo inconveniente, como el hurto, el robo, la destrucción o que se encuentre deteriorado, ilegible (p.ej., por derrame de líquidos que imposibiliten la lectura, superposición de texto por sobreimpresión o fotocopiado, utilización de medios inapropiados para su escritura, etc.). En definitiva, cualquier causal que pueda generar incertidumbre sobre su contenido o inseguridad jurídica en forma definitiva. En todos los casos, la causal puede afectar en forma total o parcial la escritura, un tomo o todo el protocolo.

Frente a la falta de la escritura o todo o parte del protocolo, no debemos apresurarnos a considerar que estamos frente a una causal de reconstitución del protocolo o reproducción del acto porque simplemente puede ocurrir que se trate de un error en el orden de los folios, aun encuadernado, que haya sido requerido por la justicia y no haberse cumplido con las comunicaciones pertinentes, que esté puesto en el protocolo de otro año o en el protocolo de otro registro. El mayor inconveniente es que esté en algún juzgado y no tengamos noticia al respecto. Habrá que ser diligentes y no reconstituir o reproducir el acto sin indagar un poco más sobre las posibilidades en el caso concreto.

El artículo continúa diciendo “**y se solicitare por alguna de las partes que se renovase la copia, o que se ponga en el registro para servir de original**”. Esta parte indica una oportunidad en la cual se detecta la falta del protocolo o su deterioro, es decir, cuando se solicitare una copia, y, seguidamente, indica que si ese no fuere el motivo tal copia se pondrá en el registro para servir de original. Tengamos en cuenta que cuando se dice *registro* se lo debe interpretar como *protocolo*, dado que en la Ley 1893 de Organización de la Justicia Nacional (que además trataba la función notarial, los registros, protocolos,

y también el registro de la propiedad, hipotecas, embargos e inhibiciones) se los trataba como sinónimos en algunos aspectos.

Esto de “servir de original” es interpretado por los jueces en dos formas. Una de ellas es cumplir literalmente con la expresión de servir como original, y, en consecuencia, se le insertará a la copia una nota marginal en el sentido de la sentencia o resolución judicial y se incorporará al protocolo como si fuere la escritura matriz. La dificultad de esta interpretación es cuando falta todo el protocolo o una parte importante de él porque resultaría imposible o dificultoso agregar la copia y, por otra parte, si sobre esa copia que sirve como original se expide nueva copia, resultará un poco extraña su lectura o interpretación en cuanto a su forma. La otra interpretación, y la más adecuada, es razonarla conjuntamente con el segundo párrafo del artículo 779 CPCCN. El mismo establece que el título supletorio deberá protocolizarse en el registro nacional del lugar del tribunal que designe el interesado. Entonces, el testimonio o copia debe protocolizarse, en el mismo sentido que lo tiene resuelto el Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires.

En la práctica, nos encontramos con resoluciones judiciales en distinto sentido. Se interpreta literalmente el artículo 1011 para el supuesto de pérdida del protocolo y existencia copia o testimonio, agregando esta en el lugar donde debería estar la escritura perdida para servir de original. Es decir, no hay protocolización propiamente dicha sino una inserción en el protocolo por orden judicial, en cumplimiento estricto del artículo 1011. En cambio, el artículo 779 CPCCN literalmente supone la pérdida del protocolo, de la copia y la subsanación a través de la protocolización de las actuaciones judiciales, de acuerdo al artículo 29 de la Ley 17801. Se lo denomina supletorio porque así se lo definía en el artículo 245 de la Ley 1893, como se indica más adelante. En consecuencia, algunos jueces entienden que la protocolización corresponde solamente en este caso y no cuando existe copia.

Cualquiera de las formas está bien, aunque propiciamos la protocolización en el protocolo corriente de toda actuación judicial.

El artículo 1011 CCIV continúa diciendo “**el juez puede ordenarlo con citación y audiencia de los interesados**”. El juez es quien debe ordenar la reconstitución del protocolo y llegar a la convicción de que nadie se ve afectado por la resolución a tomar. Siempre citará a las partes, otorgantes, comparecientes o a quienes tengan interés legítimo, como los sucesores universales, y a los particulares también, en los casos en que la escritura que haya que reconstruir sea un antecedente en el tracto o que haga a la legitimación.

Y finaliza diciendo “**siempre que la copia no estuviese raída ni borrada en lugar sospechoso, ni en tal estado que no se pudiese leer claramente**”. Si la copia no estaba en las condiciones que requería el artículo 1011, difícilmente el juez habría hecho lugar a que prosperara el proceso, porque no habría garantías ni certezas. En los casos en los cuales estuviese parcialmente borrada, raída o que no pudiese leerse claramente, se entiende que será sobre las partes esenciales. En este caso, se debe recurrir al título supletorio del artículo 29 de la Ley 17801 o a la reproducción.

Parte de la doctrina sostiene que la copia o testimonio debe estar inscripta. No estamos muy de acuerdo con esa postura. En todo caso, no tendrá los beneficios de la publicidad registral, aunque sí de los certificados solicitados.

Puede ocurrir que, en el transcurso de la inscripción de la primera copia que se expidiera, se pierda su matriz. La copia también es instrumento público y hace plena fe aunque no esté inscripta. El artículo 1010 CCIV decía que la copia de la escritura hace

plena fe como la escritura matriz, al igual que el artículo 299 CCCN, obviamente expedida en legal forma (art. 979 inc. 1 CCIV y arts. 289 y 290 CCCN). En todo caso, si se perdiese también la primera copia sin inscribir, no se podrá recurrir al título supletorio porque no existe el asiento que refleje la inscripción.

La copia o testimonio debe calificarse en cuanto a su validez por la competencia de actuación del escribano y en cuanto al cumplimiento de las formas que hagan también a su validez. Si la copia fue expedida por un escribano que carecía de competencia en el registro, la copia es nula. Del mismo modo, siendo el escribano autorizante u otro del mismo registro el que expidiera la copia y el protocolo se encontrare depositado en el Archivo de Protocolos, la copia es nula.

Se sostiene que no es viable la utilización de copia simple, simple copia, copias certificadas y, haciendo gala de las nuevas tecnologías, las fotos digitales, las imágenes o reproducciones digitales. Estamos de acuerdo con ello, pero la copia certificada de la escritura matriz sería de un valor importante en el proceso, máxime si las partes estuviesen presentes y hayan elegido el camino de la reconstitución. Si faltara alguna de las partes, el juez valorará las pruebas con intervención del Ministerio Público.

5. Competencia jurisdiccional

En la Ciudad de Buenos Aires, el artículo 5 inciso 9 CPCCN dice que el juez competente para actuar en pedidos de segundas copias o rectificación de errores es el del lugar de donde se otorgaron los actos o protocolización. Analógicamente, interpretamos que también es de aplicación para la reconstitución judicial, aun por remisión que hace el artículo 779 al artículo 778, donde se refiere a las segundas copias.

Consideramos que si el protocolo es propiedad del Estado local, allí debería tramitarse el proceso, y también por cuestiones prácticas. Si se perdiese total o parcialmente el protocolo de un año, lo cual implica varias escrituras, el sentido lógico de la economía procesal nos acompañaría en el infortunio notarial de tener que reconstituir varias escrituras. Sería más complicado que el juez competente fuera el de la jurisdicción en la cual se registran los derechos.

En cuanto a la legitimación activa, les corresponde a las partes de la escritura, los sucesores universales y particulares, el escribano, el Archivo de Protocolos y hasta quienes tienen interés legítimo, como, por ejemplo, un acreedor embargante o inhibiente, hipotecario.

6. Artículos 778 y 779 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación

SEGUNDA COPIA DE ESCRITURA PÚBLICA

Artículo 778. La segunda copia de una (1) escritura pública, cuando su otorgamiento requiera autorización judicial, se otorgará previa citación de quienes hubiesen participado en aquélla, o del ministerio público en su defecto. Si se dedujere oposición, se seguirá el trámite del juicio sumarísimo. La segunda copia se expedirá previo certificado del registro inmobiliario, acerca de la inscripción del título y estado del dominio, en su caso.

RENOVACIÓN DE TÍTULOS

Artículo 779. La renovación de títulos mediante **prueba sobre su contenido**, en los casos en que no fuere posible obtener segunda copia, se sustanciará en la forma establecida en el artículo anterior. El título supletorio deberá protocolizarse en el registro nacional del lugar del tribunal, que designe el interesado.

El artículo 779 CPCCN expresa lo esencial del principio de matricidad, el valor probatorio que persiste en el transcurso del tiempo. En el proceso se debe probar el contenido de la escritura que se reconstituye, considerando también las manifestaciones de las partes. Para ello, remite al artículo 778, y de allí tomaremos las partes pertinentes. La primer parte no es de aplicación porque es para aquellas situaciones en las cuales existan obligaciones pendientes de dar o hacer y la segunda o ulterior copia no se expedía sin autorización judicial (arts. 1007 CCIV).

El juez debe citar a los que participaron en la escritura. Si no estuviesen presentes, actuará el Ministerio Público por tratarse de ausentes. Obviamente, si hubiere oposición, se deberá sustanciar la misma hasta que concluya con la sentencia o resolución judicial.

Como en todo proceso, quien tiene la legitimación puede ofrecer y sugerir pruebas. Cuanto más nos esmeremos en el escrito de inicio, más pronto conseguiremos el resultado buscado. Favorecería que el escrito de inicio lo suscribieran todos los interesados, para abreviar los tiempos de audiencias, unificando patrocinio si las partes expresan lo mismo, ofreciendo la producción de pruebas que crean convenientes y aportando informe de dominio, copia de minuta de inscripción, certificado de inexistencia expedido por el escribano o Archivo de Protocolos, copia autenticada de la matriz y cuanto más se pueda en cada caso.

7. Título supletorio. Artículo 29 de la Ley 17801

El artículo 29 de la [Ley 17801](#) dice: “el asiento registral servirá como prueba de la existencia de la documentación que lo originara en los casos a que se refiere el artículo 1011 del Código Civil”. Tiene su antecedente en el artículo 28 del [Decreto-Ley 11643/63](#) (ratificado por la [Ley PBA 6736](#)), es decir, la Ley Registral de la Provincia de Buenos Aires, que expresaba que las inscripciones y derechos servían como prueba de existencia; en cambio, el artículo 29 es más amplio, al expresar el asiento registral.

El origen se retrotrae a la Ley 1893. El artículo 245 decía que “las inscripciones en el Registro de la Propiedad servirán como título supletorio en los casos en que se hubiesen extraviado los protocolos o escrituras matrices”. De allí que al título resultante del artículo 29 de la Ley 17801 se lo llama supletorio.

Cabe consignar que una fundamental diferencia existe entre inscripción y asiento. El acto se inscribe en un asiento, pero en un asiento se pueden inscribir varios actos. Es importante porque si tenemos que reconstituir una escritura que tiene varios actos, no deberíamos preocuparnos por los actos que confirieron derechos que actualmente no estén vigentes.

Nuevamente se hace alusión al inconveniente de la prueba de la existencia de la documentación, la escritura matriz. La Ley Registral le da valor probatorio a sus asientos como base para la reposición de la escritura matriz.

El artículo 29 opera en los casos que la escritura o el protocolo se hubiese perdido. El proceso culmina con la protocolización de las actuaciones. La protocolización del artículo 1003 CCIV tampoco tiene su correlato en al CCCN aunque sí en la Ley 404 (arts. 21, 89, 161 inc. e) por haberse sancionado durante la vigencia del CCIV.

8. Reproducción del acto

La reproducción del acto como solución al tema de la falta o deterioro del protocolo es una creación doctrinaria basada en nuestro ordenamiento normativo, aun para las nulidades. Se trata de una nueva expresión de voluntad de las partes para el cumplimiento de las formas instrumentales.

Las resoluciones del Consejo Directivo del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires y la doctrina notarial están guiadas por las expresiones del escribano Carlos A. Pelosi en el sentido de que deberá instrumentarse una nueva declaración de voluntad (o de ciencia), haciendo relación de las causas determinadas de su otorgamiento e incluyendo

... todas las estipulaciones propias del contrato de que se trate y las constancias notariales correspondientes. Las únicas diferencias con el acto originario resultarán por razones temporales o de hechos ya cumplidos como el precio ya percibido y la posesión ya entregada en la compraventa inmobiliaria [...] es aconsejable que el nuevo acto [...] jurídico se otorgue con efecto retroactivo a la fecha inicial.¹

Debemos contar con la presencia de las partes; reproduciremos los actos que atribuyen derechos vigentes, con justificación de la extinción de los derechos no vigentes, con o sin copia, o testimonio, y, de tenerla, se sugiere agregarla y/o transcribirla.

El tema a tratar es si no están todas o alguna de las partes y sí sus sucesores. Podemos sostener que la reproducción del acto basada en una nueva expresión de voluntad para cumplir con la forma instrumental es una obligación de hacer, y, asumiendo que el testimonio o copia de la escritura de compraventa es instrumento público –y no privado porque le falta la firma de las partes–, más el reconocimiento de los sucesores a cumplir con la obligación, sería viable la reproducción.

9. Resoluciones del Colegio de Escribanos

Por resolución del Consejo Directivo del Colegio de Escribanos de la Capital Federal del 24 de agosto de 1977 (acta 2031), se aprobó el procedimiento para subsanar el extravío de fojas de protocolo.² Lo fundamental de esta resolución era que se permitía la reproducción del acto solo si no existía la copia en legal forma. Dicho de otra manera, frente a la pérdida de hojas de protocolo, existiendo copia en legal forma, el procedimiento idóneo

1. PELOSI, Carlos A., "Subsanación de la pérdida de fojas del protocolo", en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Capital Federal, N° 768, 1979, p. 2113. [N. del E.: ver [aquí](#)].

2. Boletín de Legislación del Colegio de Escribanos de la Capital Federal N° 220, 1977.

consistía en la reconstitución judicial y la reproducción del acto instrumentado cuando no existiera tal copia.

Por resolución 593/94, del 2 de noviembre de 1994 (acta 2935), se modifica el criterio en el sentido de que, aun en el caso de que existiera la copia, si estuviesen todas las partes, podrán optar por la reproducción del acto.³ La resolución textualmente decía:

1ro.) El procedimiento idóneo a seguir en los casos de pérdida de hojas de protocolo consiste en obtener la reproducción del acto instrumentado o la reconstitución del protocolo.

2do.) Aun en los casos en que existiere copia de la escritura, si estuvieren todas las partes, éstas podrán optar por la reproducción del acto. A tal fin deberá instrumentarse una nueva declaración de voluntad (o de ciencia) haciendo relación de las causas determinadas de su otorgamiento e incluyendo todas las estipulaciones propias del contrato de que se trate y las constancias notariales correspondientes. Las únicas diferencias con el acto originario resultarán por razones temporales o de hechos ya cumplidos como el precio ya percibido y la posesión ya entregada en la compraventa inmobiliaria. Es aconsejable que este nuevo acto jurídico se otorgue con efecto retroactivo a la fecha del inicial.

3ro.) Si no fuera posible la reproducción, se procederá a la reconstitución que se efectuará con arreglo a las normas del art. 1011 del Código Civil y art. 806 y concordantes del Código Procesal. Decretada judicialmente la reposición de la copia, ésta se agregará al protocolo corriente, levantándose el acta de protocolización prevista en el art. 1003 "in fine" del cuerpo legal citado en primer término.

4to.) En todos los casos, deberá darse cuenta del extravío al Colegio y, una vez practicada la investigación correspondiente y comprobada la eficacia de la subsanación, por intermedio del Departamento de Inspección de Protocolos, se mandará consignar nota marginal en el folio siguiente al extraviado, haciendo constar que la pérdida ha quedado debidamente justificada así como subsanada, en su caso.

La resolución precedente fue modificada por la resolución 118/01, del 21 de marzo de 2001 (acta 3267), introduciendo la siguiente novedad:

Si se agregare simple copia de la nueva escritura en el lugar en que se debieran encontrar las fojas perdidas o dañadas, deberá expresarse por nota marginal, que no las substituyen. También se podrá dejar constancia de la reproducción del acto que fuera instrumentado en las fojas perdidas o dañadas, mediante simple nota marginal.

Cuarto [...] La reproducción del acto no obstará su eventual reconstitución, si así se hiciera viable o las partes lo consideraren oportuno. En tal caso se deberá dejar constancia marginal en la escritura reproductiva.

Recientemente, y en virtud de las circunstancias que se plantean sobre la inexistencia del artículo 1011 CCIV en el CCCN y adecuaciones de la Ley 404, el Consejo Directivo aprobó la resolución 217/18, del 12 de junio de 2018, cuyo texto es el siguiente:

1º) Ante la falta de escritura matriz por pérdida o destrucción de protocolo de una escritura autorizada, deberá darse cuenta del hecho al C. de E., quedando expeditas dos vías de subsanación alternativas:

a) *Reproducción del acto en sede notarial*: Si estuvieren todas las partes deberá instrumentarse una nueva declaración de voluntad (o de ciencia) haciendo relación de las causas determinantes de su otorgamiento e incluyendo todas las estipulaciones propias del contrato

3. Circular del Colegio de Escribanos de la Capital Federal N° 2869.

de que se trate y las constancias notariales correspondientes. Las únicas diferencias con el acto originario resultarán, por razones temporales, de la redacción del instrumento, por cuanto ha de referirse a los hechos ya ocurridos –y **reconocidos voluntariamente por las partes**– que produjeron los efectos jurídicos del acto o negocio original, a cuya fecha se retrotraen, **sin perjuicio de los eventuales derechos de terceros**.

b) *Reconstitución judicial*: A solicitud de alguna de las partes se recurrirá a sede judicial con arreglo a lo dispuesto en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, ya sea con la primera o ulterior copia, o con algún otro documento probatorio, como por ejemplo las constancias registrales que prevé el artículo 29 de la ley 17.801. Decretada judicialmente la reposición de copia, ésta se agregará al protocolo corriente del escribano que se designare, levantándose el **acta de protocolización prevista en el artículo 89 de la Ley 404**.

2º) El escribano deberá expedir copia de la nueva escritura, ya sea de reproducción o de reconstitución, y proceder a su inscripción, **cuando correspondiere**.

3º) El escribano deberá dejar constancia mediante nota marginal de la reproducción o reconstitución del acto en las fojas dañadas o en la foja siguiente a las perdidas, pudiendo agregar simple copia de la nueva escritura en el lugar en que se debieran encontrar las fojas perdidas o dañadas, indicando que no las substituyen.

4º) En todos los casos, en virtud de lo dispuesto en los Reglamentos de Inspección de Protocolos y de Uso y Venta de fojas, una vez practicada la investigación correspondiente, por intermedio del Departamento de Inspección de Protocolos, se mandará consignar nota marginal de conocimiento.

Esta resolución: a) destaca los derechos reconocidos por las partes; b) deja a salvo los eventuales derechos de terceros; c) a falta de la protocolización del artículo 1003 CCIV, la misma se fundamenta en el artículo 89 de la Ley 404; d) incorpora el tema de la inscripción cuando correspondiere; e) no menciona la calificación sobre la eficacia de la subsanación.

EXTRAVÍO, ROBO, HURTO O DESTRUCCIÓN DE FOJAS DE PROTOCOLO - PROCEDIMIENTO A SEGUIR⁴

1. Comunicación al Colegio de Escribanos mediante nota presentada por Mesa de Entradas, conteniendo la identificación de los folios, la numeración preimpresa de las fojas y la manifestación del estado de utilización en que se encontraban las mismas (en blanco o utilizadas, y en caso de corresponder, firmadas por las partes y autorizadas por el escribano o no), acompañando fotocopia de la denuncia policial (en los casos de extravío, robo o hurto) conteniendo la identificación de la numeración preimpresa de la foja.
2. Si correspondiere y fuere posible la reproducción notarial o reconstitución judicial, se le hará saber al escribano que deberá obtener la misma e informar cada 30 días al Colegio de Escribanos sobre las diligencias realizadas a tal fin, acompañando copia certificada de la reproducción o del acta de protocolización ordenada judicialmente.
3. Tras la tramitación del expediente que se realiza en el Departamento de Inspección de Protocolos, éste consignará nota marginal de conocimiento en el folio siguiente al perdido o en el folio afectado.

4. Conforme a los arts. 2, inc. b), 30, 31 y 32 del reglamento de inspección de protocolos del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, art. 42 del citado Decreto GCBA 1624/2000 y art. 27 del reglamento de venta y uso de fojas del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires.

Trámites pre y post escriturarios en los casos de reproducción notarial o reconstitución judicial de escrituras con vocación registral:

- *Preescriturarios:*

- El Departamento de Inspección de Protocolos del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires sugiere la solicitud de un informe de dominio, si bien el Registro de la Propiedad Inmueble aconseja solicitar certificados de dominio e inhabilidades e incluso confiere reserva de prioridad.

- No es necesario solicitar certificados administrativos.
- No hay obligaciones fiscales.

- *Posescriturarios:*

- Expedir copia de la nueva escritura.
- Dejar constancia mediante nota marginal de la reproducción o reconstitución del acto en las fojas dañadas o en la foja siguiente a las perdidas, pudiendo agregar simple copia de la nueva escritura en el lugar en el cual se deberían encontrarse las fojas perdidas o dañadas, indicando que no las sustituyen.

- El Departamento de Inspección de Protocolos no verifica la inscripción, si bien la Resolución 217/18 del Consejo Directivo del Colegio de Escribanos lo establece, cuando correspondiere.

- El Registro de la Propiedad Inmueble inscribe dichas escrituras, salvo casos de antecedentes en los cuales ninguna de las partes intervinientes en la reproducción o reconstitución es el actual titular.

- En actos societarios, la Inspección General de Justicia procederá a tomar razón de dichas escrituras si surge claramente del texto la vinculación indubitable con la escritura que obra en el legajo de la sociedad (transcripción literal). La Inspección General de Justicia agregará a la primera copia de la escritura reproducida una certificación que indique que es copia fiel de lo que obra en el legajo respectivo.

- En el caso de escrituras perdidas o dañadas cuyo protocolo se halla en el Archivo de Protocolos Notariales, según las circunstancias del caso, se procederá a la toma de razón por nota consignada por el Archivo y/o inserción de la primera copia de la protocolización o de las actuaciones judiciales.

10. Ejemplos de escrituras

10.1. Escritura de reproducción de poder

Escritura N° [...]. REPRODUCCIÓN DEL PODER ESPECIAL DE XX A FAVOR DE YY.

En la Ciudad de Buenos Aires, a los [...] días del mes de [...] de [...], ante mí, Escribano autorizante, comparece XX [...], quien acredita su identidad [...]. INTERVIENE [...] y EXPRESA: Que por escritura número [...] de fecha [...] folio[...] Registro N° [...], le otorgó Poder Especial a YY; que dicha matriz fue perdida/robada/hurtada, lo que se acredita con la copia de la denuncia policial realizada,/o fue sobreimpresa/dañada tornándola total o parcialmente ilegible, y, a los efectos legales correspondientes, viene por la presente a REPRODUCIR EL PODER, manifestando que: PRIMERO: Con fecha [...], CONFIRÓ PODER [...]

a favor de YY [...] para que en su nombre y representación lo ejerciera con las siguientes facultades: [...] (*se transcriben*). EL COMPARECIENTE CONTINÚA DICHIENDO QUE LA PRESENTE REPRODUCCIÓN CORRESPONDE AL PODER OTORGADO EL [...], MOMENTO AL CUAL SE RETROTRAEN TODOS LOS EFECTOS LEGALES, Y RATIFICA EXPRESAMENTE TODOS LOS ACTOS REALIZADOS POR EL APODERADO HASTA LA FECHA. LEO [...]

10.2. Escritura de reproducción de la constitución de una sociedad anónima

Escritura N° [...]. REPRODUCCIÓN DE LA CONSTITUCIÓN DE “LAS MENINAS SOCIEDAD ANÓNIMA” [...].

En la Ciudad de Buenos Aires, a los [...] días del mes de [...] de [...], ante mí, Escribano autorizante, comparecen [...], quienes acreditan su identidad [...]. INTERVIENEN [...] y EXPRESAN: Que por escritura N° [...] pasada al folio [...] del registro [...] constituyeron “LAS MENINAS SOCIEDAD ANÓNIMA”, [...] (*domicilio e inscripción*). Que dicha matriz fue perdida/robada/hurtada, lo que se acredita con la copia de la denuncia policial realizada,/o fue sobreimpresa/dañada tornándola total o parcialmente ilegible, y, a todos los efectos legales correspondientes, vienen a REPRODUCIR LA CONSTITUCIÓN DE “LAS MENINAS SOCIEDAD ANÓNIMA”, que se rige por las disposiciones de la Ley General de Sociedades y las que se establecieron por el estatuto, que contiene las siguientes cláusulas: “Artículo Primero: [...] (*se transcribe el estatuto literalmente*)”. LOS COMPARECIENTES CONTINÚAN DICHIENDO QUE LA PRESENTE REPRODUCCIÓN CORRESPONDE A LA ESCRITURA OTORGADA EL [...], MOMENTO AL CUAL SE RETROTRAEN TODOS LOS EFECTOS DE LA PRESENTE Y RATIFICAN EXPRESAMENTE TODOS LOS ACTOS REALIZADOS POR EL REPRESENTANTE HASTA LA FECHA. LEO [...]

10.3. Escritura de reproducción de compraventa

Escritura N° [...]. REPRODUCCIÓN DE COMPRAVENTA [...] A [...].

En la Ciudad de Buenos Aires, a los [...] días del mes de [...] de [...], ante mí, Escribano autorizante, comparecen por una parte [...] y por otra parte [...], quienes acreditan su identidad [...]. INTERVIENEN [...] y EXPRESAN: Que por escritura [...] de fecha [...] ante [...] folio [...] Registro N° [...], XX le vendió a YY el inmueble [...]. Que atento que dicha matriz fue perdida/robada/hurtada, lo que se acredita con la copia de la denuncia policial realizada,/o fue sobreimpresa/dañada tornándola total o parcialmente ilegible y, a los efectos legales correspondientes vienen por la presente a REPRODUCIR LA COMPRAVENTA, manifestando que: PRIMERO: Con fecha [...], XX le vendió a YY [...] (*todos los datos del inmueble*). SEGUNDO: La venta se formalizó por el precio total y convenido de [...], que la parte vendedora recibió en ese acto, de manos de la parte compradora, en dinero efectivo y a su entera satisfacción, habiéndosele otorgado suficiente recibo y carta de pago. La parte vendedora manifestó transmitir a la parte compradora todos los derechos de propiedad, posesión y dominio que sobre lo enajenado tenía y le correspondían y se obligó por evicción y saneamiento conforme a derecho. TERCERO: [...] (*se reproducen en tiempo pasado todas las cláusulas y estipulaciones del contrato originario*). El escribano autorizante dejó constancia de que: a) LE CORRESPONDIÓ a la parte vendedora por [...] b) CON LOS CERTIFICADOS del Registro de la Propiedad Inmueble solicitados para dicha operación y expedidos con los números [...], de fecha [...], se acreditó que [...] c) Con los certificados administrativos, se acreditó la inexistencia de deuda hasta los últimos vencimientos. d) En ese acto, se le retuvo a la parte vendedora la suma de [...], en concepto de impuesto a la transferencia de inmuebles/ganancias, y a ambas partes la suma de [...], en concepto de impuesto de sellos.

LOS COMPARECIENTES CONTINÚAN DICHIENDO QUE: EN VIRTUD DE LO EXPUESTO, XX TRANSMITE A YY TODOS LOS DERECHOS DE PROPIEDAD Y DOMINIO QUE EXPRESÓ TRANSMITIRLE OPORTUNAMENTE EN LA COMPRAVENTA RELACIONADA, COMO TAMBIÉN LO RATIFICA EN LA POSESIÓN, MANIFESTANDO YY QUE ACEPTA DE CONFORMIDAD Y QUE SE ENCUENTRA EN POSESIÓN EN VIRTUD DE LA TRADICIÓN REALIZADA OPORTUNAMENTE, CONFIRIÉNDOLE AMBAS PARTES EFECTO RETROACTIVO AL DÍA [...], FECHA EN LA CUAL SE CELEBRÓ LA RESPECTIVA ESCRITURA. YO, EL ESCRIBANO AUTORIZANTE, hago constar que del/los informes/certificado de dominio/inhibición expedido/s con fecha [...] surge/n la solicitud del certificado de dominio originario y que la escritura citada fue inscrita el [...] en la Matrícula [...] /que no surgen gravámenes ni anotaciones. LEO [...]

10.4. Escritura de reconstitución judicial del protocolo

Escritura N° [...]. ACTA DE PROTOCOLIZACIÓN DE ESCRITURA DE COMPRAVENTA ORDENADA EN AUTOS “[...]”.

En la Ciudad de Buenos Aires, a los [...] días del mes de [...] de [...], Yo, Escribano autorizante, en cumplimiento de lo ordenado por la señora Jueza Dra. [...], en los autos caratulados “[...] sobre Renovación de títulos o “... Información Sumaria” (*la que corresponda según carátula*), Expediente [...], que tramitan ante el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil número [...], Secretaría Única, procedo a PROTOCOLIZAR la [...] (*primera o ulterior o simple*) copia de la escritura número [...], pasada ante [...], al folio[...] del Registro [...], por la cual [...] vendieron a [...] el siguiente inmueble [...]. Del expediente citado, que tengo a la vista, resulta que: [...] (*relacionar o transcribir las partes pertinentes, p.ej., solicitud del interesado, la sentencia, respuesta del Archivo de Protocolos al juzgado, designación de escribano, aceptación del cargo de este, orden de protocolización*). La copia que por este acto se protocoliza fue expedida en las hojas de actuación notarial números [...] y TRANSCRIPTA ÍNTEGRAMENTE DICE ASÍ: “[...]”. Es copia fiel de su original, que tengo a la vista y AGREGO A LA PRESENTE, quedando de tal forma reconstituido el protocolo correspondiente, ante mí, doy fe.

11. Bibliografía

- AA.VV., (conclusiones de la XXX Jornada Notarial Argentina [Mendoza, 2012]), en <http://www.colescba.org.ar/portal/recursos/jornadas/649-jornada-notarial-argentina.html>; última consulta: 4/11/2019.
- ANDORNO, Luis O. y MARCOLÍN, Marta, *Ley Nacional Registral Inmobiliaria. Ley 17801. Comentada. Anotada*, Buenos Aires, Hammurabi, 1989.
- BORDA, Guillermo A., *Tratado de derecho civil. Parte general*, Buenos Aires, Perrot, 1993.
- CASTILLO, Alicia V., “Pérdida de la matriz. Reconstrucción del protocolo. Sede judicial y notarial” [online], en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, N° 930, 2017.
- COLOMBO, Carlos J. y KIPER, Claudio M., *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Comentado y anotado*, Buenos Aires, La Ley, 2011.
- GATTARI, Carlos N., *Soluciones notariales*, t. 1., Buenos Aires, Depalma, 1999 (2ª ed.).
- HERRERO PONS, Jorge, *Estudio de títulos, nulidad y subsanación*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas, 2009.
- LLAMBÍAS, Jorge J., *Tratado de derecho civil. Parte general*, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 2013.
- PELOSI, Carlos A., “Subsanación de la pérdida de fojas del protocolo”, en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Capital Federal, N° 768, 1979.

