

Doctrina

Principio de economía en el derecho procesal



Enrique M. Falcón

Académico titular de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires

Conclusión del Diario La Ley del 17/01/2022

Uno es la adecuada distribución de la *competencia* en la asignación del trabajo, que surge de la organización antes mencionada, resulta esencial para el adecuado funcionamiento del sistema judicial. Regular la competencia con la cantidad de tribunales que sean necesarios para que puedan realizar la tarea en tiempo y forma, es esencial. Es por ello que la competencia debe ser regulada totalmente aparte de los códigos procesales, en una ley al efecto que contemple los distintos supuestos, ya sea la competencia territorial, por materia, grado, turno, etc. Ello sin perjuicio de las reglas de competencia que los códigos sustantivos entiendan que deben ordenarse para toda la Nación, como establece por ejemplo el Código Civil y Comercial en los arts. 716 a 720 para los procesos de familia.

Los planteos de competencia entorpecen y retrasan innecesariamente el proceso y son uno de los factores que más lo perju-

dican. Quizás el mayor número de decisiones en proporción a los temas sea el de esta materia (29). En este fin deben darse reglas suficientemente claras y elásticas, en una relación íntima con los tribunales, sus horarios y la posible actuación de jueces itinerantes, como surge del ejemplo de Canadá (30).

VIII.3. Utilización de los recursos útiles existentes. El horario judicial

El segundo aspecto que es necesario remarcar es el del horario en que funcionan los tribunales los tribunales nacionales y federales (art. 152 Cód. Proc. Civ. y Com.), Su horario básico es de 7:30 a 13:30. (Reglamento para la Justicia Nacional, art. 6º), aunque ha tenido otros horarios (11:30 a 18). Este horario no solo es totalmente insuficiente, sino que mantiene edificios vacíos durante la mayor parte del día (paliado en gran parte por la actuación electrónica prevista actualmente, lo que muestra la importancia de la tecnología) (31).

(29) En el comentario al final a mi exposición sobre este tema en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, entre las opiniones que se vertieron, resulta interesante destacar la del Académico Alberto Bianchi hizo notar que el tema de la competencia debía ser una materia interna del poder judicial y no una externa derivada a los justiciables que debían rondar muchas veces durante largos períodos para buscar el juez competente. El mismo Poder Judicial debería ser el que ante cuestiones de incompetencia resolviera de modo rápido y eficaz sobre la misma, como elemento coadyuvante al principio de economía de tiempo.

(30) El 27 de octubre tuvo lugar en el aula 217 de la Facultad de Derecho la charla "Acceso a la justicia - La experiencia de los jueces itinerantes en Canadá", organizada por *Lecciones y Ensayos* —revista jurídica dirigida por estudiantes y dependiente del Departamento de Publicaciones—, CIPPEC —Centro de Implementación de Políticas Públicas para la Equidad y el Crecimiento— y la Embajada de Canadá en Argentina. El evento contó con la participación de Pierre Bachand, juez de la Corte Itinerante y coordinador de la región de l'Estrie en Québec, Abog. Diego Freedman, integrante del área de justicia de CIPPEC y Lucas Barreiros, Secretario de Redacción de *Lecciones y Ensayos*. El juez Bachand explicó el funcionamiento del sistema judicial en el norte de la provincia de Québec —habitada por pueblos aborígenes— donde la justicia es impartida por la Corte Itinerante, integrada por diez jueces de la Corte de Québec,

A ello se suman además las ferias tradicionales de julio y enero y los plazos. No se puede decir que no hay suficientes edificios cuando se desperdician todos ellos durante más de la totalidad del día. La utilización de recursos existentes ociosos es una cuestión muy a tomar en cuenta en el campo del principio de economía, que en este caso en particular tiene íntima relación con la Oficina Judicial.

VIII.4. La oralidad, la tecnología y la celeridad

Todo lo anterior se ve potenciado cuando el proceso pasa de ser escrito a ser oral, especialmente cuando a ello se suma la tecnología. El registro de los elementos electrónicos y el proceso por audiencias verdaderamente oral, grabado, registrado e incluido en el expediente electrónico, sumado al hecho de la posibilidad de las audiencias virtuales o mixtas, determina un cambio copernicano en el proceso que transitamos en el siglo pa-

cionado territorio el mismo acceso a los servicios que el estado proporciona a los demás" y, por otra parte, que "los servicios de justicia constituyen un componente esencial de toda democracia".

(31) Con mayor intensidad de crítica y repulsa es considerada la tradición horaria de los tribunales federales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (no generalizamos al resto del país porque, si bien la diferencia no es evidente, también es verdad que existe mejor aprovechamiento de las franjas horarias) (GOZÁINI, O., "El Debido Proceso", ob. cit. p. 516). En tren de formular propuestas -continúa este autor-, la celeridad interna del litigio podría conseguirse aprovechando la totalidad de las horas del día (que fue el criterio rector para considerarla habilidad del tiempo en el proceso), organizando la tarea judicial sin recargar tareas a funcionarios y empleados, y, por supuesto, eliminando los extensos períodos de vacaciones, que bien pueden aplicarse por semanas sin paralizar en ningún momento la actividad judicial (p. 519).

(32) El problema se plantea específicamente en el proceso privado y en el orden nacional, federal y de algunas provincias, pues otras ya han avanzado en el proceso oral. En el proceso penal, en una ordenación que todavía requiere un tiempo se tuvo que pasar primero por un proceso de sistema mixto con base oral. El Código Procesal Penal Federal, aun no vigente en su totalidad, dispone el proceso con el sistema acusatorio adversarial.

(33) Resulta procedente hacer lugar parcialmente al

sado y principios del presente (32). Tal vez el problema todavía se encuentre en dos sectores. Uno es el de la formación de los distintos operadores jurídicos, el otro es el defecto que puede tener la tecnología en algunos casos (33). En cualquier caso, siempre debe utilizarse la tecnología más ventajosa.

En muchos casos la *mediación* y el *saneamiento* del proceso son elementos a tener en cuenta para que el proceso sea innecesario por llegar a un acuerdo, que puede ser parcial, mientras que el saneamiento del sistema "alisando" el camino del proceso permite avanzar sin nulidades ni retrasos, todos aspectos que hacen a la celeridad y en consecuencia a la economía del tiempo (34), lo mismo sucede con la concentración de los actos procesales y las soluciones de cuestiones en las mismas audiencias, sin necesidad de dar traslados innecesarios que solo sirven para entorpecer el tránsito hacia la solución del conflicto.

recurso de casación promovido por la defensa y anular el debate efectuado, la sentencia y sus fundamentos, debiendo remitirse las actuaciones a origen a fin de realizar un nuevo debate, toda vez que la imposibilidad de acceder, por razones de orden técnico, a los registros audiovisuales de los fundamentos de sentencia cuestionada por haber utilizado una plataforma o sala virtual que no resguarda en soluciones como *cloud computing* o nube, o negligentemente no haber preservado el registro audiovisual referido, afectó el debido proceso digital, entendido este como una de las manifestaciones del debido proceso legal aplicado al ecosistema judicial digital y como garantía constitucional que establece los límites, principios y condiciones al ejercicio de la potestad de la administración de justicia para la protección y respeto de los derechos constitucionales y convencionales de cada usuario/usuario digital. El hombre había sido condenado por el delito de abuso sexual gravemente ultrajante agravado por la guarda y por ser cometido contra un menor de 18 años de edad aprovechando la situación de convivencia preexistente (Suprema Corte de Justicia de Mendoza, "F. c. S. G., A. A. p/ abuso sexual con acceso carnal doblemente agravado por la guarda contra un menor (755191) p/ recurso ext. de casación".

(34) En materia de saneamiento del proceso, conviene recordar la obra de AYARRGARAY, Carlos Alberto, "El principio de la inmaculación en el proceso", Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1959.

Jurisprudencia

Alienación parental

Adolescente que manifiesta el rechazo a vincularse con su padre. Ausencia de pensa-

miento autónomo. Manipulación del hijo realizada por la madre. Cuadro de "implante de memoria". Revinculación paterno-filial.

CNCiv., sala J, 01/12/2021. - E. J. M. y otro c. S. R. K. s/ Tenencia de hijos.

VIII.5. El tiempo razonable

Economía y derecho son dos temas que inevitablemente corren juntos en la solución de numerosas cuestiones, especialmente al destacar que la economía no solo comprende el dinero y los bienes y servicios, sino también el tiempo, que a diferencia de los anteriores es irrecuperable. Así, para entender el *principio de economía* en el proceso debemos considerar que el mismo debe realizarse también en un *tiempo razonable*, tal cual establecen las normas internacionales citadas. Nuestra vida no es eterna, ni siquiera es muy extensa, cada minuto perdido en un proceso que no se justifique perjudica tanto a las partes, como a los abogados y a los jueces. Un conflicto es muchas veces un juego de pasiones que perjudican el espíritu. Una rápida y adecuada solución de un modo justo y equitativo, hará una sociedad mejor. Pero el tiempo razonable no es una aceleración a cualquier costo, sino que deben respetarse los principios fundamentales del debido proceso (35).

IX. Los códigos procesales

Con todas estas herramientas previas, estamos en condiciones recién de confeccionar los códigos procesales. Sin embargo es necesario una advertencia, los códigos no pueden ser reproducciones de otros ordenamientos, tal vez mejorándolos, pero ajenos al momento científico actual. No se puede tomar como base el Código Procesal Civil y Comercial actual y mediante parches pretender que comporte como un sistema deseado. Es un error clásico supone que se puede transformar sin más un código escrito a un código oral. Desde hace mucho ya se sabe lo de “vino nuevo en odres viejos” (36). Se requiere que los códigos procesales se realicen desde su inicio con miras a responder al desarrollo del trámite del procedimiento de modo sistemático, estableciendo pasos coherentes y sencillos en su desarrollo, que impidan artimañas de mala fe, (conocidas en nuestro país generalmente como *chicanas*) que conspiran no solo contra el *principio del tiempo razonable*, sino que además violan el *principio de moralidad* que se está expresamente previsto en el Código Procesal Civil y Comercial Nacional en el art. 34 inciso 5°, apartado IV (texto actual ley 25.488 que repite el anterior) que impone al juez el deber de dirigir el procedimiento y de *prevenir y sancionar* todo acto contrario al deber de lealtad, probidad y buena fe, que son las aplicaciones prácticas de la moral.

Más que lo que debe contener un Código, es bueno saber qué es lo que no debe contener, como fue el caso de querer incluir en el proyecto 2020 la acción de extinción de dominio, cuya ubicación y alcance está fuera del sistema corriente del sistema procesal. De manera que un Código Procesal debe:

IX.1. Realizarse con un modelo decodificado

El Código Procesal Civil y Comercial (muchos de cuyos criterios pueden extenderse a otros ordenamientos procesales en lo laboral, contencioso administrativo, penal, etc.) debe contener el sistema de procedimiento y la articulación de los diversos procesos, de características elásticas y suficientes para atender los requerimientos de los jus-

ticiales. Procesos amplios y complejos, procesos sencillos y de pequeñas causas, procesos urgentes y de justicia inmediata; procesos monitorios (de conocimiento y de ejecución) y procesos ejecutivos y procesos especiales, limitados a cuestiones específicas, pero apoyados en alguno de los procesos anteriores. Pero no debe integrar cuestiones que deben ser tratadas aparte en ordenamientos sistemáticos sobre *competencia*, sobre *magistrados y funcionarios* (incluyendo la excusación y la recusación), ni los relativos a ordenamientos que tienen sus propias reglas y autonomía (así la regulación independiente del derecho procesal del trabajo, el derecho procesal de familia, el derecho procesal administrativo (en la faz judicial) y en especial el derecho procesal constitucional, los procesos colectivos, los procesos ambientales y el arbitraje. El Código Procesal Civil (o Civil y Comercial si se prefiere), puede ser una regla de referencia, pero no es la solución a todos los problemas, porque, como ya dijimos, la decodificación se hace también porque se le impone al sistema procesal distintas reglas para distintas materias y cada una de ellas son como satélites del Código Procesal, del que se nutren, pero pueden cambiar, corregirse o modificarse sin afectar el núcleo central del código básico.

IX.2. Una mediación previa integrada al sistema

La mediación es una herramienta valiosa si se la utiliza como se debe. Ese sistema de mediación a caballo entre la Administración y la Justicia es totalmente inconveniente. Los mediadores deben estar integrados en el sistema del Poder Judicial. Por supuesto que los mediadores deberán estar altamente capacitados, especializados y tener autonomía respecto de los jueces, y no debe usarse la mediación para sacarse asuntos de encima, cuando ya se ha cumplido su etapa, o la actividad conciliadora ya está en manos del juez.

IX.3. Determinar las reglas generales básicas a aplicar al sistema

En los nuevos ordenamientos procesales se ha seguido y es conveniente integrar al Código un capítulo preliminar con una serie de Reglas aplicables a todo el sistema. En ella no se deben repetir los principios ya consagrados en las convenciones internacionales, la Constitución Nacional y las leyes de fondo, porque representa una reiteración inútil que muchas veces produce confusiones (como por ejemplo decir que el código se regirá por las reglas de la bilateralidad de la audiencia, o que nadie puede ser condenado sin juicio previo). Tampoco se debe denominar a estas Reglas “Principios”, porque se estará utilizando la palabra en un sentido incorrecto. Dentro de dichas reglas, deben ser especialmente tenidas en cuenta las de concentración, eventualidad y saneamiento. Algunos autores agregan la preclusión y la adquisición (37).

IX.4. Oralidad

En todos los actos del proceso, evitando los traslados inútiles, los trámites superfluos o redundantes, aspecto que ya hemos desarrollado con anterioridad. No solo las *audiencias principales* son las vías de la oralidad, lo es todo el proceso y para ello el juez

debe estar disponible a los fines de atender las cuestiones que se van sucediendo durante el curso del proceso, no de un modo desordenado, sino con una agenda adecuada a las circunstancias. Ello nos lleva al sistema de intermediación.

IX.5. La presencia judicial efectiva

Es un requisito esencial a los fines de la *intermediación* y constituye uno de los pilares de la oralidad. La delegación, que el sistema escrito (incluso habiendo *audiencia preliminar*) permite, conspira contra la actividad judicial efectiva. No debe ello confundirse con la competencia que tiene el *fiscal penal* por ser el titular de la acción penal, porque aquí no hay una delegación, sino una distinta competencia. La presencia del juez como *director del proceso* evitando la conducta improcedente, evitando la paralización innecesaria, advirtiendo a las partes y a los abogados sobre los actos procesales y sus conductas permite que se llegue a una solución de la causa con conocimiento y presencialidad en las cuestiones que está resolviendo. Esta es una cuestión que no puede soslayarse y que está íntimamente relacionada con la Oficina Judicial.

IX.6. La Oficina Judicial

Es otro pilar que hace a la economía procesal. La descentralización de las tareas judiciales, quitando a los jueces el peso de la actividad administrativa del juzgado, para permitirles concentrarse en la actividad jurisdiccional que les corresponde, se logra a través de la Oficina Judicial. La Oficina Judicial es un modelo moderno de la justicia que organiza un Servicio Común Procesal para los órganos judiciales, encargándose de la gestión de las actuaciones bajo la Dirección de una autoridad (llamada Director, Secretario General) especializada en el área de gestión y administración de recursos judiciales. El diseño de la estructura podrá organizarse de acuerdo con las necesidades, de cada centro judicial. En general las oficinas judiciales han sido definidas como los órganos encargados de llevar adelante las tareas administrativas de la justicia penal, para que los jueces ejerzan la función jurisdiccional de manera exclusiva, transparente y eficiente (art. 39 ley 26.146). Por ejemplo, en el sistema provincial el Código Procesal Penal de Chubut estableció originariamente la oficina judicial con gran éxito, en el art. 75. *Oficina judicial. Delegación de funciones jurisdiccionales: invalidez*. “El juez o tribunal será asistido por una Oficina Judicial. Al director o jefe de la misma le corresponderá como función propia, sin perjuicio de las facultades e intervención de los jueces previstas por este Código, organizar las audiencias y el debate, dictar las resoluciones de mero trámite, ordenar las comunicaciones, disponer la custodia de objetos secuestrados, llevar al día los registros y estadísticas, dirigir al personal auxiliar, informar a las partes y colaborar en todos los trabajos materiales que el juez o el tribunal le indique. La delegación de funciones jurisdiccionales en funcionarios o empleados subalternos tornará inválidas las actuaciones realizadas y hará responsable directamente al juez por las consecuencias; se considerará causal de mal desempeño y se pasarán las actuaciones al Consejo de la Magistratura.” Pero la Oficina Judicial no es

una herramienta exclusiva del Proceso Penal, sino que es útil en todos los sistemas procesales.

IX.7. La tasa de justicia y otros impuestos es también materia de la economía

Y en este campo deben también considerarse los costos y costas. Enseña Carnelutti (38) que “el fundamento de la teoría de las cargas financieras es el costo del proceso”. Pero la imposición de costas no importa una pena, sino que constituye una indemnización acordada al vencedor para la reintegración de los perjuicios sufridos por él durante el juicio o incidente que se trate (39). El concepto ha sido reiterado posteriormente, ya que la condena en costas tiene por objeto resarcir los gastos del juicio que el vencedor realizó por haberse visto obligado a promover la acción para el reconocimiento de su derecho (40). Fairén Guillén dice: “En un sentido muy amplio —metaprocesal— dice que son la totalidad de los gastos económicos que se produzcan en la sustanciación del proceso, sea quien sea que las sufrague” (41), agrega que “según Schultze, pobre, procesalmente hablando, es la persona que no puede satisfacer los gastos judiciales y a la que, sin embargo se habilita para que haga valer sus derechos ante los tribunales. Entre el pobre y el rico en sentido procesal (saber quién no puede sufragar ningún gasto judicial y quien puede sufragarlos todos), se extiende una escala que Behrend llamó ‘de pobreza’, pero que más bien era y es de ‘insuficiencia de riqueza’ (Alcalá-Zamora Castillo, Behrend, Schultze)” (42). En este campo se encuentra como costo del proceso que se debe sufragar, la tasa de justicia.

