45° Convención Notarial Argentina - año 2024

Tema 2 Documento Notarial Digital

Coordinadoras

Esc. Cecilia García Puente

Esc. María Magdalena Tato

El acto notarial celebrado a distancia

por Matías José Hierro Oderigo

Tel 51999678

matias@escribaniahierro.com.ar

Tema 2 Documento Notarial Digital: El acto notarial celebrado a distancia por Matías José Hierro Oderigo

Ponencia: Es posible cumplir con la intermediación que requiere el acto notarial, exigido por el artículo 301 del Código Civil y Comercial, en una audiencia notarial celebrada a distancia que siga un procedimiento específico, reglado de antemano, con sistemas o aplicaciones controlados por una autoridad de aplicación y dispositivos de estándares mínimos.

La competencia territorial del agente se cumple si el lugar de ubicación de éste, durante la audiencia notarial, se sitúa dentro de la demarcación correspondiente, independientemente de la ubicación física de los comparecientes.

La unidad de acto, en un acto notarial a distancia, se cumple si el sistema o plataforma auditada por autoridad, además de la intermediación del agente dentro de su competencia; permite una comunicación fluida con los comparecientes, la verificación de sus identidades y su legitimación; dentro del mismo período de tiempo y de espacio (virtual); la identidad del asunto; el control del documento y su lectura por parte del agente; la expresión del consentimiento, la firma y la autorización digital.

Índice

La introducción está en la página 4.

El procedimiento (acto) notarial quedó en la página 5.

Fe pública notarial también quedó en la página 5 y llega hasta la página 7.

Audiencia notarial, intermediación y unidad de acto: desde la página 7 hasta la página 10.

Cuestión de competencia en relación al territorio lo encontrarás en la página 10.

Las conclusiones están en las páginas 11 y 12.

Si querés ver la bibliografía, quedó en la página 13

Introducción

El presente trabajo tiene la intención de verificar la posibilidad jurídica de celebrar un acto notarial a distancia con la reglamentación que actualmente existe en el derecho positivo argentino.

Durante la pandemia Covid-19 estuve pensando cómo resolver el problema de otorgar actos notariales protocolares en forma remota, observé con buenos ojos – aunque con reparos - la creación del certificado digital remoto y luego, sobre una mejor base, el sistema Gedono. Todas formas que buscan combinar el otorgamiento de actos a distancia. La experiencia del usuario en el caso de SDF (Sistema Digital de Certificaciones de Firmas) ha sido positiva por la facilidad de su acceso que acerca al requirente con el escribano.

En lo que respecta a los actos notariales protocolares, intuí que una de las cuestiones fundamentales para traer a discusión y analizar es la referida a la unidad de acto y la inmediación; revisando la obra de J.M Orelle¹ y siguiendo una cita que hizo allí de un trabajo de Rafael Nuñez Lagos², pude desmembrar los elementos de la fe pública en el acto notarial para precisar las posibles debilidades de una escritura pública celebrada en videollamada empleando la firma digital.

La mayoría de los artículos doctrinarios se refieren al protocolo notarial digital como soporte documental del acto notarial. Será interesante analizar los sistemas de guarda, reproducción, inalterabilidad y conservación del protocolo y la convivencia del sistema papel con el sistema digital, pero considero más urgente la discusión sobre la adecuación de los elementos del acto notarial a la nueva realidad planteada, para conservar la fe pública notarial en actos celebrados a distancia.

¿Cuál es el beneficio para el administrado al celebrar un acto notarial a distancia? Facilitar a los requirentes el acceso al servicio notarial.

¹ Orelle, José María. “Actos e instrumentos notariales”. Ed. La Ley. 2008.

² Nuñez Lagos, Rafael. “La Fe Pública”. Revista Internacional del Notariado nro. 39. Jul.-Sep. 1958. Se publicó un resumen de las conferencias pronunciadas en las facultades de derecho de Montevideo y Guatemala en agosto de 1956 y septiembre de 1957.

El procedimiento (acto) notarial.