El control de legalidad después de la sanción de las Leyes 26994 y 27349

Antecedentes

Carlos Federico J. Iturres

RESUMEN

Históricamente se le atribuyó al registro público de comercio la registración y fiscalización de las sociedades por acciones. Desde sus comienzos, y a lo largo del transcurso de sus años, las potestades que se arrogó fueron cuestionadas por gran parte de la doctrina. En efecto, se puso foco en el análisis meramente formal y, muchas veces, sustancial que se produce en los actos y documentos que ingresan al registro. Ello motivó la existencia de una colisión entre normas sustanciales, reglamentarias, y la esencia misma que motiva la existencia de todo registro. En la actualidad, con la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación, el –ahora denominado– registro público ve ciertamente delimitadas sus funciones registrales. Dicha cuestión pareciera acentuarse nuevamente con la sanción de la Ley 27349.

PALABRAS CLAVE

Registro público; reglamentación registral; control de legalidad; publicidad registral; registración societaria; función del registro; atribuciones del registrador; Código Civil y Comercial; sociedad por acciones simplificada.

Fechas de recepción y aceptación

8/5/2019 - 16/8/2019

Sumario: 1. Introducción. 2. Nuevos planteos a partir de la modificación a la Ley de Sociedades por la Ley 26994. 3. Nuevo paradigma societario: la creación de la sociedad por acciones simplificada. 4. Conclusión. 5. Bibliografía.

1. Introducción

En el año 1980, con la sanción de la Ley 22315, se estableció que la Inspección General de Justicia (en adelante, “IGJ”) tuviera a cargo las funciones atribuidas por la legislación al registro público de comercio y la fiscalización de las sociedades por acciones. A partir de allí, la IGJ ha dictado numerosas disposiciones reglamentarias acerca de sus funciones registrales. Entre estas, la 6/1980 y la 7/2005, que la sustituyó, resultan ejemplos de la reglamentación de algunos aspectos polémicos en cuanto a la función del control de

legalidad. Así sucesivamente, se fueron siguiendo una serie de reglamentaciones que provocaron una intensa polémica doctrinaria acerca de los criterios y atribuciones de la IGJ. Cuestiones que expusieron la importancia y gravedad que podía revestir el ejercicio de este control y que, básicamente, podríamos diferenciar en dos criterios sostenidos.

En cuanto al primero, adoptado por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial de la Capital Federal en el precedente “Jablonsky SRL”, se sostuvo que si bien la inscripción de documentos en el registro público otorga publicidad material al acto inscripto, a fin de regular sus consecuencias ante terceros, ello no importa una valoración jurídica sobre su validez o legitimidad, cuestión sobre la que corresponde pronunciarse en la oportunidad en que se suscite una contienda al respecto. Esta postura motivó la respuesta de Halperin, quien apuntó que el funcionario encargado del registro debe oponerse a la inscripción cuando el acto o documento sujeto a inscripción presente vicios de nulidad. En consecuencia, la inscripción de un documento en el registro, además de la publicidad que otorga, goza de una presunción *iuris tantum* de validez del documento. Tal control de legalidad debe estar en manos de un registro, pues dejarlo librado a lo que se decida en los litigios que pudieran suscitarse “es haber perdido de vista la esencia misma de la institución del Registro Público de Comercio”.¹

... de desaparecer este último –respecto al control de legalidad–, el Registro Público funcionaría como una suerte de buzón, donde todo lo que entra sale inscripto, salvo que se haya omitido cumplir con requisitos locales, como el pago de tasas o ciertas insuficiencias formales en la presentación, propias de su legislación.²

Largamente se ha discutido en torno a si, además del “mero” análisis formal, le correspondía al registrador adentrarse en un análisis material o sustancial del acto y los documentos que pasan por el registro. No obstante ello, de alguna u otra manera, se aceptó, con matices, el ejercicio de este control. Esto ha derivado en que el funcionario registrador ponga bajo su análisis la legalidad formal y sustancial del acto, especialmente en todo lo que podría ser concerniente al interés público comprometido, incluso para instar la disolución o liquidación de sociedades (véanse fallos “Macosa SA”³ y “Fracchia Raymond SRL”⁴).

El ejercicio de esta atribución muchas veces ha llevado a grandes excesos y, por sobre todas las cosas, a provocar que el sistema no marche a la misma velocidad del tráfico comercial y de los negocios. En efecto, se han producido duras críticas cuestionando las demoras que ocasiona la inscripción de una sociedad. El ejercicio de un control *material* ha llevado a la intromisión del funcionario registrador en ámbitos estrictamente privados y que atentan contra la armonía y dinámica de los negocios.

1. HALPERIN, Isaac, “Registro público de comercio y el control de legalidad”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, t. 59, 1950, p. 715.

2. *Ibidem*.

3. CNCom., Sala C, 21/5/1979, “Macosa SA y otras” (*La Ley*, t. 1979-C, p. 289).

4. CNCom., Sala E, 3/5/2005, “Fracchia Raymond SRL” (*La Ley*, 8/2/2006, t. 2006-A; *La Ley*, 4/7/2005, t. 2005-D; *La Ley*, 22/9/2005 t., 2005-E; *Jurisprudencia Argentina*, t. 2005-III; *El Derecho*, t. 212; cita online AR/JUR/415/2005). [N. del E.: ver [aquí](#); fuente: [iProfesional](#); y [aquí](#) {incluye dictamen el fiscal de Cámara}; fuente: [SAI](#)]; última consulta: 15/10/2019; ver la Resolución IGJ 1270/2004, que motivó las actuaciones, [aquí](#); fuente: [Revista Electrónica de Derecho Comercial](#); última consulta: 15/10/2019].

2. Nuevos planteos a partir de la modificación a la Ley de Sociedades por la Ley 26994

Hasta aquí se ha hecho mención de las causas que llevaron a producir los cambios que en la actualidad evidenciamos respecto al control de legalidad. Estos son las modificaciones producidas, en primer lugar, por la [Ley 26994](#) y su acentuación con la [Ley 27349](#).

Las modificaciones introducidas por la Ley 26994 derivaron en una innovación radical en este sentido, eliminando el texto del artículo 6 de la Ley 19550, el cual disponía la obligación del juez de “comprobar el cumplimiento los requisitos legales y fiscales”. La alteración en cuestión podría llevar a pensar la limitación de las funciones del registrador, “arrebátandole” la potestad/deber que de alguna manera se le había reconocido de comprobar el cumplimiento de los requisitos legales del acto sometido a inscripción, circunscribiendo su función, ahora, a una mera registración. Si así lo fuere, la función de registración de las sociedades quedaría equiparada a otras inscripciones que el registrador realiza limitándose a verificar solo la observancia de los requisitos formales.

La mayor parte de la doctrina ha criticado duramente la eliminación de este control del texto de la ley, lo cual ha llevado a que se dividiera la opinión en cuanto a la subsistencia de este control, pese a lo acontecido. Entre los autores que han sostenido la eliminación de este control se ha apuntalado que

... esta supresión es de trascendencia, pues bien se puede hoy afirmar que han quedado suprimidas las facultades del Registro (ex de comercio) de realizar el control de legalidad de la documentación que se presente para la inscripción.⁵

Vítolo ha afirmado que

Lamentablemente el legislador de la ley 26994 no ha expresado los motivos ni los fundamentos que lo llevaron a eliminar la exigencia del control de legalidad [...] era un importante filtro para minimizar las nulidades societarias constitutivas o modificatorias...⁶

Por otro lado, son muchos los autores, y numerosas las razones, que sostienen que la situación actual no implica la eliminación del control de legalidad del registrador. Veamos.

El control de legalidad registral está íntimamente vinculado con el principio de legalidad, axioma presente en todo registro, y este, vinculado a una serie de responsabilidades que la autoridad registral asume sobre los asientos que obran en los archivos del registro a su cargo.

Se trata en suma de una facultad-deber que se proyecta en el control de la legalidad del documento o acto cuya inscripción se ruega. No sería posible cumplir los objetivos del Registro Público, como instrumento legal de publicidad, y con los efectos hacia terceros que depositan su confianza en la legalidad de dichos asientos, sin ese control previo de legalidad.⁷

5. SOLARI COSTA, Osvaldo.

6. VÍTOLO, Daniel R, *Manual de sociedades. Desarrollo de la materia conforme a la nueva Ley General de Sociedades N° 19550 modificada por la ley N° 26994*, Buenos Aires, Estudio, 2016, p. 91.

7. RAGAZZI, Guillermo E., “El registro público”, en Curá, J. M. (dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, t. 1, Buenos Aires, La Ley, 2016 (2ª ed.), pp. 861-921.

En este mismo orden de ideas, es sabido que la noción de control de legalidad es inherente a la función registral y que hace a su esencia. No puede haber registro sin un mínimo control sobre la información que se incorpora al mismo.

... el control de legalidad no desaparece con la entrada en vigencia de la ley 26994 [...] la potestad regulatoria del control de legalidad será de carácter local, en cada jurisdicción podrá haber distintos criterios al respecto, desde el actual criterio fijado por la Inspección General de Justicia de la Nación en ejercer un control de legalidad formal y material, hasta la eliminación del ejercicio de dicho control en donde el Registro cumple únicamente la función de publicidad.⁸

Los artículos 6, 123 y 167 de la LGS disponen que la inscripción de una sociedad, pese a la ausencia de efectos saneatorios de este tipo de registros, tiene como consecuencia la constitución regular de la sociedad. Por otro lado, también existe el artículo 7 de la Ley 22315, que determina la competencia de la IGJ para conformar el acto constitutivo de las sociedades por acciones.

Ciertamente, las Resoluciones Generales IGJ 7/2015 y 9/2015, más allá de lo establecido por el legislador en la Ley 26994, han establecido que se someterá a un control de legalidad formal y sustancial a los documentos, instrumentos y actos que se sometan a su consideración a los fines inscriptorios.

3. Nuevo paradigma societario: la creación de la sociedad por acciones simplificada

Si el debate era ya intenso una vez sancionada la Ley 26994, y entendiendo válidas las razones de una u otra postura, mayores consideraciones habrá que realizarse de lo pensado a partir de la sanción de la Ley 27349. Esta ley crea un nuevo tipo societario, la sociedad por acciones simplificadas (en adelante, "SAS"), que viene a causar un profundo cambio en el sistema. Sin lugar a dudas, significa un verdadero

... fenómeno disruptivo que impacta sobre la sociedad en general y la empresa, y también sobre la generación de empleo y el futuro, planteando nuevas formas de concebir la creación de empresas, cómo ser competitivos en el mundo y entender el mercado e incluso los principios que los rigen.⁹

En lo que respecta al control de legalidad particularmente, el artículo 38 reza:

La documentación correspondiente deberá presentarse ante el registro público, quien previo cumplimiento de los requisitos formales y de las normas reglamentarias de aplicación, procederá a su inscripción. La inscripción será realizada dentro del plazo de veinticuatro (24) horas contado desde el día hábil siguiente al de la presentación de la documentación

8. DE LEÓN, Darío H., "El control de legalidad en el nuevo registro público", en AA.VV., *XIII Congreso Argentino de Derecho Societario y IX Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa*, t. 1, 2016, pp. 601 y 606. [N. del E.: ver [aquí](#); fuente: [repositorio institucional UADE](#); última consulta: 15/10/2019].

9. RAGAZZI, Guillermo E., "La sociedad por acciones simplificada (breves notas sobre sus antecedentes y régimen legal)", en *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, Buenos Aires, AbeledoPerrot, N° 285, julio-agosto 2017, p. 758.

pertinente, siempre que el solicitante utilice el modelo tipo de instrumento constitutivo aprobado por el registro público.

En esta nueva normativa, el legislador expresa de una forma más literal e inequívoca la eliminación del control de legalidad material o sustancial. Son precisas sus palabras en cuanto a “previo cumplimiento de los requisitos formales y de las normas reglamentarias de aplicación, procederá a su inscripción”. En efecto, si los actos y documentos cumplen con las formas, se inscriben sin más.

Balbín tiene dicho que

El art. 36 LACE –Ley de Apoyo al Capital Emprendedor– elimina el control de legalidad del Registro Público respecto de las S.A.S., limitando sus funciones a la verificación previa del cumplimiento de requisitos formales y de normas reglamentarias de aplicación (DNU 27/2018, art. 19).¹⁰

La reflexión que deriva de lo expuesto no puede dejar de señalar que las modificaciones obedecieron, evidentemente, a un intento de purgar el daño que ha producido el actuar del sistema de registración. Se ha afectado gravemente el ritmo del tráfico comercial con las graves dilaciones temporales en inscribir sociedades, y, otras veces, ha implicado una intromisión sobre la esfera privada y la autonomía de la voluntad.

La búsqueda de soluciones más pragmáticas ha derivado en la utilización de medidas drásticas, por llamarlas de algún modo. Con esto me refiero a que se intenta suplir la ineficiencia de los registros a través de la aprobación de estatutos modelos o formularios uniformes, donde el registro pasa a convertirse en el “buzón” del cual se habló anteriormente.

Es sabido que esto podría generar problemas con el paso del tiempo, principalmente debido a que los textos del contrato constitutivo no pueden ser iguales para cualquier emprendimiento. Además, el uso del estatuto modelo implica la verdadera eliminación del control de legalidad, ya que únicamente el registro se limitará al control del cumplimiento de los requisitos formales. Habiéndose reemplazado, de esta forma, un control sustancial, por la imposición de un estatuto modelo, que de alguna manera importaría un control previo, ya que la sociedad quedaría “encorsetada” a un conjunto de cláusulas consideradas ajustadas a la ley. Si bien son grandes las críticas, errores e ineficiencias que derivaron en esta reacción legislativa, no tiene que dejar de señalarse que, una vez más, el sistema está direccionándose de un extremo al otro. En efecto, pasamos de encontrarnos bajo un riguroso control formal y, especialmente, sustancial de los actos a prácticamente sustraer las funciones de control de los registros societarios.

4. Conclusión

Por las razones ya vertidas, se considera que no se ha eliminado la potestad y deber de ejercer un control sustancial, análisis que siempre será necesario ya que, de no existir, no

10. BALBÍN, Sebastián, (comentario al art. 38 de la Ley 27349), en *Ley general de sociedades. Revisada, ordenada y comentada. Ley 19550 y normas complementarias. Sociedad por acciones simplificada. Ley 27349 y normas complementarias*, Buenos Aires, Cathedra Juridica, 2019.

sería de ninguna utilidad la publicidad de documentos o actos que no hayan gozado de un control previo. En efecto, estas limitaciones al funcionario registral significarían un perjuicio a los terceros, quienes confían en el funcionamiento y los actos y documentos inscriptos en todo registro.

5. Bibliografía

- BALBÍN, Sebastián, (comentario al art. 38 de la Ley 27349), en *Ley general de sociedades. Revisada, ordenada y comentada. Ley 19550 y normas complementarias. Sociedad por acciones simplificada. Ley 27349 y normas complementarias*, Buenos Aires, Cathedra Juridica, 2019.
- DE LEÓN, Darío H., “El control de legalidad en el nuevo registro público”, en AA.VV., *XIII Congreso Argentino de Derecho Societario y IX Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa*, t. 1, 2016.
- HALPERIN, Isaac, “Registro público de comercio y el control de legalidad”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, t. 59, 1950.
- RAGAZZI, Guillermo E., “El registro público”, en Curá, J. M. (dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, t. 1, Buenos Aires, La Ley, 2016 (2ª ed.).
- “La sociedad por acciones simplificada (breves notas sobre sus antecedentes y régimen legal)”, en *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, Buenos Aires, AbeledoPerrot, N° 285, julio-agosto 2017.
- SOLARI COSTA, Osvaldo, ob. cit.
- VÍTOLO, Daniel R, *Manual de sociedades. Desarrollo de la materia conforme a la nueva Ley General de Sociedades N° 19550 modificada por la ley N° 26994*, Buenos Aires, Estudio, 2016.

Algunos problemas que suscita el decreto sobre extinción de dominio

Claudio M. Kiper

RESUMEN

A través del Decreto de Necesidad y Urgencia N° 62/2019, se creó un nuevo modo de extinción de los derechos reales, a través de una acción que tramitará en el fuero Civil y Comercial Federal. La finalidad es sancionar la corrupción y la comisión de ciertos delitos, desapoderando al presunto delincuente de los bienes. La aplicación de este nuevo régimen puede crear algunos problemas de interpretación, ya que puede afectar garantías constitucionales.

PALABRAS CLAVE

Derechos reales; extinción; nueva causal; decreto de necesidad y urgencia; Constitución Nacional; principio de inocencia; decomiso; subasta; terceros de buena fe.

Fechas de recepción y aceptación

7/8/2019 - 3/10/2019

Sumario: 1. Decreto de Necesidad y Urgencia 62/2019. 2. Régimen del Decreto 62/2019. 3. El principio de inocencia. Objeciones constitucionales. 4. Naturaleza de la acción. 5. No hay prejudicialidad. 6. La prescripción. 7. Situación de los derechos reales. 8. Protección del adquirente a título oneroso y de buena fe. 8.1. La buena fe. 8.2. Sucesión universal. 8.3. Título gratuito. 9. El anteproyecto de Código Procesal Civil y Comercial. 10. Delito de decomiso en el anteproyecto de Código Penal. 11. Reflexiones finales. 12. Bibliografía.

1. Decreto de Necesidad y Urgencia 62/2019

Como es sabido, a principios de 2019, el Poder Ejecutivo Nacional sancionó el [Decreto de Necesidad y Urgencia N° 62](#), por medio del cual regula una acción civil de extinción del dominio. En rigor, no solo se trata de la extinción del dominio sino de otros derechos reales y personales mal habidos por la presunta comisión de delitos. Debí darse otro nombre a este decreto.

En los considerandos, se alude especialmente a la corrupción, el narcotráfico, la trata de personas y otros delitos “graves”. Sin duda, tal propósito solo puede ser elogiado, ya que los argentinos estamos muy afectados por la desgraciada sospecha de actos de corrupción, que minan la confianza en las instituciones. El Decreto no solo apunta a funcionarios públicos sino también a cualquiera que resulte comprendido en sus alcances.

Se menciona en los considerandos:

Que la República Argentina, mediante la Ley N° 25.632, aprobó la Convención Internacional contra la Delincuencia Organizada Transnacional, donde los Estados Parte acuerdan mecanismos de cooperación y herramientas para el recupero de los bienes y otros beneficios derivados del producto del delito.

Que la Convención Interamericana contra el Terrorismo aprobada por la Ley N° 26.023, establece que cada Estado Parte adoptará las medidas necesarias para identificar, congelar, embargar y, en su caso, proceder al decomiso de los fondos u otros bienes que constituyan el producto de la comisión o tengan como propósito financiar o hayan facilitado o financiado la comisión de cualquiera de los delitos vinculados al terrorismo.

Que la República Argentina, mediante la Ley N° 26.097, aprobó la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, instrumento en el que los Estados Parte manifiestan su preocupación por los problemas y amenazas que plantea la corrupción para la estabilidad y seguridad de las sociedades, socavando los valores de la democracia.

Que la Convención Interamericana contra la Corrupción, aprobada por la Ley N° 24.759, establece que de acuerdo con las legislaciones nacionales aplicables y los tratados pertinentes u otros acuerdos que puedan estar en vigencia entre ellos, los Estados Partes se prestarán mutuamente la más amplia asistencia posible en la identificación, el rastreo, la inmovilización, la confiscación y el decomiso de bienes obtenidos o derivados de la comisión de los delitos tipificados de conformidad con la citada Convención, de los bienes utilizados en dicha comisión o del producto de dichos bienes.

Nada que objetar en este aspecto.

2. Régimen del Decreto 62/2019

A continuación haré una síntesis del régimen procesal básico que prevé el [Decreto](#).

1. Se crea una nueva forma de extinción de derechos por medio de una acción civil (art. 1 del anexo). Se modifica el artículo 1907 del [Código Civil y Comercial](#) (en adelante, “CCCN”), agregando otro modo de extinción de los derechos reales, que es la “sentencia judicial que así lo disponga en un proceso de extinción de dominio” (art. 1).¹
2. Le corresponde a la Justicia Federal con competencia en lo civil y comercial del domicilio del demandado o la de donde se encuentren ubicados sus bienes, a elección de la parte actora.
3. Se crea una Procuraduría de Extinción de Dominio a favor del Estado Nacional, dependiente de la Procuración General de la Nación.
4. A requerimiento del Ministerio Público Fiscal, el juez competente “deberá levantar” el secreto fiscal, bancario, bursátil o el establecido en los artículos 22 de la [Ley 25246](#) y sus modificatorias y 87 de la [Ley 27260](#) (primer párrafo).

1. El art. 3 del [DNU](#) modifica la [Ley 24522 de Concursos y Quiebras](#), añadiendo como inc. 4 de su art. 21 un nuevo supuesto de exclusión del fuero de atracción del concurso: “los procesos de extinción de dominio”, el que se suma al catálogo de los ya existentes (procesos de expropiación, los fundados en relaciones de familia, ejecuciones de garantías reales, procesos de conocimiento en trámite, juicios laborales y procesos en los que el concursado sea parte de un litisconsorcio pasivo necesario).

5. Se puede “demandar a cualquier persona, humana o jurídica, que ostente la tenencia, posesión, titularidad o cualquier otro derecho sobre un bien objeto de la acción de extinción de dominio, **se encuentre o no imputada en la investigación penal**”.²
6. Estarán sujetos al presente régimen aquellos bienes incorporados al patrimonio del demandado con posterioridad a la fecha de presunta comisión del delito investigado que, por no corresponder razonablemente a los ingresos de su tenedor, poseedor o titular, o representar un incremento patrimonial injustificado, permitan considerar que provienen directa o indirectamente de uno de los delitos enunciados.³
7. Cuando la Procuraduría de Extinción de Dominio a favor del Estado Nacional tenga elementos que permitan considerar que un bien proviene directa o indirectamente de alguno de los delitos enumerados en el artículo 6º, podrá requerirle al fiscal interviniente que solicite el dictado de las medidas cautelares que estime necesarias para asegurarlo a los fines de la acción de extinción de dominio y que aún no se hubieran decretado.⁴

Dictada la medida, luego puede iniciarse la acción. La norma exige que los bienes en cuestión se hallen debidamente inmovilizados con medidas cautelares ya dictadas por un juez penal. El juez podrá, a pedido del Ministerio Público Fiscal y con intervención de la autoridad a cargo de la administración de los bienes, ordenar la venta anticipada de los bienes sujetos a medidas cautelares cuando presenten riesgo de perecer, deteriorarse, desvalorizarse o cuando su conservación genere erogaciones excesivas para el erario público o cuando el afectado preste su consentimiento. Previamente a resolver, el juez deberá escuchar a quienes invoquen derechos reales o personales sobre aquellos bienes. De no presentarse los interesados, procederá sin más a la venta anticipada, y el producido con sus intereses pasarán a conformar el objeto del proceso de extinción de dominio.
8. Solo será admisible, como excepción de previo y especial pronunciamiento (art. 346 del [Código Procesal Civil y Comercial de la Nación](#) [en adelante, “CPCCN”]), la acreditación de que el bien o derecho objeto de la demanda se incorporó al patrimonio con anterioridad a la fecha de presunta comisión del delito investigado, cuando esa circunstancia fuere manifiesta, sin perjuicio, en caso de no concurrir esta última circunstancia, de que el juez la considere en la sentencia definitiva.
9. La parte demandada tiene la carga probatoria de demostrar que el o los bienes y derechos objeto de la acción de extinción de dominio, se incorporaron a su patrimonio con anterioridad a la fecha de presunta comisión del delito investigado o el origen lícito de los fondos con los que los hubiera adquirido.⁵
10. *Sentencia de extinción de dominio* [...] la sentencia de extinción de dominio deberá contener:

2. El destacado me pertenece.

3. Art. 5 del anexo.

4. Art. 7 del anexo.

5. Art. 10 del anexo.

- a) Los fundamentos específicos que llevaron al juzgador a formarse la convicción de que bienes o derechos de propiedad del o los demandados y/o de los terceros citados fueron incorporados sin una causa lícita a su patrimonio [...]
 - c) La declaración de extinción de dominio del bien o de los bienes identificados conforme al inciso b) sin contraprestación ni compensación alguna a favor del o de los demandados, así como de sus frutos y productos, en caso de resultar aplicable;
 - d) Los efectos respecto de los derechos existentes sobre los bienes afectados;
 - e) En caso de que se determine un incremento patrimonial que no pueda desvincularse de un patrimonio constituido en forma previa a los hechos investigados, o que el bien o el derecho haya sido transferido a favor de un tercero de buena fe y a título oneroso, deberá determinar su valor en dinero para su ejecución;
 - f) Las medidas de ejecución de la sentencia [...] así como el plazo para la subasta de los bienes de conformidad con lo establecido en el último párrafo del artículo 13 [...]
 - g) En caso de tratarse de bienes inmuebles y bienes muebles registrables, la notificación a los registros respectivos del cambio de titularidad de los bienes afectados por la sentencia;
 - h) El pronunciamiento sobre las costas, la regulación de honorarios y la compensación prevista en el artículo 18 del presente régimen, en caso de corresponder.⁶
11. La sentencia firme hará cosa juzgada respecto de los bienes o derechos involucrados, con independencia del resultado de cualquier otra acción judicial. La sentencia firme de sobreseimiento o absolución dictada en sede penal, fundada en la inexistencia del hecho investigado o en que dicho hecho no encuadra en una figura legal, obligará al Estado Nacional a restituir el bien o derecho a su anterior poseedor o titular, o, de resultar imposible, entregarle un valor equivalente en dinero. A tal fin, se crea un fondo de garantía.
 12. La sentencia que haga lugar a la acción de extinción de dominio deberá ordenar la subasta de los bienes y, una vez deducidos los gastos incurridos para su localización y secuestro, administración y mantenimiento y demás costos procesales, su producido ingresará –en principio– a rentas generales de la Nación.
 13. La acción de extinción de dominio prescribe a los veinte años. El plazo comienza a computarse desde la fecha de ingreso al patrimonio de los titulares o poseedores del bien o de los bienes objeto de la presente acción. Cuando no pudiera determinarse, deberá computarse desde la fecha de presunta comisión del delito investigado en sede penal.
 14. Ningún acto jurídico realizado sobre los bienes objeto de la demanda es oponible a la acción de extinción de dominio prevista en el presente régimen, con excepción de los realizados a favor de terceros de buena fe y a título oneroso. En este último caso, se debe determinar su valor en dinero para su ejecución.

3. El principio de inocencia. Objeciones constitucionales

Se ha observado que este régimen viola un principio constitucional básico como es el principio de inocencia, previsto en el artículo 18 de la [Constitución Nacional](#) (en ade-

6. Art. 11 del anexo.

lante, “CN”). Ocurre que la acción se puede llevar adelante por la mera “sospecha” del origen ilícito de los fondos utilizados para adquirir bienes, aun cuando no exista una condena firme en sede penal. Primero se dicta la medida cautelar, luego la sentencia de extinción, haya o no condena penal. Peor aún, es factible promover esta acción contra una persona que no se encuentre siquiera imputada en la investigación penal (art. 4). A esto se suma la inversión de la carga probatoria prevista en el artículo 10.

Una defensa posible es acreditar que los bienes fueron adquiridos antes de la supuesta comisión del delito (art. 10). Ahora, si ni siquiera existe una imputación de un delito, es un tanto kafkiano producir este tipo de prueba.

Afirma Bianchi que la inversión de la carga probatoria afecta la garantía constitucional de defensa en juicio.⁷ También este autor entiende que se afecta lo previsto en el artículo 17 CN, ya que privar de su derecho a una persona con la sola sospecha puede ser reputado una confiscación, aun cuando haya sido decidido por un tribunal con audiencia del demandado. El único atenuante que prevé el Decreto es que si la persona resulta absuelta o sobreseída por sentencia firme, el bien se debe restituir o, de no ser posible, cabe una compensación económica. Pero lo cierto es que la extinción operó respecto de quien era inocente y no dejó de serlo.

También se ha objetado que este asunto se regule por un decreto de necesidad y urgencia. El Poder Ejecutivo Nacional, de acuerdo con el artículo 99 CN, “no podrá en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo”; y, en cuanto a los decretos de necesidad y urgencia está habilitado para hacerlo “solamente cuando circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes”, cosa que no se ve tan clara en esta materia.

El Ejecutivo aduce que el Congreso incurrió en demora y también que entró en receso, pero esas son razones dudosas para que legisle desconociendo el principio de división de los poderes del Estado.⁸ Además, el Poder Ejecutivo no puede dictar decretos de esa índole en “materia penal” (art. 99.3, CN). Para soslayar el obstáculo, se le ha dado una apariencia solo civil y no se menciona la reforma que introduce al artículo 23 del **Código Penal**. Como que no se podrían aplicar simultáneamente este y las reglas del Decreto, siendo que el primero (el decomiso) es una decisión inherente a la condena que, obviamente, debe pronunciar el juez penal, y el segundo (la extinción de dominio) será la consecuencia de una sentencia que dictará el juez civil, aunque no haya fallo penal. Aparte, sería absurdo pensar en un decomiso doblemente ordenado.⁹

7. BIANCHI, Alberto, “Notas al régimen de la acción civil de extinción del dominio”, en *Revista del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires*, Buenos Aires, Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires, t. 79, N° 1, julio 2019, p. 49. [N. del E.: ver [aquí](#); fuente: CACBA; última consulta: 16/10/2019].

8. TERRAGNI, Marco A., “Extinción de dominio o decomiso sin condena penal”, en *Anales de Legislación Argentina*, Buenos Aires, La Ley, t. 2019-3, (también en *Revista Código Civil y Comercial*, Buenos Aires, La Ley, julio 2019), cita online AR/DOC/259/2019. La materia sobre la que recae el DNU ya estaba siendo tratada por el Congreso de la Nación. Incluso, el proyecto de ley pertinente ya contaba con media sanción, aunque luego sufriría algunas tentativas de reforma, lo cual, sin duda, iba a demorar su tramitación y una eventual sanción. Ver CAPUYA, Solange J. y KAHL, Ángel, “El decreto de necesidad y urgencia con relación a la extinción de dominio y su óbice constitucional”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Buenos Aires, La Ley, N° 5, junio 2019.