La solución a este problema tiene diversas variantes. Una es el *beneficio de litigar sin gastos*, que tiene por objeto eximir de la Tasa Judicial o de otros costos y costas del proceso (artículos 78 a 86 Cód. Proc. Civ. y Com.), en el sistema penal nacional, el art. 529 establece que “En todo proceso el Estado anticipará los gastos con relación al imputado y a las demás partes que gocen del beneficio de pobreza”. En el procedimiento laboral nacional de la ley 18.345 el art. 41 dispone que: “En el procedimiento judicial los trabajadores y sus derechohabientes estarán exentos de gravámenes fiscales, sin perjuicio del beneficio de litigar sin gastos, en los casos en que se lo reconociera”. En la ley 24.240 de Defensa del Consumidor (art. 53 último párrafo conforme ley 23.261) se dispone que: “Las actuaciones judiciales que se inicien de conformidad con la presente ley en razón de un derecho o interés individual gozarán del beneficio de justicia gratuita. La parte demandada podrá acreditar la solvencia del consumidor mediante incidente, en cuyo caso cesará el beneficio”.

El juez se enfrenta reiteradamente con la economía al dictar sentencia y aun en resoluciones iniciales del proceso, como el caso en que se resuelve el pago de la *tasa de justicia* (beneficio de litigar sin gastos). En la sentencia claramente son los costos y costas del proceso un asunto de fundamental importancia, donde se encuentran los honorarios de los abogados y demás intervinientes en la causa. Pero el juez debe resolver otros problemas principales o secundarios que hacen a la economía. Veamos varios de esos aspectos, algunos regulados por la ley, otros difusos.

(35) La expresión *plazo razonable* o *tiempo razonable*, considerado también como un principio del *debido proceso*, supone una duración acorde con la cuestión llevada a la justicia, la simplicidad o complejidad de la misma, la actuación de las partes y del tribunal, todos aspectos que desarrollándose normalmente tienen que consumir el menor espacio de tiempo posible y en ningún caso extenderse de manera tal que signifiquen una denegación de justicia. Convención Americana sobre Derechos Humanos (“Pacto de San José de Costa Rica”) dispone en su art. 8°. Garan-

tías judiciales. 1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable. “El derecho a ser juzgado en un plazo razonable surge de los arts. 11.2 Declaración Universal de Derechos Humanos, 8° Convención Americana sobre Derechos Humanos y 29 Código Penal)” (CS, “Demaría, Jorge Luis y otros s/ causa 14.358”, 08/04/2014; TR LALEY AR/JUR/4926/2014). (36) “La Biblia. Nuevo testamento”. Mateo 9... 16 *Nadie pone parche de tela nueva en vestido viejo, porque el parche tira del vestido y la rotura se hace peor*. 17 *Tampoco*

echan vino nuevo en odres viejos, porque los odres se rompen, el vino se derrama, y los odres se echan a perder. Más bien, echan vino nuevo en odres nuevos, y ambos se conservan.

(37) Así GOZÁINI, “El debido proceso”, ob. cit., p. 506 a 509.

(38) CARNELUTTI, “Instituciones”, ob. cit., t. I, p. 349.

(39) CNCiv., en pleno, “Barlato de Criedlo, María c/ Barlato, José”, 31/8/1925, TR LALEY AR/JUR/5/1925.

(40) CNCiv., sala C, 02/06/1984, D.J., 1985-1-26;

Sala E, 17/10/1986. D.J., 1987-2-147; CNCom., Sala A, 1/9/1987, D.J., 1989-2-495, SJ) y corresponden por el hecho objetivo de la derrota (CNCiv., Sala A, 5/8/1968, D.J., 1889-2-160; Sala B, 31/3/1987. D.J., 1987-2-637.

(41) FAIREN GUILLÉN, Víctor, “Doctrina General del Derecho Procesal. Hacia una teoría y ley procesal general”, Librería Bosch, Barcelona, 1990, p. 543.

(42) *Ibidem*, p. 577.

IX.8. *La observancia de las reglas de la prueba en los códigos procesales es fundamental*

En el campo de la oralidad cabe el interrogatorio libre hacia las partes (sin perjuicio de que el imputado puede negarse a declarar sin consecuencia ninguna), a los testigos y a los peritos, por medio de preguntas con la facultad de repreguntar por la contraria. Los exámenes de la pericia y de la prueba científica deben estar fijados con una ubicación y alcances precisos, marcando los límites sobre lo que se puede hacer, pero no creando formas complejas retardatorias del proceso. La prueba que se desarrolla tanto en el campo de las audiencias como fuera de ellas, requiere que los abogados y los jueces tengan una debida formación y preparación para poder actuar con agilidad y conocimiento a los fines del debido proceso. La interrelación hechos derechos es la esencia del proceso, no puede haber una sin la otra. Aun en los procesos en los que no es necesario producir prueba, la normativa se apoya siempre en hechos reales y existentes para el campo judicial, porque el juez no es un legislador y no resuelve cuestiones abstractas.

IX.9. *El plazo y el contenido en las resoluciones judiciales*

Representan otro aspecto que podemos considerar como final y que hace a la cele-

ridad del proceso y de allí resulta un capítulo de la *economía procesal* es el de la sentencia. Por un lado, el plazo para dictarlas, cuya violación, salvo para el supuesto de la Corte Suprema que no tiene plazos, es de diverso tipo según los ordenamientos: pérdida de la competencia, multas, etc. Pero otro aspecto que puede retrasar el proceso es el contenido de la sentencia. Hay magistrados que para fundar debidamente la sentencia creen que tienen que exponer mucho y agregan cuestiones "obiter dictum", comentarios innecesarios, citas extensas, etc. Una buena sentencia puede estar razonablemente fundada (regla del art. 3° del Código Civil y Comercial), si se desarrollan y fijan los hechos esenciales de la contienda y se aplica la norma que corresponda al caso, del modo más simple y resumido posible. Las citas se pueden hacer, pero siempre las oportunas, esenciales y debidamente críticas y concordantes. Abundar más de la cuenta puede llevar a contradicciones, confusiones y conspira con el *principio de economía* y el *tiempo razonable*. El razonamiento consiste en observar el *principio de congruencia* y resolver el conflicto traído a su conocimiento llegando a conclusiones estableciendo conexiones causales y lógicas necesarias entre ellos, con relación a los hechos controvertidos en la causa. A tal fin la *argumentación*, por vía de la derivación de unos conceptos sobre otros debidamente enlazados, e incluso el hipotético

deductivo pueden ser los caminos a tomar para esta tarea.

Además, las decisiones del conflicto son para las partes. Ellas tienen que comprender qué es lo que se dice y por qué se dice en la sentencia. Por ello el lenguaje debe ser sencillo, pero también claro y coherente. La sentencia no es un ámbito para que el juez demuestre su erudición considerando que la misma otorga la capacidad de resolver la cuestión a través de citas extensas, frases en latín o en otro idioma, sino que la sentencia es para resolver el conflicto demostrando la capacidad del juez su solución del modo más rápido, sintético, persuasivo y justo posible.

X. El cambio

Todo lo expuesto supone un cambio de actuación y de mentalidad. Como todo cambio conlleva ínsita una resistencia en una gran parte de la población a la que dicho cambio se quiere aplicar. Reiterando en parte lo que ya he expresado en un artículo anterior para la *Revista de Derecho Procesal* N° 2 de 2021, en lo que hace a la organización judicial, es obvio que requiere un gran cambio, pero hay que tener en cuenta que ese cambio debe hacerse al mismo tiempo que se resuelven los conflictos jurídicos, es decir, juicios, lo que supone que debe establecerse un sistema tal que permita que

las personas no se vean perjudicadas por la nueva organización. Es como modificar la estructura de toda la casa, al tiempo que se vive en la misma, con los arquitectos y los distintos oficios rompiendo y poniendo cosas nuevas. Para ello es necesario un plan. Ese plan requiere 1. La concepción sistémica útil. 2. Tener una política de Estado. 3. La motivación para el cambio. 4. El trabajo en equipos interdisciplinarios. 5. El lugar donde el cambio se realiza. Pero esa, si bien importante, esa es otra historia.

Cita on line: TR LALEY AR/DOC/3503/2021

Más información

[Del Rio, Jeremías](#), "De lo cautelar y la incompetencia: ¿facultad u obligatoriedad de expedirse? Apuntes sobre la dinámica en casos complejos", LA LEY 28/10/2021, 1, TR LALEY AR/DOC/3025/2021 20

Libro recomendado

[Tratado de la Prueba Electrónica](#)
Autores: Bielli, Gastón E. - Ordoñez, Carlos J. - Quadri, Gabriel Hernán
Edición: 2021
Editorial: La Ley, Buenos Aires

Jurisprudencia

Alienación parental

Adolescente que manifiesta el rechazo a vincularse con su padre. Ausencia de pensamiento autónomo. Manipulación del hijo realizada por la madre. Cuadro de "implante de memoria". Revinculación paterno-filial.

- 1.- Se presenta la alienación parental cuando un hijo rechaza sin razones justificadas a uno de los progenitores como consecuencia de acciones de descalificación, abiertas o encubiertas, promovidas por el otro, de mala o buena fe, destinadas precisamente a lograr ese rechazo. El padre alienante se embarca en un emprendimiento o cruzada, consciente o inconsciente, con la finalidad de eliminar la presencia afectiva, psicológica y física de ese otro progenitor en la vida del niño; para lo cual utiliza diversas estrategias con distinto alcance.
- 2.- El hecho de que el joven sea escuchado y sea tenida en cuenta su opinión no significa que se deba decidir en coincidencia con él, pues no se le confiere la intervención como juez o árbitro, sino como sujeto de derecho interesado en participar en procesos judiciales que afectan algún aspecto de su vida.
- 3.- La buena doctrina y el correcto desempeño jurisdiccional cuestiona muchas veces lo que verbaliza el niño o joven, cuando advierte que este no actúa como sujeto autónomo, sino que su voluntad ha sido captada por uno de sus progenitores.
- 4.- La pretensión de que el niño pueda realizar en su terapia individual el proceso de reparación simbólica (padre-hijo) dentro de un espacio que asegure su bienestar de forma previa a iniciar la vinculación con su progenitor guarda relación con lo ordenado en la resolu-

ción en crisis, en la que se dispone para el menor un tratamiento psicológico con un profesional y que, cuando este lo indique, se dé inicio a la revinculación con su padre.

CNCiv., sala J, 01/12/2021. - E. J. M. y otro c. S. R. K. s/ Tenencia de hijos.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/188609/2021]

2ª Instancia.- Buenos Aires, diciembre 1 de 2021.

Considerando: I. Por contestado el traslado.

Vienen estos autos a conocimiento de este Tribunal en virtud del recurso de apelación interpuesto por la Sra. Defensora de Menores e Incapaces el día 29 de junio de 2021, que fue incorporada al sistema informático con fecha 10 de agosto del mismo año, contra la resolución judicial dictada el 28 de junio de 2021.

Dicho pronunciamiento no efectiviza el apercibimiento decretado relativo al otorgamiento del cuidado personal de R. E. a su padre y dispone, a efectos de la revinculación paterno filial, las siguientes medidas: a) La incorporación de R. E. dentro del plazo de 30 días a una prepa o obra social distinta de Cobermed y que en su cartilla contemple tratamientos psicológicos para adolescentes y familias, que los profesionales se encuentren facultados para brindar informes trimestrales al Juzgado, y que la misma sea abonada por el progenitor; b) Una vez designado el profesional, ante la conformidad prestada en autos oportunamente por el joven, deberá R. E. concurrir al tratamiento. Asimismo, establece que una vez que el terapeuta lo indique, comenzará, en su caso, la revinculación solicitada por el Sr. E. por medio de las licenciadas Bikel y Zanuso. Por último, instituye que en caso de incumplimiento, se impondrá al incumplidor una sanción pecuniaria

en los términos del art. 804 del Cód. Civ. y Com. de la Nación.

La Sra. Defensora de Menores e Incapaces de Cámara funda su recurso mediante la presentación del día 18 de noviembre, que fue incorporada al día siguiente al sistema de gestión judicial. Destaca que en el presente caso se ponen en juego tres directrices aceptadas por la Convención de los Derechos del Niño: la prevalencia del superior interés del niño, el respeto de su capacidad progresiva y su derecho a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta.

Resalta la negativa expresada por R., de 16 años de edad en la actualidad, a retomar el vínculo con su progenitor en la audiencia del 25 de noviembre de 2020. Asimismo, subraya el informe del Lic. Bertorello en el sentido que no se observan motivos clínicos ni psicopatológicos para no tener en cuenta lo expresado por el adolescente como así también ciertos pasajes del realizado por las Lic. Berkel y Zanuso.

Concluye que en la actualidad resultaría iatrogénico forzar un vínculo que no se desea, resultando conveniente que R. pueda realizar en su terapia individual el proceso de reparación simbólica (padre-hijo) dentro de un espacio que asegure su bienestar de forma previa a iniciar la vinculación con su progenitor.

II. En primer lugar, cabe recordar que el artículo 652 del Cód. Civ. y Comercial consagra el derecho y deber de comunicación de los padres con sus hijos. Consideramos que la comunicación con el hijo es esencial para el cumplimiento de los deberes de cuidado, educación, orientación y dirección (art. 646 Cód. Civ. y Comercial) que corresponden a los padres.

Se trata de una atribución propia de su calidad de progenitor, titular de la responsabilidad parental aun cuando no la ejerza,

que constituye a la vez un deber respecto de su hijo menor de edad, cuyo cumplimiento puede ser exigido en beneficio del niño o adolescente para favorecer su pleno desarrollo. En definitiva, el derecho que se le reconoce se encuentra estrechamente vinculado con sus deberes como progenitor. Tal contacto es necesario pues su mejor formación depende en gran medida del mantenimiento de las figuras paterna y materna (conf. CNCiv., Sala J, "A., C. R. c. Z., D. B. s/ régimen de comunicación", 11/06/2021).

Ello, siempre teniendo en miras el interés superior del niño. En efecto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación se ha pronunciado en el sentido que cuando hay un menor de edad cuyos derechos pueden verse afectados, el juez debe decidir teniendo en cuenta su mejor interés, opinión que puede o no coincidir con la de los adultos que intervienen en el pleito. La regla así establecida en la norma mencionada que ordena sobreponer el interés del niño a cualquiera otra consideración tiene, al menos en el plano de la función judicial donde se dirimen las controversias, el efecto de separar conceptualmente aquel interés del niño como sujeto de derecho de los intereses de los otros sujetos individuales o colectivos, incluso, llegado el caso, el de los padres (Fallos: 330-642).

Asimismo, el art. 3° de la Convención de los Derechos del Niño destaca que en todas aquellas medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, será una consideración primordial que se atenderá el interés superior del niño.

Recuérdese que cuando existe conflicto entre los derechos e intereses de las niñas, niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros. El Cód. Civ. y Com. de la Nación recepta en forma expresa este

paradigma disponiendo en su art. 706 que “la decisión que se dicte en un proceso en que están involucrados niños, niñas y adolescentes, debe tener en cuenta el interés superior de esas personas”.

A tal efecto, se instituye el derecho del menor a ser oído en todos los asuntos que le afecten en el art. 12 de la Convención del 20 de noviembre de 1989 sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas con fecha 20 de noviembre de 1989 y ratificada por nuestro país según ley 23.849.

Los Estados partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio, el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.

Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, de acuerdo con las normas de procedimiento de la Ley nacional.

En consonancia con lo expuesto precedentemente, el art. 707 del Cód. Civ. y Com. de la Nación establece que: “Las personas mayores con capacidad restringida y los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a ser oídos en todos los procesos que los afectan directamente. Su opinión debe ser tenida en cuenta y valorada según su grado de discernimiento y la cuestión debatida en el proceso” como así también en el art. 639, inciso c, de dicho cuerpo legal en lo referido a la responsabilidad parental.

Lo dispuesto por las normas antes citadas debe entenderse en conjunto con la consideración de la autonomía progresiva y el respeto de las opiniones del niño contenidas en la CDN (arts. 5° y 12), enfatizando el derecho del niño a ser oído y las garantías mínimas del procedimiento (arts. 2°; 19, inc. c; 24 y 27, de la ley 26.061 y 26 del Cód. Civ. y Com. de la Nación).

III. En la especie, el menor efectivamente expresó en la audiencia celebrada en los términos del art. 12 de la Convención de los Derechos del Niño que su deseo es no tener vinculación con su padre.

Entonces, si bien la opinión de aquel es sumamente relevante, es obligatorio analizarla de conformidad con lo dispuesto por la normativa señalada, es decir, considerando su madurez, discernimiento y autonomía con respecto a la cuestión en estudio.

En ese sentido, cobra relevancia el informe presentado por las Licenciadas Bikel y Zanuso con fecha 21 de mayo de 2021, que fue incorporada al sistema informático el 26 de dicho mes y año. Concluyen que “la

manipulación a la cual R. está atado por su madre, lo deja sin posibilidades de autonomía y de pensamiento autónomo. Su situación de dependencia hace que lo que verbalice no sea realmente auténtico. El temor psíquico del abandono de su madre hace que frecuentemente exprese sus ideas con el objetivo de identificarse y agraciarse con ella”.

Agregan que “R. se encuentra atrapado en un gravísimo conflicto entre sus padres, que se ha perpetuado en el tiempo, siendo el niño el rehén de la disputa. La madre, aludiendo a viejas situaciones de violencia entre ellos, ejerce todo tipo de maniobras para impedir el contacto entre R. y su padre, manipulando a su hijo”.

Resaltan que “al momento de la consulta no existe ningún obstáculo psicológico para que la revinculación se concrete. En el transcurso de las entrevistas el padre ha mostrado un deseo genuino de conectarse con su hijo. Asimismo no se ha evidenciado de su parte, ningún tipo de conductas violentas ni descontrol de los impulsos. Esto se ha observado tanto en las entrevistas individuales como en las que hemos tenido con la madre, el padre y el niño”.

Señalan que “este niño necesita ser leal a los mandatos de su madre y, por lo tanto, se niega a ver al padre, “copiando” argumentos que no son propios”. Subrayan que cuando lograron un diálogo entre padre e hijo, “ella no lo tolera y lo interrumpe con violencia. R. termina acatando las órdenes de su madre, a pesar de lo cual, al irse, saluda al padre con un beso”.