Siguiendo a José María Orelle, describimos el acto notarial como un procedimiento que se desarrolla en distintas etapas y comienza con el requerimiento, las calificaciones del agente, el asesoramiento y configuración, el acto notarial propiamente dicho, que se desarrolla en la unidad de acto y que encierra la documentación, la lectura, el otorgamiento y la autorización. Luego se suceden las reproducciones, diligencias complementarias y guarda, que no vamos a tratar en este trabajo.

Todas las etapas que suceden antes del acto notarial acaecen con absoluta informalidad, no hay mayor requisito legal que “recibir por sí mismo las declaraciones de los comparecientes” (Art. 301 Código Civil y Comercial y art.60 Ley 404), sin soslayar estas etapas que son vitales y necesarias para las subsiguientes –como se verá en el título de la audiencia notarial-, para el objeto de este trabajo nos detendremos solamente en el acto notarial propiamente dicho, porque es la etapa que la ley reviste de ciertas solemnidades que garantizan el incorporación de fe pública en tales actos.

En esta oportunidad dejamos de lado las cuestiones relativas a la documentación del acto notarial, su conservación, reproducción, guarda e incorporación de documentos habilitantes a lo que sería un protocolo notarial digital, anticipando que el artículo 300 del Código Civil y Comercial deja a la ley local la reglamentación de las características de los folios de protocolo y en el caso de la Ley 404 de la Ciudad de Buenos Aires, su reglamentación (art. 36 del Decreto 1624/00) admite que el soporte documental sea de cualquier naturaleza permitido por la legislación vigente y aprobado por el Colegio de Escribanos.

Fe pública notarial

La definición de fe pública: “Crear en lo que no se ve, basado en el testimonio del que lo dice” comprende dos momentos, el momento del hecho y el momento del testimonio.

El momento del hecho se produce cuando el escribano recibe la declaración o percibe el acaecimiento de un hecho, dentro de un rito solemne, lo que significa que el hecho se percibe dentro de una serie de garantías legales para su fiel percepción, expresión y conservación, que incluyen la documentación por parte del agente. La unidad de acto es parte de esa garantía legal que requiere la fe pública.

Cuando hablamos de unidad de acto, pensamos en un período de tiempo especial, un momento que tiene determinado su principio y su fin. La unidad de acto es una porción de tiempo en el que confluyen en el mismo ámbito el agente, el compareciente, su expresión de voluntad, el hecho objeto de la comprobación y la competencia para ejercer nuestra función, medida en el plano temporal, espacial, material y en relación a las personas. Su resultado es el instrumento, o sea “el testimonio del que lo dice”.

El momento del testimonio se refiere al destino del documento (“creer lo que no se ve”), el documento no es el hecho verificable, pero hace fe del hecho histórico que ha ocurrido antes. El destinatario está obligado a creer lo relatado en el documento, aquello visto o hecho por el agente. En el caso de las escrituras otorgadas bajo la modalidad a distancia, el destinatario debe estar preparado para recibirla en formato digital; equipado con los dispositivos necesarios para leer el instrumento y validar sus firmas.

Repasamos, en este párrafo aparte y breve, la diferencia entre hecho autentico y hecho autenticado. El auténtico es el percibido por el agente o el hecho ejecutado por él. El autenticado es lo declarado por el compareciente. Es auténtico el hecho de la declaración, pero es autenticado el contenido de la declaración. Lo declarado no es verificado por el agente, se remite a un hecho pretérito que ocurrió fuera de la unidad de acto, que ingresa a éste por la declaración del compareciente, por eso la ley no lo excluye, pero limita su valor probatorio. De allí que cobra relevancia el aspecto confesional del declarante. ¿Cómo fortalecemos el valor probatorio de una declaración incorporada al instrumento público? Haciendo constar las declaraciones de manera confesoria, o sea que el declarante lo haga en contra de sus intereses. Ejemplificándolo, no tiene el mismo valor la declaración del comprador que dice “yo pagué el precio” que el del vendedor que declara “yo cobré el precio”. En una disputa sobre el pago de la obligación: ¿Quién estará en mejor situación para probar el hecho del pago? Si en el instrumento público, el acreedor declaró “yo cobré el precio” el juez –obligado a creer el hecho de la declaración- admitirá su confesión y relevará al deudor de probar el pago. En contrario, si en el instrumento público, el deudor hubiese declarado “yo pagué el precio”, nada agrega a la solución de la disputa.³

³ Queda igualmente el acto de otorgamiento, o sea la firma del instrumento, que encierra la conformidad con el contenido del mismo; de manera que la firma del vendedor implica su conformidad con las declaraciones allí incluidas.