9. TERRAGNI, Marco A., ob cit. (cfr. nota 4).

Se ha dicho que

La causa civil, en este caso, se halla “atada” a la penal. Es una continuación de aquella. Y aquí viene la pregunta entonces: ¿el DNU 62 refiere a materia penal? Para nosotros, si bien como dijimos hace un denodado esfuerzo por no parecerlo, desgraciadamente se relaciona con todo un bagaje de actuaciones penales que le sirven tanto de origen como de base. Y algo que se origina en otra cosa, y que se basa en ella, no puede ser considerado jamás como “ajeno” a ella.¹⁰

También se lo critica al Decreto porque asigna la competencia federal en la acción, aunque el delito antecedente deba ser juzgado por la justicia local, por ejemplo, defraudación en perjuicio del Estado por administración fraudulenta cometida por un funcionario provincial.

Asimismo, se lo impugna por no respetar el principio de la ley penal más benigna y obrar de manera retroactiva. La primera parte del artículo 18 CN establece que “ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa”.

4. Naturaleza de la acción

Se ha sostenido que su naturaleza es claramente penal, que no se trata de una acción civil, teniendo en cuenta precisamente los considerandos del Decreto y que se trata de la consecuencia de haber cometido delitos. Se agrega que la denominación obedece a la necesidad de burlar la prohibición constitucional de legislar por decreto en materia penal.¹¹

En mi opinión, puede verse aquí una acción civil. No se está tipificando un delito, sino solamente previendo las consecuencias para quien lo cometió. Así, por ejemplo, si alguien comete un homicidio, luego puede ser demandado civilmente por la indemnización del daño, incluso si fue absuelto. Se trata de responsabilidades diferentes. Además, nada obsta que el propio Estado promueva acciones civiles.

Explica Salerno que, si se trata de un ilícito penal, es suficiente que medie una condena firme respecto de su autor con motivo de haberlo cometido, dado que los hechos y actos jurídicos que hubiere realizado, vinculados a la corrupción, carecen de efecto, son nulos para el derecho privado, de nulidad absoluta e imprescriptibles (art. 387 CCCN). Sería absurdo y escandaloso que el sujeto condenado pudiese invocar ser titular del dominio de un bien, ejercer su posesión o tenencia, cuando carece de potestad jurídica alguna dado el vicio de nulidad que lo infecta.¹²

Claro que un decomiso, aun cuando intervenga un juez (esto lo exige el art. 17 CN), debe respetar los demás principios establecidos en la Constitución Nacional.

10. PAZ, Roberto, “La extinción de dominio: el DNU 62/2019. Cuando lo teleológico/axiológico se enfrenta con la realidad jurídica”, en *Revista Código Civil y Comercial*, Buenos Aires, La Ley, julio 2019, cita online AR/DOC/1032/2019.

11. BOICO, Roberto J. y VÁZQUEZ, Gabriela A., “Extinción de dominio: el DNU 62/2019”, en *Revista Código Civil y Comercial*, Buenos Aires, La Ley, julio 2019, cita online AR/DOC/1752/2019.

12. SALERNO, Marcelo U., “Extinción del dominio mediante decisión judicial: el decomiso penal en los delitos de corrupción”, en *Revista Código Civil y Comercial*, Buenos Aires, La Ley, julio 2019, cita online AR/DOC/1471/2019.

5. No hay prejudicialidad

La prejudicialidad es la regla, según lo establece el artículo 1775 CCCN: “si la acción penal precede a la acción civil, o es intentada durante su curso, el dictado de la sentencia definitiva debe suspenderse en el proceso civil hasta la conclusión del proceso penal”. Sin embargo, el artículo 17 del anexo I del DNU dispone que la prejudicialidad no se puede alegar para detener el dictado de la sentencia en el proceso de extinción de dominio.

Esto es peligroso. La regla es entender que este proceso especial debe depender de lo que se resuelva en sede penal. Pero lo cierto es que aquí se permite el dictado de la sentencia de extinción aun cuando el proceso penal no haya culminado. A todo evento, se podrá indemnizar al aquí demandado. Tanto la extinción de dominio como el decomiso de bienes sin condena penal invierten los principios básicos del derecho penal, consagrando así un proceso que, independientemente de sus loables fines, comienza por el final.¹³

6. La prescripción

El artículo 16 del anexo del Decreto establece lo siguiente:

Prescripción. La acción de extinción de dominio prescribe a los VEINTE (20) años. El plazo comienza a computarse desde la fecha de ingreso al patrimonio de los titulares o poseedores del bien o de los bienes objeto de la presente acción. Cuando no pudiera determinarse, deberá computarse desde la fecha de presunta comisión del delito investigado en sede penal.

Aunque pudiera generarse alguna confusión, se trata de una prescripción liberatoria. Sin embargo, fijó un plazo hartamente extenso, solo previsto en el CCCN para la prescripción adquisitiva larga (art. 1899). Es curioso que, mientras el nuevo Código fija plazos menores y hasta ha reducido algunos previstos en el Código de Vélez, aquí se fije un plazo larguísimo. Salvo supuestos especiales como las acciones civiles derivadas de delitos de lesa humanidad (imprescriptibles) o las agresiones sexuales a incapaces (diez años), el plazo genérico es de cinco años (art. 2560). Pero, cuando se trata de nulidad de actos jurídicos o de la inoponibilidad por fraude, el plazo es sensiblemente menor: dos años (art. 2562).

A su vez, si se pensara en el dominio revocable, que está sujeto a extinguirse por el cumplimiento de una condición resolutoria, el Código limita la situación a diez años (art. 1965), para evitar la incertidumbre. Similar plazo se prevé para las donaciones inoficiosas y la acción de reducción (art. 2459). Por ende, no hay armonía entre este plazo tan extenso y el resto de las normas del Código, se trate de prescripción o caducidad.

Sin perjuicio de ello, debo advertir que la Ley Modelo de Naciones Unidas se presenta como partidaria de la imprescriptibilidad (art. 4).¹⁴ Una suerte de equiparación a

13. LÓPEZ TESTA, Benjamín y MAGGIO, Facundo, “Decomiso y extinción de dominio”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, suplemento especial “Comentarios al Proyecto de Código Penal”, junio 2019, cita online AR/DOC/2044/2019.

14. La Ley Modelo sobre Extinción de Dominio es una iniciativa del Programa de Asistencia Legal en América Latina y el Caribe (LAPLAC) que da continuidad a una larga tradición de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC). [N. del E.: ver [aquí](#); fuente: UNODC; última consulta: 16/10/2019].

las acciones de “lesa humanidad” contra la propiedad y adquisición de bienes obtenidos con dinero mal habido, procedente de cualquiera de las variedades de crimen organizado. Es que la corrupción debe ceder, y, en ese contexto, cuanto menos pueda operar el paso del tiempo a favor del delincuente, mejor. ¡Para pensar!

Otra duda que surge es qué ocurriría si prescribió la acción penal. Pareciera que el régimen de extinción puede seguir adelante, pero esto generará serias impugnaciones.

También me llama la atención el momento en el que se dispone que comience el curso de la prescripción. La regla general es que, cuando se trata de la prescripción liberatoria, el plazo comienza su curso cuando la acción está expedita. Dice el artículo 2554 CCCN que, en principio, “comienza el día en que la prestación es exigible”. Sin embargo, en este régimen especial hay una regla: “El plazo comienza a computarse desde la fecha de ingreso al patrimonio de los titulares o poseedores” (anexo I, art. 16). Parece una alternativa propia de la usucapión, no de la prescripción liberatoria. En efecto, para la prescripción adquisitiva larga o breve, es fundamental la fecha de inicio de la posesión (arts. 1900, 2459, entre otros), la que se presume *–iuris tantum–* desde la fecha del título, cuando lo hay (art. 1903).

Según el Decreto, en subsidio, el plazo corre desde “la fecha de presunta comisión del delito investigado en sede penal”. Tampoco se ajusta a la prescripción liberatoria. Por otro lado, se ha visto que puede haber acción civil sin investigación penal. Es interesante pensar qué ocurriría si la investigación penal dura más de veinte años, como a veces sucede.

Por último, hay que recordar que, según el artículo 10 del anexo,

La parte demandada tiene la carga probatoria de demostrar que el o los bienes y derechos objeto de la acción de extinción de dominio, se incorporaron a su patrimonio con anterioridad a la fecha de presunta comisión del delito investigado o el origen lícito de los fondos con los que los hubiera adquirido.

De tal forma, si el demandado prueba que la adquisición fue anterior a la fecha del delito presunto, es indiferente el plazo; no necesitará de veinte años para extinguir la acción del Estado.

7. Situación de los derechos reales

Este régimen no es un modo de extinción solamente del dominio –como su nombre indicaría– sino también de los derechos reales y de cualquier otro derecho de contenido patrimonial. Esta situación se aclara en el artículo 5 del anexo I:

Bienes incluidos. Estarán sujetos al presente régimen aquellos bienes incorporados al patrimonio del demandado con posterioridad a la fecha de presunta comisión del delito investigado que, por no corresponder razonablemente a los ingresos de su tenedor, poseedor o titular, o representar un incremento patrimonial injustificado, permitan considerar que provienen directa o indirectamente de uno de los delitos enunciados en el artículo siguiente. Quedarán abarcados:

a. Todo bien susceptible de valoración económica, mueble o inmueble, tangible o intangible, registrable o no, los documentos o instrumentos jurídicos que acrediten la propiedad

- u otros derechos sobre los bienes mencionados, o cualquier otro activo susceptible de apreciación pecuniaria;
- b. La transformación o conversión parcial o total, física o jurídica, de los bienes previstos en el inciso anterior;
- c. Los ingresos, rentas, frutos, ganancias y otros beneficios derivados de los bienes previstos en cualquiera de los incisos anteriores.

En lo que respecta a los derechos reales, además del dominio, cabe incluir condominio, propiedad horizontal, superficie, conjuntos inmobiliarios, tiempo compartido, cementerio privado, usufructo, etc. Cabe aclarar que, cuando se trate de derechos reales sobre cosa ajena (*v.gr.*, usufructo), podría ocurrir que caiga el dominio pero que haya que respetar el derecho de un tercero de buena fe y a título oneroso (usuario, acreedor hipotecario, etc.). Claro que poco valdrá en el mercado un inmueble gravado con usufructo u otro derecho real. O puede suceder al revés: que el sospechado de haber cometido el delito sea el usufructuario, con lo que se extinguiría su derecho real, pero subsistiría el dominio en cabeza del entonces nudo propietario.

El respeto a los derechos reales o personales de terceros es distinto al contemplado en la [Ley de Expropiación](#), pues en caso de privación de la propiedad, con indemnización previa y justa, se extinguen los arrendamientos o los derechos reales sobre el inmueble que se expropia (art. 26 Ley 21499). Esos derechos de terceros “se considerarán transferidos de la cosa a su precio o a la indemnización, quedando aquélla libre de todo gravamen” (art. 28 Ley 21499).

Habrá que examinar con cuidado casos particulares. En este sentido, se ha sostenido que, de extinguirse por este sistema el usufructo,

... el adquirente en subasta de ese derecho real de usufructo debe tener presente que no adquiere un derecho mejor que el que tenía el sujeto desapoderado, que deberá otorgar garantía suficiente al nudo propietario (art. 2144), que su derecho no tendrá una duración superior a la fijada en el acto constitutivo del usufructo y que su derecho se extinguirá si fallece el presunto delincuente (arts. 2152 y 2153, Cód. Civ. y Com.).¹⁵

Es que, según el artículo 13 del anexo I del DNU 62/2019:

La sentencia que haga lugar a la acción de extinción de dominio deberá ordenar la subasta de los bienes y, una vez deducidos los gastos incurridos para su localización y secuestro, administración y mantenimiento y demás costos procesales, su producido ingresará a rentas generales de la Nación salvo cuando exista una asignación específica establecida en las leyes mencionadas en el artículo 6° del presente.

Además, según el artículo 2144 CCCN, el usufructo es susceptible de ejecución. Este procedimiento es replicable en otros derechos reales, como superficie o servidumbre. También el Estado puede ir sobre los frutos (art. 5, inc. c, anexo I, DNU 62/2019). En cambio, esta solución no es factible para el derecho de habitación (art. 2160 CCCN). Cabe inferir que si el titular del derecho de habitación lo adquirió en virtud de uno de los delitos previstos en el Decreto 62/2019, su derecho se extinguiría de manera definitiva, sin subasta ni dinero a favor del Estado. Tampoco sería aplicable a una servidumbre, ya que este derecho real no puede ser separado de la titularidad del inmueble.

15. Boico, Roberto J. y VÁZQUEZ, Gabriela A., ob cit. (cfr. nota 7).

Si se trata de derechos reales de garantía, por regla, la subasta solo los extingue

... si el acreedor hipotecario, prendario o anticresista han sido citados al juicio, porque sus derechos se trasladan al precio (arts. 2194 y 2203, Cód. Civ. y Com.); no así los derechos personales, como los de adquirentes por boleto de compraventa; los de locatarios, que subsisten “durante el tiempo convenido, aunque la cosa locada sea enajenada” (art. 1189, inc. b, Cód. Civ. y Com.), al igual que los contratos de aparcería y de arrendamiento rural (arts. 27 y 41, Ley 13246), o los derechos del tomador en el contrato de *leasing* (arts. 1227 y ss., Cód. Civ. y Com.).¹⁶

Desde otro enfoque, podría ocurrir que el sospechado de haber cometido un ilícito penal sea el titular del derecho real de garantía (*v.gr.*, acreedor hipotecario); así, por ejemplo, quien obtuvo dinero por actos de corrupción y decide prestarlo con garantía hipotecaria. Si se considera extinguida la hipoteca (junto al crédito al que accede), se beneficiaría el deudor del crédito, que no tendría acreedor. La solución más lógica es interpretar que se subasta el derecho creditorio junto con la garantía, o que el titular de la obligación pasa a ser el Estado Nacional, a quien el deudor debería satisfacer.

Si se remata un inmueble que soporta o se beneficia con una servidumbre, el adquirente en la subasta se encontrará en la misma situación que el anterior titular, esto es, será dueño de un fundo dominante o de uno sirviente, según el caso.

Surge la duda en torno al derecho de sepultura, si el titular –sospechado de haber cometido un delito– ha inhumado restos de familiares.¹⁷

8. Protección del adquirente a título oneroso y de buena fe

El Decreto prevé (anexo I, art. 4) que se puede

... demandar a cualquier persona, humana o jurídica, que ostente la tenencia, posesión, titularidad o cualquier otro derecho sobre un bien objeto de la acción de extinción de dominio, se encuentre o no imputada en la investigación penal.

Para salvar escollos constitucionales, puede interpretarse que cuando alude a personas no imputadas en sede penal, está aludiendo a terceros subadquirentes, ya que, en principio, estos no cometieron un delito. Digo en principio, pues no se puede descartar la existencia de cómplices.

Si se declara que una persona ha adquirido un bien presumiblemente con fondos ilícitos, la extinción del dominio no puede afectar a terceros “de buena fe y a título oneroso” (anexo I, art. 11, inc. e), es decir, a quienes han adquirido la propiedad de un bien de quien ha llegado de ser propietario valiéndose del producido de alguno de los delitos fijados en el artículo 6° del anexo I. Se trata de la protección de la seguridad dinámica de las transacciones.

Si bien, por regla, nadie puede transmitir un derecho mejor o más extenso que el que tiene (art. 399 CCCN), el Código admite excepciones. Así, cuando se trata de actos

16. Ídem.

17. Según BOICO y VÁZQUEZ (ob cit. [cfr. nota 7]), “las mismas razones morales que colocan a este tipo de bienes fuera de la garantía común de los acreedores (arts. 744, inc. c, y 2110), justifican su exclusión del ámbito objetivo previsto por el art. 5°, Anexo I”.

nullos, quedan a salvo los derechos de subadquirentes de buena fe y a título oneroso (arts. 392 y muchos otros).

8.1. La buena fe

Dispone el artículo 1918 CCCN que es de buena fe el poseedor “cuando por un error de hecho esencial y excusable está persuadido de su legitimidad”. Esto significa que el poseedor o el tenedor están convencidos de que adquirieron el derecho real o el derecho personal de conformidad a las disposiciones del Código (o de otra ley), aunque en verdad no sea así. Para que haya buena fe, tal error de hecho debe ser esencial y excusable (art. 267), no debe provenir de una negligencia culpable (art. 266). Cuando se trata de un error de derecho, la buena fe no es posible (art. 8).

Habrà buena fe cuando el adquirente crea –actuando con diligencia– que quien le transfiere el derecho real o personal es el titular del derecho transmitido y que no sufre restricciones y prohibiciones que le impidan enajenar (legitimación y capacidad), sin perjuicio de la irregularidad del acto. De tal forma, al tener que ser excusable el error del sujeto, no basta con su “ignorancia”. Es necesario que su creencia se encuentre fundada, que sea razonable; y a ello solo se llega si actuó sin negligencia.

Según el artículo 1919 CCCN, “la relación de poder se presume de buena fe, a menos que exista prueba en contrario”. Además, en el Código, la buena fe es un principio en lo que respecta al ejercicio de los derechos (art. 9). No obstante, hay excepciones en las que se presume la mala fe, como, por ejemplo, cuando el título adolece de nulidad manifiesta (art. 1919, segundo párrafo, inc. a). Y, en lo que aquí interesa, se presume la mala fe cuando “se adquiere de persona que habitualmente no hace tradición de esa clase de cosas y carece de medios para adquirirlas” (art. 1919, segundo párrafo, inc. b). ¿Esto podría ser aplicado cuando alguien adquiera de un corrupto, o de un narcotraficante? Creo que habrá que examinar con cuidado las circunstancias del caso.

Serán de buena fe aquellos terceros que, obrando con cuidado y previsión, siendo diligentes y agotando los medios que la ley pone a su disposición para obrar seguros, actúen en consecuencia. Serán de mala fe todos los terceros que hubieran conocido o debido conocer la realidad de la constitución, transmisión, modificación, declaración o extinción de un derecho real.

La doctrina coincide en que el tercero debe verificar las constancias registrales (si se trata de cosas registrables) y, además, el examen de la documentación, así como los actos de verificación establecidos en el régimen especial (arts. 1902 y cc. CCCN). En lo que aquí interesa, el tercero será de buena fe si ignoraba, actuando con una diligencia razonable, que el transmitente del derecho lo adquirió luego de haber cometido uno de los delitos previstos en el Decreto 62/2019.

No obstante, no se me escapa que esto puede generar inseguridad jurídica. Así, por ejemplo, una persona decide adquirir un inmueble, obtiene el informe del Registro de la Propiedad y realiza el pertinente estudio de títulos, del que no surge ninguna irregularidad. Ahora, si el vendedor está sujeto a una denuncia penal o no goza de buena reputación, pueden generarse inconvenientes. Muchas veces, el comprador no conoce al vendedor antes de la escritura, o lo conoce pero ignora su situación personal. Pienso que

habrá que reputarlo de buena fe. En todo caso, la parte actora deberá acreditar la mala fe del tercero (*v.gr.*, que es un cómplice, testaferro, etc.).

También deben ser respetados los derechos de terceros que hayan obtenido medidas cautelares. Parece contradecir esto el artículo 19 del anexo I del DNU: “la acción de extinción de dominio procede aún en los casos en que los bienes se encuentren cautelados o vinculados de cualquier modo a otro proceso”. La acción procede, pero los derechos de terceros de buena fe y a título oneroso deben respetarse, por lo que cabe entender que se trasladarán al precio obtenido en la subasta.

Si el tercero adquirió a título gratuito, ningún derecho podrá alegar frente al Estado. Estará expuesto a lo que resulte de este proceso especial, salvo que se cumpla el plazo de prescripción liberatoria de veinte años.

8.2. Sucesión universal

En caso de muerte del sospechado y expuesto a la acción de extinción de su derecho, sus herederos ocuparán su lugar y estarán en su misma posición. La protección que se brinda a los terceros no los alcanza.

8.3. Título gratuito

Obviamente, no hay motivo para proteger a los terceros que, aun de buena fe, hubiesen adquirido a título gratuito. Solo podrán alegar, en su caso, la prescripción adquisitiva larga de veinte años para inmuebles (art. 1899 CCCN) o de dos años para cosas muebles (art. 1898 CCCN).¹⁸

9. El anteproyecto de Código Procesal Civil y Comercial

En el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación se ha elaborado el anteproyecto de nuevo Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Uno de sus fines es el de instalar la oralidad efectiva en los procesos de conocimiento.

En los artículos 511 a 524, se reproducen sustancialmente las normas del Decreto 62/2019.¹⁹ En rigor, muchas de sus disposiciones regulan materia de fondo, lo que excede a un código procesal; así, por ejemplo, las consecuencias de la prueba, la protección a terceros de buena fe y a título oneroso, entre otras.

Una de las novedades se encuentra en el artículo 516, según el cual

La acción de extinción de dominio tramitará de conformidad con las reglas del procedimiento previsto para el proceso ordinario por audiencias. Será un procedimiento autónomo e independiente, no pudiendo acumularse a ninguna pretensión.²⁰

18. Si hay mala fe, también se requieren veinte años para las cosas muebles.

19. [N. del E.: ver [aquí](#), pp. 182-188; fuente: [Senado](#); última consulta: 16/10/2019].

20. [N. del E.: ídem, p. 187].

10. Delito de decomiso en el anteproyecto del Código Penal

El 25 de marzo de 2019, se envió al Senado de la Nación por parte del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación el proyecto del Código Penal. Allí el decomiso se encuentra previsto en los artículos 23 y 24.²¹

El proyecto establece que, a través de la sentencia, el juez decidirá en los casos en que recayese condena -sean delitos dolosos o culposos-, aunque no se encuentre firme, como así también aunque la persona imputada no haya sido condenada porque el imputado falleció y no se lo pudo enjuiciar, por fuga, prescripción o cualquier otro motivo de suspensión o extinción de la acción penal, o no se hubiese condenado por mediar causal de inimputabilidad, inculpabilidad o excusa absolutoria, o si el imputado hubiese reconocido la procedencia o el uso ilícito del dinero, cosas, bienes o cualquier clase de activo (ver incs. 1 y 5 del art. 23).

El artículo 24 plantea que el Estado puede actuar obteniendo la devolución los bienes, sin necesidad de esperar la condena judicial. Si no hay condena firme, el decomiso no debería aplicarse en ninguna circunstancia; ya que implica el estado de sospecha que puede ser revertido -ya sea condena que termine en absolución o viceversa-. Asimismo, se prevé que el decomiso no corresponde cuando los bienes pertenecen al damnificado o a un tercero ajeno al hecho. Mantiene el decomiso a terceros si estos se hubiesen beneficiado a título gratuito y agrega el beneficio de “mala fe”.

Ordena y agrega delitos en los cuales se procede al decomiso de aquellos bienes vinculados a los delitos tipificados en los arts. 125 a 128, 140, 142, 145 y 170, en los que la víctima fue privada de su libertad u objeto de explotación, pudiendo el decomiso designarlo a favor del Estado Nacional o local y no exclusivamente al programa de asistencia a las víctimas -como prevé el actual articulado-.

11. Reflexiones finales

Sin duda, el fin es loable. Es auspicioso que se persiga una herramienta “legal” fundamental en la lucha contra la corrupción, el narcotráfico, el crimen organizado, la trata de personas y los delitos contra la administración pública, ya que nadie puede alegar el derecho de propiedad sobre un bien mal habido. Sin embargo, no puedo decir que el fin justifica los medios. El Decreto 62/2019 tiene muchos puntos débiles, lo que lo puede transformar en un arma de doble filo, pues si es impugnado por la doctrina y la jurisprudencia, se habrá desbaratado el propósito buscado. Se terminará favoreciendo a los corruptos.

Se puede pensar que, dictada la condena firme, podría resultar ilusoria cualquier posibilidad de recuperar esos fondos después de un largo proceso, lo que justificaría que el Estado cuente con medios rápidos que eviten la larga espera de llegar a las sentencias condenatorias finales para poder desapoderar a quienes se hallen usufructuando bienes mal habidos. Sin embargo, creo que con la obtención de medidas cautelares, previstas

21. [N. del E.: ver [aquí](#), pp. 10-13; fuente: [Senado](#); última consulta: 16/10/2019].

justamente cuando hay peligro en la demora, podrían resguardarse los bienes sin necesidad de un desapoderamiento anticipado.

El Estado tiene la obligación de adoptar medidas y dictar leyes para evitar que, a partir de la comisión de los delitos indicados, se obtengan ganancias ilícitas. Por ello, es deseable que el Congreso, luego de un debate racional y despojado de ideologías, sancione una ley adecuada que, además, subsane algunas deficiencias advertidas en el Decreto de necesidad y urgencia.

En los últimos años se ha manifestado un intenso reclamo social contra la corrupción y la impunidad, exigiendo el impulso de nuevas regulaciones de mayor impacto en la lucha anticorrupción. Cabe esperar una buena ley que, además, dote de herramientas ágiles a los magistrados, quienes no siempre cuentan con todos los elementos para impulsar estas investigaciones.

12. Bibliografía

- BIANCHI, Alberto, "Notas al régimen de la acción civil de extinción del dominio", en *Revista del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires*, Buenos Aires, Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires, t. 79, N° 1, julio 2019.
- BOICO, Roberto J. y VÁZQUEZ, Gabriela A., "Extinción de dominio: el DNU 62/2019", en *Revista Código Civil y Comercial*, Buenos Aires, La Ley, julio 2019, cita online AR/DOC/1752/2019.
- CAPUYA, Solange J. y KAHL, Ángel, "El decreto de necesidad y urgencia con relación a la extinción de dominio y su óbice constitucional", en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Buenos Aires, La Ley, N° 5, junio 2019.
- LÓPEZ TESTA, Benjamín y MAGGIO, Facundo, "Decomiso y extinción de dominio", en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, suplemento especial "Comentarios al Proyecto de Código Penal", junio 2019, cita online AR/DOC/2044/2019.
- PAZ, Roberto, "La extinción de dominio: el DNU 62/2019. Cuando lo teleológico/axiológico se enfrenta con la realidad jurídica", en *Revista Código Civil y Comercial*, Buenos Aires, La Ley, julio 2019, cita online AR/DOC/1032/2019.
- SALERNO, Marcelo U., "Extinción del dominio mediante decisión judicial: el decomiso penal en los delitos de corrupción", en *Revista Código Civil y Comercial*, Buenos Aires, La Ley, julio 2019, cita online AR/DOC/1471/2019.
- TERRAGNI, Marco A., "Extinción de dominio o decomiso sin condena penal", en *Anales de Legislación Argentina*, Buenos Aires, La Ley, t. 2019-3, (también en *Revista Código Civil y Comercial*, Buenos Aires, La Ley, julio 2019), cita online AR/DOC/259/2019.

Teoría de la invalidez

De la teoría de la confrontación a la ampliación del aspecto positivo de la invalidez y de la ineficacia*

Augusto P. Mariño Galasso

Karina V. Salierno

RESUMEN

El presente trabajo replantea la teoría de la nulidad, remarcando su función preventiva a través de la identificación en nuestro ordenamiento jurídico, luego de la reforma del 2015, de los mecanismos de garantía del tráfico jurídico, de la circulación de la riqueza en la sociedad y de la paz social. Destaca la convalidación de los derechos reales a través de la prescripción adquisitiva, como herramienta para equilibrar el sistema de adquisición cuando se encuentra desestructurado por una causal de nulidad. Asimismo, destaca los valores negociales, la autonomía privada, la buena fe contractual y el principio de la conservación del negocio, como bases fundamentales del sistema general de adquisición de derechos reales.

PALABRAS CLAVE

Acto jurídico; causa; nulidad; ineficacia; clasificación de las nulidades; la función preventiva de la nulidad; seguridad dinámica; mecanismos de garantía; principio de autonomía de la voluntad; principio de conservación del negocio jurídico; teoría de la apariencia; principio de buena fe; principio de razonabilidad; juicio de ponderación; función preventiva de la responsabilidad civil; convalidación de los derechos reales; prescripción adquisitiva breve; prescripción adquisitiva larga; la conversión del acto nulo; estudio de títulos; tercer adquirente de buena fe y a título oneroso; adquisición legal del derecho real.

Fechas de recepción y aceptación

21/7/2019 - 21/7/2019

Sumario: 1. Introducción. 1.1. El sistema jurídico argentino. 1.2. El acto válido. 2. Ineficacia de los actos jurídicos. 2.1. Ineficacia. 3. Categorías establecidas en el Código Civil y Comercial. 3.1. Nulidad. 3.2. Naturaleza jurídica de la nulidad. 3.3. Clasificación de las nulidades: absolutas y relativas. 3.4. Nulidades absolutas. 3.5. Nulidades relativas. 3.6. Consecuencias jurídicas. 3.7. Modos de invocar las nulidades: cambio paradigmático, exclusión de las nulidades manifiestas. 4. La función preventiva de la nulidad. 4.1. Mecanismos que aseguran el tráfico jurídico basados en la seguridad dinámica. 4.2. Aplicaciones prácticas

* Edición revisada y adaptada del trabajo presentado en la XXXIII (San Carlos de Bariloche, 2018), galardonado con el Segundo Premio.

normativas. 5. Efectos de la nulidad. 6. Las adquisiciones a “non domino”: una exclusión justa. 7. Conclusiones. 8. Bibliografía.

1. Introducción

1.1. El sistema jurídico argentino

El ordenamiento jurídico constituye un sistema de normas que regulan la conducta humana y, como toda norma, tiene que tener un presupuesto de hecho o *fattispecie* –así denominado en la doctrina italiana– y una consecuencia o efectos de derecho. La doctrina italiana veía al ordenamiento jurídico como un organismo, apoyándose en visiones *jusnaturalistas*; de allí expresiones tales como “saneamiento” de los actos jurídicos.

Sin embargo, creemos que el correcto encuadre es ver al ordenamiento jurídico como un sistema lógico de normas, desde una posición más objetiva o *juspositivista*. Para que todo sistema funcione, es necesario que esté en equilibrio para que no se produzca caos y sus consecuencias sean imprevisibles. Para lograr ello, es necesario recordarlo a Kelsen y tener presente que el sistema se mantendrá en equilibrio mientras exista correlato entre el presupuesto de hecho y las consecuencias jurídicas.