Informan que “R. queda aferrado en el vínculo patológico con su madre, presentando un cuadro de “implante de memoria”. Explican que se refieren “a recuerdos de supuestos eventos que son creados de manera voluntaria por alguien que no es la persona que los evoca. R, como todos los adolescentes, presenta un psiquismo en formación y esta situación especial con su madre lo coloca en una posición de vulnerabilidad y de dependencia extrema y por lo tanto no puede oponerse a las veladas órdenes de su madre”.

Indican que “esta situación especial hace que no pueda ser tenida en cuenta como válida su negativa a querer ver al padre, ya que está colonizado por las ideas y actitudes de su madre y no le permite tener un pensamiento autónomo y propio”.

Por último, recomiendan enfáticamente “que es imperioso que pueda recobrar el vínculo con su padre, lo que deberá llevarse a cabo en entrevistas terapéuticas protegidas para R, de modo que pueda ir recobrando su autonomía e ir reparando el daño psicológico del que ha sido objeto”.

VI. Al respecto, cabe recordar que se presenta la alienación parental cuando

un hijo rechaza sin razones justificadas a uno de los progenitores como consecuencia de acciones de descalificación, abiertas o encubiertas, promovidas por el otro, de mala o buena fe, destinadas precisamente a lograr ese rechazo. El padre alienante, y por eso es tal, se embarca en un emprendimiento o cruzada, consciente o inconsciente, con la finalidad de eliminar la presencia afectiva, psicológica y física de ese otro progenitor en la vida del niño; para lo cual se utilizan diversas estrategias con distinto alcance.

Los dos requisitos que necesariamente deben configurarse para entender que dicho cuadro tiene lugar son: a) La falta de comisión por el progenitor de actos u omisiones severas que resulten reprochables; b) Influencia negativa determinante del otro progenitor (conf. Mizrahi, Mauricio L. “La alienación parental en las relaciones parento-filiales”, LA LEY, 19/11/2021, 1, La Ley Online, TR LA LEY AR/DOC/3262/2021), extremos que, a partir del informe reseñado, se presentan en la especie.

Consecuentemente, estimamos prudente que en el presente caso la opinión del menor, esencial por cierto, no debe resultar prevalente en función del informe citado y de lo expuesto precedentemente. Es que oír a los niños no importa aceptar incondicionalmente sus deseos (cf. Kermelmaier de Carlucci, “El derecho constitucional del menor a ser oído”, en Revista de Derecho Privado y Comunitario, Rubinzal-Culzoni Editores, N° 7, p. 177). Como lo ha señalado la Corte de Casación Francesa (Cass 2 civ, 25 mai 1993, Bull. Civ. II, N° 185; Bosse-Platière, 1996), el hecho de que el joven sea escuchado y sea tenida en cuenta su opinión, no significa que se deba decidir en coincidencia con él, pues no se le confiere la intervención como juez o árbitro, sino como sujeto de derecho interesado en participar en procesos judiciales que afectan algún aspecto de su vida (cf. CNCiv., Sala G, L. 534.012 del 10/03/2010, entre otros).

En este sentido, el máximo Tribunal ha expresado que hace al interés superior del niño el evitarle el conflicto psíquico de sentirse responsable de la elección entre uno de sus padres (cf. Fallos: 318:1269). Y no obstante el referido derecho a ser escuchados, como también a tener en cuenta sus opiniones, es indudable que la opinión del niño, niña o adolescente no es vinculante para el juez, aunque las aspiraciones de aquellos no tienen que ser desmerecidas pero tampoco sobrevaloradas (cfr. Mizrahi, Mauricio Luis, “Responsabilidad parental”, ed. Astrea 2015, ap. 12 a 17 y 146, ps. 56/69 y 390/391).

Obviamente, la voluntad expresada por el joven menor de edad, aunque posea grado de madurez suficiente, debe ser evaluada y tenida en cuenta por el juez en la medida en que no resulte perjudicial para

su propio interés que es el que cabe resguardar y hacer prevalecer, al margen del derecho invocado por los mayores. Asimismo, considerando aquel y la reseñada importancia del vínculo paterno filial para la mejor formación del menor, la solución adoptada aparece como razonable y la que mejor preserva efectivamente el interés superior del joven (conf. Sala “G, A., J. J. c. C., D. S. s/ cuidado personal de los hijos”, del 25/04/2019).

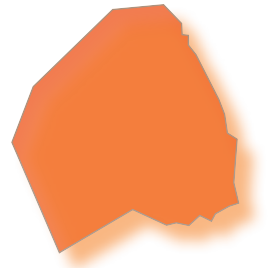
Nótese que no puede válidamente sostenerse que esta interpretación desestima el discurso de los niños y que ello es violatorio de sus derechos. Esta articulación tiene su origen en que la buena doctrina y el correcto desempeño jurisdiccional cuestiona muchas veces lo que verbaliza el niño o joven, cuando advierte que este no actúa como sujeto autónomo, sino que su voluntad ha sido captada por uno de sus progenitores.

Dicha interpretación, además, fue la realizada por parte del Comité de los Derechos del Niño, que es un intérprete indiscutible de la Convención sobre los Derechos del Niño. Obsérvese que en la Observación General N° 12, del recién referido Comité, este ha sostenido que “El niño tiene derecho a expresarse libremente. Libremente significa que puede expresar sus opiniones sin presión...”; “significa también que el niño no puede ser manipulado ni estar sujeto a una influencia y presión indebidas” (párrafo 22) (conf. Mizrahi, Poder Judicial de la Nación Cámara Civil - Sala J Mauricio L., op. cit., LA LEY, 19/11/2021, 1, La Ley Online, TR LA LEY AR/DOC/3262/2021).

En función de todo lo expuesto, corresponde desestimar los agravios esgrimidos por la Sra. Defensora de Menores e Incapaces.

A mayor abundamiento, cabe destacar que la pretensión de que R. pueda realizar en su terapia individual el proceso de reparación simbólica (padre-hijo) dentro de un espacio que asegure su bienestar de forma previa a iniciar la vinculación con su progenitor guarda relación con lo ordenado en la resolución en crisis, en la que se dispone que el menor comience un tratamiento psicológico con un profesional y que cuando este lo indique, se comenzará la revinculación con su padre por medio de las licenciadas Bikel y Zanuso.

En virtud de ello, el Tribunal resuelve: Confirmar la resolución recurrida, con costas en el orden causado atento lo dispuesto por el art. 14 *in fine* de la Ley de Ministerio N° 24.946. Regístrese, notifíquese por Secretaría a las partes y a la Sra. Defensora de Menores e Incapaces de Cámara, comuníquese a la Dirección de Comunicación Pública de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Ac. N° 15/13, art. 4°, CSJN) y devuélvase a la instancia de grado. — *Beatriz A. Verón. — Gabriela M. Scolarici. — Maximiliano L. Caia.*



Doctrina

Uber, el principio de legalidad y la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de Buenos Aires

Luis Francisco Pérez Sánchez

Abogado. Jefe del Departamento de Asuntos Legales y Contenciosos de Telefónica de Argentina. Especialista en Derecho Administrativo Económico por la Universidad Católica Argentina.



SUMARIO: I. Introducción.— II. El período de oscuridad: algunos primeros precedentes judiciales en el ámbito de la CABA en materia penal, contravencional y de faltas.— III. El valor del principio de legalidad en el derecho constitucional y los requisitos del hecho punible. Sus orígenes, fundamentos y valores.— IV. Las primeras luces: los servicios de transporte tradicionales son distintos al servicio ofrecido por los conductores que utilizan la *app* de Uber. La aplicación del principio de legalidad.— V. La última claridad: la aplicación del Código Civil y Comercial de la Nación.— VI. Conclusión.

I. Introducción

Hace ya algunos años Uber comenzó a ofrecer su servicio de intermediación digital para el transporte en la Ciudad de Buenos Aires y varias otras ciudades en Argentina. El servicio tuvo una amplia recepción por parte de los consumidores por sus especiales particularidades: se puede conocer quién es el conductor y calificarlo; permite conocer el precio estimado antes de pedir el servicio; se puede abonar con medios de pagos electrónicos; permite conocer el recorrido de antemano; se lo puede requerir desde el propio domicilio y esperar su llegada; entre muchos otros beneficios.

Es de público conocimiento que diversas agrupaciones de propietarios y peones de taxis iniciaron una batería de medidas —manifestaciones, cortes de calles, acciones judiciales, agresiones físicas y verbales— para evitar que el servicio funcione en el país, a partir de muy variados argumentos. Se definió entonces rápidamente la contienda: taxis vs. Uber.

Dicho lo anterior, cabe preguntarse, ¿es el mismo servicio el que prestan los conductores que utilizan la aplicación de Uber, que el de los taxis y remises?, ¿puede aplicarse a este servicio el mismo régimen jurídico que a los servicios de transporte tradicionales? Luego de un variado e interesante debate, la Justicia Penal, Contravencional y de Faltas (“PCyF”) de la CABA ha decidido finalmente a favor de la legalidad del servicio, diferenciándolos y señalando que no corresponde aplicarle a dicho servicio un régimen jurídico que le es ajeno y poniéndole un punto final a la discusión sobre la legalidad o no de la actividad. Como se verá a lo largo del análisis, ante la ausencia de una regulación legal específica, le corresponde la aplicación del Código Civil y Comercial de la Nación.

Para analizar el asunto haciendo hincapié en cómo juega el principio de legalidad constitucional en el debate, se realizará en primer lugar un repaso del breve período de oscuridad, es decir, de las primeras (aunque pocas) sentencias contrarias al reconocimiento de la legalidad del servicio; en segundo lugar, se analizarán los fundamentos del principio de legalidad constitucional, sus orígenes, su sentido último; en tercer lugar, se observarán las primeras luces, es decir, las sentencias que sostuvieron la diferencia sustancial entre los servicios tradicionales de transporte y el prestado a través de Uber, y la imposibilidad de aplicarle a este un régimen ajeno; en cuarto lugar, se analizará la última claridad interpretativa, es decir, la aplicación del Código Civil y Comercial de la Nación a la actividad desarrollada a través de la *app* de Uber. Por último, se realizará una breve conclusión.

II. El período de oscuridad: algunos primeros precedentes judiciales en el ámbito de la CABA en materia penal, contravencional y de faltas

Algunas de las primeras sentencias en el ámbito de la CABA afirmaron que para permitir el funcionamiento de un servicio de transporte debía existir una habilitación del Estado. A partir de esta premisa, la Justicia de la CABA elaboró sus sentencias, aplicando normas diseñadas para circunstancias lejanas de las que Uber presenta como intermediario del servicio de transporte. Veamos algunos ejemplos:

El Juzgado en lo PCyF Nº 4 de la CABA sancionó a un conductor que utilizaba la *app* Uber al entender que “la ausencia de reglamentación local de una actividad lucrativa (como en este caso), no sirve de excusa para ejercerla de facto, y como corolario de ello resulta patente la exis-

tencia de la falta en trato. El menú de actividades comerciales y/o lucrativas permitidas por el Código de Habilitaciones y Verificaciones, es taxativo. Cualquier novedosa explotación comercial que se intente debe sujetarse a los requisitos exigidos para alguna de las actividades previstas en el Código de Habilitaciones y Verificaciones aludido, si esto no es posible el administrado no está facultado para ejercerla clandestinamente. En su caso, deberá judicializar la cuestión, en miras a resolver el conflicto, dentro del fuero contencioso administrativo de la Ciudad” (1).

En el mismo sentido, el Juzgado en lo PCyF Nº 16 de la CABA, entendió que “el servicio de transporte de pasajeros se encuentra reglamentado por el Código de Habilitaciones y Verificaciones en el Capítulo 8.4 —ley especial— a) servicio de transporte de personas en automóviles de categoría particular, con conductor, deteniendo el pasajero el uso exclusivo del vehículo, mediante una retribución en dinero convenida entre prestador y (8.4.1)” (2).

En este breve período jurisprudencial de la CABA subyace, como se dijo arriba, el precepto de que, para todo tipo de transporte, aun el prestado entre particulares, debe existir una habilitación estatal expresa. De esta premisa surgen grandes malabares interpretativos y argumentales: las sentencias manifiestan, comparadas entre sí, una especie de esquizofrenia jurídica, observándose un distanciamiento del operador jurídico de la realidad. En algunos precedentes se exige una habilitación, pero no se define cuál de ellas; o se exige la de taxis; o la de remises; en algunos casos se configura una contravención; en otros una falta, etc. Se trata, como dijimos, de un período de oscuridad en el que se fuerza la aplicación de normas a un servicio nuevo que no ha sido específicamente regulado.

III. El valor del principio de legalidad en el derecho constitucional y los requisitos del hecho punible. Sus orígenes, fundamentos y valores

El peligro de un exceso punitivo en materia de derecho penal ha sido históricamente un asunto de vital importancia para los juristas. A lo largo de la historia los sistemas jurídicos han avanzado para evitar la posibilidad de estos excesos; así es que surge el principio de legalidad que entra en juego cuando el adversario del ciudadano no es un par sino el Estado.

La herramienta esencial para controlar los posibles desbordes es entonces este principio que aspira a evitar el accionar punitivo arbitrario del Estado contra los ciudadanos o habitantes (3). Se trata de uno de los postulados básicos del derecho penal, cuyo origen se remonta a la Ilustración y al constitucionalismo del siglo XVIII.

Como antecedente debe recordarse la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, que en los arts. V y VIII establece los principios de legalidad, irretroactividad, lesividad y necesidad (4); es decir que, conforme la Declaración mencionada, solo puede prohibirse la acción que genera un daño; solamente la ley puede obligar una prohibición si la ley es previa al hecho; y solo debe pensarse lo estrictamente necesario (5). Muy anterior en el tiempo, la restricción al poder del Estado encuentra un precedente en los comienzos de la República Romana, con la *Lex Valeria de Provo-catione* (499 a.C.), que “sometió al requisito de la confirmación por la ciudadanía de las sentencias capitales pronunciadas por los magistrados” da el inicio a un proceso penal más evolucionado (6).

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(1) Juzgado Penal, Contravencional y de Faltas Nº 4 de la CABA, “Valdivieso Vega, Joel Iván s/6.1.49 - requisitos de los vehículos de transporte de carga y de pasajeros”. La sentencia se funda en la ley 6043, art. 6.1.94, cuyo texto señala que: “Taxis, transporte de escolares, remises, vehículos de fantasía y otros sin autorización. El/la titular o responsable de un vehículo que transporte pasajeros que lo explote sin la autorización y/o habilitación para prestar el servicio establecida por

la normativa vigente, es sancionado/a con multa de diez mil (10.000) unidades fijas e inhabilitación para conducir de siete [7] a treinta [30] días”.

(2) Juzgado en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nº 16, “G.E. s/83, Usar indebidamente el espacio público c/ fines lucrativos (no autorizadas) - CC”, Expte. 4790/2016.

(3) Se ha dicho que “cuando se echa mano al aforismo” gobierno de la ley en vez de gobierno de los hombres” se está apelando al principio de legalidad: lo que se manda y lo que se

prohíbe necesita ley que prescriba lo que tenemos que hacer y lo que tenemos que omitir”. Véase BIDART CAMPOS, Germán, “Compendio de Derecho Constitucional”, Ediar, 2016, p. 71.

(4) Textualmente el art. V dice “La Loi n’a le droit de défendre que les actions nuisibles à la Société. Tout ce qui n’est pas défendu par la Loi ne peut être empêché, et nul ne peut être contraint à faire ce qu’elle n’ordonne pas”. “Article VIII. — La Loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires, et nul ne peut être puni qu’en vertu d’une Loi établie

et promulguée antérieurement au délit, et légalement appliquée”.

(5) Véase GELLI, María Angélica, “Constitución de la Nación Argentina. Comentada y Concordada”, Ed. LA LEY, 2006, p. 247.

(6) MOMMSEN, 1999, p. 37, citado en PÉREZ DUHALDE, Ramiro, “Principio de legalidad estricta en materia de penal. Breve Historia y desvíos. El caso del Terrorismo”, UNLP 2015 y TR LALEY AR/DOC/3683/2015.

Doctrina

El rol trascendental de la fiscalización y contralor del trabajo en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

La importancia de su ejercicio en un Estado de derecho. Transparencia y visión a futuro
Gustavo Anzarut

3

Análisis normativo

Inscripción de testimonios digitales en el Registro de la Propiedad Inmueble de la Capital Federal

Néstor D. Lamber

Última instancia

4

8

| | |
|------------------|-------------------|
| CORREO ARGENTINO | FRANQUEO A PAGAR |
| CENTRAL B | CUENTA Nº 10269F1 |

En nuestro país la legalidad de la punición penal remite al art. 18 de la Constitución Nacional (“CN”) que señala: “Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso”. La garantía de la legalidad se integra con lo dispuesto en el art. 19 de la CN que señala que, por fuera de las prohibiciones de la ley, *queda la libertad humana*, puesto que “[n]ingún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”. No puede omitirse señalar que estas garantías descansan filosóficamente en el principio de igualdad del art. 16 de la CN, que señala que “[l]a Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento: no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Todos sus habitantes son iguales ante la ley (...)”; es decir, no cabe duda de que, si se decide la suerte de un individuo sin una ley previa que prohíba la conducta que se le imputa, estaríamos ante un trato desigual dado al individuo frente a la comunidad, que atenta claramente contra la noción básica de la igualdad (7).

La propia Constitución de la CABA señala en su art. 13, inc. 3: “Rigen los principios de legalidad, determinación, inviolabilidad de la defensa en juicio, juez designado por la ley antes del hecho de la causa, proporcionalidad, sistema acusatorio, doble instancia, immediatez, publicidad e imparcialidad. Son nulos los actos que vulneren garantías procesales y todas las pruebas que se hubieren obtenido como resultado de estos”, por lo que naturalmente el juego de valores mencionados arriba se reafirma en la regulación constitucional local (8).