La fe pública que contiene el documento público es su elemento genético caracterizante como prueba legal.

Dentro del proceso de conocimiento, la prueba legal es aquella cuyo valor probatorio está determinado de antemano por la ley. El legislador plasmó en la ley su juicio de valor y obligó al Juez a considerarla en sus sentencias. La razón de este determinismo se explica en la necesidad de la sociedad –del tráfico jurídico y comercial – de conocer de antemano la valoración judicial de ciertos elementos de prueba en la resolución de una disputa.

Es una prueba “preconstituida” porque nace fuera del proceso, las solemnidades genéticas de su formación, que están regladas, garantizan su fuerza probatoria.

Sintetizando hasta aquí: dentro del procedimiento (acto) notarial, nos detenemos en la etapa del acto notarial propiamente dicho, que está nutrido de ciertas solemnidades regladas de antemano, garantizando el nacimiento de un instrumento dotado de fe pública. Este instrumento tiene un efecto especial en el destinatario: la obligación de hacer prueba legal en un proceso de conocimiento.

Audiencia notarial, intermediación y unidad de acto.

La audiencia notarial es una de las operaciones fundamentales del ejercicio, es imprescindible por cuanto es la etapa del acto notarial en la cual el requirente expresa su motivación en relación al objeto del acto, su interés y deseo para que luego el profesional despliegue su función para documentarlo.

La audiencia constituye la base de la formación del acto notarial, es un momento o varios, realizado por diversos medios: Entrevistas personales, comunicaciones telefónicas, notas, correspondencias y la más amplia gama de canales de comunicación que coadyuvan a ese propósito; o sea todo aquello que sirva para que el escribano tome contacto con la voluntad del requirente.

Cuanto mayor sea el desarrollo de la audiencia notarial, mayor precisión tendrá el encuadramiento del acto, su correlación con la voluntad del requirente y la síntesis que se vuelque en la confección del documento notarial.

Con aquellas personas que habitualmente requieren nuestra actuación, aquellos de quienes

adquirimos un conocimiento personal más acabado, la audiencia notarial se extiende y desarrolla en cada oportunidad y asume un carácter más permanente. En ella se dan a conocer aspiraciones, sentimientos, valoraciones, preocupaciones o detalles sobre la vida privada, la familia, el trabajo o profesión de los requirentes, que sirven luego para fundamentar el acto a otorgar y predecir la actitud del otorgante frente al acto a configurar.

La inmediación es la recepción directa por parte del agente de las declaraciones de los requirentes, sin mediar delegación o intermediación de terceras personas o dependientes de aquel. Es necesaria, tanto en la audiencia notarial como en el otorgamiento del documento notarial.

La inmediación está establecida por ley en el artículo 301 del Código Civil y Comercial y es basamento para el desarrollo de la función fedante, ya que permite la percepción sensorial del agente y en consecuencia constituye la materia autenticable.

La percepción sensorial: A lo largo de la historia, la capacidad de percepción sensorial de las personas ha sido mejorada mediante herramientas, algunas sencillas e integradas en la vida común como los audífonos, anteojos y lupas y otros más complejos: microscopios, telescopios, medidores de humedad, medidores de sonido, herramientas de realidad aumentada, etc.

Algunas de estas herramientas son fáciles de usar, con una capacitación mínima pueden ser operadas por el usuario; otras, a diferencia, deben ser operadas por técnicos especializados que traducen la información que las herramientas obtienen de la realidad.

Esta situación nos cuestiona sobre la validez de la inmediación de los hechos percibidos por el escribano en ejercicio de su función, utilizando herramientas que ayudan a percibirlos.