El artículo 2 del [Código Civil y Comercial de la Nación](#) (en adelante, “CCCN”) nos da la idea de sistema cuando manda a interpretar la ley “de modo coherente con todo el ordenamiento”, entendiendo el ordenamiento como un orden de normas, leyes análogas, disposiciones que surgen de tratados sobre derechos humanos, principios y valores jurídicos, que configuran al sistema jurídico.

El sistema jurídico civil está integrado principalmente por las normas del CCCN,¹ y la importancia social radica en que constituye un sistema de normas que garantizan la circulación de la riqueza en la sociedad y contribuye a la paz social a través de la seguridad jurídica (preventiva o judicial), evitando la justicia por mano propia. Dentro del sistema jurídico civil, enfocaremos el presente trabajo en los actos voluntarios lícitos y sus efectos o no efectos (eficacia) producto del cumplimiento/incumplimiento de la *fattispecie*, y su consecuencia lógica.

1.2. El acto válido

Previamente al análisis de la ineficacia del acto jurídico en sus diversas especies, debemos partir del concepto del mismo a través de un esquema normativo. Es decir, tal como dijimos antes, para que exista un acto jurídico y la ley lo repute tal, deberá cumplimentar los presupuestos de hecho (*fattispecie*) de la norma para que la misma le asigne sus consecuencias.

Constituyen actos jurídicos los actos voluntarios **lícitos** que tienen por **fin inmediato** la **adquisición, modificación o extinción** de relaciones o situaciones jurídicas (art. 259 CCCN). Para que exista un acto jurídico lícito –y la norma le otorgue validez–, deberá tener la presencia de los siguientes **elementos estructurales** (principio estructural):

1. Art. 1 CCCN.

- 1) **Sujetos**, que tengan capacidad de derecho –la capacidad de ejercicio constituye un requisito de validez–, los que podrán ser personas humanas (arts. 19 y 22 CCCN) o personas jurídicas (arts. 141 y ss. CCCN).
- 2) **Objeto**: El objeto del acto jurídico no debe ser un hecho imposible o prohibido por la ley, contrario a la moral, a las buenas costumbres, al orden público o lesivo de derechos ajenos o a la dignidad humana. Tampoco puede ser un bien que por un motivo especial se haya prohibido que lo sea (art. 279 CCCN).
- 3) **Causa fin**: El CCCN ha incorporado la causa fin a los actos jurídicos, antes debatida normativamente. La misma se entiende como la finalidad que han tenido las partes al momento de expresar su voluntad, la que ha sido determinante para el negocio jurídico. También integran la causa fin los motivos exteriorizados (lícitos) que se hayan previsto e incorporados al acto en forma expresa o si tales motivos resultan esenciales a ambas partes. (Si bien está normativamente legislado en los arts. 281 y ss., veremos plasmado este principio en otros, como el 384 [principio de conversión subjetivo del acto] y el 1090 [frustración de la causa fin]).
- 4) **Forma**: Cuando la forma es exigida por la ley como requisito de validez, el acto no existe como tal; por ejemplo, la donación de inmuebles, cosas muebles registrables y la de prestaciones periódicas o vitalicias entre personas humanas o jurídicas (no así las donaciones al Estado), que debe hacerse por escritura pública (art. 1552 CCCN), la hipoteca (art. 2208 CCCN).

Como resultado de la presencia de estos elementos estructurales (*fattispecie*), tendremos en principio la consecuencia de tener la existencia de un acto válido jurídicamente, ya que estos elementos constituyen el **principio estructural del acto**.

Además de la existencia de los elementos estructurales, para que el acto sea válido, debe ser otorgado con **voluntariedad** (art. 260 CCCN). El acto voluntario es aquel que es ejecutado con discernimiento, es decir, con capacidad de ejercicio (arts. 23 y ss. CCCN), con intención –en caso de que la misma no exista, podremos estar ante actos realizados con el vicio del error o del dolo (arts. 265-271 CCCN)– y con libertad –en caso de que la misma sea afectada, estaremos ante la violencia como vicio de la voluntad (arts. 276 y ss.)–. Estos requisitos constituyen el **principio de validez del acto**.

En suma, cuando se cumplan de los principios estructurales y de validez requeridos por el ordenamiento, estaremos ante un **acto válido jurídicamente**, y, como consecuencia de ello, se producirá la **adquisición, modificación o extinción de relaciones o situaciones jurídicas**. Si esto así no ocurre, estaremos ante un acto inválido.

2. Ineficacia de los actos jurídicos

Como novedad metodológica, el CCCCN incluye expresamente los conceptos de nulidad e inoponibilidad como especies del género ineficacia. Luego, simplifica el sistema de las nulidades, eliminando la categoría de actos nulos y anulables, conforme fuere propiciado por el Proyecto de 1998.² Esto constituye un nuevo paradigma del sistema.

2. ALEGRIA, Héctor y otros (comisión Decreto PEN 685/1995), *Proyecto de Código Civil Unificado con el Código de Comercio*, Buenos Aires, 1998. [N. del E.: ver [aquí](#); fuente: campus virtual de la [Universidad de Salamanca](#); última consulta: 21/10/2019].

Independientemente de su regulación en el capítulo 9, que contempla únicamente dos categorías de ineficacias, la introducción del término en este lugar nos fuerza a interpretar la teoría conforme a la dinámica que establece el título preliminar, con lo cual, luego de un análisis completo de la normativa de fondo, entendemos que este capítulo debe ser complementado con otras normas, que conjuntamente establecen la teoría de la ineficacia del acto, conforme lo explicaremos.

El otorgamiento de un acto jurídico tiene como fin la producción de determinados efectos (adquirir, modificar o extinguir relaciones o situaciones jurídicas). Esa producción de efectos esperados es lo que llamamos eficacia del acto. Para que el acto logre cumplir con los efectos señalados, previamente deberá configurarse como tal, como lo apuntamos más arriba, por lo cual deberán existir en él los elementos estructurales del acto (elementos esenciales: sujeto, objeto, causa y forma). La presencia de los elementos estructurales da como conclusión un acto perfecto,³ y no deberán existir vicios que los afecten (principio de validez), lo que da nacimiento a la teoría de la invalidez.⁴

La existencia de vicios enquistados en alguno de los elementos del acto jurídico determina su nulidad o invalidez. La nulidad es una categoría de ineficacia originaria o congénita, ya que el acto nace con un vicio (puede ser estructural o de la voluntad), y la no producción de efectos derivará en definitiva en ese vicio que provocará la nulidad del acto. Pero también hay actos que, naciendo válidos, devienen ineficaces. Esta ineficacia sobreviviente puede ser oponible a todos o solo respecto de determinadas personas y puede ser provocada por varios factores.

La doctrina no siempre distinguió las categorías de ineficacia e invalidez. Se le atribuye a Windscheid la paternidad de la distinción, quien destacó que un negocio puede ser ineficaz sin que un defecto paralice su potencia.

Es importante destacar la supresión de la categoría de los actos nulos, ya que todos los actos hoy serían anulables, atento a que no existe más la categoría de las nulidades manifiestas, lo que constituye un verdadero cambio paradigmático del sistema. Al abordar la categoría de las nulidades relativas, el nuevo ordenamiento recoge la tendencia doctrinaria que propiciaba abrir la posibilidad a la contraparte del sujeto protegido para invocar la invalidez del negocio, si ha sido de buena fe y experimentado un perjuicio importante. Asimismo, se recepta la figura del “negocio indirecto” y los principios de “integración” y “separabilidad” en los supuestos de nulidades parciales. Con respecto a este último aspecto, es destacable la apertura de la normativa en cuanto a dejar librada al prudente criterio judicial la interpretación de tales conceptos, a la luz de lo que ha de surgir de los casos concretos objeto de juzgamiento.

2.1. Ineficacia

La mayoría de la doctrina considera que la categoría de ineficacia constituye el género, y la nulidad y la inoponibilidad forman parte de dos especies dentro de aquella. En tal sentido, la ineficacia en general impide la producción de los efectos del acto jurídi-

3. NIETO BLANC, Ernesto E., *Nulidad en los actos jurídicos. Estudios complementarios*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2005 (2ª ed. act. y amp.), p. 35.

4. *Ibidem*.

co, pero esta no producción de efectos puede derivar de causas congénitas o de causas sobrevinientes.

Nieto Blanc⁵ critica establecer como género a la ineficacia y considera importante mantener separada la ineficacia de la invalidez (o nulidad) del acto, ya que en la invalidez existe un defecto en la estructura del acto, mientras que la ineficacia supone la validez del acto, sin existir vicios estructurales, no emergiendo los efectos que le son propios por una razón extrínseca. Y así distingue tres tipos básicos de ineficacia:

- 1) **Ineficacia simple o en sentido estricto:** Esta modalidad se verifica en supuestos en los cuales el acto jurídico es plenamente válido pero no produce sus efectos propios a causa de un impedimento extrínseco, es decir, ajeno a su estructura. Puede, posteriormente, tornarse eficaz o convertir en definitiva su ineficacia de origen. Por ejemplo: el nuevo ordenamiento, al tratar el tema de las donaciones por razón del matrimonio, dispone “las donaciones hechas en las convenciones matrimoniales [...] sólo tienen efecto si el matrimonio se celebra” (art. 451). Asimismo, expresa “las donaciones hechas por terceros a uno de los novios, o a ambos, o por uno solo de los novios al otro, en consideración al matrimonio futuro, llevan implícita la condición de que se celebre matrimonio válido” (art. 452).

Como podemos advertir, en las hipótesis descriptas, el acto jurídico (contrato de donación o convención matrimonial) es válido, pero sus efectos recién advendrán a partir del momento en que el matrimonio se celebre y a condición de que el mismo no resulte anulado con posterioridad. Otro ejemplo clásico de esta clase de ineficacia es el testamento, que como acto es válido pero no surte efectos hasta después de la muerte del testador, es decir nace como acto válido pero ineficaz.

- 2) **Ineficacia relativa (inoponibilidad):** Habitualmente, todo acto ineficaz lo es frente a todos (*erga omnes*). Sin embargo, en algunas circunstancias, la ley contempla la posibilidad de que un acto jurídico sea válido y eficaz para las partes pero carezca de eficacia respecto de ciertos terceros. Estos son los supuestos denominados de inoponibilidad, cuyos alcances analizaremos en los acápites desarrollados a continuación.
- 3) **Ineficacia eventual o sucesiva o potencial:** Esta especie de ineficacia se refiere a los casos en los cuales el acto jurídico es válido y eficaz pero, por circunstancias posteriores a su formación, es susceptible de perder eficacia (hipótesis de resolución, rescisión, revocación, entre otras). Ejemplos de esta clase de ineficacia podemos encontrarlos en el nuevo ordenamiento jurídico; así, el artículo 1076 se refiere a la rescisión bilateral; a su vez, el art. 1077 menciona el supuesto de extinción por declaración de una de las partes que puede expresarse a través de una rescisión unilateral, como así también a través de una revocación o resolución.

3. Categorías establecidas en el Código Civil y Comercial

El CCCN, a diferencia del Código Civil de Vélez, que no empleaba el término ineficacia como institución genérica, se ocupa de establecerla de ese modo, a partir del artículo 382,

5. Ídem, p. 160.

y, a su vez, la desglosa en sus dos vertientes: nulidad (invalidez) e inoponibilidad. Reza el artículo mencionado: “*Categorías de ineficacia*. Los actos jurídicos pueden ser ineficaces en razón de su nulidad o de su inoponibilidad respecto de determinadas personas”.

3.1. Nulidad

La nulidad o invalidez de un acto o negocio jurídico implica la privación de los efectos que le son propios (aquellos evaluados por las partes al momento de la concertación del acto), en virtud de defectos o vicios concomitantes a su formación. Es preciso aclarar que el concepto de nulidad únicamente es predicable respecto de un acto o negocio jurídico (descripto en los arts. 259 y 260 CCCN) y nunca puede ser atribuido a los hechos jurídicos (art. 257) ni a los simples actos lícitos (art. 258). Ello resulta así toda vez que solo cabe juzgar acerca de la validez o invalidez respecto de los actos que importan una manifestación de la autonomía de la voluntad que ha tenido por fin inmediato la adquisición, modificación o extinción de relaciones jurídicas.⁶

3.2. Naturaleza jurídica de la nulidad

Con referencia a la naturaleza jurídica de la nulidad, la doctrina y jurisprudencia mayoritarias en el ámbito local establecen que esa privación de efectos reviste el carácter de una sanción legal. Este es el criterio seguido, entre otros juristas, por Arauz Castex, Borda, Cifuentes y Llambías. El artículo 386 del nuevo ordenamiento parece seguir esta tendencia al predicar que “son de nulidad relativa los actos a los cuales la ley impone esta sanción”.

La postura minoritaria, que no considera la nulidad como una sanción, ha sido representada por Nieto Blanc.⁷ En sus profundas reflexiones, este autor parte de la multivocidad de la palabra *sanción* y, en tal sentido, distingue sus dos acepciones principales. En una de ellas, el vocablo hace referencia a todos aquellos medios de los cuales el ordenamiento legal se vale para que tengan vigencia sus preceptos. En un segundo significado, más apropiado desde una concepción técnico-jurídica, la sanción ha de ser entendida como la consecuencia dañosa atribuida por el derecho a la violación de una norma, como medio de restauración del orden jurídico turbado por la acción del sujeto infractor.⁸ Por lo tanto, desde esta última perspectiva, la sanción solo debe limitarse al plano de lo ilícito, sin llegar a incluir la invalidez.

Esta conclusión es explicada por el prestigioso jurista, analizando, a su vez, la paradoja que puede resultar de considerar la nulidad como una sanción pese a que nuestro ordenamiento civil permite la confirmación del acto jurídico que adolece de un vicio de la voluntad o impide invocar la nulidad en los supuestos de dolo recíproco. De igual modo, nótese lo que ocurre en los casos de error esencial y excusable: la acción para invocar haber padecido ese vicio compete a quien, precisamente, contravino la ley. Ello

6. CIFUENTES, Santos, *Negocio jurídico*, Buenos Aires, Astrea, 1994 (1ª reimp.), p.752.

7. NIETO BLANC, Ernesto E., ob. cit. (cfr. nota 3), p. 46.

8. Ídem, pp. 47 y ss.

nos lleva a concluir que la *ratio legis* de la nulidad debería buscarse más bien intentando analizar cuál es la finalidad del orden jurídico al instituirlo, y, en tal sentido, observamos que cuando la norma dispone los requisitos que deben cumplirse para el otorgamiento de un acto o negocio, lo hace con el objetivo de establecer condiciones para que los mismos nazcan a la vida jurídica y puedan cumplirse las consecuencias previstas por el orden legal. De este modo, la ley regula esas condiciones y quien no las cumple no por ello viola un precepto, sino que, simplemente, opta por no adecuar su conducta al mandato impuesto por la norma, y ello es lo que impide que el acto material llevado a cabo no sea válido para producir los efectos jurídicos.

Sencillamente, no se produjeron los efectos amparados por la norma, en virtud de que el ordenamiento jurídico es un sistema que está en equilibrio, y, si se produjeran efectos por fuera del cumplimiento del requisito, de hecho se pondría en jaque al sistema. La nulidad constituye el punto de equilibrio y, a la vez, los límites al sistema; más allá de la nulidad, no hay efectos jurídicos, y, si se produjo algún efecto, las partes deben restituirse para que entre ellas vuelva a existir el equilibrio.

Dentro de la teoría de la ineficacia, se reconoce la nulidad como la no coincidencia del acto con su modelo normativo. Y, dentro del sistema jurídico, se establece un modelo normativo de convalidación donde los mecanismos subsanatorios son establecidos por la norma de fondo a los efectos de restablecer el equilibrio del sistema jurídico, que tiende siempre a autorregularse. El sistema jurídico funciona a través de fórmulas legales que describen un modelo normativo. Cuando la tipicidad se verifica, el sistema reconoce las consecuencias jurídicas asignadas por la norma y por la voluntad de las partes; cuando no se verifica, el sistema se autorecompone a través de la nulidad o de los mecanismos de subsanación.

3.3. Clasificación de las nulidades: absolutas y relativas

El artículo 386 CCCN establece que “son de nulidad absoluta los actos que contravienen el orden público, la moral o las buenas costumbres. Son de nulidad relativa los actos a los cuales la ley impone esta sanción sólo en protección del interés de ciertas personas”. La noción de orden público ha sido empleada por la doctrina clásica con el objeto de considerar la presencia de ciertos principios, pautas o directrices trascendentales, superiores y metajurídicos que contribuyen a garantizar la paz y la seguridad social y que, en virtud de tratarse de valores eminentes, han sido receptados por el sistema jurídico para calificar ciertas normas como superiores e indisponibles en su aplicación. Una parte de la doctrina considera que en vez de utilizar este vocablo que es cambiante, podría utilizarse el de interés general, en contraposición a los intereses particulares.

Ahora bien, no siempre resulta sencillo determinar cuáles son estos principios. En razón de esta realidad, teorías más modernas han evolucionado en la conformación de tal concepto, precisando el contenido del orden público al trazar como norte que los intereses que dichos principios tutelan son los referidos a las necesidades del grupo social destinatario de la norma, analizado en su totalidad y en un tiempo histórico determinado. Consecuencia de esta evidente conclusión resulta que determinar el contenido concreto del orden público no es tarea que pueda llevarse a cabo *a priori*, estableciendo

un sistema completo, universal y perpetuo del mismo. Por el contrario, cada sociedad, de acuerdo a la época y los factores culturales, idiosincrásicos e ideológicos –entre otros tantos aspectos a ponderar–, habrá de calificar cuáles son aquellos intereses generales y superiores que la abarcan y, en virtud de ello, merecen ser tutelados con mayor esmero y de manera imperativa.

Es tal sentido, se ha señalado que los actos que afectan intereses que atañen al orden público son aquellos que lesionan un valor de carácter general o cuya prohibición se ha impuesto por razones de moral, buenas costumbres, de seguridad en el tráfico jurídico o el orden económico-social, como así también respecto de los actos otorgados por quienes revisten determinadas incapacidades de derecho que afectan al interés social.⁹ En definitiva, se trata de proteger al interés comunitario en todo aquello que concierne a sus valores esenciales.

3.4. Nulidades absolutas. Consecuencias jurídicas

El artículo 387 CCCN dispone:

La nulidad absoluta puede declararse por el juez, aun sin mediar petición de parte, si es manifiesta, en el momento de dictar sentencia. Puede alegarse por el Ministerio Público y por cualquier interesado, excepto por la parte que invoque la propia torpeza para lograr un provecho. No puede sanearse por la confirmación del acto y por la prescripción.

Esta redacción, similar a la del [código anterior](#), ha suprimido la palabra *debe*, que, con mayor énfasis en la redacción velezana, hizo que doctrina y jurisprudencia concluyeran que era un imperativo del magistrado declarar (de oficio) la invalidez. Lógicamente, si la nulidad no aparece manifiesta y, en razón de ello, es necesario llevar a cabo una investigación en el marco del proceso, recién cuando tal pesquisa arroje como resultado la contravención al orden público, la moral o las buenas costumbres, el juez deberá sentenciar la invalidez absoluta del negocio jurídico en cuestión.

La norma trae aparejada una contradicción lógica, ya que las nulidades manifiestas fueron suprimidas, y, conforme al artículo 383 CCCN, todas las nulidades deben sustanciarse. Por esta razón, el vocablo *manifiesta* introducido en este artículo debe interpretarse como que, a pesar de que no haya sido sustanciada ni petitionada la nulidad, si el juez da con ella, puede declararla. En este orden de ideas, la nulidad puede alegarse por el Ministerio Público y faculta también “a cualquier interesado” a demandar la invalidez y añade “excepto por la parte que invoque la propia torpeza para lograr un provecho”.

Como corolario de la importancia adjudicada a los intereses tutelados, la nulidad absoluta no es susceptible de ser saneada ni por la confirmación del acto ni por la prescripción de la acción para invocar la invalidez. Este criterio ha sido el consagrado por nuestro Máximo Tribunal al juzgar que

Lo que es inmoral, lo que es contrario al orden social, lo que se reputa inexistente por falta de formas substanciales, no puede subsanarse por el transcurso del tiempo. El acto será siempre inmoral, contrario al orden público o carente de las formas indispensables a su existencia, cualquiera sea el número de años que hayan pasado desde su celebración. El

9. COBAS, Manuel O. y ZAGO, Jorge A., *Derecho civil. Parte general*, Buenos Aires, Universidad, 2007, p. 473.

tiempo es impotente para transformar lo inmoral en moral, lo ilícito en lícito, lo informal en formal, y siempre el acto conservará el vicio original.¹⁰

3.5. Nulidades relativas

El artículo 388 CCCN establece:

La nulidad relativa solo puede declararse a instancia de las personas en cuyo beneficio se establece. Excepcionalmente puede invocarse por la otra parte, si es de buena fe y ha experimentado un perjuicio importante. Puede sanearse por a la confirmación del acto y por la prescripción de la acción. La parte que obró con ausencia de capacidad de ejercicio para el acto, no puede alegarla si obró con dolo.

En virtud de la teleología ínsita en las nulidades relativas (protección de los intereses particulares de los sujetos que padecen el vicio), la invalidez solo puede ser declarada si la parte que reviste esta calidad así lo solicita. No obstante, el CCCN añade en el artículo 388 que “excepcionalmente puede invocarla la otra parte, si es de buena fe y ha experimentado un perjuicio importante”.

Con referencia a esta excepción, en los fundamentos del proyecto de Código Civil y Comercial de 2012 se explica que esta es la solución consagrada en el artículo 1420 del Código Civil de Quebec.¹¹ Su razón de ser estriba en ponderar que puede suceder que la parte en cuyo interés se establece la nulidad no la articule y que, sin embargo, la subsistencia del acto acarree perjuicios significativos a la otra parte que ha obrado de buena fe. El ejemplo que refieren los fundamentos es el del contrato de locación de servicios celebrado con un enfermo mental no declarado, cuya situación impide dar cumplimiento a lo pactado.

Cabe aclarar que cuando el Ministerio Público de Menores e Incapaces actúa en representación de sus tutelados como representante promiscuo, puede requerir la nulidad del acto.

3.6. Consecuencias jurídicas

De los caracteres expuestos surgen las consecuencias que consagra la norma:

- la nulidad relativa no puede ser declarada de oficio sino solo a instancia de la parte (salvo la excepción establecida respecto de la parte que obró de buena fe y padeció un perjuicio importante);
- tampoco puede invocarla el Ministerio Público;
- se encuentra vedado para interponer la acción de nulidad el incapaz de hecho que obró con dolo;
- el acto viciado puede subsanarse a través de la confirmación;
- la acción de nulidad puede ser neutralizada mediante la excepción de prescripción.

10. CSJN, 24/11/1937, “Empresa Constructora F. H. Schmidt SA c/ Provincia de Mendoza s/ Cobro de pesos” (Fallos, 179:249 [N. del E.: ver [aquí](#); fuente: Secretaría de Jurisprudencia CSJN; ver también [aquí](#); fuente: SAJ; última consulta: 21/10/2019]).

11. [N. del E.: ver Código Civil de Quebec [aquí](#); fuente: [legislación oficial de Quebec](#); última consulta: 21/10/2019].

3.7. Modos de invocar las nulidades:

cambio paradigmático, exclusión de las nulidades manifiestas

Prescribe el artículo 383 CCCN: “*Articulación*. La nulidad puede argüirse por vía de acción u oponerse como excepción. En todos los casos debe sustanciarse”. Este artículo, similar al [artículo 1058 bis](#) (introducido por la reforma de la Ley 17711 en el código primigenio), consagra expresamente la posibilidad de demandar la nulidad incoando la acción como modo de atacar un acto jurídico viciado o alegándola como defensa al momento de evitar que el negocio impugnado surta sus efectos propios, invocando, entonces, la invalidez como una excepción que neutralice el cumplimiento de estos. El adagio latino “*cui damus actionem eli exceptionem multo magis cui discerunt*” (“a quien se da acción con mayor razón se le da excepción”) pronuncia un criterio de justicia en razón de que el demandado que opone la excepción de nulidad no hace más que defenderse, peticionando el rechazo de una demanda improcedente en la que el actor persigue que un acto jurídico inválido en esencia y que aún no ha sido ejecutado, no obstante, lleve a cabo sus efectos.

La norma en estudio aclara que en todos los supuestos deberá observarse el requisito de la sustanciación procesal, vale decir, conferir traslado a la contraparte. Cuando la nulidad se esgrime como excepción, deberá ser alegada al contestar la demanda como defensa de fondo y, según cierta doctrina, no necesariamente habrá de ser resuelta como de previo y especial pronunciamiento.¹² La mentada excepción no debería estar sujeta a un plazo de prescripción en los casos de nulidad relativa, en razón de que, si tal plazo existiera, el mismo podría operar como un obstáculo si, una vez prescripto el tiempo para interponer la acción de nulidad, la parte contra la que la acción podría haberse invocado pretendiera ejecutar el acto.

En lo concerniente a la legitimación pasiva, es dable apuntar que la acción de nulidad debe ser incoada contra todas las partes que han intervenido en el acto e incluso contra el escribano que ha otorgado la escritura pública atacada por falsedad.

La norma bajo análisis trae aparejado un nuevo paradigma, ya que dejan de existir las nulidades manifiestas y excluye también la clasificación de actos nulos y anulables, como consecuencia. Hoy todos los actos son válidos hasta tanto no sean atacados de nulidad; por ende, la validez de los actos está sujeta a la **condición resolutoria** de una sentencia judicial que declare la nulidad. Es decir, se mantendrá la validez del acto jurídico hasta que no sea atacada por acción de nulidad. La norma bajo análisis establece como pilar del sistema el principio de conservación de los actos (donde también lo vemos plasmado en los arts. 269, 294, 381 *in fine*, 389 *in fine*).

Y siguiendo el análisis coherente que nos impone el artículo 2 CCCN, el artículo 1965 pone un límite al dominio revocable, al establecer que las **condiciones resolutorias no pueden superar los diez años**. Si, en materia de dominio revocable, las condiciones resolutorias tienen un plazo máximo de validez de diez años, entendemos que, en materia del ejercicio de la acción de nulidad, debe aplicarse por analogía este artículo por tratarse de una condición resolutoria, salvo plazos de prescripción más breves establecidos por la ley.

12. CIFUENTES, Santos, ob. cit. (cfr. nota 6), p. 605.

Este cambio paradigmático trae importantes aplicaciones notariales, ya que, en materia de estudio de títulos, solo podremos advertir las posibilidades sobre la existencia de condiciones resolutorias y la viabilidad de que las mismas sean articuladas en virtud de existir posibles nulidades. El estudio de títulos constituye así una doble herramienta jurídica: en términos de prevención y saneamiento de posibles nulidades y como exclusión de responsabilidad civil hacia el notario mediante el consentimiento informado.

4. La función preventiva de la nulidad

Cuando un acto es nulo, por lo tanto inválido para cumplir los efectos propios del mismo, se ha perdido el tiempo empleado para realizarlo. Se ha evidenciado una pérdida económica, un daño, y, por ello, se entiende en la doctrina tradicional a la nulidad como sanción legal que priva de sus efectos propios a un acto jurídico, en virtud de una causa existente en el momento de la celebración.¹³

La interpretación del ordenamiento jurídico argentino luego de la reforma de 2015 nos lleva a una visión diferente de la nulidad no ya como castigo al acto celebrado, medida represiva que se aplica, sino como medida preventiva.¹⁴ Conforme a la naturaleza jurídica a la cual hemos adherido, consideramos la nulidad como una no producción de efectos, que genera el punto de equilibrio del sistema y que el maestro Nieto Blanc nos enseñara:

... la autonomía de la invalidez, donde se la ve actuar como “remedio jurídico” y como procedimiento técnico legal que tiende a salvar las imperfecciones o hacerlas jugar en medida limitada, resguardando intereses que el ordenamiento estima dignos de tutela.¹⁵

El derecho busca evitar la producción de los efectos patológicos, es decir, el devenir de la ineficacia negocial por la nulidad misma: “la nulidad es una solución costosa al problema del vicio y por ello no se adopta sino cuando el problema no admite una mejor solución”.¹⁶ A excepción de los casos en donde se evidencia el daño producido por causa de la nulidad, que justifican plenamente el efecto neutralizador de las consecuencias y la retroactividad con el consecuente renacimiento del acto, el derecho se encamina a reconocer los efectos producidos a lo largo del tiempo a través de vías o mecanismos de subsistencia.

Un contrato nulo tiene al menos una existencia aparente, al menos ha sido ejecutado o ha recibido un principio de ejecución. Se trata de saber si se puede hacer caer y de qué modo. Se trata de saber si puede salvarse por un acto ulterior.¹⁷

Es así como los jueces, hoy, a través del principio de conservación del acto y por efecto de la conversión establecida en el artículo 384 CCCN, antes de declarar la nulidad de

13. BORDA, Guillermo A., *Derecho civil. Parte general*, t. 2, Buenos Aires, Perrot, 1976, p. 225.

14. CARNELUTTI, Francesco, *Sistema de derecho procesal civil*, t. 3, Buenos Aires, UTEHA Argentina, 1944, p. 559.

15. NIETO BLANC, Ernesto E., ob. cit. (cfr. nota 3), p. 39.

16. CARNELUTTI, Francesco, ob. cit. (cfr. nota 14), p. 559.

17. PLANIOL, Marcel, *Traité élémentaire de droit civil*, t. 12, cap. 7, París, Librairie Générale de Droit & de Jurisprudence, 1909, p. 279.

un acto, tienen la manda legal de buscar su subsistencia, aun interpretando la voluntad hipotética de las partes para así mantener los efectos que hubieran podido producirse, configurando la nulidad la última *ratio* judicial.

Ya hemos dicho que el ordenamiento jurídico constituye un sistema (art. 2 CCCN) y como tal debe interpretarse coherentemente. Es así que, en materia de responsabilidad civil, se ha introducido también un cambio paradigmático al establecer la función preventiva (art. 1708 CCN) y el deber que tiene toda persona en cuanto de ella dependa de evitar causar un daño no justificado, de adoptar de buena fe y conforme a las circunstancias las medidas razonables para evitar que se produzca un daño o disminuir su magnitud o no agravar el daño si ya se produjo (art. 1710 incs. a), b) y c)), lo que tiene plena implicancia en materia de nulidades, ya que uno de los efectos de la nulidad es la posible acción de daños y perjuicios (art. 391 CCN). Este rol preventivo de la nulidad juega un papel disuasivo en la voluntad de las partes, las que no se vincularán por intermedio de un negocio jurídico cuya nulidad podría ser ulteriormente invocada.