Para la configuración de la pena el hecho punible requiere la existencia de una ley emanada del Congreso (en nuestro caso concreto, de la Legislatura de la CABA) de modo que la conducta sea incluida en “el ámbito de lo prohibido” (art. 18 de la CN) y que no se aplique “por vía de una *interpretación analógica* de la ley sancionada, pues ello significaría no solo la abolición de la garantía de la ley previa del art. 18 de la CN y la facultad privativa de la ley para obligar o prohibir art. 19 de la CN, sino la conculcación de la división republicana de poderes (art. 1º de la CN), por cuanto el juez *usurparía el poder del legislador*” (9). Es decir que la analogía, mal utilizada crea de por sí una prohibición que no fue prevista por la legislatura y convierte al juez en juzgador y, en simultáneo, en legislador. La analogía es, según Ferrater Mora, entre otras cosas, “la atribución de los mismos predicados a diversos objetos” (10).

(7) Señaló Tocqueville que: “El hecho particular, dominante que singulariza los siglos democráticos, es la igualdad de condiciones; la pasión principal que agita a los hombres de nuestros tiempos es el amor por esa igualdad...”. Véase “De la Démocratie en Amérique”, T. II, 1981, p. 20.

(8) Véase sobre el tema BASTERRA, Marcela, directora, “Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Edición Comentada”, Editorial Jusbairens 2016, p. 202.

(9) PÉREZ DUHALDE, Ramiro, “Principio de legalidad estricta en materia de penal. Breve Historia y desvíos. El caso del Terrorismo”, UNLP 2015 y TR LALEY AR/DOC/3683/2015.

(10) La analogía es “la correlación entre los términos de dos o varios sistemas u órdenes, es decir, la existencia de una relación entre cada uno de los términos de un sistema y cada uno de los términos de otro. La analogía equivale entonces a la proporción. Se ha hablado también de analogía como semejanza de una cosa con otra. En este último caso la analogía consiste en la atribución de los mismos predicados a diversos objetos...”. Véase FERRATER MORA, “Diccionario de Filosofía”, Alianza Editorial 1992, p. 44.

(11) SIMAZ, Alexis, “Interpretación extensiva, analogía y Constitución Nacional”, ED Tomo 2007, 38, 10/6/2007.

(12) Tribunal de Casación Penal de Buenos Aires, Sala I, 07/12/2004, “Pereyra, Héctor M.”, TR, La Ley, 70018581.

(13) PALAO TABORDA, Carlos “Tipicidad e igualdad en la aplicación de las normas tributarias - (La prohibición de la analogía en Derecho tributario)”, ED, Tomo 206, 910, 2/04/2004.

(14) Sobre las características de las aplicaciones mó-

Es decir que nuestro derecho constitucional en materia penal ordena desde su origen histórico el respeto al principio de legalidad y toda conducta por parte del Estado contraria a este principio fundamental configura un sometimiento inconstitucional. Como se verá en el apartado siguiente, en el caso que nos ocupa, los precedentes mencionados omitieron la aplicación de este principio, utilizando normas prohibitivas que no fueron diseñadas por el legislador para el servicio de intermediación que provee Uber.

Vale recordar que en materia de derecho penal está prohibida la analogía cuando perjudica al reo, es decir, la analogía *in malam partem*. Por el contrario, la analogía *in bonam partem*, que beneficia al reo, está legitimada en el ámbito de la aplicación de la ley penal. Se permite entonces cuando se atenúa o bien excluye la responsabilidad y se encuentra prohibida cuando se perjudica al individuo (11). Esta práctica interpretativa impide, por ejemplo, asignarle la figura de robo “con arma” —que actúa como agravante— al delito realizado con una piedra, “al no asumir el objeto el carácter de arma impropia” (12). Es decir, no puede asignársele a la piedra el carácter de arma “por analogía”, sobre todo si, como dijimos, la analogía perjudica al imputado. La prohibición de la analogía no solo rige en materia de derecho penal sino también en la aplicación del derecho tributario. Sobre el punto se ha afirmado en un detallado análisis del tema que “[u]na de las consecuencias más importantes que se extraen del principio de tipicidad es, según una opinión muy generalizada, la exclusión o prohibición de la analogía. Una explicación común de esta conclusión es considerar que mediante la analogía se crea una norma nueva y, por tanto, se infringe dicho principio” (13).

IV. Las primeras luces: los servicios de transporte tradicionales son distintos al servicio ofrecido por los conductores que utilizan la app de Uber. La aplicación del principio de legalidad

Luego de un breve tiempo los operadores jurídicos comenzaron a ver que efectivamente, el servicio de transporte ofrecido por quien conduce un taxi o remis es a todas luces diferente del que ofrece alguien que conduce un automóvil utilizando la aplicación de Uber. Y es por ello por lo que no puede aplicarse a ambos el mismo régimen. Veamos este punto con mayor detalle:

En primer lugar, la solicitud del servicio es diferente en tanto el conductor que utiliza la app de Uber ofrece un servicio “puerta a puerta”. Quien va a utilizar el servicio debe descargar la aplicación, solicitar un viaje indicando origen y

viles se ha dicho que “Desafiando la clásica explicación para la habilitación de los taxis, las aplicaciones móviles de transporte de pasajeros consiguen garantizar, no solamente todo aquello que la regulación tradicional siempre prometió a los consumidores, sino también: (i) permiten al usuario hacer un seguimiento del trayecto para impedir que el conductor elija innecesariamente un camino más largo; (ii) impiden la adulteración de taxímetros; (iii) permiten que los conductores califiquen a los usuarios; (iv) permiten que los usuarios puedan conocer las calificaciones dadas por otros usuarios; (v) brindan un seguro a los pasajeros; y (vi) permiten compartir viajes entre diferentes usuarios, abaratando el servicio y tornando más eficiente el sistema de transporte en su conjunto”. Véase el fallo plenario del Supremo Tribunal Federal de Brasil, sentencia del 08/05/2019, “Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 449 Distrito Federal” (voto del Sr. ministro Luiz Fux).

(15) Juzgado de 1ª Instancia en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nº 14 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sentencia del 27/11/2018, “Corrales, Jonathan Facundo sobre 6.1.4 - Categoría de licencia para conducir” (CAU 26217/2018-0).

(16) Juzgado de 1ª Instancia en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nº 7 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sentencia del 28/11/2018, “Bellini, Marco Alfredo sobre 6.1.49 bis - Prestación de servicio público de taxis sin habilitación” (CAU 27617/2018-0).

(17) Juzgado de 1ª Instancia en lo Penal, Contravencional y

destino, y un conductor, entre los muchos que recibe el pedido, podrá aceptarlo. El pasajero contará entonces con información del conductor, el importe, el tipo de vehículo, la duración del viaje, monto y la calificación del conductor. La calificación habilita la posibilidad de contar con un conductor que ya ha sido evaluado favorablemente por otros pasajeros. Cuenta además con sistemas de seguridad, como el seguimiento del viaje por GPS, y un sistema que permite detectar si en el viaje se prolonga más de lo debido (14). Los taxis, en cambio, cuentan con la exclusividad de los pasajeros que circulan por la calle. Se los identifica con facilidad en la vía pública y se los requiere con una señal de la mano; cuentan además con lugares exclusivos para taxis (aeropuertos y terminales) y se les paga una tarifa definida por una autoridad gubernamental según lo define en cada caso el reloj. Por último, los remises gestionan el servicio a través de “agencias” a las que se accede telefónicamente. Una vez terminado el viaje el remis vuelve a la agencia a esperar otro llamado, es decir que se gestiona desde un lugar fijo y físico.

El error reside entonces en pretender aplicar a un servicio las reglas diseñadas para otro, cuando debe observarse que ambos son sustancialmente diferentes entre sí. Como si se pudiera aplicar a Netflix el mismo régimen jurídico que el aplicado a la televisión tradicional, o a las propiedades que se alquilan vía Airbnb, el régimen legal de los hoteles.

Luego de un período de debate sobre estos puntos la Justicia en lo Penal, Contravencional y de Faltas de la CABA, concluyó que el servicio brindado mediante la utilización de Uber es sustancialmente distinto al ofrecido por los medios de transporte tradicionales (taxi y remises). Así se definió en los casos “Corrales” (15), “Bellini” (16), “Gimeno” (17), entre otros (18).

En el primero se consideró que era necesario “analizar entonces, si la actividad esgrimida corresponde a alguno de los servicios de transporte cuya autorización establece el Gobierno de la Ciudad Autónoma, a saber: 1. Servicio de Taxi: Atento que el servicio brindado no fue efectuado por auto con habilitación de taxi, y que este no pudiera haberse confundido con dicho tipo de servicio por haberse pintado por colores amarillo y negro que pudieran generar confusión en relación a que se trataba del mismo, no se encontraba en las calle o avenidas en búsqueda de pasajeros; es que debe despejarse con claridad que el servicio brindado no era el de taxi, por lo cual habrá de descartarse el requerimiento de habilitación en dicho aspecto”.

Luego el propio Tribunal Superior de Justicia de la CABA puso un definitivo final al de-

de Faltas Nº 7 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sentencia del 28/11/2018, “Gimeno, Jacinto Anibal sobre 6.1.53 - Estacionamiento medido” (CAU 25862/2018-0).

(18) Algunos precedentes tuvieron en cuenta el derecho a trabajar de los conductores. Véase la sentencia del Juzgado de Gestión Judicial Asociada Nº 4, Primera Circunscripción, Mendoza, 14/05/2019, autos “Asociación de Propietarios de Taxi de Mendoza (A.PRO.TA.M.) c./ Gobierno de la Provincia de Mendoza p/ Amparo”, causa 13-04464442-2 (012054-401545) y de la Tra. Cámara en lo Civil de la Primera Circunscripción, sentencia del 28/10/2019, “Asociación de Propietarios de Taxi de Mendoza (A.PRO.TA.M.) C/ Gobierno de la Provincia de Mendoza p/ Acción de Amparo 104545572”.

(19) TSJ CABA, Expte. nº 17.480/19 “Uber y otros s/ art. 83”, cit., voto de la Dra. Alicia E. C. Ruiz. Ver también Cámara Contencioso-Administrativa de 2ª Nominación de Córdoba, Auto Nº 306 del 30/10/2020, “Municipalidad de Córdoba c/ Uber y otros - Amparo (Ley 4915)” (Expte. Nº 8709011), citada por LANZA CASTELLI: “La jurisprudencia ha respondido claramente afirmando que no se trata de una actividad huérfana de marco legal, que se encuentre “por fuera” de la ley. En efecto, el servicio no constituye servicio público, sino un servicio privado enmarcado en el contrato de transporte regulado por el art. 1280 del Código Civil y Comercial de la Nación[9]. Al respecto, la Cámara Contencioso-Administrativa de 2ª Nominación de Córdoba expresó: “Que la conceptualización de la actividad que ofrece UBER, sea como servicio público o como activi-

bate, señalando: “El vacío normativo que se advierte en la materia transfiere al poder judicial la responsabilidad de dirimir conflictos no regulados, sin caer en interpretaciones extensivas de las reglas penales disponibles, lo que implicaría la afectación de principios constitucionales. Digo transfiere porque la cuestión de cómo han de operar estas nuevas formas de actividad, con el uso de otras tecnologías y de diferentes regímenes que los ya consolidados en el transporte de personas *es competencia de otros poderes del Estado*”. Y que “UBER tiene personería, muchas personas que trabajan en ese espacio y muchas otras que requieren su servicio como usuarias. La falta de un régimen legal y reglamentario que defina los marcos en que debe actuar viene generando problemas muy distintos, afectaciones a derechos individuales y colectivos, conflictividad con otros prestatarios de transporte, todo lo cual debe tratarse en conjunto y frente a los que la respuesta penal es siempre insuficiente (19).

En línea con esta doctrina judicial del Tribunal Superior de Justicia es que no puede prohibirse una actividad aplicando un régimen normativo que no le corresponde, del mismo modo que tampoco puede prohibirse una actividad que no ha sido expresamente prohibida, puesto que tal temperamento es contrario al principio contenido en el art. 19 de la CN. Corresponderá, si se considerara pertinente, que se elabore una legislación propia y específica para el nuevo servicio, puesto que la aplicación de un régimen jurídico ajeno convertiría, como se dijo arriba, al juez en juzgador y legislador. Este fue el temperamento que tomó, por ejemplo, la Provincia de Mendoza que reguló el transporte privado a través de plataformas electrónicas (20).

V. La última claridad: la aplicación del Código Civil y Comercial de la Nación

El art. 1280 del Código Civil y Comercial de la Nación (“Cód. Civ. y Com.”) dice: “Hay contrato de transporte cuando una parte llamada transportista o porteador se obliga a trasladar personas o cosas de un lugar a otro, y la otra, llamada pasajero o cargador, se obliga a pagar un precio o flete”. Hay entonces una persona que transporta y se obliga a transportar a otra, por medio de un contrato, y a cambio de un precio. Bajo este régimen se ha interpretado finalmente la actividad de los conductores que conducen utilizando la aplicación de Uber, quien facilita la contratación a través de su plataforma digital.

La Justicia en lo PCyF de la Ciudad de Buenos Aires señaló: “En virtud de lo expresado, se entiende que el servicio de transporte por medio de la aplicación Uber, es un servicio de transpor-

dad privada de interés general, es la clave de bóveda que debe descifrarse en este conflicto. De admitirse lo primero —servicio público— el desarrollo de la actividad queda imperativamente alcanzada por un régimen preferente de derecho público, cuya configuración es de titularidad estatal, de la que se deriva la exigencia de autorización administrativa para la gestión del servicio. Por el contrario, la calificación jurídica como actividad privada de interés general, desplaza la configuración del contenido del servicio al plano de la iniciativa privada y de las relaciones jurídicas entre particulares, sin perjuicio de la intervención estatal en todo lo que exige la salvaguarda del interés general, concretado, en definitiva, en razones de bienestar general... Que esta Cámara, al despachar la medida cautelar, puso de relieve que, más allá de la calificación jurídica que se le asigne al servicio de transporte privado, mediado por la aplicación o plataforma digital UBER, la esencia y/o naturaleza de esa actividad, presenta las notas típicamente definitivas para un servicio o actividad privada, regulada en función del interés general. Ese interés público se asienta en la trascendencia pública, el fin de interés público y desarrollo de condiciones de movilidad y transporte masivo que ellos brindan, abierto a la oferta pública”. Ver LANZA CASTELLI, C. “¿Estamos llegando al fin de la discusión sobre la legalidad de Uber?”.

(20) Véase la Ley de Movilidad 9086 y Decreto Reglamentario 1515/201.

te privado; que se genera por intermedio de un contrato innominado en el que se conecta a la Empresa Uber, el/la/los/as pasajeros/as y el/la/los/as transportistas; cuya regulación —ante falta de normativa específica— será supletoriamente la relativa a *Contrato de Transporte*, conforme las reglas interpretativas del propio Código Civil y Comercial de la Nación en su art. 970 (...). Todas estas aplicaciones, al igual que Uber, vinculan compradores/as con vendedores/as o usuarios/as de servicios, por medio de un sistema digital sin que se le haya requerido permiso ni licencia gubernamental.

También que “[e]sta nueva modalidad especial de contratación informa tica, ya ha sido receptada por el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación; y se encuentra amparada por nuestra Constitución Nacional en tanto el art. 14 garantiza el derecho a trabajar

y ejercer toda industria lícita”; y el art. 19 de la Carta Magna enfatiza que “[n]ingún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe” (21).

Es decir que ante la ausencia de una regulación de la CABA el servicio se encuentra regulado por el Código Civil y Comercial de la Nación. Contrariamente a lo resuelto en las primeras sentencias mencionadas, no puede exigirse una habilitación municipal puesto que no hay norma que así lo disponga y no corresponde por analogía “la atribución de los mismos predados a diversos objetos”, como se señaló arriba.

VI. Conclusión

Iniciamos este estudio preguntándonos si correspondía aplicársele el mismo régimen

jurídico de los servicios de transporte tradicionales (taxis y remises) al servicio ofrecido a través de la aplicación Uber. Repasamos un breve inicio jurisprudencial en el que se intentó aplicar a Uber un régimen jurídico diseñado para un servicio sustancialmente distinto. Luego se analizó brevemente el especial valor del principio de legalidad del derecho penal constitucional; observamos que se trata de un elemento clave que hace a otros valores democráticos fundamentales, como es el principio de igualdad. Señalamos que el principio de legalidad exige, para la aplicación de una pena, que la norma haya sido elaborada previamente, de modo específico, que dicha norma prohíba la conducta; también que, ante la ausencia de una prohibición, debe “reinar la libertad”. Sin esta cláusula básica contractual, como dijimos, el Estado habilita para sí el sometimiento de sus ciudadanos.

Por último, observamos la formación de una jurisprudencia que se arraiga en una frondosa doctrina que se ha manifestado unánimemente a favor de la legalidad del servicio con base en el art. 1280 del Cód. Civ. y Com. (22). Esta jurisprudencia comenzó a arrojar luz sobre el tema y finalmente definió, en un fallo del Tribunal Superior de Justicia, que no puede aplicársele al servicio prestado utilizando Uber el régimen jurídico diseñado para un servicio diferente, y que en tanto no existe una prohibición específica, dicho servicio es a todas luces legal. Se trata de la consolidación jurisprudencial y doctrinal de la legalidad del servicio, que ha venido a beneficiar, en última instancia, a los consumidores que somos, ni más ni menos, todos los ciudadanos.

Cita on line: TR LALEY AR/DOC/3303/2021

(21) Véanse los citados mencionados: “Bellini”, “Corrales”; “Gimeno”.