El decálogo para las escrituras a distancia, aprobado por la Unión Internacional del Notariado en el año 2021, rescata este tópico e indica: *“La escritura notarial a distancia lleva a reinterpretar el principio de inmediación en la comparecencia y a cambiar las formas de contacto de las partes con el notario interviniente. Lo importante no es la presencia física ante el notario, sino la comparecencia directa con el notario que es responsable de la autenticación, aunque sea a través de una plataforma tecnológica.”*

Por lo tanto, la respuesta parece ser afirmativa; sin embargo, en la medida que se extienda la distancia entre el hecho objeto de percepción y los sentidos del agente, la inmediación perderá

su capacidad de transmitir la realidad perceptible al agente. Nadie cuestiona la intermediación de los hechos percibidos por un escribano que utiliza anteojos, seguramente tampoco respecto de los hechos percibidos mediante un microscopio óptico; pero qué sucede con aquellos percibidos mediante un microscopio electrónico ó la determinación de humedad en un producto, de voltaje, de velocidad, etc.; en estos casos, el agente fija los hechos que devuelve la herramienta de medición. Las herramientas de medición deben estar homologadas o auditadas para que los valores de medición no sean manipulados, alteren su resultado y, en consecuencia, terminen incorporando afirmaciones falsas en el documento público.

Así planteada la cuestión ¿Se puede considerar cumplida la intermediación en una videollamada entre el agente y el requirente? En una videollamada intervienen una serie de herramientas que permiten la percepción de las manifestaciones del requirente: computadoras, monitores, cámaras, micrófonos, sistemas operativos, velocidad de conexión, proveedores de internet, programas específicos. También intervienen sistemas de validación de identidad, una serie de verificaciones en línea, mediante cotejo con el Registro Nacional de las Personas, que mide y devuelve en porcentaje, la identidad de una persona en el ámbito de la videollamada. Por ello es necesario contar con sistemas de gestión propia que eviten su desactualización e impidan que los sistemas de inteligencia artificial suplanten la imagen, el sonido de la voz y las manifestaciones de una persona en el ámbito de la videollamada.

La cuestión de los ciborgs o el biohacking: El avance de la tecnología está permitiendo integrar dispositivos electrónicos al cuerpo humano en distintos niveles, desde órganos, implantes de chips con información biológica, modificaciones genéticas. Son utilizados no sólo para mejorar la calidad de vida humana, también para experimentar otras percepciones sensoriales. Dejamos aquí planteada la cuestión sobre el impacto de los dispositivos integrados al cuerpo humano en la intermediación de los hechos percibidos por el agente.

A modo de pequeña conclusión en este punto: En la medida que se siga un procedimiento específico, reglado de antemano, con sistemas controlados por una autoridad de aplicación y dispositivos de estándares mínimos, considero que es posible dar por cumplida la intermediación requerida en este tipo de ámbitos (virtuales).

La unidad de acto es un intervalo funcional en el cual coinciden el acaecimiento del hecho y su documentación, se menciona en el artículo 301 del Código Civil y Comercial, a continuación

de la inmediación. Aquellos hechos que queden fuera de la unidad de acto, quedan fuera de la autenticación, de la fijación del hecho y en consecuencia carecen de fe pública. En tal intervalo, se reúnen ciertas características que consagran la garantía del poder fedante: 1) La inmediación de un agente dentro de su competencia; 2) La identificación de los comparecientes y su legitimación; 3) la unidad de tiempo y de espacio; 4) la identidad del asunto; 5) la unidad de documento y su lectura; 6) la unidad en el consentimiento, la firma y la autorización.