Aquí también interviene el notario como hacedor de la justicia preventiva a través del asesoramiento y la configuración del negocio, que deberá escapar de las posibles configuraciones ineficaces. Este asesoramiento, que estará conjugado con el estudio de títulos que le dará al notario una visión global e histórica de las posibles patologías, y utilizará los mecanismos subsanatorios para neutralizar una futura ineficacia, es de vital importancia para la estructuración pacífica de los negocios y la garantía de la seguridad de las transacciones.

Como el acto nulo produce todos sus efectos jurídicos mientras su nulidad no sea judicialmente declarada por sentencia judicial ejecutoriada, esta situación ha permitido crear una apariencia jurídica firme contraria a la realidad –o situación jurídica inválidamente creada–, por lo cual su destrucción posterior puede traer graves consecuencias para todos los sujetos involucrados en esa cadena histórica de transmisiones. El concepto de invalidez se perfila con base en un acto acaecido en la realidad histórica que, confrontado con el supuesto de hecho de una o más normas, o con el ordenamiento jurídico en su totalidad, es insuficiente para alcanzar los presupuestos y elementos previstos por el ordenamiento jurídico para producir los efectos jurídicos contemplados. Es decir que, sin perjuicio de la existencia del acto, este no encuadra en los estándares básicos del ordenamiento legal. Cuando el acto histórico se enfrenta con una exigencia de interés general que afecta al objeto básicamente, este queda privado de sus efectos totalmente, pero cuando el interés es particular, el ordenamiento brinda mecanismos para salvar la imperfección y conservar el acto.

4.1. Mecanismos que aseguran el tráfico jurídico basados en la seguridad dinámica

Son aquellos que tienden a hacer posible el mantenimiento de la iniciativa negocial, aunque sea a través de la utilización de métodos distintos, y que dan fundamento a la teoría planteada.

4.1.1. Principios o bases sobre las cuales se asientan

El CCCN trae una serie de principios que sustentan nuestra tesis a saber:

- 1) **El principio de la autonomía privada:** La voluntad de las partes, además de ser la fuente inmediata de los efectos del negocio, es el factor propulsor del mismo. El artículo 281 reconoce la causa fin como el fin inmediato autorizado por el ordenamiento jurídico que ha sido determinante de la voluntad. Son los motivos exteriorizados, que han servido de vehículo y han sido esenciales y determinantes para otorgar el acto, en la medida en que así la contraparte lo haya aceptado. El principio de la autonomía de la voluntad integra el ordenamiento nacional e internacional a través de la constitucionalización del derecho privado. La sanción del CCCN reconoce como uno de sus pilares fundamentales el reconocimiento de este principio, que se ve maximizado en materia contractual (arts. 958, 961 y 962).
- 2) **Principio de conservación:** Derivado del principio de conservación del acto jurídico (“todo acto jurídico de significado ambiguo debe, en la duda, entenderse en su máximo significado útil”). El principio de conservación de los contratos o *favor contractus* es un canon hermenéutico que, enunciado legislativamente para la materia contractual, inspira todo el ordenamiento jurídico. Cuando exista duda sobre si el contrato en su conjunto o también alguna de sus cláusulas individuales deba surtir algún efecto o no producir ninguno, deberá entenderse en el sentido de que pueda producir algún efecto. Este principio se encontraba en las célebres frases de Juliano; fue recogido por el *Digesto* y representa un principio que avala asimismo la seguridad del tráfico negocial.
El *favor contractus* es un principio o regla interpretativa aceptada y aplicada no solo en los países de raíz greco-romana sino también en el sistema civil del *common law*, por lo que deviene en un principio jurídico universal y esencial, que resulta indispensable para generar seguridad jurídica en las transacciones, facilitar y mejorar el tráfico. Este principio se traduce asimismo en el **mantenimiento en vida del contrato plurilateral**.
- 3) **Teoría de la apariencia:** Se configuró desde hace muchos años a través de la introducción de normas basadas en el tráfico negocial y la buena fe. Se introdujo con la Ley 17711 en los artículos 1051 *in fine* y 3430 del Código Civil. Tuvo gran recepción en la jurisprudencia, que fue delineando sus aspectos más relevantes, y es aplicada en todos aquellos casos en donde se dirimen conflictos entre la seguridad estática y la dinámica. Hoy se encuentra consagrado en los artículos 367, 392, 883 inc. e) y 2325 CCCN.
- 4) **Protección de la seguridad dinámica** y de la confianza tanto de los agentes como de los terceros.
- 5) **Principio de buena fe:** Es reconocido en el artículo 9 del título preliminar como un principio general. Se expande a través de todo el ordenamiento tanto en su faz genérica, en materia de interpretación de la conducta de las partes y en la voluntad negocial, como en su faz específica, en materia de adquisición de derechos reales sobre inmuebles (art. 392 CCCN).

- 6) **Interpretación judicial. Razonabilidad:** Configura un verdadero cambio en el paradigma de interpretación de la norma. Consagrado en el artículo 2, establece la pirámide normativa que debe ponderar el juez en cada caso particular.
- 7) **Juicio de ponderación:** Marca la interpretación judicial cuando están en pugna normas o bienes de idéntico valor, a través del deber de resolver, mediante una decisión razonablemente fundada.
- 8) **Principio de la función preventiva de la responsabilidad civil** (arts. 1708 y 1710): La acción preventiva procede cuando una acción u omisión antijurídica hace previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento sin factor de atribución. El artículo 1710 establece que toda persona tiene el deber, en cuanto de ella dependa, de: a) evitar causar un daño no justificado; b) adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño o disminuir su magnitud; si tales medidas evitan o disminuyen la magnitud del daño del cual un tercero sería responsable, tiene derecho a que este le reembolse el valor de los gastos en que incurrió, conforme a las reglas del enriquecimiento sin causa; c) no agravar el daño si ya se produjo.
- 9) **Consentimiento informado** (art. 1720): El consentimiento libre e informado del damnificado, en la medida en que no constituya una cláusula abusiva, libera de la responsabilidad por los daños derivados de la lesión de bienes disponibles.

4.2. Aplicaciones prácticas normativas

- **Nuevos supuestos de convalidación** (art. 280):

El acto jurídico sujeto a plazo o condición suspensiva es válido, aunque el objeto haya sido inicialmente imposible, si deviene posible antes del acaecimiento del plazo o del cumplimiento de la condición.

- **Conversión formal** (art. 294):

Carece de validez el instrumento público que tenga enmiendas, agregados, borraduras, entrelíneas en partes esenciales, si no están salvadas antes de las firmas requeridas. El instrumento que no tenga la forma debida vale como instrumento privado si está firmado por las partes.

- **Nulidad instrumental taxativa** (art. 309):

Son nulas las escrituras que no tengan la designación del tiempo y lugar en que sean hechas, el nombre de los otorgantes, la firma del escribano y de las partes, la firma a ruego de una de ellas cuando no saben o no pueden escribir y la firma de los dos testigos del acto...

- **Convalidación en materia de derechos reales** (art. 1885): la transmisión o constitución de un derecho real que no se tiene y se adquiere posteriormente. La convalidación es un efecto legal que opera *ipso iure* al producirse la segunda adquisición válida y eficaz, que da validez, en consecuencia, a la primera. La convalidación es un modo de subsanación que no requiere la formalización de un acto jurídico en sí mismo, como ocurre con la confirmación, sino que solo requiere el relato de los hechos o actos que

dan nacimiento al efecto legal convalidante de la primera adquisición sin necesidad de declaración judicial alguna. Es el saneamiento automático de la ineficacia de un acto que adolecía de falta de legitimación del disponente mediante la adquisición posterior por este del poder de disposición que carecía.¹⁸ Lafaille dice que se trata de un remedio que tiende a mantener la buena fe en los contratos, estabiliza, además, las transmisiones y sirve de garantía eficaz a los terceros.¹⁹

- **La conversión del acto nulo** (art. 384): Se trata de un mecanismo orientado a mantener la validez y eficacia de aquello que es inválido e ineficaz, según una valoración del propio ordenamiento. Es un instrumento esencialmente técnico, orientado a solucionar problemas concretos, es un remedio por definición extraordinario y excepcional que se vincula con los principios generales del ordenamiento. Por ello, lo identificamos y elevamos como principio de interpretación, porque significa un reconocimiento por parte del ordenamiento jurídico de las limitaciones propias de los esquemas teóricos cuando se topan con la realidad del tráfico jurídico; es lo que denominamos cambio de causa contractual. La determinación si en una hipótesis funciona el mecanismo de la conversión del acto nulo es una apreciación que le compete al orden jurídico y, por lo tanto, es preventivo del juez como órgano de interpretación del derecho vigente,²⁰ pero es un mecanismo transformador que se enrola en el camino señalado. La conversión funciona como brújula orientadora por el juez, ya que, antes de declarar la nulidad de cualquier acto, podrá analizar si las partes tuvieron una finalidad distinta (conversión subjetiva) a través de descubrir la voluntad hipotética a los fines de salvar los efectos producidos. Ejemplo típico de este instituto es el contrato de transacción nulo que puede convertirse en un reconocimiento de deuda.

- **Lesión** (art. 332):

Puede demandarse la nulidad o la **modificación** de los actos jurídicos cuando una de las partes explotando la necesidad, debilidad síquica o inexperiencia de la otra, obtuviera por medio de ellos una ventaja patrimonial evidentemente desproporcionada y sin justificación. Se presume, excepto prueba en contrario, que existe tal explotación en caso de notable desproporción de las prestaciones.

Los cálculos deben hacerse según valores al tiempo del acto y la desproporción debe subsistir en el momento de la demanda.

El afectado tiene opción para demandar la nulidad o un reajuste equitativo del convenio, pero la primera de estas acciones se debe transformar en acción de reajuste si éste es ofrecido por el demandado al contestar la demanda.

Sólo el lesionado o sus herederos pueden ejercer la acción.

- **La subsistencia parcial del acto, nulidad parcial** (art. 389): Sobre la base del principio de conservación del acto jurídico, se ha edificado –proveniente del derecho ro-

18. ALTERINI, Jorge H. y otros, *Teoría general de las ineficacias*, Buenos Aires, La Ley, 2000, p. 61.

19. LAFAILLE, Héctor, *Derecho civil. Tratado de los derechos reales*, t. 1, Buenos Aires, La Ley-Ediar, 2010 (2ª ed., ampliada y actualizada por Jorge H. Alterini e Ignacio E. Alterini), p. 73.

20. BETTI, Emilio, *Teoría general del negocio jurídico*, Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 1970 (traducción de A. Martín Pérez), p. 375.

mano— la máxima “*utile per inutile non vitiatur*” (“que lo útil no se vicia por lo inútil”),²¹ cuyo resultado es la regla de la incomunicabilidad de la nulidad y consiste en la posibilidad de invalidar solo una parte del acto jurídico, dejando incólume y, en consecuencia, eficaz las demás cláusulas que lo conforman. La conveniencia de permitir la subsistencia de un acto jurídico e invalidar solo la disposición afectada por el vicio reside, en palabras del jurista francés Philippe Simmler, en reconocer que la sanción de nulidad debe adaptarse a la finalidad de la ley.²² Ello así, la nulidad total del negocio viciado no siempre es el mejor efecto, ni la más eficaz, ni la que mejor responde a las nuevas exigencias sociales. Por ello, es necesario estar atentos a las consecuencias de la invalidez total, a sus repercusiones concretas y al comportamiento de los particulares. Tan es así que el artículo 1066 CCCN establece la consagración de este principio de modo expreso al definir que: “si hay duda sobre la eficacia del contrato, o de alguna de sus cláusulas, debe interpretarse en el sentido de darles efecto”. De manera análoga al artículo 1039 del Código Civil, el nuevo ordenamiento expresa en el segundo párrafo del artículo 389: “la nulidad de una disposición no afecta a las otras disposiciones válidas, si son separables. Si no son separables porque el acto no puede subsistir sin cumplir su finalidad, se declara la nulidad total”. Una adecuada hermenéutica del precepto en estudio indicaría que, como principio general, el acto jurídico mantiene su validez y únicamente se declarará la nulidad de la cláusula viciada. Asimismo, y con referencia concreta al nuevo ordenamiento, se ha señalado que constituyen directivas de interpretación, entre otras, la relevancia de la finalidad práctica perseguida por las partes, la prevalencia del principio de conservación del acto jurídico y su correlato, el de la incomunicabilidad de la nulidad y la división de la prestación.²³ Un ejemplo de la posibilidad de declarar la nulidad parcial en los actos unilaterales lo encontramos en el artículo 2474 CCCN:

La inobservancia de las formas requeridas para otorgar el testamento causa su nulidad total; pero satisfechas las formas legales, la nulidad de una o de varias cláusulas no perjudica las restantes partes del acto.

- **El error como vicio de la voluntad causa la nulidad de acto** (art. 269): Se regula sobre el error reconocible en el artículo 266 y sobre el error esencial, en el artículo 267; sobre el error en la declaración de voluntad y su transmisión, en el artículo 270. El error de denominación no es esencial dado que no influye en la validez del acto. Se produce una declaración discordante entre lo realmente celebrado y lo querido. El acto viciado por error en la manifestación de la voluntad puede ser subsanado rectificando el contenido con las condiciones y modalidades con las que entendió celebrarlo el errante.

- **Teoría de la imprevisión** (art. 1091):

Si en un contrato conmutativo de ejecución diferida o permanente, la prestación a cargo de una de las partes se torna excesivamente onerosa, por una alteración extraordinaria de

21. MARIN PADILLA, María L., *El principio de conservación de los actos jurídicos “utile per inutile non vitiatur”*, Barcelona, Bosch-Ronda Universidad, 1990, p. 125.

22. Ídem, p. 97.

23. LOVECE, Graciela, “La ineficacia de los actos jurídicos en el proyecto de unificación civil y comercial”, en *Revista Jurídica*, Buenos Aires, Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales, N° 17, 2013, pp. 170-186. [N. del E.: ver aquí; fuente: [repositorio institucional UCES](#); última consulta: 21/10/2019].

las circunstancias existentes al tiempo de su celebración, sobrevenida por causas ajenas a las partes y al riesgo asumido por la que es afectada, ésta tiene derecho a plantear extrajudicialmente, o pedir ante un juez, por acción o como excepción, la resolución total o parcial del contrato, o su adecuación. Igual regla se aplica al tercero a quien le han sido conferidos derechos, o asignadas obligaciones, resultantes del contrato; y al contrato aleatorio si la prestación se torna excesivamente onerosa por causas extrañas a su álea propia.

- **Cláusulas abusivas separables** (art. 988):

En los contratos previstos en esta sección, se deben tener por no escrituras:

- a) las cláusulas que desnaturalizan las obligaciones del predisponente;
- b) las que importan renuncia o restricción a los derechos del adherente, o amplían derechos del predisponente que resultan de normas supletorias;
- c) las que, por su contenido, redacción o presentación, no son razonablemente previsibles.

- **Plazos cortos de prescripción:** El CCCN evidencia una idea generalizada de acortamiento de plazos, reflejada en prescripción, caducidad, condiciones resolutorias y pactos de indivisión.

- **Caducidad de la acción de reducción** (art. 2459): El plazo de diez años establecido en este artículo es coherente con los argumentos planteados, más allá de que se comparta o no su calificación jurídica como prescripción adquisitiva, plazo de caducidad, condición resolutoria o adquisición legal.

- **Cláusula de inenajenabilidad** (art. 1972):

En los actos a título oneroso es nula la cláusula de no transmitir a persona alguna el dominio de una cosa determinada o de no constituir sobre ella otros derechos reales. Estas cláusulas son válidas si se refieren a persona o personas determinadas.

En los actos a título gratuito todas las cláusulas señaladas en el primer párrafo son válidas si su plazo no excede de diez años.

Si la convención no fija plazo, o establece un plazo incierto o superior a diez años, se considera celebrada por ese tiempo. Es renovable de manera expresa por un lapso que no exceda de diez años contados desde que se estableció.

- **Dominio revocable y la condición resolutoria de diez años:**

- *Artículo 1965:* Recapta la previa doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en cuanto a la limitación temporal de los cargos o de las condiciones como causas en la revocación del dominio al término máximo de diez años desde la constitución del dominio revocable. La norma es imperativa y no supletoria no solo por estar enmarcada en el orden público propio de los derechos reales sino también por el claro texto legal. Dicho carácter imperativo lleva a la aplicación inmediata de la nueva normativa, por imperio del artículo 7 CCCN. El artículo 1965 es claro al establecer un límite al plazo de inestabilidad del dominio revocable sometido a condición o plazo resolutorio cuando indica que las condiciones resolutorias impuestas al dominio se deben entender limitadas al término de diez años, aunque no pueda realizarse el hecho previsto dentro de aquel plazo o este sea mayor o incierto. Si los diez años transcurren sin haberse producido la

resolución, el dominio debe quedar definitivamente establecido. El plazo se computa desde la fecha del título constitutivo del dominio imperfecto. La aplicación de esta norma en materia de pacto de reversión en donaciones inmobiliarias es fundamental desde el punto de vista del asesoramiento notarial. Asimismo, la publicidad cartular de las cláusulas de reversión, así como los efectos del transcurso del tiempo sin haberse cumplido la condición, son dos cuestiones a tener en cuenta a los efectos del estudio de títulos en las transferencias inmobiliarias. Como principio general, la revocación del dominio, en caso de cosas registrables, tiene efecto retroactivo, excepto que lo contrario surja del título de adquisición o de la ley; otro punto fundamental para la circulación del título y la publicidad cartular, ya que la limitación del efecto retroactivo le permitirá, en nuestro ejemplo, al donatario mantener los actos de administración y disposición realizados sobre la cosa.

- *Artículo 346*: “La condición no opera retroactivamente, excepto pacto en contrario” (pacto oponible a través de su inscripción). La condición resolutoria, como modalidad del acto jurídico, a diferencia de lo establecido en materia de dominio revocable, en principio no opera retroactivamente, salvo que las partes pacten lo contrario en el título de adquisición. Aquí también observamos la importancia de la publicidad cartular y registral en materia de limitaciones al dominio.

- **Subadquirente de buena fe y a título oneroso (art. 392):**

Efectos respecto de terceros en cosas registrables. 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.

- **Justo título y buena fe (art. 1902):**

El justo título para la prescripción adquisitiva es el que tiene por finalidad transmitir un derecho real principal que se ejerce por la posesión, revestido de las formas exigidas para su validez, cuando su otorgante no es capaz o no está legitimado al efecto.

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 pertinentes establecidos en el respectivo régimen especial.

- **Adquisición legal (art. 1894)**: “Se adquieren por mero efecto de la ley [...] los derechos de los adquirentes y subadquirentes de buena fe”. El artículo establece una forma distinta de adquisición de ciertos derechos reales que no requieren la concurrencia de título y modo suficientes como venimos analizando, sino que es la ley misma la causa de su adquisición. Esta categoría no surgía expresamente del Código velezano, pero los autores la reconocían en los supuestos de condominio de accesorios de dos o más heredades que pertenezcan a diversos propietarios, por confusión de límites, el derecho real de usufructo de los padres sobre los bienes de los hijos bajo su patria potestad, y el

derecho real de habitación del cónyuge supérstite (arts. 2710, 2746, 287, 2816 y 3573 bis Código Civil). El artículo en estudio omite toda referencia al usufructo legal de los padres sobre los bienes de los hijos sujetos a patria potestad, porque es una figura que se elimina del CCCN, aun cuando se fija la administración de los bienes del hijo menor a cargo de ambos padres (arts. 685, 694, 695 y 696) y el derecho a la utilización de sus rentas sin autorización judicial pero con obligación de rendir cuentas en determinados casos. También se omite el caso de la servidumbre forzosa que expresamente reconoce fuente legal (art. 2166) en el caso de la servidumbre de tránsito a favor de inmuebles carentes de comunicación suficiente con la vía pública, de acueducto si resulta necesaria para la explotación económica establecida en el dominante o para la población y la de recibir agua extraída o degradada artificialmente de la que no resulte perjuicio grave para el sirviente o que, de existir, sea canalizada subterráneamente o en cañerías. El artículo en estudio consagra los siguientes casos en los que los derechos reales se adquieren por el mero efecto de la ley: a) condominio con indivisión forzosa perdurable de accesorios indispensables al uso común de varios inmuebles; b) condominio de muros, cercos y fosos cuando el cerramiento es forzoso; c) condominio que se origina en la accesión de cosas muebles inseparables; d) derecho real de habitación del cónyuge y del conviviente supérstite; y e) **derechos de los adquirentes y subadquirentes de buena fe.**

- **Usucapión** (art. 1899): La prescripción adquisitiva de derechos reales sin justo título o buena fe se produce a los veinte años de posesión ostensible y continúa. Contra este adquirente, no puede oponérsele la falta o nulidad del título o de su inscripción ni la mala fe de su posesión. El saneamiento del título por el transcurso del plazo de prescripción adquisitiva importa la consecuente convalidación del derecho real, dado que, al cumplimiento del mismo, el titular del derecho real no puede adquirir contra sí mismo y solo podría obtener la respectiva sentencia judicial por vía de excepción en caso de oponer su posesión a título de dueño frente a una demanda de un tercero. A ello debemos adicionarle la extinción de la garantía de evicción establecida por el artículo 1050 y la adquisición legal reconocida por el artículo 1894.

- **Extinción de la garantía de evicción** (art. 1050): Determina que no se debe garantía de evicción cuando ha transcurrido el plazo de prescripción adquisitiva, sin necesidad de exigir el dictado de una sentencia judicial al respecto. En este punto, se observa el efecto saneatorio directo del transcurso del tiempo a través de la extinción de la garantía de evicción.

- **Pactos en la compraventa** (arts. 1166 y 1667): Pueden ser convenidos por un plazo que no exceda de cinco años para los inmuebles. Los pactos en la compraventa adquieren oponibilidad a través de la publicidad registral y cartular.

- **Representación aparente** (art. 367):

Cuando alguien ha obrado de manera de inducir a un tercero a celebrar un acto jurídico, dejándolo creer razonablemente que negocia con su representante, sin que haya representación expresa, se entiende que la ha otorgado tácitamente poder suficiente.

A tal efecto se presume que:

- a) quien de manera notoria tiene la administración de un establecimiento abierto al público es apoderado para todos los actos propios de la gestión ordinaria de éste;
- b) los dependientes que se desempeñan en el establecimiento están facultados para todos los actos que ordinariamente corresponde a las funciones que realizan;
- c) los dependientes encargados de entregar mercaderías fuera del establecimiento están facultados a percibir su precio otorgando el pertinente recibo.

- **Actos del heredero aparente** (art. 2315):

Son válidos los actos de administración del heredero aparente realizados hasta la notificación de la demanda de petición de herencia, excepto que haya habido mala fe suya y del tercero con quien contrató.

Son también válidos los actos de disposición a título oneroso a favor de terceros que ignoran la existencia de herederos de mejor o igual derecho que el heredero aparente, o que los derechos de este están judicialmente controvertidos.

El heredero aparente de buena fe debe restituir al heredero el precio percibido; el de mala fe debe indemnizar el perjuicio causado.

- **Investidura del heredero** (art. 2337): Cabe destacar que los herederos cuyo llamamiento hereditario deriva de la ley quedan investidos de su calidad de tales desde el día de la muerte del causante, sin ninguna formalidad o intervención de los jueces, aunque ignoren la apertura de la sucesión y su llamamiento a la herencia, porque tienen la posesión hereditaria de pleno derecho. Estos herederos pueden realizar todos los actos derivados de su calidad de sucesores del causante, y únicamente para el caso de disposición o transferencia de bienes registrables requieren el reconocimiento de su investidura mediante la declaratoria judicial de herederos.

- **Legitimación para recibir pagos** (art. 883):

Tiene efecto extintivo del crédito, el pago hecho: [...] e) al acreedor aparente, si quien realiza el pago actúa de buena fe y de las circunstancias resulta verosímil el derecho invocado; el pago es válido, aunque después sea vencido en juicio sobre el derecho que invoca.

- **Adquisición** (art. 2119):

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

- **Interpretación contractual** (art. 1066):

Si hay duda sobre la eficacia del contrato, o de alguna de sus cláusulas, debe interpretarse en el sentido de darles efecto.

- **Confirmación** (art. 393):

Hay confirmación cuando la parte que puede articular la nulidad relativa manifiesta expresa o tácitamente su voluntad de tener al acto por válido, después de haber desaparecido la causa de nulidad.

El acto de confirmación no requiere la conformidad de la otra parte.

Podemos decir que la confirmación es el modo expreso o tácito de saneamiento de la nulidad relativa, de modo que un nuevo acto sana el defecto del anterior, configurando una renuncia a instar la acción de nulidad que está latente. La confirmación es un acto jurídico orientado a neutralizar los vicios de un negocio anterior a través de un acto que demuestre la voluntad de quien podría impugnarlo de convalidar la validez, para que, pese al vicio acaecido, el acto cumpla sus efectos jurídicos normales. Confirmar un acto de manera expresa implica que la parte afectada haga conocer su voluntad convalidatoria pronunciándose de manera concreta y precisa acerca de esa circunstancia. Para ello, el acto de confirmación habrá de reunir determinados requisitos establecidos en el artículo 394, a saber: plasmarse en un instrumento que reúna las mismas formas exigidas para el acto que se sana; contener la mención precisa de la causa de la nulidad; mencionar la desaparición de dicha causa y expresar la voluntad de confirmar el acto. Entendemos que, al referirse la norma actual a “la mención precisa de la causa de nulidad”, ello subsume como paso previo la descripción detallada del acto que se pretende sanear. Seguidamente, la secuencia debe integrarse expresándose la causa de la nulidad, ello es, describiendo concretamente el vicio de que el acto adolecía. Debe mencionar precisamente la desaparición de la causa de nulidad y la voluntad de confirmar el acto. La confirmación también puede llevarse a cabo de forma tácita. Esta modalidad, descrita en el segundo párrafo del artículo 394, procede cuando “resulta del cumplimiento total o parcial del acto nulo realizado con conocimiento de la causa de nulidad o de otro acto del que se deriva la voluntad inequívoca de sanear el vicio del acto”. En los hechos, esta especie de confirmación se refiere a la conducta de quien, aun conociendo la existencia del vicio que invalida el acto, no obstante, consiente en cumplir con las obligaciones a su cargo o ejerce los derechos adquiridos en virtud del acto nulo. La *ratio legis* de la confirmación tácita (también denominada confirmación indirecta) ha de encontrarse en la intención de renunciar a articular la nulidad, hecho verificable porque quien se encuentra habilitado para atacar al acto viciado, amén de no hacerlo, lleva a cabo el cumplimiento total o parcial de las obligaciones o derechos de los que es titular en virtud del negocio en cuestión. Conforme al artículo 395, “la confirmación del acto entre vivos originalmente nulo tiene efecto retroactivo a la fecha en que se celebró”. Con respecto a las disposiciones que constan en actos de última voluntad, la confirmación opera desde la muerte del causante, toda vez que es a partir de ese momento en el que tales disposiciones adquieren eficacia. Sin embargo, este principio de la retroactividad de la confirmación no tiene lugar ni perjudica los derechos de terceros de buena fe.

- **Prescripción liberatoria** (art. 2562): El pedido de declaración de nulidad relativa y de revisión de los actos jurídicos prescribe a los dos años, conforme al artículo 2562 inciso a). El plazo se computará, tratándose de vicios de la voluntad, desde que cesó la violencia o desde que el error o el dolo se conocieron o pudieron ser conocidos (art. 2563, inc. a). Para el supuesto de la simulación entre partes, el plazo se computa desde que, requerida una de ellas, se niega a dejar sin efecto el acto simulado (inc. b). En la simulación ejercida por un tercero, el tiempo corre a partir del momento en que dicho accionante conoció o pudo conocer acerca de ese vicio (inc. c). En la nulidad por incapacidad, desde que esta cesó (inc. d). Con respecto a la lesión, el plazo se computa desde la fecha en que la obligación a cargo del lesionado debía ser cumplida (inc. e). Con respecto a la acción

de fraude, el cómputo se inicia a partir del momento en que se conoció o pudo conocer el mismo (inc. f).

5. Efectos de la nulidad

El artículo 392 se encuentra ubicado en el libro primero, título IV “Hechos y actos jurídicos”, capítulo 9, “Ineficacia de los actos jurídicos”, sección 4ª “Efectos de la nulidad”, y establece cuáles son los efectos de la nulidad del acto respecto de las partes y de los terceros en cosas registrables.

En primer lugar, el efecto general de la nulidad está establecido por los artículos 390 y 391, tanto entre las partes como respecto de terceros. Se regula exclusivamente la nulidad absoluta o relativa, clasificación que se funda en el interés protegido, según sea general, basado en el orden público, la moral y las buenas costumbres, o particular, cuya base es la protección de ciertas personas en cuyo beneficio se establece la nulidad relativa. La nulidad pronunciada por los jueces vuelve las cosas al mismo estado en que se encontraban antes del acto declarado nulo, debiéndose las partes restituirse recíprocamente lo que hubieran recibido cuando el acto ha producido total o parcialmente sus efectos propios.

Estos efectos se encuentran en todo de acuerdo con el ordenamiento al establecer el pago de lo indebido en el artículo 1796, que establece que el pago es repetible cuando existe invalidez en alguno de los elementos constitutivos del acto, por ejemplo, en el caso de que la causa del deber no exista, o no subsista porque no hay obligación *válida*, o dejar de existir. Lo que no hace más que confirmar la teoría de la invalidez cuya consecuencia es la ineficacia obligacional debiéndose restituirse la situación de hecho en virtud de las prestaciones indebidas. Sin perjuicio de la acción de daños y perjuicios que pueda corresponder conforme al artículo 391.

Con respecto a los efectos frente a terceros en las cosas registrables, el artículo 392 supera la distinción del acto nulo y anulable que había introducido la Ley 17711 al artículo 1051 del Código Civil, que generó diversas interpretaciones con relación a la ostensibilidad²⁴ del vicio, refiriéndose exclusivamente al **acto nulo**, como especie de ineficacia originaria del acto jurídico, conforme a la clasificación de las nulidades del artículo 386 en absolutas y relativas que se describieron anteriormente.

El artículo 392 CCCN establece:

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.**

24. La finalidad de la reforma al art. 1051 del Código Civil por la Ley 17711 se encontraba expresada en la nota de elevación de la ley, que decía: “Uno de los aspectos importantes de la reforma proyectada es la protección de los terceros titulares de derechos adquiridos de buena fe y a título oneroso frente a los vicios no manifiestos que pudieran tener los antecedentes de tales relaciones” (ver BIDAÚ, José F., FLEITAS, Abel y MARTÍNEZ RUIZ, Roberto [nota elevatoria de la comisión redactora], en *El Derecho*, Buenos Aires, Universidad Católica Argentina, t. 21, 1968, p. 963; y LLOVERAS DE RESK, María E., [comentario al art. 1051], en Bueres, A. J. [dir.] y Highton, E. I. [coord.], *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, t. 2C, Buenos Aires, Hammurabi, 1999, pp. 404-521).