(22) ALBERTSEN, J., “La Comisión Interamericana y la censura a Uber”, Infobae, 27/04/2018, <https://www.infobae.com/opinion/2018/04/27/la-comision-interamericana-y-la-censura-a-uber/>; ARÁOZ FLEMING, P., “Comentario a fallo Uber: un fallo ordenó a la Municipalidad de Córdoba que reglamente la actividad”, Ediciones Noroeste Argentina, EdINOA on line, Año IV, noviembre 2020; BIANCHI, A. - GALARCE, L. A., “Aproximación a la regulación de la economía colaborativa (con particular consideración al servicio del transporte)”, ED - Revista de Derecho Administrativo, octubre 2020, número 10.; BIANCHI, A., “Uber: un clásico jurídico en medio de una revolución tecnológica”, Cronista, 13/04/2016, <https://www.cronista.com/columnistas/UBER-un-clasico-juridico-en-medio-de-una-revolucion-tecnologica-20160413-0044.html>; BOULIN, I., “Uber y el derecho a trabajar”, Infobae, 17/02/2017, <https://www.infobae.com/opinion/2017/02/17/uber-y-el-derecho-a-trabajar/>; CARDOZO GARCÍA, P. A., “Bloqueo de sitios web y aplicaciones móviles por jueces locales. Una violación al federalismo y a la libertad de expresión en Internet: el caso ‘Uber’”, cit.; CUERVO, R., “Mendoza y la regulación de Uber. Un buen camino para las innovaciones tecnológicas disruptivas”, LLGran Cuyo, 05/05/2020; AR/DOC/1328/2020; GIL LAVEDRA, R., “Fallo que afecta la libertad de expresión”, Clarín, 06/05/2017, https://www.clarin.com/opinion/fallo-afecta-libertad-expresion_0_H1hfGwq1Z.html; GÓMEZ, L. E., “Una decisión judicial que viola los principios de la Internet libre”, Clarín, 19/02/2018, https://www.clarin.com/opinion/decision-judicial-viola-principios-internet-libre_0_SjzilvPM.html; GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, E., “El rol de la regulación ante la innovación tecnológica”, Suplemento Especial Legal Tech 2018 (noviembre), La Ley; HERNÁNDEZ, B., “Análisis de la legalidad de Uber desde la doctrina y

la jurisprudencia”, ED, 08/10/2020, N° 14.949, ED 289; HERNÁNDEZ, B., “Análisis de la legalidad de Uber desde la doctrina y la jurisprudencia”, 09/10/2020, N°14.950, ED 289; HIGHTON, C., “El caso Uber desde el punto de vista de la legislación laboral argentina”, Abogados.com.ar, 30/06/2017; KEINIGER, W. C. - AGUILERA, E. A. - OSMAN MORENO, J. P., “Ingresos Brutos. Tributación de las plataformas ‘online’ a la luz del principio de territorialidad”, Doctrina Tributaria Errepar, 28/11/2017, T. XXXVIII, p. 1255; LANZA CASTELLI, C., ob. cit.; LONIGRO, F., “Popularmente demandado, oficialmente resistido”, Perfil, 14/05/2017, <https://www.perfil.com/noticias/columnistas/popularmente-demandado-oficialmente-resistido.phtml>; MAQUEDA, S., “Impuestos a la economía digital y la Constitución Nacional”, Infobae, 21/12/2017, <https://www.infobae.com/opinion/2017/12/21/impuestos-a-la-economia-digital-y-la-constitucion-nacional/>; MORANDINI, F., “Don Quijote y los molinos de Uber”, Infobae, 27/09/2017, <https://www.infobae.com/opinion/2017/09/27/don-quiote-y-los-molinos-de-uber/>; SEREBRINSKY, D., “El caso ‘Uber’ en los Estados Unidos: un fallo ejemplar sobre el derecho de los consumidores a la libertad de elección”, LA LEY, AR/DOC/3732/2016; SEREBRINSKY, D., “Sobre la legalidad de la app Uber: dos fallos del Supremo Tribunal Federal de Brasil”, La Ley, 21/10/2020; TOLLER, F., “Argentina está intoxicada de reglamentarismo”, cit.; VARGAS de BREZ, P., “La cautelar contra la contravención de UBER: una contravención al Sistema Interamericano de libertad de expresión. Comentario al fallo ‘Incidente de apelación de clausura preventiva art. 29 LPC en autos UBER SRL s/infr. 83 CC’”, 11/05/16; VÁZQUEZ, J. M., “Las nuevas tecnologías y su tributación en el impuesto a la renta: análisis a partir de la acción 1 del informe BEPS”, La Ley On Line; VERGARA, E., “El caso Uber desde el derecho del consumidor”, Comercio y Justicia, 02/07/2020.

El rol trascendental de la fiscalización y contralor del trabajo en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

La importancia de su ejercicio en un Estado de derecho. Transparencia y visión a futuro



Gustavo Anzarut

Abogado. Coordinador de la Unidad Técnica, Dirección General de Protección del Trabajo. Subsecretaría de Trabajo, Comercio e Industria. Ministerio de Modernización, Innovación y Tecnología (GCBA).

SUMARIO: I. De la fiscalización y contralor del trabajo.— II. La importancia de su ejercicio en un Estado de derecho.— III. Transparencia y visión a futuro.

I. De la fiscalización y contralor del trabajo

Por ser habitante y profesional en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires es que circunscribiré mi análisis a esa jurisdicción, como punto principal de mi desarrollo analítico. La base normativa sobre la cual nos apoyaremos para realizar las siguientes conjeturas son: los arts. 43 y 44 de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, las leyes 265 y 4013 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, los decretos 660/GCABA/11 y 236/GCABA/12 del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, la res. 5/SECRH/10 y la disp. 1141/DGPT/07. En consecuencia y tomando los antecedentes normativos antes indicados es que me permito realizar una primera reflexión sobre la importancia y trascendental rol de la fiscalización y contralor en un Estado de derecho por parte de la autoridad administrativa, en el pleno ejercicio de su poder de policía. La fiscalización no debe ser entendida como una mera actividad recaudatoria por parte de quienes detentan el poder de turno. Tampoco debe de ser mirada por parte de los contribuyentes como un obstáculo más a sortear en la larga cadena de compromisos que se deben asumir ante cualquier emprendimiento o inversión. Por el contrario, la actividad fiscalizadora y el contralor nos permite a todos, gobierno y ciudadanos entender las reglas del juego para poder desen-

volvernos dentro de él al amparo del Estado de derecho, a través de sus normativas vigentes, claras y transparentes. La ley 265 estableció la competencia de la autoridad administrativa del trabajo de la Ciudad de Buenos Aires. En su artículo dos, la referida ley, establece que dicha autoridad tiene entre sus funciones, las de fiscalizar, controlar y sancionar los incumplimientos de las normas relativas al trabajo, la salud, la higiene y seguridad en el trabajo. La disp. 1141/DGPT/07 dispuso que dicha tarea por el organigrama de la estructura orgánica funcional del Poder Ejecutivo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires recaiga sobre la Dirección General de Protección del Trabajo. Todo gobierno que precie la gestión pública debe sostener una política de prevención en materia de riesgos y accidentes laborales, en donde la salud y el bienestar de los trabajadores se deben encuadrar dentro de esa mirada. El art. 8° de la ley 265 establece: “El accionar de la Autoridad Administrativa del Trabajo, ejercitando las funciones de inspección, es preventivo y educativo en miras a obtener el cumplimiento adecuado de las normas laborales, sin perjuicio de la respectiva función punitiva por infracción a las referidas normas...”

Por consiguiente, las prácticas inspectivas y de contralor, tanto en el campo de la seguridad e higiene de los trabajadores como en el aspecto del cumplimiento de la normativa laboral, se debe enmarcar en una realidad dinámica que periódicamente requiere de la revisión. Ese mis-

mo ejercicio debe abarcar no solo a las normas, sino también a sus procedimientos. Numerosos análisis, relevamientos y estudios realizados sobre la materia dejan en claro la necesidad de revisar las normas operativas, procedimientos e instrumentos, en especial los informáticos, en la búsqueda de propuestas y soluciones que tiendan a dinamizar el funcionamiento de la gestión y agilizar el trámite de las actuaciones administrativas. La criticidad de las distintas tareas realizadas por los trabajadores en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires debe ser evaluada y ponderada de acuerdo a criterios ajustados a derecho, pero también y no menos importante a unos parámetros de control ágiles, transparentes e informatizados, con lo cual se garantice una accesibilidad a los datos tanto por parte de la administración como de sus administrados. Cumplir con esos tres parámetros, en cuanto a agilidad o celeridad, transparencia u honestidad e informatización, nos conduce a la imperiosa necesidad de plantear por la parte de la autoridad administrativa del trabajo, una planificación del accionar de fiscalización y contralor en forma preventiva, tomando en cuenta la criticidad presunta y antes mencionada del ámbito laboral y los riesgos de salud y seguridad de los trabajadores. El acceso a la informatización de los actos administrativos de contralor y fiscalización por parte de los empleadores como de los trabajadores permite implementar, en este caso, a la autoridad administrativa del trabajo, herramientas y programas

de capacitación cuyo fin persigue socializar a todos los actores involucrados en la importancia de preservar como columna vertebral la salud y seguridad de todos los trabajadores en su hábitat de desempeño laboral. La autoridad administrativa del trabajo en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a través de la Dirección General de Protección del Trabajo, debe recopilar, seleccionar, sistematizar y procesar toda la información atinente y específica relativa al universo tentativamente completo referido al objeto de análisis (trascendencia de la fiscalización y contralor del trabajo), con el propósito de disponer de información suficiente, clara y actualizada. Esta, siempre basados en criterios técnicos y valorativos establecidos dentro del marco normativo en el cual se ajusta el desenvolverse de la autoridad administrativa, tiene por objeto incrementar la eficiencia de las acciones inspectivas en general, facilitando así una percepción activa, diligente y multidimensional de toda esta problemática.

Institucionalmente un ejercicio transparente de la función fiscalizadora aportara a este proceso la obtención de mejores y oportunos resultados de las acciones de prevención como de contingencia, como así también la iniciativa en la creación de nuevos y más eficientes procesos de mitigación de consecuencias que deberán ser sostenidos en el mediano y largo plazo, a los efectos de garantizar por parte de la autoridad administrativa del trabajo, una gestión orien-

tada al control y reducción significativa del riesgo del trabajo. En cuanto a la herramienta más específica y eficaz que existe dentro de la fiscalización y contralor nos debemos referir a la inspección, como el acto administrativo troncal que permite llevar adelante de manera cabal y acabada una política pública y de Estado. Resulta de enorme trascendencia el rol de inspector, una figura que se debe analizar detalladamente porque las políticas sin actores adecuados terminan siendo solo quimeras en lugar de ajustadas proyecciones. Sobre el comportamiento del inspector durante el desarrollo de la inspección, debe mantener un trato adecuado y respetuoso con los entrevistados evitando situaciones que puedan generar disturbios que entorpezcan el normal desarrollo de esta. En caso de considerarlo necesario, puede separar a los trabajadores del empleador o responsable con el objeto de evitar la posible influencia sobre los interrogados. En todo momento, debe procurar no involucrarse en situaciones, actividades o intereses incompatibles con sus funciones, absteniéndose de toda conducta que pueda afectar su independencia de criterio.

También resulta de vital importancia reservarse de informar la causa u origen de la inspección atento el carácter confidencial de las denuncias. Durante el acto inspectivo, el inspector debe tomar un rol de educador, asesorando a los empleadores sobre el adecuado cumplimiento de la legislación aplicable y sobre las conveniencias de la correcta registración del empleo y como contrapartida informará al personal ocupado y relevado, sobre los derechos que le asisten. En el caso de que inspector a cargo constate la existencia de infracciones deberá confeccionar el acta de infracción respectiva que luego deberá ser siempre revisada por una instancia superior, otorgándole al administrado conforme a derecho, la debida posibilidad de descargo para justificar su situación. En todos los casos una inspección y una eventual instrucción de sumario bajo los términos de un sistema infor-

matizado permiten garantizar la transparencia de las actuaciones administrativas como de su celeridad, tanta vez reclamada por parte de los ciudadanos.

II. La importancia de su ejercicio en un Estado de derecho

Louis Dumont solía decir: “La esencia de la vida humana no es la lucha de todos contra todos, y la teoría política no puede ser una teoría de poder, sino una teoría de la autoridad legítima”. La importancia del ejercicio de fiscalización y contralor por parte del Estado, en este caso, por parte de la autoridad administrativa del trabajo, encuentra además de su sustento legal en el punto anterior ya explicitado, apoyatura además en razones de carácter antropológico. Alain Supoít un catedrático de la Universidad de Nantes en su libro *Homo juridicus* afirmaba “...que la aspiración a la justicia es un dato de transcendental preponderancia. Para vivir juntos, los hombres necesitan ponerse de acuerdo en un mismo sentido de la vida, aun cuando este no pueda aclararse científicamente...”. El derecho y en particular el ejercicio del poder de policía por parte de una autoridad administrativa, en este caso del trabajo, se deben basar en la creencia del imperio de las leyes o en la fuerza de la palabra comprometida. El derecho es la herramienta más capaz para regular los comportamientos dentro de un marco de razonabilidad. Si bien es una técnica de prohibición, que se interpone en las relaciones de cada uno con el prójimo y con el mundo, un sentido común lo supera y lo obliga. Es imperioso en esta era presente de un complejo y rígido marco regulatorio, tanto administración como administrados entiendan que es preciso un orden que nos permita darles sentido a nuestra propia existencia y a su acción, como así también a su contracara, que será la punición ante el incumplimiento. Cabe destacar que la fiscalización y contralor por parte de la autoridad administrativa es reconocida como una instancia necesaria y válida para superar la crisis a todo nivel que hoy vive el país.

En tal sentido, se puede afirmar que esa misma función a través de inspecciones diagramadas y coordinadas por parte de la autoridad puede ser visualizada como un proceso con alta potencialidad para modificar comportamientos y orientarlos a nuevos propósitos, vinculados a una efectividad de las políticas de Estado que se barajan a los más altos niveles de gobierno. Políticas de Estado que deberán ser mantenidas y sostenidas en el tiempo para poder garantizar de esa manera una transparencia y equilibrio que permita a los administrados sentirse estimulados en el cumplimiento del marco regulatorio, porque verán en forma efectiva la contracara con la punición, a través de sendas multas pecuniarias de aquellos que opten por el camino del incumplimiento. El sostén a través del tiempo garantiza además una mirada por parte de la sociedad que consolida la noción de Estado de derecho. Esta noción que perdura y se estudia desde la época de los romanos, de ninguna manera puede tomarse a la ligera, ya que el derecho como cualquier otra manifestación de la vida de los pueblos, es un producto de la conciencia social. Según Rudolf Von Ihering: “...Si la poesía no está reñida con el derecho, ningún otro como el pueblo romano nos muestra lo que es la poesía de orden y regularidad...”

Esto nos lleva afirmar sin temor a incurrir en falacias o falsas creencias que nada más superior que la noción de un Estado de derecho, que a través de preceptos básicos como vivir honestamente, no dañar a otros, dar a cada uno lo suyo y castigar a los incumplimientos, le dan un sentido de completitud al marco que regula toda fiscalización y contralor del trabajo por parte de autoridad administrativa. A pesar de las dificultades, de la fragmentación y de la desconfianza que hoy experimenta nuestra sociedad, hay coincidencia en los distintos actores del quehacer económico argentino, que la función fiscalizadora y el contralor, como herramientas de gestión indispensable de la autoridad del Estado, es de los instrumentos más eficaces para regular los controles entre administración

y administrados. El consenso y la metodología de las inspecciones del trabajo, es una contribución más a la formulación de políticas públicas, que, sostenidas en el tiempo, se convierten en verdaderas políticas de Estado.

III. Transparencia y visión a futuro

La transparencia en la gestión pública apunta a aumentar de manera directa la eficiencia de los organismos del Estado como así también redundar en una mayor satisfacción de las necesidades de sus administrados e interesados. La fiscalización y contralor del trabajo exige un planeamiento estratégico de los organismos públicos y que detentan el poder de policía. Ese mismo planeamiento obliga a pensar de antemano en una programación presupuestaria adecuada, en una descentralización entre los órganos formuladores de políticas públicas y sus organismos o unidades de ejecución de estas, en una gestión gubernamental que exija objetivos y resultados a cada una de sus reparticiones, como por último incentivos a los recursos humanos para estimular de la mejor manera al cumplimiento de los objetivos trazados.

La fiscalización y contralor del trabajo mejora la calidad de las decisiones estratégicas de gobierno y de la autoridad administrativa. El futuro reclama la necesidad de controlar los resultados de cada gestión y alejar el nombramiento de los funcionarios adecuados, idóneos o capaces del favoritismo político o familiar. Respetando estos preceptos tan simples como fundamentales, nos permitirá acceder a una administración transparente y con visión de futuro, siendo así la función fiscalizadora y de contralor del trabajo por parte de la autoridad administrativa más cercana a los administrados, no solo por las herramientas informáticas que hoy tenemos a disposición sino también por ser merecedora de respeto.

Cita on line: TR LALEY AR/DOC/3302/2021

Análisis normativo

Inscripción de testimonios digitales en el Registro de la Propiedad Inmueble de la Capital Federal



Néstor D. Lamber

Abogado, UBA. Escribano titular por concurso de oposición y antecedentes. Miembro de Número de la Academia Notarial del Notariado. Director de la Diplomatura de Documentación Electrónica, UNA. Profesor titular de Derecho Inmobiliario III en Especialización en Derecho Registral y Notarial de la UNLP. Profesor de la Maestría en Derecho Notarial, Registral e Inmobiliario, UNA, y de las Diplomaturas de Derecho de Familia, UNA, y de Programación Sucesoria, UNA.

I. Trámite digital de inscripción inmobiliaria en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

El Registro de la Propiedad Inmueble de la Capital Federal ha establecido en la DTR 5/2021 la opción de la inscripción digital de los documentos enumerados en el art. 2º de la ley 17.801, extendidos en soporte electrónico y con firma digital en sentido estricto (art. 3º, ley 25.506 —LDF— y art. 288, Cód. Civ. y Com.), sea notariales, judiciales o administrativos. Solo admite por excepción temporal a la firma digital por una electrónica en los instrumentos judiciales generados por la Justicia Nacional validados por el sistema Doex (ac. 15/2020, CS). Importa la continuidad de una progresiva política de implementación de registros y expedientes electrónicos iniciada con la previa digitalización de asientos, precarga web de minutas

de inscripción, despacho de certificados o informes digitales, entre otros. La digitalización de los registros inmobiliarios se lleva adelante también en otras provincias, y cabe destacar el antecedente del Registro de la provincia de Córdoba que en su disp. 7/2020 ya estableció la presentación digital de testimonios notariales y judiciales e instrumentos administrativos digitales para su toma de razón, exigiendo de igual modo su firma digital.