Ya hemos indicado que es posible cumplir la inmediación en una videollamada que siga un procedimiento específico reglado de antemano. Precisamos algunas de las características enumeradas, que se vinculan al estudio de este trabajo: a) La identidad del asunto significa que el requerimiento aceptado al inicio del acto no puede modificarse durante el transcurso del mismo. A modo de ejemplo, si se requirió otorgar un testamento pero luego se documenta un poder, no hay identidad entre lo requerido y lo otorgado. Distinto es el caso del acto que incluya varios asuntos que han sido previamente requeridos, en los que sí se cumple la identidad del objeto.

b) La unidad de espacio. En este caso el espacio común donde se desarrolla el acto es virtual o digital, es la sala de audiencias provista por el sistema de videollamada y es independiente del lugar que determina la competencia territorial del agente.

c) La unidad de documento es el protocolo digital, que debe ser único, controlado en todo momento por el agente y factible de ser compartido con los comparecientes en la videollamada, en un sistema que asegure su inalterabilidad entre el momento de su lectura y el de la firma. Cabe preguntarse ¿Cuándo el agente adquiere el protocolo digital? El protocolo notarial digital nace como tal con la firma del primer compareciente, por más que no se concluya el acto, se interrumpa la comunicación o no se autorice la escritura.

d) La firma, tanto de los comparecientes como del agente, debe ser la digital, reglada por el art. 2 de la Ley 25.506, conforme lo dispuesto por el artículo 288 del Código Civil y Comercial. Aquí adquiere relevancia, para el funcionamiento del sistema, la masificación de la asignación de firma digital a la población en general. La debilidad de la firma digital está relacionada con la educación del usuario, la provisión de dispositivos adecuados para su funcionamiento y la actualización periódica de los certificados digitales de validación.

Cuestión de competencia en relación al territorio.

La competencia del agente –en relación al territorio- se cumple siempre y cuando la ubicación física de éste se encuentre dentro de la demarcación en la que es competente, independientemente de la ubicación física de los otorgantes del acto a distancia. Como sostiene J. Carminio Castagno, el cumplimiento de la competencia territorial se determina por lugar de percepción del hecho por parte del agente, independientemente del lugar de acaecimiento de aquel. Un acto notarial celebrado a distancia, en la que los otorgantes se encuentren fuera del distrito de competencia, igualmente es válido por cuanto la competencia es determinada por la ubicación del agente el momento en que percibe el hecho autenticable.⁴

En los últimos años se han desarrollado mundos virtuales en internet (metaversos), dimensiones almacenadas en servidores, que tiene sus propias reglas –sin regulación estatal específica- dónde las personas pueden definir sus propias identidades, realizan intercambios, tiene una moneda común y se desarrollan en espacios, encuentros o eventos. No deberíamos perder de vista los avances de los metaversos, que irán ganando espacio en las vidas de las personas a través de dispositivos de realidad virtual y de implantes ciborgs.

Conclusiones.

Es posible cumplir con la inmediatez que requiere el acto notarial, exigido por el artículo 301 del Código Civil y Comercial, en una audiencia notarial celebrada a distancia que siga un procedimiento específico, reglado de antemano, con sistemas controlados por una autoridad de aplicación y dispositivos de estándares mínimos.

La competencia territorial del agente se cumple si el lugar de ubicación de éste, durante la audiencia notarial, se sitúa dentro de la demarcación correspondiente, independientemente de la ubicación física de los comparecientes.

La unidad de acto en un acto notarial a distancia se cumple si el sistema o plataforma auditada por autoridad, además de la inmediatez del agente dentro de su competencia; permite una comunicación fluida con los comparecientes, la verificación de sus identidades y su legitimación; dentro del mismo período de tiempo y de espacio (virtual); la identidad del asunto;

⁴ Carminio Castagno, José C. Teoría General de Acto Notarial. Revista del Notariado nro. 727, p.17-102.

el control del documento y su lectura por el agente; la expresión del consentimiento, la firma y la autorización digital.

Bibliografía

- Carminio Castagno, José C. “Teoría General de Acto Notarial”. Revista del Notariado nro. 727, p.17-102
- Nuñez Lagos, Rafael. “La Fe Pública”. Revista Internacional del Notariado nro. 39. Jul.-Sep. 1958. Se publicó un resumen de las conferencias pronunciadas en las facultades de derecho de Montevideo y Guatemala en agosto de 1956 y septiembre de 1957.
- Orelle, José María. “Actos e instrumentos notariales”. Ed. La Ley. 2008.