Los subadquirentes no pueden ampararse en su buena fe y título oneroso si el acto se ha sido realizado sin la intervención del titular del derecho.

¿Por qué la declaración de nulidad de un acto jurídico puede carecer de eficacia reipersecutoria contra terceros de buena fe y a título oneroso? Porque la invalidez es inoponible respecto de esos terceros, que escapan por ello a los efectos de la nulidad. Dicha protección responde a la opción del legislador a favor de la seguridad del tráfico negocial frente a la seguridad estática del derecho real de titular de dominio. El aspecto social del derecho de la propiedad, representado en este caso por el interés colectivo de la seguridad de las transacciones, impone el criterio expuesto.²⁵

La apariencia jurídica, como principio consagrado por nuestra legislación es, para algunos, fundamento más que suficiente para lograr la protección del tercero. Así, autores como Mosset Iturraspe veían en el artículo 1051 del Código Civil la consagración de este principio, que pone a salvo al subadquirente de buena fe y a título oneroso de cualquier vicisitud que pueda afectar al acto anterior a su adquisición.²⁶

Entrar a considerar el concepto de buena fe en la ciencia del derecho es ahondar en un tema que tiene una gran amplitud y complejidad. En los países con tradición romano-germánica, la buena fe cubre todo el derecho como un principio general y tiene aplicación en instituciones jurídicas muy diversas. Nada obstaría que este principio no estuviera consagrado explícitamente en el ordenamiento jurídico, y, aun así, se aplicaría, pues es algo que, por la propia naturaleza de las cosas, de hecho, irradia las relaciones entre los hombres. De conformidad con lo establecido por la doctrina, se señala que en la buena fe existen dimensiones tanto internas como externas, circunstancias objetivas y subjetivas. En sentido subjetivo, la buena fe es la intención con que obran las personas o la creencia con que lo hacen. En sentido objetivo, la buena fe actúa como una regla de conducta, es un estándar jurídico que orienta la actuación ideal del sujeto.

En la primera, la subjetiva, se abre la posibilidad de que el comportamiento de un sujeto sea irregular y antijurídico a pesar de que el sujeto obre convencido totalmente de lo contrario. Allí, la consecuencia es que el sujeto es exonerado de sanción o, por lo menos, la que se le impone es atenuada frente a la que ordinariamente le correspondería. Mientras que la segunda concepción, la objetiva, deja de lado elementos de apreciación internos del sujeto y hace alusión a un criterio o manera de proceder a la cual las partes deben atenerse en el desenvolvimiento de las relaciones jurídicas. Es por ello que se dice que un rol fundamental de la buena fe subjetiva es otorgar derechos, mientras que el rol de la buena fe objetiva es imponer deberes. En algunos casos, se exige que el comportamiento del sujeto no solo sea el adecuado sino que, además, haya desplegado una dosis mínima de diligencia para establecer la realidad de la situación que se le pone a su consideración. Por ello, en tales casos, habrá que investigar la medida en que fue o no culpable de su error o de su ignorancia quien alega haber obrado de buena fe. Es allí cuando se llega a la distinción entre la buena fe simple y la buena fe calificada.

25. Cám. Civil 2ª de la Capital Federal, 12/8/1944, "García, María A. Martínez de c/ Simón Juan M. y otros" (*Jurisprudencia Argentina*, t. 1945-II, p. 651).

26. DE HOZ, Marcelo A., "Adquisiciones a non domino", en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, N° 884, 2006, pp. 104-105. [N. del E.: ver [aquí](#); fuente: CECBA; última consulta: 21/10/2019].

Ahora bien, este resguardo a la protección del subadquirente trae como requisito la configuración de tal en el negocio mencionado, y, en consecuencia, deberá cumplir con los estándares de buena fe, que para el caso no se limita a la buena fe objetiva ni a la buena fe registral, sino que su actuación responderá a una conjunción de diligencias tendientes a configurar la *optimus fides*, es decir, una íntima convicción de obrar conforme a derecho. Esta buena fe requerida para la viabilidad de la protección legal es entonces una buena fe subjetiva-objetiva, creencia-diligencia, dinámica y práctica que tienen como uno de los elementos fundamentales el estudio de los antecedentes cartulares, registrales y posesorios. Es irrelevante para el caso que la nulidad sea absoluta o relativa; en cualquier caso, el tercero estará protegido siempre que el vicio no sea ostensible. Por ello, para autores como Díez Picazo, una de las oportunidades en que la buena fe se aplica es aquella en la que la “buena fe significa confianza en una situación jurídica, que permite, en un negocio jurídico de disposición, creer en la legitimación y poder del disponente”.²⁷ “La seguridad de las transacciones exige que una adquisición en apariencia regular no pueda ser controvertida; el adquirente que haya adoptado todas las precauciones no debe ser inquietado”.²⁸

El estudio de títulos es una de las operaciones de ejercicio del notario, quien, en virtud de los antecedentes analizados, verifica la inexistencia de vicios ostensibles que puedan enervar el derecho del transmitente y la bondad del título del adquirente y emite un juicio de valor. En el estudio de los antecedentes, el profesional deberá verificar, en primer lugar, la matricidad del testimonio de la escritura que se presenta como título del disponente; luego, que coincida con la realidad registral; y, luego, se deberá verificar tanto en las escrituras matrices como en los antecedentes judiciales y/o administrativos la inexistencia de defectos o vicios que puedan provocarles la nulidad o de cláusulas que lleven ínsita la ineficacia sobreviniente, y ello es así porque de la mano de la ineficacia originaria o sobreviniente entrará en escena la reivindicación del inmueble.²⁹ El estudio de títulos tiene una doble finalidad: en primer lugar, descartar la existencia de vicios ostensibles que hagan vulnerable la adquisición del requirente; una vez identificado el vicio, lograr su neutralización mediante las técnicas de subsanación notarial y asesorar a las partes con relación a las consecuencias jurídicas del acto a realizar, con la consecuente exclusión de la responsabilidad civil que genera el debido consentimiento informado.

Podemos concluir que esta protección que resguarda la adquisición del derecho del subadquirente de buena fe frente a una posible acción de nulidad tiene ahora expresa causa legal. Los artículos 1894 y 392 consagran el principio de abstracción en miras de la protección del tráfico jurídico inmobiliario, es decir, la ley en cierta forma independiza la adquisición de este especial tercero del acto antecedente. Entendemos que el artículo 1894 va más allá del 392 cuando amplía la protección al adquirente de buena fe por lo cual la protección de este adquirente no encuentra otra justificación más que la suma de su voluntad de adquirir, su posesión y su buena fe. Según los hermanos Mazeaud, allí la

27. DIEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis, *Fundamentos de derecho civil patrimonial*, Madrid, Tecnos, 1983, p. 137.

28. MAZEAUD, Henri y Leon, MAZEAUD, Jean, *Lecciones de derecho civil*, parte 2, vol. 4, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1954, p. 118.

29. ZINNY, Mario A., *Bonsenbiente. Incluye todas las desventuras, una nueva del profesor, otra de una escribana y un índice alfabético de materias*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2006, pp. 255 y 264.

adquisición de la propiedad se produce por virtud de la ley: es una adquisición *lege*.³⁰ El artículo 392 establece que el segundo negocio dispositivo es perfectamente válido a punto tal que se abstrae del primero, existe, es válido y eficaz, permitiéndole así al tercero legitimar su derecho y bonificar su título reingresándolo al tráfico jurídico negocial, pero exige para permitir su protección que este tenga la íntima convicción de estar actuando conforme a derecho y que su actuar sea activamente diligente, lo que involucra al notario como operador del derecho que deberá, mediante el correspondiente estudio de títulos, verificar los antecedentes cartulares, registrales, administrativos y posesorios, a los efectos de garantizar la bondad del título del tercero. La estructura de las normas y su fundamento conducen a pensar que la intención del legislador fue radicar directamente la propiedad de los bienes, estableciendo una excepción evidente al sistema de título y modo pero basada dicha determinación en la necesidad de amparar la buena fe exenta de culpa.

En definitiva, el estudio de títulos como operación de ejercicio es natural de la función notarial y deriva de su calidad de operador del derecho y creador de documentos autosuficientes. La intervención del notario en la contratación privada constituye la competencia en asuntos no contenciosos más difundida. El valor del notariado en el asesoramiento y documentación de las relaciones jurídicas de la comunidad es innegable, y es por esa razón que debemos mantener y desarrollar el nivel de eficacia.

6. Las adquisiciones a *non domino*: una exclusión justa

El artículo 392 CCCN excluye expresamente de la protección los casos de falta de autoría o falta de intervención del titular del derecho y recepta la evolución de la doctrina y la jurisprudencia en este sentido, ya que, sin estar expresamente contemplada la exclusión en el artículo 1051 del Código velezano, se justificaba su inaplicabilidad en virtud de diversas construcciones doctrinarias, por juzgarse que se trataba de un caso de inexistencia o de inoponibilidad o de invalidez absoluta no comprendida en la tutela consagrada por la norma.³¹ La doctrina y jurisprudencia³² argentinas se mostraron contrarias a sacrificar la seguridad estática en aquellos casos en los que no había participado el verdadero titular de dominio.³³ La posición del titular del dominio quedaba vigorizada frente al tercero

30. MAZEAUD, Henri y Leon, MAZEAUD, Jean, ob. cit. (cfr. nota 28), p. 119.

31. Ver ALSINA ATIENZA, "Los derechos reales en la reforma del Código Civil. (Acotaciones de un miembro que renunció a sus funciones en la comisión redactora del anteproyecto)", en *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, Jurisprudencia Argentina, t. Doctrina-1969 (serie contemporánea), p. 457; ALTERINI, Jorge H., "El artículo 1051 del Código Civil y el acto inoponible", en *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, Jurisprudencia Argentina, t. Doctrina-1971 (serie contemporánea), p. 634; BORDA, Guillermo A., *La reforma de 1968 al Código Civil*, Buenos Aires, Perrot, 1970, p. 161; LLAMBÍAS, Jorge J., *Tratado de derecho civil. Parte general*, t. 2, Buenos Aires, Perrot, 1997 (17ª ed.), p. 583; entre otros.

32. Cám. Civ. y Com. de Bahía Blanca, Sala 2, 6/12/2007, "San Martín, Ana M. c/ Carro, Anahi" (LexisNexis-Abeledo Perrot, 1/70041735; cita online *La Ley Online*: 70041735).

33. La jurisprudencia se inclinó por la no aplicación del amparo del 1051 en las transmisiones a *non dominio*, ya sea porque se trata de un acto inoponible o inexistente: CNCiv, Sala F, 9/6/1982, "Anaeróbicos Argentinos SRL c/ Seutin de Solari, María L." (*Jurisprudencia Argentina*, t. 1984-I, p. 388); CNCiv., Sala C, 26/3/1985, "Rebello, Aldo José c/ Rebello Velasco, José y otros s/ Nulidad de escritura. Simulación" (*La Ley*, t. 1985-C, p. 327 [N. del E.: ver sumario oficial aquí; fuente: SAI]; última consulta: 21/10/2019); CNCiv., Sala G, 10/5/1984, "Martins Domingo, José y otra c/ Leone, Antonio" (*La Ley*, t. 1985-B, p. 559); CNCiv., Sala G, 27/3/1995, "Bottini, Agustín c/ Tarek

de buena fe que adquirió a título oneroso cuando el primero no había sido partícipe del acto de enajenación. Las situaciones comprendidas en esta hipótesis son casos de

... sustituciones de personas, escrituras materialmente falsificadas, utilización de poderes apócrifos, inválidos o revocados, personerías inexistentes o ineficaces, y demás situaciones que se caracterizan por la falta de autoría o participación del verdadero dueño del inmueble en el acto transmisivo.³⁴

De esta manera, la transmisión operada sobre la base de actos falsos o adulterados no puede quedar legitimada en cabeza de ese tercero, quien sufrirá sin más los efectos propios de la nulidad.

En concordancia con todo lo expuesto, expresamente el artículo 2260 CCCN, que establece los alcances de la acción reivindicatoria, la paraliza frente al subadquirente de buena fe y título oneroso, excepto si el acto se realiza sin la intervención del titular del derecho. Se simplifican las soluciones consagradas en los artículos 2775, 2776, 2777 y 2778 del Código Civil, es decir, la improcedencia de la acción reivindicatoria no obedece a la configuración del acto de adquisición *a non domino* como inexistente o inoponible, o por una interpretación legal, sino que se trata de un acto nulo en donde la adquisición legal del derecho real del tercer adquirente de buena fe y a título oneroso se paraliza frente al expreso texto del artículo 392 y 2260 CCCN.

Conforme lo explica Zannoni,³⁵ la adquisición *a non domino* no configura un acto inexistente, ya que la categoría de inexistencia no es aplicable dentro de la teoría general de la ineficacia del acto sino que se aplica en otro plano, que es el plano del ser y no en el plano del deber ser, en donde se analizan las ineficacias dentro de la cuales tenemos a la nulidad. Analizar la ineficacia supone la existencia del acto que, como tal, deviene ineficaz en virtud de un vicio congénito enquistado en alguno de los elementos del acto jurídico o bien por una causa sobreviniente al mismo. Tampoco configura un acto inoponible, ya que esta categoría es ajena a la configuración de un vicio congénito, porque se refiere exclusivamente a la imposibilidad de producir el acto sus efectos³⁶ plenos frente a determinadas personas.

La improcedencia de la acción reivindicatoria está prevista expresamente por el artículo 2260, y es el cumplimiento del presupuesto normativo de esta norma lo que genera el efecto previsto en la misma y excluye expresamente a las adquisiciones *a non domino*. Independientemente de la conceptualización del acto como nulo o inexistente, lo que ocurre en este supuesto es el cumplimiento de la *fattispecie* o presupuesto de hecho del artículo 2260, que consiste en que el acto realizado sin intervención del titular del

Made" (*Revista del Notariado*, N° 843, pp. 944-948); SC de Buenos Aires, 17/11/1992, "Ramos, Roberto M. c/ Bagnardi, Martín s/ Acción reivindicatoria" (*La Ley*, t. 1993-B, p. 365 [N. del E.: ver aquí; fuente: SCBA; última consulta: 21/10/2019]). Asimismo, ver V Jornadas Sanrafaelinas de Derecho Civil (San Rafael, 1978); V Congreso de Derecho Civil (Rosario, 1972), II Jornadas Rioplatenses de Derecho Civil (1981).

34. DE HOZ, Marcelo A., ob. cit. (cfr. nota 26), pp. 101-102.

35. ZANNONI, Eduardo A., "Reivindicación contra subadquirentes de inmuebles que adquirieron de un enajenante *a non domino* (inaplicabilidad del art. 1051 CC)", en *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, Jurisprudencia Argentina, t. 1982-I, pp. 783-784.

36. MARTÍNEZ RUIZ, Roberto, "Distinción entre acto nulo y acto inoponible", en *Revista de Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, Jurisprudencia Argentina, t. 1943-IV, pp. 335-339.

derecho trae como consecuencia o efecto jurídico que el subadquirente de un inmueble no pueda ampararse en su buena fe y onerosidad.

7. Conclusiones

La sistematización del Código Civil y Comercial del régimen de nulidades supone el reconocimiento de la teoría general de la ineficacia. Se suprimió la categoría de los actos nulos; hoy todos los actos son anulables, atento a que no existe más la categoría de las nulidades manifiestas. No hay acto nulo sin sentencia judicial que la declare.

Constituye un imperativo legal para los jueces, antes de declarar la nulidad de un acto, buscar su subsistencia, aun interpretando la voluntad hipotética de las partes, para así mantener los efectos que hubieran podido producirse, configurando la nulidad la última *ratio* judicial.

Dentro de la teoría de la ineficacia, se reconoce a la nulidad como la no coincidencia del acto con su modelo normativo. Y, dentro del sistema jurídico, se establece un modelo normativo de convalidación donde los mecanismos subsanatorios son establecidos por la norma de fondo a los efectos de restablecer el equilibrio del sistema jurídico, que tiende siempre a autorregularse. El sistema jurídico funciona a través de fórmulas legales que describen un modelo normativo. Cuando la tipicidad se verifica, el sistema reconoce las consecuencias jurídicas asignadas por la norma y por la voluntad de las partes; cuando no se verifica, el sistema se auto recompone a través de los mecanismos de nulidad y/o subsanación. La lógica subsanatoria funciona hasta el límite del interés general, en donde la acción de nulidad se torna imprescriptible, sin perjuicio de la posibilidad, en materia de derechos reales, de operarse la adquisición por otra vía.

La convalidación es un modo de subsanación que no requiere de la formalización de un acto jurídico en sí mismo, es el saneamiento automático de la ineficacia de un acto inválido relativo o absoluto.

La nulidad constituye el punto de equilibrio y, a la vez, configura el límite al sistema: más allá de la nulidad, no hay efectos jurídicos, y, si se produjo algún efecto, las partes deben restituirse para que entre ellas vuelva a existir el equilibrio.

El Código Civil y Comercial adopta la teoría de la ineficacia del negocio jurídico como género de la nulidad o teoría de la invalidez. La misma implica la imperfección del acto jurídico y, como consecuencia, la no producción de los efectos jurídicos previstos en la norma producto de la falla estructural congénita del acto. Como cambio paradigmático, podemos resaltar la sustanciación de la acción de nulidad, lo que elimina la clasificación de las nulidades manifiestas. Los actos jurídicos son actos anulables, lo que implica que están sujetos a condición resolutoria de una posible acción de nulidad. Las nulidades absolutas responden a criterios de interés general, mientras que las nulidades relativas tutelan al interés particular.

La naturaleza jurídica de la nulidad no es considerada una sanción sino un modo de asegurar el equilibrio del sistema jurídico, y es el propio sistema el que se autorregula a través de la no producción de efectos o mecanismos subsanatorios que prevé el sistema, basado en los principios que lo fundamentan. Así, la última *ratio* del juez consistirá en la

declaración de nulidad; previamente podrá convertir el acto nulo, a través de la conversión del acto. La conversión es una herramienta de carácter judicial. La nulidad como mecanismo preventivo la encontramos asociada al nuevo cambio paradigmático de la función de la responsabilidad civil en su faz preventiva.

Notarialmente, el estudio de títulos consiste en el análisis de los antecedentes jurídicos de titulación a los efectos de identificar preventivamente posibles nulidades, neutralizarlas a través de los mecanismos de subsanación, asesorar a las partes con relación a los actos jurídicos a otorgar, constituyendo un debido consentimiento informado a los efectos de una posible asunción de riesgos a tomar.

La convalidación constituye una causa de adquisición legal en materia inmobiliaria y mobiliaria registral que origina una verdadera y legítima excepción ante cualquier clase de nulidad.

La adquisición *a non domino* no constituye una nulidad sino la existencia de un precepto normativo o *fattispecie* de otra norma que acarrea como consecuencia la exclusión del beneficio de haber adquirido por buena fe y a título oneroso.

El ordenamiento jurídico es un sistema normativo que debe interpretarse coherentemente a través de todos los principios que lo fundamentan. A través del análisis del ordenamiento jurídico como un todo que nos orienta el artículo 2, confirmamos los postulados analizados en el sentido de que se evidencia la regulación de todos los principios desarrollados que demuestran la voluntad de proteger el principio de la seguridad dinámica en las transacciones, constituyendo la declaración de nulidad del acto la última opción del sistema.

8. Bibliografía

- ALEGRIA, Héctor y otros (comisión Decreto PEN 685/1995), *Proyecto de Código Civil Unificado con el Código de Comercio*, Buenos Aires, 1998.
- ALSINA ATIENZA, “Los derechos reales en la reforma del Código Civil. (Acotaciones de un miembro que renunció a sus funciones en la comisión redactora del anteproyecto)”, en *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, Jurisprudencia Argentina, t. Doctrina-1969 (serie contemporánea).
- ALTERINI, Jorge H., “El artículo 1051 del Código Civil y el acto inoponible”, en *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, Jurisprudencia Argentina, t. Doctrina-1971 (serie contemporánea).
- ALTERINI, Jorge H. y otros, *Teoría general de las ineficacias*, Buenos Aires, La Ley, 2000.
- BETTI, Emilio, *Teoría general del negocio jurídico*, Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 1970 (traducción de A. Martín Pérez).
- BIDAU, José F., FLEITAS, Abel y MARTÍNEZ RUIZ, Roberto, [nota elevatoria de la comisión redactora], en *El Derecho*, Buenos Aires, Universidad Católica Argentina, t. 21, 1968.
- BORDA, Guillermo A., *Tratado de derecho de familia*, t. 1, Buenos Aires, Perrot.
- *La reforma de 1968 al Código Civil*, Buenos Aires, Perrot, 1970.
- *Derecho civil. Parte general*, t. 2, Buenos Aires, Perrot, 1976.
- CARNELUTTI, Francesco, *Sistema de derecho procesal civil*, t. 3, Buenos Aires, UTEHA Argentina, 1944.
- CAUSSE, Federico y PETTIS, Christian, *Derechos reales* (serie “Incidencias del Código Civil y Comercial de la Nación”, dirigida por Alberto J. Bueres), Buenos Aires, Hammurabi, 2015.
- CIFUENTES, Santos, *Elementos de derecho civil*, Buenos Aires, Astrea, 1997.
- *Negocio jurídico*, Buenos Aires, Astrea, 1994 (1ª reimp.).
- COBAS, Manuel O. y ZAGO, Jorge A., *Derecho civil. Parte general*, Buenos Aires, Universidad, 2007.
- DE HOZ, Marcelo A., “Adquisiciones *a non domino*”, en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, N° 884, 2006.
- DIEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis, *Fundamentos de derecho civil patrimonial*, Madrid, Tecnos, 1983.

- LAFAILLE, Héctor, *Derecho civil. Tratado de los derechos reales*, t. 1, Buenos Aires, La Ley-Ediar, 2010 (2ª ed., ampliada y actualizada por Jorge H. Alterini e Ignacio E. Alterini).
- LLAMBÍAS, Jorge J., *Tratado de derecho civil. Parte general*, t. 2, Buenos Aires, Perrot, 1997 (17ª ed.).
- LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J., *Teoría de los contratos*, t. 1, Buenos Aires, Ed. Víctor P. de Zavalía, 1984.
- LÓPEZ MESA, Marcelo, *Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos*, Montevideo, Ed. B. de F., 2015.
- LLOVERAS DE RESK, María E., (comentario al art. 1051), en Bueres, A. J. (dir.) y Highton, E. I. (coord.), *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, t. 2C, Buenos Aires, Hammurabi, 1999.
- LOVECE, Graciela, “La ineficacia de los actos jurídicos en el proyecto de unificación civil y comercial”, en *Revista Jurídica*, Buenos Aires, Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales, N° 17, 2013.
- MARIN PADILLA, María L., *El principio de conservación de los actos jurídicos “utile per inutile non vitiatur”*, Barcelona, Bosch-Ronda Universidad, 1990.
- MARTÍNEZ RUIZ, Roberto, “Distinción entre acto nulo y acto inoponible”, en *Revista de Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, Jurisprudencia Argentina, t. 1943-IV.
- MAZEAUD, Henri y Leon, MAZEAUD, Jean, *Lecciones de derecho civil*, parte 2, vol. 4, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1954.
- MAZZINGHI, Jorge A., *Derecho de familia*, t. 1, Buenos Aires, Ábaco, 1995.
- NICOLIELLO, Nelson, *Diccionario del latín jurídico*, Montevideo-Bs. As., Julio César Faira Editores, 2004.
- NIETO BLANC, Ernesto E., *Nulidad en los actos jurídicos. Estudios complementarios*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2005 (2ª ed. act. y amp.).
- PLANIOL, Marcel, *Traité élémentaire de droit civil*, t. 12, cap. 7, París, Librairie Générale de Droit & de Jurisprudence, 1909.
- ZAVALA, Gastón A., “Nulidades instrumentales”, en Armella, C. N. (dir.), *Tratado de derecho notarial, registral e inmobiliario*, t. 3, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1998.
- “Subsanación de los documentos notariales”, en Armella, C. N. (dir.), *Tratado de derecho notarial, registral e inmobiliario*, t. 3, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1998.
- “Ineficacia y subsanaciones en el documento notarial”, en *Revista Notarial*, La Plata, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, N° 943, 2002.
- ZANNONI, Eduardo A., “Reivindicación contra subadquirentes de inmuebles que adquirieron de un enajenante *a non domino* (inaplicabilidad del art. 1051 CC)”, en *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, Jurisprudencia Argentina, t. 1982-I.
- *Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos*, Buenos Aires, Astrea, 1986.
- ZINNY, Mario A., *Bonsenbiente. Incluye todas las desventuras, una nueva del profesor, otra de una escribana y un índice alfabético de materias*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2006.

Prestaciones accesorias en las SAS

María José Paniego

RESUMEN

¿Resurgimiento de las prestaciones accesorias? Nuevas formas de aplicación de la figura en las sociedades por acciones simplificadas.

PALABRAS CLAVE

Capital emprendedor; prestaciones accesorias; socios; administradores; proveedores externos; modalidades; retribución; valuación; transmisibilidad; terceros; incumplimientos; innovación jurídica.

Fechas de recepción y aceptación

14/3/2019 - 30/4/2019

Sumario: 1. Introducción. 2. Tratamiento de las prestaciones accesorias en las sociedades por acciones simplificadas. 2.1. Fuente legal. 2.2. Función práctica. 2.3. Caracteres. 2.4. Los sujetos activos. 2.5. Objeto de la prestación. 2.6. Modalidades. 2.7. Valuación. 2.8. Limitación: transmisibilidad de las acciones. 2.9. Exigibilidad respecto de terceros. 2.10. Sanciones en caso de incumplimiento. 3. Conclusión. 4. Bibliografía.

1. Introducción

El 29 de marzo de 2017, se sancionó la [Ley 27349 de Apoyo al Capital Emprendedor](#) y, de una manera innovadora, se creó un nuevo tipo societario: las sociedades por acciones simplificadas (en adelante “SAS”). Mediante este tipo legal, el legislador desarrolló un atractivo canal de inversión, caracterizado por la simplificación y reducción de costos de constitución, la libertad en la organización jurídica de la empresa y la limitación de la responsabilidad de los socios a la integración de las acciones suscriptas. A su vez, a través de este tipo, se incorporó un conjunto de herramientas jurídicas favorables a los emprendedores, dentro de las cuales se encuentran las “prestaciones accesorias”. Si bien estas ya estaban legisladas en nuestro ordenamiento societario (art. 50 de la [Ley General de Sociedades](#) [en adelante, “LGS”], aplicable a todos los tipos), la Ley 27349 las incorpora y las regula de manera distinta para las SAS, con ciertos matices y con un campo de acción más amplio que el regulado en la Ley 19550.

El objeto del presente trabajo es efectuar un análisis sucinto de las prestaciones accesorias en las SAS. A lo largo de la exposición, se desarrollará su regulación bajo la Ley 27349, sus diferencias con la normativa prevista en la LGS, su ámbito de aplicación y algunas sugerencias para su previsión en los estatutos societarios.

2. Tratamiento de las prestaciones accesorias en las sociedades por acciones simplificadas

2.1. Fuente legal

El instituto de las prestaciones accesorias en las SAS se encuentra regulado en el capítulo III, denominado “Capital social acciones”, título III, de la [Ley 27349](#), específicamente en el artículo 42. Dicho artículo reza:

Aportes. Los aportes podrán realizarse en bienes dinerarios o bienes no dinerarios.

Los aportes en bienes no dinerarios podrán ser efectuados al valor que unánimemente pacten los socios en cada caso, quienes deberán indicar en el instrumento constitutivo los antecedentes justificativos de la valuación o, en su defecto, según los valores de plaza. En caso de insolvencia o quiebra de la sociedad, los acreedores pueden impugnarla en el plazo de cinco (5) años de realizado el aporte. La impugnación no procederá si la valuación se realizó judicialmente. Los estados contables deberán contener nota donde se exprese el mecanismo de valuación de los aportes en especie que integran el capital social.

Podrán pactarse prestaciones accesorias. En este caso, la prestación de servicios, ya sea de socios, administradores o proveedores externos de la SAS, podrán consistir en servicios ya prestados o a prestarse en el futuro, y podrán ser aportados al valor que los socios determinen en el instrumento constitutivo o posteriormente por resolución unánime de los socios, o el valor resultará del que determinen uno o más peritos designados por los socios en forma unánime. El instrumento constitutivo deberá indicar los antecedentes justificativos de la valuación.

Las prestaciones deberán resultar del instrumento constitutivo y/o de los instrumentos de reformas posteriores, donde se precisará su contenido, duración, modalidad, retribución, sanciones en caso de incumplimiento y mecanismo alternativo de integración para el supuesto de que por cualquier causa se tornare imposible su cumplimiento. Sólo podrán modificarse de acuerdo con lo convenido o, en su defecto, con la conformidad de los obligados y de la totalidad de los socios.

Si la prestación del servicio se encontrara total o parcialmente pendiente de ejecución, la transmisión de las acciones de las que fuera titular el socio que comprometió dicha prestación requerirá la conformidad unánime de los socios, debiendo preverse, en su caso, un mecanismo alternativo de integración.

Supletoriamente, se rigen por el artículo 50 de la Ley 19550, en todo lo que sea compatible con las especificidades de este tipo societario.

2.2. Función práctica

Las prestaciones accesorias, en general, adquieren relevancia en los tipos societarios en donde los aportes de los socios deben ser indefectiblemente obligaciones de dar en propiedad bienes o dinero. Mediante esta figura jurídica, el socio, además de aportar su obligación de dar, puede comprometer obligaciones de hacer o de dar en uso y goce y obtener una remuneración a cambio, y la sociedad, como contraparte, exigir su cumplimiento.

Si bien, como veremos, en la Ley 27349 se amplía el espectro de sujetos legitimados a efectuar este tipo de prestaciones, la función del instituto se mantiene incólume. Las

obligaciones de hacer o de dar el uso y goce de bienes por parte de los miembros de la organización alcanzan protección jurídica con esta herramienta.