La norma administrativa requiere el simultáneo y armónico desarrollo de la técnica documental electrónica en la gestación y expedición de los documentos públicos digitales, en particular de los notariales digitales que conforma la mayor parte de los títulos de derechos reales inmobiliarios, y ante el diverso grado de avance en las distintas jurisdiccio-

nes, se justifica el necesario carácter de opcional en esta reglamentación, para no conculcar el precepto de la idéntica eficacia de las escrituras públicas otorgadas en todo el territorio de la República (art. 293, Cód. Civ. y Com.), recurriendo al soporte papel para evitar la actual brecha digital.

La reglamentación se centra en la consideración de los testimonios digitales notariales, sin embargo, se deberá aplicar a los casos especiales de la toma de razón de documentos auténticos —conforme el art. 3º, inc. c) de la propia ley 17.801—, en que se estará ante instrumentos con certificación notarial digital de firma, como la solicitud del nudo propietario de la toma de razón de la extinción del usufructo por fallecimiento del usufructuario, entre otros ejemplos.

II. Testimonio notarial digital. Principios de equivalencia funcional y escritura

El documento notarial digital (DND) es una especie del documento notarial que se caracteriza por estar almacenado en soporte electrónico, conservar los hechos o actos jurídicos representados mediante el proceso de digitalización binaria para su posible reproducción posterior, con aplicación de la firma digital de notario competente, que se rige por los principios de la teoría del instrumento y de la prueba. Al ser una especie del género documento notarial importa que se le aplican todas las características de este y por los arts. 286 a 288, Cód. Civ. y Com. y arts. 6º y 3º, LFD, se reconoce el principio de equivalencia entre los instrumentos en soporte papel y electrónico, y entre la firma ológrafa y la digital (art. 3º, LFD) (1). Al respecto dice Fer-

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(1) La equivalencia de validez y eficacia de los testimonios notariales en soporte papel y digitales en todas las variantes en los términos del art. 308 del Cód. Civ. y Com., es reconocida en las conclusiones de la últimas jornadas notariales: a) 33º

Jornada Notarial Argentina (Bariloche, 2018), Tema I: “... Analizando los elementos esenciales que caracterizan a la función notarial, los aspectos constitutivos del documento y las características especiales del documento digital, en virtud de los nuevos requerimientos de la sociedad moderna, podemos

afirmar que es tanto posible como necesaria la incorporación de los documentos digitales como un nuevo soporte documental en el que se plasme el resultado de la actuación notarial”, y advierte una prevención solo con respecto al protocolo electrónico al decir: “...Por el momento no es posible hablar

de protocolo notarial digital. Si bien no existe impedimento alguno para admitir la viabilidad de un protocolo notarial digital —previa adecuación normativa—, la prudencia aconseja un proceso paulatino y reflexivo hacia la digitalización, donde el protocolo sea el último de los documentos en pasar al so-

nández Delpech: “Las legislaciones modernas no solo contemplan la creación de la firma electrónica y digital, sino también establecen la plena validez jurídica y probatoria del documento, ya no solamente en soporte papel, sino también en soporte informático, dando así nacimiento al término de ‘equivalencia funcional’, que refiere al otorgamiento, tanto del documento electrónico como a la firma digital, de plena validez y eficacia jurídica, como si fuera un documento escrito y firma manuscrita, sin eliminar tampoco a tal documento escrito y firma manuscrita, que deben seguir teniendo plena validez” (2).

Los DND, además de almacenar la representación de un hecho o acto jurídico para la prueba, suman una actividad intrínseca cumplida por el notario, que es lo que caracteriza al acto público, y constituye un título de derechos reales o personales, por el cual el acto privado celebrado no solo tendrá mayor eficacia probatoria, sino ejecutoriedad directa y extrajudicial del derecho contenido: como título inmobiliario es autosuficiente para ejercer los derechos reales con relación al inmueble. Esta equivalencia funcional legal determina que en la actualidad se puedan expedir testimonios digitales —de las matrices en soporte papel— que constituyen instrumentos públicos digitales en los mismos términos del art. 289, inc. a), Cód. Civ. y Com., que deben ser aceptados por el destinatario en todo el territorio de la República, una vez validada su firma digital (art. 9º, LFD).

El soporte utilizado no cambia el concepto de documento notarial. La reforma del ordenamiento civil y comercial de 2015 receptó expresamente en el art. 286 la expresión escrita en instrumentos públicos que conste en cualquier soporte, siempre que su contenido sea representado con texto inteligible, en plena congruencia con el art. 6º, LFD, por lo que permiten concluir que el documento notarial digital satisface el requisito de escritura, que en opinión concordante Bielli y Ordoñez expresan: “[N]o existe ninguna diferencia entre el instrumento público digital y el instrumento público común y corriente, solamente el soporte papel. Siempre lo que caracteriza al documento público es la intervención del escribano. El instrumento digital no es más que un nuevo vestido para lo que ya conocíamos antes. Es el mismo documento y tiene la misma eficacia que tenía el documento anterior. Le damos un nuevo soporte, pero no estamos cambiando los principios fundamentales” (3).

La existencia, validez y eficacia del instrumento público —y el notarial— se determinan en el Código Civil y Comercial de la Nación, conforme a la competencia atribuida en la Constitución Nacional al Congreso Nacional para dictar los Códigos de Fondo para su aplicación uniforme en todo el territorio del país, entre los que comprende las escrituras matrices y sus copias o testimonios. El art. 290, Cód. Civ. y Com., establece que para su validez se requieren:

a) la actuación de un oficial público, en el caso notario/a, en el límite de su competencia material y territorial, y

b) estar firmado por notario/a (en el caso de los testimonios y copias de las escrituras matrices).

porte digital, procurando mientras observar las valiosas experiencias que a nivel internacional nos aporten los Notariados que ya han comenzado este proceso. Dicho esto, es imperioso continuar avanzando con los restantes documentos notariales en soporte digital” (el destacado en nuestro), b) 41º Jornada Notarial Bonaerense, 2019: “El carácter de documento público deriva de la intervención de su autor, el notario, en ejercicio de una función pública delegada por el estado. El Código Civil y Comercial de la Nación, a partir de los arts. 301 y 308, admite la posibilidad de la existencia del documento público notarial digital”; c) Jornada Notarial Cordobesa de 2019, se dice: “... 10. Siendo que el testimonio notarial nace para circular en el tráfico jurídico, posibilitando la ejecución de los derechos contenidos, su versión digital permitiría acortar tiempos y distancias”. De igual modo en el reciente XXI Congreso

En cuanto a los testimonios y copias, el art. 308, Cód. Civ. y Com., establece la especial atestación de concordancia de ellos con su matriz, por su eficacia de título que presenta y hace ejecutorio el derecho real inmobiliario, y expresamente ordena que “puede ser obtenido por cualquier medio de reproducción que asegure se permanencia indeleble”. No se limita al soporte papel y admite el testimonio notarial digital como uno más de reproducción, que se reconoce expresamente en los arts. 35 y 59 de la ley 27.349 al imponer la inscripción de DND en los organismos de registración societaria para la constitución y modificación de las Sociedades por Acciones Simplificadas, y promover los poderes electrónicos, incluyendo los notariales.

Las facultades legislativas locales se limitan a su reglamentación ritual pero no pueden imponer requisitos procesales que impidan o limiten la eficacia de los DND, al hacerlo imposible, desnaturalizarlo o desconocerlo; pero el carácter opcional de la DTR 5/2021 permite que el Manual de Uso de las presentaciones de documentos notariales digitales regule parámetros tecnológicos de admisión, con la inscripción de aquellos generados a través del sistema documental electrónico del GEDONO del Colegio de Escribanos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, o similares (Plataforma de Gestión Documental Electrónica del Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, Si.Da.No. de la provincia de Córdoba), así como impone estándares de mínima de los navegadores para acceder a la aplicación RPIWEB (4).

En la doctrina nacional se ha fundado la validez y eficacia de los testimonios notariales digitales por diversos argumentos para su respuesta afirmativa concordante:

1) Schmidt y Cosola lo explican prioritariamente desde la óptica del derecho informático, poniendo de manifiesto la integridad documental y presunción de original del proceso de digitalización conforme el art. 11, LFD, despejando las originarias dudas de la técnica informática y poniendo el acento en el expreso reconocimiento legal de su valor probatorio, al decir: “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 de la concordancia entre la escritura matriz y el testimonio o copia”. Esta función se encuentra expresamente receptada en el art. 11 de la ley 25.506/2001 que expresa: “Los documentos electrónicos firmados digitalmente y los reproducidos en formato digital a partir de originales de primera generación en cualquier soporte, también serán considerados originales y poseen como consecuencia de ello, valor probatorio como tales, según los procedimientos que determine la reglamentación” (5). Al hacer énfasis en la ley 25.506 dan cuenta de la validez legal de recurrir a este proceso de reproducción o transcripción, con su eficacia probatorio equivalente al original, y sin perjuicio ello, no dejan de señalar la necesaria intervención de notario/a, en que las restantes explicaciones que veremos enfatizan y permiten dar cuenta de su función para conferir la certeza de la calidad del dato representado (texto de la matriz)

Nacional de Derecho Registral (agosto 2021) se concluye en el Tema I: “IV. Testimonios digitales: Conforme el art. 308 del Cód. Civ. y Com. se admite la expedición del testimonio digital, al igual que en los folios en soporte papel, delegando en la reglamentación local su forma y modo de expedición. Una interpretación integrativa de los arts. 2º, 288, 289, 296, 301 y 308 del Cód. Civ. y Com. admite el documento digital como soporte documental de los testimonios de las escrituras matrices”.

(2) FERNÁNDEZ DELPECH, Horacio, “Manual de derecho informático”, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2016, p. 284. RIVERA, Julio C. - CROVI, Luis D., “Derecho civil. Parte general”, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2016, p. 683.

(3) BIELLI, Gastón E. - ORDOÑEZ, Carlos J., “Contratos electrónicos”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2020, t. I, p. 216.

que confiere el pleno efecto ejecutorio de los títulos.

2) Ventura, luego de enfatizar esta necesaria distinción entre las meras copias a los efectos de la prueba y los testimonios con eficacia ejecutoria del derecho presentado (resultante de la audiencia notarial representada en la escritura matriz), que solo se satisface con la actuación del notario que confiere la certeza pública, sostiene: “[E]n el entorno legal en que nos encontramos, no podemos dudar que, aunque virtual y casi etéreo por la naturaleza de los hechos, por el avance de la técnica informática y por la disposición expresa de la ley, hoy el testimonio digital de una escritura pública es indudablemente un instrumento público en los términos del art. 299, Cód. Civ. y Com... Si concordamos este dispositivo con los arts. 286 y 287 del Cód. Civ. y Com., el soporte virtual no hace mella a su naturaleza instrumento público. Tampoco podemos renegar de sus requisitos, dado que la firma digital prevista en el art. 288, segundo párrafo del Cód. Civ. y Com., tiene la amplitud suficiente y no restringe su aplicación a las formas instrumentales privadas” (6).

3) Rubén Lamber destaca que, si bien la integridad documental de los arts. 11 y 8º de la ley 25.506 incorpora una circunstancia técnica que genera una nueva interpretación en el ejercicio de la función notarial, ello no suple la labor de autenticación del contenido propio de la labor fedante pública notarial (7), que es la definitiva con independencia del soporte o la firma digital (8).

4) Bielli y Ordoñez dicen con respecto a las escrituras públicas que “las solemnidades exigidas por el precepto legal no son privativas del soporte papel, sino que también podrían ser cumplidas con igual eficacia legal y fáctica por un documento digital, que también satisface el requerimiento de escritura pública” y con respecto a los testimonios digitales que “el art. 308, Cód. Civ. y Com., al referirse a las copias o testimonios de escrituras públicas, permite que ese instrumento sea obtenido por cualquier medio de reproducción que asegure su permanencia indeleble, conforme a las reglamentaciones locales. Características más que presentes en los documentos digitales” (9).

5) Falbo y Di Castelnuovo enfatizan la equiparación legislativa entre documentos en soporte digital y papel que plasma la actuación notarial digital con independencia del soporte utilizado, concluyen en “admitir la existencia de testimonios digitales, esto es, las copias originales de las escrituras matrices o protocolos. Al respecto el mismo consistirá en la reproducción de la escritura matriz, sea por copia mediante el escaneo del protocolo (lo que podríamos denominar testimonio por digitalización), sea por la reproducción del contenido intelectual de aquella escritura matriz, íntegramente en los folios digitales (o testimonio por reproducción)” (10).

Los testimonios notariales digitales, una vez inscriptos en los Registros inmobiliarios respectivos, constituyen los títulos inmobiliarios previstos en el art. 23 de la ley 17.801 para una posterior constitución, modificación, transmisión o cancelación de derechos reales, sin requerirse legalmente soporte papel alguno (11); y a su

vez permiten la circulación tanto en el mundo virtual como tangible para las nuevas modalidades de contratación inmobiliaria denominada *proptech*, permitiendo su circulación en el mundo virtual con la debida seguridad no solo informática, sino además, jurídica, en desarrollos como el *crowdfunding* o *tokenización* inmobiliaria, para que no solo se sustenten en la seguridad informática de su continente (documentos y procedimientos electrónicos) sino que sumen certeza jurídica del derecho real contenido (12), o facilitaran la ejecución judicial de los créditos objeto de ellos.

II.1. Vista y validación automática del DND

La satisfacción del principio de escritura de estos documentos electrónicos en formato PDF requiere de un dispositivo para su lectura inteligible, que deben tener instalados los aplicativos para ese fin (p. ej., Acrobat Reader DC), y a la vez para poder validar de modo automático la firma digital el sentido estricto (art. 9º, LFD) haber descargado —y actualizado— las aplicaciones ACRAIZ del sitio www.firmar.gov.ar/validar.html, que contienen la caducidad y revocación diarias de los certificados de firmas digitales emitidos por los Agentes de Registro de los Entes Licenciados por nuestro país. El testimonio digital podrá presentarse en capas, teniendo a primera vista el último documento con firma digital (folio digital de concuerda, folio de digital de legalización, etc.) y embebido los demás documentos que deberán abrirse y validarse.

En la práctica, el usuario receptor debe descargar el DND recibido en su dispositivo preparado previamente con la instalación de estas aplicaciones, y así cumplir con la exigencia legal de validación automática de la firma digital de notario/a y Colegio Notarial. Requiere de una actividad más compleja y mediata para su lectura, al que solo podrán acceder las minorías con acceso a estos mecanismos tecnológicos, debiendo el resto de la población recurrir a profesionales o quienes le faciliten el acceso a esta validación automática impuesta por la ley, sobre lo que volveremos más adelante.

III. Requisitos del testimonio digital para su inscripción en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

El art. 2º de la DTR 5/2021 del Registro de la Propiedad de la Capital Federal establece que el testimonio notarial digital podrá consistir en la primera o ulterior copia de la escritura matriz, sea extendida mediante actuación notarial digital o concuerda digital, y se encuentre suscrito por firma digital en los términos del art. 288, Cód. Civ. y Com.

Requiere la gestación de folios notariales digitales y firma digital con certificado de un Ente Licenciado por el Estado, lo cual cumplen acabadamente los DND de las plataformas de gestión documental de los Colegios de Escribanos de la Ciudad Autónoma y Provincia de Buenos Aires. El modo de expedición o uso de folios digitales no puede ser impuesto por esta norma administrativa, y corresponde a cada jurisdicción local que podría optar por un testimonio digital con una herramienta informática diferente a los folios notariales digi-

(4) El sistema está desarrollado para funcionar con los siguientes navegadores: Internet Explorer 9 (o superior), Mozilla Firefox 18 (o superior) o Google Chrome 28 (o superior).

(5) SCHMIDT, Walter C. - COSOLA, Sebastián J., “Coexistencia de dos mundos: El impacto del mundo digital en el ordenamiento jurídico”, Revista Notarial, 986, La Plata, p. 46.

(6) VENTURA, Gabriel B., “Testimonio digital y registro inmobiliario”, LA LEY 09/03/2021, Buenos Aires, cita online: TR LALEY AR/DOC/351/2021, p. 4.

(7) LAMBER, Rubén A., “La expresión escrita y el soporte digital”, Cuaderno de Apuntes Notariales, 166, Col. Esc. PBA, La Plata, p. 10.

(8) LAMBER, Rubén A., “La expresión escrita y el soporte digital (2º Parte)”, Cuaderno de Apuntes Notariales, 167, Col. Esc. PBA, La Plata, p. 9.

(9) BIELLI, Gastón E. - ORDOÑEZ, Carlos J., ob. cit., t. I, p. 216.

(10) DI CASTELNUOVO, Franco - FALBO, Santiago, “De la función notarial, las nuevas tecnologías y las actuaciones notariales en soporte digital”, Revista Notarial, 986, La Plata, ps. 117-118.

(11) Conf. Pauta de Inspección de protocolo a los efectos de expedir copias digitales para escribanos/as de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires: “La primera copia deberá emitirse para el requirente mediante el sistema GEDONO y será esta la que se considerará como título de propiedad en los términos del art. 23 de la ley 17.801”.

(12) Véase para un mayor desarrollo nuestra obra: LAMBER, Néstor D., “Documento notarial electrónico”, Ed. Di Lla, Buenos Aires, 2021, ps. 446/8 y concs.

tales de las citadas plataformas. La normativa registral comentada no conculca la manda constitucional dado que no establece la presentación digital de modo único y obligatorio, sino como una opción, que permite que cuando no se puedan satisfacer sus requisitos informáticos el servicio registral se satisface en soporte papel.

Lo explicado es extensivo para los DND consistentes en documentos auténticos en soporte electrónico con certificación notarial digital de firma expedida en folios actuación digitales con documentos embebidos (art. 3º, inc. c, ley 17.801) que pese a no haberse contemplado debería admitirse son hesitación.