2.3. Caracteres

Las prestaciones accesorias presentan los siguientes caracteres:

- 1) No constituyen un contrato parasocial, sino que integran las obligaciones sociales, acentuándose así el carácter *intuitu personae* de las sociedades que incorporan este tipo de prestaciones.
- 2) Deben ser conexas a acciones nominativas: toda vez que las prestaciones son de naturaleza personal, las acciones no deben ser al portador, pues esto facilitaría el anonimato y la imprecisión del obligado a la prestación.
- 3) Tiñen de un matiz *intuitu personae* a la sociedad que las establecen: las acciones serán nominativas, y, cuando la prestación del servicio se encuentre total o parcialmente en curso de ejecución, su transferencia requerirá la conformidad unánime de los socios. De esta forma, brindan un instrumento importante para la coordinación de los esfuerzos de los integrantes de la sociedad.¹

2.4. Los sujetos activos

En las SAS, las prestaciones accesorias pueden ser efectuadas no solo por los socios, tal como lo prevé la LGS, sino también por los administradores y proveedores externos. De esta manera, mediante este instituto, se puede obtener un compromiso adicional de administradores y proveedores externos plasmado en el instrumento constitutivo o posteriores modificaciones al mismo. Desde ya que los administradores y proveedores externos no asumen el carácter de socios por contraer estas obligaciones, sino que se convierten en titulares de derechos personales (activos o pasivos) en relación a la sociedad creada. En cuanto al sujeto activo socio, las prestaciones accesorias en las SAS pueden ser de gran valor.

Si el escenario trata sobre un socio con gran capital y otro socio con gran valor de “*know how*” o especialidad en determinado servicio, la estructura de la sociedad se podría organizar de determinada manera que se asemeje a una sociedad de capital e industria, pero con la posibilidad y ventaja de que el socio industrial sea accionista y se encuentre en paridad o en mejor posicionamiento que el socio capitalista. ¿Cómo sería el esquema? Supuesto: un socio capitalista aporta \$25.000 y un socio industrial aporta \$5.000 para constituir una SAS con un capital total de \$30.000. Las acciones del socio industrial podrían tener derecho a 5 votos cada una para estar equiparado con el socio capitalista, que en este supuesto tendría derecho a 1 voto por acción. A su vez, el socio industrial podría tener una preferencia económica que también lo iguale al otro socio en este aspecto.

Desde ya que este beneficio al accionista industrial le es concedido por el accionista capitalista por valorar su experiencia, calificación personal y trabajo, con lo cual,

1. VERÓN, Alberto V. y VERÓN, Teresita, *Sociedades por acciones simplificadas*, Buenos Aires, La Ley, 2017, p. 75.

para poder asegurarse esa labor, la prestación accesoria se podría configurar como una obligación de hacer vinculada con la preferencia económica y el privilegio de la acción. Es decir que se podría estipular que dichos derechos se puedan ejercer siempre y cuando el accionista industrial no estuviera en mora con la prestación.

Este esquema es inviable en las sociedades por acciones reguladas en la Ley 19550 por ser el privilegio en el voto incompatible con la preferencia económica. En cambio, la Ley de Apoyo al Capital Emprendedor admite esta posibilidad.

2.5. Objeto de la prestación

La ley prevé que las prestaciones accesorias pueden consistir en servicios ya prestados o a prestarse en el futuro. Es decir que se le atribuye un valor no solo a lo que se realizará sino también a lo ya efectuado. Este punto es muy importante, puesto que la SAS es creada en el marco de una ley que pretende potenciar a los emprendedores.

Son reiteradas las ocasiones en donde el trabajo realizado por los potenciales socios y administradores previamente a la constitución de la sociedad no es reconocido ni remunerado. La ley irrumpe en este aspecto y les brinda una herramienta. En este sentido, desde la faz práctica, podría ser recomendable que cada miembro enunciara las tareas a desarrollar en la etapa presocietaria, por ejemplo, instrumentando un acuerdo preliminar. Mediante el mismo, los futuros integrantes podrían plasmar la adjudicación de las distintas tareas a efectuar previamente a la creación de la persona jurídica, su posible valuación y actual o futura retribución.

Por otra parte, si bien la ley menciona que el objeto de las prestaciones accesorias es de “servicios”, es menester aclarar que las mismas pueden consistir en otras obligaciones. La solución legal delega en la autonomía de la voluntad de los socios prácticamente todo el régimen de prestaciones accesorias: su contenido, duración, modalidad, retribución, sanciones en caso de incumplimiento y mecanismo alternativo de integración para el supuesto de que por cualquier causa se tornare imposible su cumplimiento. Sin embargo, aunque no exista aclaración en la ley, los socios no pueden prever que las prestaciones accesorias consistan en obligaciones de dar sumas de dinero; no sería coherente contradecir el espíritu del artículo 50, inciso 3, de la LGS, el cual en sus partes pertinentes prescribe: “puede pactarse que los socios efectúen prestaciones accesorias. Estas prestaciones no integran el capital y [...] no pueden ser en dinero”.²

Finalmente, cabe remarcar que cuando el objeto de las prestaciones consista en el suministro de determinados productos o materias primas, es decir, obligaciones de dar, la redacción de las cláusulas del instrumento constitutivo deberá ser bien clara, a los efectos de no confundir las prestaciones accesorias con los aportes de la misma naturaleza.³

2. PRONO, Patricio M., “Capital, aportes y acciones en la sociedad por acciones simplificada”, en *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, Buenos Aires, La Ley, N° 285, 2017, cita online AP/DOC/573/2017.

3. RAGAZZI, Guillermo E., “La sociedad por acciones simplificada (breves notas sobre sus antecedentes y régimen legal)”, en *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, Buenos Aires, La Ley, N° 285, 2017, cita online AR/DOC/667/2017.

2.6. Modalidades

Las prestaciones accesorias pueden adoptar infinidad de modalidades. A modo ejemplificativo, se pueden enumerar la prestación de servicios personales, la asistencia técnica, el usufructo de bienes de uso, el suministro de materias primas e insumos, la transferencia de tecnología y asistencia técnica, incluyendo derechos de propiedad industrial, actividades de ingeniería, consulta o asesoramiento, así como también obligaciones de no hacer tales como no desarrollar el servicio brindado a la sociedad dentro de determinado marco, no realizar actividades concurrentes con la sociedad, entre otras.

2.6. Retribución

Este punto es de vital importancia, principalmente cuando las prestaciones accesorias son brindadas por administradores y/o proveedores externos. Sucede en determinados emprendimientos, principalmente en la etapa inicial, que los socios no se encuentran en condiciones de asumir un costo fijo para contratar los insumos o mercaderías deseados, o incluso para remunerar a los administradores que contraen tareas adicionales respecto de la sociedad bajo la forma de prestación accesorias. En este sentido, si los accionistas precisan estos servicios y no pueden afrontar el costo fijo, tienen la posibilidad de que dichas actividades puedan considerarse prestaciones accesorias y abonar en función de la ganancia de la sociedad. Esta alternativa no existe en la LGS, ya que las prestaciones accesorias únicamente pueden estar en cabeza de los socios.

Asimismo, cabe agregar que tanto un administrador como un proveedor cuyo cobro es a resultado efectuarán sus máximos esfuerzos para que el servicio brindado alcance el máximo rendimiento.

2.7. Valuación

Los servicios podrán ser “aportados” al valor que los socios determinen en el instrumento constitutivo o posteriormente por resolución unánime de los socios, o el valor resultará de lo que determinen uno o más peritos designados por los socios en forma unánime. El instrumento constitutivo deberá determinar los antecedentes justificativos de valuación.

La exigencia de la valuación de las prestaciones accesorias, junto con su regulación en el artículo 42 (aportes societarios), dentro del capítulo III, título III, de la [Ley 27349](#), ha llevado a confusión. Hay quienes sostienen que las prestaciones accesorias en las SAS integran el capital social.⁴ Fundan su opinión en que se las ha regulado junto con los aportes, y se les exige, por este motivo, su valuación. Sin embargo, la postura mayoritaria afirma que las prestaciones accesorias no inciden en el capital social sino en el patrimonio.⁵ A raíz de ello, las prestaciones accesorias deben regirse exclusivamente por el acto

4. RUIZ SCHULZE, Alejandro M. (h), “Prestaciones accesorias en las SAS” (trabajo presentado en la 42 Convención Notarial del Colegio de Escribanos Ciudad de Buenos Aires [Buenos Aires, 2017]), [s. e.], 2017.

5. GRISPO, Jorge D. y PERELLI, Facundo J., *Sociedades anónimas simplificadas. Ley 27349*, Buenos Aires, Ediciones D&D, 2017, p.109.

constitutivo y no por el régimen de aportes en sí. De lo contrario, si se les diera el carácter de aporte, entonces, se le estaría dando la facultad al administrador o proveedor externo de acrecer en la sociedad. Ello iría en contra de la lógica de la propia ley, que fomenta el desarrollo del emprendimiento y no su venta en manos de un tercero.

En línea con lo expuesto, y avalando la postura mayoritaria, la Inspección General de Justicia, mediante la [Resolución General 6/2017](#), que regula el funcionamiento de las SAS, dispuso: “las prestaciones accesorias no forman parte del capital social” (art. 27, anexo A). Desde ya que la postura minoritaria promueve la inconstitucionalidad del artículo 27 de la Resolución 6/2017 precedentemente citado.

Por último, cabe mencionar, que la valuación de ciertos bienes u obligaciones de hacer presenta ciertas dificultades, por ejemplo, ¿cómo valorar la prestación de bienes intangibles? Mismo también, considerando que las prestaciones accesorias no integran el capital social, es cuestionable el sentido de exigir dicha valuación.

2.8. Limitación: transmisibilidad de las acciones

El artículo 42 *in fine* de la Ley 27349 prevé que

Si la prestación del servicio se encontrara total o parcialmente pendiente de ejecución, la transmisión de las acciones de las que fuere titular el socio que comprometió dicha prestación requerirá la conformidad unánime de los socios, debiendo preverse, en su caso, un mecanismo alternativo de integración.

En este aspecto, la Ley 27349 se aparta notablemente de la LGS y exige la conformidad unánime de los socios. No es suficiente una mera aceptación del órgano de administración, como sucede en las sociedades por acciones reguladas en la Ley 19550, ni la conformidad de los socios necesaria para modificar el contrato social que se exige en las sociedades de responsabilidad limitada. Es remarcable que la ley resalta el aspecto *intuitu personae* de las prestaciones accesorias, pues, al exigir la unanimidad, se destaca el gran valor que las mismas representan en las SAS. A su vez, de esta forma, los socios pueden verificar previamente si el futuro adquirente de las acciones se encuentra en condiciones de cumplir satisfactoriamente la prestación convenida. La misma accederá a la acción transferida.

Cabe preguntarse si esta norma es de orden público o si, por disposición en contrario en el estatuto, podría prescindirse de la unanimidad. Siendo las prestaciones accesorias establecidas en beneficio de la sociedad, los socios podrían perfectamente pactar una mayoría distinta en el estatuto. Será importante atender esta cuestión pues, de lo contrario, se impone la unanimidad.

2.9. Exigibilidad respecto de terceros

Conforme se ha desarrollado en puntos anteriores, las prestaciones accesorias imprimen un carácter personalista a las sociedades de capital, y los terceros contratantes de la sociedad pueden haber tenido en cuenta dicha característica a la hora de celebrar un contrato. En este sentido, podría presentarse el siguiente planteo: los terceros contratantes, ¿pueden

exigir el cumplimiento de las prestaciones accesorias a los socios, administradores y/o proveedores externos?

Siendo el estatuto y sus modificaciones objeto de inscripción en el registro público de comercio pertinente, y debiendo las prestaciones accesorias regularse en el instrumento constitutivo o modificaciones posteriores, podría deducirse que las mismas son oponibles a terceros. Y estos, al contratar con la sociedad, podrían considerar el carácter *intuitu personae* que las mismas le aportan. Sin embargo, es menester aclarar que los sujetos activos de las prestaciones accesorias se obligan hacia la sociedad. Eventualmente, los terceros podrían, al celebrar un contrato, fijar como condición determinante de la suscripción del mismo el cumplimiento del aporte de las prestaciones accesorias previstas en dicha sociedad y pactar su resolución en caso de violación de dicha cláusula, pero las acciones deberán ejercerlas contra la sociedad.

2.10. Sanciones en caso de incumplimiento

El estatuto puede prever distintas sanciones en caso de incumplimiento. La norma no orienta sobre los alcances de tales sanciones, lo que abre la posibilidad convencional de disposiciones que, salvada la proporcionalidad que deben guardar con la entidad del incumplimiento y la necesidad de que este sea imputable, se adecuen a las especiales características de la sociedad, de su objeto, del fin común concreto de los socios y de la figura misma de estos. Asimismo, dichas sanciones variarán según el sujeto activo de la prestación accesoria fueren los socios, el administrador o el proveedor externo.

En el caso de los socios, las prestaciones accesorias, ¿configuran un deber societario derivado del *status socii* e integrado en el haz de derechos y obligaciones que este resume? Si la respuesta es afirmativa, los efectos de su infracción deben ser proyectados sobre el vínculo socio-sociedad, al margen de otras consecuencias. Por lo tanto, según la gravedad del incumplimiento, se podría aplicar lo dispuesto en el artículo 192 LGS: en caso de mora en la integración, se podrían suspender los derechos políticos y patrimoniales del socio incumplidor; o lo previsto en los artículos 46 y 48 de la citada ley.

Sin embargo, la extensión de estas sanciones sin una previsión estatutaria podría ser cuestionable, porque, como se ha mencionado en puntos anteriores, las prestaciones accesorias no son aportes, no integran el capital social. Sí, los socios, convencionalmente, podrían determinar que una prestación accesoria sea de igual o mayor importancia para la sociedad que el correcto cumplimiento de los aportes, e incluso considerar como sanción, en última instancia, la posible exclusión del socio. Nada impide que un pacto expreso pueda reconocer el carácter de condición esencial y determinante de la constitución de la sociedad el cumplimiento de determinada prestación accesoria.⁶

Con respecto a los administradores y proveedores externos, se pueden prever, a modo enunciativo, multas por días de incumplimiento y/o la fijación de una cláusula penal. Otro tipo de sanciones, por fuera de las pecuniarias, parecerían ser dificultosas en su aplicación. No obstante, por ejemplo, en el caso de prestaciones accesorias que tengan

6. CASTORINO DE PUPPI, María T. y ROSSI, Hugo E., "Efectos del incumplimiento de prestaciones accesorias esenciales sobre la condición de socio y la limitación de responsabilidad", en Favier Dubois, E. M. (h) y Nissen, R. A. (dirs.), *Derecho societario argentino e iberoamericano*, t. 2, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1995, pp. 153-157.

por objeto el suministro de materias primas por determinado período de tiempo, el no cumplimiento podría traer aparejada la sanción de resolver el vínculo y reemplazar al suministrante.

3. Conclusión

Hoy, la investigación, el desarrollo y la innovación son factores clave para el diseño de una economía competitiva y generadora de empleo. La innovación es crear nuevas ideas y llevar estas a la práctica, al campo de la acción y de la producción.⁷ Innovar surge de la necesidad del no conformismo, de desafiar el *statu quo*. La innovación jurídica es parte de este cambio.

Introducir dentro de las prestaciones accesorias que administradores y proveedores externos puedan integrar la organización societaria mediante este instituto, que tanto estos como los socios puedan ser reconocidos y retribuidos en los servicios prestados previamente a la constitución de la sociedad por acciones simplificada y que la transferencia de acciones pueda requerir de la unanimidad de los socios en caso de prestaciones en curso de ejecución implican resignificar la figura jurídica bajo una nueva realidad, bajo un nuevo tipo societario. Desde ya que su correcta y creativa aplicación y su éxito para el *emprendedurismo* dependerán de quienes somos operadores del derecho y promulguemos su instrumentación.

4. Bibliografía

- CASTORINO DE PUPPI, María T. y ROSSI, Hugo E., “Efectos del incumplimiento de prestaciones accesorias esenciales sobre la condición de socio y la limitación de responsabilidad”, en Favier Dubois, E. M. (h) y Nissen, R. A. (dirs.), *Derecho societario argentino e iberoamericano*, t. 2, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1995.
- GRISPO, Jorge D. y PERELLI, Facundo J., *Sociedades anónimas simplificadas. Ley 27349*, Buenos Aires, Ediciones D&D, 2017.
- PRONO, Patricio M., “Capital, aportes y acciones en la sociedad por acciones simplificada”, en *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, Buenos Aires, La Ley, N° 285, 2017, cita online AP/DOC/573/2017.
- RAGAZZI, Guillermo E., “La sociedad por acciones simplificada (breves notas sobre sus antecedentes y régimen legal)”, en *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, Buenos Aires, La Ley, N° 285, 2017, cita online AR/DOC/667/2017.
- RUIZ SCHULZE, Alejandro M. (h), “Prestaciones accesorias en las SAS” (trabajo presentado en la 42 Convención Notarial del Colegio de Escribanos Ciudad de Buenos Aires [Buenos Aires, 2017]), [s.e.], 2017.
- VERÓN, Alberto V. y Verón, Teresita, *Sociedades por acciones simplificadas*, Buenos Aires, La Ley, 2017.

7. “Las ideas no son nada; las ideas todos las tenemos. Lo importante es hacerlas pasar a los hechos” (Luc Montagnier, Premio Nobel de Medicina).

Contratos inteligentes*

Pilar M. Rodríguez Acquarone

RESUMEN

La exposición aborda el encuadre jurídico de los contratos inteligentes. ¿Qué es un contrato inteligente? El contrato inteligente, en realidad, no es un contrato inteligente sino un programa informático que se autoejecuta y que opera en la faz de ejecución de un contrato. Es una suma, dirían los informáticos, de códigos más datos; los datos, por supuesto, los completa el cliente, el proveedor y el consumidor, y los códigos los va a redactar un ingeniero informático o un especialista en informática. La masividad que va a lograr el contrato inteligente es a partir de que se pueda subir el contrato inteligente –programa informático– a esta red de *blockchain* que propone la plataforma Ethereum, y que va a permitir que en la cadena de bloques haya un programa informático. El contrato inteligente va a ser una parte del cumplimiento de un contrato, podemos decir el contrato madre o el contrato marco o el contrato propiamente dicho, para nosotros.

PALABRAS CLAVE

Contratos inteligentes; *blockchain*; *bitcoin*; *hash*; sociedades por acciones simplificadas; criptografía; seguridad jurídica; función notarial; asesoramiento; notariado; capacidad restringida.

Fechas de recepción y aceptación

15/4/2019 - 15/4/2019

Sra. RODRÍGUEZ ACQUARONE. En cuanto al tema que nos convoca, es imperioso el compromiso de los notarios respecto de la incorporación de la tecnología. Es imperioso porque la tecnología avanza sobre las relaciones patrimoniales, sobre los negocios y es necesario que tomemos cartas en el asunto, que nos comprometamos con las herramientas que trae la tecnología, en pos del servicio a los usuarios, en pos del servicio a la comunidad, en pos de no perder de vista a la persona como principal usuario de los servicios jurídicos; en pos de proteger a esta persona, de darle información, de darle las herramientas necesarias para que comprenda los actos jurídicos que celebra. En ese orden de trabajo que nos proponemos, y de compromiso con la comunidad, al servicio de la comunidad, de las personas y de los usuarios, es que se me ocurrió tomar este tema,

* Disertación brindada en la sesión pública de la Academia Nacional del Notariado llevada a cabo el 18 de marzo de 2019 en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en la que se celebró la incorporación de la escribana Rodríguez Acquarone como miembro de número. El texto que se reproduce en esta publicación constituye la transcripción taquigráfica de la disertación y, por tal motivo, se ha respetado el formato correspondiente, con mínimas correcciones de estilo.

que está como de moda, que es incipiente, que trata sobre la cuestión de los contratos inteligentes.

Se habla de contratos inteligentes y quizás es importante que tomemos el concepto desde la historia. En realidad, la idea de contrato inteligente nace en 1997 –hace más de 20 años–, pero el concepto o la idea de contrato inteligente, como la plantea Nick Szabo, no se desarrolla suficientemente porque va a requerir de una tecnología posterior, que es la tecnología que va a traer el *bitcoin*, que como tecnología aporta el *blockchain* –que ahora vamos a ver de qué se trata– a partir de 2008, pero el uso masivo de la tecnología de *blockchain* respecto de los contratos inteligentes la va a incorporar la red *Ethereum* en 2015.

Es importante que sepamos que, desde 2015 a principios de 2019, en realidad, estamos con una tecnología que, como dicen los informáticos, está en estado alfa, o sea, totalmente a prueba. Esto es importante porque si vamos a hablar de seguridad jurídica y de seguridad informática, lo primero que hay que saber es que esto es tecnología nueva que se está probando, y hay fallas, errores, en la implementación de esta tecnología. En principio, podría hablarse también de una revolución industrial tecnológica en donde se nos trata de imponer esta tecnología como inmutable, como imposible de alterar, cuando es todo lo contrario: está en fase de prueba, y vamos a ir viendo algunos casos para dar ejemplos.

Para introducirnos en lo que es la tecnología *blockchain*, tenemos que hablar de *bitcoin*, que es creada por Satoshi Nakamoto en 2008, y se utiliza primeramente en su origen para anotar transacciones de esta *criptomoneda*, que es un bien intangible, inmaterial. Es una moneda que se crea en base a la confianza. Pero la tecnología *blockchain* lo que promueve es el registro de operaciones, de transacciones de esta moneda *bitcoin*, de una cuenta a otra cuenta. O sea, son transacciones en las que hablamos de cuentas; no hablamos de personas. Lo que propone el *bitcoin* es una red de computadoras; o sea, es una base de datos, en donde está replicada la información en cada una de las computadoras. Es como si nosotros, en este salón, tuviéramos cada uno una computadora con un software que nos permitiera guardar en cada una de las computadoras la base de datos completa. Por eso se dice que es una base de datos descentralizada, porque no hay una entidad central que verifica o valida las transacciones, sino que se realiza por consenso entre todas las computadoras que forman la red. Se dice que es una red de nodos; los nodos serían cada una de las computadoras.

Lo que intenta promover el *bitcoin* con esta tecnología de *blockchain* es que no se pueda volver a vender el mismo *bitcoin* o transferir el mismo *bitcoin* más de una vez. Entonces, cuando se registra una transacción de *bitcoin*, es validada por toda la red de computadoras, por toda la red de nodos. O sea que se habla de este consenso –este consenso se realiza por toda la red–, y esta transacción requiere un tiempo necesario para que esta validación se haga una sola vez. O sea, si tengo diez *bitcoins*, no puedo venderlos más de una vez, porque en ese tiempo que la red va a validar la transacción va a estar inmóvil. O sea, si yo pudiera hacer una transacción rápida, en segundos, podría transferir mis diez *bitcoins* a diferentes personas, pero si yo utilizo esta red y necesito el consenso, entonces, cuando intento transferir los *bitcoins*, voy a necesitar que haya una validación por consenso de toda la red. Una vez que esta transacción es validada, se

cierra el bloque –y ahora vamos a hablar de los bloques–, y no puedo volver a transferir nuevamente este valor.

Para hacer la cadena de bloques, cada transacción, cada bloque, tiene un *hash*. El criptograma o *hash* es un resumen único que identifica a un archivo o documento informático. Es una función matemática que, al aplicarla sobre un mismo documento, devuelve siempre el mismo *hash*. Es estadísticamente imposible encontrar dos documentos distintos que posean el mismo *hash*.

El primer bloque en la cadena va a tener un *hash* que se genera a partir de este primer bloque. Inmediatamente después de que se valida una transacción –o varias transacciones pero en un bloque–, se genera otro *hash*, que corresponde al bloque siguiente. Pero en cada bloque sucesivo va a tener, a los efectos del encadenamiento, como referencia en su inicio, el *hash* del bloque anterior. Se registra la transacción y se propone un algoritmo de difícil solución; esto es lo que hace que se demore en la validación y esto es lo que hace que, validado, se pueda transferir. Entonces, el bloque 1 va a tener ese *hash*; el bloque 2 va a tener como inicio el *hash* del bloque anterior, la transacción que se pretende realizar, el algoritmo, y cuando todas las computadoras, todos los nodos de la red validen la transacción, ese bloque se cierra y se genera con un nuevo *hash*, que va a ser cabeza del bloque siguiente. Entonces, esto se va encadenando mediante la formulación del *hash* del bloque de manera tal que son sucesivos y se permite su trazabilidad.

Se dice que es inalterable porque el *hash* es como una huella digital. Nosotros algo estuvimos implementando en el tema de las SAS y sabemos que a cada archivo se le puede generar un *hash*, y si el archivo es modificado, el *hash* va a cambiar. O sea que el *hash* hace que sea casi inalterable el contenido del bloque, porque va a tener el *hash* del bloque anterior y el propio *hash*, lo que hace que se identifique de manera tal que sea casi imposible alterarlo. En realidad, se puede alterar por un *hacker*. Lo que pasa es que si es alterado el *hash*, se va a notar muy rápido, va a ser fácil de encontrar este problema, esta mutación, y va a ser posible repararlo rápidamente. Es por esto que, en principio, se dice que es inalterable e inmutable, pero en realidad puede haber un *crash* en la red, puede haber un *hacker* que altere la red, pero se va a notar y va a haber una reparación rápida.

Ahora vamos a ver algunos casos, vamos a ver ejemplos. Pero no me gustaría que ese “casi inalterable” o “casi inmutable” sean justamente todos mis ahorros, por ejemplo. Porque a lo mejor una red de millones de dólares es “casi inalterable”, pero por ahí esa alteración son todos los ahorros de una persona. A lo mejor, visto desde lo macro, no es importante a la hora de vender esta tecnología como inmutable, cuando en realidad no lo es.

Los mineros son los que trabajan para que estos bloques queden cerrados en estas computadoras que van a tratar de resolver este algoritmo, de manera tal que el algoritmo sea cada vez más difícil, para que demoren este tiempo para ser validados. Estos mineros van a cobrar una compensación en criptomonedas por este trabajo. Esto es lo que hace, en principio, seguro el sistema, porque es validado por esta red de computadoras que compiten entre sí para validar los algoritmos, y estos algoritmos son cada vez más difíciles a los fines de hacer más segura la red.

En 2015, Ethereum propone una plataforma también descentralizada y pública; o sea que cualquiera podría –igual que Bitcoin– utilizar la red para, en este caso, hacer

contratos inteligentes. Lo que tiene Ethereum es que es un poco más sofisticada que Bitcoin, que nace para registrar transacciones económicas de transferencias entre cuentas. Ethereum va a proponer en el 2015 –por eso hay una proliferación de los contratos inteligentes– una criptomoneda propia, que se llama *ether*; una red descentralizada, también con esta validación por prueba de trabajo por distintas computadoras para que no sea alterable el encadenamiento y el contenido de estos bloques, y va a tener un propio lenguaje de programación para promover esta creación de los contratos inteligentes.

¿Qué es un contrato inteligente? La masividad que va a lograr el contrato inteligente es a partir de que se pueda subir el contrato inteligente a esta red que propone Ethereum, que es un poco más sofisticada y va a permitir que en la cadena de bloques no solamente haya una transacción económica sino que también haya un programa informático. El contrato inteligente –como lo llaman en la jerga los informáticos–, en realidad, no es un contrato inteligente, es un programa que se autoejecuta. Es una suma –dirían los informáticos– de códigos más datos. Los datos, por supuesto, los completa el cliente, el proveedor y el consumidor, y los códigos los va a redactar un ingeniero informático o un especialista en informática.

Lo que tiene el contrato inteligente es que va a ser una parte o el cumplimiento de un contrato; podemos decirle el contrato madre o el contrato marco o el contrato propiamente dicho para nosotros. O sea, nosotros vamos a tener un contrato, y vamos a ver algunos ejemplos, que pueden ser: un contrato de arrendamiento de auto por día; esos contratos de seguros que ahora se están ofreciendo con una indemnización por el atraso de más de tres horas de los vuelos; puede ser un contrato de fideicomiso; un contrato de depósito en garantía; una compraventa en cuotas. Pueden ser distintos contratos.

El contrato va a existir porque va a haber un acuerdo de voluntades, y requiere todos los elementos del contrato, o sea que va a adscribir a la teoría general del contrato. Ahora vamos a profundizar esto, pero lo que se llama contrato inteligente, en realidad, es un programa informático que va anexo a este contrato marco y que lo que hace es ejecutar automáticamente el cumplimiento del contrato. O sea que las personas van a suscribir un contrato, generalmente por medios electrónicos y a distancia. La mayoría de las veces también es un contrato de cláusulas predisuestas, formularios por adhesión y, además, de consumo. Y lo que las partes tienen que consentir, especialmente el consumidor, es que la faz de ejecución del contrato se hace en forma automática. Por ejemplo, uso el auto y se me debita de la tarjeta de crédito; yo suscribí un contrato de adhesión con anterioridad, se ejecuta automáticamente el pago del servicio que he utilizado. Esto sería un ejemplo simple. Hay ejemplos más complejos que son interesantes justamente en la utilización. Pero lo que es interesante es que en este diseño de contrato, como nosotros conocemos y que por supuesto adscribe a la teoría general del contrato, el mal llamado contrato inteligente es un programa informático que ejecuta las obligaciones pactadas previamente.

La necesidad de un ingeniero informático nos hace pensar sobre este tema porque evidentemente hubo casos de discordancia entre el lenguaje natural, como lo llaman los informáticos, o el lenguaje castellano que necesitamos utilizar, o el idioma que sea, y el lenguaje informático. Puede haber discordancia entre este lenguaje natural y el lenguaje informático. Por supuesto que ante una discordancia, el juez va a estar a favor del len-

guaje natural, pero evidentemente hay un trabajo en conjunto entre el informático y el abogado que redacta el contrato: el abogado tiene que saber informática y el informático tiene que saber algo de derecho.

Si a nosotros nos resulta difícil a veces entender términos jurídicos, que trabajamos todo el tiempo con esto, y además a los consumidores también, a los requirentes, a los clientes les resulta difícil conocer los términos jurídicos, acá no solamente vamos a tener que comprender la parte jurídica, sino que también va a tener que hacerse un trabajo en relación a la cuestión de la informática que es necesario interpretar. Y en este tema creo que nosotros tenemos que trabajar con un acercamiento hacia la tecnología, de la mano de personas que sepan informática, para que trabajemos en conjunto, porque esto es un trabajo multidisciplinario o interdisciplinario.

¿Qué pasa si hay discordancia entre el lenguaje natural del contrato y el lenguaje informático? ¿Qué pasa si hay un error? También puede fallar la computadora en la ejecución del contrato. Hubo casos de errores en donde el contrato inteligente se auto-ejecutó en base a una obligación que no estaba determinada ser cumplida de esa manera. Entonces hubo fallos en este sentido, hubo errores. Estas cosas también suceden.

Podemos resumir que el contrato inteligente, lo que los españoles llaman el contrato legal inteligente, sería el que nosotros llamamos contrato y generalmente es un contrato por formulario y, por supuesto, está redactado en el idioma que las personas manejan. Y el contrato inteligente sería como la segunda parte; este programa informático que está en la cadena de bloques y que actúa automáticamente frente al cumplimiento de la condición preestablecida en el contrato principal.

Lo que caracteriza entonces al contrato es que no solamente tengo que consentir el contrato en sí sino que también tengo que prestar el consentimiento sobre la ejecución automática. Acá no voy a tener posibilidad de ejercer la excepción de incumplimiento contractual, porque si la otra persona no cumple, va a ser el contrato inteligente el que de alguna manera determine dónde va el dinero, si está depositado en una cuenta, y no voy a poder decir “si la otra parte no cumple, yo tampoco cumplo”, porque esto lo voy a haber delegado en manos de un programa informático que va a manejar cuentas y va a depositar en cuentas; puede ser con criptomonedas o con cuentas bancarias comunes, y ahora vamos a ver algunos ejemplos.

Entonces, el programa informático en sí va a recibir datos, va a enviar datos, va a prestar servicios comunes a ambas partes (por ejemplo, notificaciones). Puede incluso dar la orden de dar acceso a un automóvil cuando está pago el servicio de arrendamiento por día o, si las cuotas de pago del automóvil no se cumplieron, el programa podría dar la orden de que el automóvil se bloquee. Esto también nos trae distintas problemáticas para analizar. Por ejemplo, si el automóvil fue comprado y hay un plazo para pagarlo, sería una prenda que podría tener el auto, pero a la vez sería una garantía autoejecutable, porque entonces el automóvil podría estar bloqueado. E incluso podría ir más allá y registrar una transferencia del mismo.

También podemos ver otros ejemplos, pero lo que me pareció importante destacar –ahora vamos a otros ejemplos– es que el contrato en nuestro Código Civil y Comercial de la Nación es un acto jurídico. Como tal, debe tener todos los elementos internos de discernimiento, intención, libertad; o sea, va a tener que estar prestado este consenti-

miento de acuerdo a la forma que el negocio jurídico requiera, con las formalidades que el negocio jurídico requiera, y, por supuesto, no va a tener que tener los vicios de violencia, dolo o error. Entonces, ¿cómo yo garantizo esta situación si la persona a lo mejor está suscribiendo un contrato de adhesión desde su casa, que por supuesto ni va a leer cuando acepte los términos y condiciones? Generalmente, no se hace la mínima lectura de las condiciones del contrato que se está suscribiendo cuando es por adhesión y en este marco de contratación electrónica a distancia. También vamos a tener muchas veces la oferta y la aceptación, y se perfeccionará también en el momento que la aceptación sea notificada.

La pregunta es cómo nosotros podemos garantizarle a este consumidor que la información que está recibiendo es completa; cómo podemos garantizar que este consumidor está comprendiendo la situación jurídica. Esta es una tarea que nos atañe a todos. Y también planteamos en este ámbito la cuestión de qué pasa con los contratos donde hay una compraventa de mercadería, por ejemplo, en los contratos de consumo, y el consumidor tiene derecho a devolverla. Estos contratos deberían prever que no se van a ejecutar hasta que pase ese periodo de prueba en que el consumidor tiene derecho a evaluar la cosa que compró. Este derecho de arrepentimiento que está en la regulación de los contratos de consumo, ¿cómo se regula en un contrato que se autoejecuta? Es importante que veamos los plazos, que obviamente van a diferir de acuerdo a la legislación, que es otro tema que seguidamente vamos a ver.

¿Cuáles son los contratos que se están usando como contratos inteligentes? Tenemos, por ejemplo, una compraventa a plazo, una vez cumplida la cantidad de cuotas y pagada la totalidad del precio. El contrato inteligente o este programa informático va a poder verificar si el dinero está completo en la cuenta designada, o si se han transferido las criptomonedas, y entregará el producto a la persona que lo compró, luego de haber pagado. También este ejemplo de los automóviles alquilados por día, contrato de locación, que es muy simpático porque uno baja la aplicación en el celular, crea un usuario –y ahora vamos a volver con esto de que cualquiera puede crear un usuario con datos que nadie verifica– y, completando el usuario, puede alquilar un auto por día, que le devuelve un código QR una vez que pagó y con ese código destraba el auto y lo usa las horas que lo alquiló. Entonces, todo es por contratación electrónica a distancia y sin ninguna intervención humana. Luego, el seguro por atraso de vuelos, donde el contrato inteligente va a pedir información a los aeropuertos y va a tener una conexión con una información que viene del exterior. Esta información que viene del exterior se va a prestar a partir de oráculos, que también son empresas que se dedican a esto. O sea que vamos viendo cómo hay distintas empresas que van interactuando en este mundo tecnológico, que también van a tener su propio software y que también pueden fallar en esta etapa de prueba que estamos teniendo con la tecnología. También puede haber un fideicomiso, un depósito en garantía; por ejemplo, una compraventa de acciones donde, por los pasivos ocultos, se deposita un dinero en un depositario, que puede ser un fiduciario perfectamente, y una vez pasados los dos años para verificar que no hubo demandas y que no hay pasivos ocultos, entonces el dinero se le entrega al vendedor. Y esto puede ser todo automático, con un contrato inteligente.

Uno de los problemas que tienen estos contratos inteligentes es justamente la identificación de las cuentas, porque las cuentas son creadas y no hay nadie que verifique la

identidad de las personas que están atrás de estas cuentas. O sea que es muy fácil inventar una cuenta o hacerla con un documento falsificado. También es necesario decir que las primeras transacciones importantes que se hicieron a través de *bitcoin*, por ejemplo, tienen que ver con la venta de armas, con la venta de estupefacientes. ¿Por qué? Porque acá no hay entidad que controle, que verifique el origen de los fondos, llámese Banco Central, llámese Estado, llámese normas antilavado. No hay ninguna entidad que verifique y supervise el movimiento de esta economía.

Lo que nos preguntamos entonces es cómo conocer el origen de los fondos en estas situaciones de contratos, que a lo mejor son multimillonarios, o de plataformas que manejan contratos multimillonarios, y cómo cumplimos entonces con las normas antilavado, con la lucha contra el narcotráfico. Son preguntas que nos hacemos y que evidentemente el tema da para seguir investigando en distintas áreas. Por ejemplo, hay algunos casos de *hackeos* de estas redes que se supone que son inmutables, como *blockchain*, casos famosos como Gox en 2014, DAE en 2016. A principios de marzo hubo un caso en Ethereum, que es una de las más conocidas y por eso lo traigo para comentar. Y en noviembre del 2018 también el caso del *bitcoin crash*, que hubo una discordancia de códigos en la misma red y se abrieron dos *bitcoins*, y tenemos *bitcoin crash* y *bitcoin classic*.

Con esto quiero decir que la tecnología es una verdadera revolución, se impone y arrasa como una nueva industria, pero nosotros no debemos dejar que se lleve por delante a la persona como principal usuaria de los servicios jurídicos y de los bienes y servicios. En pos de la agilidad, no podemos perder la seguridad jurídica preventiva, que nosotros tenemos tan instalada en nuestra cultura. No por nada 88 países del mundo tienen el sistema romano germánico, y no por nada la seguridad jurídica preventiva es la que ha elegido un país como China como sistema jurídico para adoptar.

El otro tema que me parece fundamental para el notariado es posicionarnos del lado de los que necesitan protección, que en este caso son los consumidores. Evidentemente, es un contrato al que se le aplican las normas de derecho internacional privado sobre contratación a distancia, sobre contratación electrónica y, además, la generalidad de los casos va a ser de aplicación de la normativa del derecho del consumidor. Y en esto creo que tenemos que estar trabajando mucho para propender a la información, a la comprensión de los actos que realizan los consumidores y a no perder de foco que, en la economía de los bienes y servicios, la persona, el consumidor, el usuario, es el principal sujeto de protección, y no en pos de la dinámica de los negocios tenemos que perder de vista que detrás de un negocio, detrás de un contrato, hay personas, bienes y servicios.

La mayoría de las legislaciones tiene normas muy parecidas al artículo 2654 del Código Civil y Comercial, donde generalmente el consumidor va a poder elegir la jurisdicción a aplicar. Sin embargo, ¿cómo hacemos si no tenemos un representante de la empresa, la cual está en un barco en medio del océano? No tengo representante, no tengo sucursal. No tengo una empresa como Panasonic, que tiene sucursales en todo el país. Hubo un fallo en Brasil donde se dijo: usted contrató con Panasonic de Miami, pero si usted vive en Brasil, Panasonic Brasil le tiene que responder. Panasonic es una empresa conocida, ¿pero qué pasa con otros casos, como Airbnb o con otras empresas? Puedo litigar en mi país, puedo elegir el juez, podría eventualmente también exigir que

se aplique el derecho del domicilio del consumidor, porque es una norma de orden público, porque está consagrada en nuestra Constitución. Sin embargo, ¿cómo entablo una demanda si no tengo forma de emplazarla en mi jurisdicción, donde quiero litigar con los jueces de mi país? Este es un tema que preocupa muchísimo porque a nivel de normas internacionales puede haber una respuesta de parte del derecho de consumidor, pero es imposible luego aplicarla en la práctica.

Entonces, nos preguntamos: con el avance de toda esta tecnología, ¿cuál es la función notarial? ¿Cuál es la esencia de nuestra función notarial? Entiendo que tenemos que trabajar en pos de revalorizar la presencia, incluso física, el contacto con las personas para dar la explicación sobre los contratos que se celebran, la comprensión de la información y de las consecuencias jurídicas. Creo que ese es el valor que nosotros tenemos para agregar como juristas, como abogados, como escribanos. Incluso esto atañe también a los jueces, a los funcionarios registrales. Tenemos que colaborar también con las normas de prevención del lavado de dinero en la lucha contra el narcotráfico y colaborar también con la correcta tributación, porque, en definitiva, vivimos en un Estado organizado, republicano y federal.

Tengo algunas buenas noticias. Por ejemplo, en Perú, se acaba de dictar una ley, el 22 de enero del 2019, muy parecida a la ley española que se aprobó en los primeros días de enero del 2019, en donde se exige que en los préstamos bancarios con hipoteca el requirente del préstamo, el deudor hipotecario, tenga que sí o sí elegir a su escribano de confianza. Esto ocurre por toda esta corriente de fallos a favor del consumidor. El escribano entonces aparece en estas legislaciones, como la de Perú y España, del lado de la defensa de los derechos del consumidor como un valor y como un derecho humano trascendental. Me parece que estas son buenas noticias porque se toma conciencia de que el avance tecnológico no es un valor en sí; la agilidad en sí no es un valor, sino que lo que tenemos que tener en cuenta es la persona como usuario y como centro de imputación de todas las normas jurídicas en un sistema jurídico.

Así que las preguntas son muchas. Tengo muchas preguntas sobre qué podemos aportar nosotros como notarios en esta revolución, porque evidentemente la revolución está instalada. Estaremos del lado de los que tienen capacidad restringida, para asistirlos, porque evidentemente un programa informático no va a poder cumplir con ninguno de los requisitos necesarios para asistir a una persona con capacidad restringida.

Entiendo que estaremos ahí, ayudando y asistiendo a la persona, para lograr la correcta comprensión del acto. Nuestra función es dar fe y confeccionar contratos, asesorar a las partes, dar forma y verificar el contenido legal a las expresiones de las partes, interpretar la voluntad. Nuestra función es todo eso y, además, dar fe. Nuestra función no es solamente dar fe de un horario, de una fecha; tampoco es solamente identificar a las partes. Nuestra función es fedante y también comprende la elaboración del contenido de los contratos, de los actos jurídicos a requerimiento de las partes, interpretando su voluntad. Nuestra función es un conjunto de elementos que incluyen acompañar a las partes desde el principio, informarlas, explicarles las consecuencias jurídicas de los actos, ver que la persona, amén de que sea quien es, actúe con libertad, que esté eligiendo, que no esté bajo presión, o que, por ejemplo, no esté bajo los efectos de algún estupefaciente, que no tenga una capacidad restringida.

Nuestra función suma todos esos actos, es mucho más rica y completa que dichos actos separados. Suma todos esos actos de información, asesoramiento, interpretación, confección de documentos válidos y la función fedante, la potestad de dar fe y de blindar el documento, que goza de fe pública y hace plena fe hasta que sea redargüido de falso. La suma de todos estos elementos hace a nuestro aporte en esta sociedad y es nuestro servicio hacia los usuarios, que son las personas que integran nuestra comunidad.

Poder especial irrevocable

Error en la individualización del inmueble*

Alfonso Gutiérrez Zaldívar

RESUMEN

En 2002, los titulares de un inmueble otorgan poder especial irrevocable por dos años a favor del comprador de la mitad indivisa del inmueble (quien actuó en comisión, habiéndose abonado la totalidad del precio), donde se construiría otra unidad funcional, para que sometiera a régimen Ley 13512 la totalidad del inmueble y oportunamente suscribiera la escritura del reglamento y de venta de la unidad a crearse. Para ello lo facultaron para que en dicha parte indivisa construyera la unidad funcional y efectuaran todas las transformaciones de obra y los actos administrativos pertinentes. Junto con el poder, se firmó un plano de obra donde las partes habrían señalado la parte indivisa que se enajenaba, pero se omitió acompañar dicho plano al poder. En 2003, se aprueba el plano que generó las unidades, resultando que la unidad enajenada se la designa como unidad funcional número 1 y no número 2, como en un momento se mencionó en el poder. En el mismo año 2003, la consultante autoriza el reglamento de copropiedad y administración, realizando en forma simultánea la venta de la unidad funcional 1, utilizándose el poder especial irrevocable mencionado. En 2014, con motivo de una nueva transferencia de la unidad funcional, una escribana referencista observa el título de la consultante, manifestando que el poder especial irrevocable no es suficiente porque la unidad se individualizaba con el número 2 y no con el número 1. Se concluirá que si la observación al título de propiedad se debe al cambio de unidad funcional a crearse, dicha observación es infundada. No se ven inconvenientes en utilizar el poder para vender cualquiera sea el número final de la unidad funcional. Asimismo, la doctrina del presente dictamen hará referencia a las facultades de los poderes y la naturaleza del negocio, así como a los estudios de títulos y hasta qué punto la consideración de una circunstancia como observable puede significar un impedimento a la circulación de un título.

PALABRAS CLAVE

Poder irrevocable; facultades; individualización del bien; facultades expresas; poderes especiales.

Sesión del Consejo Directivo que dispone publicación: 28/8/2018, acta N° 4061

Sumario: 1. Doctrina. 2. Antecedentes. 3. Consideraciones. 4. Conclusión.

* Dictamen aprobado en forma unánime por los miembros de la Comisión de Consultas Jurídicas del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires en su sesión del 16/8/2018 (expediente interno N° 16-01927-17).

1. Doctrina

- *Al utilizar un poder, es necesario analizar el marco de las facultades del mismo junto con la naturaleza del negocio donde se va a utilizar.*
- *Los estudios de títulos deben ser realizados en forma responsable, separando los inconvenientes reales que pudiera tener un título de los inconvenientes de mera forma y los llamados de “buena práctica notarial”, ya que estos no pueden acarrear la observabilidad del título.*

2. Antecedentes

La escribana B. realiza una consulta y comenta los siguientes antecedentes:

- a) El 4 de octubre de 2002, por escritura pasada ante la escribana B., los titulares de dominio del inmueble ubicado en la calle Virrey Olaguer y Feliu números [...] de la Ciudad de Buenos Aires otorgan poder especial irrevocable por el plazo de dos años a favor del comprador del inmueble.
- b) En dicho poder especial irrevocable se menciona que los vendedores habían vendido la mitad indivisa del inmueble a favor del señor MVM, quien actuó en comisión, habiéndose abonado la totalidad del precio.
- c) Del texto del poder especial irrevocable surge:¹

Que en virtud a que en la parte indivisa del inmueble enajenado se procederá a modificar las estructuras existentes y construir otro inmueble confieren PODER ESPECIAL IRREVOCABLE por el plazo de DOS AÑOS [...] para que en sus nombres y representación y actuando [...] SOMETAN al Régimen de la Ley número 13512 [...] por la totalidad del inmueble (la parte indivisa enajenada y la que continúa en su patrimonio), oportunamente otorguen y suscriban la escritura de reglamento de copropiedad y administración y venta de la unidad a crearse en la parte indivisa que se enajena. Al efecto los facultan para que en la parte indivisa que han enajenado, construyan una unidad funcional (que en el futuro será la Unidad funcional 2, sin limitaciones de superficie a construir o tipología de construcción, de acuerdo a las normas legales y edilicias vigentes); efectúen demoliciones [...] los facultan para firmar el plano de subdivisión en propiedad horizontal; pudiendo innovar, subdividir, sobreelevar unidades, crear o modificar porcentuales existentes, suscribir o modificar planos y planillas de revalúo; realizar todos los actos que conlleven a obtener la aprobación de planos y reglamentos; suscriban el plano de subdivisión y la escritura de Reglamento de Copropiedad y Administración que registrá el inmueble...

Continúa diciendo la escritura que

CON RESPECTO a la unidad funcional que resultará construida en la parte indivisa que han enajenado, confieren PODER ESPECIAL IRREVOCABLE, en los términos de los artículos 1977, 1981 y concordantes del Código Civil Argentino, a favor de [...] por plazo de DOS AÑOS a partir de la fecha, a cuyo vencimiento continuará la vigencia como poder especial, para que en sus nombres [...] VENDAN a favor de la o las personas que vieren convenir, inclusive a favor de los poderdantes [...] comitentes del boleto, sus derechohabientes, o cesionarios del

1. La parte que transcribimos es textual de la consulta.

boleto, por el precio y forma de pago que estimen, con o sin garantía hipotecaria la unidad funcional o unidades funcionales que finalmente resulten construidas en la mitad indivisa que hoy enajenan; suscriban contratos de compraventa y escrituras traslativa de dominio de la o las relacionadas unidades funcionales [...] otorguen la posesión material y jurídica de los bienes, transmitan todos los derechos inherentes al dominio y posesión [...] Agregan los mandantes que exime a los mandatarios de la obligación de rendir cuentas, en virtud a que la compra venta de la mitad indivisa es una operación totalmente terminada entre ellos, de la cual únicamente resta la obligación de otorgar la escritura traslativa de dominio.

- d) De la consulta surge que, junto con el poder mencionado, se firmó un plano de obra donde las partes habrían señalado la parte indivisa que se enajenaba. Aclara la consultante que en el poder especial irrevocable mencionado se omitió mencionar dicho Plano de Obra.
- e) En el año 2003 se aprueba el plano MH-545-2002, que generó las unidades, resultando que la unidad enajenada se la designa como unidad funcional 1 y no 2 como en un momento se mencionó en el poder especial irrevocable transcrito.
- f) En el mismo año 2003, la consultante autoriza el reglamento de copropiedad y administración, realizando en forma simultánea la venta de la unidad funcional 1, utilizándose el poder especial irrevocable mencionado.
- g) En el año 2014, por motivo de una nueva transferencia de la unidad funcional mencionada, una escribana referencista observa el título de la consultante, manifestando que el poder especial irrevocable no es suficiente porque menciona otra unidad funcional.

Aclaro que la consultante no presenta su opinión fundada sobre la consulta.

3. Consideraciones

El poder fue otorgado y utilizado bajo la vigencia del [Código Civil](#) (en adelante, “CCIV”); por lo tanto, es dicho cuerpo legal el que debemos aplicar, ya que fue la norma vigente al momento de otorgamiento y de ejecución. La compraventa se concretó y finalizó bajo la vigencia de dicho Código, no existiendo relaciones y situaciones jurídicas pendientes.

Veamos ahora la norma. El CCIV establecía en el artículo 1881 que: “Son necesarios poderes especiales: [...] 7. Para cualquier contrato que tenga por objeto transferir o adquirir el dominio de bienes raíces, por título oneroso o gratuito”. Dicho artículo establecía que era necesario un poder especial, pero la especialidad estaba dada por la facultad de transferir o adquirir bienes raíces, no siendo necesario la individualización específica del bien en cuestión. O sea, se cumplía con la especialidad al otorgarse facultades para transferir o adquirir inmuebles. Sin perjuicio de ello, se debía analizar el marco de las facultades otorgadas ya que no siempre que se otorgan facultades para vender inmuebles se está otorgando un poder para vender los mismos: por ejemplo, si dentro de un poder judicial se otorgan facultades para vender inmuebles, es dentro de dicho marco en el que el apoderado puede vender inmuebles de su mandante.

Volviendo a la necesidad o no de individualizar los bienes, distinto era el caso del artículo 1807 CCIV, que establecía: “No pueden hacer donaciones: [...] 6. Los manda-

tarios, sin poder especial para el caso, con designación de los bienes determinados que puedan donar”. Esta última exigencia no se ha mantenido en el Código Civil y Comercial (en adelante, “CCCN”), pero se estableció, por otro lado, la necesidad de identificar los bienes para los poderes otorgados para dar el asentimiento conyugal (art. 375, inc. b), CCCN).² Por otro lado, la nueva redacción del Código toma la interpretación de la doctrina y de la jurisprudencia,³ estableciendo en el encabezado del artículo 375 “son necesarias facultades expresas” en vez de “son necesarios poderes especiales”, a fin de dejar a salvo la interpretación de que dichas facultades podrán constar en poderes generales o especiales.

Volviendo al Código Civil, el artículo 1883 establecía que “El poder especial para vender no comprende el poder para hipotecar, ni recibir el precio de la venta, cuando se hubiese dado plazo para el pago; ni el poder para hipotecar, el poder para vender”. Este artículo tiene la particularidad de desarmar el axioma de que “el que puede lo más puede lo menos”.

Por otro lado, el artículo 1905 CCIV establecía que “la naturaleza del negocio” es la que determina la extensión de los poderes. Y se mencionó que

Para que exista un poder especial no era necesario definir un acto o dos, sino la naturaleza del negocio, la operación, el encargo. Es decir que debía existir poder especial cuando se otorgaba para actos de disposición. La interpretación de las facultades conferidas en un poder especial era absolutamente restrictiva; no se aplicaba la analogía, entendiéndose que aquellas que no estaban mencionadas no estaban incluidas.⁴

Se mencionó también que el poder especial debía ser interpretado restrictivamente, limitándose a los actos para los cuales hubiese sido dado, sin que se pueda extender a otros análogos, aun cuando se pudiera considerar consecuencia natural del que se ha encargado hacer.⁵ Si había duda, esta debía ser en el sentido de que no existía la facultad que se pretende ejercer. Los poderes especiales, en definitiva, debían interpretarse y aplicarse en forma estricta.⁶

Mencionamos también que algunos autores entendían que la distinción entre poderes generales y especiales estaba contemplada en el artículo 1879 CCIV, aunque luego la propia nota del Codificador la rebaja a un mero discurso doctrinal.⁷

Con respecto a los poderes irrevocables, el artículo 1977 CCIV establecía que se podían otorgar para un negocio especial, limitado en el tiempo y en razón de un interés legítimo de los contratantes o de un tercero.

2. Otra diferencia que encontramos es que el art. 375 CCCN establece en su inc. b) la necesidad de individualizar a la persona a reconocer, no siendo suficiente la sola mención de las facultades.

3. Ver CNCiv., Sala K, 29/11/2004, “Bodda, Alicia S. c/ Almirón, Emilce G. y otros” (*Doctrina Judicial*, t. 2005-1, p. 978; cita online AR/JUR/4970/2004).

4. MÜLLER, Enrique C., [comentario al art. 375], en Lorenzetti, R. L. (dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, t. 2, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, p. 475.

5. LÓPEZ MESA, M. (dir.), *Código Civil y leyes complementarias. Anotado con jurisprudencia*, t. 3, Buenos Aires, LexisNexis, 2007.

6. GARRIDO, Roque F. y ZAGO, Jorge A., *Contratos civiles y comerciales*, Buenos Aires, Editorial Universidad, 1998 (2ª ed.).

7. [N. del E.: ver VÉLEZ SANSFIELD, Dalmacio, *Notas del Código Civil de la República Argentina*, Buenos Aires, Pablo Coni Editor, 1872, p. 112, [aquí](https://archive.org/); fuente: <https://archive.org/>; última consulta: 30/10/2019].

En el caso en consulta, el negocio especial es claro: se vende una parte indivisa, se paga la totalidad del precio y el vendedor otorga un poder irrevocable para que el comprador someta el inmueble a propiedad horizontal y, luego de ello, venda a su favor o de quien resulte comprador (era una compra en comisión) la unidad o unidades funcionales resultantes. Al efecto, se menciona el boleto de compraventa que da origen al poder.

Con respecto al plazo, el poder irrevocable se otorga en octubre del año 2002 por un plazo de dos años. El reglamento de copropiedad y administración, junto con la respectiva venta, se otorga en julio de 2003; dentro del plazo mencionado.

Con respecto al interés legítimo, no cabe la menor duda de que existió. El vendedor tenía interés en cumplir con su obligación de transferir el inmueble por el cual ha cobrado el total del precio e interés en que se divida el inmueble de acuerdo a lo acordado entre las partes. Con respecto al comprador (quien actuó en comisión), no existe duda de su interés legítimo de recibir lo que pagó.

En relación a la individualización de las facultades para vender, y sin perjuicio de que técnicamente no se “construye” sobre una parte indivisa por ser ideal sobre el todo y no una parte determinada, el poder menciona:

... CONFIEREN PODER ESPECIAL IRREVOCABLE [...] por la totalidad del inmueble (la parte indivisa enajenada y la que continúa en su patrimonio) [...] y venta de la unidad a crearse en la parte indivisa que se enajena. Al efecto los facultan para que en la parte indivisa que han enajenado, construyan una unidad funcional (que en el futuro será la Unidad funcional 2, sin limitaciones de superficie a construir o tipología de construcción, de acuerdo a las normas legales y edilicias vigentes) [...] suscribir o modificar planos [...] suscriban el plano de subdivisión y la escritura de Reglamento de Copropiedad y Administración que registrará el inmueble [...] suscribiendo toda clase de [...] planillas y modificando planos...

Pero, como vemos, el poder mencionado se refiere principalmente a la división del inmueble en propiedad horizontal, ya que luego el compareciente otorga otro poder para la venta, estableciendo:

... CON RESPECTO a la unidad funcional que resultará construida en la parte indivisa que han enajenado, CONFIEREN PODER ESPECIAL IRREVOCABLE, en los términos de los artículos 1977, 1981 y concordantes del Código Civil Argentino, a favor de [...] por plazo de DOS AÑOS a partir de la fecha, a cuyo vencimiento continuará su vigencia como poder especial, para que en sus nombres y representación, actuando en forma [...] VENDAN [...] con o sin garantía hipotecaria la unidad funcional o unidades funcionales que finalmente resulten construidas en la mitad indivisa que hoy enajenan; suscriban contratos de compraventa y escrituras traslativas de dominio de la o las relacionadas unidades funcionales...

Pregunta: ¿a alguien le cabe la menor duda de que los apoderados no tenían facultades para vender? No veo la posibilidad de entender que los apoderados no tenían facultades para enajenar la unidad resultante de la propiedad horizontal.

El cambio de número de la unidad funcional no puede, en el caso en cuestión, modificar las facultades otorgadas. Se podría no haber mencionado en el poder para someter el inmueble a propiedad horizontal cuál sería el número de la unidad vendida, ya que, como muchas veces ocurre, no es el vendedor/titular ni el escribano actuante

quien define el número definitivo de cada unidad. Pero no puede entenderse que el poder carecía de facultades para enajenar la unidad funcional 1; poder que, como se mencionó, otorga facultades para vender una o varias unidades funcionales que finalmente resulten construidas en la mitad indivisa vendida, agregando facultades para firmar las escrituras traslativas de dominio de la o las relacionadas unidades funcionales.

En el caso en consulta, puede ser que, al redactar el poder, el escribano y las partes pecaron de atrevimiento al mencionar a la pasada el número que resultaría a la unidad funcional sobre la parte indivisa enajenada. Pero el poder es claro: se otorgaron facultades para vender “la unidad funcional o unidades funcionales que finalmente resulten construidas en la mitad indivisa que hoy se enajena”. O sea, si la observación que recibió la escritura en cuestión se debe a que, como menciona la escribana en su consulta, “en el poder se consignó [...] ‘que en el futuro será la unidad funcional 2’, resultó construida y finalmente designada como UNIDAD FUNCIONAL NÚMERO UNO”, la observación que recibió dicha escritura es sin sentido y hasta peligrosa.

Desconocerle facultades al poder mencionado es desconocer el alcance jurídico de los poderes, de los mandatos, de la compraventa, desconociendo las vicisitudes que ocurren cuando uno ejerce una profesión, que en este caso es la de escribano, que, al igual que en otras profesiones, las cosas no siempre suceden como en los libros. El escribano debe dar seguridad jurídica en una realidad dinámica que se ve afectada por distintos inconvenientes y dificultades provocadas por las situaciones del país donde ejercemos. Nos encontramos con normas, reglamentaciones y plazos que, en algunos casos, parecen entorpecer el cuidado y mantenimiento de la seguridad jurídica. Normas, reglamentaciones y plazos que en muchos casos difieren de la realidad de todos los días.⁸ Frente a ello, el escribano debe velar que el vendedor cobre el precio total de la venta y el comprador reciba la propiedad y posesión de lo que adquirió.

Observar el cambio de número de la unidad funcional sin tener en cuenta las facultades otorgadas en el poder en conjunto produce una inseguridad jurídica que afecta nuestra profesión. Profesión que se encuentra atacada en los tiempos actuales por otros sistemas jurídicos, bajo argumentos, mal probados, de que otros sistemas jurídicos parecerían mejores y, en algunos casos, más baratos, lo que no es cierto. La observación realizada (siempre y cuando sea por el número de la unidad funcional, que es lo que menciona la escribana consultante) estaría dándole la razón a aquellos que argumentan que el escribano es un obstáculo en las operaciones inmobiliarias.

Es importante que cada profesional del derecho, cuando revise un acto anterior, lo haga con ojo crítico, buscando los inconvenientes reales y los mencione en forma clara y precisa a fin de que el interesado pueda conocer a ciencia cierta los inconvenientes que puede tener el título. La revisión debe ser una revisión responsable, separando los inconvenientes reales de los de mera forma. No podemos observar “por las dudas”, ya que, en los tiempos que corren, el “por las dudas” es muy costoso.

8. Ej.: los plazos establecidos para las transferencias de fondos de comercio, donde los profesionales del derecho tienen que aplicar normas jurídicas y tributarias que en varios casos contradicen y modifican plazos.

4. Conclusión

Si la observación al título de propiedad se debe al cambio de unidad funcional a crearse, consideramos que dicha observación es infundada. No vemos inconvenientes en utilizar el poder para vender cualquiera sea el número final de la unidad funcional.