III.1. Firma digital del documento notarial digital

La firma digital en los términos estrictos del art. 288, Cód. Civ. y Com., es un elemento esencial del DND porque nuestra legislación ha optado por un sistema en que la firma digital, con plena validez y eficacia satisfactoria del requisito de firma en los instrumentos electrónicos, es la que se obtiene de uno de los Entes Licenciados para emitir Certificados de Firma Digital. Se trata de un mecanismo matemático que es aceptado o convalidado por el Estado Nacional y, por ende, no requiere ninguna validación adicional. En cambio, no se considera firma digital a otras firmas, denominadas electrónicas, que carecen de este certificado (art. 10 del anexo I del dec. 182/2019) o de algún requisito para ser firma digital previamente indicado (art. 5º, LFD), y aun cuando puedan llegar a ser el producto de un resultado que asegure de modo indubitable la presunción de autoría e integridad documental, esta característica debe ser acreditada posteriormente, en principio en instancia judicial (13).

El documento notarial debe ser autosuficiente, como título inmobiliario es ejecutorio sin otra intervención o validación posterior más que la del art. 9º de la LFD, y pese a que la firma electrónica pueda acreditar su eficacia en instancia judicial ello no es satisfactorio para la función de la forma como título del derecho real. Se diferencia también de las plataformas de gestión documental electrónicas públicas, enumeradas en el art. 7º de la ley 27.446, que prevén el reconocimiento de ellas por la interoperabilidad documental de sus expedientes y registraciones electrónicas de carácter público, por lo que el testimonio notarial digital se define en nuestro orden jurídico nacional como aquel suscripto con firma digital, concordando lo exigido por la DTR 5/2021.

La disposición en comentario omite regular de modo expreso un supuesto de excepción de firma electrónica: comprendido en el segundo párrafo del art. 2667, Cód. Civ. y Com., para la registración de documentos públicos notariales electrónicos otorgados en el extranjero, que no podrán tener firma digital otorgada por un ente licenciante nacional, que presentados con la debida apostilla o legalización internacional electrónica deberían ser admitidos para su anotación definitiva.

III.2. Firma digital de proceso del colegio notarial: satisfacción de la función de sello

La sola firma digital de la persona que ejerce la función notarial no es suficiente para acreditar su competencia material, máxime frente al haber derogado la ley 27.446 el art. 18, LFD, que confería a los colegios profesionales la potestad de emitir certificados digitales referidos a sus colegiados y a su función. La acreditación del ejercicio profesional, y su corres-

pondiente legitimación registral, la resuelve la disposición de dos maneras:

a) para abogados/as matriculados, la presentación se debe integrarse con una certificación con firma digital del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal (art. 6º), excluyendo la actuación de los matriculados en otras jurisdicciones;

b) para notarios/as, con la presentación de DND extendidos en folios notariales digitales (art. 2º), del sistema GEDONO o similar.

Estos sistemas de gestión documental notarial prevén la firma digital de proceso del Colegio notarial al gestarse el Folio de Actuación Notarial Digital, que permite tener la seguridad de haber sido firmado digitalmente por escribano/a matriculado en ejercicio de su competencia funcional, que satisface el requisito del sello de goma en el soporte papel. Lo hace de un modo dinámico y no estático, que permite superar su eficacia, dado que no se limita a ser estampado por el propio profesional, sino que tiene una validación actualizada por el Colegio que lleva la matrícula al momento de la gestión del folio electrónico, ya no solo explícita que obtuvo el acceso a la función, sino que subsiste —sin extinción, cancelación o suspensión—, donde las nuevas tecnologías hacen un positivo aporte a la seguridad y circulación documental.

III.3. Legalización digital

El párrafo final del art. 2º, DTR 5/2021, omite la expresa exigencia de legalización para los testimonios digitales extendidos en extraña jurisdicción, limitándose a señalar que deberán contar con firma digital (carácter intrínseco de los DND) y exhibir las formalidades que las leyes establezcan a los fines de asegurar de manera indubitable la autoría e integridad documental, lo que se cumple con la firma digital por las expresas disposiciones de los arts. 7º y 8º, LFD.

Los testimonios notariales digitales de la Ciudad de Buenos Aires no requieren de legalización, y entendemos que dado que el Registro de la Propiedad Inmueble de la Capital Federal, desde la implementación de los certificados digitales, tienen establecido un *web service* con el Colegio de Escribanos bonaerense por el que puede consultar *online* la vigencia de la matrícula de sus colegiados, sumado al control que hace en el marco del art. 9º de la ley 17.801 está en condiciones de admitir los testimonios digitales de esta jurisdicción sin requerir legalización, lo cual es una competencia del órgano registral y propuesta acorde con el diálogo entre ecosistemas documentales digitales.

Sin perjuicio de lo dicho, de exigirse su legalización será extendida de modo digital, en Folios Digitales de Legalización con firma digital del legalizante y Colegio respectivo, que contendrá embebido el testimonio digital a inscribir, dado que la reglamentación solo admite los sistemas de gestión documental señalados.

IV. Testimonio digital inscripto

El testimonio digital inscripto será el que se haya presentado digitalmente al Registro inmobiliario con la correspondiente nota digital de su toma de razón, conforme el contundente texto del art. 28 de la ley 17.801 que no deja lugar a duda que el Registro pondrá la nota de relación de registración en el testimonio (DND) presentado y no otro, inmediatamente después de efectuada. La ley nacional impide así la solución de otras legislaciones foráneas en que el testimonio digital funciona como en un medio para la inscripción para luego

transcribirse o “papelizarse” en un testimonio notarial en soporte papel. La literalidad normativa nacional importa que este nuevo testimonio no sustituya o satisfaga los efectos del digital inscripto.

El soporte electrónico hace imposible la tradicional “plancha de inscripción” o sello estampado en el soporte papel, que ahora se cumple con la nota digital, que expresa la fecha, especie y número de orden, que el citado artículo delega su forma a la reglamentación local, y se relaciona al DND respectivo, pudiendo hacerlo embebiéndolo (modalidad intrínseca documental) o validándola o verificándola con respecto al documento inscripto a través de sitio web del registro (modalidad externa por el expediente o registros administrativos electrónicos).

La DTR 6/2020 del Registro de la Propiedad Inmueble de la Capital Federal ha reglamentado la Nota Digital de Registración, en su art. 1º: “Establecer que la inscripción o anotación registral regulada por el art. 28 de la ley 17801 podrá realizarse mediante nota digital firmada por el registrador de conformidad con la ley 25.506, dicha constancia integrará el documento y su autenticidad y exactitud podrá ser verificada desde el sitio web del organismo a partir del código de seguridad en ella indicado y del número de presentación del documento”. Adopta la segunda de las validaciones enunciadas, no requiere necesariamente el embebido del DND en el documento Nota Digital Registral —aunque no lo excluye—, pero si la relación suficiente en los registros electrónicos interoperables del sistema de Gestión Documental Electrónico (GDE) de la Administración Pública Nacional, conforme la modificación de la ley 25.506 por el art. 7º de la ley 27.446; y lo hace con la remisión de un documento digital (CE) que contiene embebidos ambos documentos: el testimonio digital y la nota digital de registración.

El título del derecho real inmobiliario es este testimonio notarial digital con la nota digital registral de inscripción, y es el que satisfará la exigencia del art. 23 de la ley 17.801 de tener el título inscripto a la vista junto a las certificaciones registrales expedidas y vigentes al momento de la futura constitución, modificación, transmisión, cese o renuncia por el titular de los derechos reales.

V. Circulación del testimonio digital inscripto

El testimonio digital inscripto satisfactorio del título de derechos reales inmobiliario —con su diferencia propias del soporte utilizado— implica la necesaria interpretación de sus funciones y analogías con el tradicional soporte papel, y en especial con las prácticas adicionales o indicios de los que se vale el profesional o adquirente para asegurarse del contenido documental. Estas nuevas funciones imponen repensar cuando existe una real obligación legal y por qué se cumplen las denominadas buenas prácticas o técnicas documentales, que se dan por supuestas porque “siempre si hizo así”; tradiciones que si no se distinguen adecuadamente los supuestos fatigos de cada soporte, puede incluso llevar erróneamente a pensar que son un impedimento para la admisión del DND.

La temática requiere la explicación armónica de sistema jurídico nacional, el registral y los testimonios en soporte papel y digital, contempla entre otros casos la vigencia del DND histórico una vez caduca la firma digital, la aplicación de Notas Digitales Notariales, el anoticiamiento cartular del circunstancias externas al documento notarial, derecho retención del título inmobiliario, la posibilidad

técnica de apertura, percepción y lectura del DND al mismo tiempo en lugares físicos diferentes, la seguridad de almacenamiento de documentos digitales por quien no tienen acceso suficiente a los dispositivos informáticos y su actualización permanente, o el tradicional sentir de la mayoría de la ciudadanía de tener el título de papel (así como se puede preferir el disco de vinilo frente a los archivos digitales de música).

V.1. Testimonio digital histórico

Los títulos inmobiliarios están destinados a tener eficacia por largo tiempo, el inmueble no es un bien que se extinga o caduque en plazos breves ni que habitualmente sea objeto de cambio en menos de dos o cuatro años. Ante el exiguo plazo de caducidad del certificado de firma digital otorgada por el Ente Licenciante (14) —sin tener carácter longevo, como en otros países—, las primeras experiencias reglamentarias de los Colegios Notariales, han establecido que den un informe de vigencia a ese momento de la firma del notario autorizante o certificante, dado que los actos notariales en general están destinados a durar en el tiempo, a preservar su memoria y eficacia, no solo probatoria, sino para el ejercicio mismo del derecho.

Si bien el art. 9º, inc. a, LFD, establece la validez de la firma digital creada durante el período de vigencia del certificado digital válido del firmante, su inc. b) exige la debida verificación por el procedimiento de validación automática del certificado respectivo, que en la actualidad se cumple de modo pleno hasta su caducidad, y con posterioridad obliga e impone al usuario la carga de acreditar o valorar la concordancia de la fecha de la aplicación de la firma digital con la vigencia de su certificado, sobre fechas no ciertas y enunciada como del dispositivo del usuario, sin perjuicio de prueba informática e informes posteriores.

Por ello, los Colegios de Escribanos de la Ciudad Autónoma y Provincia de Buenos Aires (15), han desarrollado sendas aplicaciones que permiten obtener la atestación, con firma digital actual de sistema del Colegio, que da cuenta de la firma digital vigente de su colegiado al momento de generar un DND, permitiendo así la acreditación directa sin intervención judicial de la subsistencia de la eficacia en el tiempo con independencia de las caducidades tecnológicas, a fin de satisfacer la prestación en el tiempo del servicio notarial. El manual de uso de la disposición en comentario requiere de valerse de estos sistemas de gestión documental para la generación de testimonios digitales a inscribir que cuentan con la antedicha solución jurídica a esta limitación tecnológica, lo que es un acierto.

V.2. Notas digitales notariales

La estructura de la firma digital de documentos electrónicos hace que la función tradicional de agregar una nota escrita en el soporte papel sea imposible sin alterar el documento electrónico o “romper la firma digital” privándolo de las presunciones de autenticidad e integridad de los arts. 7º y 8º, LFD. La solución en la documentación electrónica la vimos en la DTR 6/2020 citada, en que se debe generar un nuevo documento digital que se relaciona al que afecta el contenido de esa nota a incorporar y anoticiar en la lectura del documento de origen.

Los DND a diferencia de los administrativos digitales, no tienen un proceso o expediente electrónico legalmente impuesto y que se desarrolla incorporado a los eco-

(13) Conf. ROLANDI, María Gabriela, “Oficios digitales: impacto en los registros de la propiedad inmueble”, La Ley Suplemento Innovación y Derecho 2021 (junio) 15/06/2021, cita online TR LALEY AR/DOC/1428/2021, quien señala la

necesidad de su firma digital, diferenciándola de la electrónica. Esta postura se refleja en la DTR 5/2021 CABA al determinar que es motivo de anotación provisoria la omisión de firma digital como la digitalización de instrumentos suscriptos con

firma ológrafa.

(14) 2 años del licenciante ONTI con dispositivo de encriptamiento externo (token), y 4 años del licenciante Modernización con dispositivo de encriptamiento remoto (conf.

dec. 182/2019), que son los certificados de firma digital utilizados por el notariado nacional.

(15) Módulo VADONO y Módulo Verificación de Firmas Digitales, respectivamente.

sistemas de gestación documental públicos enumerados en el art. 7º de la ley 27.446 con sus registraciones internas interoperables legalmente reconocidas, sino que se bastan a sí mismos y su garantía es la firma digital del notario, el folio notarial digital con firma de Colegio, e incluso pueden estar “subidos” a un reservorio o red de boques, pero su validación es únicamente la de las firmas digitales del folio notarial digital. Con las debidas licencias y al solo efecto ejemplificativo, es como si el administrativo está en el expediente y ecosistema digital GDE (TAD), y el notarial es un archivo en poder de su titular y/o gestante, que no se conserva necesariamente en su ecosistema digital, sino que sale de este para valer en todos los demás con las condiciones de validación del art. 9º, LFD, y con la verificación histórica referida en el acápite anterior.

Los ecosistemas de gestión documental notarial de la Ciudad Autónoma y Provincia de Buenos Aires, tiene en funcionamiento la posibilidad de gestar folios notariales digitales de anotaciones marginales, herramienta tecnológica que permite relacionar el código hash del folio digital de anotación marginal al del documento de origen objeto de la nota. Su visualización o la percepción escrita en la pantalla se anuncia al verificar el folio digital del segundo que da cuenta que existe un folio digital de nota marginal, pudiendo permitir el acceso a la nota digital notarial desde esa aplicación, o solo anotar su existencia —para que el titular del derecho permita el acceso al folio de nota marginal respectivo—. La única observación pendiente a estos sistemas es que en la actualidad solo permiten su generación por el notariado de su demarcación y no las restantes, por lo que deberán prever este acceso de otros DND generados en otra jurisdicción para hacer plenamente eficaz esta conveniente función.

La adopción del sistema GEDONO o similar, que permite con la mera verificación en su aplicación del testimonio digital inscripto (o no) conocer la existencia o no de notas digitales notariales, demuestra la valoración de la disposición en comentario de la conveniencia práctica de la denominada publicidad cartular junto a la registral, aun cuando no surja de una expresa obligación legal impuesta en la legislación de fondo.

V.2.a. Notas digitales y omisiones registrales

Las notas en los testimonios notariales son en principio posteriores a este, anuncian una corrección o aclaración de parte del texto de la escritura con base en una nota al margen de la escritura matriz, y según si su incorporación es anterior o posterior a la expedición del testimonio constará integrada o no a la testimonio digital o papel. También puede tratarse de notas que den cuenta de hechos futuros, como una hipoteca o acto de disposición. Este segundo tipo de notas siempre son posteriores a la expedición del testimonio y no pueden decidir su validez o eficacia, dado que el testimonio estará legítimamente expedido aun cuando no se incorporen estas notas. Situación que se hace patente en el caso del embargo trabado sobre un bien sobre el que se ha constituido una hipoteca no inscripta en los plazos legales, caso en que esta última será inoponible al acreedor embargante, aun cuando el notario hubiere insertado la nota de hipotecado en el testimonio de la escritura de adquisición del inmueble. Pese a ello, en la práctica notarial estas notas son valiosas de modo excepcional para tomar conocimiento de casos de “fugas registrales” (inexactitud), como en la anterior hipoteca ejemplificada no inscripta, donde la nota como instrumento público adicionado posteriormente al testi-

monio, incrementa el deber de buena fe diligencia del adquirente que se anoticia de la inexactitud registral por la lectura de la nota de título, la que no tiene en caso de no estar la nota inserta.

La ley nacional impone la oponibilidad a terceros por su publicidad registral, y no prevé de modo expreso que la nota en el testimonio notarial supla o reemplace la oponibilidad *erga omnes* del derecho real y su publicidad a través del Registro, accesible a la comunidad por los despachos de sus informes o certificados. La nota en el testimonio es de un acceso limitado solo a quienes se les permite conocer el documento, concluir lo contrario pondría en crisis todo el sistema con respecto a las medidas cautelares que nunca tendrían seguridad como antes señalamos. La ley de fondo no solo regula la publicidad de los títulos notariales y los actos que se otorguen bajo esa forma, por lo que no puede limitarse solo a ellos, y en consecuencia no establece la obligación legal expresa de integración de la nota al testimonio.

Estamos ante una buena práctica de técnica notarial que es valioso su sostenimiento, que vemos fomentada por las leyes rituales notariales locales al imponer el deber de notarios/as de insertar nota en el título antecedente del acto pasado ante sí, pero se trata de un deber de la persona y no un requisito del testimonio, por lo cual no puede verse como un impedimento para la validez y eficacia del testimonio digital, máxime por un acto posterior y ajeno a su momento gestacional.

Se ha buscado el argumento de su obligatoriedad en el art. 23 de la ley 17.801 al exigir el testimonio inscripto junto a las certificaciones registrales expedidos para un posterior acto notarial con vocación registral, interpretando que la finalidad de tenerlo a la vista es para ver también las notas y hacer efectiva la denominada publicidad cartular; pero la norma refiere al testimonio inscripto y no anotado o actualizado u otra frase, lo que también ha dado lugar a la opinión que su finalidad es solo cotejar el debido tracto sucesivo registral y eventualmente permitir las corrección de las inexactitudes registrales entre el asiento y el testimonio que le dio origen, sea por errónea rogación o facción del asiento por el registrador. Asimismo, este artículo refiere al testimonio inscripto, en un concepto estático, y para el aspecto dinámico de las relaciones reales o personales con eficacia registral, expresamente se vale de las certificaciones registrales al momento del nuevo acto, es decir, presenta este doble parámetro que en el dinámico recurre a las variaciones de la situación jurídica según los asientos registrales.

La falta de una expresa norma de la ley de fondo que imponga la obligación de inserción de estas notas para la expedición o la circulación de testimonios notariales, hace que no sea una excusa para negar o restringir los digitales, máxime cuando la norma expresa indicada es solo de rito local, que nos posiciona frente a la imposición de una publicidad por ellas, y no se debe perder de vista la declaración de inconstitucionalidad de las leyes de Catamarca y Mendoza que habían establecido los registros inmobiliarios en fallos de los años 1935 y 1938 (16).

La inserción futura de notas al margen del testimonio no es un requisito de la expedición del testimonio digital o papel, su omisión podrá generar responsabilidad disciplinaria en los ordenamientos locales que así lo impongan como deber del notario/a, pero no es impedimento para la circulación del testimonio digital. El deber notarial local solo es exigible al profesional cuando exista posibilidad de su cumplimiento: en los testimonios en soporte papel, y en los digitales solo cuando tenga la posibilidad local de generar Folios de Notas Digitales que se relacionen con el testimonio digital a anotar.

V.3. Publicidad cartular en soporte papel y electrónico

El acceso al conocimiento de actos posteriores referente a los derechos presentados en el testimonio digital por sus notas, denominado publicidad cartular es altamente conveniente en el tráfico negocial y práctica notarial, pero de eficacia limitada, no solo a quienes tiene acceso a la vista de la nota, sino a ciertos ámbitos de la relación real como se vio.

Se ha fundado esta en el su carácter de instrumento público y en la posibilidad de invocar el contradocumento que altere las expresiones del instrumento público (art. 298, Cód. Civ. y Com.), pero debe notarse nuevamente que su texto dice “puede invocarse” como facultad, pero no impone la obligación legal de insertar la respectiva nota. Del mismo modo, el art. 2204, inc. a), Cód. Civ. y Com., establece que “puede requerirse que la cancelación [del gravamen] se asiente por nota marginal en el ejemplar del título constitutivo de la garantía”, manteniendo la política legislativa de reconocer la facultad de poner la nota, pero no imponiendo su obligatoria inserción. Asimismo, se han citado las anotaciones marginales con relación a las partidas del registro civil, en cuando a las anotaciones del estado familia, personas o bienes relacionados a ellos (convenciones matrimoniales de cambio de régimen patrimonial, subrogación real de bien propio), pero en ellos la nota marginal se asienta en la partida de la que luego se expide o se consulta su copia, testimonio o certificado, o en la escritura matriz y testimonio expedido.

La validez y eficacia de las notas notariales como instrumento público en ambos soportes es indudable, al igual que su conveniencia, pero no es una imposición legal, lo que limita su eficacia publicitaria solo cuando llega a conciencia del tercero, y en ámbito de la práctica notarial-registral es una colaboración a la mayor seguridad de los derechos, pero no un deber de buena fe diligencia de exigir las notas o declaración la inexistencia de estas, dado que la ley ha previsto la certificación registral para satisfacer con eficacia jurídica este aspecto dinámico. Sin embargo, la creación de notas digitales notariales satisface esta seguridad adicional y facultativa, pero surge entonces, en qué momento se cumple la diligencia de verificar el testimonio digital y sus notas. Conforme el art. 23 de la ley 17.801 prevé en la coherencia del orden jurídico la publicidad del aspecto dinámico (transmisiones, modificaciones, constituciones, ceses posteriores) se obtiene con el certificado vigente dentro de período de retroprioridad anotado en el asiento de dominio (anotación preventiva), por ello, la consulta al testimonio digital se satisface al momento de esta anotación de reserva registral, y todo otro acto posterior a esta reserva registral le será inoponible, cobrando trascendencia la relación de poder (posesión) sobre el inmueble para cumplir con la efectiva transmisión. El modo que completa la adquisición del derecho real en el ámbito tangible y extra registral sigue ostentando su utilidad y vigencia en el derecho actual.

La reforma de la codificación civil de 2015 afirma lo que podríamos denominar publicidad cartular electrónica, en que se valdrá más del anoticiamiento instrumental por registros electrónico-relativos —o continentes— del documento digital que de la nota en el mismo instrumento. Encontramos esta característica en:

a) El Código Civil y Comercial derogó los arts. 2313 y 2317, Cód. Civil que calificaban al testimonio en que constaba la adquisición de derecho real sobre inmueble como cosa inmueble por su carácter representativo, evitando ahora la distinción con los demás instrumentos públicos.

b) El art. 381, Cód. Civ. y Com. establece que la oponibilidad a terceros de la modificación, renuncia y revocación del poder debe ser

puesta en conocimiento por medios idóneos, sin señalar, ni la registración, ni nota cartular, pero que se logra acabadamente con la nota digital comentada, relacionada en la base de datos de los sistemas de gestión documental digital de los citados Colegios de Escribanos.

c) El art. 1836, Cód. Civ. y Com. prevé la emisión y circulación de título valores desmaterializado no cartulares a través de una caja de valores o sistema automatizado de compensaciones bancarias o de anotaciones en cuenta.

d) El art. 1850, Cód. Civ. y Com. prevé la transmisión o constitución de derechos reales sobre títulos valores no cartulares —o en soporte electrónico— los gravámenes, secuestros, medidas precautorias y cualquier otra afectación a los derechos conferidos por él, deben efectuarse mediante asientos en registros especiales que debe llevar el emisor, o en nombre de este, una entidad financiera, una caja de valores o un escribano de registro, momento a partir del cual la afectación produce efecto a terceros.

La interpretación sistemática permite coherente la analogía entre estos registros de asientos electrónicos y los asientos en los sistemas de gestión y verificación notarial en forma coherente con todo el orden jurídico nacional.

V.4. Vistas simultáneas del testimonio digital inscripto original

La problemática más ardua en la armonización del testimonio digital es la posibilidad de poder leer o ver el testimonio digital al mismo tiempo en varios sitios diferentes, ya no se tiene un soporte papel único y estático, sino un documento electrónico almacenado en uno o más dispositivos, registros o servidores de guarda, de los que se puede regenerar el original.

En la tradición del soporte papel el testimonio a la vista cobraba relevancia en la buena fe creencia, en caso de “fuga registral” de la certificación con reserva de retroprioridad, pero no plasmada en el asiento frente a otra si registrada. La solución de oponibilidad registral ante tal inexactitud registral se resuelve en favor de la única anotación preventiva en el asiento, sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial del Estado; pero se mesuraba en justicia la buena fe de quien tenía el título inscripto a la vista y detentaba la relación de poder (posesión) frente al que pese a contar con una anotación registral de reserva de retroprioridad no había satisfecho todas las debidas diligencias propias de la buena fe y lo emparentaba al actuar de mala fe.

El testimonio digital restringe este indicio de buena fe y su tradicional diligencia, reforzado la importancia de la primera reserva anotada y la responsabilidad patrimonial del Estado por la doble certificación y omisión de una inscripción. Esta solución es acorde a la realidad documentada de la cultura digital y el debido resarcimiento del daño por el Estado; sin embargo, en la relación privada de las partes la recepción de la efectiva posesión del bien se convierte en supuesto del testimonio digital en el punto central de la apreciación de la buena fe y debida diligencia, en concordancia analógica con el inc. b) del art. 1170, Cód. Civ. y Com., al conferir prioridad al comprador de buena fe por boleto frente al acreedor que haya inscripto una medida cautelar sobre el inmueble, si tenía publicidad posesoria (relación de poder efectiva sobre el inmueble).

La norma registral nacional se satisface con el testimonio digital inscripto a la vista al momento del nuevo acto, sin imponer su unicidad de vista o reproducción como original ni siquiera para determinar la buena fe del adquirente en caso de inexactitud de la reserva de retroprioridad, que se sustenta en estos testimonios en la verificación por este de la

(16) CS, 25/11/1935, “Jorba, Juan y otro c. Bambicha, Francisco y otro”, JA 52-360; id., 18/03/1938, “Papa, José c. Sociedad Campagno Hnos.”, JA 61-383.

efectiva relación de poder por el transmitente. Este es el mayor cambio de criterio, solo para esta situación patológica, en que se pone el acento en la solución por el resarcimiento económico por parte del Estado y el particular, y no sobre la prevención.

La multiplicidad de vistas originales y sitios de almacenamiento tendrá por otro lado aspectos positivos en especial en el ámbito judicial, permitiendo en casos de subastas judiciales o procesos de liquidación de bienes de la quiebra, contar con el primer testimonio digital inscripto en el expediente para su transmisión aportado por el actor, sin necesidad de largos y gravosos trámites de inscribir segundos testimonios. Del mismo modo, el soporte electrónico permite que la entidad financiera acreedora hipotecaria no requiera privar del título al inmueble al titular, generando de hecho cláusulas casi leoninas, donde se le impediría hacer un bien de familiar, o la ya habitual solución a la división de bienes del divorcio, en que se restringe la posibilidad de adjudicación cuando uno continúa pagando las cuotas, ambos quedan obligados, pero quien asume el pago no puede obtener su derechos real con carácter personal por la adjudicación por partición. Constituían estas cláusulas la impropia restricción de disposición en términos generales por un plazo mayor a los 5 o 10 años de inenajenabilidad. El acreedor tendrá ahora el título del deudor para concluir la transmisión en la ejecución hipotecaria, y el deudor también podrá tener el testimonio a la vista para realizar actos con este como objeto gravado, respetando así normas del consumidor en los créditos hipotecarios para vivienda. La visión integral del derecho y este aspecto positivo ponen de manifiesto uno de los argumentos de la digitalización jurídica: favorecer la circulación de los bienes y las transacciones que se incrementa en los casos ejemplificados.

V.5. Testimonio digital y derecho de retención

La tradición de la unicidad del testimonio papel ha consagrado la práctica de la retención del título inmobiliario a modo de caución por el acreedor por su crédito. Nuevamente el testimonio digital nos obliga a analizar este uso que puede ser impropio en el ejemplo antes señalado. Los arts. 2587, Cód. Civ. y Com. y siguientes autorizan al acreedor, que detenta la relación de poder sobre una cosa que debe restituir, a retenerla en tanto el titular del derecho real no pague la deuda líquida y exigi-

ble en razón de ella que tienen con él. Lo que impone analizar si el derecho retención se pretende ejercer sobre el inmueble o sobre el título.

La pretensión retención del inmueble requiere necesariamente la lícita relación de poder (tenencia) de esta cosa que debe restituir, la cual se constituye por esta situación de hecho que no se configura por la mera tenencia del título del derecho real, sino por los actos materiales sobre el inmueble, por lo que en este caso la sola tenencia del título no legitima el derecho de retención, y se configura en una situación fáctica que limita el ejercicio de los derechos del titular que debió obtenerse por cláusulas de inenajenabilidad, constitución de derechos reales de garantía, o medidas cautelares, entre otros, pero no por la mera tenencia del testimonio (papel o digital), que importa una práctica impropia en este sentido, máxime cuando se da en caución de deudas que no nacen en ocasión del inmueble.

La retención del título, por deudas en ocasión de este, se suele ver en los gastos y honorarios profesionales de escribanos, abogados, arquitectos, que realizan su labor con relación a la gestación, modificación o cancelación del título, en que se ha admitido el ejercicio de este derecho por considerarlo una cosa. Pero el testimonio digital nos posiciona ante la actual cuestión sobre la calificación de los documentos digitales ¿son una cosa, un bien digital, una representación digital? ¿se asimilan el régimen de las cosas como la energía? ¿tiene materialidad suficiente que permita establecer la requerida relación de poder? Sin entrar en el debate, la solución jurídica para poder administrar, gravar o disponer bienes digitales y títulos valores digitales, y ejercer la relación de poder sobre ellos, requiere de una aplicación informática establecida por la ley, o convencionalmente por los usuarios de determinado ecosistema digital —a través de usuarios y contraseñas—, que genere asientos electrónicos de acceso restringido. Sin embargo, podrán retenerse los testimonios digitales generados o elaborados por el profesional, cuando no los haya remitido al titular o no los haya puestos a disposición mediante contraseña o link del reservorio.

La posibilidad del derecho de retención no es un elemento definitorio, ni caracterizante del testimonio del derecho real, y las defensas del acreedor se adecuan al actual sistema jurídico.

VI. Testimonio y brecha digital

La experiencia en la República Argentina sobre la utilización y circulación de los documentos electrónicos hasta la fecha ha demostrado que sigue siendo una prestación para una minoría que goza de buen acceso a los servicios digitales y de internet, a dispositivos preparados para su lectura, a hardware con determinados estándares mínimos de seguridad y capacidad, y la necesaria alfabetización y capacitación digital. La brecha digital continúa siendo un grave problema en nuestra sociedad y así parece que continuará en los próximos años, en consecuencia, hasta que se logre la nivelación digital de la sociedad se justifica el legítimo interés de las personas en requerir la “papelización” de lo digital, sea porque no pueden visualizar y leer el documento digital en cualquier momento, o porque el almacenamiento por largos períodos de tiempo (como requiere la escritura pública) se ve sometido al cambio tecnológico que obliga a nuevos equipos y “migraciones” de datos, que en la práctica han presentado inconsistencias o pérdidas en el resultado de este proceso, o principalmente por la falta de conocimiento del manejo de las herramientas digitales por no ser un usuario tecnológico habitual que lo transforma en un vulnerable digital.

Las dudas y temores de la sociedad al respecto imponen la necesidad de prestar el servicio público notarial para reflejar en papel estas actuaciones y documentos notariales digitales —y constancias registrales— que permitan el ejercicio de los derechos en ellos presentados o representados. En este sentido el notario se debe constituir en un traductor del mundo digital al analógico.

El ordenamiento civil admite la expedición de más de un primer testimonio notarial para las partes y según su interés, y nada impide el hacerlo en ambos soportes, como cuando se lo expide para una cesión de herencia para tener su inscripción que llevan algunos registros inmobiliarios y otro para el expediente judicial electrónico a los fines del art. 2302, Cód. Civ. y Com. En el caso que nos ocupa, si bien el testimonio digital inscripto será plenamente satisfactorio y eficaz, la necesidad del ciudadano de contar con el soporte papel por tradición o baja digitalización en su vida, podrá contar —una vez inscripto el digital— con su transcripción en otro primer testimonio notarial que dé cuenta tanto de la concordancia con la escritura matriz como con el testimonio digital inscripto, y la relación de la nota digital de registro.

Se estaría ante un testimonio en soporte papel, que si bien no suplirá al digital, permitirá una lectura accesible y conocimiento del derecho real contenido con independencia de la posibilidad de tener dispositivos informáticos preparados para ello, prevenir la pérdida del lugar de guarda (disco duro de una computadora en desuso no actualizada, *pendrive* dañado o incompatible, etc.), colaborando a la armoniosa transición entre la tradición analógica y lo digital cuando se opte por este. Importa la convivencia dos primeros testimonios, uno en cada soporte, y el de papel, si bien no tendrá la nota registral digital firmada por el registrador, contendrá los vínculos para acceder a su validación a través del RPIWEB como prevé la DTR 6/2020, al que incluso se podría incorporar un link o código QR que permitan la consulta de la verificación del testimonio digital y el consecuente acceso a las notas digitales notariales de este —como sugiere Walter Schmidt—, dado que estas notas digitales deben relacionarse al soporte electrónico, y no en el papel.

Durante este período de transición podría considerarse el Registro de la Propiedad la admisión de testimonios digitales gestados sin todas las funciones informáticas del sistema GEDONO, pero que tengan prevista la generación de notas digitales relacionables a ellos, con el solo requisito de tener la firma digital de notario/a y su validación funcional con la firma digital del Colegio Notarial de su matrícula, aun cuando gran parte de la carga y proceso sea una labor analógica. Esta solución provisoria no puede ser definitiva, pero abona la función del Estado de propender a la igualdad de los ciudadanos en todo el territorio del país y proveer las medidas para superar las asimetrías tecnológicas y económicas; en este sentido, se hace imperativo que el ente licenciado ONTI otorgue certificados de firma digital a los Colegios Notariales como lo había hecho originariamente. El folio digital no tiene otros requisitos más que poder ser firmado digitalmente por el notario y el Colegio, no importa el diseño diferente u otros elementos, como ya ha ocurrido con el folio notarial papel, cuando no había folios impresos con filigranas, con sellos de agua, entre otras medidas, y se han constituidos en hojas romaní con estampillas pegadas y/o rúbricas, dado que la determinación es jurídica y en la evolución del documento digital se deberán ir sumando elementos seguridad documental electrónica.

Cita on line: TR LALEY AR/DOC/2701/2021

Última instancia

Tribunal Superior de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Honorarios regulados por debajo del mínimo arancelario

La regulación de honorarios debe ser revocada. La Cámara se apartó del mínimo arancelario fijado en la norma aplicable (3 UMA, que corresponden a la primera etapa del juicio ejecutivo, conf. arts. 29 inc. d y 60 de la ley 5134), sin brindar argumentos concretos y convincentes que justifiquen el criterio, que implica contradecir la regla sentada en el art. 17 último párrafo de la ley arancelaria local. La remisión vaga y genérica a la necesidad de resguardar la

“proporcionalidad” de las regulaciones de honorarios resulta insuficiente para explicar por qué resultaría cuantitativamente “desproporcionado” en este caso la asignación de la remuneración mínima citada (del voto de la Dra. Langhe).

TS Ciudad Autónoma de Buenos Aires, “2GCBA c. COBEX SA s/ ejecución fiscal - radicación de vehículos”, 27/10/2021.

Cita online: TR LALEY AR/JUR/174472/2021

Impugnación de multas por infracciones a la LDC

Corresponde rechazar la queja. El planteo dirigido a cuestionar la competencia

de la DGDYPC en los hechos denunciados, esto es no haber informado en forma adecuada y veraz la resolución del cambio de titularidad requerido, es infundado. EDESUR sostiene que esto, que caracteriza como incumplimientos contractuales, solo pueden ser juzgados por el ENRE por imperio de lo previsto en la ley 24.065 y la res. del ENRE 82/2002. Empero, no se hace cargo de las razones que la Cámara dio para descartarlo, no ha tachado de inconstitucionales esos artículos, ni discutido su interpretación. El *a quo* dijo que la DGDYPC era competente para entender en los hechos denunciados en virtud de lo previsto por el art. 25 de la ley 24.240,

y que esos hechos resultaban violatorios de las previsiones del art. 4º de esa misma ley.

TS Ciudad Autónoma de Buenos Aires, “Empresa Distribuidora Sur SA c. GCBA s/ recurso directo s/resoluciones de defensa al consumidor”, 27/10/2021.

Cita online: TR LALEY AR/JUR/174471/2021

Cita on line: TR LALEY AR/DOC/3304/2021

